

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

**Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles au sein des
marchés de l'Union Européenne, des États-Unis et du
Canada : Perspectives d'un droit antitrust international**

Présenté par

Louis-Xavier Huguenin-Vuillemin

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit des affaires
le 03/09/2003

« Copyright », Louis-Xavier Huguenin-Vuillemin, 2003



Université de Montréal

FACULTE des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles au sein des marchés de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada : Perspectives d'un droit antitrust international

Présenté par :

Louis-Xavier Huguenin-Vuillemin

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Ysolde Gendreau

.....
président-rapporteur

Stéphane Rousseau

.....
directeur de recherche

Nanette Neuwahl

.....
membre du Jury

RÉSUMÉ :

Il nous appartiendra au fin de ce mémoire, d'observer comment les autorités de la concurrence communautaires, américaines et canadiennes assurent la régulation des pratiques anticoncurrentielles prenant leur source ou produisant leur effets au sein de leur marché.

Il conviendra donc à cet égard de se pencher sur les spécificités de chacun de ces régimes juridiques, afin d'étudier les similitudes et différences existantes quant à la définition de la notion de marché du marché pertinent, la qualification juridique des différentes infractions (ententes ou cartels – abus de position dominantes ou monopolisation – concentration d'entreprise ou fusionnement ou même mergers) ainsi que la procédure permettant à ces différentes autorités d'autoriser, d'amender ou d'interdire ces différentes pratiques.

Il conviendra par la suite de démontrer comment et sur quel fondement chacun de ces systèmes peuvent avoir une interaction entre eux en élargissant notamment leur champ de compétence respectif par le recours à une application extraterritoriale de leurs lois antitrust.

Ce mémoire aura également pour objectif de se pencher sur les tentatives des différents législations étudiées pour arriver à une harmonisation de leurs normes et pour favoriser une plus ample coopération internationale. Pour conclure il conviendra de faire le point sur les travaux visant à la mise en place d'un droit antitrust international qui pourrait selon les cas reposer soit sur un traité international, soit un code multilatérale ayant trait aux pratiques restrictives à la concurrence.

MOTS CLÉS : pratiques anticoncurrentielles- ententes – abus de position dominantes – concentration d'entreprises

SUMMARY :

The purpose of this memoir is to observe how the antitrust authorities of the European Union, the United States of America and the Canada are controlling and enforcing cartels, monopolizations or attempts of monopolizations and mergers and acquisitions which have sometimes the effect of restricting the competition in a specific market.

In order to do so, the differences and similarities between this three different antitrust legislation will be highlight especially those concerning the definition of the relevant market, the qualification and the nature of all this practices and the process by which, each authority permit, amend or fordid the supposed infringement.

In a second time this memoir will have to demonstrate the basis of the extraterritorial application of their national legislation by national antitrust authorities, on foreign market or foreign company.

Finally the last goal of this memoir is to take stock on evolution of an international antitrust legislation inspired by a treaty or a multilateral guide, which be bounding for each actor of the economic process.

Key Words : Cartels – monopolization or attempt of monopolization – mergers and acquisition- enforcement

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I : Le contrôle des Ententes et des Abus de positions dominantes ou monopolisations

CHAPITRE I : La notion d'entente clé de voûte du droit antitrust

Section 1 : Les dispositions organisant la protection du marché américain contre toutes formes d'ententes

Paragraphe 1 : La notion de conspiration ou complot

Sous Paragraphe 1 : Preuves de la volonté de comploter

Sous paragraphe 2 : Preuves d'une atteinte déraisonnable à la concurrence

- a) The Per Se Rule*
- b) The Rule of Reason ou le test des effets*

Paragraphe 2 : Les différentes formes de pratiques prohibées

Sous paragraphe 1 : Les restrictions horizontales

- a) Les restrictions portant sur les prix*
- b) Les autres formes de restrictions*

Sous paragraphe 2 : Les restrictions verticales

- a) Les restrictions portant sur les prix*
- b) Les restrictions relatives à la distribution et l'acquisition des produits et services*

Section 2 : L'interdiction des seules ententes restrictives envers la concurrence dans les marchés canadien et Communautaire

Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de l'infraction

Sous paragraphe 1: L'élément matériel

- a) En vertu du droit communautaire*
- b) En vertu de la Loi canadienne sur la concurrence*

Sous paragraphe 2 : L'élément moral

- a) L'imputabilité de la restriction ou l'objet de l'entente*
- b) Le caractère cumulatif de la preuve à apporter en matière d'entente*

Paragraphe 2 : Les régimes d'exemptions

Sous paragraphe 1 : Le rachat des ententes restrictives à la concurrence communautaire

- a) En vertu de la théorie du bilan économique*
- b) Les règlements d'exemption catégoriels*

Sous paragraphe 2 : Les exemptions de l'article 45(3) de la Loi sur la Concurrence

CHAPITRE II : L'abus de Position Dominante ou Monopolisation

Section 1 : La perception américaine ou l'interdiction de principe des monopolisations

Paragraphe 1 : Les Différentes infractions prévues à l'article 2 du Sherman Act

Sous paragraphe 1 : La monopolisation

- a) Le pouvoir de monopole*
- b) L'acquisition ou le maintien du pouvoir de monopole*

Sous paragraphe 2 : La tentative de monopolisation et la conspiration visant à établir une monopolisation

- a) La tentative de monopolisation*
- b) La conspiration visant à établir une conspiration*

Paragraphe 2 : La JP Standard Oil et Microsoft

Sous paragraphe 1 : Standard Oil CO vs US

- a) Les motifs de la décision de démembrement*
- b) La dissidence du juge Harlan*

Sous paragraphe 2 : USA vs Microsoft Corporation

- a) Le maintien d'un pouvoir de monopole*
- b) Les tentatives d'obtention d'un pouvoir de monopole dans un second marché*
- c) Les derniers événements en liaison avec le procès*

Section 2 : L'influence du droit communautaire en matière d'abus de position dominante

Paragraphe 1 : Appréciation par les autorités compétentes de la position dominante d'une entreprise au sein de son marché

Sous paragraphe 1 : Appréciation de la notion de marché

- a) Le marché en cause au sens du droit communautaire*
- b) Le marché pertinent selon le droit canadien*

Sous paragraphe 2 : Caractéristiques de l'état de domination ou de contrôle d'un marché

- a) La notion de domination ou de contrôle*
- b) Les degrés requis pour être en situation de position dominante*

Paragraphe 2 : La pratique abusive résultant d'une position dominante

Sous paragraphe 1 : La notion communautaire d'exploitation abusive

- a) Les critères de l'exploitation abusive d'une position dominante*
- b) Illustrations d'une exploitation abusive*

Sous paragraphe 2 : Les pratiques d'agissements anticoncurrentiels canadiennes

- a) Nature des agissements anticoncurrentiels*
- b) Illustrations des pratiques anticoncurrentiels*
- c) Sommaire de l'analyse comparative*

CHAPITRE III : Les règles de procédures en vigueur :

Section 1 : Les règles communautaires sanctionnant les infractions aux articles 81 et 82 du TUE

Paragraphe 1 : Les dispositions du règlement 17-62 et 1/2003 du conseil de l'Union Européenne

Sous paragraphe 1 : Les modalités de mises en vigueur des articles 81 et 82 du TUE

- a) La procédure en cas d'absence d'infraction aux dispositions des articles 81/82*
- b) La constatation d'une infraction envers les articles 81/82*

Sous paragraphe 2 : Les pouvoirs de la Commission

- a) Les pouvoirs d'investigation*
- b) Les pouvoirs de sanction*

Paragraphe 2 : Modalités de la collaboration entre les autorités et juridictions nationales et les autorités et juridictions communautaires

Sous paragraphe 1 : La Coopération avec les juridictions nationales

- a) Examen des compétences réciproques de la Commission et des juridictions nationales*
- b) Les mécanismes de coopération avec les juridictions nationales*

Sous paragraphe 2 : La coopération avec les autorités de concurrence des États-membres

- a) Le rôle des États-membres et de la Communauté*
- b) Les mécanismes de coopération avec les autorités de la concurrence*

Section 2 : Les procédures d'examen aux États-Unis des infractions à la concurrence

Paragraphe 1 : La procédure d'enquête préliminaire

Paragraphe 2 : La procédure d'investigation

Sous-paragraphe 1 : La procédure d'investigation civile

- a) Historique de l'ACPA*
- b) L'application d'une demande civile d'investigation*

Sous-paragraphe 2 : La procédure d'investigation criminelle

- a) La procédure d'investigation du grand jury*
- b) La procédure d'amnistie*

Section 3 : Le régime d'examen des infractions aux articles 45 et 79 de la Loi canadienne sur la concurrence

Paragraphe 1 : La procédure en matière d'entente au sens de l'article 45

Sous paragraphe 1 : Commentaires généraux relatif au traitement des infractions de l'article 45

Sous paragraphe 2 : Les sanctions en matière d'entente

Paragraphe 2 : La procédure sanctionnant une infraction au sens de l'article 79

Sous-paragraphe 1 : Les fonctions d'enquête du Commissaire de la concurrence

- a) Le processus d'examen ou d'enquête*
- b) Les décisions faisant suite aux examens ou enquêtes*

Sous-paragraphe 2 : Les fonctions décisionnelles du Tribunal de la concurrence

PARTIE II: Le contrôle des opérations de concentrations, fusionnements ou mergers

CHAPITRE I: Appréciation des opérations de concentration d'entreprises au sein du marché de l'Union Européenne sous l'angle du renforcement d'une position dominante

Section 1 : Le champ d'application du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 relatif aux concentrations d'entreprises

Paragraphe 1 : Les opérations concentrationnistes

Sous paragraphe 1 : Les fusions d'entreprises

Sous Paragraphe 2 : L'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises

- a) Les différentes formes d'acquisition du contrôle d'une entreprise*
- b) Les différents types de contrôle d'une entreprise*

Paragraphe 2 : La notion de « Dimension communautaire »

Sous-paragraphe 1 : Le partage des compétences en matière de contrôle des concentrations

- a) Le principe*
- b) Les exceptions de la clause allemande et hollandaise*

Sous-paragraphe 2 : Détermination de la Dimension communautaire

- a) Détermination du seuil communautaire d'affectation*
- b) Détermination du chiffre d'affaire*

Section 2 : Appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration de dimension communautaire avec le Marché Commun

Paragraphe 1 : La délimitation des marchés en cause dans le cadre du contrôle des opérations de concentration

Paragraphe 2 : La création ou le renforcement d'une position dominante entravant la concurrence de manière significative

Sous-paragraphe 1 : La création ou le renforcement d'une position dominante...

Sous-paragraphe 2 : ...entravant la concurrence de manière significative

CHAPITRE II : appréciation des mergers ou fusionnements en fonction du critère de « diminution substantielle de la concurrence »

Section 1 : Les mergers et le droit antitrust américain

Paragraphe 1 : L'arsenal juridique permettant d'assurer le contrôle des mergers au sein du marché des États-Unis

Sous paragraphe 1 : Les dispositions à caractère obligatoire

- a) Les articles 1 et 2 du Sherman Act*
- b) L'article 7 du Clayton Act amendé par le Cellar-Kefauver act*
- c) L'article 5 du Federal Trade Commission Act*

Sous paragraphe 2: Les dispositions dépourvues d'effets obligatoires : Les Lignes directrices

- a) La période 1968-1982*
- b) L'influence de l'administration Reagan: 1982 à nos jours*

Paragraphe 2 : Mise en œuvre de l'examen d'une merger par les autorités antitrust

Sous paragraphe 1 : Détermination du marché pertinent

- a) Appréciation du marché de produit*
- b) Appréciation du marché géographique*

Sous paragraphe 2 : Les critères permettant de déclarer une merger compatible avec le droit antitrust américain

- a) Évolution des critères pertinents dans le cadre du contrôle d'une merger*
- b) Les moyens de défense et exceptions*

Section 2 : Le régime canadien de contrôle des fusionnements

Paragraphe 1 : Les conditions d'intervention du Tribunal de la concurrence

Sous paragraphe 1 : Définition de la notion de fusionnement

- a) La prise de contrôle*
- b) L'acquisition d'un intérêt relativement important*

Sous paragraphe 2 : La diminution ou l'empêchement sensible de la concurrence

- a) La notion de diminution sensible de la concurrence*
- b) Les critères d'appréciation de l'article 93 de la Loi sur la concurrence*

Paragraphe 2 : Les moyens de défenses et exceptions

Sous paragraphe 1 : La défense de l'entreprise en déconfiture

Sous paragraphe 2 : Les exceptions statutaires prévues par la Loi sur la concurrence

- a) Les gains en efficience*
- b) Les fusionnements entre institutions financières*
- c) Sommaire de l'analyse comparative*

CHAPITRE III : Les procédures d'examen

Section 1 : La procédure d'examen du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97

Paragraphe 1 : Les conditions d'examen d'une opération de concentration communautaire

Sous paragraphe 1 : Vérification de la compatibilité d'une opération de concentration avec le Marché Commun

- a) L'exigence d'une notification préalable*
- b) Engagement par la Commission de la procédure d'examen d'une opération de concentration communautaire*

Sous paragraphe 2 : Les pouvoirs de la Commission

- a) Les pouvoirs d'enquête*
- b) Les pouvoirs de sanction*

Sous paragraphe 3 : Les procédures de renvoi

Paragraphe 2 : « Les mesures correctives » permettant la compatibilité d'une concentration avec le marché communautaire

Sous paragraphe 1 : Les types de mesures correctives recevables par la Commission

Sous paragraphe 2 : Les conditions d'applicabilité

Section 2 : Les procédures d'examen relatives aux opérations de fusions-acquisitions aux États-Unis

Paragraphe 1 : La procédure d'examen diligentée par les autorités antitrust

Sous-paragraphe 1 : L'obligation de notification du HSR

- a) La procédure de notification*
- b) Les exceptions à l'obligation de notification*

Sous-paragraphe 2 : La conduite de l'investigation

- a) La procédure de la période d'attente*
- b) Les compléments d'informations nécessaires à la poursuite de l'investigation*

Paragraphe 2 : Les autres types de procédure envisageables

Sous-paragraphe 1 : Les procédures diligentées par les parties privées

Sous-paragraphe 2 : Les procédures diligentées par les états

Section 3 : La procédure d'examen des fusionnements prévu par la Loi sur la concurrence canadienne

Paragraphe 1 : Le régime de préavis applicable en matière de fusionnement

Sous paragraphe 1 : Mise en œuvre du préavis

- a) Les opérations de fusionnements concernées par le préavis*
- b) Les conditions de forme du préavis*

Sous paragraphe 2 : Les alternatives au préavis

- a) La délivrance d'un certificat de décision préalable*
- b) Les exemptions statutaires à l'obligation de préavis*

Paragraphe 2 : La procédure d'investigation et de sanction en matière de fusionnement

Sous paragraphe 1 : Le pouvoir du Tribunal de prononcer des ordonnances provisoires

Sous paragraphe 2 : Le pouvoir du Tribunal de prononcer des ordonnances permanentes de redressement

PARTIE III : Le régime applicable aux joint-ventures ou coentreprise

CHAPITRE I : Le traitement des entreprises communes dans le droit communautaire de la concurrence

CHAPITRE 2 : Les joint-ventures face aux dispositions antitrust américaines

Chapitre 3 : Le traitement des joint-ventures dans le cadre de la Loi canadienne sur la concurrence

CONCLUSION

LISTE DES ABBREVIATIONS

ACPA : The Antitrust Civil Process Act

CECA : Communauté du Charbon et de l'Acier

CID's : Civil Investigative Demand

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

DOJ : Departement of Justice

EC : Entreprise Commune

FTC : Federation of Trade and Commerce

HHI : Herfindahl- Hirschman Index

HSR : The Hart-Scott Rodino Antitrust Improvement Act

J-V : Joint venture

LRC : Loi Révisée du Canada

TCE : Traité des Communautés Européennes

TPICE : Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes

TUE : Traité de l'Union Européenne

INTRODUCTION :

La concurrence se définit comme « *la compétition ou la rivalité d'intérêts entre plusieurs personnes qui poursuivent le même but.* » Lorsqu'elle est appliquée à la réalité commerciale, il s'agit de la « *situation mutuelle des commerçants ou industriels dont chacun tente d'attirer à lui la clientèle par des prix plus avantageux, des conditions de vente ou une meilleure qualité* », ¹ cette concurrence s'opérant toujours au sein d'un marché réglementé par des normes plus ou moins strictes.

On peut faire référence à cette occasion aux Lois naturelles du marché, à savoir celles de l'offre et de la demande, les consommateurs étant dans ce cas les arbitres de la concurrence que se livrent les entreprises. Cet état de fait a été remarquablement résumé par l'American Law Institute qui énonce : « *Un marché concurrentiel ne peut fonctionner efficacement sans que les consommateurs ne soient en mesure de connaître les biens et services offerts par des vendeurs concurrents* ».

Il apparaît donc primordial que les consommateurs soient en mesure de faire un choix entre les divers produits et services qui leur sont offerts et ce en toute connaissance de cause. Pour cela il ne faudrait pas que ces mêmes consommateurs soient abusés par les personnes qui leur offrent ce choix, car cela n'aurait d'autres conséquences que de laisser le marché entre les mains de certaines entreprises, privilégiant leurs propres intérêts au détriment de l'efficacité économique.

En effet, l'une des principales implications de la libre concurrence est l'éventuelle élimination de toute concurrence.

À cet égard les gouvernements sont confrontés à deux approches. D'une part l'approche dite interventionniste, qui repose sur le fait que tel gouvernement a le devoir de surveiller les transactions ayant lieu au sein de son marché, dans le but de prévenir des modifications substantielles de la structure de ce marché pouvant engendrer des comportements anti-compétitifs et par la même des performances économiques en baisse.

D'autre part les gouvernements peuvent choisir de privilégier l'approche non-interventionniste reposant sur le fait que ces pratiques sont l'expression d'un marché en plein « fonctionnement ».

¹ Définition du Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse vol 4. Paris, Librairie Larousse 1892 p 2482 – telle que reprise dans « Le Droit de la concurrence au Canada » de Y. Bérriaux et Y. Comtois

Il faut noter que même dans les pays qui sont taxés d'avoir des économies libérales, tels les États-Unis ou même le Canada, les gouvernements ont tous pris conscience de la nécessité d'établir des législations visant à préserver un certain degré de concurrence.

Les règles juridiques ayant vocation à assurer cette « mission » constitue ce que l'on nomme communément le droit de la concurrence restrictive, qui a pour double objectif d'éliminer les pratiques anticoncurrentielles et de favoriser l'entrée de nouveaux concurrents sur un marché. Cette branche du droit ne doit pas être assimilée, à un autre aspect du droit de la concurrence, à savoir celui de la concurrence déloyale qui n'a pas pour vocation de préserver la liberté du marché, mais plutôt de protéger les entreprises contre la déloyauté de l'un de ses concurrents en contrôlant notamment la moralité des moyens utilisés.²

M. Van der Groeben, premier commissaire européen chargé de la concurrence a très bien résumé ces objectifs lors de la citation suivante :

« La politique de concurrence ne signifie pas le déclenchement d'une lutte effrénée de tous contre tous, mais la fixation et la réalisation de normes juridiques, afin de rendre possible et de préserver une concurrence pratique, et de protéger les entreprises contre les pratiques anticoncurrentielles et déloyales. Car cette seule concurrence, en accroissant la prospérité et la liberté, a les effets bénéfiques qui fondent la réussite économique, sociale, et politique de l'économie de marché. »³

M. Van der Groeben exprime ainsi clairement que cette politique a d'autres objectifs que la simple mise en place d'une concurrence praticable et effective, puisqu'il fait référence ici à une réussite sociale et politique, reprenant ce faisant les grandes directives énoncées lors de la mise en place du Marché Commun, en vertu du Traité de Rome et notamment son article 2 :

« La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un Marché Commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevée...un haut degré de compétitivité et de convergence des performances

² Pour une étude plus approfondie du droit de la concurrence déloyale cf. le mémoire de P. Geille « Vers une notion internationale de la concurrence déloyale » Université Mc Gill 1996 G455

³ Droit des affaires de l'Union Européenne p 261 3^{ème} édition - Litec

économiques...la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres. »

Précisons toutefois que l'Union Européenne,⁴ n'est pas la seule entité qui poursuive par l'intermédiaire d'une politique de concurrence, autre chose que le simple rétablissement de la compétition au sein d'un marché. En effet, des pays longtemps marqués par les théories économiques socialistes, comme par exemple la Chine, se servent désormais des politiques de concurrence comme d'un instrument devant les aider à parachever leur libéralisation et à favoriser leur transition vers une économie de marché⁵.

D'autres comme par exemple l'Afrique du Sud s'en servent pour assurer la promotion des valeurs et conceptions démocratiques. A cet égard, il est intéressant de consulter le préambule du « New South African Competition Act » de 1998 qui énonce que l'un des buts de cette législation est d'accorder à tous les Sud africains une même chance de participer équitablement à l'économie nationale.

L'Organisation Mondiale du Commerce reconnaît elle-même que de telles politiques, d'une part, favorisent le développement économique et social et d'autre part permettent de protéger les opportunités de faire du commerce pour les petits commerces⁶.

On a pu voir au cours des deux dernières décennies, un rapprochement sensible entre les diverses législations antitrust mises en place par les autorités de contrôle de la concurrence, rapprochement qui nous le verrons vu ultérieurement a porté sur les objectifs, mais aussi et surtout sur le contenu même de ces lois.

L'une des principales raisons de cet état de fait se trouve être la globalisation ou comme on l'appelle en France la mondialisation. En effet, la création de multiples Zones de Libre Échange ou de Marché Commun, a eu pour principale conséquence l'abaissement voire la suppression de nombreuses barrières tarifaires⁷, ce qui a notamment eu pour corollaire l'accroissement des échanges commerciaux. Les différents marchés se trouvant désormais de plus en plus en situation de compétition économique, il est rapidement devenu nécessaire

⁴ Le Traité d'Amsterdam de 1992 a constitué l'Union Européenne qui est constituée par La CEE instituée elle-même par le Traité de Rome de 1957, mais aussi par les 2^{ème} et 3^{ème} piliers communautaires relatifs à la Politique Étrangère de Sécurité Commune (PESC), aux affaires étrangères, sociales...

⁵ Voir B. Song "Competition policy in a Transitional Economy : The case of China" (1995) 31 Stan. J. Int'l L 387

⁶ OMC : Groupe de travail sur le Commerce et les politiques de Concurrence- Rapport sur l'interaction entre commerce et politique anti-trust (1998)

⁷ Voir à cet effet les Accords de l'Uruguay Round de 1994

sinon d'uniformiser du moins d'harmoniser les règles servant de cadre juridique à la concurrence.

Par conséquent nous avons assisté à d'importants efforts de modernisation et « d'occidentalisation » des normes en la matière. Chacun essayant de se doter de l'arsenal le plus performant possible, conjuguant idéalement une certaine sévérité à l'encontre des pratiques attentatoires à la concurrence, tout en laissant une place importante à la « compétition économique » permettant l'accroissement naturel des entreprises, afin protéger les acteurs économiques les plus faibles sans pour autant décourager les investisseurs et industriels de s'installer au sein de l'un de ces marchés.

Toutefois, il convient de n'être ni naïf ni encore moins hypocrite, les règles en vigueur même proches restent encore différentes sur de nombreux points, et les projets comme nous le verrons plus loin dans ce mémoire pour se doter d'un droit supranational de la concurrence qui obligerait tous les États ne sont encore qu'au stade embryonnaire⁸.

Notre étude aura donc pour objectif d'analyser comment trois marchés distincts, à savoir ceux de la Communauté Européenne⁹, des États-Unis et du Canada s'assurent de la concurrence la plus saine possible. A cet effet, nous verrons comment chacun de ces trois systèmes se protègent contre les pratiques dites restrictives¹⁰ ou anticoncurrentielles. Serons donc soumises à notre observation :

- 1) les accords horizontaux et restrictions verticales, plus connus sous l'appellation d'entente ou de cartel
- 2) les pratiques abusives découlant d'une situation monopolistique, communément reconnu sous le nom d'abus de position dominante ou selon le droit américain, de monopolisation
- 3) Les fusions et acquisitions d'entreprises qui restreignent la concurrence

La raison d'être du marché intérieur communautaire est de permettre aux entreprises de se concurrencer à armes égales sur les marchés de tous les États membres. La politique de concurrence vise donc à assurer une efficacité économique¹¹, tout en protégeant les intérêts

⁸ Cf. Conclusion

⁹ Cf. note n 4 pour définition de l'Union Européenne

¹⁰ donner la liste d'autres pratiques restrictives

¹¹ « Il convient toutefois de préciser qu'un marché efficace n'est pas toujours synonyme de marché compétitif. Il est possible d'avoir un monopole plus efficace qu'une concurrence entre divers producteurs... » A cet égard voir : Regulation of competition in a global economy. p 2 – Roscar du Toit - Université Mc Gill (1999 D 866)

des consommateurs. Pour cela elle tente d'éviter la monopolisation¹² de certains marchés en empêchant les entreprises les plus influentes de se partager le marché entre elles au moyen d'ententes ou de concentrations.

Notons que les différents Traités¹³ communautaires se sont abstenus de toute définition de la concurrence, tout comme d'ailleurs la commission qui est pourtant en charge de l'application de cette politique. Il est donc revenu à la Cour de Justice des Communautés Européennes¹⁴ d'établir au moyen de sa jurisprudence, des lignes directrices, ces dernières ayant pour but de montrer la voie permettant d'arriver à une concurrence « praticable et effective. »

Le droit communautaire de la concurrence s'articule donc autour de deux grands types de règles, premièrement celles visant les comportements des différents États membres ainsi que de leurs autorités et entreprises de service public, qui ne nous intéressent pas en l'espèce et deuxièmement des règles propres aux comportements des entreprises privées.

Ces dernières reposent sur trois piliers, la prohibition des ententes de l'article 81 du Traité sur l'Union européenne (TUE) anciennement article 85 du Traité des Communautés Européennes (TCE), celle des abus de position dominante contenue dans l'article 82 du TUE anciennement 86 TCE et enfin le contrôle préalable des concentrations d'entreprises, qui n'est pas réglementé par les Traités mais par le règlement 4064/89 du 21 décembre 1989 du conseil de L'Union Européenne, modifié par le règlement 1310/97 du 30 juin 1997.

Ces différentes règles se caractérisent par des restrictions ou des interdictions formelles faites aux entreprises de recourir aux pratiques en question. On pouvait également retrouver de telles interdictions dans les règles de la Communauté du Charbon et de l'acier¹⁵ (CECA) notamment aux articles 4 d, 60, 65 et 66.

L'article 81 paragraphe 1 du TUE (ex-article 85) proscriit les ententes et pratiques concertées entre entreprises qui « *sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour effet de fausser le jeu concurrentiel à l'intérieur du marché commun* » Une entente

¹² A prendre ici dans son sens générale et non comme faisant référence à l'infraction de la section 2 du Sherman Act

¹³ Traité de Rome 1957- Traité d'Amsterdam 1992- Traité de Nice 2000

¹⁴ Que nous présenterons désormais sous le sigle CJCE

¹⁵ C'est à l'initiative du ministre des Affaires étrangères Robert **Schuman**, et sur la proposition de Jean **Monnet**, commissaire général au plan qu'est signé à Paris le 18 avril 1951, le traité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (France, RFA, Italie, Bénélux). L'idée est qu'une coopération économique entre les pays européens peut éviter une nouvelle guerre. La CECA contribue à la formation de l'esprit européen et sert de laboratoire à la construction de la CEE. Il convient de préciser que le traité avait été conclu pour une période de cinquante ans et qu'il est donc arrivé à échéance il y a un peu moins de deux ans.

est avant toute chose un accord entre deux ou plusieurs entreprises obligeant un ou plusieurs des partenaires de cet accord à un comportement bien défini. La pratique concertée pour sa part est une coordination entre entreprises qui n'a pas été formalisée par un accord.

Certains de ces accords sont purement et simplement interdits, il s'agit à titre d'exemple :

- des ententes horizontales et verticales fixant directement ou indirectement les prix
- des accords sur les conditions de vente
- des accords sur des quotas de production ou de livraison
- des ententes de répartition de marché...

C'est à ce titre que la Commission européenne infligée à la société Volkswagen une amende de 102 millions d'euros pour entrave à la vente transfrontalière de véhicules automobiles. Cette société avait avec deux de ses filiales convenues avec des concessionnaires italiens de son réseau de distribution, des accords ayant pour but d'empêcher ou de restreindre toute vente à d'autres concessionnaires du réseau dans un autre État membre.¹⁶

L'article 81 paragraphe 3 (ex article 85 3) prévoit pour sa part la possibilité d'autoriser des accords interdits par l'article 81 paragraphe 1, sous conditions que de tels accords contribuent à l'amélioration de la production et de la distribution du ou des produit(s) en question.»

On appelle ce principe le rachat des ententes, il s'agit d'une spécificité du droit communautaire¹⁷ qui ne se retrouve ni dans le droit canadien ni dans le droit des États-Unis.

L'article 82 (ex article 86) déclare pour sa part incompatible avec le Marché Commun le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive la position dominante dont elle bénéficie au sein du Marché Commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

La principale conséquence qui découle d'un abus de position dominante se révèle être la possibilité pour une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, ce qui aura à terme une influence sur la structure de ce même marché.

Sont considérées comme des infractions au sens de l'article 82 :

- le fait d'imposer de façon directe ou indirecte des prix ou d'autres conditions de transactions inéquitables
- l'application à des partenaires commerciaux de conditions inégales pour des prestations équivalentes

¹⁶ Décision Volkswagen AG du 29/06/01 – COMP 36.693- PO/VW

¹⁷ Cf. Partie I Chapitre I Section 2 Paragraphe 2

- la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires, de prestations supplémentaires n'ayant aucun rapport avec l'objet des contrats.

La Commission avait dans l'affaire « *Alpha Flight services/aéroport de Paris* » constaté que le gestionnaire des deux aéroports profitant de sa position dominante avait imposé aux prestataires de services ainsi qu'aux différentes compagnies aériennes utilisant sa plate-forme des redevances commerciales discriminatoires.

Contrairement à ce qui est prévu en matière d'entente, l'article 82 (ex article 86) ne comporte ni dérogation individuelle ni exemption catégorielle¹⁸.

Le règlement 4064/89 tel que modifié par le règlement 1310/97, établit le principe d'un contrôle préalable des concentrations d'entreprises créant ou renforçant une position dominante ayant comme conséquence principale qu'une concurrence effective dans le Marché Commun ou dans une partie substantielle de celui-ci est entravée de manière significative.

Le critère d'appréciation diffère ici sensiblement de celui qui est appliqué par les législations canadiennes et américaines reposant pour leur part sur le principe de diminution substantielle de la concurrence.¹⁹ L'autre différence majeure est que le contrôle communautaire des concentrations d'entreprise est un contrôle a priori, tandis que dans les droits canadiens et américains ils ne sont principalement qu'a posteriori.

Dans des affaires jointes Bertelsmann / Kirsch / Première et Deutsch Telekom / Beta Research, la Commission avait en 1998 interdit un projet de fusion dans le secteur télévisuel, au motif que ces deux concentrations auraient créé un groupe détenant une puissance considérable. Faute de solution apportée par les parties en présence l'opération n'aurait pu être autorisée.

Il est important de préciser que les dispositions des articles 81 et 82 TUE anciennement 85 et 86 TCE, ainsi que celles du règlement 4064/89 sont des dispositions qui sont directement applicables dans l'ordre juridique des États membres, du fait que ces dispositions, ne sont assorties d'aucune réserve, qu'elles imposent des obligations on ne peut plus précises, et surtout ne laissent aux États membres aucun pouvoir d'appréciation quant à leur application. La CJCE a affirmé à cet égard l'applicabilité immédiate du droit communautaire dans l'arrêt de principe Bosch du 6 avril 1962.

¹⁸ id n 17

¹⁹ Cf. Partie II Chapitre I Section 2

La réglementation de ces mêmes pratiques restrictives, se fait tant aux États-Unis qu'au Canada par l'intermédiaire de lois de protection de la concurrence ou lois antitrust telles qu'appelées aux États-Unis. Cette protection des marchés nord-américains étant assurée d'une part et d'autre par le biais d'organes administratifs et de tribunaux.

Le droit antitrust des États-Unis se compose de diverses strates complémentaires. La première d'entre elle est le Sherman Act de 1890, en référence au sénateur John Sherman. Cette loi a été mise en œuvre pour donner au Congrès le pouvoir de réglementer le commerce entre les différents états afin de pallier l'inefficacité des législations antitrust fédérées. Le Sherman Act fut invoqué avec succès pour la première fois lors de la dissolution en 1904 de la Northern Securities Company²⁰ et dans laquelle la Cour Suprême suivit la ligne du gouvernement, puis avec encore plus de réussite dans le cadre de la fameuse affaire Standard Oil²¹.

Dans son article premier, le Sherman Act énonce que tout contrat, association sous forme de cartel/entente ou sous d'autres aspects, conspiration entraînant une restriction illégale du commerce entre les différents états ou même avec des nations étrangères doit être déclaré illégale. Il stipule en outre que cette interdiction ne s'applique pas qu'au entente purement formelle mais également à tout accord ayant pour but de fixer les prix, limiter la production industrielle, se partager le marché ou exclure les concurrents²².

L'article deux de ce même texte a trait à l'infraction de monopolisation, qualifiée de crime ou felony en anglais et faisant référence à l'abus de positions dominantes communautaire et canadien. Il y est affirmé que toute personne qui constitue un monopole, tente de constituer un monopole ou conspire avec toute autre personne, pour monopoliser quelque part du commerce entre les différents états ou avec des nations étrangères doit être convaincue de crime...²³ Ces deux articles sont considérés comme le cœur du Sherman Act, qui comprend cinq autres articles de moindre importance. Toutefois, du fait d'une appréciation restrictive de la notion de commerce entre les différents états par les tribunaux, le Sherman Act ne fut pas

²⁰ Voir Northern Securities CO .v. U.S

²¹ Cf. Chapitre II section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 1 n

²² "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal... This prohibition applies not only to formal cartel but also to any agreement to fix prices, limit industrial output, share market, or exclude competition"

²³ "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of felony..."

souvent appliqué, ce qui amena le Congrès en 1914 à adopter deux mesures pour modifier la réglementation antitrust.

La première eue pour conséquence de créer the Federal Trade Commission²⁴, qui est une agence gouvernementale pouvant enquêter sur les possibles violations à la législation antitrust autre que les pratiques commerciales déloyales.

La seconde fut d'amender le Sherman Act, en adoptant le Clayton Antitrust Act qui avait pour but de clarifier et compléter le précédent texte, en interdisant notamment les contrats de vente exclusive, les rabais injustifiés, les coupes de prix en vue d'évincer un concurrent, le rachat du capital d'une société²⁵ si cela entraîne une situation de monopole. Le Clayton Act fut lui-même modifié par le Celler-Kefauver Act de 1950 qui s'appliquait également au rachat d'actifs (équipements- établissements industriels) jusque là ignoré par les dispositions antérieures ...

Par la suite d'autres lois vinrent s'ajouter à celles déjà existantes, comme le Robinson-Patman Act de 1936 qui interdisait à toute personne ou société impliquée dans le commerce entre les divers états américains d'opérer une discrimination sur les prix entre les différents acquéreurs d'un même produit quand cela aurait pour conséquence de réduire la concurrence ou de contribuer à la constitution d'un monopole.

Enfin en 1976 fut adopté le Hart-Scoss-Rodino Antitrust Improvement Act qui facilitait les enquêtes sur les fusions sur la base d'une violation du droit antitrust.

Au Canada, les règles du droit de la concurrence sont contrairement aux États-Unis répertoriées dans une seule loi, dite Loi sur la concurrence adoptée en 1985 (LRC 1985. c., C-34) On peut constater que la toute première loi canadienne fut adoptée en 1889, soit un an avant le Sherman Act, même si elle s'avérait beaucoup moins complète puisqu'elle ne comprenait qu'une seule disposition interdisant les ententes concurrentielles.

S'en suivit de nombreuses modifications jusqu'à l'adoption de la LRC 1985 dont l'article 1.1 définit l'objectif général dans les termes suivants :

« La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficacité de l'économie canadienne, d'améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout

²⁴ Commission fédérale du Commerce

²⁵ On fait ici référence ici à la notion d'acquisition ou amalgame en anglais et qui fait partie au même titre que les fusions de l'opération qualifiée selon le droit antitrust de Merger.

en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada... d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits. »

La Loi sur la concurrence se subdivise en trois grandes parties, la première traitant de l'application de la Loi et du déroulement des enquêtes, la seconde relative aux infractions criminelles, comme par exemple le complot²⁶ de l'article 45, qui sanctionne :

- « quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement avec une autre personne
- a) soit pour limiter, indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasiner ou de négoce d'un produit quelconque ;
 - b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix ;
 - c) soit pour empêcher ou réduire, indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit...
 - d) soit de toute autre façon, pour restreindre indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu .»

On peut remarquer que la lettre de cet article dans la définition des éléments constitutifs de l'infraction est assez similaire au texte de l'article 1 du Sherman Act, à tel point que l'on peut raisonnablement se demander si le législateur canadien ne s'est pas profondément inspiré du droit américain de la concurrence, pour constituer la première de ses nombreuses dispositions antitrust.

Ce qui constitue la principale différence de cette loi avec la législation de l'Union Européenne est le caractère criminel du complot. En effet, le droit communautaire ne qualifie que d'infractions civiles les ententes restrictives à l'égard du droit de la concurrence, tandis que les États-Unis reconnaît que les coalitions les plus néfastes peuvent le cas échéant être qualifiées d'infractions criminelles. Il ne s'agit toutefois que de possibilités mis à la disposition des autorités antitrust.²⁷

²⁶ Assimilable à la notion d'entente ou de cartel

²⁷ Cf. Partie I Chapitre III section 3 sous paragraphe 1

Enfin la troisième partie de la Loi sur la concurrence traite des infractions civiles comme les agissements « anti-concurrentiels » constitutifs de l'infraction d'abus de position dominante de l'article 78 est qui se définissent comme :

- a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou participation*
- b) l'acquisition par un fournisseur d'un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur ou l'acquisition par un client d'un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d'empêcher ce client d'entrer dans le marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou dans le but de l'éliminer d'un marché...*
- d) l'utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent*
- h) le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d'exiger l'une ou l'autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d'empêcher l'entrée ou la participation accrue d'un concurrent dans un marché*
- i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent... »*

L'autre grande disposition de cette dernière partie est relative au fusionnement dont la définition nous est apportée par l'article 91²⁸ en vertu duquel :

« l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actifs, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. »

²⁸ La notion canadienne de fusionnement renvoie à la notion américaine de merger ou à la notion communautaire de concentration d'entreprise.

Toutefois la qualification juridique de ces diverses infractions n'a aucun sens sans une étude analytique de ce que l'on appelle, marché en cause dans le droit communautaire, marché pertinent dans la Loi canadienne et relevant market selon le droit antitrust des États-Unis.

La définition du marché pertinent²⁹ apparaît en conséquence comme le point de départ de toute analyse en matière de droit de la concurrence. Précisons avant toute chose, que cette notion de marché en cause réfère tout à la fois au marché de produit, c'est à dire aux biens présentant les mêmes caractéristiques et répondant aux mêmes attentes des consommateurs, et au marché géographique, à savoir le secteur ou périmètre au sein duquel les différentes entreprises se « battent » pour attirer la plus grande clientèle.

« La définition d'un marché, tant au niveau des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective... »³⁰

On ne peut donc que remarquer le caractère capital que revêt cette analyse, du fait qu'elle exerce un effet direct sur l'évaluation du caractère indu ou non de l'atteinte à la concurrence. En effet, une appréciation trop stricte du marché en cause aurait pour conséquence de sous-estimer la concurrence réelle, tandis qu'une appréciation trop large entraînerait les effets inverses.

Là encore, il conviendra d'apporter un éclairage sur les différentes méthodes d'analyse pratiquées par le droit communautaire et canadien de la concurrence, ainsi que par le droit antitrust américain,³¹ ces dernières résultant essentiellement que du fait que les « chez les économistes eux-mêmes, on trouve des divergences sur les facteurs dont il faut tenir compte... »³² Les États-Unis et à un degré moindre le Canada étant des pays où l'influence économique majeure est le libéralisme, n'auront évidemment pas la même approche que l'Union Européenne qui est pour sa part majoritairement proche des conceptions économiques socialistes.

Comme nous l'avons déjà précédemment évoqué, la globalisation est avant tout synonyme de transactions commerciales ayant des caractéristiques de plus en plus internationales. Plus le nombre de pays impliqués dans ces transactions est important, plus de juridictions sont

²⁹ Au fin de cette brève présentation de la notion de marché, nous emploierons indifféremment les trois termes

³⁰ Extrait de la Communication de la Commission Européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire- Journal Officiel n C372 du 09/12/1997 p.0005 - 0013

³¹ Cf. Partie I Chapitre II Section 2 sous paragraphe 1(pour le droit Comm et Can) et Partie II Chapitre 1 Section 2 sous paragraphe 1(pour les EU).

³² « Le droit de la concurrence au Canada » p 122 Y. Bérriau et Y.Comtois

potentiellement appelées à être compétentes, du fait de la variété des liens que les deux ou multiples parties à l'opération peuvent avoir nouer par delà le monde.

Par conséquent il est important que les différentes législations en matière de réglementation de la concurrence soit les moins dissemblables possibles, afin d'éviter les querelles juridiques incessantes en cas de contrôle conjoint de telles transactions.

Ce mémoire aura donc pour objet de démontrer, à travers l'observation du fonctionnement des autorités de contrôle de concurrence de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada, comment les pratiques anticoncurrentielles qui prennent leurs sources, soit au sein de l'un de ces trois marchés, soit à l'extérieur mais en y produisant tout des mêmes des effets, seront qualifiés juridiquement, modifiées en vue d'une meilleure efficacité économique ou tout simplement annulées, et comment leurs auteurs seront sanctionnés.

A cet égard il conviendra tout d'abord, d'analyser les similitudes ainsi que les différences existantes entre ces trois systèmes dans le cadre du contrôle des ententes et abus de positions dominantes ou monopolisations (PARTIE I), à cette occasion il sera vu les critères permettant d'affirmer la singularité sur ces points du droit antitrust des États-Unis, par rapport à ceux de l'Union Européenne et du Canada.

Dans un deuxième temps l'étude des mécanismes de contrôle des opérations de concentrations, également appelées mergers et fusionnements (PARTIE II) nous permettra de mettre en relation les éléments retenus d'une part par l'Union Européenne et d'autre part conjointement par les États-Unis et le Canada. Les différents aspects du traitement spécifique accordé aux joint-ventures (PARTIE III) constituera la dernière étape de notre analyse. En conclusion nous verrons les moyens pratiques ainsi que les fondements théoriques d'une application extraterritoriale par les autorités régulatrices de leur compétence en matière de contrôle de la concurrence, après s'être pencher sur l'ensemble des mesures permettant de faciliter la coopération de ces autorités entre-elles.

PARTIE 1: Le contrôle des ententes et des abus de positions dominantes ou monopolisations

Les ententes contrairement aux fusions ou acquisitions, n'apparaissent pas comme structurelles, c'est à dire que les entreprises qui passent différents accords, tels qu'entendus par l'article 81 du Traité sur l'Union Européenne (TUE) anciennement 85 TCE, l'article 1 du Sherman Act ou encore l'article 45 de la Loi canadienne sur la concurrence, n'ont pas pour vocation d'unir entre-elles ce qui compose leur structure, à savoir la direction et le personnel, les équipements industriels, locaux, la politique d'entreprise...

Les entreprises en question ne font en l'espèce que s'associer plus ou moins provisoirement en vue d'adopter des comportements ayant pour but de renforcer leur présence au sein du ou des marché(s) au(x)quel(s) ils appartiennent, et d'affaiblir durablement leurs concurrents directs ou potentiels.

Cette première partie mettra en évidence le caractère plus répressif de la législation antitrust des États-Unis concernant ce type d'infraction, en comparaison de ce qui est pratiqué au sein de l'Union Européenne ou du Canada.

En effet, à la différence de ces dernières, la législation des États-Unis affirme le principe de l'interdiction «per se» ou de facto des ententes horizontales, sous quelque forme que ce soit, alors qu'au Canada et au sein de l'Union Européenne pour pouvoir les interdire, il faut apporter la preuve que ces comportements, empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence³³ ou qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres en faussant ou restreignant le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun.

De même le droit communautaire de la concurrence prévoit la possibilité, ignorée par les dispositions canadiennes, de « racheter les ententes » en vertu du paragraphe 3 de l'article 81, c'est à dire d'autoriser les ententes interdites au sens de l'article 81, si ces accords entraînent des gains en efficience au sein de l'Union Européenne³⁴(CHAPITRE 1.)

De la même manière, l'article 2 du Sherman Act interdit tout monopole, tentative ou conspirations visant à établir un monopole, alors qu'ils ne sont interdits dans les marchés communautaire et canadien que si la position qu'il confère sert à mettre en œuvre des pratiques discriminatoires ou préjudiciables à l'égard des concurrents de plus petites tailles.

³³ Selon la LRC 1985

³⁴ id n 11

A cette occasion il sera vu les différents critères permettant de déterminer les marchés en cause ou pertinents, ce qui nous amènera également à démontrer comment la spécificité du marché canadien influe tout particulièrement sur l'orientation de sa législation en matière de droit de la concurrence restrictive (CHAPITRE 2.)

Il conviendra enfin de comparer de quelles manières et avec quelle sévérité les autorités régulatrices de concurrences contrôlent et sanctionnent de tels agissements. Une attention toute particulière devra être portée à cette occasion sur le concept canadien, du fait de règles de procédures particulières n'offrant par exemple aucun recours aux parties privées ou du fait du régime spécifique en matière de preuve (CHAPITRE 3.)

CHAPITRE 1 : La notion d'entente clé de voûte du droit de la concurrence

La manière dont les États-unis se protègent contre toutes formes d'ententes par l'intermédiaire d'une part des dispositions du Sherman Act précisant les critères constitutifs d'un complot ainsi que les types de comportements prohibés, et d'autre part l'importance considérable de la Jurisprudence, qui a par exemple limité quelque peu le caractère irréfutable de l'illégalité per se des ententes horizontales (Section 1), constituera la première étape de ce chapitre.

La deuxième étant consacrée à l'observation des similitudes du droit communautaire et canadien concernant la qualification et l'appréciation de la notion d'entente et des différences relatives à l'exercice même d'un pouvoir de contrôle et de sanction (Section 2).

Section 1 : Les dispositions organisant la protection du marché américain contre toutes formes de conspirations visant à réduire la concurrence

Le Sherman Act et plus spécifiquement son article 1 constitue l'élément majeur de la répression des complots ou conspirations visant à réduire la concurrence. Ce texte « préserve et promeut notre système de libre entreprise en encourageant le plus possible une concurrence libre et ouverte au sein du marché des États-unis... »³⁵ Les dispositions du

³⁵ «Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases » p. A-2 – 1999 Section of Antitrust Law - American Bar Association. Traduction : “The purpose of the Sherman Act is to preserve and advance our system of free enterprise by encouraging to the fullest extent practicable, free and open competition in the marketplace...”

Sherman Act apparaissent toutefois comme relativement larges, elles ne font que tracer les grandes lignes des pratiques anticoncurrentielles à proscrire et peuvent s'apparenter ainsi à des lois cadres, dont le contenu resterait à établir.³⁶ Par conséquent, les tribunaux par l'intermédiaire de leur jurisprudence ont non seulement appliqués aux affaires qui leurs étaient soumises les grands principes directeurs, mais ils ont également eu un rôle de créateur de droit en définissant au cas par cas les critères constitutifs des différentes infractions, pour en arriver aujourd'hui à ce que l'appréciation d'un complot dépende presque essentiellement des critères jurisprudentiels.

Paragraphe 1 : La notion de conspiration ou de complot

Une conspiration ou un complot se caractérise comme une forme de partenariat au sein duquel chaque personne y étant partie prenante est responsable des actes et des déclarations des autres membres durant toute la durée dudit complot mais aussi jusqu'à épuisement des conséquences de cette conspiration. Pour arriver à une telle relation, deux ou plusieurs personnes doivent passer un accord stipulant qu'elles agiront de concert dans un but illégal ou au contraire dans un but légal mais en usant de moyens contraires à la loi.

Afin d'apporter la preuve d'un complot, les autorités, n'ont pas besoin de démontrer que les parties se sont mises d'accord de manière expresse et par écrit. Il n'est pas rare en effet que les entreprises ne s'entendent qu'au moyen de conversations, afin de ne laisser aucunes traces. En revanche, ce que les autorités et les plaignants doivent démontrer c'est que les parties en cause, sont parvenues à un accord en vue d'accomplir leur but commun,³⁷ à savoir la restriction de la concurrence par des ententes pour fixer les prix, limiter l'approvisionnement des concurrents directs ou potentiels..., en utilisant notamment comme moyen de preuve leurs agissements ainsi que les conversations qu'ils peuvent être amenés à avoir entre-eux.

On s'aperçoit donc que ce qui caractérise le complot, c'est le fait pour les entreprises de vouloir agir de connivence, peu importe d'ailleurs que cet accord ait été ou non couronné de succès, le principe étant que «l'intention vaut l'action.»

Dès lors que les parties ont manifesté cette intention, il n'est plus nécessaire qu'elles agissent de manière identique pour être en infraction, une similitude d'agissements étant suffisante.

³⁷ Palladin Assoc., Inc v. Montana Power Co., 97 F. Supp. 2d 1013 (D. Mont. 2000)- New York. v. St Francis Hosp., 94 f. Supp. 2d 399 (SDNY 2000)

Toutefois, des comportements similaires entre différentes personnes ne sont pas automatiquement synonyme de complot. Si une entreprise agit de manière indépendante, c'est à dire sans s'être mise au préalable d'accord avec d'autres entreprises le fait pour elle d'adopter des pratiques similaires ne sera pas considéré comme une entente au sens de l'article 1 du Sherman Act.³⁸ On fait ici référence au principe du parallélisme conscient, qui peut se définir comme le fait pour des entreprises d'un même marché de conduire leurs affaires de manière uniforme, ce qui implique la fixation des prix ou tout autre agissement.

Dans l'affaire *Blomkest fertilizer, Inc v. Potash Corp of Saskatchewan*,³⁹ les plaignants avançaient que les entreprises incriminées qui étaient des producteurs de potash s'étaient entendues pour fixer à la hausse le prix de ce produit.

Pour leur part, les défendeurs reconnaissaient l'existence d'un parallélisme de comportement mais niaient par contre le fait qu'il fut provoqué par une concertation entre eux avançant qu'au contraire il résultait tout simplement de la nature du secteur d'activité.

En l'espèce la cour leur donna raison puisqu'elle reconnut qu'un parallélisme conscient de comportement n'était pas en lui-même suffisant pour établir la preuve d'une infraction à l'article 1 du Sherman Acte. L'argument de la cour était que des comportements parallèles en soient ne peuvent être considérés comme des actions contraires à la loi et qu'il n'est pas possible non plus d'écarter la possibilité qu'ils résultent comme nous l'avons évoqué ultérieurement de postures indépendantes⁴⁰ visant à adopter des prix identiques ou des conditions de vente similaires. Les tribunaux vont donc rechercher d'autres éléments qualifiés de « plus factors » pour déterminer si ce parallélisme est véritablement unilatéral ou s'il ne résulte pas d'accords implicites ou explicites de la part des entreprises concernées. Pour cela ils pourront tenir compte de la structure de l'industrie en cause, des communications entre les différentes entreprises, ainsi que des actions de ces dernières contre leur propre intérêt économique.

Dans l'affaire *Davric Maine Corp v. Rancourt*⁴¹, il fut considéré que le plaignant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments circonstanciés pour autoriser la cour à reconnaître l'existence d'une pratique contraire à l'article 1 du Sherman Act et contredire ainsi le jugement de première instance. Les preuves tendant à exclure la possibilité d'une action

³⁸ *Fraser v. Major League Soccer, LLC*, 97 F. Supp. 2d 130,136 (D.Mass.2000)

³⁹ 203 F. 3d 1028 (8th 2000)

⁴⁰ *Monsanto Co. v. Spay-Rite Service Corp.*, 465 US.752,764 (1984)

⁴¹ 216 f.3d 143 (1st 2000)

indépendante devant être suffisamment claires pour permettre de démontrer l'existence de la conspiration.⁴²

D'une manière générale, les plaignants devront donc, dans un premier temps prouver l'effectivité des mesures adoptées par les entreprises en question, puis une fois la réalité des faits constatée, ces mêmes plaignants⁴³ devront démontrer et c'est ici que se trouve la difficulté, que l'entreprise mise en accusation est consciemment et intentionnellement devenue membre de cette conspiration et non du fait d'une erreur ou par simple accident.

Par conséquent, les tribunaux exigent des preuves circonstanciées pour se pencher sur ces questions. Par exemple, dans l'affaire *In re Linerboard Antitrust Litigation*⁴⁴, la cour rejeta la demande de classement du défendeur, notant qu'en l'espèce le plaignant avait parfaitement démontré le but du complot ainsi que ses motivations, tout en identifiant les participants. La cour précisant même : «*no more than this is required to plead a cause of action under Section 1 of the Sherman act*»⁴⁵.

Dans un arrêt mettant aux prises un «diffuseur» et l'Association professionnelle américaine de golf⁴⁶, dans laquelle l'USPGA était accusée de s'entendre avec les organisateurs de tournois en vue d'écarter la société Spectator de la diffusion de ces événements pour la sanctionner de l'action en justice qu'elle avait précédemment introduite contre elle, la cour précisa que le droit antitrust n'exigeait pas des motivations identiques à tous les membres du complot et même que des membres peu enclins à réaliser de tels actes (reluctant participants) et agissant sans véritable intention de restreindre la concurrence, pouvaient être reconnus responsables du complot, alors même qu'il ont été contraint de participer à cette restriction de la compétition par les autres membres de ce complot, agissant en ce qui les concerne avec des motivations anticoncurrentielles.

A l'inverse dans l'affaire *Wallace v. Bank of Bartlett*,⁴⁷ la cour précisa que les questions de conspirations ou d'accords mutuels ne doivent pas être soumises à l'appréciation du jury, à moins que la Cour n'ait trouvé que le plaignant ait apporté suffisamment d'éléments pour exclure la possibilité de toute action indépendante.

⁴² id n 39

⁴³ Dans l'affaire *Piggly-Wiggly Clarksville, Inc v. Interstate Brands Corp* 83 F Supp. 2d 781 (ED Tex 2001) la cour a affirmé que c'est sur les épaules du plaignant que reposait le fardeau de la preuve consistant à établir l'existence de comportements générés par un complot et qu'en outre il lui appartenait d'apporter des éléments suffisamment convaincants à cet égard.

⁴⁴ 2000-2 Trade Cas (CCH0 73,081 (E.D.P.A 2000)

⁴⁵ Traduction : Rien de plus n'est requis pour soumettre une affaire (sous entendu au jury) en vertu de la section 1 du Sherman Act

⁴⁶ *Spectators Communication Network, Inc v. Colonial Country Club* 231 F.3d 1005 (5th 2000)

⁴⁷ 55 F.3d 1166, 1168 (6th 1995)

De la même manière dans l'affaire *Salts v. Moore*⁴⁸ un responsable de Pompes-Funèbres du Mississippi affirmait que divers employés administratifs avaient agi de concert pour couler son entreprise, en violation de l'article 1 du Sherman Act, en informant notamment les détenteurs de police d'assurance que les bénéfices qu'ils avaient obtenus étaient sans la moindre valeur. Le responsable des Pompes-funèbres ont alors apporté la preuve de rencontres entre les employés administratifs et les détenteurs de police ainsi que des conversations téléphoniques entre les défendeurs. Pour faire droit à la demande de classement introduite par les défendeurs la cour nota qu'elle ne discernait aucun motif économique sérieux pouvant justifier d'un tel complot, et qu'en outre le plaignant n'avait pu fournir les éléments permettant d'exclure toute possibilité de conduite indépendante, ceci lui permettant de rejeter la demande.

En plus de prouver l'intention de participer à un complot, les plaignants devront apporter la preuve que les comportements des parties en cause ont un effet néfaste pour la concurrence. Pour cela il faudra démontrer que les conduites en question ont un impact déraisonnable sur le commerce et la concurrence aux États-Unis.

Sous paragraphe 2 : Preuves d'une atteinte déraisonnable au commerce

Les dispositions violant l'article 1 du Sherman Act, sont soumises selon leur nature à deux types de régime juridique. En effet dans l'affaire *United States v. Andreas*⁴⁹, la cour a rappelé qu'afin que ces complots ou conspirations soient interdits, il est nécessaire de prouver que les pratiques en questions ont un impact déraisonnable sur le commerce tel qu'apprécié par la « règle de la raison/ the rule of reason » sauf en ce qui concerne les infractions qui sont considérées comme illégales d'office et qui sont soumises au principe de l'interdiction per se. Ce principe s'applique à des pratiques qui sont interdites sur la base même de leur nature intrinsèques, car « elles aboutissent toujours ou presque à une restriction de la concurrence ainsi qu'à une diminution des capacités de production. »⁵⁰

Ces pratiques ont été analysées par les tribunaux comme « de pures restrictions au commerce sans autre objet que d'étouffer la concurrence. »⁵¹ Le droit antitrust américain reconnaît en conséquence, qu'elles peuvent être considérées le cas échéant comme des infractions criminelles...

⁴⁸ 107 F. Supp. 2d 732 (N.D. Miss.2000)

⁴⁹ 216F.3d 645 (7th 2000)

⁵⁰ id n 48

⁵¹ *White Motor Co. v. United States* 372 US.253,261-262 (1963)

Traduction : "Naked restraints of trade with no other purpose except stifling competition"

Il conviendra donc de mettre en lumière les différents critères retenus par la Jurisprudence pour décider d'interdire d'office certaines pratiques, et en soumettre d'autres au test des effets.

A)The Per Se Rule :

Dans l'affaire Toys R Us, Inc .v. FTC⁵², la Commission Fédérale du Commerce (FTC) avait analysé l'accord entre le fabricant de jouets et ses fournisseurs comme un accord à la fois horizontal et vertical en vue de limiter la distribution des jouets auprès des magasins "Warehouse club". Toys R Us, invoquait pour sa part que ces mesures n'étaient que des accords verticaux dans lequel le manufacturier, s'engageait seulement à ne pas vendre à "Warehouse club" les jouets labellisés Toys R Us.

À l'inverse la FTC considérait que le système d'accord mis en place ressemblait à une entente entre les fabricant de jouets pour boycotter la distribution des magasins Warehouse club. De plus la FTC considérait que le fabricant de jouet avait coordonné ce système d'accords pour se protéger de la concurrence à bas prix dans l'industrie du jouet.

La cour confirma l'appréciation faite par la Commission considérant que ces dispositions devaient être soumises à l'interdiction de principe découlant de la « per se rule » aux motifs, que Toys R Us avait privé ses concurrents des éléments nécessaires pour assurer une concurrence effective, qu'il possédait en outre une position dominante au sein du marché, et qu'il était engagé dans une conduite ne pouvant être justifiées par de prétendue recherches d'efficience.

En l'espèce et malgré le fait qu'il ne détenait que 20 % du marché, Toys R Us fut considéré comme titulaire d'une position dominante, du fait « qu'il avait remarquablement persuadé les dix plus importants fabricants de jouets de réduire la distribution à l'un de ses concurrents »⁵³.

De la même manière dans l'arrêt Coca-cola Co v. Omni Pacific Co, Inc, Omni qui exportait ses produits par bateaux cargos, reprochait à Coca-Cola, ainsi qu'à d'autres de comploter pour l'éliminer lui, et d'autres exportateurs du marché asiatique des boissons gazeuses, par l'utilisation de deux types de mesures anticoncurrentielles.

Tout d'abord il reprochait à Coca-cola de se rendre coupable d'ententes horizontales en renforçant les restrictions territoriales permettant l'entrée sur le marché pertinent, dans le cadre de ses accords d'embouteillage avec les spécialistes asiatiques.

⁵² 221 F.3d 928 (7th 2000.)

⁵³ id n 51

A cet égard, la cour conclut qu'il y avait suffisamment d'éléments prouvant que Coca-Cola et ses embouteilleurs avaient comploté pour exclure du marché les entreprises leur faisant concurrence ou désirant le faire. La cour ajouta en outre qu'un tel accord s'il était effectivement mis en place, serait soumis à une interdiction de principe sur la base de « the Per Se Rule ».

Il était également reproché à Coca-Cola d'avoir participé avec ses concurrents directs (Pepsi et Cadbury Schweppes) à des échanges d'informations relatives aux conditions d'exportation par bateaux cargos, dans le but d'écarter du marché en cause les petits concurrents comme Omni.

Là encore, la cour trouva qu'il y avait suffisamment d'éléments pour caractériser un boycott, à travers notamment des conversations entre entreprises relatives à ces diverses pratiques.

Toutefois, une des affaires qui a marqué la jurisprudence de ces dix dernières années en matière de réglementation de l'article 1 du Sherman Act est incontestablement l'arrêt *Continental Airlines, Inc v. United Air Lines, Inc*⁵⁴.

En l'espèce, Continental poursuivait United Airlines, ainsi qu'une association de vols nationaux et internationaux fournissant des services aux passagers voyageant ou transitant par l'aéroport Dulles de Washington. Continental prétendait en l'espèce que les défendeurs avaient complotés en vue de réduire la taille des bagages étant autorisés à franchir le contrôle de sécurité de l'aéroport, du fait que United et l'association en question était responsable de la supervision du contrôle à l'aéroport de Washington. Restriction qui selon Continental n'aurait été mise en vigueur que dans le but d'éliminer l'avantage compétitif offert aux passagers de Continental, résultant de la non limitation de bagages pouvant être emportés en cabine par les passagers.

En effet, Continental en aménageant ses avions en vue de permettre de stocker plus de bagages, comptait mettre l'accent sur l'un des points les plus importants aux yeux des passagers, à savoir la non limitation des bagages, et comptait s'en servir comme stratégie commerciale et marketing.

Au moyen de son action, Continental prétendait que les défendeurs avaient instauré une taille standard pour les bagages, à un niveau si peu élevé, qu'il était désormais impossible à Continental de se prévaloir de ce moyen pour attirer la clientèle. Au surplus Continental avançait que de telles dispositions ne pouvaient se justifier par des considérations de sécurité, en se basant notamment sur les recommandations de la FAA.⁵⁵

⁵⁴ 120 F. Supp. 2d 556 (ED. Va. 2000)

⁵⁵ Federal Aviation Agency- Agence Gouvernementale de Sécurité Aéronautique

Au regard des arguments invoqués, la cour compétente en l'espèce⁵⁶ rejeta la requête des défendeurs selon laquelle la « Per Se Rule » ne pouvait s'appliquer dans le cas d'espèce. Selon eux cette interdiction était limitée aux pratiques anticoncurrentielles telles que la fixation des prix, le refus de délivrer, les accords limitatifs de production, le boycott⁵⁷. Le motif étant que la question n'était pas des avoir si les pratiques incriminées pouvaient ou non être considérées comme des agissements susceptibles d'être interdits de facto, mais plutôt de savoir si au regard des circonstances, ces pratiques n'apparaissaient pas « *tellement graves qu'elles rendaient inutiles tout autre examen de ces pratiques, ainsi que de ces effets...* »⁵⁸

La cour considéra qu'en l'espèce il lui apparaissait suffisant que le plaignant se prévale d'un accord de niveau horizontal entre les différents compétiteurs pour limiter la concurrence⁵⁹.

Il est également important de noter, que sur le fond du dossier, la Cour s'est prononcée en date du janvier 2001⁶⁰ sur le caractère déraisonnable de ces pratiques, sur la base du « quick look under the rule of reason ».

A l'inverse, la cour dans l'affaire *Drug Emporium, Inc v. Blue Cross of Western NY, Inc*⁶¹, se basant sur les précédents en la matière, nota que d'une manière générale, les tribunaux hésitaient à considérer des mesures « restrictives imposées dans le cadre de relation d'affaire ou de compétition économique » comme des violations per se de l'article 1 du Sherman Act, dès lors que l'impact négatif de ces dispositions n'était pas si évident à démontrer.

Il fut également considéré, que ne constituait pas un boycott anticoncurrentiel le fait pour un fournisseur de passer un accord d'approvisionnement avec un client même si les fournisseurs des concurrents étaient exclus de ce contrat⁶². En analysant ce contrat comme une relation exclusive d'affaires, la cour reprochait au plaignant de ne pas avoir apporté la preuve que cette relation engendre des hausses de prix ou une baisse de la qualité des produits en question, et a donc décidé en conséquence d'accueillir la demande des défendeurs.

On s'aperçoit donc à travers la comparaison de ces divers arrêts que les mesures anticoncurrentielles les plus susceptibles d'être soumises à une interdiction d'office, sont les accords horizontaux visant à restreindre la concurrence, c'est à dire les accords passés entre divers compétiteurs d'un même produit ou d'un produit répondant aux attentes relativement

⁵⁶ Court of Eastern district of Virginia

⁵⁷ Cf. Sous paragraphe 2- A)

⁵⁸ “So great as to render unjustified further examination of the challenged conduct

⁵⁹ *NCAA v. Board of regents* 468 US. 85 (1984)

⁶⁰ 2001 US. Dist. LEXIS 210 (ED. Va. Jan.5.2001)

⁶¹ 104 F. Supp. 2d 184 (WDNY.2000)

⁶² *Minnesota Association of Nurse v. Unity Hospital* 208 F.3d 655 (8th 2000)

similaires de la clientèle. Ce sont donc ces comportements qui seront susceptible d'être analysés comme des infractions pénales

B) The Rule of Reason ou le test des effets:

Il est nécessaire pour étayer une plainte en violation de l'article 1 sur la base de la «règle de la raison» d'établir en quoi cette pratique a un effet restrictif sur la concurrence au sein du «relevant market».

Dans l'affaire *Discon, Inc v. Nynex Corp*⁶³, la Cour Suprême, considéra que la décision d'acheter à un vendeur plus qu'à un autre, ne pouvait constituer une infraction soumise à une interdiction de principe, même si cette décision ne pouvait être justifiée par des considérations économiques. Le plaignant devra en effet, apporter la preuve que de telles agissements ne sont pas néfastes qu'à son encontre, mais qu'ils ont aussi un impact «déraisonnable» sur la concurrence au sein de ce marché.⁶⁴ Le principe est qu'il faut éviter que de simples mesures prises dans le cadre d'une relation concurrentielle, ne soient caractérisées comme des pratiques contraires au droit antitrust. Il appartient en outre au plaignant de définir le marché pertinent.⁶⁵

En l'espèce, la Cour rejeta l'affirmation de comportements contraires à la concurrence engendrant une hausse des prix et une diminution de la production. Selon la cour il n'y avait pas suffisamment d'éléments permettant de conclure que la hausse des prix résultait d'une diminution de la concurrence dans l'ensemble du marché. En outre une simple hausse des prix ne pouvait constituer selon elle une violation de la Section 1.

Au surplus, la cour conclut que les preuves avancées par *Discon* ne démontraient pas que la production avait été réduite de manière significative.

Dans l'affaire *Carter v. Variflex, Inc*⁶⁶, le plaignant avançait que ses concurrents avaient comploté pour se répartir la clientèle et pour monopoliser le marché de référence.

A cet effet, il prétendait que ses concurrents avaient passé une série d'accord pour s'échanger leurs brevets et leurs licences mais aussi pour se répartir le marché géographique ainsi que les clients. Le plaignant considérait que ces dispositions devaient être soumises au principe de l'interdiction per se ou à défaut à celui du «regard rapide à la règle de la raison»⁶⁷, ce qui

⁶³ 86 F. Supp. 2d 154 (WDNY 2000)

⁶⁴ Traduction “ the plaintiff must demonstrate, as a threshold matter, that the challenged action has had an actual adverse effect on competition as a whole in the relevant market; to prove it has been harmed as an individual competitor will not suffice”

⁶⁵ Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 2 Paragraphe 2

⁶⁶ 101 F. Supp. 2d 1261 (CD. Cal. 2000)

⁶⁷ “Application of the «quick»look of the rule of reason”

aurait pour conséquence de le décharger de la nécessité de définir le marché pertinent, et ce qui aurait également pour conséquence, de rendre inutile le fait de savoir si ces mesures avaient ou non un impact déraisonnable sur la concurrence au sein du marché en question.

Dans un premier temps, la cour conclut que le plaignant n'avait pas réussi à démontrer l'existence d'effets sur les prix et la production, susceptibles d'entraîner l'application du «quick look.». Dans un second temps, elle constata que l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché pertinent était relativement facile, et qu'en conséquence la disparition d'un concurrent n'était pas assez préjudiciable pour en déduire une atteinte à la concurrence.

De cet attendu on peut en conclure que le premier objectif de la loi antitrust n'est pas de protéger des entreprises contre les risques de disparaître du fait d'une concurrence trop accrue, mais plutôt de faire en sorte que dans les marchés où une telle disparition entraînerait un monopole, les entreprises les plus faibles soient protégées, afin de maintenir au sein de ce marché un certain degré de concurrence.

La protection de la concurrence n'est donc pas une fin en soi, mais plutôt un moyen de s'assurer de la protection du consommateur, en évitant que des entreprises se trouvant seules ou presque sur un marché, ne fassent privilégier leurs intérêts au détriment de ceux du public.

Paragraphe 2 : Les différentes formes de pratiques prohibées

Sous paragraphe 1 : Les restrictions horizontales

La notion de complot ou conspiration du droit antitrust, de la même manière que la notion d'entente en droit communautaire et canadien de la concurrence, ne réfère pas qu'aux accords en vue de fixer les prix, même si ces derniers sont sûrement ceux ayant l'impact le plus néfaste sur la concurrence, elle englobe aussi les accords ayant pour but de se partager le marché entre concurrents ou même les refus de livraisons ou autres pratiques discriminatoires.

A) Les restrictions portant sur les prix :

Le Sherman Act interdit donc pour deux ou plusieurs concurrents de s'entendre pour fixer, contrôler, augmenter diminuer ou maintenir les prix pratiqués ou ayant vocation à l'être. Sont interdits non seulement la fixation de prix déterminés, mais également la fixation d'une catégorie ou tranche de prix « *Any agreement to set a specific price, to maintain a floor under prices to increase the stability or firmness of prices, to establish a minimum or a maximum price, to eliminate or limit discounts, to establish a fixed spread between the prices of*

different sellers , to establish fixed markups or profit margins, to stabilize prices, to set credit terms or other conditions of sale relating to price is illegal»⁶⁸.

L'arrêt de principe *Socony-Vacuum Oil Co* de 1940, énonce que tout accord entre concurrents dans le but de fixer ou d'affecter les prix de biens ou services dans le cadre du commerce entre les États fédérés est une infraction devant être soumise à l'interdiction *per se*.⁶⁹ Il a également été reconnu que des accords ne fixant pas directement les prix, mais ayant au bout du compte le même effet, par exemple en manipulant le marché pour stabiliser les prix sont également frappés par le principe d'interdiction *de facto* de l'article 1 et passible de sanctions pénales.⁷⁰ De la même manière on considèrera comme une violation du Sherman Act le fait pour les défendeurs d'avoir échangé des informations relatives à un ajustement des prix.⁷¹ Le principe étant en l'espèce que le Sherman Act s'oppose à toute fixation de prix par les entreprises qui ne découlerait pas de leur propre conception du marché.

Il est important de préciser que dans ces circonstances, il importe peu que le(s) auteurs(s) ai(ent) agi(s) avec de bonnes intentions, ou même que le résultat de ces actions soit positif. Dans l'arrêt *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*⁷², la cour rejeta l'argument selon lequel le premier amendement de la constitution américaine, relatif à la liberté d'expression constituait une exception au principe de l'interdiction *per se*.

Toutefois, la Jurisprudence dans l'affaire *NCAA v. Board of Regents*,⁷³ a nuancé ce principe en prévoyant dans le cas de situations complexes la possibilité de faire appel au « *quick look to the rule of reason analysis...* » lorsque l'application de l'interdiction *Per Se* apparaîtrait inappropriée du fait des possibles effets favorables que pourraient avoir les mesures en question.

En outre, le caractère raisonnable de l'atteinte au prix, ne constitue pas non plus un moyen de défense que peuvent invoquer les auteurs du complot.⁷⁴

Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, le fait pour les membres de la conspiration de n'avoir fait que tenter de fixer ou modifier les prix, ne les déchargent en aucune manière de leur responsabilité. De plus le fait que cet accord n'ait pas été appliqué à tous les concurrents

⁶⁸ «Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases p.B-16 1999- Section of Antitrust Law American Bar Association

⁶⁹ 310 US. 150, 221 (1940)

⁷⁰ *Palmer v. BRG of Georgia, Inc* 498 US. 46(1990)- Voir aussi *Sugar Institute Inc v. United States*, 297 US. 553 582-83 (1936)

⁷¹ *United States v. United States Gypsum Co*, 438 US.422(1978)

⁷² 493 Us.411(1990)

⁷³ *id* n 58

⁷⁴ *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons* 340 US.211,213 (1951) relatif au prix minimum et maximum. Mais aussi *United States v. Trenton Potteries Co*, 273 US. 392,401 (1927) relatif au caractère raisonnable de la modification

ou dans toutes les occasions, ne constitue pas non plus un moyen de défense invocable par ses auteurs.

B) Les autres formes de restrictions :

L'article 1 du Sherman Act étend son contrôle au-delà des simples accords pour fixer les prix. En effet, sont également interdits tous les accords dits «Horizontal Non-price Restraint», comme par exemple le fait pour deux ou plusieurs concurrents de s'entendre sur le fait qu'ils ne vendront pas ou n'essayeront pas de vendre leurs produits à leurs clients respectifs, ou encore le fait de convenir entre eux qu'ils ne se feront pas concurrence sur telle ou telle partie du territoire, ce qui revient à concentrer leurs efforts de vente sur des zones géographiques différentes et prédéterminées. Dans l'affaire *In Re Vitamins Antitrust Litigation*,⁷⁵ le plaignant invoquait le fait que les membres du Cartel des vitamines s'étaient répartis entre eux le marché national de la vente de vitamines, afin d'augmenter artificiellement le prix du produit et d'éliminer la concurrence. En outre, il était reproché à ces entreprises de contrôler la vente et le transfert des principaux ingrédients nécessaires à la fabrication de ces vitamines⁷⁶.

En l'espèce la cour a rejeté la demande du défendeur invoquant une appréciation insuffisante du marché pertinent de la part du plaignant, au motif que ce dernier avait apporté suffisamment d'éléments pour que soit reconnue la division horizontale du marché, dont le caractère anticoncurrentiel est présumé, sans qu'il soit besoin de recourir à une appréciation du marché pertinent.

Si des accords de division du marché sont par principe soumis à l'interdiction *per se*,⁷⁷ il se peut qu'une telle disposition soit exemptée de cette interdiction d'office, lorsqu'elle est subordonnée à une autre transaction ayant pour sa part un caractère légitime⁷⁸. Une telle restriction auxiliaire est autorisée dès lors qu'elle a pour objet de permettre à la transaction principale d'atteindre son objectif. Dans ce cas la mesure visant à la division du marché, sera soumise à la règle de la raison, afin de déterminer si les avantages engendrés par une telle pratique seront supérieurs aux inconvénients.⁷⁹ Le même genre d'accord peut intervenir quand ces mêmes entreprises décident cette fois de ne pas se faire concurrence sur des produits de même nature, c'est à dire de ne pas vendre un produit déjà mis sur le marché par un autre membre de l'entente, ces pratiques ne faisant l'objet d'aucune exemption.

⁷⁵ 200-1 Trade-cas (CCH) 72,914 (DDC 2000)

⁷⁶ *id* 87,780

⁷⁷ *United States v. Topco Assocs, Inc.*, 405US.596,608(1972)- *Timken Bearing co v. United States*,341 US.593,598 (1951)

⁷⁸ *Rothery Storage & Van Co v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210,224 (DC 1986)

⁷⁹ Cf. ABA Section 1 of Antitrust Law Developments 99-100 (4th ed. 1997)

Sont également visées, les mesures visant à limiter la production,⁸⁰ notamment le refus de commercer avec tel ou tel concurrent. Si chaque entreprise est libre individuellement de faire ou de ne pas faire affaire avec les personnes de son choix⁸¹, il est en revanche prohibé par le Sherman Act de s'entendre entre différents compétiteurs pour ne pas commercer avec un concurrent direct ou même potentiel, dans le but de le désavantager. Un boycott est en effet constitué lorsqu'un vendeur refuse de traiter avec un acheteur, à la demande d'autres acquéreurs. Il est important de noter qu'en général, les tribunaux n'analysent pas le refus de traiter émanant non pas du vendeur mais du distributeur comme une entente horizontale, mais plutôt verticale.

Le terme de «group boycott», n'a jamais été clairement défini par la Jurisprudence, qui l'applique à différents types d'actions concertées. La Cour Suprême elle-même reconnaît qu'il est loin d'être correct d'affirmer que l'ensemble de ces accords doivent être soumis à l'interdiction d'office pratiquée en vertu de l'article 1 du Sherman Act, mais qu'il serait plus utile de mettre en balance les avantages et inconvénients résultant de tels pratiques.⁸²

Les cas ou des refus de traiter ont été considérés comme illégaux de facto, impliquaient la plupart du temps des accords entre membres opérant dans la même «zone concurrentielle» en vertu desquels il était décidé de n'acheter ni vendre à certaines entreprises en vue de les exclure d'un marché déterminé,⁸³ mais aussi en vertu d'accords ayant pour but d'imposer aux autres entreprises du même secteur, certaines pratiques comme par exemple dans l'affaire *Fashions Originators Guild of America v. FTC*⁸⁴ où des manufacturiers refusaient de vendre aux détaillants qui vendaient des copies moins chères de leurs produits faites par d'autres.

Toutefois, la Jurisprudence a dans certains cas reconnu qu'un boycott pouvait impliquer des participants de différents niveaux concurrentiels,⁸⁵ même si cela reste exceptionnelle.

Enfin, le refus de laisser un concurrent faire partie d'une association regroupant les membres d'une même profession, peut également être considéré comme une infraction à l'article 1 du Sherman Act. En effet, les personnes étant en concurrence au sein d'un même secteur d'activité, peuvent se joindre ensemble en vue de former une association ayant pour objectif de promouvoir des normes de qualité et de sécurité, ainsi que de satisfaire la confiance de la

⁸⁰ *Hartford-empire Co. v. United States* 323 US. 386,407(1945)

⁸¹ *NYNEX Corp. v. Discon, Inc* 119 S. Ct.493,498 (1998)

⁸² *Northwest Wholesale Stationers, Inc v. Pacific stationery & Printing Co*, 472 US.284,294 (1985) Voir aussi *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 476 US,458-459 (1986)

⁸³ *St Paul Fire & Marine Ins. Co. v. Barry*, 438 Us 531 (1978) « Relatif au refus de trois compagnies d'assurance de fournir une couverture contre les négligences médicales, aux assurés d'autres compagnies du même état après que ces dernières aient du réduire le champ de leur couverture. »

⁸⁴ 312 Us 457 (1941)

⁸⁵ *Klor's, Inc v. Broadway-Hale stores, Inc*, 359US.207(1959)

clientèle. Dès lors qu'une telle association de part ses activités, dispose d'un pouvoir tel que ses membres ont un impact réel sur la capacité des concurrents non-membres de mettre en place une concurrence effective, le Sherman Act a vocation à s'appliquer.

Le nombre et la forme de ces associations étant difficilement quantifiable, les tribunaux se réfèrent à un certain nombre de critères plutôt que d'établir des listes qui par nature ne seront jamais exhaustives.

A cet effet, il convient de préciser que l'un des éléments les plus pertinent est le fait pour une association de détenir un pouvoir de marché tel, que le refus de faire partie de l'association priverait un concurrent des éléments nécessaires à une concurrence effective ou praticable au sein de ce marché.⁸⁶ De même le fait de se servir de l'association pour boycotter un concurrent constitue une pratique soumise à une interdiction d'office.⁸⁷

Le fait qu'un ou plusieurs membres d'une association se soi(ent) rendus coupable(s) d'un complot au sens de l'article 1, ne fait pas des autres membres de l'association des complices de cette conspiration, à moins qu'un faisceau de preuves n'indique qu'ils y ont participé ou qu'ils ont approuvé cette conduite en ayant connaissance de ses buts et de ses conséquences.

Sous paragraphe 2 : Les restrictions verticales

A la différence des restrictions horizontales, les accords verticaux comprennent un panel beaucoup plus larges d'infractions potentielles, nous ne nous pencherons donc que sur les plus significatives à nos yeux, c'est à dire celles ayant les effets les plus graves sur la concurrence, ainsi que ceux qui sont le plus fréquemment utilisés. Là encore, il existe deux catégories d'accords verticaux. En premier il convient d'évoquer ceux ayant pour but la fixation des prix.

A) Les restrictions portant sur les prix :

La première de ces infractions est «the Minimum Resale Price Fixing»⁸⁸ qui constitue une pratique intrinsèquement illégale. Elle consiste en un accord entre différentes entreprises intervenant à différents stades de la chaîne de production visant à réduire après concertation les prix ou la marge des prix que ces entreprises payeront pour acquérir tel ou tel bien, le but étant de limiter le coût engendré par l'intervention de multiples intermédiaires. Par exemple le

⁸⁶ id n 76

⁸⁷ *Radiant Burners, Inc v. Peoples Gas, Light & Coke Co*, 364 US.656(1961) Voir aussi *Silver v. NYSE*, 373 US.341,347(1963)

⁸⁸ traduction : « Prix minimal de revente »

fait pour un fournisseur de s'entendre avec son distributeur⁸⁹ sur le prix auquel le distributeur va revendre son produit au client constitue l'infraction que l'on qualifie de prix minimal de revente.

Pour obtenir l'interdiction d'une telle disposition, le plaignant n'aura pas besoin de prouver que ces mesures ont un impact non seulement sur le commerce entre les différents états du pays, mais qu'il est lui-même victime de ces agissements du fait d'une atteinte «*Dans son commerce ou sa propriété.*»⁹⁰ Comme cela doit être fait dans le cadre de l'examen sous l'angle de la règle de la raison, il lui suffira simplement d'apporter la preuve de l'existence d'une telle pratique.

Dans l'affaire *Pace Electronics, Inc v. Canon Computer systems, Inc*⁹¹ la Cour d'appel se basant sur un précédent de la Cour Suprême,⁹² conclut que l'accord passé entre Pace et Canon constituait bien une restriction verticale des prix soumise à une interdiction de facto, sans qu'il soit besoin de prouver les effets néfastes d'un tel accord sur la concurrence.

À côté du prix minimale de revente, on trouve également la pratique dite du prix maximale de revente ou «*The Maximum Resale Price Fixing.*» Dans ce cas l'accord entre les différents membres du complot porte non pas sur la fixation d'un prix minimum mais sur ce qu'ils considèrent comme le prix optimal à pratiquer en fonction de leurs intérêts. Ces pratiques ne sont toutefois illégales que si elles constituent des restrictions déraisonnables ou disproportionnées à la concurrence. En outre, ce genre de pratiques n'est considéré comme une infraction que si elle résulte d'un accord entre deux ou plusieurs entreprises, intégrées dans une même chaîne de production. En effet, un fournisseur a tout à fait le choix de fixer lui-même le prix de ses produits et de décider de vendre à tels ou tels distributeurs. Dès lors qu'il agit unilatéralement, c'est à dire sans concertation le fournisseur dispose d'une grande marge de manœuvre et de liberté dans la conduite de ses affaires.⁹³

De la même manière, il est important de déterminer si le produit en question était originellement la propriété du fournisseur ou du distributeur, car la qualification des faits en

⁸⁹ «Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases p.B-16 1999- Section of Antitrust Law American Bar Association :Doivent être entendu dans ces cas comme des fournisseurs, les manufacturiers, franchisés et tout autre personnes fournissant des produits ou services, à un stade primaire de la chaîne de distribution. De la même manière les personnes intervenant à ce stade de la distribution (grossiste ,détaillants et autres clients) doivent être entendus comme des distributeurs.

⁹⁰ «In it's Business or property» Il s'agit en l'espèce d'une traduction littérale ne rendant pas complètement l'esprit du texte.

Pour une description et une définition plus précise de ce concept, Cf. «Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases p.F-5 1999- Section of Antitrust Law American Bar Association »

⁹¹ 213 F. 3d 118 (3d 2000)

⁹² *Atlantic Richfield Co v. USA Petroleum* 495 US. 328,341 (1990)

⁹³ *Beach v. Viking Sewing Mach. Co*, 784 F.2d 746 (6th 1986)

est assez dépendante. Si le produit vendu est la propriété du fournisseur, est que le distributeur n'agit qu'en tant employé, responsable des ventes, on ne pourra considérer cette pratique comme un accord anticoncurrentiel. C'est seulement dans le cas inverse, que l'on devra se demander s'il y a bien eu un accord pour fixer les prix.

De surcroît, et à la différence des autres types d'infraction à l'article 1 du Sherman Act, le fait pour un fournisseur et un distributeur de nouer entre eux une communication approfondie, ne peut être à lui seul pris en compte comme facteur permettant d'inférer un accord. On considère que l'un et l'autre ont en effet de bonnes raisons de s'échanger des informations sur les prix et la perception de leur produit par le marché.

N'est pas non plus considérée comme une violation de l'article 1 la simple suggestion de prix de revente, comme la par exemple souligné l'arrêt *Mosanto Co. V. Spray-Rite Servs. Corp.*⁹⁴

S'il est reconnu qu'un fournisseur peut en toute légalité offrir des offres promotionnelles à ses distributeurs⁹⁵ en leur suggérant s'il les accepte de les répercuter sur la clientèle, le distributeur doit toutefois toujours être en mesure d'accepter ou de refuser librement cette offre. Le fournisseur ne doit pas user de moyens coercitifs pour forcer la décision de son partenaire.

Si cette offre est utilisée comme un moyen d'établir des prix de revente minimum, n'ayant aucunement vocation à profiter à la clientèle, cela constituera une violation de l'article 1.

B) Les restrictions relatives à la distribution et l'acquisition des produits et services :

Parallèlement aux accords ayant pour but de fixer les prix des produits, il existe toute une série de mesures ayant des effets préjudiciables sur la concurrence effective au sein d'un marché. On peut subdiviser cette catégorie de dispositions en deux. D'une part, les restrictions relatives à la distribution des produits et d'autre part celles ayant trait à l'acquisition de ces mêmes produits ou services.

a) La distribution :

On distingue là aussi deux types d'infractions, tout d'abord les contrats de distribution exclusive. Dans l'arrêt *Sheet Metal Duct, Inc v. Lindab, Inc*⁹⁶ la cour avait rejeté les prétentions du plaignant selon lesquelles l'accord de distribution liant Sheet Metal qui en l'espèce était un manufacturier et son fournisseur, était un accord de distribution exclusive ayant pour

⁹⁴ 465 Us.752,761 (1984)

⁹⁵ Sur la question des offres promotionnelles voir la JP suivantes :
Acquire v. Canada dry Bottling Co, 24 F3d 401 (2nd 1994)
Liquors, Inc v. Joseph Seagram & So 705 F2d 1203 (10th 1982)

⁹⁶ 200-2 Trade-Cas. (CCH) 72,973 (ED. Pa July 18, 2000)

conséquence de lui faire payer les marchandises fournies par Lindab, à un prix supérieur à celui du marché. La cour considéra en effet que le fait qu'un accord entre un fournisseur et son distributeur ait pour conséquence un prix du produit plus élevé, ainsi qu'un accès limité au produit, ne constituaient pas des violations de l'article 1, car ce genre de comportements étaient permis pour les détenteurs de licences.

A coté de cette mesure, l'on retrouve également le refus de commercer ou de fournir un produit, dont la jurisprudence montre que très souvent ces infractions présentent un caractère restrictif tant sur le plan horizontal que vertical, car ils pénalisent à la fois les concurrents directs ou potentiels du comploteur ainsi que ses partenaires commerciaux, puisqu'ils ont pour conséquence de lui limiter les chances d'entrer ou de se maintenir sur le marché par une forme de blocus visant à restreindre l'approvisionnement dont il aurait besoin pour être en mesure d'assurer au sein de ce marché une concurrence réellement effective.⁹⁷ Par conséquent la jurisprudence reconnaît que ces dispositions doivent être pour la plupart soumises à une interdiction d'office.

b) L'acquisition :

Concernant les restrictions relatives à l'acquisition des produits, deux types d'infractions sont également envisageables. En premier les «Tying arrangements» ou les accords liant les entreprises partenaires,⁹⁸ qui sont une technique de marketing pour laquelle un vendeur accepte de mettre à disposition son produit, uniquement dans le cas où l'acheteur s'engage à acquérir en même temps un autre produit.

Prouver ce genre de mesures, s'avère être relativement complexe, du fait du nombre important de preuves à apporter de la part du plaignant comme par exemple le fait que les produits (A) et (B) c'est à dire le produit vendu à l'origine et celui imposé dans l'accord sont bien distincts. Il doit être fait en ce sens toujours référence à la perception que se font les consommateurs du ou des produits en question.

Par exemple, dans l'affaire *Jefferson Hospital v. Parish*⁹⁹ la cour a conclu qu'un hôpital offrant sous forme de «package» des prestations hospitalières et d'anesthésie ne pourrait être en violation du Sherman Act sur la base d'un «Tying arrangement» sauf si les patients perçoivent ces deux prestations comme des services différents. Il en est de même si le produit

⁹⁷ id n 51 et n 60

⁹⁸ A entendre ici dans le sens d'accords obligeant les entreprises

⁹⁹ 466 US.2,18-25 (1984)

(A) n'était vendu qu'à la stricte condition que le produit (B) soit acheté également par le client.

Doit également être apportée, la preuve que l'accord en question a hypothéqué de manière substantielle les chances pour le produit (B) des autres concurrents d'être présent sur le marché.¹⁰⁰

Tous ces accords ne sont toutefois pas illégaux, le critère principal permettant de considérer cette pratique comme anticoncurrentielle, est le pouvoir de marché¹⁰¹ d'un vendeur lui permettant d'obliger ses partenaires ou clients à acheter des produits dont ils ne désirent pas faire l'acquisition. La jurisprudence a toutefois admise dans certains cas l'illégalité d'un tel accord, même en l'absence d'un réel pouvoir de marché de l'auteur d'un « Tying arrangements.»¹⁰²

Une fois que cet accord a bien été prouvé, les tribunaux vont regarder si l'entreprise responsable de cette disposition se trouvait dans ce que l'on appelle une situation de « Business Necessity defense .»

Pour établir cette défense les défendeurs devront apporter la preuve que d'une part cet accord a été mis en œuvre pour atteindre un objectif commercial légitime¹⁰³ et d'autre part prouver que cet accord était le seul moyen d'atteindre l'objectif en question, sans recours possible à une mesure moins prononcée.¹⁰⁴

Dans l'affaire *United States v. Microsoft Corp*¹⁰⁵ les plaignants qui en l'espèce étaient des états américains, reprochaient à la société d'informatique le fait d'avoir associé à son logiciel Windows, le navigateur Internet Explorer par des moyens contractuels et technologiques abusifs, ce qui avait eu comme conséquence d'obliger les clients et consommateurs de Microsoft d'acquiescer le «navigateur maison» comme une condition pour l'obtention de Windows.

Conformément aux précédentes dispositions de la Cour suprême¹⁰⁶ pour qui le fait de forcer le client à se procurer un produit soit qu'il ne désire pas, soit qu'il aurait souhaité se procurer auprès d'un autre fournisseur, constitue «la caractéristique majeure d'un Tying arrangement», la cour a reconnu que Microsoft avait dès les premiers accords de fourniture de Windows 95

¹⁰⁰ *Canall PCS, LLC v. Omnipoint Corp* 200-1 Trade Vas. (CCH) 72855 (SDNY 2000)

¹⁰¹ A entendre au sens de «Market Power» et non de Monopolisation, bien que les deux notions soient assez proches.

¹⁰² id n 99

¹⁰³ Traduction : «A legitimate business purpose»

¹⁰⁴ *Mozart Co v. Mercedes-Benz of N.Am, Inc* 833 F2d 1342 (9th 1987)

¹⁰⁵ 147 F.3d 935 (DDC 1998) (Microsoft I) voir aussi 56 F. 3d 1448 (DCC 1995) (Microsoft I)

¹⁰⁶ id n 99

¹⁰⁷ conditionné l'obtention de la licence à la distribution préalable de son navigateur Internet Explorer. De plus, il a été reconnu que le fait que Microsoft fournisse ce navigateur gratuitement n'empêchait pas de conclure que les clients avaient été tout de même forcés à acquérir le navigateur en question.

Concernant le fait de savoir si Windows et Internet Explorer étaient oui ou non des produits distincts, la cour s'est penchée sur la perception qu'en avaient les clients mais aussi les autres acteurs du marché¹⁰⁸. En l'espèce se basant sur le «caractère de la demande», mais aussi sur le comportement des autres fournisseurs de produits informatiques, la cour a non seulement conclu que les deux produits étaient bien distincts, mais qu'en plus il serait économiquement plus efficace que ces deux produits soient vendus de manière séparée. On constate donc que trois des quatre conditions constitutives de l'opérations étaient déjà remplies.¹⁰⁹

Le quatrième, à savoir celui ayant trait au de pouvoir de marché, avait déjà été préalablement résolu puisque Microsoft qui était non seulement poursuivi pour violation de l'article 1 mais également de l'article 2 du Sherman Act avait été reconnu coupable de monopolisation¹¹⁰ et se trouvait donc bien en position de force sur le marché en cause.

Enfin, la cour rejeta toute possibilité pour Microsoft d'invoquer la notion de « Business Necessity defense », puisqu'elle énonça les considérations suivantes :« *version of Windows and Internet Explorer derived not from technical necessity or business efficiencies ; rather it was the result of a deliberate and purposeful choice to quell incipient competition before it reach truly minatory proportions.*»¹¹¹

En plus des «Tying Arrangement», le deuxième type de restrictions verticales relatives à l'acquisition des produits ou services, s'avère être les «Exclusive Dealing Arrangement»¹¹².

Ce genre d'accord a pour but d'obliger un acquéreur à acheter au cours d'une certaine période uniquement ses produits auprès du seul et même fournisseur sans qu'il lui soit possible de s'approvisionner chez quelqu'un d'autre.¹¹³

¹⁰⁷ Il s'agit du premier logiciel de ce type mis sur le marché par Microsoft

¹⁰⁸ id n 99

¹⁰⁹ Produit distinct, imposés au consommateur et entraînant une restriction de la concurrence.

¹¹⁰ PARTIE I CHAPITRE II Section 1 paragraphe 2

¹¹¹ Traduction : « *Le fait d'associer Windows et Internet Explorer ne provient pas de considérations techniques ou de recherche de gains d'efficience, mais plutôt d'un choix délibéré d'étouffer la concurrence avant qu'elle n'atteigne des proportions plus importantes* »

¹¹² Traduction : « Les accords de commerce exclusifs »

¹¹³ Pour une étude plus approfondie de ces accords Cf. "Sample jury instruction in Civil Antitrust Cases". p. B-110 à B-116 -1999 Section of Antitrust Law - American Bar Association

Certains de ces « Exclusive Dealing Arrangement » s'ils produisent certes des effets anticoncurrentiels bénins, permettent également d'importants gains d'efficience, les cours ont donc reconnues que ces accords devaient faire l'objet d'une appréciation sous l'angle de « The Rule of Reason »¹¹⁴ contrairement à ceux qualifiés de « Tying arrangement ».

Les tribunaux ont tenté de ne sanctionner que les accords ayant pour conséquence d'exclure un produit du marché pertinent.¹¹⁵ Plus précisément les tribunaux se concentrent désormais sur ceux ayant comme objectif de garantir l'ensemble de la distribution à une seule entreprise, de telle sorte que les autres compétiteurs ne soient plus en mesure d'assurer une concurrence effective, voire même de se maintenir sur le dit marché.¹¹⁶

Afin de mesurer l'impact anticoncurrentiel de ces accords, la jurisprudence a progressivement constitué une liste de critères, il convient donc de tenir compte, du degré d'exclusivité de l'accord, du pourcentage d'exclusion du marché engendré par l'accord (il doit être supérieur à 40%) des effets actuels de l'accord sur la concurrence au sein du marché pertinent, de l'existence d'éventuelles justifications légitime ou pro-compétitive de la part du responsable de l'accord, du caractère permanent ou temporaire de l'accord ainsi que de l'existence d'autres mesures moins nocives pour atteindre les mêmes objectifs.

Dans les cas où il est prouvé que l'accord en question n'élimine pas l'ensemble des débouchés ouverts aux autres produits, les tribunaux refusent d'engager la responsabilité de son auteur.¹¹⁷

Dans le cas du procès Microsoft¹¹⁸, les accords passés par la société informatique avec quelques uns de ses concurrents (Compac – Apple) avaient été considérés par les plaignant comme des « Exclusive Dealing Arrangement » ayant un effet néfaste sur le commerce entre les différents états.

En effet, grâce à chacun de ces accords, Microsoft requerrait de son partenaire le fait de promouvoir et de distribuer Internet Explorer en lieu et place de Navigator, qui était un logiciel concurrent, en échange pour ces derniers d'aides financières, techniques et de divers

¹¹⁴ Cf. Paragraphe I B) p. 27

¹¹⁵ Tampa Electric Co v. Nashville Coal Co. 365 US.320,335 (1961)

¹¹⁶ Healthcare Inc v. Healthsource, Inc, 986 F.2d 589,595 (1st 1993)

Standard Oil v. United States (Standard Oil II) 337 US.293 (1949)

¹¹⁷ “ ...failure of plaintiff to meet the threshold burden of proving that the exclusive dealing arrangement is likely to keep at least one significant competitor from doing business in the relevant market dictates no liability under section 1...” Rolland Machinery Co v. Dresser Industries Inc, 749 F.2d 380,395 (7th 1984). Voir aussi JP de la note 115

¹¹⁸ id n 105

avantages. Ces dispositions de par leur nature furent donc examinées sous l'angle du test des effets, comme le suggérait la jurisprudence antérieure.¹¹⁹

A cet égard, il fut constaté que le seul accord susceptible d'être taxé de caractère exclusif avait été passé avec Compac, AOL, et un certain nombre d'autres opérateurs. Or en l'espèce seul Compac avait véritablement suivi les consignes de Microsoft visant à favoriser la promotion d'Internet Explorer.

Pour conclure en l'espèce que les dispositions adoptaient par Microsoft ne privaient pas Netscape de la possibilité d'avoir accès à l'ensemble des utilisateurs de PC du monde entier et de l'opportunité d'offrir à ses utilisateurs d'installer Navigator, la cour s'est basée sur des affaires similaires¹²⁰ où d'autres tribunaux s'étaient refusés à reconnaître une responsabilité à l'auteur des mesures incriminées, dès lors qu'existaient d'autres canaux de distribution offerts aux entreprises, même si ces derniers n'étaient pas aussi efficaces et sûrs que le canal de distribution d'origine dont le plaignant avait été exclu. En effet, ce logiciel pouvait être aisément télécharger par internet et il était en outre offert par des myriades de petits détaillants.

Il est intéressant de noter que malgré le fait qu'il ait été reconnu que les différents accords de commerce exclusif passés par Microsoft ne constitue pas des violations de l'article 1 du Sherman Act, la cour s'est réservé le droit de les condamner sur la base de l'article 2,¹²¹ car ces accords non exclusifs avaient néanmoins pour but et pur effet de renforcer la situation dominante de Microsoft au sein de son marché et se trouvaient être restrictif de concurrence.

On s'aperçoit donc à travers l'étude de ces divers arrêts que les mesures anticoncurrentielles susceptibles d'être soumises à une interdiction d'office, sont les accords horizontaux visant à restreindre la concurrence, c'est à dire les accords passés entre divers concurrents d'un même produit ou d'un produit répondant aux attentes relativement similaires de la clientèle. Toutefois certaines formes de restrictions verticales telles que le «Minimum Resale Price fixing»¹²² ou les «Tying Arrangement» sont aussi soumises au principe de l'interdiction per se.

Il convient néanmoins d'apporter une précision. En effet, si les accords dits horizontaux sont par nature illégaux, les formes de restrictions verticales évoquées ci-dessus n'ont été soumises à la per se rule qu'au cas par cas, après que les tribunaux aient constaté leur particulière

¹¹⁹ Continental T.V Inc, v. GTE Sylvania Inc, 433 US 36,49 (1977)

¹²⁰ Omega environmental Inc, v. Gilbarco Inc, 127 F.3d 1157 (9th 1997)

¹²¹ Voir le traitement de l'affaire Microsoft sous l'angle du monopole (PARTIE I CHAPITRE II Section 1 paragraphe 2)

¹²² Cf. n 88

nocivité sur la concurrence. Ce n'est donc pas leur caractère intrinsèque qui justifie leur soumission à la *per se* rule mais plutôt le fait que la jurisprudence dans un certain nombre de cas a reconnu que ces agissements produisaient toujours le même type d'effets anticoncurrentiels, et qu'en présence de ces derniers, il existait une présomption d'atteinte à la concurrence, de sorte que le plaignant était dispensé d'apporter la preuve d'une atteinte, pour en demander la sanction.

L'ensemble de ces dispositions s'appliquent sous réserve que l'entreprise concernée n'exerce pas son activité dans les domaines de l'agriculture, des banques et des assurances, en raison du caractère particulier de la structure de ces marchés.

Section 2 : L'Interdiction des seules ententes restrictives envers la concurrence dans les marchés communautaire et canadien

A la différence des États-Unis, l'Union Européenne et le Canada ont décidé de n'interdire que les ententes les plus néfastes pour la concurrence. Il sera vu à cet égard que l'Union Européenne est allée encore plus loin dans ce domaine en prévoyant par exemple la possibilité d'autoriser des ententes que l'on a qualifié d'anticoncurrentielle dès lors qu'elles ont aussi pour conséquences d'entraîner des gains économiques certains, chose que ne prévoit pas la Loi canadienne sur la concurrence.

Il sera vu d'autre part que l'Union Européenne nous paraît mieux armée pour le traitement des ententes que le Canada, dont la législation comporte comme nous le verrons un certain nombre de lacunes.

Paragraphe 1 : Les éléments constitutifs de l'infraction

Sous paragraphe 1 : L'élément matériel

A) En vertu du droit communautaire :

L'article 81 du TUE prévoit que seules peuvent être parties à une entente les entreprises présentant un certain degré d'indépendance. La question qui se pose alors est de savoir quelle est l'étendue de la notion d'entreprise en droit communautaire.

Deux critères sont nécessaires pour reconnaître à une entité le caractère d'entreprise, elle doit être autonome et exercer une activité économique. En l'absence de toute définition par les

différents traités communautaires c'est la jurisprudence qui a précisé ces critères d'identification.

A cet égard l'arrêt Mannesman ¹²³ du 13 juillet 1962 a eu le mérite d'être le premier à se pencher sur la question. Selon les juges d'espèce une entreprise est « *constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un but économique déterminé* »

Le caractère d'autonomie évoqué ci-dessus réfère en outre plus à ce que l'on pourrait qualifier de non-dépendance économique plutôt que de réelle indépendance juridique ou structurelle.

Concernant la réalisation d'une activité économique, il faut entendre cette notion dans un sens très large, en effet on considère que cette activité peut ne pas être exercée dans un but lucratif, il suffit qu'elle présente les caractères permettant de penser qu'une autre entité pourrait exercer cette même activité, mais cette fois pour en retirer des profits. Il en résulte que certaines formes d'association peuvent être reconnues coupables d'entente.

Les entreprises qui recourent à des ententes peuvent le faire de diverses manières, tout d'abord par le recours à des accords entre entreprises, le moyen le plus utilisé étant le contrat comme par exemple un contrat de distribution ou de production de biens. Comme nous l'avons déjà vu concernant le traitement des complots par le droit antitrust des États-Unis, ces contrats n'ont pas à être écrits, ils peuvent en effet résulter de simples accords verbaux. ¹²⁴

En outre, il est reconnu que ces dispositions peuvent être des accords en l'absence de tout effet juridiquement contraignant pour les parties, le principe étant que par de telles dispositions les entreprises se sont entendues sur le fait de réaliser tel ou tel agissement, on pourrait donc assimiler ceci à un contrat moral dans lequel les protagonistes affirment leur volonté de s'associer à la réalisation d'un projet. Le droit anglais appelle ce genre d'accords des « gentlemen agreement » bien qu'en l'espèce ce genre d'accord entraîne des effets que la morale et le droit réprouve.

Outre les accords d'entreprises, il convient d'évoquer les décisions prises par les associations d'entreprises ¹²⁵ comme par exemple celles prises par l'Eurovision, ¹²⁶ les Lloyds ¹²⁷ ou

¹²³ Aff 19-61 : rec 675

¹²⁴ Voir la décision de la Commission du 9/12/98 (Les transbordeurs grecs) : JOCE, L.109 27/4/99

¹²⁵ Cf. p 32 note 86 et 87 relatif aux critères constitutifs d'une association d'entreprise en droit antitrust

¹²⁶ Décision UER-membres de l'Eurovision 11/6/93. JOCE L.179 22/07/93

¹²⁷ décis. Lloyds Underwriters association 4/12/92 JOCE L.4, 8/1/93

L'IATA¹²⁸ et dont l'impact sur la concurrence est tel que de nombreuses décisions leurs ont étaient consacrées.

La majeure différence sur ce point entre le droit antitrust des États-Unis et le droit communautaire, est qu'en vertu de ce dernier, l'article 81 n'aura vocation à s'appliquer que si la décision a un caractère obligatoire et contraignant à l'égard de tous les membres, alors que dans le droit antitrust une telle condition n'est pas requise.

Enfin, le droit communautaire inspiré en cela du droit américain a repris le principe des « concerted action¹²⁹ » en considérant qu'il ne pouvait y avoir d'atteinte à la concurrence en présence de comportements spécifiques résultant d'une concertation préalable entre les divers protagonistes, qu'il s'agisse de pratiques positives ou négatives, comme par exemple le fait de ne pas faire quelque chose pour pénaliser un concurrent. Là encore, le droit communautaire de la concurrence a reconnu qu'il n'est pas nécessaire que ces comportements soient identiques pour être interdits, une simple similitude étant nécessaire.¹³⁰

Suite à une décision de la Commission du 24 juin 1969¹³¹ la Cour de Justice des Communautés Européennes dans un arrêt du 14 juillet 1972¹³² a précisé la notion de pratiques concertées, en l'analysant comme « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussées jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue une coopération pratique entre elles, aboutissant à des conditions de concurrence ne correspondant pas aux conditions normales du marché en cause* »

Après s'être penché sur ce que l'on pourrait qualifier de cadre des ententes, il convient désormais d'en observer le contenu. Dans son paragraphe 1, l'article 81 établit une liste non exhaustive de pratiques anticoncurrentielles.

Il est fait mention en premier lieu « ...de la fixation directe ou indirecte des prix d'achat et de vente ou d'autres conditions de transactions... » elle peut prendre plusieurs formes, comme par exemple celle d'accords horizontaux,¹³³ la détermination peut également être indirecte, et découler par exemple de l'exigence d'un délai de paiement trop restrictif.

Est également prévu « ...la limitation ou le contrôle de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements... » Ce genre de mesures dont l'objet est de

¹²⁸ Décis. IATA Passenger Agency Program 30/7/91 JOCE L.258, 16/09/91

¹²⁹ traduction : Pratiques concertées

¹³⁰ Voir les arrêts du 8/7/99: Commission c/ Anic, aff C 49/92- P.Hulls c/ Commission aff C.19/92

¹³¹ Décis. Matières colorantes : JOCE L . 195, 7/08/69

¹³² ICI c/ Commission.

¹³³ Cf. sous paragraphe 1 A) p.29

TPI 14/5/98 Sarrio c/ Commission, aff T. 334/94

nuire à un concurrent à en outre pour conséquence d'entraîner des effets également néfastes sur le consommateur, en réduisant notamment le choix qui lui est offert.

Vient ensuite « ...la répartition des marchés ou source d'approvisionnement.. » qui s'opèrent tant par des accords horizontaux que verticaux.¹³⁴ Les entreprises peuvent en effet recourir à des stipulations contractuelles visant à empêcher le recours de certains produits ou services à des fournisseurs non-membres d'un certain réseau de distribution. C'est dans le secteur automobile que la jurisprudence a eu le plus souvent à se prononcer sur de telles mesures.¹³⁵

Enfin, l'article 81 paragraphe 1 prévoit «... l'application à des partenaires commerciaux de conditions inégales pour des prestations équivalentes¹³⁶ ... » ainsi que « ... la subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui n'ont pas de lien avec l'objet du contrat¹³⁷ ... »

Toutefois, au même titre que les États-Unis et le Canada, la liste des pratiques constitutives d'ententes n'étant pas exhaustive, c'est la jurisprudence et les autorités de contrôle qui ont majoritairement précisé les critères permettant d'estampiller telle ou telle pratique de l'appellation d'entente anticoncurrentielle.

Si l'on se réfère à l'article 81 paragraphe 1, il faut pour qu'elle soit interdite, que l'entente « empêche...restreigne...ou fausse... la concurrence à l'intérieur du marché commun... » Par conséquent il conviendra avant tout de définir le marché de référence, qui s'analyse tant sur le plan sectoriel que géographique. Précisons toutefois qu'il n'est pas de notre but d'étudier dès à présent les critères permettant de définir le marché en cause.¹³⁸

L'objectif général de la politique communautaire de concurrence est comme nous l'avons déjà évoqué, d'établir sur le Marché Commun « une concurrence praticable et efficace »¹³⁹ concept dont la mise en œuvre est assurée par les autorités communautaires depuis l'arrêt LTM c/ Machinenbau¹⁴⁰. La CJCE facilite pour sa part la tâche des autorités en énonçant que « *pour apprécier si un contrat¹⁴¹ ...doit être interdit en raison de son objet ou de son effet, il y a lieu de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée des produits faisant*

¹³⁴ Cf. Paragraphe 2 sous paragraphe 1 B) p. 30

¹³⁵ Décis British Leyland 11/11/86 aff, 226-84 : Rec 3263 – Peugeot Talbot 12/07/91 aff, T 23-90: Rec. II 653

¹³⁶ décis. Pittsburg Corning Europe, 23/11/72 : JOCE, L 272 5/15/72

¹³⁷ décis. Windsurfing international, 11/07/83 : JOCE, L 229, 20/08/83

¹³⁸ Pour l'appréciation des critères permettant de déterminer le marché en cause Cf. CHAPITRE II Section 2 Sous paragraphe 1.

¹³⁹ Cf. citation du commissaire Van der Goebe note n 3

¹⁴⁰ 30/06/66 aff, 56-55 : Rec 337

¹⁴¹ La définition de la CJCE nous apparaît en l'espèce imprécise car elle ne fait mention que des contrats, et ignore les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées, sauf à considérer que le terme de contrat englobe l'ensemble de ces pratiques, ce qui n'aurait pas de sens puisque l'on s'est employé à les distinguer pour permettre une plus grande lisibilité de ces pratiques.

l'objet de l'accord, la position et l'importance des parties en cause sur le marché, le caractère isolé de l'accord ou au contraire sa place dans un ensemble d'accords... »

De cet arrêt on en a tiré trois conclusions. Premièrement, une entente sera considérée comme anticoncurrentielle et devra être interdite,¹⁴² dès lors qu'elle lézarde le principe de concurrence praticable et efficace, dès lors qu'elle entraînera des restrictions actuelles ou ponctuelles, ayant un effet sensible sur la concurrence¹⁴³, qu'elles soient internes ou externes.

- *Une restriction actuelle ou ponctuelle* : Il n'est pas nécessaire que les effets de la restriction soient déjà perceptibles, il suffit en effet qu'ils soient susceptibles d'affecter le commerce entre les différents États-membres.

Les différentes autorités communautaires n'exigent désormais plus qu'une affectation potentielle du commerce au sein du Marché Commun. Pour préciser ce que l'on entend par potentielle la CJCE¹⁴⁴ a mis en place le critère suivant : *«l'accord dont il s'agit doit sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisante qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre les États-membres.»*

Précisons en complément que pour que l'on retienne l'existence d'une influence sur ce courant d'échange, il faut selon les critères de la CJCE que ces comportements puissent nuire à la réalisation d'un marché unique¹⁴⁵, notamment *«en cloisonnant ce marché ou alors en rendant plus difficile l'interpénétration économique voulue par le traité.»*¹⁴⁶

- *Une restriction sensible* : La question qui se pose ici est de savoir si le degré de restriction de l'entente est suffisamment important pour entraîner la compétence des autorités communautaires, le principe étant que les autorités de la concurrence ont pour vocation et devoir de protéger le marché et non pas ses membres contre des pratiques résultant du «simple jeu de la concurrence.»

L'appréciation de ce degré d'importance se fait essentiellement à travers la «communication de minimis» de la Commission, dont la dernière version date du 9/12/1997. Cette dernière a apporté quelques précisions par rapport aux textes précédents.

¹⁴² Dans l'hypothèse où le paragraphe 3 de l'article 81 sur les rachats d'entente ne trouve pas à s'appliquer. Pour une étude de ce rachat voir Paragraphe 3 sous paragraphe 1

¹⁴³ En Droit Canadien de la concurrence on parle de "restriction induite de la concurrence"

¹⁴⁴ id n 140 – Brasseries de Haecht du 12/12/67 Aff.23/67 : Rec.525

¹⁴⁵ 13/07/66, Grundig et Consten c/ Commission, aff 56 et 58-64 : Rec 429

¹⁴⁶ Cf. Arrêt Brasseries de Haecht n 144

Tout d'abord les seuils minimums d'affectation du commerce entre États-membres en matière d'entente¹⁴⁷ ont été abolis. L'objectif de cette suppression est de permettre aux grandes entreprises de réaliser entre elles des ententes dès lors qu'elles ont peu d'impact sur la concurrence. En suite, la communication de 1997 a établi une distinction entre les accords horizontaux et verticaux,¹⁴⁸ considérant que ces derniers étaient relativement moins restrictifs. Enfin, cette communication a mis en oeuvre un système de dérogations au profit des ententes pratiquées par des PME,¹⁴⁹ car il a été considéré que leur impact était le plus souvent insignifiant sur la concurrence communautaire.

Il est de notre devoir de préciser ici que tous les accords ne faisant pas l'objet d'une étude par les autorités communautaires, peuvent être soumis au contrôle des autorités des différents États-membres, s'ils restreignent le commerce sur leur territoire.

Une entente qui par elle-même n'atteint pas les seuils prévus pour être soumises au contrôle du droit communautaire, pourra toutefois y être assujettie, si elle fait partie d'un ensemble d'autres ententes, ayant ce que l'on appelle «un effet cumulatif.» La CJCE a tenté de déterminer les conditions essentielles à un tel effet.¹⁵⁰ La première d'entre elles, est l'existence d'une restriction rendant difficile l'accès au marché pour un nouveau concurrent. Un tel cas peut se produire en présence d'une multitude de contrats similaires, sans qu'il y ait pour autant entente entre leurs divers auteurs. Ce phénomène est caractéristique du marché des cosmétiques mais aussi du marché de la bière¹⁵¹ notamment en Allemagne du fait des nombreux contrats unissant brasseurs et distributeurs. On parle dans ce cas de marché verrouillé.

La deuxième condition est que le contrat en question doit contribuer de manière significative au sein de son réseau d'accord au verrouillage du marché en cause, il doit en conséquence en être l'un des éléments les plus importants.

- *Une restriction interne ou externe* : La plupart du temps une entente aura un impact sur les membres de cette entente en entraînant pour ces dernières une perte importante d'autonomie dans la conduite de leurs affaires, on parle dans ce cas de restriction interne. Ces ententes auront également tendance à produire des effets à l'égard des tiers, en limitant par exemple la

¹⁴⁷ Ils ont été fixés auparavant à 300 millions d'euros (Communication de minimis du 27/03/70)

¹⁴⁸ Par conséquent les seuils d'affectation des ces deux types d'accords sont désormais différents : 5 % pour les ententes horizontales et 10 % pour les verticales.

¹⁴⁹ Voir à cet effet la recommandation de la Commission du 3/04/1996 : JOCE L.107 30/04/96

¹⁵⁰ Delimitis c/ Henninger 28/02/91 Aff. 234-89: Rec I, 935

¹⁵¹ Décis Bass et Scottish and Newcastle, 16/06/99 JOCE, L.186, 19/07/99

possibilité de recourir au fournisseur de leur choix ou en les empêchant de négocier les prix d'acquisition de leurs produits de manière efficace. On parle alors de restriction externe.

Il est extrêmement rare que les ententes verticales produisent à la fois ces deux types de restrictions, ce qui explique leur moindre impact sur la concurrence et l'indulgence relative qui leur est accordée, contrairement à ce qui se pratique aux États-Unis.¹⁵²

B) En vertu de La Loi canadienne sur la concurrence :

Les ententes sont régies au Canada par l'article 45 de la Loi sur la concurrence, qui sanctionne « quiconque complote, se coalise ou conclut un accord ou un arrangement avec une autre personne :

- a) soit pour limiter, indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasiner ou de négoce d'un produit quelconque ;
- b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix ;
- c) soit pour empêcher ou réduire, indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit...
- d) soit de toute autre façon, pour restreindre indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu .»

Comme nous l'avons déjà mentionné,¹⁵³ la principale différence dans le traitement des ententes tel que pratiqué au Canada d'une part aux États-Unis et au sein de l'Union Européenne d'autre part est le caractère criminel de l'entente en vertu de la Loi sur la concurrence.

L'article 45 a donc pour objectif de sanctionner tous les accords ou ententes ayant pour but de réduire ou empêcher la concurrence d'une manière indue, même si la jurisprudence en l'occurrence ne porte presque exclusivement que sur des ententes visant la fixation des prix et la répartition des marchés géographiques ou sectoriels.

Il faut donc la réunion de trois éléments pour que les autorités canadiennes de la concurrence puissent engagées des poursuites. Nous ne nous pencheront pas présentement sur les deux premiers, à savoir l'existence d'une entente, empêchant ou réduisant la concurrence, du fait

¹⁵² Cf. Section paragraphe 2 sous paragraphe 2

¹⁵³ Cf. Introduction p. 11

que les éléments qui les composent sont quasi-similaires à ceux du droit américain et communautaire.¹⁵⁴

Par contre l'étude du caractère indu de la restriction, qualifiée de déraisonnable selon les dispositions relatives au Sherman Act ou de sensible en vertu de l'article 81 paragraphe 1 du TUE, retiendra quelque peu notre attention.

En effet, contrairement à l'effet déraisonnable ou sensible, la réduction indue reste encore actuellement une notion relativement floue que la jurisprudence n'a toujours pas réussi à encadrer. L'une des premières tentatives fut celle de la Cour d'appel de l'Ontario en 1905 au sujet de l'affaire Elliott¹⁵⁵ qui considérait une entente illégale dès lors qu'elle imposait des « *restrictions illégitimes, immodérées, excessives ou oppressives...* » On peut constater que la Cour d'appel ne nous est pas d'un grand secours tant sa définition est vague et dénuée de critères précis d'appréciation.

La Cour Suprême tenta elle aussi d'apporter sa pierre à l'édifice, notamment dans l'arrêt Howard Smith¹⁵⁶ en précisant qu'une réduction de la concurrence est indue quand elle a pour conséquence que les protagonistes de cette pratique « *deviennent libres d'exercer leurs activités en étant virtuellement à l'abri de l'influence de la concurrence....* »

Devant tant d'imprécision, ce fut le législateur lui-même qui tenta d'apporter une réponse notamment en adoptant en 1976 ce qui est aujourd'hui le deuxième paragraphe de l'article 45 est qui énonce qu' « *Il demeure entendu qu'il n'est pas nécessaire, pour établir qu'un complot...un accord...constitue l'une des infractions prévues au paragraphe 1, de prouver que le complot...l'accord...s'il était exécuté... éliminerait vraisemblablement la concurrence, entièrement ou à toute fins utiles, sur le marché auquel il se rapporte, ni que les participants...visaient à éliminer la concurrence, entièrement...* »

S'il est permis de le dire, cette tentative fut-elle aussi un échec, car les éléments nécessaires à qualification du caractère indu de la restriction nous sont toujours inconnus, puisque contrairement par exemple au droit communautaire, il n'ait fait mention d'aucun seuil d'affectation.

Les seuls éléments nous permettant de considérer une restriction comme étant indue sont le fait que les parties exercent un degré suffisant de puissance commerciale¹⁵⁷ et que ces parties

¹⁵⁴ Pour la définition d'un complot ou d'une conspiration voir Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 1 pour la définition d'une entente voir Section 2 sous paragraphe 1 A)

¹⁵⁵ R.c. Elliott (1905), 9 C.C.C 505 (Ont. Ca)

¹⁵⁶ Howard Smith paper Mills LTD c. R.(1957) RCS.403 p.413

¹⁵⁷ Arrêt R.c Nova Scotia Pharmaceutical Society (1992) 2 RCS 606 p.653-654 « *...En l'absence de puissance commerciale, l'entente qui tend à restreindre la concurrence ne causera aucun préjudice, soit parce qu'elle favorise le public, en permettant aux petites entreprises de consolider leur position...soit parce que la mise en*

aient adopté ou envisagé un comportement propre à dénaturer la concurrence en vigueur sur le marché en cause. En mettant ces deux éléments en corrélation, la cour dans ce même arrêt¹⁵⁸ nous indique que plus un comportement sera néfaste moins il sera important que son auteur dispose d'une influence importante au sein de son marché, et inversement.

MM. Bérriault et Comtois dans leur livre relatif aux dispositions canadiennes en matière de droit de la concurrence¹⁵⁹ considèrent que le fait de sanctionner une pratique particulièrement préjudiciable pour la concurrence, sans que ses auteurs disposent pour autant d'une puissance commerciale importante sur le marché en question, aurait trop tendance à rapprocher la notion d'entente canadienne de la notion américaine de complot soumise à la règle de la *per se* rule, du fait que l'on tiendrait désormais plus compte de l'acte que de son auteur.

A notre avis tel n'est pas le cas, les éléments avancées par la cour dans l'arrêt *Nova Scotia*¹⁶⁰ n'avaient pas pour but d'établir un rapprochement avec la notion de conspiration du droit antitrust, mais tout simplement de combler les lacunes du dispositif canadien en matière de traitement et de qualification des ententes devant être soumises au contrôle du juge.

Il convient désormais de préciser que l'étude du marché au sein duquel ces pratiques ont lieu fera l'objet d'une étude plus approfondie lors de l'étude sur les abus de positions dominantes¹⁶¹, il convient simplement de préciser à ce stade de notre étude que sa définition sera quelque peu différente de celle pratiquée par les États-Unis et l'Union Européenne, du fait de la spécificité du marché canadien qui de part son ampleur et sa relative faible couverture, constitue un cas particulier.

Sous paragraphe 2 L'élément moral

A) L'imputabilité de l'infraction ou l'objet de l'entente :

En droit communautaire de la concurrence, les autorités vont imputer à une entreprise la responsabilité d'une entente si cette pratique produit les effets décrits ci-dessus, mais également si les parties ont démontré qu'elles avaient l'intention que cette entente ait les effets habituels d'une telle pratique. On parle dans ce cas de l'objet de l'entente, c'est à dire du résultat auquel les protagonistes aspiraient. Peu importe d'ailleurs que ce résultat ait bien

œuvre de l'entente sera impossible en raison des pressions provenant d'entreprises qui ne sont pas parties à cette entente.»

¹⁵⁸ id n 157 p.657

¹⁵⁹ id n 1 p.126

¹⁶⁰ id n 157

¹⁶¹ Cf. CHAPITRE II Section 2 paragraphe 1

été atteint, le critère pris en compte est la probabilité suffisante qu'avait cet accord de produire les effets escomptés.

Au sens de l'article 81 paragraphe 1 du TUE, une entente peut être condamnée si «...elles a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence...», en conséquence les autorités communautaires ont le choix entre deux moyens pour sanctionner les instigateurs de la pratique anticoncurrentielle en question, d'une part l'intention et d'autre part la réalisation de la pratique. Ce principe a d'ailleurs été réaffirmé à plusieurs reprises par la CJCE¹⁶² qui énonce que «la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence...», à condition toutefois que cet objet soit réalisable, c'est à dire non hypothétique.

Cet état de fait laisse donc une grande marge de manœuvre aux autorités de l'Union Européenne puisqu'elles pourront sanctionner la tentative de restriction du commerce entre États-membres sur la seule base de l'intention de réduire la concurrence, dès lors que cette tentative a de fortes chances de réussir, sans pour autant tenir compte du résultat.

On constate donc que pour sanctionner les instigateurs d'une telle pratique les autorités communautaires peuvent tenir compte de l'élément moral caractérisant l'entente à l'exclusion de l'élément matériel.

B) Le caractère cumulatif de la preuve à apporter en matière d'entente :

Le droit de la concurrence canadien en considérant l'entente de l'article 45 comme une infraction criminelle, alourdit considérablement la charge de la preuve reposant sur les autorités compétentes. En effet, on considère qu'il appartiendra à la Couronne d'apporter une preuve irréfutable ou hors de tout doute raisonnable démontrant que les éléments matériels et moraux caractérisant l'infraction sont bien présents dans le cas d'espèce. Les autorités ne pouvant pas comme cela se pratique dans l'Union Européenne apporter simplement la preuve d'une volonté de nuire à la concurrence.

Au terme de l'article 45 paragraphe 2.2 « *Il demeure entendu qu'il est nécessaire, afin d'établir qu'un complot...constitue l'une des infractions prévues visées au paragraphe 1, de prouver que les parties avaient l'intention de participer à ce complot...et y ont participé mais qu'il n'est pas nécessaire de prouver que les parties avaient l'intention que le complot... ait l'un des effets visés par le paragraphe 1.* »

¹⁶² 17/11/87 British American Tobacco et Reynolds Tobacco c/Philip Morris aff.142 et 156-84 :Rec 4487
TPI 23/02/94, Groupement des cartes bancaires et Europay International, aff. T.39 et 40-92 : Rec II,49

La Cour Suprême dans l'arrêt Nova Scotia¹⁶³ nous a éclairés sur le fait de savoir comment caractériser l'intention des parties. Selon elle, l'élément moral de l'infraction peut se subdiviser en deux. D'une part l'élément subjectif qui impose aux autorités de la concurrence de prouver que les parties désiraient être parties à un accord dont elles connaissaient toutes les modalités. D'autre part l'élément objectif en vertu duquel il doit être prouvé que les parties à l'entente *«savait ou aurait du savoir que l'entente réduirait indûment la concurrence.»* Cet attendu constitue un aménagement du paragraphe 2.2 de l'article 45, puisqu'il faudra non pas prouver que les parties avaient l'intention par leurs comportements de réduire la concurrence mais que *«des gens d'affaires raisonnables»* auraient eu dans les mêmes circonstances cette intention.

Paragraphe 2 : Les régimes d'exemptions

Sous paragraphe 1 : Le rachat des ententes restrictives à la concurrence communautaire

A) En vertu de la théorie économique du bilan :

L'article 81 paragraphe 3 du TUE en stipulant que :

« Toutefois les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises*
- à toutes décisions ou catégories de décisions d'associations d'entreprises et*
- à toutes pratiques concertées ou catégories de pratiques concertées*

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte et sans,

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs*
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle du marché en cause, d'éliminer la concurrence.»*

permet que certaines ententes jugées restrictives, soient tout de même autorisées si elles engendrent un certain nombre d'avantages économiques qualifiés de gains en efficience, compensant les restrictions provoquées par ces mêmes accords.

¹⁶³ Id n 157

Au sein du Marché Commun, il appartient à la Commission, en vertu du règlement 17/62 du 6 février 1962¹⁶⁴ de se prononcer sur la possible amnistie de ces pratiques. Dans les cas où il est reconnu que l'accord en question répond aux conditions du paragraphe 3, une décision individuelle d'inapplicabilité des dispositions de l'article 81 paragraphe 1 devra alors être prononcée. Le Livre Blanc du 28/04/1999, envisageait pour sa part l'éventualité d'un partage de ce pouvoir avec les autorités et juridictions nationales dans un souci de plus grande efficacité.¹⁶⁵

Le règlement du conseil du 16/12/2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence des articles 81 et 82 du TUE, et devant être applicable à partir du 1/05/2004, a finalement suivi les recommandations faites dans le livre Blanc en donnant également aux autorités de concurrence des États-membres le pouvoir d'accorder des exemptions individuelles en vertu du paragraphe 3 de l'article 81.

De plus, la procédure de notification des articles 4 et 5 du règlement ¹⁶⁶ a également été abolie pour permettre un traitement uniforme des ententes avec une règle établissant le principe (paragraphe 1) et une autre l'exception (paragraphe 3.) Cette réforme une fois en place aura pour effet de rendre licites sans qu'une décision préalable soit nécessaire, les ententes prohibées par le paragraphe 1 mais remplissant les conditions du paragraphe 3, c'est à dire qu'il n'existe désormais plus de présomption de nullité des ententes, l'interdiction trouvant son application seulement lorsque les conditions de cette interdiction sont effectivement remplies. Pour cela, il faudra que le bilan économique de ces pratiques contrevienne au moins à l'une des quatre conditions suivantes :

- L'entente doit contribuer à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou à la promotion du progrès technique ou économique. Cela peut passer par exemple par une rationalisation de la production pour parvenir à un meilleur rapport qualité prix,¹⁶⁷ ou par une réduction de cette même production en période de crise. De la même manière l'optimisation de la distribution peut avoir pour conséquence notamment d'améliorer la prévisibilité des approvisionnements ce qui a pour conséquence corollaire de permettre aux distributeurs de se concentrer sur certains types de produits. Le souci premier d'une telle condition est avant tout

¹⁶⁴ Cf. CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1

¹⁶⁵ Pour une étude sur la coopération entre les autorités communautaires et celles des États-membres relatives aux infractions des articles 81 et 82 du TUE voir CHAPITRE III Section 1 paragraphe 2

¹⁶⁶ Cf. CHAPITRE III Section 1.

¹⁶⁷ Décis du 16/01/96 Lufthansa-SAS JOCE L.54, 5/04/96

le consommateur, à qui l'on veut assurer les bénéfices des progrès techniques et économiques découlant de ces dispositions.

- L'entente doit réserver aux utilisateurs une partie du profit qui en résulte, c'est à dire qu'il ne doit pas y avoir confiscation des avantages au profit du plus petit nombre au détriment des autres. Il est considéré que ces gains en efficience qui peuvent se matérialiser par une amélioration des services offerts, par l'accès à de nouvelles technologies...doivent être réparties au moins en partie sur les consommateurs et utilisateurs finaux.
- Les restrictions ne doivent pas dépasser ce qui est indispensable pour satisfaire aux deux premières conditions, on fait ici référence à la proportionnalité des moyens mis en œuvre dans le cadre de l'entente. La commission a en l'espèce un pouvoir très important, puisqu'elle peut négocier avec les entreprises dans le but de limiter l'impact de certaines restrictions, tout comme elle peut imposer à l'entreprise le recours à d'autres moyens plus efficaces pour arriver au même but.
- Les entreprises ne doivent pas avoir la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, ce qui aurait pour conséquence qu'une concurrence effective au sein de marché ne serait plus possible.

B) Les règlements d'exemptions catégoriels :

Dans ce cas, le pouvoir d'exemption est partagé entre les différentes autorités communautaires. En effet, la Commission ne dispose d'aucun pouvoir direct en la matière, ces derniers lui étant confiés par le conseil qui permet à la commission de prendre tel ou tel règlement d'exemption.

Cette dernière est accordée nominativement aux parties, et ne doit pas être interprétée de manière extensive en élargissant son champ d'application¹⁶⁸ à d'autres dispositions prises par la même entreprise. Ces règlements confèrent en outre le pouvoir à la commission de retirer le bénéfice de cette dérogation, à condition de démontrer en quoi l'accord est contraire aux dispositions du paragraphe 3.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Arrêt CJCE 28/04/98 Cabour et Nord distribution automobiles c/ Amor SCO aff, C230/96 : Rec I 2055

¹⁶⁹ Voir pour un retrait d'exemption en vertu du règlement 1984-83, la décision Langnese Iglo, distribution des glaces en Allemagne 23/12/92

Toutefois, et toujours sur la base de la recherche d'une concurrence effective au sein du Marché Commun, il a été reconnu que les autorités d'un État-membre sur le territoire duquel une entente soumise à exemption produit ses effets, et dont le marché présente les caractéristiques d'un marché distinct, pourra retirer elle-même le bénéfice de cette exemption. Précisons en outre, que sur la base du règlement du conseil 19-65 du 2/03/1965, un certain nombre de règlement d'exemption ont été adopté, comme par exemple celui du 22/06/1983 relatif aux accords de distribution exclusive¹⁷⁰ traitant des concessions obligeant un fabricant à ne vendre au sein de son territoire qu'à son concessionnaire, à condition toutefois que cela n'entraîne pas un cloisonnement du marché, et à condition que « la concession reste ouverte » c'est à dire qu'elle exclue toute clause de protection absolue.

Fut également adopté le règlement du 28/06/1995 relatif aux accords de distribution et de service après vente de véhicule automobiles¹⁷¹ dont l'objectif est là aussi d'assurer l'ouverture du marché notamment par l'introduction du « multimarquisme. » A cet égard, ce règlement prévoit une certaine liberté d'approvisionnement des distributeurs de pièces de rechange avec toutefois une obligation de fournir des pièces de qualité équivalente. Est également envisagé l'adoption de certains quotas, l'allongement des contrats de distribution de quatre à cinq ans... Enfin tout un panel d'autre règlement ont été pris pour régir divers secteurs d'activité. Le règlement du conseil 2821-71 du 20/12/1971 a également permis l'adoption d'autres textes d'exemptions, propres à certains secteurs d'activités, ¹⁷² comme par exemple ceux du 19/12/1984 relatifs aux accords de spécialisation et accords de recherche et de développement. D'autres règlements sont propres quant à eux à des secteurs d'activité, comme ceux en matière de transport et d'agriculture.

Sous paragraphe 2 : Les exemptions de l'article 45(3) de la Loi sur la Concurrence

Tout comme le droit communautaire, le droit canadien de la concurrence a mis en place un régime d'exemption des infractions prévues à l'article 45. A cet égard, la Loi sur la concurrence prévoit que ne sont pas illégales les ententes relatives aux négociations

¹⁷⁰ n 1484-86 JOCE L.173 30/06/83

¹⁷¹ n 1475-95 JOCE L.145 29/06/95

¹⁷² A titre d'exemple ceux du 19/12/1984 relatifs aux accords de spécialisation et accords de recherche et de développement. (417/85 du 22/02/83-JOCE. L53,)

D'autres règlements sont propres quant à eux à des secteurs d'activité, comme ceux en matière de transport (479-92 du 27/02/92 – JOCE L.55 29/02/92 qui sera abrogé par l'entrée en vigueur du règlement 1/2203 remplaçant lui même le règlement 17/62) et également en matière d'agriculture (26-62 du 4/04/62 JOCE.30 L.30)

collectives en vertu de l'article 4¹⁷³ aux valeurs mobilières de l'article 5¹⁷⁴ et au sport amateur, tel que prévu par l'article 6 de la Loi.¹⁷⁵ De la même manière si l'entente fait déjà l'objet d'une procédure d'enquête, mais sous une autre qualification comme par exemple en matière de fusionnement ou d'abus de position dominante, cette disposition ne pourra être soumise au contrôle de l'article 45.

Toutefois, les exemptions qui nous intéressent sont celles de l'article 45(3) qui énonce que les parties ayant procédé à une entente en vue d'échanger des données statistiques, de définir des normes de produit, de collaborer en matière de recherche, d'édicter des mesures visant à protéger l'environnement... ne pourront être reconnues coupable d'infraction au sens de l'article 45 car il est considéré que ces dispositions peuvent avoir un effet bénéfique pour l'économie, à condition toutefois que ces dispositions n'aient pas comme conséquence une réduction de la concurrence ayant un impact sur les prix, la qualité des produits ou les canaux de distributions.

A la différence du rachat des ententes pratiqué par les autorités de l'Union Européenne, le régime d'exemption canadien est beaucoup plus stricte puisqu'il ne s'applique qu'à un petit nombre d'entente dont la spécificité même, conduit à croire qu'elle ne devrait de toute façon pas avoir vocation à être incluses dans le régime de l'article 45, tant leurs effets sur la concurrence sont marginaux. En effet la Loi sur la concurrence ne prévoit pas que les « véritables ententes » ayant un effet restrictif sur la concurrence, puissent être autorisées, même si elles engendrent parallèlement ce que l'on appelle des gains d'efficience pour l'économie du pays.

Il convient maintenant de dresser un bilan des législations du Canada, des États-Unis et de l'Union Européenne en matières d'ententes ou conspirations.

Au vu de ce qui a été avancé, il nous apparaît que l'objectif des normes américaines et canadiennes diffèrent de celles établies par l'Union Européenne.

En effet, cette dernière a résolument mis le cap sur la protection du consommateur, puisqu'elle permet à des pratiques qui auront un effet néfaste sur la concurrence en éliminant

¹⁷³ « La présente loi ne s'applique pas :

a) aux coalitions d'ouvriers ou d'employés, formées en vue de leur assurer une protection professionnelle convenable, ni à leurs activités à cette fin... »

¹⁷⁴ « Les articles 45 et 61 ne s'appliquent pas à l'accord ou l'arrangement, soit entre des personnes qui appartiennent à une catégorie faisant habituellement le commerce des valeurs, soit entre ces personnes et l'émetteur d'une valeur particulière dans le cas d'une distribution qui a un rapport raisonnable avec la souscription de l'émission d'une valeur particulière »

¹⁷⁵ « La présente loi ne s'applique pas aux accords ou arrangements conclus entre équipes, clubs et ligues dans le domaine de la participation au sport amateur... à savoir un sport ou la participation n'est pas rémunérée »

des marchés un certain nombre d'acteurs, d'être autorisées si elles ont en contre partie des effets bénéfiques pour l'économie. On peut donc dire que contrairement au Canada et aux États-Unis où l'on tente d'assurer une concurrence effective, l'Union Européenne donne plus de poids à la satisfaction du consommateur qu'à la protection des différents acteurs du marché. La recherche d'une concurrence praticable au sein du Marché Commun apparaissant non pas comme un but en soi, mais plutôt comme un moyen pour arriver au véritable objectif du droit de la concurrence communautaire.

En ce qui concerne donc les accords entre entreprises, les États-Unis et le Canada considèrent pour leur part que ce qui est bon pour le consommateur à court terme, ne le sera pas nécessairement à plus long terme, et qu'en conséquence la seule manière d'éviter une dégradation de la qualité des produits ainsi qu'une hausse des prix de manière durable, est de maintenir un degré élevé de concurrence au sein de son marché. Si cette attitude nous semble pleine de bon sens, il nous apparaît toutefois que « tout ce qui est pris n'est plus à prendre » et qu'en conséquence tout avantage que pourra retirer le consommateur du comportement des entreprises, doit être exploité au maximum.

Il convient toutefois de préciser comme nous le verrons ultérieurement (Partie I Chapitre III section 3) que la Loi canadienne sur la concurrence va en ce qui concerne l'abus de position dominante admettre la possibilité d'autoriser des agissements anticoncurrentiels dès lors qu'ils ont un « *rendement concurrentiel supérieur* ». Ce postulat repose essentiellement sur les théories économiques de Schumpeter relative à la « destruction créative » dont nous dresserons une brève présentation ultérieurement (Partie I Chapitre III Section 3.)

L'autre commentaire qu'il nous semble utile d'avancer est que la législation communautaire nous apparaît en ce qui concerne les ententes, plus cohérente et plus précise que celles des États-Unis et du Canada. En effet, ces dernières se démarquent à nos yeux par une relative imprécision. Par exemple, comme nous l'avons déjà vu précédemment, le critère permettant de déterminer si un complot sur le territoire des États-Unis sera interdit d'office sans autre forme d'examen ou s'il sera nécessaire de vérifier si les effets de cet accord sont déraisonnables, sont flous, la jurisprudence ayant échoué à nous donner des critères déterminés et surtout déterminables. De plus, le fait de savoir si une entente sera qualifiée d'infractions civiles ou criminelles dépend de l'appréciation qu'en feront les autorités et qui n'est pas fixées avec certitude à l'avance.

De même la Loi sur la concurrence contient concernant ces mêmes pratiques un certain nombre de lacunes, que nous ne sommes pas les seuls d'ailleurs à avoir noter.¹⁷⁶

A titre d'exemple la notion de restriction induite de la concurrence qui est l'élément majeur caractérisant une entente, n'est à l'heure actuelle toujours pas complètement appréhendé.

Enfin, et reprenant en l'espèce l'avis de MM Bérriault et Comtois¹⁷⁷ il semble évident que *« l'analyse proposée par les tribunaux pour déterminer le caractère illégale d'une entente est complexe et difficile à mettre en pratique. »*

En effet, l'entreprise qui projette une entente devra surmonter plusieurs obstacles comme par exemples la définition du marché pertinent *« tâche complexe sur laquelle les économistes eux-mêmes peuvent diverger d'opinion »*,¹⁷⁸ l'appréciation du pouvoir de marchés des différentes parties *« autre tâche complexe et délicate impliquant l'analyse de plusieurs facteurs. »*¹⁷⁹ Cette même entreprise devant par la suite évaluer les conséquences de son comportement *« et notamment, dans quelle mesure l'entente porte sur des facteurs concurrentiels importants »*

En conséquence, si cette entreprise commet une erreur au cours de ce long processus d'évaluation, elle pourra être condamnée pour pratique anticoncurrentielle sur la base de l'article 45, condamnation qui pourra conduire ses protagonistes, à savoir les dirigeants des entreprises concernées en prison, du fait du caractère criminelle de cette infraction

Or en l'espèce ces derniers sont devant l'imprécision de ces dispositions, dans l'impossibilité *« comme n'importe quel autre justiciable de déterminer avec une certitude raisonnable ce qui lui est permis de faire ou non... cette zone grise au final incitant plusieurs de ses entreprises à abandonner des projets susceptibles de comporter par ailleurs des inefficiences non négligeables »*¹⁸⁰ pour l'économie canadienne.

¹⁷⁶ Voir à cet effet Y. Bérriault et Y. Comtois "Le droit canadien de la concurrence" p.129 et s.

¹⁷⁷ idem

¹⁷⁸ idem

¹⁷⁹ idem

¹⁸⁰ Idem

CHAPITRE II : L'abus de position dominante ou Monopolisation

A la différence de l'Union Européenne et du Canada qui connaissent l'infraction d'abus de position dominante, les États-Unis se réfèrent quant à eux à la notion de monopolisation ou de monopole. La principale différence entre la législation des États-Unis et celles du Canada et de l'Union Européenne est que ces dernières ne sanctionnent pas le monopole qu'une entreprise peut avoir sur son marché, mais uniquement les abus qui peuvent en découler. En outre, le droit antitrust américain qualifie de crime tout monopole ou tentative d'en constituer un, alors que cette infraction est de nature civile, dans les ordres juridiques communautaire et canadien.

Pour sa part la législation antitrust américaine, à travers notamment l'article 2 du Sherman Act, dans la lignée des arrêts *Standard Oil* considère que tout monopole est intrinsèquement néfaste pour le consommateur car il ne laisse pas de place pour une offre alternative.

Section 1 : La perception américaine ou l'interdiction de principe des monopolisations

Il sera vu que le droit antitrust américain ne sanctionne pas simplement l'existence d'un monopole mais également toute tentative ou conspiration pour arriver à une telle situation. Il est à noter que la conspiration visant à établir un monopole est assez proche de la notion de complot prévue dans l'article 1 du Sherman Act.

Paragraphe 1 : Les différentes infractions prévues à l'article 2 du Sherman Act

Sous paragraphe 1 : La Monopolisation

Dans tout procès intenté à une entreprise sur la base de l'article 2 du Sherman Act, le plaignant se prévalant d'un préjudice résultant d'un monopole¹⁸¹ devra démontrer, que l'entreprise en question dispose d'un pouvoir de monopole au sein du marché pertinent,¹⁸² qu'elle a consciemment acquise ou maintenu ce pouvoir à travers un comportement restrictif ou d'exclusion, que les activités du défendeur ont affecté ou affectent

¹⁸¹ Le Monopole est la traduction française de la monopolisation, au fin de cette présentation nous emploierons indifféremment les deux termes.

¹⁸² Les critères de qualification du Relevant Market dans le droit antitrust des États-Unis seront présentés dans le cadre de la partie traitant des Fusions & Acquisition.

Voir à cet effet PARTIE II CHAPITRE I Section 2 paragraphe 2

encore, le commerce entre les États et avec les pays étrangers, qu'il a subi un préjudice affectant ses affaires ou sa propriété du fait de cette même conduite.

Si les deux derniers critères ne nous sont pas étrangers¹⁸³, il convient en l'espèce de préciser le contenu des deux premiers éléments constitutifs de l'infraction de monopolisation.

A) Le pouvoir de monopole :

Le pouvoir de monopole¹⁸⁴ consiste en la faculté d'avoir un contrôle effectif sur les prix de nature à pouvoir exclure toute concurrence au sein du marché pertinent.¹⁸⁵ Ce contrôle des prix se caractérise par la possibilité pour une entreprise d'établir des prix relativement plus élevés pour ses produits que les concurrents sans qu'il en résulte une perte de clientèle au profit de ces mêmes concurrents.

Afin de prouver l'existence d'un pouvoir de monopole ou de marché, il n'est pas nécessaire de prouver que les prix ont été effectivement augmentés, ni même, que la concurrence ait été affectée. Il suffit en effet de prouver que l'entreprise incriminée a effectivement le pouvoir d'agir de la sorte. On sanctionne donc ici la potentialité de l'infraction.¹⁸⁶

La jurisprudence est partagée sur le fait de savoir si les deux éléments à savoir le contrôle des prix et l'exclusion de la concurrence, doivent être pris en compte de manière cumulative ou non.¹⁸⁷ Toutefois, la tendance la plus récente porte à croire que si l'un des deux éléments faits défauts l'entreprise ne pourra-être reconnue coupable de monopolisation.¹⁸⁸

La détermination de ce pouvoir de monopole n'est pas aussi aisée à faire que l'on pourrait le croire, la jurisprudence a en conséquence établi une liste non exhaustive de critères permettant d'apprécier l'existence ou non de ce pouvoir de monopole.

A titre exemple si l'entreprise en cause détient moins de 50 % des parts du marché auquel elle appartient, il ne pourra être déduit de ce seul taux l'existence d'un pouvoir de marché.¹⁸⁹

¹⁸³ Cf. CHAPITRE 1 Section 1 paragraphe 1

¹⁸⁴ Monopoly power

¹⁸⁵ United States v. El. du Pont de Nemours & Co. 351,US.377-391 (10th 1956)

¹⁸⁶ American Tobacco v. United States, 328 US 751-851 (1946) – Burris v. Panhandle E. Pipeline CO. 935 F.2d 1439 (7th 1991)

¹⁸⁷ Pour une appréciation cumulative voir *Shoppin' Bag, Inc v. Dillon Cos*, 783 F.2d 159-164 (10th 1986)

Pour une appréciation alternative voir *Cleveland v. Cleveland Elec Illuminating Co*, 734 F.d2 1157-1168 (6th 1984)

¹⁸⁸ *City of Chanute v. Williams Natutal Gas Co*, 955 F.2d 641-654 (10th 1992)

¹⁸⁹ United States v. United States Steel Corp. 251 Us 417 (1920) “ 50% de part de marché n'entraîne pas l'existence d'une monopolisation”

Trecker Corp v. Giddings & Lewis Inc, 452 F.2d 579-598 97th 1971) “ Un taux de 33% est insuffisant
Echlin Mfg Co, 105 FTC. 410-478 (1985) “46,8 % confère au défendeur un potentiel anticompétitif, mais des preuves additionnelles relatif au comportement sur le marché sont nécessaire pour entraîner un véritable pouvoir de marché”...

A l'inverse une part de marché s'élevant à hauteur de 80% ou plus est une forte présomption d'existence d'un tel pouvoir.¹⁹⁰ Enfin si le taux oscille entre 50 et 80 % il est possible d'inférer l'existence d'un tel pouvoir, même s'il faut tenir compte d'un certain nombre d'autres facteurs.

A cela il faut ajouter une étude dynamique, c'est à dire qu'il faut également prendre en compte l'évolution de cette part de marché. En effet, si l'on reconnaît qu'elle est déclinante, un pouvoir de monopole ne pourra être reconnu même en présence d'un taux très important.¹⁹¹

Un deuxième élément à prendre en considération est le nombre et la taille des concurrents présents au sein du marché en cause. Le fait que ces derniers soient peu nombreux, faibles ou que leurs parts de marché sont en constante régression, est un indice permettant de conclure à l'existence d'un pouvoir de monopole.¹⁹²

De la même manière, il faut tenir compte de l'historique de ce marché, en effet s'il apparaît que l'entrée et le maintien de nouveaux compétiteurs est une chose relativement facile, alors la probabilité d'un pouvoir de monopole sera extrêmement faible.

B) L'acquisition ou le maintien volontaire du pouvoir de monopole :

Une fois que l'existence de ce pouvoir de marché a été démontrée, il faudra que le(s) plaignant(s) apporte(ent) la preuve que l'entreprise incriminée a consciemment adopté des comportements qualifiés de prédateurs ou d'exclusifs pour obtenir ou pour maintenir en l'état ce pouvoir au sein du marché en cause.

Dès lors que l'entreprise incriminée a acquis ce pouvoir non pas par le recours aux moyens sus-mentionnés, mais du fait de compétences techniques supérieures, d'avantages naturels, d'une plus grande efficacité en matière de recherche et développement... l'infraction de l'article 2 ne pourra être constatée.

A l'inverse, si le comportement de l'entreprise ayant engendré ce pouvoir de monopole, se traduit par une conduite allant au-delà de ce qui est normal et nécessaire dans le cadre de relations commerciales, ce qui a comme conséquence de rendre difficile voire impossible la pratique d'une concurrence effective de la part d'autres concurrents, l'entreprise devra alors

¹⁹⁰ Standard Oil Co v. United States, 221 Us 1 (1911) (98%) – Byars v. Bluff City news Co, 609 F.2d843-853 (6th 1979) “ un taux de 90 % crée une forte présomption) -Morgenstern v. Wilson 29 F.3d 1291-1296 (8th 1993) (86%)

¹⁹¹ United States v. International Harvester Co, 274 Us 693-709 (1927) “un taux déclinant de 77% à 65% du marché, pendant que les concurrents augmenté leurs parts respectives, indique que les conditions nécessaires à une saine concurrence sont établies”

¹⁹² Los Angeles Land Co. v. Brunswick Corp, 6 f.3d 1422 (9th cir 1993)

être condamnée, à condition toutefois que les autres critères constitutifs de l'infraction soient également réunis. Ce genre de pratiques peut prendre plusieurs formes, toutefois les plus répandues sont :

a) *Le refus de commercer :*

Le refus de commercer ou de traiter peut être à la fois collectif ou unilatéral. Si le refus de traiter est collectif, cela signifie qu'il émane d'un groupe d'entreprise. S'il est motivé par la volonté d'empêcher d'autres concurrents d'avoir accès au marché, sans que ce refus puisse être justifié par de solides raisons économiques, alors les entreprises en question seront coupables d'infraction envers l'article 2 du Sherman Act, mais également envers son article 1.¹⁹³

Il convient de préciser que l'appréciation des justifications économiques relève seulement de la perception que s'en font les membres du jury.¹⁹⁴ Pour les aider dans leur tâche la jurisprudence a balisé le terrain, puisqu'elle a déterminé deux questions que doivent se poser les jurés « (1) *whether the alleged business purposes were in fact the purpose of the defendant in refusing to deal or, as the court found in Kodak, only “pretextual”* and (2) *whether those business purposes are in fact legitimate*¹⁹⁵ »¹⁹⁶

Toutefois, le comportement qui en l'espèce devra retenir notre attention, est le refus unilatéral de traiter. Comme nous l'avons déjà précisé concernant les différentes formes de conspirations,¹⁹⁷ il est tout à fait possible pour une entreprise de refuser de faire affaire avec tel ou tel concurrent et ce même si elle dispose d'un pouvoir de monopole à condition toutefois que ce ne soit pas pour empêcher ces derniers d'entrer sur le marché en question.

En effet, une entreprise ayant le contrôle exclusif de « *facilities* »¹⁹⁸ ne doit pas refuser l'accès de ces dispositions à ses concurrents, si ce refus a pour effet de placer la société détentrice de ces « *facilities* » en situation de monopole.

Dans les instructions données au jury dans le cadre d'un procès antitrust,¹⁹⁹ il est mentionné que ces derniers ne doivent pas nécessairement disposer de la preuve que l'entreprise en cause

¹⁹³ Northwest Wholesale Stationers, Inc v. Pacific Stationery & Printing Co, 472 US.284-298 (1985)

¹⁹⁴ Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases » p. C-42– 1999 Section of Antitrust Law - American Bar Association.

¹⁹⁵ Traduction « *La première question est de savoir si la supposée justifications économiques était réellement la raison pour laquelle l'entreprise refuser de commercer, ou comme on la reconnue dans l'affaire Kodak, un simple prétexte- La seconde étant de savoir si ces motivations économiques étaient réellement légitimes* »

¹⁹⁶ Transport Inc. V. Starter Sportswear inc, 964 F.2d 186-189 92nd 1992)

¹⁹⁷ cf. CHAPITRE1 Section 1 paragraphe 2

¹⁹⁸ Peut s'entendre au sens d'équipements, d'installations, de moyens techniques...

avait délibérément l'intention de constituer un monopole pour la sanctionner, mais qu'ils doivent plutôt se concentrer sur le fait de savoir si le comportement en question pouvait être qualifié de restrictions non- nécessaires.

Dans l'affaire *In Re independent service Organizations*,²⁰⁰ la Cour fédérale avait refusé de suivre la décision de première instance et avait considéré qu'une entreprise qui refusait de donner accès à ses licences ou copyrights ne violait pas l'article 2 du Sherman Act, et ce même si cela avait pour conséquence de créer ou de maintenir en l'état un monopole au sein du marché pertinent, du fait notamment des règles spécifiques applicables en matière de propriété intellectuelle.

De plus, il leur est demandé de se concentrer non pas seulement sur l'intention de l'accusé,²⁰¹ mais aussi sur le comportement du plaignant et enfin sur l'impact de cette mesure sur les consommateurs. En effet, il se peut qu'une telle conduite puisse avoir des effets bénéfiques en amenant par exemple une diminution des prix ou une amélioration de la qualité des produits, dans ce cas et de la même manière que les autorités communautaires en matières d'ententes,²⁰² il faudra voir si les avantages d'un tel comportement sont supérieurs aux inconvénients,²⁰³ et le cas échéant, il conviendra de rejeter la requête du plaignant.

*b) Predatory pricing*²⁰⁴ :

Le fait d'avoir recours à des prix dits prédateurs signifie que l'on pratique une politique visant à mettre en œuvre des prix en dessous du prix de revient,²⁰⁵ en vue d'exclure ou de réduire toute concurrence, pour dans un deuxième temps remonter ces prix de manière substantielle une fois que la concurrence a été réduite ou anéantie.²⁰⁶

Quand la Cour est confrontée à ce genre de pratiques elle précise qu'elle fait référence à la notion de la concurrence et non de concurrents car *il importe de se focaliser sur la situation concurrentielle dans son ensemble et non sur le cas d'un ou plusieurs concurrents*. « *this*

¹⁹⁹ Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases » p. C-33– 1999 Section of Antitrust Law - American Bar Association.

²⁰⁰ 203 F.3d 408 (1st 200)

²⁰¹ *Great Western Directories v. Southwestern Bell tel. Co.*, 63 F.3d 1378-1386 (5th 1995) “ La démonstration d'une intention spécifique n'est pas requise , mais apparaît comme pertinente dans le but de démontrer si la conduite incriminée est anticompetitive...”

²⁰² Cf. CHAPITRE 1 Section 2 Paragraphe 2 sous paragraphe 1

²⁰³ *Paschall v. Kansas auburn News Co. v. Providence Journal Co.*, 7287 F.2d 692 (8th 1984)

²⁰⁴ Traduction : “Des prix prédateurs”

²⁰⁵ *Brooke Group, Ltd v. Brown & Wiallamson Tobacco Co.*, 509 US 209 (1993)

²⁰⁶ *Cargill Inc v. Monfort of Colorado, Inc* 479 US 104-117 (1986) – *Mc Gee v. Northern Propane Gas Co.*, 858 F.2d 1487 (11th 1988)

intended to provided a consistent focus on the process of competition, as distinguished from the fate of individual competitors » ²⁰⁷

La jurisprudence a considéré que le fait que certains concurrents ne survivent peut être pas à la pratique de prix relativement bas, ne suffit pas à démontrer l'existence d'une atteinte à la concurrence suffisamment grave pour interdire cette pratique. Dans l'arrêt Brooke Group²⁰⁸ la Cour Suprême énonce qu' « *un concurrent cherchant à établir qu'une atteinte à la concurrence a résulté de prix particulièrement bas de la part d'un concurrent devra prouver que ces prix sont en dessous du seuil approprié à savoir le prix de revient.* »²⁰⁹

Le fait qu'un prix soit qualifié de prédateur dépend d'un certain nombre de critères ayant fait l'objet de précisions de la part des tribunaux américains.

En premier lieu, on doit tenir compte du test de la profitabilité.²¹⁰ En vertu de ce test, il est précisé qu'une entreprise est confrontée à deux types de coûts lorsqu'elle désire fabriquer et vendre un de ses produit. Le premier est celui qu'elle devra acquitter quel que soit le type de produit vendu, on le définit sous l'appellation de coût fixe. Le second que l'on qualifie de coût variable est en rapport avec la fabrication et la distribution d'un certain type de produit. Ce que l'on appelle le « coût total » est l'addition de ces deux coûts. Pour qu'un prix ne soit pas qualifié de prédateur, il faut que l'entreprise puisse raisonnablement espérer que le prix qu'elle affiche couvre au moins le coût variable de production et de distribution. Dès lors qu'un tel prix engendre des revenus par rapport à ce coût variable, un prix ne pourra être qualifié de prédateur.²¹¹

Afin de déterminer si une entreprise peut raisonnablement espérer couvrir ces coûts variables il faut tenir compte de l'avis des personnes et employés de l'entreprise responsable de la fixation des prix. Si ces dernières au vu des informations dont elles disposent, croient de bonne foi à une telle perspective, alors il sera possible d'admettre que l'entreprise incriminée a fixé ses prix de bonne foi. De la même manière, les prix pratiqués par une entreprise doivent toujours être mis en corrélation avec ceux des concurrents directs. En conséquence, une entreprise qui abaisse ses prix dans le but de s'ajuster sur les autres entreprises du secteur ne pourra être taxée d'infraction en vertu de l'article 2. En effet, le fait de répondre au comportement de ses concurrents ne peut constituer une violation du droit antitrust.

²⁰⁷ Matsushita Elec Indus Co v. Zenith Radio Corp 475 Us 574-594 (1986)

²⁰⁸ Cf. n 205

²⁰⁹ Pour une étude plus approfondie des "Predatory Pricing" Cf. Sample Jury Instructions in Civil Antitrust Cases » p. C-50 à C -92- 1999 Section of Antitrust Law - American Bar Association.

²¹⁰ Traduction "Test of Profitability"

²¹¹ Adjusters Replace-A-Car, Inc v. Agency rent-A-car, Inc 735 F.2d 884-892(5th 1984)

Enfin, il faut vérifier si ces prix anormalement bas, ne sont pas des prix promotionnels, c'est à dire des prix n'ayant pas vocation à être permanent. Là encore, il conviendra que le jury se réfère au test proposé dans l'arrêt Brooke Group²¹² pour savoir s'il s'agit d'offres promotionnelles ou de prix prédateurs.

Sous paragraphe 2 : La tentative de monopolisation et la conspiration visant à établir une monopolisation

A) La tentative de monopolisation :

Une autre infraction criminelle sanctionnée par le droit antitrust américain est la tentative de monopolisation. Dans les cas où un plaignant prétend avoir subi un préjudice du fait de cette tentative, il devra apporter la preuve d'un certain nombre d'éléments pour que sa requête puisse être accueillie.

En effet, il conviendra d'apporter la preuve que l'entreprise mise en cause « *s'est engagée dans la réalisation de pratiques prédatrices et exclusives, avec l'intention spécifique d'arriver à une situation monopolistique et qu'il existe une dangereuse probabilité que l'entreprise atteigne son but. Ces pratiques devant également affectées le commerce entre les états ainsi que les affaires du plaignant.* »²¹³ La Cour Suprême dans l'arrêt Spectrum sports, Inc v. Mc Quillan admis d'ailleurs que « *des comportements injustes et prédateurs étaient un élément suffisant pour prouver que l'intention spécifique de l'entreprise n'était pas seulement de concurrencer ses adversaires de manières vigoureuses.* »²¹⁴

En l'espèce, nous ne nous attacherons qu'à la deuxième et troisième condition, les autres ayant déjà été traités.²¹⁵

a) L'intention spécifique :

Il existe un certain nombre d'indices permettant de prouver cette intention particulière. Tout d'abord il peut y avoir les déclarations du défendeur affirmant son intention d'arriver à une position monopolistique. La plupart du temps cette preuve pourra être apportée par la présentation de documents provenant des responsables ou employés de l'entreprise en cause

²¹² Cf n 205

²¹³ Traduction “:a plaintiff must prove that the defendant has engaged in predatory or anticompetitive conduct with a specific intent to monopolize and a dangerous probability of achieving monopoly power” Spectrum Sports, Inc v. Mc quillan, 506 US 447 (1993)

²¹⁴ Idem

²¹⁵ “Les comportements ne constituant pas un maintien ou une acquisition volontaire de pouvoir de marché (Cf. B) p 56 à 59) ne peuvent constituer les pratiques prédatrices ou anticompétitives constitutives de l'infraction de tentative de monopolisation” Transamerica Computer Co v. IBM, 698 F.2d 1377-1382 (9th 1979)

et datant de la période où se sont déroulés les comportements en question, mais également par des témoignages en rapports avec ces mêmes déclarations.

Les tribunaux n'ont de cesse d'établir une liste de critères permettant aux jurys de différencier cette intention du simple fait pour une entreprise de pratiquer une concurrence agressive.²¹⁶

A titre d'exemple, « *le désir d'écraser un concurrent est à lui seul insuffisant pour constituer une violation du droit antitrust... Tant que la conduite de l'entreprise Blue Cross's course est légitime, le fait que sa direction espère voir son concurrent disparaître, ne constitue pas un élément pertinent de culpabilité* »²¹⁷

De la même manière, dans l'arrêt *Stewart Glass & Mirror, Inc v. US Auto Glass Discount Centers, Inc*²¹⁸ la cour considéra que dans les cas où il y avait un comportement collectif de plusieurs entreprises pour exclure une autre du marché mais pas de tentative individuelle d'obtenir un pouvoir de marché, il n'y avait pas de tentative de monopolisation.

b) *L'importante probabilité de succès de la tentative :*

Il convient en l'espèce d'apporter la preuve que tôt ou tard l'entreprise incriminée va réussir à obtenir cette position monopolistique si elle continue d'adopter de telles conduites.²¹⁹ Il faut tenir compte à cet égard de la part de marché de l'entreprise en cause en rapport avec ses concurrents,²²⁰ en regardant notamment si cette part a tendance à augmenter ou diminuer. Il faut également prendre en compte l'impact actuel et probable sur la concurrence du comportement de l'accusé.²²¹ Enfin il est important de regarder si les barrières à l'entrée du marché rendent ou non difficiles l'accès à de nouveaux concurrents.

L'appréciation d'une dangereuse probabilité de succès signifie qu'il y a de réelles chances que l'entreprise en question arrive à se positionner en leader incontesté et tout puissant au sein de son marché.²²² Dans l'arrêt *Paladin Associates v. Montana power Co*,²²³ il est affirmé qu'on se trouve en présence d'une tentative de monopolisation lorsque le risque d'une telle situation « *is clear and present* »

²¹⁶ Cf. n 213 mais aussi *Eastman Kodak Co v. Image Technical Servs, Inc* 504 US 451 (1992)

²¹⁷ *Ocean State Physicians Health Plans, Inc Blue Cross's course & Blue shield of Rhode Island*, 883 F.2d 1101-1113 (1st 1989)

²¹⁸ 2000-1 Trade Cas. (CCH) 72,753 (E.D. Tex 2000)

²¹⁹ Cf. n 213

²²⁰ L'importance de la part de marché de l'entreprise incriminée dans le cadre d'une tentative de monopolisation dépendra notamment des caractéristiques structurelles du marché

²²¹ *United States v. Columbia Stelle Co.* 334 US 495-533 (1948)

²²² *William Inglis & Sons Baking Co v. ITT Continental Co, Inc*, 668 F.2d 1014-1030 (9th 1981)

²²³ 97 F. Supp. 2d 1013-1038 (D. Mont 2000)

B) Les conspirations visant à établir une monopolisation :

Pour un certain nombre d'observateurs, la distinction entre cette infraction est celles de l'article 1 du Sherman Act, n'est pas facile à opérer. A titre d'exemple les tribunaux refusent d'admettre l'existence d'une conspiration visant à établir une monopolisation dès lors que les éléments constitutifs d'une telle conspiration sous l'angle de l'article 1 ne sont pas remplis.

Il en résulte donc que les preuves devant être apportées par le plaignant sont assez proches de celles requises en matières de conspirations.

En effet, le plaignant devra dans un premier temps apporter la preuve de l'existence d'un accord ente deux ou plusieurs personnes en vue d'acquérir ou de maintenir une position monopolistique, dans un deuxième temps il devra prouver que le défendeur est entré de manière consciente et volontaire au sein de cette conspiration, et que ce dernier l'a fait dans le but express de se positionner en leader incontesté de son segment d'activité,²²⁴ notamment par la réalisation d'actes manifestement destinés a faire réussir la conspiration.²²⁵ La jurisprudence a d'ailleurs précisé que ces actes manifestement destinés à assurer le succès de la conspiration devaient nécessairement être des actes dits prédateurs.

Enfin, il faudra prouver comme à chaque fois l'existence d'un effet sur le commerce entre les états mais aussi d'un préjudice affectant le domaine professionnel du plaignant.

Paragraphe 2 : La jurisprudence Standard Oil et Microsoft

Il convient maintenant de s'attarder plus en profondeur sur deux arrêts ayant eu une importance considérable en matière antitrust, et notamment en ce qui concerne l'appréciation de la notion de monopolisation.

Le premier d'entre eux revêt une importance particulière du fait qu'il représente la première décision prise en vertu du Sherman Act. Nous verrons donc les motivations ayant permis à la cour de prononcer le démembrement de la Standard Oil Cie et qui ont servies pour une bonne part de critères de référence dans les procès ultérieurs intentés en vertu de l'article 2.

De la même manière, il sera tout aussi important de se pencher sur la dissidence du juge Harlan, car elle contient un certain nombre d'éléments pertinents ayant trait à l'appréciation

²²⁴ Levine v. Central Florida Med. Affiliates, Inc 72 F.3d 1538-1556 (11th 1996) – Salco Corp v. General Motors Corp, 517 F.2d 567-576 (10th 1975)

²²⁵ Idem – advanced Health Care Services v. Radford community Hosp, 910 F.2d 139-140 (4th 1990)

de la restriction au commerce entre les différents états fédérés découlant de la monopolisation ou de la tentative visant à y parvenir.

Pour sa part la jurisprudence Microsoft nous apparaît comme essentiel pour plusieurs raisons. Tout d'abord il s'agit de l'un des plus important procès antitrust de l'histoire, essentiellement à cause de la puissance de la société incriminée. En effet de puis l'arrêt Standard Oil, aucune autre société n'avait dominé son marché avec tant de poids et n'avait eu tant d'importance dans l'économie des États-Unis et même au niveau mondial.

D'autre part la décision fut relativement différente tant dans son résultat que dans sa motivation, ce qui laisse à penser que désormais cette jurisprudence puisse servir de « leading case » pour les actions intentées sur la base de l'article 2 du Sherman Act.

*Sous- paragraphe 1 : Standard Oil CO. of New Jersey v. United States*²²⁶

En l'espèce, la Standard Oil Cie et trente quatre de ses entités ont fait appel de la décision de première instance les reconnaissant coupables de monopolisation au sein du secteur pétrolier aux États-Unis. En effet, le conglomérat avait obtenu à l'époque le contrôle de 90% de l'industrie pétrolière américaine qu'il s'agisse de la production, du transport de la raffinerie et de la vente.

A) Les motifs de la décision de démembrement :

La cour conclut en l'espèce, que les méthodes employées par la Standard Oil Cie visant à acquérir l'ensemble des stocks conduisaient de manière inévitable à l'acquisition d'un pouvoir de contrôle sur le marché pétrolier américain en augmentant sensiblement ses parts de marché, ce qui constituait notamment une preuve prima facie de l'intention de la compagnie de maintenir sa domination sur ce marché, en n'ayant pas recours à des méthodes normales de développement, mais au contraire en usant des moyens illégaux. En effet, il fut prouvé que les statuts de la compagnie avaient été amendés aux alentours de janvier 1889, dans le but spécifique d'arriver à un tel degré de contrôle.

Au surplus la cour conclut que le comportement de la compagnie au cours de la période allant de 1879 à 1882 confirmait bien cette intention, la Cour apportant la preuve que le conglomérat avait eu pour objectif d'acquérir illégalement des parts de marché, par exemple en tentant de faire l'acquisition du plus grand nombre de barils de pétrole possible, en s'appropriant le contrôle d'un grand nombre de « pipe lines » mais aussi par le recours à des

²²⁶ 221 US.1 (1911)

pratiques commerciales prédatrices comme des coupes drastiques au niveau des prix de manière à éliminer les concurrents et enfin par le recours à l'espionnage industriel.

En outre, la cour mettait l'accent sur la nature « *énorme et déraisonnable* » des profits engendrés par la compagnie résultant du pouvoir détenu par cette dernière au sein de son marché, ce qui entraînait une forte présomption de monopole.

Pour ses motifs la cour considéra qu'il ne suffisait pas de mettre simplement un terme à ces agissements, mais qu'il lui incombait d'adopter des mesures d'une grande sévérité. A cet égard, il fut interdit à la compagnie de recourir à de tels actes dans le futur. Néanmoins la sanction la plus marquante fut celle prononçant le démembrement du conglomérat afin de neutraliser ce monopole.

B) La dissidence du juge Harlan :

En l'espèce le juge Harlan tient à se distinguer de l'avis de ses confrères non pas quant au résultat obtenu puisqu'il affirme²²⁷ :

« I concur in holding that the Standard Oil Cie of New Jersey and its subsidiary companies constitute a combination in restraint of interstate commerce, and that they have attempted to monopolize and have monopolized parts of such commerce... »

Par contre il considère que les motivations de ses collègues sont erronées, dans le sens où dans l'arrêt il est fait mention de la notion de déraisonnabilité pour qualifier l'emprise de la société sur son marché, alors que le congrès n'a fait aucunement mention de ce critère en adoptant le Sherman Act.

« I dissent from those parts of the opinion which, in effect, assert authority in this court to insert words in the antitrust act which Congress did not put there, and which being inserted, Congress is made to declare, as part of the public policy of the country, what it has not chosen to declare... »

²²⁷ « Je rejoins l'avis selon lequel la Standard Oil Cie du New Jersey ainsi que les autres entités représentent un conglomérat ayant un effet restrictif sur le commerce entre les états, et que ce conglomérat a tenté de constituer un monopole au sein de ce marché... »

Le juge Harlan considérait en effet qu'en l'espèce la cour avait d'une part commis une erreur d'interprétation du texte et avait d'autre part usurpé un pouvoir constitutionnel dont elle n'était pas détentrice.

Le fait pour la cour d'insérer la notion de raisonnable dans le cadre de l'examen d'une supposée infraction à l'article 2, reviendrait selon son opinion à amender une loi. Or le Congrès a refusé de manière volontaire de modifier ses dispositions dans ce sens, à chaque fois que l'occasion lui en était offerte. Le juge Harlan énonçait en outre que le fait de savoir si la restriction est ou non raisonnable rendrait le caractère criminel de l'infraction, sinon inopérant du moins relativement incertain.

Le juge Harlan affirmait enfin l'inutilité d'un tel commentaire. *«Du fait que la cour avait reconnu de manière unanime le caractère illégal du comportement de la Standard Oil Cie, pourquoi était-il nécessaire d'élaborer un argumentaire complexe pour démontrer le caractère déraisonnable d'un comportement qui aurait de toute façon été réprimé ?»*

Il semble que les tribunaux aient donné par la suite raison aux deux types d'arguments. En effet, concernant le traitement de l'article 2 il est reconnu que toute monopolisation ou tentative est illégale dès lors qu'un certain nombre de critères sont présents, comme par exemple le recours à des pratiques prédatrices, une intention établie de se positionner en leader du marché, une restriction du commerce, peu importe son degré d'importance... On constate donc qu'il n'est absolument pas fait mention de la question du caractère déraisonnable de la restriction qui ne joue aucun rôle dans l'appréciation d'une monopolisation.

Toutefois, cette question est désormais au centre de tous les débats concernant l'appréciation des effets d'une conspiration en vertu de l'article 1.²²⁸ Dès lors qu'une telle entente ne possède pas les caractéristiques permettant aux autorités américaines de la concurrence de l'interdire d'office sans autre forme d'examen, le recours à la notion de raisonnable prend toute son importance. En effet dans ce cas de figure, de telles dispositions ne seront interdites que si elles restreignent anormalement la concurrence et le commerce aux États-Unis. Or il est de nos jours extrêmement rares que des dispositions violant l'article 2 ne nécessitent également un examen de leurs effets sous l'angle de l'article 1. En conséquence, même si le caractère déraisonnable de la restriction n'entre pas directement en compte dans l'appréciation de la monopolisation ou de sa tentative il n'en est jamais très loin.

²²⁸ Cf. CHAPITRE I Section 1 Paragraphe 1 sous paragraphe 2

*Sous paragraphe 2 : United States v. Microsoft Corporation*²²⁹

Dans le cas d'espèce les différents plaignant considéraient que le marché pertinent était le marché mondial des licences d'exploitation "Intel-Compatible operating system" en considérant notamment pour cela l'ensemble des produits raisonnablement interchangeables par le consommateur à la recherche des mêmes attentes.²³⁰

A) Le maintien d'un pouvoir de monopole :

La cour compétente en l'espèce reconnut que les preuves permettant de constater l'existence d'une position dominante,²³¹ l'analyse des parts de marché et les barrières à l'entrée, permettaient de conclure que Microsoft disposait bel et bien d'un monopole dans le marché des systèmes Intel compatibles avec les ordinateurs PC. La cour précisa en outre qu'il existait des preuves démontrant que Microsoft possédait une part de marché majoritaire en constante progression, de l'ordre de 95%.

De surcroît, il était constaté que les barrières à l'entrée du marché en question assuraient qu'aucun autre opérateur autre que Microsoft n'aurait pu attirer un nombre significatif de nouveaux consommateurs et ce, même si Microsoft augmentait sensiblement ses prix au-dessus d'un certain niveau compétitif durant une période de temps indéterminée.

Une fois ce monopole constaté la cour conclut également que Microsoft recourait à des mesures prédatrices en vue de maintenir ou améliorer sa position, en faisant par exemple en sorte de s'assurer que son logiciel Internet Browser remplace son concurrent direct à savoir Netscape's Navigator's ainsi qu'en améliorant sa version de Java qui ne fonctionnait que sur le système Windows de Microsoft.

La cour admit enfin qu'un certain nombre de restrictions verticales mises en œuvre par Microsoft pouvaient être également qualifiées de prédatrices et d'anticompétitives.

« First, Microsoft bound Internet explorer to windows with contractual and later technological Shackles in order to ensure the prominent presence of internet explorer on every windows user's Pc system, and to increase the costs attendant to installing and using Navigator on any PCs running windows... »

²²⁹ 87 F. Supp. 2d 30(DDC 2000)

²³⁰ Rothery Storage & Van Co. V. Atlas Van Lines, Inc, 792 F.2d 210-218 (DC 1986)

²³¹ Doit être dans ce cas entendu dans son sens littérale et non comme faisant référence à la notion du droit de la concurrence canadienne et communautaire.

B) Les tentatives d'obtention d'un pouvoir de monopole dans un second marché :

En plus du maintien de sa position monopolistique au sein de son marché de référence, Microsoft était accusé de tenter de s'assurer la même position au sein non pas du marché des navigateurs mais sur celui des serveurs,²³² à savoir le support permettant au navigateur de fonctionner. En effet, quand Netscape refusa d'abandonner le développement de ce type de logiciel, la stratégie commerciale de Microsoft fut d'étendre l'usage d'Internet Explorer au niveau des serveurs, afin de circonscire toute possibilité d'évolution pour Navigator.

Pour condamner la société informatique de Seattle, le tribunal eu recours au test pratiqué dans l'arrêt *Spectrum Sports v. Mc Quillan*.²³³ En premier lieu il fut constaté que la proposition de Microsoft datée de juin 1995 selon laquelle Netscape lui abandonne le marché des serveurs à destination de Windows, ainsi que les efforts pour anéantir toute possibilité d'utilisation du logiciel de Netscape constituaient des mesures anticompétitives du fait du poids de Microsoft dans son industrie.

Dans un deuxième temps il fut reconnu que Microsoft avait bel et bien eu l'intention de s'approprier le contrôle de ce segment de marché et ce même si à l'époque les parts de marché de Netscape y étaient encore supérieures à celles de Microsoft. En outre, même si les dirigeants de Microsoft n'ont jamais déclaré expressément leur intention de monopoliser ce secteur, ils ne pouvaient ignorer que la tactique qu'ils employaient aurait tôt ou tard une telle conséquence.

Enfin, il fut reconnu qu'en l'espèce l'existence d'une importante ou dangereuse probabilité de succès de l'opération était bien réelle du fait essentiellement de l'efficacité des mesures prédatrices mises en place par Microsoft.

C'est donc sur la base de ces conclusions que le juge Thomas Penfield Jackson prononça le démembrement de Microsoft en deux entités distinctes.

C) Les derniers évènements en liaison avec le procès :

Me Robert Linval dans un article paru dans le journal du barreau en date du 1/01/2001²³⁴ commentait la décision prise en appel par le juge Kollar –Kotelly ayant pour conséquence de sanctionner une partie du jugement de première instance. On y apprenait que la cour d'appel avait sanctionné la décision du juge Jackson pour plusieurs motifs, notamment le fait qu'il n'avait pas respecté les règles en matière d'audition en omettant d'entendre les parties

²³² “Browser market”

²³³ Cf. n 213

²³⁴ Volume 33 n 14 édition du 1/09/2001

concernées en vue d'établir les sanctions à imposer, mais surtout en raison de l'insuffisance des motivations attachées à l'ordonnance de démantèlement de Microsoft en deux entités distinctes.

En l'espèce, la Cour d'appel était saisie de quatre questions principales (1) est-il exact que Microsoft a utilisé des pratiques illégales et anticoncurrentielles pour maintenir sa position dominante dans le secteur des systèmes d'exploitation?; (2) est-il exact que Microsoft a tenté d'étendre sa position dominante sur le marché des fureteurs?; (3) est-il exact que la pratique d'intégrer des fonctionnalités au système d'exploitation est illégale?; et (4) le juge Jackson a-t-il manqué aux principes de justice naturelle en ordonnant la séparation de Microsoft en deux entités, l'une se consacrant aux systèmes d'exploitation, l'autre aux applications?

Si elle donne raison à Microsoft sur les questions (2) et (4), la Cour d'appel maintient en grande partie les conclusions de fait du juge Jackson. Elle se dit d'accord avec lui pour affirmer que Microsoft s'est adonné à des pratiques illégales et anticoncurrentielles pour maintenir sa position dominante dans le secteur des systèmes d'exploitation, question qui rappelle le nœud de l'affaire. Microsoft est donc stigmatisée comme un abuseur de position dominante et doit être punie en conséquence.

La Cour d'appel retourne donc le dossier en première instance pour que cette sanction soit fixée. Pour sa part, Microsoft compte plaider qu'elle ne peut pas séparer le système d'exploitation et le fureteur. En effet, selon elle, la distinction est artificielle entre la notion de système d'exploitation et des fonctionnalités que certains sont tentés de qualifier d'application.

L'État du Massachusetts comme onze des vingt états étant parties au procès initié en mai 1998 a en date du 29/11/2002 annoncé qu'il faisait appel de la décision prononcée par le juge Kollar-Kotelly et la cour d'appel, au motif que Microsoft avait été reconnu coupable de monopolisation et qu'il avait délibérément violé les dispositions antitrust des États-Unis. En effet M. Tom Reilly, Attorney Général de l'état du Massachusetts affirmait que *«cet appel*

était fait au nom des consommateurs... que Microsoft écrasait toute possibilité d'innovation technologique, et que tout le monde allait en pâtir»²³⁵

A l'inverse, sept autres états, dont notamment la Californie et la Floride²³⁶ ont décidés de ne pas faire appel et de se concerter plutôt sur l'exécution des sanctions prononcées à l'encontre de Microsoft, sanctions que la cour avait voulu modérées du fait du lien existant entre la conduite de Microsoft et les torts causés aux consommateurs étaient *«incertains.»*

De son côté la société Microsoft annonçait qu'elle allait désormais se concentrer sur le développement d'innovation devant bénéficier à l'ensemble des consommateurs.²³⁷

Il est à noter en outre, que la société de Seattle et les autorités Communautaires de la concurrence sont toujours en discussion en vue de parvenir à un accord satisfaisant pour le Marché Commun et les intérêts de Microsoft.

Section 2 : L'influence du droit communautaire en matière d'abus de position dominante

La notion d'abus de position dominante, tel que décrit dans l'article 82 du TUE énonçant qu' :

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs*
- c) appliquer l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la*

²³⁵ Le New York Times du 30/11/2002 p. B- 14

²³⁶ A cela s'ajoutent le Connecticut, le District of Columbia, l'Iowa, le Kansas et l'Utah

²³⁷ Cf. n 235

concurrence

d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages n'ont pas de liens avec l'objet des contrats. »

a largement influencé la conception canadienne de l'infraction, qui est consignée pour sa part dans l'article 79 de la Loi canadienne sur la Concurrence.

Paragraphe 1 : Appréciation par les autorités compétentes de la position dominante d'une entreprise au sein de son marché

Sous paragraphe 1 : Appréciation de la notion de marché

La définition du marché en cause permet de définir et d'identifier le périmètre dans lequel les autorités communautaires et canadiennes de la concurrence appliquent la politique de concurrence. La définition d'un marché tant au niveau de ses produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment.

La communication (97/C372/03) de la Commission²³⁸ sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, a pour but d'expliquer la manière dont la commission applique le concept de marché de produit et géographique en cause. Il convient toutefois de préciser que l'interprétation donnée par la commission est faite sans préjudice de celle effectuée par la CJCE ou le tribunal de première instance (TPICE.)

A) Le marché en cause au sens du droit communautaire :

a) Définition du marché en cause :

« Un marché de produit en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés »

« Un marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services, sur lequel les conditions de concurrence sont

²³⁸ Journal officiel n 372 du 09/12/1997 p.0005- 0013 – Mais peut également se trouver sur le site de l'Union Européenne www.europa.eu.int

suffisamment homogènes et qui peut être distingués de zones géographiques voisines parce que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable .» L'application de la méthode employée par la commission (Cf. B) peut conduire à des résultats différents selon la nature du problème de concurrence.

D'une manière générale la concurrence soumet les entreprises à trois grandes sources de contrainte. Premièrement, la substituabilité au niveau de la demande, deuxièmement la substituabilité au niveau de l'offre et enfin la concurrence potentielle.

- L'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne la détermination d'un éventail de produits perçus comme substituables par le consommateur. Cette approche permet en partant du produit que les entreprise en cause vendent sur leur territoire, d'inclure ou non dans la définition du marché des produits et territoires supplémentaires.

Par exemple en cas d'augmentation légère (5%) mais permanente d'un produit, la question est de savoir si les clients vont se tourner vers un autre produit de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs. Si la substitution suffit à ôter tout intérêt d'augmenter les prix, alors ces produits ou territoires de substitution feront parties d'un seul et même marché.

- Dans le cadre de l'analyse de la substituabilité de l'offre il faut vérifier si les fournisseurs peuvent réorienter leur production vers les produits en cause et s'ils peuvent les commercialiser à court terme sans encourir de coût ou de risque supplémentaires en réaction à de petites mais permanentes variations de prix. Si les conditions sont remplies le supplément de production mis sur le marché exerce un effet de discipline sur le comportement concurrentiel des entreprises et fait ainsi partie du même marché que le produit en cause

Un exemple de cette substituabilité de l'offre provient du secteur du papier. Généralement on trouve sur le marché tout une gamme de qualité de papier (papier d'impression standard – de qualité supérieure...)l'utilisation de ce papier ne se faisant pas de manière indifférente.

En l'absence de difficultés particulières au stade de la distribution les entreprises papetières peuvent se faire concurrence pour les commandes de diverses qualités de papier, notamment si elles sont faites suffisamment à l'avance. Dans ces cas la Commission ne définirait pas un marché distinct pour chaque gamme de papier et chacun des usages qui en sont fait. Les différentes catégories de produits étant regroupées au sein d'un seul et même marché et leurs ventes seraient cumulées pour apprécier le volume de vente.

Dès lors que cette subsituabilité entraîne le recours à des modifications de natures corporelles ou incorporelles substantielles, mais aussi des investissements supplémentaires, il n'en sera pas tenu compte dans la délimitation du marché.

- Enfin la concurrence potentielle est une autre source de contrainte mais qui n'entre pas pour sa part en ligne de compte dans la définition du marché.

b) Les éléments d'appréciation permettant la définition du marché en cause :

• La dimension du produit :

Il existe tout un faisceau d'indices permettant d'apprécier jusqu'à quel point la substitutabilité peut s'opérer. Ces indices peuvent varier sensiblement selon la caractéristique et la spécificité des produits ou services considérés.

La démarche de la commission en l'espèce est la suivante : en se basant sur les premières informations dont elles disposent ou en se référant aux renseignements communiqués par les entreprises en cause, elle déterminera le marché dans lequel elle devra apprécier telle ou telle opération, en l'espèce un abus de position dominante. Le plus souvent elle sera amenée à trancher entre plusieurs marchés éventuellement applicables. Il faudra donc qu'elle détermine si par exemple le produit A et le produit B font ou non partie du même marché.

Les éléments qui permettent à la Commission de caractériser tel ou tel marché sont nombreux. En effet, la simple appréciation des caractéristiques du produit et de l'usage qui en est fait est insuffisante, même si cela est utile pour limiter le champ des recherches auquel va se soumettre la Commission. De même le fait qu'un produit soit interchangeable et qu'il possède les mêmes caractéristiques qu'un autre ne va pas nécessairement signifier qu'il fera partie du même marché. Inversement ce n'est pas parce qu'un produit possède des caractéristiques différentes qu'il ne pourra pas se substituer à un autre produit.

En conséquence la commission a établie une liste non exhaustive de critères lui apparaissant pertinent dans le fait de savoir si deux produits font parties d'un seul et même marché.

Tout d'abord la commission va regarder s'il existe une preuve d'une substitution dans un passé récent au sein du marché en cause. Par exemple le lancement de nouveaux produits, peut donner une bonne indication dans la mesure où l'on cherche à savoir quels types de produit ont souffert de l'entrée de nouveaux produits sur leur marché, afin d'étudier les critères de ces produits et de les comparer ensuite aux produits en cause.

De la même manière il est possible, voir même souhaitable que la Commission s'attache à étudier le point de vue des clients et consommateurs des entreprises en cause afin de connaître leur avis sur les limites du marché de produit.

Il conviendra également de vérifier s'il existe des barrières et des coûts associés à un transfert de la demande vers des produits de substitution potentiels. En effet, l'existence de tels contraintes peut dissuader la Commission de considérer comme faisant partie d'un seul et même marché des produits et services qui sont à première vue substituables l'un et l'autre au niveau de la demande. Ces barrières peuvent prendre la forme de contraintes sur des marchés en aval ou se matérialiser sous la forme d'une obligation de réaliser certaines dépenses d'équipement...

• *La dimension géographique :*

Dans un premier temps la commission va se faire une idée de l'étendue du marché géographique en se basant notamment sur la répartition des parts de marché détenues par les différentes parties ainsi que par leurs concurrents. Elle devra tenir compte également de la fixation des prix et des écarts de prix tant au niveau national qu'au niveau communautaire.²³⁹

La Commission devra donc à travers une analyse des caractéristiques de la demande des consommateurs s'assurer que des sociétés implantées dans d'autres zones constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs. Il s'agit donc de déterminer si les clients des entreprises en cause transfèreraient leurs commandes vers des sociétés implantées dans une autre zone géographique sans un délai excessif et à un coût non exorbitant.

Si tel est le cas il faudra ensuite que la Commission vérifie que les sociétés implantées dans des zones extérieures et désireuses d'approvisionner les consommateurs d'une autre zone, ne se heurtent pas à des entraves rendant plus difficiles pour elle la vente concurrentielle des ses produits. Il conviendra donc à cet effet d'examiner les conditions requises pour pouvoir s'implanter sur place, ainsi que les conditions d'accès aux canaux de distribution, mais aussi du coût d'implantation d'un réseau de distribution efficace et enfin de l'existence de barrières normatives ou de toutes autres réglementations.

En conséquence, la Commission repèrera l'ensemble des obstacles isolant des sociétés implantées dans une zone donnée de la pression concurrentielle d'autres entreprises situées en dehors de cette zone, afin de déterminer le degré d'interpénétration des marchés.

²³⁹ La commission peut également dans certains cas élargir l'étude jusqu'aux pays membres de l'Espace Économique Européen (EEE) comme par exemple la Norvège la Suisse ou l'Islande.

Pour en arriver au rapprochement de deux marchés géographique en un seul, la Commission devra apporter la preuve que dans le passé, il y a eu des déplacements de commandes vers d'autres zones.

En outre il faudra s'assurer que certains facteurs comme par exemple la préférence nationale, la langue, la culture et la style de vie ne constituent pas des limites ayant pour conséquence de limiter la zone dans laquelle la concurrence peut s'exercer.

Un examen des localisations des achats sera en outre particulièrement utile à la Commission, en effet si cette dernière établit que les clients effectuent leurs achats à des conditions identiques auprès de sociétés situées n'importe où dans l'Union Européenne, le marché géographique sera généralement considéré comme étant celui du Marché Commun.²⁴⁰

Enfin, un autre indice permettant de conclure à la présence de deux zones géographiques distinctes au sein d'un même marché s'avère être l'absence d'entraves et de coûts liés à la réorientation des commandes vers des entreprises situées dans d'autres zones.

Pour cela il importe de vérifier qu'il n'existe pas de barrières isolant ce marché d'un autre. En l'espèce, l'obstacle le plus contraignant pour la délocalisation des commandes est le coût de transport, c'est à dire le coût au-delà duquel il ne serait plus économiquement intéressant pour l'entreprise de vendre ses produits.

Toutefois la commission pourra tenir compte d'autres éléments pour atténuer l'impact de ces coûts de transport, comme par exemple des coûts de main d'œuvre ou de matières premières substantiellement moins élevée que dans la zone d'origine de l'entreprise concurrente.

c) Le calcul des parts de marché :

La définition du marché en cause va permettre de connaître les opérateurs présents sur ce marché. Dans le cadre de l'évaluation du comportement d'une entreprise et de sa nocivité sur le commerce entre les États membres, il conviendra également de déterminer quelle est la part de marché de telle ou telle entreprise.

Cette détermination est particulièrement importante dans le cadre des comportements relevant de l'article 82 TUE. En effet, avant de savoir si une entreprise a commis un abus de position dominante, il faut vérifier si elle est bien dans une situation de domination au sein de son marché. Or rien n'est plus utile que l'appréciation des parts de marché détenue par une entreprise pour déterminer de la puissance commerciale d'une entreprise.

²⁴⁰ Le Marché commun se composant des pays suivants : Allemagne-Autriche- Belgique- Danemark- Espagne – Finlande -France- Grèce- Irlande - Italie-- -Luxembourg- –Pays-Bas -Portugal- Royaume –Unie –Suède.

Pour calculer cette donnée, il faudra donc pour chacun des fournisseurs déterminer la portion de marché en sa possession, sur la base du chiffre d'affaires correspondant aux ventes réalisées par cette entreprise sur le territoire en question et ce par rapport à l'ensemble des ventes effectuées par tous ses concurrents.

Les ventes ne sont toutefois pas le seul critère à prendre en considération, puisqu'il existe un certain nombre d'autres facteurs variant selon le produit ou l'industrie en cause. A titre d'exemple on peut évoquer le nombre d'unités de flottes dans le cas de l'aérospatiale ou alors la quantité de réserve de matériaux dans le secteur de l'exploitation minière.

B) Le marché pertinent selon le droit canadien :

Comme nous l'avons déjà évoqué la définition du marché quel que soit les termes selon lesquels il est désigné²⁴¹ repose toujours sur la détermination du marché de produit et du marché géographique. Il ne conviendra donc pas dans cette partie de redéfinir ces deux notions mais simplement de se pencher sur les différences d'appréciations qui en sont faites entre le Canada et l'Union Européenne.

La première d'entre elle est le poids de la charge de la preuve reposant sur les autorités de relative à la détermination du marché pertinent. En effet, depuis l'arrêt Nova Scotia Pharmaceutical Society²⁴² la Couronne doit faire la preuve du marché pertinent hors de tout doute raisonnable.

a) L'appréciation du marché de produits au Canada :

Au même titre qu'au sein de l'Union Européenne, la première étape pour les autorités canadiennes est d'identifier l'ensemble des produits pouvant être considérés comme des substituts proches du produit d'origine, afin de les inclure au sein du même marché. A cet égard, on peut se référer à la décision Canada c/ télé-Direct²⁴³ qui a eu une importance relative du fait de la précision des critères employés. Les autorités canadiennes de la concurrence se réfèrent en outre le plus souvent à deux techniques. D'une part celle du « monopoleur hypothétique » dont l'utilisation est préconisée par le Commissaire à la concurrence dans le cadre de ses Lignes Directrices. L'objet de cette technique est de savoir quelles seraient les conséquences si tous les vendeurs d'un même produit impose une très

²⁴¹ Marché en cause au sein de l'Union Européenne – Marché pertinent au Canada et aux États-Unis

²⁴² Cf. note n 157

²⁴³ 26/02/1997 (Tribunal de la concurrence), 73 CPR 93d) p1à 34

importante augmentation de prix, n'ayant pas vocation à être provisoire.²⁴⁴ Dès lors que cette augmentation a pour conséquence d'entraîner les consommateurs vers d'autres produits de manière si significative qu'elle rend l'augmentation de prix infructueuse, le marché doit alors être élargi pour inclure le produit vers lequel les consommateurs se sont tournés.

D'autre part les autorités canadiennes mettent en avant le critère de l'élasticité croisé, dont l'usage est préconisé par le Tribunal de la Concurrence. Dans ce cas on évalue dans quelle mesure les consommateurs décident de recourir à un autre produit suite à de légères modifications dans les prix. Si cette modification a pour conséquence d'entraîner un changement important dans la demande on considère alors que l'élasticité croisée est élevée. A l'inverse si les changements de prix n'aiguille pas la demande vers d'autre produit, on va considérer que l'élasticité croisée de la demande relative à ce produit est faible. Plus l'élasticité est élevée plus on considère que les chances que deux produits fassent parties d'un même marché sont importantes.

Le tribunal devra donc prendre en compte ces deux méthodes, mais il ne pourra pas s'en contenter. En effet, il lui incombe une obligation d'utiliser tous les critères possibles pour faire son évaluation. D'une manière générale, il suivra la même procédure que celle pratiquée par la Commission Européenne.

Tout d'abord il devra déterminer le degré d'interchangeabilité des produits soumis à son étude. C'est à dire qu'il devra vérifier si ces derniers répondent aux mêmes besoins et aux mêmes attentes de la part du consommateur. A cet égard l'arrêt *Maple Leaf Mills Ltd c/ Ogilvie Mills Ltd*²⁴⁵ nous apprend que « *les farines de blé de force, de blé tendre et de blé dur ne font pas partie du même marché parce qu'elles ne sont pas employées pour même fin. Elles servent respectivement pour la fabrication du pain des biscuits et des pâtes.* »

Il est également possible de prendre en compte les caractéristiques techniques des produits étudiés. Par exemple dans l'arrêt *Canada c/ Nutra Sweet*,²⁴⁶ le Tribunal s'était fondé sur les différences de goût, de teneur calorique et de sensibilité à l'action de la chaleur pour déterminer que le sucre, la saccharine, les cyclamates et l'aspartame ne font pas partie du même marché. De la même manière les services de collecte des déchets sont considérés comme des marchés distincts, selon qu'il s'agit de déchets résidentiels, commerciaux ou

²⁴⁴ Dans ses Lignes Directrices, le Commissaire considère qu'une augmentation de 5% pour une période d'au moins un an remplit ces critères.

²⁴⁵ Documentation du Bureau de la concurrence n 10383 de Mai 1991)

²⁴⁶ (4/10/1990) (Tribunal de la Concurrence)

industriels, parce qu'ils n'emploient pas le même type de camion et que le ramassage à lieu à des fréquences différentes.²⁴⁷

Dans ses Lignes directrices, le Commissaire identifie un certain nombre de facteurs additionnels à prendre en compte. Par exemple, il est possible d'observer l'écart de prix entre des produits dont on pense qu'ils peuvent être substituables. Plus l'écart est minime plus les chances que les produits appartiennent à un seul et même marché sont importantes.

Dans le cadre d'une étude baptisée « relevant Market Anylysis in recent Merger Branch decisions » publié dans le Canadian Competition Law and Policy,²⁴⁸ il avait été vu que le Commissaire de la Concurrence s'était notamment fondé sur la différence de prix entre le prix des produits vendus dans une boutique spécialisée et le prix de ces mêmes produits vendus cette fois dans les grands magasins pour conclure que ces deux types de produits n'appartenaient pas au même marché.

Il peut également être tenu compte de l'évolution du niveau relatif des prix, puisque le prix de produits considérés comme substituables ont tendance à évoluer de la même manière, car l'on considère alors que le jeu de l'offre et de la demande s'appliquent à ces produits de la même manière.²⁴⁹

b) L'appréciation du marché géographique canadien :

La détermination du marché géographique consiste en la recherche de frontières délimitant des marchés les uns des autres. En effet, l'étendue d'un marché peut varier considérablement, il peut être local, provincial national ou même international.²⁵⁰

Il est également possible de recourir à la méthode du « monopoleur hypothétique » dans l'appréciation du marché géographique. Dans ce cas il faudra vérifier si une augmentation sensible et non transitoire du prix d'un produit pousse les consommateurs à chercher d'autres fournisseurs situés hors de leur territoire, afin d'étendre les limites du marché, jusqu'ou les consommateurs seraient prêts à aller pour se fournir.

Là encore, on peut constater que les techniques employées par les autorités canadiennes ne divergent guère de celles utilisés par la Commission Européenne. Il faudra en l'espèce vérifier

²⁴⁷ Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Laidlaw Waste System Ltd (20/01/1992) (Tribunal de la Concurrence)

²⁴⁸ Halifax, Institution for Research on Public Policy, 1991 p 273

²⁴⁹ Y. Bérriault et Y. Comtois "Le droit de la concurrence au Canada" Carswell 1999 – p 339

²⁵⁰ Ex : Le Marché Commun – L'Alena – Le Mercosur...

s'il y a eu par le passé des mouvements des produits en question entre les zones supposées appartenir au même marché.

Un autre critère auquel il faut se référer est celui des coûts de transport. Dans ce cas on doit « évaluer le rayon d'action maximal qu'un fournisseur peut couvrir depuis son centre d'action tout en restant concurrentiel. »²⁵¹

Il convient de préciser qu'il nous semble que ce critère revêt beaucoup plus d'importance au Canada, du fait de la taille et de la configuration du pays.

En effet, il sera beaucoup plus difficile pour une entreprise d'acheminer à moindre coût ses produits sur l'ensemble du territoire qu'une entreprise française par exemple. A titre d'exemple on peut donner le cas des denrées périssables qui ne supportent pas de transport sur de grandes distances, et qui en conséquence seront probablement intégrés au sein même du Canada à différents marchés.²⁵²

A côté de cela un certain nombre de critères d'ordre public peuvent rentrer en jeu. Il est possible par exemple d'évoquer les barrières tarifaires, les réglementations ayant un impact sur le coût de production des entreprises.

En l'espèce, la spécificité canadienne, reposant sur un système fédéral dans lequel chaque province fait aux autres une concurrence effrénée tant sur le plan fiscal que législatif, fait qu'une entreprise québécoise vendant un certain type de produit aura peu de chance de voir son produit faire partie du même marché que celui de l'Alberta ou même de l'Ontario.

Sous paragraphe 2 : Caractéristiques de l'état de domination ou de contrôle d'un marché

A) La notion de domination ou de contrôle d'un marché :

a) La situation de domination au sein du marché communautaire :

La notion de domination d'un marché que l'on qualifie de position dominante a été définie par la CJCE dans l'arrêt *United Brands Co. c. Commission*²⁵³ qui affirme que la position dominante est :

« La position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur

²⁵¹ Y. Bérriau et Y. Comtois « *Le droit de la concurrence au Canada* » Carswell 1999 – p 342

²⁵² Voir à cet égard *Hostess c. Frito Lay* (Communiqué de presse du Bureau de la concurrence n 10147 du 16/11/1988) relatif à la friabilité des chips

²⁵³ 27/76, (1978) Rec. C.E 207.

Pour une étude plus approfondie de l'affaire *United Brands* voir : “Droit des affaires de l'Union Européenne” p 309 C. Gavalda et G. Parléani – éd Litec 1999

le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. »

La domination d'une entreprise sur son marché est un simple état de fait, la manière dont elle a été obtenue importe peu. Il faut préciser toutefois qu'une fois en situation de domination l'entreprise devra faire preuve de ce que l'on appelle une vigilance particulière. Sur cette notion s'est développé ce que les auteurs appellent un standard jurisprudentiel. En effet, il a été reconnu que les entreprises qui sont en situation de domination de leur marché ont une responsabilité toute particulière de ne pas porter atteinte à une concurrence effective dans le Marché commun.²⁵⁴ Les autorités considèrent en effet que la structure concurrentielle du marché en cause est déjà affaiblie par la présence d'une entreprise dominante et qu'en conséquence toute restriction supplémentaire serait susceptible de constituer un abus de position dominante conformément à l'article 82 du TUE.

Aux termes de l'article 82 du TUE la domination peut être soit individuelle soit collective. La première forme de domination s'avère être la plus usuelle, elle ne comporte que peu de difficultés dans son appréciation et nous renvoyons à cet égard le lecteur à la définition de l'arrêt *United Brands*.

Toutefois la domination peut également être collective, ce qui est expressément prévue par l'article 82 qui stipule qu'une domination peut être détenue par « *une ou plusieurs entreprises* .»

En l'espèce, la difficulté majeure de l'appréciation d'une domination collective consiste à distinguer cette situation de celle propre aux ententes qui implique une collusion et par conséquent une responsabilité collective de tous ses membres.

La jurisprudence a par conséquent mis un certain temps avant d'admettre cette possibilité pourtant prévue par les Traités. Dans un arrêt du 5 mai 1988, *Bodson c. Pompes funèbres des régions libérées*,²⁵⁵ il a été affirmé que des entreprises différentes mais appartenant à un même groupe, pouvaient se trouver en position dominante collective, à condition toutefois de démontrer que ces entreprises étaient suffisamment liées entre elles pour adopter un même ligne de conduite.

²⁵⁴ CJCE 9/11/1983 *Michelin c. Nederlandse banden Industrie* aff.322-81- Rec, p3461

²⁵⁵ Aff 30-87 : Rec 2479

Une autre affaire illustre bien cette possibilité d'une domination collective de plusieurs entreprises. Elle fut abordée dans la décision de la Commission du 23/12/1992 plus connue sous l'appellation des conférences maritimes.²⁵⁶

b) La notion de contrôle d'un marché canadien :

Il n'y a aucune définition du contrôle ou pouvoir de marché dans la Loi canadienne sur la Concurrence. Pour en apprécier la teneur il faut faire référence à la notion d'entreprise possédant un monopole. Or, la principale caractéristique d'un monopole est de permettre à celui qui en bénéficie d'agir en toute liberté. En effet, de part sa puissance économique et commerciale, l'entreprise titulaire d'un monopole dispose de la faculté de déterminer les conditions et les règles du jeu de la concurrence selon son bon vouloir et en fonction de ses intérêts.

La jurisprudence a conclu qu'une entreprise possède le contrôle du marché sur lequel elle opère dès lors qu'elle est « *capable de réaliser des profits supérieurs à la moyenne, en réduisant l'offre et en pratiquant des prix supra-compétitifs, sans que cette augmentation n'entraîne une perte de clientèle au profit de ses concurrents.* »²⁵⁷

Il en résulte donc que le contrôle dont bénéficie une entreprise au sein son marché lui permet si elle le désire d'augmenter les prix à un niveau tel que ses concurrents ne pourront pas la suivre. Cela consiste donc à se dégager des contraintes économiques pesant sur les autres acteurs du marché.

C'est bel et bien sur ces critères que le tribunal de la concurrence a reconnu que la société Télé-direct occupait une position dominante, puisqu'il a constaté que ses profits étaient en l'espèce égal à 40% de son chiffre d'affaire, et qu'en outre elle disposait de la faculté de pratiqué une politique de prix discriminatrice au détriment de ses principaux clients.

Le tribunal peut en outre, pour déterminer si une entreprise contrôle le marché sur lequel elle opère pourra tenir compte des parts de marché détenus par cette entreprise en comparaison de celles de ses concurrents, des barrières ou obstacles empêchant ou limitant l'entrée de nouveaux concurrents. Pour qu'il soit conclu qu'une entreprise n'est pas en situation de position dominante, il faudra que l'entrée de nouveaux compétiteurs soient relativement aisés

²⁵⁶ Décis Cewal, Cowac, Ukwal- JOCE, L34, 10/02/1993

²⁵⁷ Canada c. Laidlaw Waste System (20/01/1992)

et que leur expansion soit également possible. Enfin le tribunal pourra faire référence à la notion du pouvoir compensatoire des clients de l'entreprise.²⁵⁸

De la même manière que dans le droit communautaire de la concurrence, la question s'est posé de savoir si l'on pouvait se retrouver au Canada face une domination collective de la part d'entreprise.

Précisons tout d'abord qu'au même titre que le droit communautaire, la Loi canadienne de la concurrence prévoit cette éventualité, puisqu'elle précise que le contrôle peut être exercé par « une ou plusieurs personnes. »

Toutefois l'appréciation de cet état de fait a posé autant aux autorités canadiennes qu'à celles de l'Union Européenne. Si la question de la domination collective d'entreprises affiliées n'a guère posé de problème, du fait que ces dernières font l'objet d'une direction commune et adoptent en conséquence une politique commerciale uniforme voir unique, il n'en fut pas de même avec la question des entreprises indépendantes.

Dans ce cas pour que les autorités puissent retenir l'existence d'un contrôle conjoint de ces entreprises sur leur marché, il faudra au préalable apporter la preuve qu'elles sont liées contractuellement. Ce lien peut se caractériser par des accords de gestion ou d'exploitation passé entre elles et ces entreprises.

Il faut donc que ces entreprises « *au moyen d'une entente entre elle contrôlent conjointement un marché.* »²⁵⁹ Les conséquences sont très importantes puisque les autorités peuvent à l'égard de certaines ententes avoir le choix entre le recours civil de l'article 79 ou le recours criminel de l'article 45.

Une autre question découlant de ce principe, est celle de savoir s'il peut y avoir domination conjointe sans qu'il y ait corrélativement une entente entre ces différentes entreprises ?

Si les tribunaux ne se sont toujours pas penchés sur la question, le Bureau de la concurrence a pour sa part pris position en déclarant notamment :

« La co-domination est une notion étendue qui englobe un éventail de pratiques grâce auxquelles plusieurs entreprises d'une industries exercent collectivement une puissance commerciale. Cette pratique peut exister malgré

²⁵⁸ Pour une étude sommaire de cette notion voir Y. Bérriau et Y. Comtois « *Le droit de la concurrence au Canada* » p 288 – éd Carswell 1999

²⁵⁹ Y. Bérriau et Y. Comtois « *Le droit de la concurrence au Canada* » p 290-291 – éd Carswell 1999

l'absence d'accord exprès à cet effet. Elle ne comporte souvent aucune infraction aux dispositions antitrust relatives aux complots. »²⁶⁰

De la même manière un autre membre du Bureau de la concurrence a déclaré que :

« rien dans l'article 79 n'exigeait une entente explicite entre les parties pour que celles-ci contrôlent le marché. »²⁶¹

B) Les degrés requis pour être en situation de position dominante :

a) Au sein de l'Union Européenne :

Le Traité sur l'Union Européenne ne contient aucune dispositions précisant de manière expresse les critères permettant de conclure qu'une entreprise dispose d'une position dominante au sein de son marché. En conséquence, il appartient tant à la Commission qu'à la CJCE de se baser sur un certain nombres d'éléments pour déterminer si un entreprise dispose de ce pouvoir de marché.

Avant toute chose, il convient de se pencher sur le facteur statistique, c'est à dire celui précisant la part de marché détenu par l'entreprise. A cet égard on considère comme une présomption quasi-irréfragable de domination le fait pour une entreprise de posséder plus de 80% de parts de marché.

Toutefois si cette condition n'est pas respectée, il est tout à fait possible de reconnaître qu'une entreprise possède une position dominante *« résultant de plusieurs facteurs qui pris isolément ne seraient pas nécessairement déterminants. »²⁶²*

Les autorités communautaires considèrent en effet qu'une entreprise peut être l'entreprise de référence sur son marché, sans pour autant qu'elle ne domine ce dernier de manière écrasante. A l'inverse, le leader sur un marché n'est pas forcément est loin s'en faut en situation de domination.

En conséquence, pour déduire une position dominante il faudra observer quels sont les atouts dont bénéficie l'entreprise en question et qui font défaut à ses concurrents. On peut à cet égard tenir compte d'une intégration verticale, d'une puissance financière largement supérieure aux

²⁶⁰ H.I. Wetston "Évolution récente et enjeux du droit de la concurrence au Canada" Discours devant le Fordham Corporate Law Institute of New York 22/10/1992

²⁶¹ G. Ménard "abuse of dominance : Some reflexions on Recent Cases and Emerging Issues. » Conférence annuelle en droit de la concurrence du Canadian Institute, 1996- p.25

²⁶² TPI 12/12/91 Arrêt Hilti aff T.30-39 : Rec II, 1439

autres acteurs²⁶³, d'une puissance commerciale à travers notamment des réseaux de distribution « super-efficace »²⁶⁴ ainsi que d'une puissance d'achat.²⁶⁵

Outre le fait que la position dominante d'une entreprise puisse découler de considérations commerciales, il a été admis qu'elle pouvait aussi bien résulter de facteurs juridiques. On peut par exemple faire référence aux facilités dont disposent une entreprise.²⁶⁶

Une entreprise peut dominer son marché grâce à ses droits de propriété industrielle et intellectuelle qui peuvent entraîner sur un certain nombre de marchés des situations de monopoles.²⁶⁷

Enfin il se peut qu'une entreprise soit en possession des éléments permettant l'accès à un marché, sans qu'il n'y ait d'alternatives praticables. C'est le cas quand une entreprise contrôle l'accès à un port²⁶⁸ ou produit un élément essentiel à la fabrication du produit faisant l'objet d'une concurrence.

Dans ce cas le marché sera caractérisé par cette seule considération et sera en conséquence qualifié de marché monopolistique.

Le dernier élément permettant de conclure qu'une entreprise dispose d'un pouvoir de domination au sein de son marché est celui par lequel les pouvoirs publics ont eux-même conférés à une entreprise une situation privilégiée aboutissant à ce que la société en question se trouve en situation de position dominante.

b) En vertu de la Loi canadienne sur la concurrence :

L'article 79 de la Loi sur la Concurrence considère qu'une entreprise doit exercer sur le marché sur lequel elle opère un contrôle pouvant être complet ou sensible. Il est donc possible d'en déduire qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait la main mise sur la totalité de son marché pour qu'elle soit reconnue en état de position dominante.

Le législateur n'a donc apporté aucun élément permettant de déterminer avec précision le seuil à partir duquel on considère qu'une entreprise domine son marché. Les tribunaux pour leur part n'ont pas été plus utiles. Tout au plus sait-on qu'une part de marché supérieure ou égale à 85% est synonyme d'une telle domination.

²⁶³ Europemballage Corporation et Continental Can Inc c. Commission 21/02/1973 – Aff 6-72 : Rec, p 215

²⁶⁴ Cf. note n 254

²⁶⁵ Décision Kesko- Tuko, 20/11/1996 : JOCE L,110, 26/04/1997

²⁶⁶ cf. note n 198 et la notion de facilités

²⁶⁷ Sur la question des droits de modèles ou de brevets des constructions automobiles voir CJCE /10/1988 Maxicar c » Renault- Aff 53-87 : Rec. 6039 et Volvo c. Veng.- Aff 238-87 : Rec. 6211

²⁶⁸ Décision Port de Rodby 21/12/1993 : JOCE L.55 du 26/02/1994- Irish Continental c. CCI Morlaix (port de Roscoff) du 16/05/1995 XXVè rapport p. 126

L'autre élément pouvant nous servir de référence est celui avancé par la Cour dans l'arrêt Nova Scotia Pharmaceutical society²⁶⁹ nous indiquant que le degré de domination dans le cadre de l'article 79 doit être beaucoup plus important que celui exigé dans le cadre de l'entente au sens de l'article 45. La cour affirmant en effet que pour être déclarée en situation de position dominante « *une entreprise devait avoir la capacité d'influer activement sur le marché.* »²⁷⁰

Paragraphe 2 : La pratique abusive résultant d'une position dominante

Sous-paragraphe 1 : La notion communautaire d'exploitation abusive

A) Les critères de l'exploitation abusive d'une position dominante :

Le droit communautaire de la concurrence à travers la jurisprudence de la CJCE, les décisions de la Commission ainsi que l'article 82 du TUE, nous présente l'abus de position dominante comme pouvant résulter d'un comportement spécifique d'une entreprise au sein de son marché pour obtenir certains avantages qu'elles ne pourraient pas se procurer dans le cadre d'une concurrence effective. Ce comportement peut également avoir pour objet l'élimination pur et simple de la concurrence.

Il convient de préciser qu'en matière d'abus de position dominante les autorités communautaires se préoccupent plus des conséquences de l'acte que de l'acte en lui-même. En effet, selon les circonstances il se peut que des actes normalement inoffensifs aient un effet néfaste sur la concurrence et soient en raison de la puissance de l'entreprise qui le met en œuvre considérées comme étant abusives.

A cet égard, une première approche relativement extensive de la notion d'abus de position dominante avait été apportée par la jurisprudence Continental Can du 21 février 1973.²⁷¹ Dans cette affaire il était question de la restructuration d'un groupe qui avait pour principale conséquence de diminuer plus encore l'indépendance des filiales européennes de ce groupe et qui se sont retrouvées soumises au contrôle d'une holding, à savoir la société américaine Europemballage.

²⁶⁹ Cf. notes n 157 et 242

²⁷⁰ Idem

²⁷¹ Cf. note n 263

Cette restructuration ayant eu pour résultat d'entraîner un affaiblissement du « degré de concurrence résiduel »²⁷² sur le marché en cause. En conséquence, la Commission appuyée par la CJCE considéra qu'elle se trouvait en présence d'un abus de position dominante.

Il résultait donc de cet arrêt que la « responsabilité particulière » de l'entreprise en situation de domination irait jusqu'à ne pas compromettre même par des moyens normaux, la concurrence effective au sein de son marché. Cet arrêt dont les fondements cadraient mal avec les intentions de l'article 82 du TUE resta donc un cas à part.

A l'inverse, la notion d'abus de position dominante a été clairement exprimé par la CJCE dans le célèbre arrêt Hoffmann -Laroche du 13 février 1979²⁷³ dans lequel il été affirmé que la notion d'abus :

« visait les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure du marché... »

On peut donc en conclure que l'entreprise doit veiller attentivement à ne pas attenter à une concurrence effective sur son marché, et ne doit agir que pour défendre ses intérêts propres. On peut donc s'apercevoir que l'abus comme en ce qui concerne le concept de domination peut résulter d'actes qui ne sont pas par nature fautifs ou illégaux, mais qui le deviennent du fait de la puissance même de celui qui les commet.

On peut rappeler avant tout l'obligation de particulière vigilance reposant sur les entreprises en situation de domination. De cette obligation on peut en déduire que le comportement de ces entreprises sera soumis à un contrôle rigoureux de la part des autorités.

Afin de bien délimiter les contours de la notion d'abus de position dominante, il importe de délimiter le périmètre d'action au sein duquel les entreprises dominantes sur leur marché peuvent opérer.

Ces dernières ont par exemple tout à fait le droit de protéger leurs intérêts en ayant recours au besoin à une agressivité relative dans la conduite de leurs affaires. En effet, *« l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position... et ce dans*

²⁷² Idem

²⁷³ Aff 85-76 : Rec 1139 p.461

*une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriées pour protéger ses intérêts. »*²⁷⁴

En conséquence, il est tout à fait légal pour ce type d'entreprise de tenter de se développer en attirant de nouveaux clients en usant pour cela des avantages tarifaires découlant de sa puissance commerciale.

Par contre, tous les comportements qualifiés de contraire avec « la responsabilité particulière » de l'entreprise seront considérés comme faussant la concurrence au sein du Marché Commun.

Une entreprise en position dominante ne pourra pas par exemple par l'utilisation de prix plus élevés que la normale tenter de faire disparaître des concurrents.²⁷⁵ De la même manière il lui sera interdit de pratiquer une politique de prix anormalement basse en vue de dissuader ses concurrents d'imiter sa politique tarifaire sur ces produits.²⁷⁶

Il est encore convenu que l'entreprise dominante a l'obligation de traiter l'ensemble de ses clients de manière égalitaire, même si certains d'entre eux sont des concurrents directs.²⁷⁷

En effet, lorsque les acteurs d'un marché sont dépendants d'un produit ou service fournis par l'entreprise dominante, c'est à dire qu'ils ne peuvent se soustraire aux conditions posées par cette dernière, l'abus pourra être constaté notamment en cas de refus de livraison non justifiés par des considérations économiques ou des retards successifs dans ces mêmes livraisons.²⁷⁸

D'une manière générale on considère que l'entreprise en situation de domination ne doit pas attirer vers la clientèle par des procédés artificiels, c'est à dire autrement que par ses propres mérites et avantages concurrentiels.

Les entreprises accusées d'abus de position dominante ont à quelques reprises avancé comme moyen de défense des contraintes ou des impératifs économiques en vue de justifier leur comportement. En l'espèce, les autorités communautaires ne se posent pas la question comme dans le cadre de l'article 81 paragraphe 3 de savoir si ces circonstances permettent de racheter les abus, mais plutôt si elles font en sorte de rendre ce comportement non abusif au regard de circonstances exceptionnelles. Il ne s'agit donc pas d'une exemption mais plutôt d'une exonération.

²⁷⁴ Cf. note n 253 p.318

²⁷⁵ Cf. note n 262

²⁷⁶ CJCE 3/07/1991 – Akzo Chemie BV c. Commission – Aff C. 62-86: Rec. I, 3359

²⁷⁷ Cf. note n 271

²⁷⁸ CJCE 6/03/1974, Commercial Solvents c. Commission – Aff 6 et 7/73 : Rec. 223
CJCE 3/10/1985, CBEM c. CLT (Télémarketing)- Aff. 311/84: Rec .3261

B) Illustrations d'une exploitation abusive :

L'article 82 du Traité sur l'Union Européenne donne un certain nombre d'exemples d'agissements pouvant être qualifiés d'abus de position dominante. Il convient de préciser que comme dans le cadre de l'article 81 du TUE, cette liste n'est pas exhaustive, elle sert seulement à donner une illustration des pratiques en question. En l'espèce, l'article 82 nous donne quatre exemples. Tout d'abord il est interdit d' :

- *Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables :* Cette forme d'agissement, qui se caractérise par une entreprise ne se préoccupant pas de ses concurrents dans l'établissement de sa politique tarifaire est propre aux entreprises en situation de monopole. Un bon exemple de telles pratiques se retrouvent lorsqu'une entreprise est titulaire de droits de propriété intellectuelle qu'elle cède « à des montants excessifs, allant au-delà de la rémunération normale des investissements nécessaires à la réalisation de ces produits et à celle de l'innovation. »²⁷⁹

Ce genre de comportements peut également prendre la forme de pratiques entraînant une iniquité entre les personnes à qui elles sont destinées, en conférant notamment à certaines des ristournes n'ont fourni à d'autres.²⁸⁰

- *Limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs :* Cette pratique est plus communément appelé « l'assèchement du marché. » Elle se matérialise par le refus de l'entreprise dominante de fournir un de ses clients qui s'avère être également un concurrent, mais aussi par le fait pour cette entreprise de limiter l'accès de ses concurrents à ses nouveaux produits.

L'assèchement du marché peut également résulter en la confiscation d'une technologie concurrente de celle utilisée par l'entreprise dominante afin d'en priver ses concurrents.²⁸¹

- *Appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence :* D'une manière générique on peut faire référence concernant ces méthodes, à des pratiques discriminatoires. Le droit communautaire de la concurrence contrairement aux droit antitrust

²⁷⁹ Cf. note n 267 sur l'affaire Volvo-Veng

²⁸⁰ Cf. note n 254

²⁸¹ TPI 10/07/1990 Tetra Pack Rausing c. Commission- Aff. T. 51-89 : Rec, II p.309

des Etats-Unis n'interdit pas une pratique discriminatrice, elle doit en effet pour cela émaner d'une entreprise en situation de domination au sein de son marché de référence.

Le fait pour une telle entreprise de proposer certains avantages à ses clients du seul fait de leur ancienneté a été considéré comme une pratique abusive.²⁸²

Cette conception de la pratique abusivement discriminatoire nous apparaît toutefois trop large. En effet, quoi de plus normale pour une entreprise que de favoriser ses clients les plus fidèles au détriment des nouveaux. En l'espèce, il nous semble que les avantages que retirent les clients les plus fidèles d'une entreprise même dominante, sont plus des bonus pour ceux qui en bénéficient que de véritables discriminations à l'égard de ceux qui ne les perçoivent pas.

- *Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* : De la même manière que dans l'article 81 du TUE, cet article vise essentiellement les ventes liées ou les contrats couplés, comme par exemple le fait pour une entreprise de gestion de droits d'auteur d'exiger des engagements non indispensables à son objet social.²⁸³

Sous paragraphe 2 : Les pratiques canadiennes d'agissements anticoncurrentiels

A) Nature des agissements anticoncurrentiels :

Contrairement à ce qui est pratiqué au sein de l'Union Européenne, les autorités canadiennes de la concurrence, afin de caractériser ce qui constitue un abus de position dominante s'intéressent plus à l'acte lui-même qu'à ses conséquences. En effet, les tribunaux et notamment dans l'arrêt *Nutrasweet* s'accordent à dire que le but commun de tous ces agissements... est l'effet négatif intentionnel qu'il produit sur un concurrent, cet effet devant être abusif pour pouvoir être interdit.

Le but recherché par l'entreprise est donc un facteur clé de l'infraction alors que selon le droit communautaire de la concurrence, ce sont les conséquences de cet acte et non la motivation de son auteur qui représente le critère majeur dans le fait de savoir si un acte est ou non considéré comme une pratique dont l'effet anticoncurrentiel est abusif.

²⁸² Cf. note n 276

²⁸³ CJCE 21/03/1974 BRT c. SABAM – Aff 127-73 : Rec. 313- Mais aussi “ Droit des affaires de l'Union Européenne” p.317 - C. Gavalda et G. Parléani éd Litec 1999

La question qui se pose en l'espèce est donc de savoir comment déduire des actes de l'entreprises son intention délibérée de nuire à ses concurrents ?

Il convient de préciser que l'intention de l'entreprise en situation de domination pourra se déduire, et c'est là un parallèle avec le droit communautaire, des conséquences de ses actes à l'égard de ses concurrents.

En effet, il sera possible de déduire l'intention coupable de l'entreprise dominante lorsque ses actes n'entraîneront de bénéfices que pour elle. A l'inverse lorsque le comportement d'une entreprise entraîne des bénéfices non seulement pour elle mais également pour ses clients ou concurrents, il est alors possible d'en conclure que l'entreprise en question n'a pas l'intention de réduire la concurrence. En conséquence ces actes ne peuvent être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles.

Dès lors que l'intention joue un rôle majeur dans le fait de savoir si un comportement est bel et bien anticoncurrentiel, il convient de se pencher sur les justifications pouvant être apportés par une entreprise en vue de légitimer l'usage de certaines méthodes commerciales. Ces justifications peuvent en effet servir à prouver que l'entreprise ne cherche pas en réalité à exclure un de ses concurrents du marché, mais tout simplement à améliorer sa propre efficacité économique. Les tribunaux ont tendance à admettre ces justifications avec beaucoup de parcimonie, en effet « *il semble que les justifications commerciales doivent faire ressortir que l'acte suspect est pro-concurrentiel ou générateur d'efficience.* »²⁸⁴

Outre le caractère restrictif du comportement, les autorités tiennent compte de son ampleur. C'est pour cette raison que l'article 79 de la Loi canadienne de la concurrence parle de pratique, ce qui sous entend que l'acte anticoncurrentiel sera répété ou qu'il se poursuivra dans le temps.

Précisons enfin que le fait que les tribunaux parlent d'agissements anticoncurrentiels ne signifie pas qu'il doit s'agir obligatoirement d'actes positifs. En effet, cette notion ne se limite pas aux cas où une entreprise a décidé de faire quelque chose. Comme nous l'avons déjà vu concernant les abus de positions dominantes au sein de l'Union Européenne,²⁸⁵ le refus de commercer, de livrer un produit ou de fournir une prestation peut être analysée comme une pratique anti-concurrentielle.

²⁸⁴ Y. Bérriaux et Y. Comtois « *Le droit de la concurrence au Canada* » p.297 éd Carswell 1999

²⁸⁵ Cf. CHAPITRE II Section 2 paragraphe 2 sous paragraphe 1

B) Illustrations des pratiques anticoncurrentielles :

L'article 78 de la Loi canadienne sur la concurrence dresse une liste non exhaustive des pratiques pouvant être qualifiées d'anticoncurrentielles.

Nous, nous proposons en l'espèce de reprendre la nomenclature établit par MM Bérriau et Comtois dans leur livre sur le droit de la concurrence au Canada²⁸⁶ qui classe ces pratiques en fonction des effets qu'elles produisent sur la structure concurrentielle des marchés.

a) Les pratiques privant les concurrents de sources d'approvisionnement ou de débouchés pour leurs produits²⁸⁷:

Sont visées ici les pratiques consistant pour une entreprise à priver son concurrent de la faculté d'écouler ses produits sur le marché ou au contraire de s'accaparer un élément essentiel à la fabrication du produit en question pour en interdire la commercialisation à ce concurrent. Elles peuvent notamment se matérialiser par le recours à :

- *Des ententes d'exclusivité conclues avec des clients :* Cet accord consiste à forcer un client à acquérir l'ensemble des produits dont il a besoin auprès de la même entreprise. Dès lors que ces accords sont mis en œuvre par des entreprises en situation de position dominante, leurs effets sont dévastateurs car ils ont pour conséquence de priver ses concurrents de tout débouché pour leur produit. S'il est reconnu que de tels accords peuvent être dans certains cas admis, les tribunaux ont toujours refusé leur application dans le cas où l'entreprise qui les met en œuvre domine son marché.

- *L'incitation d'une entreprise à l'un de ses fournisseurs de ne pas vendre à l'un de ses concurrents :* Dans ce cas l'entreprise utilise sa puissance commerciale et économique pour forcer ses fournisseurs soit à boycotter un de ses concurrents, soit à lui fournir des prestations à des conditions désavantageuses par rapport à celles dont elles bénéficient.

Les tribunaux ne constateront toutefois l'abus que si l'entreprise a employé des « moyens sérieux » pour arriver à son but. » En effet, si elle n'a fait que conseiller son fournisseur sur le comportement qu'il devait adopter, ce comportement ne pourra être qualifié d'abusif.

En outre, pour que le comportement tombe sous le coup de l'article 79, il faudra que les chances que le boycott se réalise soit réelles, c'est à dire que le comportement des fournisseurs soit uniquement influencé par les directives de l'entreprise.

²⁸⁶ Cf. Note n 284 p. 300 à 316

²⁸⁷ Idem p 301 à 309

• *L'acquisition d'un client ou d'un fournisseur* : Afin d'être certain de s'aliéner la docilité de ses fournisseurs, les entreprises dominantes peuvent tout simplement décider d'en prendre le contrôle. Ainsi, elles décideront elles-mêmes de l'approvisionnement à accorder à ses concurrents. Les tribunaux canadiens n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question. Toutefois en se basant sur une jurisprudence américaine,²⁸⁸ il est possible de penser que cette acquisition sera considérée comme une pratique abusive au sens de l'article 79 si elle entraîne un « assèchement » de sources d'approvisionnement pour les concurrents de l'entreprise en question.

• *Le refus de fournir un produit ou de permettre l'accès à des installations essentielles à ses concurrents* : « Une entreprise en position dominante ne peut refuser, sans raison commerciale valable, de fournir ou d'assister l'acheteur qui tente de lui faire concurrence dans un marché situé en aval. »

La raison est que l'entreprise en position de domination est, comme nous l'avons déjà évoqué dans le cas de l'Union Européenne dans une situation où elle possède une responsabilité spéciale, à savoir ne pas se servir de son excès de puissance pour anéantir toute concurrence.

Le même principe est reconnu par le droit antitrust des États-Unis, puisque la cour suprême a affirmé dans l'arrêt *Aspen Skiing Co. C. Aspen Highlands Skiing Corp*²⁸⁹ « que le droit de transiger avec une entreprise concurrente n'était ni absolu ni exempt de réglementation » et qu'un tel agissement peut constituer une violation des dispositions de l'article 2 du Sherman Act, du fait qu'il est possible d'en déduire l'intention de constituer ou de maintenir en l'état un monopole.²⁹⁰

Enfin dans le cadre des pratiques ayant pour objet de priver les concurrents de sources d'approvisionnement, il est possible d'envisager, les pratiques de compressions verticales, ainsi que la préemption d'installation ou de ressources essentielles à l'activité de l'entreprise concurrente.

²⁸⁸ *United States c. American Cyanamid Co*, 719 F.2d (2nd 1983)

²⁸⁹ 472 US. 585. p 602 : “ *The right to deal with another firm is neither absolute nor exempt from regulation* ”

²⁹⁰ Cf. CHAPITRE II Section 1 paragraphe 1

*b) Les pratiques affectant la viabilité commerciale des concurrents*²⁹¹ :

Ces pratiques se révèlent être beaucoup plus agressives que celles évoquées ci-dessus. En effet, elles ont pour vocation d'affecter directement la survie des concurrents de l'entreprise qui les met en œuvre. Plusieurs techniques peuvent à cet égard être envisagées, on peut par exemple faire référence à :

- *L'utilisation des marques de combat* : Il s'agit d'une méthode consistant à lancer sur le marché et pour une période prédéterminée à l'avance une marque différente d'un produit déjà existant, mais à un prix beaucoup plus bas que ce dernier, afin de détourner de ce produit une partie de la clientèle, en vue d'affecter la santé financière du concurrent visé. Le principal avantage de cette technique est de permettre à l'entreprise contrôlant son marché de ne pas réduire le prix de son produit principal et donc de ne pas affecter l'image de son produit. Une fois le concurrent disparu la marque de combat sera retirée du marché.

- *La vente à un prix inférieur au coût d'acquisition ou au coût de production* : Ce genre de pratique dont nous avons déjà vu les caractéristiques, doit être interdites, car si elle s'avère à faible échéance avantageuse pour le consommateur du fait d'une baisse des prix, elle lui sera inévitablement préjudiciable à plus ou moins long terme. En effet, dès que cette pratique a atteint son but à savoir l'exclusion du concurrent du marché pertinent, l'entreprise qui la met en œuvre remonte les prix à un niveau supérieur à celui qui prévalait avant, du fait de la disparition d'un concurrent et donc d'une offre alternative pour le consommateur.

En outre, il convient de préciser que dans certains cas cette pratique peut donner lieu à l'ouverture d'une procédure sur la base de l'article 50 sanctionnant les politiques de prix déraisonnablement bas.²⁹²

Toujours dans le cadre de ces pratiques visant à affecter la viabilité économique de ses concurrents, une entreprise en situation de domination au sein de son marché, peut recourir au harcèlement judiciaire ou même à la pratique de péréquation de fret.²⁹³

²⁹¹ Cf. note n 287 p. 309 à 313

²⁹² Art 50.1 « *Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de deux ans toute personne qui, exploitant une entreprise, selon le cas :... c) se livre à une politique de vente de produits à des prix déraisonnablement bas, cette politique ayant pour effet ou tendance de sensiblement réduire la concurrence ou éliminer un concurrent, ou étant destinée à avoir un effet semblable.* »

²⁹³ Cf. note n 285 p.310

c) Sommaire de l'analyse comparative de l'infraction d'abus de position dominante dans les systèmes juridiques américain, canadien et communautaire :

Il convient désormais comme nous l'avons fait en ce qui concerne la notion d'entente, de dresser un bilan comparatif de cette infraction telle qu'elle est prévue dans les trois systèmes juridiques qui nous servent d'exemple.

En l'espèce, les principales différences prennent forme entre la conception américaine de la monopolisation et les conceptions communautaires et canadiennes de l'abus de position dominante. En effet, dans le premier cas, il s'agit d'une infraction criminelle, alors que dans le droit canadien et communautaire il s'agit simplement d'une infraction de nature civile.

D'autre part, dans la conception américaine, c'est la situation de domination qui est interdite puisque le Sherman Act prohibe le fait de posséder un monopole mais également toute tentative d'en constituer un, alors qu'au Canada et dans l'Union Européenne seul l'abus qui est fait de cette position dominante est sanctionné du fait que les autorités de la concurrence ne sanctionnent que les pratiques considérées comme abusives en raison de la puissance de celles qui les ont adoptées.

On peut donc voir ici à quel point le droit antitrust américain est plus strict que celui du Canada et de l'Union Européenne, comme c'est d'ailleurs le cas en ce qui a trait aux ententes entre entreprises concurrentes.

Si l'on doit comparer les conceptions canadienne et communautaire, peu de différence se manifesteront du fait que la première s'est largement inspirée de la seconde.

La seule différence se manifeste quant à la manière de caractériser l'infraction. En effet, la Loi canadienne sur la concurrence s'attache principalement à l'intention des auteurs pour déterminer si une pratique est belle et bien considérée comme un agissement anticoncurrentiel, alors que les autorités communautaires s'attachent pour leur part aux conséquences de l'acte. Dès que celui-ci entraînera une distorsion trop importante de la concurrence, il y aura abus de position dominante et ce même en l'absence de toute faute de l'entreprise incriminée, car il sera considéré qu'elle n'a pas respecté la responsabilité spéciale pesant sur ses épaules du fait de son surcroît de puissance.

Par contre, les conceptions canadienne et communautaire adoptent la même position sur la question de la portée que ces agissements doivent avoir pour être sanctionnés.

L'article 82 du traité sur l'Union Européenne (TUE) considère en effet, que sont incompatibles avec le Marché Commun et qu'en conséquence sont considérés comme des

abus de position dominante, les pratiques évoquées ci-dessus dès lors qu'elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre États-membres.²⁹⁴

De son côté la Loi canadienne sur la concurrence, sur la base de son article 79 ne sanctionne que la pratique qui :

« a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché... »

CHAPITRE III : La procédure applicable en matière de contrôle des ententes et de monopoles

Nous verrons en l'espèce que chacun des trois systèmes juridiques qui nous est donné d'étudier, présente des caractéristiques qui lui sont propres. Par exemple le système communautaire est le seul à ne prévoir aucune procédure criminelle pour sanctionner une infraction au droit de la concurrence. En effet, toutes les pratiques restrictives au sein du Marché Commun sont de nature civile. Néanmoins c'est le droit communautaire qui prévoit les amendes les plus importantes puisqu'elles peuvent aller dans certains cas jusqu'à 10 % du chiffre d'affaire.

Pour sa part, le système canadien se singularise par le fait qu'il ne prévoit pas de recours direct pour les parties privées qui ne peuvent en l'espèce que saisir les autorités compétentes. Les États-Unis pour leur part marquent leur différence par la possibilité de recourir à un jury populaire pour déterminer si tel comportement constitue une infraction ainsi que pour évaluer le montant des réparations à accorder.

Section 1 : Les règles communautaires sanctionnant les infractions de l'article 81 et 82 du TUE

Les règles relatives à l'application des dispositions des articles 81 et 82 du TUE ont été mises en place dès 1962 dans le cadre d'un règlement du conseil. Ces règles sont toutefois rapidement apparues défectueuses, du fait notamment d'un régime trop centralisé freinant

²⁹⁴ Cf. CHAPITRE II Section 2 paragraphe 2 sous paragraphe 1 B)

l'application des dispositions en question et entraînant par la même des coûts trop importants pour les entreprises. En conséquence, la Commission a adopté deux Communications²⁹⁵ ayant pour but d'améliorer et de clarifier les procédures de coopération entre les autorités communautaires et les autorités et juridictions des États-membres.

Par la suite la Commission adopta également le Livre Blanc du 28/04/1999 dans lequel elle proposait un certain nombre de réformes, comme par exemple l'abandon de la procédure de notification et la possibilité pour les autorités nationales d'appliquer les dispositions de l'article 81 paragraphe 3 du TUE.

C'est sur la base de ces propositions qu'a été adopté le 16/12/2002 un nouveau règlement ayant pour objet de remplacer le règlement 17/62 ce qui entraînera un certain nombre de modifications dans le traitement des infractions relatives aux ententes et abus de positions dominantes au sein du marché communautaire.

Ce nouveau règlement qui sera applicable à partir du 1/05/2004 va incontestablement apporter de nombreux changements dans l'application des dispositions du droit communautaire de la concurrence.

Il nous appartiendra donc dans cette section de présenter tout d'abord le droit en vigueur actuellement à savoir celui du règlement 17/62, avant d'apporter un éclairage sur les modifications apportées par le nouveau règlement.

Paragraphe 1 : Les dispositions des règlements 17-62 et 1/2003 du conseil de l'Union Européenne²⁹⁶

Ces textes précisent notamment les modalités d'application des articles 81 et 82, les pouvoirs dont dispose la Commission ainsi que le régime de collaboration existant entre les autorités et juridictions nationales et les autorités et juridictions communautaires.

Sous-paragraphe 1 : Les modalités de mise en vigueur des articles 81 et 82 du TUE :

L'application des articles 81 et 82 TUE peut aboutir à deux types de décisions pour lesquelles le règlement du 6 février 1962 est venu préciser les modalités d'application. D'une part, les décisions concernant l'absence d'infraction et d'autre part celles constatant au contraire une infraction.

²⁹⁵ Communication 93/C 39/05 du 13/02/1993 et 97/C313/03 du 10/10/97.

²⁹⁶ Du 21/06/1962 : JOCE n 013 et Règlement 1/2003 : JOCE

A) La procédure en cas d'absence d'infractions aux dispositions des articles 81 et 82 du TUE :

a) L'attestation négative :

L'article 2 du règlement 17/62 a trait à la demande d'attestation négative qui a pour objet de faire constater par la Commission qu'il n'y a pas lieu « *d'intervenir à l'égard d'un accord, d'une décision ou d'une pratique en vertu des dispositions de l'article 81 paragraphe 1 ou de l'article 82 du TUE* ».

Une telle décision entraîne des conséquences à l'égard des autorités nationales de la concurrence, puisque ces dernières ne pourront plus du fait du principe de primauté du droit communautaire condamner une entreprise bénéficiant d'une telle attestation. Ce principe a été repris par le nouveau règlement dans son article 3 ²⁹⁷ qui a pour objet d'assurer une application homogène du droit de la concurrence au sein de tous les États-membres de l'Union. En effet, il est stipulé dans cet article que :

« ...L'application du droit national de la concurrence ne peut entraîner l'interdiction d'accords...ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États-membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81 paragraphe 1 du TUE... »

b) L'exemption :

Le règlement 17/62 précise en vertu de l'article 4 que les entreprises doivent notifier les ententes qu'elles projettent d'accomplir. Il s'agit de permettre à ces entreprises de se faire délivrer par la Commission une déclaration d'inapplicabilité de l'article 81 paragraphe 1 TUE qui fera en sorte qu'on ne les considèrera pas en violation du droit communautaire de la concurrence.

Précisons toutefois qu'il existe un certain nombre de cas où cette notification n'est pas nécessaire. ²⁹⁸ Il s'agit par exemple des ententes produisant leurs effets dans un seul État membre ou des accords bilatéraux ayant pour effet de restreindre la liberté de fixer des prix ou les conditions de vente lors de la revente des marchandises par l'autre partie au contrat.

²⁹⁷ Art 3 : « Rapport entre les articles 81 et 82 du TUE et les droits nationaux de la concurrence »

²⁹⁸ Article 4 paragraphe 2 du règlement 17-62

L'une des principales conséquences du règlement 1/2003 sera de mettre fin à la procédure de notification. A cet égard l'article premier du nouveau règlement précise que :

« Les accords...et pratiques concertées visées à l'article 81 paragraphe 1 du TUE qui remplissent les conditions de l'article 81 paragraphe 3 ne sont pas interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet. »

L'article 8 du règlement précise que l'exemption est accordée pour une durée déterminée,²⁹⁹ et qu'elle peut être assortie de conditions et de charges, qui affectent directement la validité de l'entente. Ces conditions sont à la fois résolutoires, puisque leur non- respect entraîne l'annulation de la décision d'exemption, et suspensives. Par contre, les charges ne font que créer des obligations pesant sur les entreprises, leur non- respect n'entraînant pas l'annulation de la décision d'exemption.

L'article 29 du règlement 1/2003 relatif au retrait individuel, prévoit pour sa part que non seulement la Commission peut d'office ou sur plainte retirer le bénéfice d'un tel règlement d'exemption, si la pratique concernée produit des effets incompatibles avec l'article 81 paragraphe 3, mais qu'en plus les autorités d'un État-membre peuvent faire de même si la pratique en question produit ce même genre d'effet sur son territoire.

B) La constatation d'une infraction envers les articles 81 et 82 du TUE :

a) Les différents modes de saisine :

Dès lors qu'une entente est considérée comme attentatoire à la libre concurrence au sein du Marché Commun, les autorités communautaires peuvent être saisies de l'affaire. En l'espèce, il convient de préciser que deux types de saisines peuvent être envisagées.

• *La saisine sur plainte :*

En vertu de l'article 3 paragraphe 2 du règlement 17/62, et de l'article 7 paragraphe 2 du règlement 1/2003 qui rappelle que le règlement ne sera remplacé par son prédécesseur qu'à partir du 1/05/2004, il existe deux types de personnes juridiques ayant la capacité de demander aux

²⁹⁹ Le plus souvent la période d'exemption pourra aller jusqu'à vingt ans

autorités communautaires de constater une infraction et de prendre les sanctions adéquates, à savoir les États-membres et les personnes physiques et morales possédant un intérêt à agir.³⁰⁰

Il ressort de la formulation de ces deux articles que la Commission dispose en la matière de la faculté de donner suite à la plainte, mais qu'il ne s'agit en aucun cas d'une obligation. Elle n'est pas non plus tenue d'instruire le dossier dont elle est saisie,³⁰¹ à condition toutefois d'avoir entrepris des démarches préalables la conduisant à disposer de bonnes raisons pour refuser d'instruire l'affaire. En l'espèce, la Commission devra tenir compte de la notion d'intérêt communautaire. Dès lors que la Commission considère que les intérêts du Marché Commun seront mieux défendus en l'absence de poursuite, le critère sera respecté.

- *La saisine d'office*

L'article 3 paragraphe 1 du règlement 17/62 permet à la Commission de se saisir d'office lorsqu'elle constate une infraction aux articles 81 ou 82 TUE.

Cette saisine intervient suite à l'obtention d'une information par différents moyens, comme par exemple des plaintes anonymes, plaintes de personnes ne disposant pas de l'intérêt légitime leur permettant d'engager directement une action, communication d'informations par les autorités nationales, demandes d'attestations négatives ou d'exemptions, enquêtes sectorielles. Le même mécanisme sera en vigueur en vertu de l'article 7 paragraphe 1 du nouveau règlement.

- b) Les différents types de décisions constatant une infraction :*

Le règlement 17/62 permet également aux autorités communautaires d'enjoindre l'entreprise incriminée d'arrêter les comportements fautifs. L'injonction peut être de deux sortes. D'une part elle peut être négative, c'est à dire consister en une obligation pour l'entreprise de ne pas faire certaines choses. D'autre part, elle peut être positive, dans ce cas la Commission va demander à l'entreprise incriminée de mettre en œuvre certaines actions afin d'atténuer l'impact négatif de ses actes sur la concurrence.

En vertu du nouveau règlement la Commission pourra imposer toute « *mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise* »

³⁰⁰ Il est important de noter que la conception de personne morale ne doit pas être entendue comme au Canada. En effet en Europe, il n'y a pas que la société par actions qui bénéficient de la personnalité juridique, mais toute société légalement enregistrée au registre du commerce de son pays ou de sa région.

³⁰¹ CJCE, 18 octobre 1979, GEMA c/ Commission (rec. 3173).

comme par exemple une cession totale ou partielle d'actifs à condition toutefois qu'il n'existe aucune mesure comportementale plus efficace ou contraignante pour l'entreprise.³⁰²

En outre, elle pourra recourir à des mesures provisoires, « *dans les cas d'urgence ou un préjudice grave risque d'être causé à la concurrence* »³⁰³ ou le cas échéant faire en sorte que les engagements pris par l'entreprise pour se conformer au droit communautaire, deviennent obligatoires.³⁰⁴

Sous paragraphe 2 : Les pouvoirs propres de la Commission :

La Commission dispose en vertu des règlements 17/62 et 1/2003 respectivement de deux types de pouvoirs lui conférant une assez grande marge de manœuvre dans le traitement des infractions aux articles 81 et 82 du TUE. En effet, la Commission dispose en l'espèce d'un pouvoir d'investigation et d'un pouvoir de sanction.

A) Les pouvoirs d'investigation :

a) La demande de renseignements :

En vertu de l'article 11, la Commission peut recueillir les renseignements jugés nécessaires non seulement auprès des gouvernements et des autorités compétentes, mais également auprès des entreprises soupçonnées d'avoir commis une infraction ou auprès d'entreprises tierces

Pour cela, la Commission devra fournir une copie de cette demande à l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise.³⁰⁵ Afin d'être recevable la demande devra comporter un certain nombre d'éléments comme par exemple les bases juridiques de la demande ainsi que l'objet de cette demande. Il s'agit d'une exigence fondamentale en vue de faire apparaître le caractère justifié des informations sollicitées auprès des entreprises concernées. Celles-ci sont ainsi en mesure d'apprécier la portée de leur devoir de collaboration, mais aussi les sanctions encourues en cas de renseignement inexact.

Il convient en outre de préciser que dans les cas où une entreprise ne donne pas les renseignements :

³⁰² Article 7 paragraphe 1 du règlement 1/2003

³⁰³ Article 8 du règlement 1/2003

³⁰⁴ Article 9 du règlement 1/2003

³⁰⁵ Article 11 paragraphe 2 du règlement 17/62

« dans le délai imparti ou les fournit de manière incomplète, la Commission les demande par voie de décision, qui doit préciser quels renseignements sont demandés, le délai pour les fournir, les sanctions prévues en cas de manquement.³⁰⁶ »

Outre collecter les renseignements, la Commission peut en vertu de l'article 19 du règlement procéder à des auditions. En effet, la commission peut entendre le point de vue des entreprises concernées qui désirent pouvoir s'expliquer. Peuvent également être entendues celles justifiant d'un intérêt suffisant. Le déroulement des auditions est pour sa part précisé dans un certain nombre d'autres textes, notamment la décision de la commission du 12 décembre 1994³⁰⁷ et la décision de la Commission du 23 mai 2001³⁰⁸ ainsi que le règlement 2842/98. Précisons qu'en l'espèce les dispositions du nouveau règlement contenues aux articles 18 et 19³⁰⁹ ne divergent guère voir pas du tout des dispositions actuellement en vigueur.

b) Les vérifications :

L'article 14 paragraphe 1 du règlement 17/62 ainsi que l'article 20 du règlement 1/2003 autorisent la Commission à *« procéder à toutes les vérifications nécessaires auprès des entreprises ou associations d'entreprises »*. Il est précisé que les agents communautaires sont investis d'un certain nombre de pouvoirs. Ils peuvent par exemple contrôler les livres et les autres documents professionnels, prendre des copies ou des extraits des livres et des documents professionnels, demander sur place des explications orales et enfin accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises. La Commission peut procéder à cette vérification soit en ayant recours à un mandat écrit indiquant l'objet et le but de la vérification, qui toutefois n'oblige en rien les entreprises,³¹⁰ soit sur la base d'une décision formelle indiquant l'objet et le but de la vérification qui dans ce cas s'impose alors à l'entreprise³¹¹.

³⁰⁶ Article 11 paragraphe 5

³⁰⁷ Du 21/12/1994 : JOCE, L330

³⁰⁸ Du 19/06/2001 : JOCE, L162

³⁰⁹ Article 18 du règlement 1/2003 : Demandes de renseignement

Article 19 du règlement 1/2003 : Pouvoir de recueillir des déclarations

³¹⁰ Article 14 paragraphe 2

³¹¹ Article 14 paragraphe 3

En outre, l'article 13 du règlement 17/62 permet à la Commission de demander aux autorités compétentes des États membres d'exécuter elles-mêmes les vérifications qu'elle juge appropriées au titre de l'article 14 cette procédure est également reprise dans le nouveau règlement à l'article 22.

B) Les pouvoirs de sanction :

a) Les amendes :

C'est l'article 15 paragraphe 1 qui les prévoit actuellement. Il faut pour cela que les entreprises aient commis une infraction de propos délibéré ou qu'elle ait par négligence fourni des indications inexacts ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 2, qu'elles aient fourni des renseignements soit inexacts en réponse à une demande faite en application de l'article 11 paragraphe 3 ou paragraphe 5 soit hors du délai fixé en vertu du paragraphe 5 ou encore présenté de façon incomplète, lors de vérifications effectuées en vertu des articles 13 ou 14 les livres ou les autres documents professionnels. Le montant des amendes varie de 1 000 à 1 million d'euros selon la gravité de l'infraction.

Toutefois il est admis que l'amende puisse être portée à 10% du chiffre d'affaire de l'exercice précédent et ce « *lorsque les entreprises en cause commettent une infraction aux articles 81 ou 82 TUE, mais aussi lorsque les entreprises contrevient à une charge imposée par l'article 81 paragraphe 1 du règlement.* »

L'article 23 du nouveau règlement prévoit pour sa part que la Commission peut infliger en cas de renseignements inexacts, incomplets ou apportés avec retard une amende pouvant aller jusqu'à 1% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice précédent. Le même montant que celui prévu par le règlement 17/62 étant appliqué en cas de contravention relative à une ordonnance de mesure provisoire³¹² ou en cas de non-respect des engagements pris par l'entreprise³¹³.

Il convient enfin de préciser qu'en vue de garantir une plus grande transparence, la Commission a adopté en 1998 des lignes directrices pour déterminer de manière précise le calcul de ces amendes.³¹⁴

³¹² Article 8 du règlement 1/2003

³¹³ Article 9 du règlement 1/2003

³¹⁴ JOCE, C9 du 14 janvier 1998, pages 3 et s (Contrats, concurrence, consommation, 1998, n°77, obs. Vogel).

b) Les astreintes :

En plus des amendes, le droit communautaire permet à la Commission à travers l'article 16 du règlement 17/62 et l'article 24 du règlement 1/2003 d'infliger aux entreprises récalcitrantes afin de les contraindre à exécuter une décision prise à leur encontre, des astreintes pouvant aller jusqu'à 50.000 euros par jour de retard à compter de la date fixée, dans le premier cas, et jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen dans le second.

Paragraphe 2 : Modalités de la coopération entre les autorités et juridictions communautaires et les autorités et juridictions nationales

Sous paragraphe 1 : La coopération avec les juridictions nationales

A) Examen des compétences réciproques de la Commission et des juridictions nationales :

La Commission est l'autorité administrative responsable de la mise en œuvre et de l'orientation de la politique communautaire de la concurrence, tandis que les juridictions nationales ont vocation à sauvegarder les droits subjectifs de leurs justiciables, tels qu'ils sont prévus par le droit communautaire, ce qui a été reconnu par l'arrêt BRT c/ SABAM.³¹⁵

Avec l'entrée en vigueur le 1/05/2004 du règlement 1/2003 la Commission va perdre l'exclusivité du pouvoir dont elle disposait en vertu de l'article 9 du règlement 17/62 et qu'il lui permettait de déclarer que l'interdiction des articles 81 et 82 du TUE était inapplicable à certains types d'accords³¹⁶ soit en prononçant une exemption individuelle soit en adoptant un règlement catégoriel d'exemption. En effet, l'article 6 du nouveau règlement énonce que :

« Les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du TUE »³¹⁷

De part l'arrêt Walt Wilhem,³¹⁸ qui a affirmé le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national des États-membres, la Commission en a déduit qu'une application simultanée du droit national et communautaire de la concurrence est possible,

³¹⁵ Dit Arrêt BRT II – Aff 127/73 : Rec 1974 p 51

³¹⁶ Cf. CHAPITRE I section 2 paragraphe 2 sous paragraphe 1 sur les rachats des ententes

³¹⁷ Art 6 : "Compétence des juridictions nationales"

³¹⁸ Walt Wilhem c/ Bundeskartellamt – aff 14/68: Rec 1969 p.1

pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à l'uniformité et à l'efficacité des règles communautaires.

La même idée a été reprise par le nouveau règlement, même si elle repose sur un autre fondement. En effet, l'article 16 du règlement 1/2003 se base non pas sur la primauté du droit communautaire, mais sur la nécessité d'arriver à une application uniforme du droit communautaire de la concurrence. Pour cela il est précisé que :

« Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords...ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du TUE qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre d'une décision envisagée par la Commission. A cette fin la juridiction peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure... »

Comme nous l'avons déjà affirmé, la Commission doit en tant qu'autorité administrative, servir l'intérêt général de la Communauté. A cet égard, elle entend donner la priorité aux questions présentant un intérêt politique, économique ou juridique particulier pour la Communauté. Les affaires ne présentant pas cet intérêt peuvent être soit classées, soit renvoyées devant les juridictions nationales.

En effet, la Commission estime qu'il n'y a pas un intérêt communautaire suffisant, lorsque le plaignant est en mesure d'obtenir une protection adéquate de ses droits devant les juridictions nationales.³¹⁹

La Commission considère en outre que dans certains cas l'application du droit communautaire par les juridictions nationales présente des avantages non négligeables. Par exemple, les juridictions nationales peuvent en règle générale arrêter des mesures provisoires et ordonner de mettre fin aux infractions plus rapidement que la Commission ne peut le faire.

B) Les mécanismes de la coopération avec les juridictions nationales:

L'article 5 TUE pose le principe d'une coopération devant être permanente et loyale entre la Communauté et les États-membres. La CJCE en a donc déduit que la Commission à

³¹⁹ AUTOMECH c/ Commission – Aff T-24/90 (Arrêt du 17/09/1992)

l'obligation de tout faire pour entretenir cette coopération avec les autorités judiciaires des États-membres.³²⁰

La Commission estimant cette coopération comme essentielle à une application efficace du droit communautaire de la concurrence, a décidé en l'absence de dispositions à cet effet dans le règlement 17/62 de contribuer activement au renforcement de cette coopération par l'intermédiaire de la Communication du 13 février 1993.³²¹ Il convient en outre de préciser que c'est de cette communication que le nouveau règlement a puisé son inspiration sur le sujet.

Il s'en suit que la Commission s'engage à « *mener sa politique de manière à donner aux milieux intéressés des indications utiles pour l'application des règles de la concurrence.* »³²²

Si les indications générales fournies par la Commission ne suffisent pas, les juridictions nationales pourront s'adresser à la Commission et notamment sa Direction Générale chargée de la concurrence pour lui demander un certain nombre d'informations complémentaires, comme par exemple le fait de savoir si une affaire est pendante ou non devant la Commission ou si la Commission s'est déjà prononcée sur la question.³²³

En outre, les juridictions nationales peuvent demander à la Commission un avis quant aux délais relatifs à l'octroi ou au refus d'une exemption individuelle. De son côté la Commission s'engage à traiter en priorité les affaires faisant l'objet d'un traitement devant les tribunaux d'un État-membre.

Les juridictions nationales peuvent également consulter la Commission sur des questions juridiques. On peut ici rappeler le parallèle avec la procédure de la question préjudicielle de l'article 177 dans laquelle les tribunaux d'un État-membre sursoient à statuer afin de poser une question d'interprétation des dispositions du droit communautaire à la CJCE.

Dans ce cas les juridictions nationales ont des doutes quant à, l'issue à donner à une entente litigieuse, elles demandent donc à la Commission un avis provisoire, afin des les aiguiller et de les aider à prendre la décision la plus appropriée.

Enfin, les juridictions nationales peuvent vouloir se renseigner sur un certain nombre de facteurs statistiques, tel que l'importance des parts de marché détenue par une entreprise ainsi que d'autres analyses économiques.

³²⁰ Affaire Délimitis C-2/88 Imm : Rec 1990 I. p3365

³²¹ Communication (93/C 39/05) - Relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du Traité CE « nouvellement articles 81 et 82 du TUE »

³²² Idem

³²³ Article 15 du règlement 1/2003 relatif à : “ La coopération avec les juridictions nationales ”

Il appartient à la Commission de répondre dans les plus brefs délais, en veillant toutefois à respecter les dispositions de l'article 20 du règlement 17/62, obligeant cette dernière à ne pas divulguer les informations à caractère confidentiel. Rappelons que cet article à vocation à être remplacé par l'article 28 du nouveau règlement.

Outre l'échange d'informations la Commission souhaite rendre plus claire l'application du droit de la concurrence communautaire, notamment «en publiant une brochure explicative.»³²⁴ Elle désire également renforcer l'effet des jugements nationaux rendus en matière de concurrence.»³²⁵

Sous paragraphe 2 : La coopération avec les autorités de concurrence des États-membres

De la même manière qu'elle avait édicté une Communication relative à la coopération entre elle et les juridictions nationales pour l'application des dispositions de l'article 81 et 82 du TUE, la Commission a adopté une Communication traitant de la coopération nécessaire entre elle et les diverses autorités de la concurrence des États-membres³²⁶ pour toutes les affaires relevant des articles 81 et 82 du TUE.

A) Le rôle des États-membres et de la Communauté :

En matière de droit de la concurrence, la Communauté et les États-membres possèdent des compétences différentes. En effet, la Communauté a pour rôle l'adoption et la mise en œuvre des dispositions du droit communautaire, alors que les États-membres en plus d'appliquer leur droit national de la concurrence, ont un rôle à jouer dans la mise en œuvre des articles 81 et 82 du TUE.

En effet, il est unanimement reconnu par l'ensemble des protagonistes, que « *l'application décentralisée des règles de la concurrence communautaire conduit à une meilleure répartition des tâches.* »³²⁷

La spécificité de l'action de la Commission et de celle des autorités nationales dépendra désormais du règlement 1/2003 qui a repris pour l'essentiel les conclusions de la Communication du 10/10/1997. Ce règlement reconnaît en effet :

« qu'il convient que la Commission et les autorités de concurrence des États-membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les

³²⁴ Cf. note n 315 point n 43

³²⁵ Idem point n 44

³²⁶ Communication du 10/10/1997 (97/C 313/03)

³²⁷ Idem note 2

règles communautaires de concurrence en étroite coopération... La Commission fixe et modifie, en étroite collaboration avec les États-membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau... »

A cet égard, le règlement insiste sur l'importance de l'échange des informations même confidentielles entre les membres du réseau puisqu'il précise dans son article 12

« Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du TUE, la Commission et les autorités de concurrence des États-membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles... »

B) Les mécanismes de la coopération avec les autorités de la concurrence :

L'article 11 du nouveau règlement ³²⁸ prévoit en conséquence que la Commission doit transmettre aux autorités de la concurrence, dans les plus brefs délais, une copie des pièces importantes qu'elle a elle-même reçue dans le cadre de l'application des articles 7, 8, 9, 10 et 29. De plus l'article 11 prévoit que si un État-membre lui en fait la demande, la Commission doit lui fournir l'ensemble des documents nécessaires à l'appréciation de l'affaire en question. Il est également prévu ³²⁹ que dans les cas où les autorités de la concurrence des États-membres agissent en vertu des articles 81 et 82 du TUE, ils doivent en informer la Commission, *« après avoir initié la première mesure formelle d'enquête... »*

De la même manière, les autorités nationales de la concurrence qui s'appêtent à prendre une décision ordonnant la cessation d'une infraction, doivent informer la Commission au plus tard trente jours avant l'adoption de cette décision, en lui communiquant par-là même un résumé de l'affaire, ainsi que la nature de la décision envisagée. ³³⁰

A l'inverse, le paragraphe 6 maintient toujours la prédominance de la Commission sur les autorités des États-membres puisqu'il énonce que :

« L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III, dessaisit les autorités de concurrence

³²⁸ Article 11 : Coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États-membres

³²⁹ Article 11 paragraphe 3 du règlement 1/2003

³³⁰ Article 11 paragraphe 4

des États-membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du TUE... »

Cet énoncé prévoit toutefois qu'au cas où une autorité nationale s'occupe déjà de l'affaire, la Commission devra d'abord consulté l'autorité en question avant de pouvoir intenter toute procédure.

Enfin, en vertu de l'article 29 du règlement 1/2003, il sera permis aux autorités nationales de retirer une exemption individuelle pour les pratiques dont les effets sont incompatibles avec l'article 81 paragraphe du TUE sur leur territoire.

Une autre innovation du nouveau règlement consiste en la mise en place du comité consultatif de l'article 14. En effet, il y est dit que désormais la Commission consultera un comité consultatif composé de représentants des autorités de concurrence des différents États-membres, *« pour toutes les affaires en matière d'entente et d'abus de position dominante avant de prendre une décision en vertu des articles 7,8,9,10,23 et 24 du règlement... »*

Il est en outre précisé que l'avis du comité dès lors qu'il est exprimé par écrit est adjoint à la décision de la Commission.

Section 2 : Les procédures d'examen aux États-Unis des infractions à la concurrence

Il existe plusieurs manières de mettre en application les dispositions du droit antitrust américain. En effet, il y a tout d'abord la procédure civile qui peut être mise en œuvre par le DOJ et la FTC, la procédure criminelle qui est à la seule initiative du DOJ. Sont également prévues des procédures pouvant être initiées soit par des parties privées s'estimant lésées par des comportements qu'ils qualifient d'anticoncurrentiels, soit par les états eux-mêmes sur la base de leur propre législation antitrust.

Dans cette section, nous nous bornerons à étudier les procédures criminelles, c'est à dire celles s'appliquant aux infractions de l'article premier du Sherman Act qui sont considérées comme intrinsèquement illégales, à savoir la fixation des prix,³³¹ la répartition entre concurrents de segments d'un marché géographique ou d'un marché de produit. Seront

³³¹ Cf. PARTIE I CHAPITRE I section 1 paragraphe 2 sous-paragraphe 1 A) sur les restrictions horizontales portant sur les prix.

également soumises à la procédure criminelle, les infractions de l'article deux du Sherman Act ayant trait à la constitution ou à la tentative de constitution d'un monopole.³³²

Parallèlement à cette procédure criminelle, nous nous pencherons sur la procédure civile applicable à toute infraction, autre que celles des fusions-acquisitions qui font l'objet d'un traitement spécifique.³³³

Paragraphe 1 : La procédure d'enquête préliminaire :

Cette procédure s'apparente à une collecte d'information en vue d'évaluer s'il y a bien eu infraction et le cas échéant mesurer l'impact de cette infraction afin de déterminer si une investigation complémentaire est nécessaire. C'est également à ce stade de la procédure que les autorités compétentes décideront de recourir à une procédure civile ou criminelle.

En règle générale, une demande d'enquête préliminaire³³⁴ est autorisée par la division antitrust du département de la justice, à condition qu'il y ait suffisamment d'indices laissant croire à une infraction, à condition que la part du commerce affecté par cette soit disant infraction est substantielle, à condition que cette enquête ne va pas interférer avec une procédure similaire développée par d'autres divisions du DOJ ou de la FTC, et enfin à condition que des crédits soient disponibles à cet effet.

Une fois ces conditions remplies, il importera de préparer un memorandum³³⁵ destiné à l'autorité en charge de l'enquête, dans lequel il est décrit brièvement la situation. Ce dernier devra comprendre le produit ou service visé, la pratique illégale apparemment réalisée (fixation de prix, monopole, boycott...) les dispositions juridiques applicables, (Article 1 ou 2 du Sherman Act, Clayton Act...) l'identification complète des parties à l'opération, la part du commerce affecté, le secteur géographique au sein duquel l'infraction a eu lieu.

Tous ces détails sont nécessaires pour apprécier dans son ensemble la requête, pour obtenir l'autorisation de la FTC de poursuivre la procédure, ainsi que pour déterminer le régime suivant lequel cette procédure sera menée à bien, à savoir de manière criminelle ou civile.

Il sera également nécessaire de mentionner les défenses que pourront éventuellement évoquer les parties concernées ainsi que préciser si des recours privés ont été pris contre ces comportements. Enfin, le mémo devra préciser la manière qui sera employé pour instruire

³³² PARTIE I CHAPITRE II Section relatif aux traitements des monopolisations dans le droit antitrust américain.

³³³ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 relative aux « Civil non-merger litigations »

³³⁴ Preliminary Inquiry - PI

³³⁵ On fait ici référence au "PI Request Memo"

l'affaire. Il devra également produire une estimation de la durée de la procédure et devra mentionner par ailleurs les noms des responsables de l'enquête.

Dans les cas où l'infraction est de nature criminelle, il est possible que suffisamment d'informations aient déjà été collectées pour demander l'autorisation d'engager directement la procédure d'investigation devant le grand jury³³⁶ et en conséquence passer outre la procédure d'enquête préliminaire.

Outre ce cas particulier, il est nécessaire comme nous l'avons évoqué précédemment d'obtenir l'autorisation de la Commission fédérale du commerce pour engager véritablement une procédure d'investigation.³³⁷

La procédure visant à obtenir l'autorisation de la FTC, commencera dès lors que le memorandum d'enquête préliminaire sera déposé dans la « *PI Request mémo mailbox* .»

Néanmoins préalablement au dépôt du mémo en question, il sera nécessaire que les responsables de cette enquête préliminaire transmette une copie de leur rapport au comité d'analyse économique de la Commission pour que celui-ci puisse mesurer l'ensemble des paramètres économiques propres à cette affaire.

Une fois l'autorisation de la FTC obtenue, la division responsable de l'enquête en est informée et la procédure d'investigation peut alors débuter.³³⁸

Même si le caractère d'une procédure antitrust n'est pas formellement révélé avant qu'une demande d'investigation civile,³³⁹ une seconde requête³⁴⁰ ou les témoignages devant le grand jury³⁴¹ aient été menés à bien, il est néanmoins possible de se faire une idée relativement correcte sur le fait de savoir si telle procédure sera poursuivie selon un caractère criminel ou civil, dès le stade de l'enquête préliminaire.

Dans le but de mieux comprendre comment se passe ce choix stratégique, il convient d'observer les critères permettant de déterminer si l'investigation doit être conduite selon une procédure civile ou criminelle.

D'une manière générale, la nature du comportement mis en cause sera considéré comme l'un des éléments principaux à prendre en considération.

³³⁶ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 2 sous-paragraphe 2 relative à la procédure d'investigation devant le grand jury.

³³⁷ Dans le droit antitrust américain on parle de la « *FTC clearance* »

³³⁸ L'ensemble des règles de procédure relatives à l'autorisation de la FTC sont compulsées dans le Chapitre VII section A du manuel d'examen des infractions anticoncurrentielles du DOJ

³³⁹ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous –paragraphe 1 relatif à la procédure d'investigation civile. Traduction : *Civil Investigative demand (CID)*

³⁴⁰ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 relative à la procédure d'examen en matière de fusion-acquisition

³⁴¹ Cf. note n 336

Un grand nombre d'investigation menée par la division antitrust du DOJ est de nature civile, comme par exemple celle relative au fusion-acquisition qui font pourtant l'objet d'un traitement spécifique dont nous ferons l'étude ultérieurement.³⁴² Néanmoins il en est également beaucoup d'autres qui demandent une enquête poussée.

La politique du DOJ en la matière, est de considérer comme criminel tous les accords horizontaux soumis au principe de l'interdiction per se,³⁴³ comme par exemple les fixations de prix par des concurrents, les allocations de marché géographiques ou de produits... Le DOJ se base en ce sens sur l'article premier du Sherman Act qui prévoit des sanctions pénales pour tout contrat, conspiration ou autre accord ayant pour but de restreindre substantiellement la concurrence.

Pour leur part les procédures civiles autre que celles des fusions, s'appliquent à tous les autres types d'ententes, notamment les restrictions verticales qu'elles portent sur les prix ou sur d'autres types de restrictions. Ces ententes sont soumises pour leur part au test des effets.³⁴⁴

Il nous importe toutefois de préciser qu'il y a un certain nombre de situations où, bien que l'infraction constatée soit de nature criminelle, elle doit être traitée comme une infraction civile. C'est notamment le cas lorsqu'il existe une confusion quand, aux dispositions juridiques applicables, lorsque apparaissent en cours de route de nouveaux éléments à décharge, lorsque aux cours de précédentes décisions il fut décidé de procéder ainsi, et enfin lorsqu'il existe de solides preuves démontrant que les protagonistes de l'infraction n'agissaient pas en connaissance de cause.

On constate donc que la qualification de l'infraction est plus difficile qu'il n'y paraît, du fait notamment de l'importance que revêtent les circonstances particulières propres à chaque situation. En conséquence, il sera important de consulter le directeur des procédures civiles et celui des procédures criminelles du DOJ afin d'obtenir leur avis, avant de prendre quelque décision que ce soit.

Une fois que la nature de l'infraction est bien déterminée, il importera alors de savoir si cette pratique mérite de donner lieu à une investigation. Pour cela les autorités compétentes devront apprécier la réelle nocivité du comportement en question.

³⁴² Cf. note n 340

³⁴³ Cf. PARTIE I CHAPITRE I Section 1 Paragraphe 2 sous-paragraphe 1 A)

³⁴⁴ Cf. PARTIE I CHAPITRE I Section 1 paragraphe 1 sous-paragraphe 2 B0 relatif à « the rule of reason » ou le test des effets

A cet égard, en cas d'infraction civile il conviendra de se pencher notamment sur les gains en efficacies que peuvent engendrer de telles pratiques, mais aussi sur les cas de défenses et exceptions éventuellement invocables par les protagonistes.

Dans les cas où l'on se trouve devant une infraction de nature supposément criminelle, le fait de savoir si une investigation sera menée à terme, dépend de trois questions que doivent se poser les autorités. Premièrement, il faudra se demander si les allégations sont suffisamment sérieuses et crédibles pour justifier une telle procédure. Il s'agit en l'espèce d'une appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente.

La seconde question est de savoir si les conséquences d'un tel comportement sont assez importantes. L'appréciation de l'impact d'une pratique anticoncurrentielle, est une épreuve difficile reposant sur un certain nombre de facteurs. Il est possible de tenir compte du volume du commerce affecté, de l'étendue géographique concernée, du degré de culpabilité des protagonistes, ce dernier dépend essentiellement de la durée et de l'intensité de la pratique. Il est également possible de se demander si un tel comportement n'a pas constitué une fraude l'encontre du gouvernement fédéral, se matérialisant notamment par une évasion fiscale. Un certain nombre d'auteurs contestent la légitimité de ce dernier critère, du fait que cela entraîne un doute concernant l'impartialité des décisions prises par les autorités antitrust.

La troisième question pertinente en l'espèce est celle ayant trait aux ressources devant être mobilisées pour mener à bien une telle procédure. Sont-elles en effet suffisantes pour une longue procédure ?

Paragraphe 2 : la procédure d'investigation

Sous-paragraphe 1 : La procédure d'investigation civile

Comme nous l'avons déjà évoqué, cette procédure s'applique à toutes les infractions anticoncurrentielles, qui ne relèvent pas du pénal selon le droit antitrust américain. Sont par conséquent concernées certaines ententes horizontales qui ne sont pas considérées comme intrinsèquement néfastes à la concurrence par les autorités de la concurrence. Sont également visées toutes les restrictions verticales. Les règles de procédure sont en l'espèce régies par un texte spécifique, qui a fait l'objet d'un certain nombre d'amendements au fil des années.

A) Historique de l' Antitrust Civil Process Act³⁴⁵ :

L'ACPA trouve son origine dans le rapport final produit en 1955 par le Comité National des procureurs généraux qui se penchant sur les questions du droit de la concurrence, en conclut que l'un des problèmes majeurs en ce domaine était l'absence de procédure coercitive permettant aux autorités antitrust d'obtenir des preuves pour étayer leur accusation, lorsqu'une investigation était envisagée. Cette opinion fut par la suite confirmée par une décision de la Cour Suprême en 1958.³⁴⁶

C'est finalement en 1962 que les États-Unis vont se doter d'une telle arme. Originellement l'ACPA ne permettait l'utilisation des CID³⁴⁷ qu'à l'égard des entreprises faisant l'objet d'une enquête, et uniquement dans le but d'obtenir des informations. Ce principe fut d'ailleurs confirmé lors de la décision *United States vs Union Oil Co*, dans laquelle il fut affirmé que la demande d'investigation civile ne devait permettre que de rechercher des éléments matériels permettant de vérifier si telle personne a bien été engagée dans une violation des dispositions civiles du droit américain de la concurrence. De la même manière la cour affirma que cette procédure ne pouvait s'appliquer dans les situations où plusieurs entreprises informaient les autorités de la concurrence de leur désir de réaliser une opération de fusion-acquisition.

L'ACPA fut considérablement remodelé en 1976 suite à l'adoption du Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (HSR) qui permit en premier lieu d'élargir le champ d'application de l'ACPA aux personnes physiques ainsi qu'à toutes autres entités légalement reconnues qu'elles soient ou non suspectées d'infraction anticoncurrentielles, ce qui avait pour but de permettre aux autorités d'entendre un certain nombre de personnes en qualité de témoins.

De plus, le HSR permit aux CIDs de s'appliquer également aux affaires concernant des cas de fusions-acquisitions.

En 1980, l'Adoption de l'Antitrust Procedural Improvements Act permit aux autorités d'obtenir des éléments faisant l'objet de restrictions légales quand, à leur divulgation. Enfin, en 1994 l'adoption de l'International Antitrust Enforcement Act permit aux DOJ et à la FTC d'adopter des « *accords d'assistance mutuelle* » avec les autorités de la concurrence étrangères, afin de permettre la divulgation réciproque de preuves ayant trait à de possibles violations du droit de la concurrence dans de tel pays ou marchés.

³⁴⁵ Afin de faciliter la lecture de ce texte nous prenons la liberté d'évoquer l'Antitrust Civil Process Act sous le sigle ACPA qui fait référence aux initiales du texte en question.

³⁴⁶ 356 US. p. 677 à 683 (1958). 59

³⁴⁷ Civil Investigative Demands. Traduction : Demande d'investigation civile. Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 2 sous- paragraphe 1 B)

B) *L'application d'une demande d'investigation Civile* ³⁴⁸ :

a) *Les limites actuelles de la demande d'investigation civile* :

La CIDs a pour vocation de permettre aux autorités de la concurrence américaines de recueillir des informations, dans le cadre d'affaires civiles ayant trait soit à des cas de fusions-acquisition soit à des cas de complots, dès lors que les autres méthodes d'investigation n'ont pas abouti. A cet égard, les autorités antitrust peuvent entendre n'importe quelle personne, qu'elle soit physique ou morale, suspecte ou simple témoin, victimes ou simples concurrents, à condition qu'il y ait une raison de croire que cette personne dispose d'informations ou de documents qui peuvent se révéler pertinent dans la conduite de l'enquête en question.

Toutefois, bien que la CIDs puisse être utilisée pour connaître des affaires relevant du Clayton Act,³⁴⁹ il semble qu'en l'espèce la procédure de collecte d'information la plus usitée dans ce genre de procédure est celle qualifiée de « *seconde requête*. »³⁵⁰

Cette dernière a également vocation à s'appliquer lorsque des entreprises notifient leur future opération de concentration sur la base du Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act. La principale différence entre les deux procédures, est que la seconde requête permet d'étendre la période dite d'attente, au cours de laquelle l'opération fait l'objet d'un contrôle par les autorités et au cours de laquelle les protagonistes peuvent produire tous les éléments nécessaires pour justifier leur opération et ainsi obtenir l'autorisation de la réaliser.

Par contre, la CIDs est le processus standard pour récolter les informations des tiers à l'opération, alors que la seconde requête ne s'applique qu'aux protagonistes de l'opération.

Par contre, le recours à la demande d'investigation civile est exclu pour toute enquête dans le cadre du Federal Trade Commission Act,³⁵¹ du Newspaper Preservation Act,³⁵² et toute affaire ne relevant pas du domaine du droit de la concurrence.

b) *Réalisation d'une demande d'investigation civile* :

Une fois qu'une enquête préliminaire a conduit à la constatation d'une éventuelle infraction anticoncurrentielle, l'accord du procureur général chargé des questions antitrust doit être obtenu pour démarrer la procédure de la CIDs. Cette demande d'autorisation se fait en

³⁴⁸ Traduction : *Issuing Civil Investigative Demands*

³⁴⁹ Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 Paragraphe 1 sous-paragraphe 1 B) relatives aux dispositions obligatoires réglementant les fusions-acquisitions aux États-Unis

³⁵⁰ Traduction : Second Request. Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 à compléter

³⁵¹ Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 Paragraphe 1 sous-paragraphe 1 C) relatives aux dispositions obligatoires réglementant les fusions-acquisitions aux États-Unis

³⁵² Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 paragraphe 2 sous-paragraphe 2 B) b) relatif aux exceptions et immunités en matière de contrôle des fusions-acquisitions

produisant un mémorandum à destination du responsable de l'enquête, expliquant la nécessité de recourir à une telle procédure et proposant par la même occasion l'adoption d'un calendrier.

La demande d'investigation civile peut exiger d'une personne qu'elle produise un certain nombre de documents, preuves matérielles, qu'elle réponde sous serments à des questions écrites qui lui sont adressé, qu'elle fasse une déposition orale sous serment ou qu'elle fournisse tout autre élément qui pourrait lui être demandé. Pour chacune de ces demandes, il existe une procédure propre. En conséquence, chaque demande d'investigation civile doit être préparée selon la forme appropriée.³⁵³

Une fois cette démarche réalisée, le responsable de l'enquête examine les preuves collectées et approuve le cas échéant la demande d'investigation, sous la forme d'un mémo avec ses commentaires. A l'inverse, s'il est décidé que la conduite en question ne présente pas d'éléments suffisamment pertinents pour permettre de poursuivre plus avant l'investigation, un mémo recommandant la fermeture de l'enquête doit être produit

Une fois l'un de ces deux mémos envoyés, le directeur du DOJ ou de la FTC examine l'ensemble des documents et les soumettent au procureur général chargé des questions antitrust qui sera alors chargé de prendre la décision d'ouvrir ou non l'enquête. Précisons pour conclure sur cette procédure, que les demandes d'investigations civiles prises en vertu de l'ACPA ne doivent en aucun cas se conformer à d'autres dispositions légales comme par exemple celles du HSR du Clayton Act...

Sous-paragraphe 2 : La procédure d'investigation criminelle

Dans les cas ou au cours d'une procédure civile d'investigation il apparaît qu'une poursuite selon les critères criminels serait plus appropriée pour sanctionner l'infraction constatée,³⁵⁴ une nouvelle enquête doit être ouverte. En conséquence, la demande civile d'investigation³⁵⁵ prend fin et on lui substitue la procédure d'investigation du grand jury (A) dont les règles sont codifiées dans l'Antitrust Division Grand Jury Practice Manual de 1991. Comme en matière

³⁵³ Civil Investigative Demand- Documentary Material (ATR 154), Civil Investigative Demand- Oral Testimony (ATR 155), Civil Investigative Demand- Written Interrogatories (ATR 156) ou Civil Investigative Demand- Documentary Material and Written Interrogatories (ATR 174)

³⁵⁴ Cette procédure s'applique pour toutes les ententes horizontales qualifiées d'intrinsèquement illégales (ententes portant sur les prix-sur la répartition des marchés...)

³⁵⁵ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 2 sous-paragraphe 1 B)

de fusion-acquisition,³⁵⁶ il existe en l'espèce un régime dérogatoire et d'amnistie(B) dont il nous appartiendra d'observer les critères.

Le fait de qualifier une infraction de civile ou de criminelle, peut avoir de très importantes conséquences, notamment du fait des sanctions que peuvent encourir les protagonistes. En effet, toute infraction criminelle au droit antitrust américain peut engendrer des peines pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 350 000 US\$ d'amendes par infraction, pour un individu et jusqu'à 10 millions US \$ d'amendes pour chaque infraction dans le cas d'une société. Il est même prévu dans certains cas, des peines pouvant être supérieures, notamment dans les cas où le gouvernement considérerait que le comportement anticoncurrentiel a engendré une évasion fiscale.

A) La procédure d'investigation du grand jury :

a) Requérir une enquête du grand jury :

Dès lors que l'on désire ouvrir une investigation selon les règles du grand jury, un mémo doit être produit à cet effet au directeur des procédures criminelles du DOJ. Ce mémo doit contenir les raisons pour lesquelles une telle procédure doit être engagée. Ces raisons peuvent découler des informations collectées lors d'une enquête préliminaire³⁵⁷ ou lors d'une demande d'investigation civile,³⁵⁸ mais le plus souvent les informations provenant d'une simple plainte sont suffisantes pour justifier l'ouverture de la procédure.

Tant que faire ce peut, le mémo pour être complet, doit identifier les parties en présence, estimer le volume du commerce affecté par la pratique en question, identifier le secteur géographique concerné, décrire l'infraction supposée, évoquer les éventuelles difficultés qui pourraient survenir au cours d'une telle procédure.

Si cette requête est approuvée par les autorités compétentes, une lettre destinée à tous les procureurs chargés de l'affaire est envoyée leur autorisant d'ouvrir une procédure d'investigation devant le grand jury de leurs états respectifs.

Pour déterminer quels états seront aptes à ouvrir une telle procédure, il convient de prendre en compte, les liens entre l'état et la pratique incriminée, la disponibilité du grand jury, la possibilité de le partager avec d'autres procureurs pour des affaires concurrentes, les

³⁵⁶ Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 paragraphe 2 sous-paragraphe 2 B) b) relatif aux moyens de défenses et exceptions aux dispositions de l'article 7 du Clayton Act

³⁵⁷ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section paragraphe 1

³⁵⁸ Cf. note n 355

difficultés éventuelles pouvant survenir dans la conduite de l'affaire au sein de cette juridiction...

Par la suite un plan d'investigation susceptible d'évaluer au fur et à mesure de l'avancement de l'enquête, doit être établi. Ce dernier devra contenir tous les documents qui seront requis, ainsi que la liste des témoins amenés à témoigner par écrit ou à comparaître devant le grand jury.

b) Conduire une investigation devant le grand jury :

Une des premières décisions qui devra être prise dans la conduite d'une telle procédure, est celle de savoir s'il convient de convoquer un nouveau grand jury ou alors de conduire l'investigation devant celui présentement en place.

Pour cela, il doit-être procédé à une estimation de la durée de l'investigation. Lorsque cette dernière est susceptible de requérir un nombre important de sessions et d'accaparer une grande partie du temps du jury, il est préférable de commencer la procédure avec un nouveau jury installé pour une période de dix huit mois. Dans certains états, il est possible de convoquer un grand jury exclusivement pour les fins d'investigations en matière antitrust.

La différence de législations entre états, se remarque également sur d'autres points de la procédure. En conséquence, les autorités chargées de l'investigation devront se conformer aux règles en vigueur dans chaque état concerné par l'enquête. Il est possible de faire ici un parallèle avec le droit communautaire de la concurrence, qui pour certaines infractions ne présentant un degré de nocivité suffisamment important pour affecter la concurrence au sein du Marché Commun, réfère simplement aux dispositions du droit national de chaque état-membre concerné.

Pour mener à bien son investigation le grand jury sera amené à entendre les protagonistes, témoins ou victimes du comportement incriminé.

A cet égard, deux types d'assignations peuvent être délivrés par le grand jury. Tout d'abord, il y a celles que le droit américain nomme « *Subpoenas Duces Tecum* » qui sont destinées à la production de documents et qui la plupart du temps concerne les entreprises statutaires ou les joint-ventures, pour lesquelles les dispositions du cinquième amendement de la constitution américaine, relatives à l'auto incrimination leur sont inopposables. Dans le cas où l'on veut assigner une personne physique devant le grand jury sur la base de cette technique, on devra être vérifier que les documents produits auront la qualité de preuve admissible. De plus, il sera

au préalable nécessaire de s'assurer qu'il n'existe pas d'autres méthodes envisageables pour recueillir les documents en question.³⁵⁹

Le grand jury peut également recourir aux assignations qualifiées de « *Ad Testificandum* » qui permettent de contraindre une personne à venir témoigner devant le grand jury. Chaque assignation doit être pourvue d'un nombre suffisant de témoins pour justifier les faits avancés et pour prévenir tout désistement. Chaque témoin convoqué doit recevoir avec son assignation une liste l'informant que la procédure en question a trait à des questions relatives au droit antitrust, de la nature de l'infraction incriminée, du statut en vertu duquel il sera entendu, et des conditions d'une éventuelle amnistie dont il pourrait bénéficier...³⁶⁰

En plus des assignations, le grand jury peut demander la délivrance de mandats pour obtenir toute information adéquate. En l'espèce les règles permettant la délivrance d'un mandat sont les mêmes que pour les autres infractions criminelles. En conséquence, il n'est pas nécessaire de croire que les preuves en question risquent d'être détruite ou de disparaître pour pouvoir les recueillir. Pour obtenir un tel ordre, un mémorandum précisant les raisons pour lesquelles un tel document est requis, doit être adressé au directeur des procédures criminelles qui évalue la situation et qui le cas échéant informe un des juges du district en question de délivrer le mandat.

B) La procédure d'amnistie :

Lorsque la division antitrust reçoit une demande d'amnistie qu'elle soit individuelle ou corporative, et qu'elle considère que son auteur remplit les critères pour en bénéficier, elle doit adresser au responsable de l'investigation une recommandation en ces sens, accompagnée des raisons pour lesquelles une telle clémence devrait être accordée. Il convient en outre de préciser que toute demande d'amnistie est confidentielle et ne doit pas être évoqué avec une quelconque autre personne ou entité.

a) L'amnistie applicable aux sociétés :

On parle en l'espèce d'amnistie du type (A.) Toute requête en ces sens, visant à obtenir une amnistie totale ou partielle doit être adressée au directeur des procédures criminelles du département de la justice. Seule la première entreprise à avouer sa participation à une pratique anticoncurrentielle de nature criminelle, sera éligible à une telle clémence. Dans le cas ou

³⁵⁹ Pour une description plus approfondie des possibilités pour le grand jury d'obtenir des informations sur la base des « *subpoenas Duces Tecum* » voir le chapitre III (A) de l'Antitrust Division Grand Jury Practice Manual.

³⁶⁰ Pour la liste complète des informations devant être communiqués aux témoins voir United States attorney Manual (9-11.150 à 163)

cette entreprise ne rencontrerait pas les critères pour bénéficier de ce statut, ce dernier serait malgré tout toujours en vigueur.

Deux cas de figure peuvent se présenter, tout d'abord le cas où une entreprise se confesse avant l'ouverture d'une procédure d'investigation. Six conditions doivent être remplies pour bénéficier de ce statut. Premièrement au jour où la société avoue sa participation, il faut que le DOJ n'ait reçu aucune information à propos de cette infraction de la part d'une autre source, une fois avoué, la pratique en question doit cesser immédiatement si ce n'est pas déjà fait, l'entreprise en question doit fournir toute l'aide nécessaire à la conduite de l'enquête, l'aveu doit représenter la volonté de la majorité du conseil d'administration, lorsque cela est possible l'entreprise doit dédommager les parties lésées, enfin il faut que l'entreprise en question n'ait forcé personne à se comporter de la sorte et qu'en outre elle n'ait pas été l'instigatrice du comportement incriminé.

Si la procédure d'investigation est déjà engagée, il existe une procédure alternative plus stricte. En l'espèce les principales conditions à respecter sont qu'au moment de la confession aucune preuve de la participation de l'entreprise en question n'ait été apportée, que la division antitrust reconnaisse qu'accorder une amnistie à cette entreprise ne constitue pas une injustice envers les autres membres de l'infraction. Pour apprécier cette dernière condition, il convient d'observer si la confession est intervenue à un stade relativement avancée ou non de la procédure, mais aussi du degré de participation de l'entreprise à l'infraction en question. Plus celui est important plus les chances d'obtenir une amnistie sont minces.

Depuis 1993 et la modification de la politique en matière d'amnistie, il est permis aux dirigeants et employés d'une entreprise admissible à ce statut de bénéficier individuellement d'une telle mansuétude. En effet, tous les membres de l'entreprise en question qui admettent avoir participé à la pratique incriminée, avec candeur et sans mauvaise intention et qui par la suite aide la division antitrust dans son enquête peuvent bénéficier d'une telle amnistie.

b) L'amnistie individuelle :

Elle est applicable aux personnes faisant parties d'une entreprise non admissible à l'amnistie du Type (A) ou aux personnes faisant partie d'une entreprise bénéficiant d'un tel statut mais qui elle-même ne sont pas éligible à la nouvelle amnistie instaurée en 1993.

Pour bénéficier d'un tel statut, l'individu en question doit approcher la division de son propre chef pour l'informer de l'existence de comportements anticoncurrentiels de nature criminelle avant que la division n'ait elle-même ait informé de l'existence d'une telle pratique.

D'autre part la personne en question ne doit pas avoir tenté d'obtenir l'absolution ouverte aux dirigeants et employés d'une entreprise admissible à l'amnistie du type (A.)

En conclusion sur la procédure applicable aux infractions criminelles en matières antitrust, il nous incombe de renvoyer le lecteur au rapport présenté en janvier 2003 par M. Hammond directeur des procédures criminelles du département de la justice pour bénéficier d'une vue d'ensemble de la politique des autorités antitrust américaines en la matière.³⁶¹

Section 3 : Le régime d'examen des infractions aux articles 45 et 79 de la Loi canadienne sur la concurrence

Au niveau procédural le droit canadien de la concurrence se distingue assez nettement des législations américaines et communautaires.

La première différence provient du fait qu'en vertu de la Loi canadienne sur la concurrence, les parties privées ne peuvent exercer de recours en cas d'infraction supposée au droit de la concurrence, cette prérogative appartient en effet de manière exclusive au commissaire de la concurrence. Le corollaire de cet état de fait s'avère être l'absence de dispositions prévoyant un recours en dommages et intérêts pour ces mêmes parties dans le cas où leurs droits seraient atteints en vertu des articles 79 et 92,³⁶² c'est à dire en vertu d'infraction ayant un caractère civil.

La seconde différence majeure vient du fait qu'en raison de la nature criminelle de l'entente au sens de l'article 45, il existe un double régime applicable aux auteurs d'infraction à la concurrence. D'un côté seront applicables dispositions criminelles et de l'autre, ce sont les dispositions propres civiles de la Loi sur la concurrence qui auront vocation à s'appliquer.

Paragraphe 1 : La procédure en matière d'entente au sens de l'article 45

Sous-paragraphe 1 : Commentaires généraux relatifs au traitement des infractions de l'article 45

En l'espèce, l'entente étant considérée comme une infraction criminelle, elle sera soumise aux règles de procédures pénales, telles qu'elles sont mentionnées dans le code. Précisons avant

³⁶¹ Cf. « A Summary Overview of the Antitrust Division Criminal Enforcement Program » presented by Scott. D. Hammond at the Marriott Marquis of New York – 23/01/2003

³⁶² L'article 92 est celui sanctionnant les fusions entraînant une restriction sensible de la concurrence au sein du marché canadien

toute chose qu'il n'est pas de notre intention d'en faire l'étude présentement.³⁶³ Mentionnons seulement qu'en vertu de l'article 45 (2.1) :

« ... le tribunal peut déduire l'existence d'un complot...de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les parties au complot... »

Ce principe ne dispense toutefois pas la Couronne de prouver l'existence de ce complot hors de toute doute raisonnable, comme cela avait été notamment spécifié dans l'arrêt Nova Scotia.³⁶⁴

Du fait du caractère relativement flou de la notion d'entente tel qu'elle a été définie par l'article 45 de la Loi sur la Concurrence mais aussi telle qu'appréciée par les tribunaux, il existe une relative incertitude quant au traitement qui sera appliqué à de tels actes.

Il en résulte donc, comme le dise MM Bérriault et Comtois *« que la Loi actuelle mène à une absurdité »* puisqu'il est désormais plus avantageux et plus sécurisant pour une entreprise de procéder à l'acquisition de l'un de ses concurrents, afin de bénéficier d'un examen en vertu des dispositions civiles de la Loi sur la concurrence, relatives au fusionnement, plutôt que de conclure avec ce dernier une entente dont les modalités sont pourtant beaucoup plus souples et plus rapides à mettre en oeuvre.

En outre, bien que le Bureau de la concurrence se soit engagé à toujours examiner les opérations de fusionnements au regard des dispositions civiles, il a précisé que ce ne serait pas le cas s'il jugeait qu'une fusion ou acquisition d'entreprise n'était en fait qu'une entente déguisée.

En conséquence, même quand des partenaires décideront de recourir à une opération de fusion ou d'acquisition en dépit du bon sens et ce pour compenser les carences de la Loi sur la concurrence, ils ne pourront être sûrs à 100 % de ne pas se retrouver devant un tribunal pénal

Sous-paragraphe 2 : Les sanctions en matière d'entente

Depuis que la Loi sur la concurrence est entrée en vigueur³⁶⁵ le panel de sanctions prévu en cas de manquements aux dispositions réglementant les complots ou ententes s'est considérablement alourdi.

³⁶³ Pour une étude des règles en question voir le code de procédure pénal

³⁶⁴ Cf. note n 157 et 242

En effet, toute partie reconnue coupable d'une infraction à l'article 45 pourra désormais être condamnée au paiement d'une amende pouvant aller jusqu'à dix millions de dollars canadiens et/ou à une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans.

Les tribunaux doivent tenir compte d'un certain nombre d'éléments pour apprécier le montant de l'amende à infliger à l'entreprise coupable de complot. Outre le chiffre d'affaire de cette dernière qui est l'un des principaux facteurs pris en considération, il y a également lieu de se pencher sur la taille de la compagnie en cause, l'importance de sa part de marché, la durée de sa participation au complot, ses efforts en vue de masquer ou détruire toute preuve de ce complot ainsi que les antécédents de l'entreprise.

Outre les éléments à charge, les tribunaux se doivent de prendre en compte quelques éléments atténuant la responsabilité de l'entreprise en question. A cet égard, il sera possible de retenir la collaboration de l'accusé au cours de la procédure mais aussi le fait que l'entreprise ait admis avoir été partie à une entente ayant pour effet de restreindre indûment la concurrence au sein de son marché de référence.

En plus de tout cela, les auteurs d'une entente pourront être assujettis au paiement de dommages et intérêts tels que cela est prévu par l'article 36 de la Loi sur la Concurrence,³⁶⁶ contrairement à ceux reconnus coupables d'une simple infraction civile aux dispositions de la Loi sur la Concurrence. Ces dommages et intérêts pouvant correspondre « à une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'une partie est reconnue avoir subie... »³⁶⁷

Paragraphe 2 : La procédure sanctionnant une infraction au sens de l'article 79 :

La Loi sur la concurrence ainsi que la Loi sur le Tribunal de la concurrence³⁶⁸ créent une distinction entre les fonctions d'enquête et les fonctions décisionnelles.

En effet, en vertu de la première loi, « le commissaire de la concurrence est investi de la responsabilité des enquêtes et il dispose, à cette fin, de vastes pouvoirs... »³⁶⁹ il doit à cet égard assurer et contrôler l'application de la Loi sur la Concurrence en tant que chef du Bureau de la concurrence.

³⁶⁵ En 1986

³⁶⁶ Le paiement de dommages et intérêts s'applique également pour toute personne reconnue coupable d'une quelconque infraction en vertu du Paragraphe VI de la Loi.

³⁶⁷ Article 36 b) de la LRC 1985, c. C-34

³⁶⁸ LRC.1985. c. C-36

³⁶⁹ Lignes Directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de positions dominantes – <http://stategis.gc.ca>

« ...Pour sa part le Tribunal est chargé de trancher les poursuites engagées en vertu des dispositions civiles de la Loi et notamment celles en matière d'abus de position dominante. »³⁷⁰

Sous paragraphe 1 : Les fonctions d'enquête du commissaire de la Concurrence

A) Le processus d'examen ou d'enquête :

Le Bureau de la concurrence, sous la direction du commissaire doit procéder à ses enquêtes en tenant non pas compte des intérêts privés des plaignants, mais plutôt de ceux du public. L'enquête menée par le Bureau précède toute éventuelle procédure du Tribunal de la concurrence. Elle débute en vertu de l'article 9 de la Loi si :

« Six personnes résidant au Canada et âgées de dix-huit ans au moins demandent au commissaire de procéder à une enquête dans les cas ou elles sont d'avis, selon les cas :

- a) qu'une personne a contrevenue à une ordonnance rendue en application...des parties VII.1 ou VIII³⁷¹*
- b) qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des articles VII.1 et VIII*
- c) qu'une infraction visée à la partie VI³⁷² ou VII a été perpétrée ou est sur le point de l'être »*

On peut donc constater que si les particuliers n'ont pas le droit d'exercer un recours direct contre les auteurs d'un abus de position dominante ou même d'un fusionnement, ils peuvent par contre demander à l'autorité compétente de se saisir de l'affaire.

Précisons en outre qu'en vertu de l'article 10 de la même Loi le Commissaire dispose d'un pouvoir d'auto- saisine répondant aux mêmes critères que ceux énoncés dans l'article 9.

Dès lors que le commissaire au vu des premiers éléments dont il dispose, considère que le déroulement d'une enquête officielle est fondée, il peut demander à un juge l'autorisation d'ordonner à une ou plusieurs personnes de lui fournir les renseignements dont il a besoin.

En vertu de l'article 11, le commissaire est donc en droit d'ordonner à une personne :

³⁷⁰ Idem

³⁷¹ Portant respectivement sur les « *Pratiques commerciales trompeuses* » et « *les Affaires que le Tribunal peut examiner* »

³⁷² Portant sur « *Les infractions relatives à la concurrence* »

- « a) ... de comparaître...de sorte que sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l'enquête, être interrogée par le commissaire ou son représentant...*
- b) de produire auprès du commissaire ou de son représentant, dans les délais et au lieu que prévoit l'ordonnance, les documents ou autre chose dont elle a fait mention ;*
- c) de préparer et de donner au commissaire...une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle énonçant en détail les renseignements exigés... »*

Toujours après autorisation de la Cour, le Commissaire peut procéder en vertu de l'article 15 de la Loi à des perquisitions ainsi qu'à la saisie d'un certain nombre d'éléments de preuve. Aux termes de l'article 15 paragraphe 2, il est précisé que ce mandant doit être encadré dans certaines limites, puisqu'il doit indiquer les locaux faisant l'objet de la perquisition, ainsi que les documents ou autres choses faisant l'objet de sa recherche.

Le Commissaire pourra toujours compléter son enquête à l'aide d'analyses économiques ou d'avis juridiques sur la question. Notons enfin que le Commissaire outre les droits dont il dispose dans la poursuite de sa « mission » est également assujéti à certaines obligations, comme par exemple celle prévue à l'article 10(3) imposant que l'enquête soit menée en privée, afin de ne pas entacher indûment la réputation de l'entreprise, ce qui pourrait risquer de la décrédibiliser auprès d'éventuels investisseurs ou même entraîner une chute de sa cotation boursière.

B) Les décisions faisant suite aux examens ou enquêtes :

a) La discontinuation de l'enquête :

Le commissaire peut en vertu de l'article 22 de la Loi, décider de classer l'affaire dès lors qu'il considère que les éléments dont il dispose sont insuffisants pour prouver un quelconque abus de position dominante.

Dans ce cas le commissaire doit « *remettre au ministre un rapport faisant état des renseignements obtenus de même que du motif de la discontinuation de l'enquête .* »³⁷³

Si l'enquête avait été initiée par la demande de particuliers conformément à l'article 9, le commissaire est tenu de les informer chacun personnellement de sa décision et des motifs l'ayant amené à une telle conclusion.

b) Les Mesures Correctives :

Le Commissaire de manière intermédiaire au classement de l'affaire ou à son transfert vers le Tribunal, peut décider de soumettre l'entreprise en question à un certain nombre de mesures correctives afin de lui permettre de conformer son comportement aux dispositions de l'article 78.. Si l'entreprise en question décide volontairement d'accepter ces mesures le Commissaire peut alors décider en vertu de son pouvoir discrétionnaire en la matière de ne pas porter l'affaire devant le Tribunal.

Si l'entreprise refuse de se soumettre de manière volontaire à ces mesures, le Commissaire laissera alors au Tribunal le soin de mettre d'accord les parties en conflit, par le biais d'une ordonnance par consentement. C'est uniquement en cas d'échec de ces négociations sur la portée et l'intensité des mesures correctives à adopter que le Tribunal pourra réellement commencer sa procédure.³⁷⁴

C'est la partie V des Lignes Directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante ³⁷⁵ qui énonce l'ensemble de ces Mesures Correctives. Il est en effet précisé qu'il peut être ordonné à l'entreprise supposée fautive de cesser ses agissements anticoncurrentiels, de ne pas exécuter certaines clauses contractuelles ainsi que d'en modifier la configuration afin d'en atténuer l'effet...

c) La transmission de l'affaire au Tribunal de la Concurrence :

Une fois que le Commissaire considère qu'il existe assez d'éléments pertinents permettant de conclure qu'une entreprise s'est rendu coupable de pratique d'agissements anticoncurrentiels, le Commissaire peut demander au Tribunal de reconnaître la culpabilité de l'entreprise en question. Il lui appartiendra en conséquence d'apporter à ce dernier tous les éléments nécessaires afin de lui permettre d'établir la sanction la plus appropriée.

³⁷³ Article 22 (2) LRC. 1985, c. C-34

³⁷⁴ Cf. CHAPITRE III Section 3 paragraphe 2 sous paragraphe 2

³⁷⁵ Cf. note n 370 et s

Sous paragraphe 2 : Les fonctions décisionnelles du Tribunal de la concurrence

Le Tribunal de la concurrence le « Tribunal » est un tribunal quasi judiciaire qui a été créé en 1986 en vertu de la Loi sur le Tribunal de la concurrence. Il a pour mandat d'entendre des demandes et de rendre des ordonnances relatives aux affaires civiles susceptibles d'examen selon les parties VII.1 et VIII de la Loi sur la concurrence. La Loi sur le Tribunal de la concurrence pourvoit à cet effet à l'organisation administrative du Tribunal.

De part l'intermédiaire de son greffe, le Tribunal peut tenir ses audiences partout au Canada, selon ses besoins. Le Greffe est également l'endroit où sont déposés les demandes et autres documents et d'où proviennent les documents et ordonnances du Tribunal dans tous les cas qui lui sont soumis.

Comme le précise le rapport sur les plans et priorités du Tribunal de 2003-2004 ³⁷⁶ publié par Allan Rock ministre canadien de l'industrie, l'objectif du Tribunal et de tenir lieu de cour d'archives appelée à entendre et à trancher de façon aussi informelle et expéditive que possible, compte tenu des circonstances et des impératifs liés à l'équité, les demandes fondées sur les parties VII.1 et VIII de la Loi sur la concurrence.

L'un des aspect original de cette procédure est que le Tribunal devra dans son ordonnance final se contenter d'appliquer les sanctions préconisés par le Commissaire, dans le cas ou il en est venu à la conclusion que l'entreprise en question contrevenait aux dispositions de l'article 78. A cet égard, comme la démontré notamment l'arrêt Nutrasweet, le Tribunal n'interdira pas l'accomplissement d'un acte dont le commissaire n'a pas lui-même demandé sa prohibition. On constatde donc à cet égard que le Tribunal dispose de pouvoir moins important que ceux de son homologue américain.

Le pouvoir d'appréciation du juge est néanmoins relativement important puisqu'il lui incombe en vertu de l'article 79 paragraphe 4 de la Loi sur la concurrence de vérifier si la pratique incriminée, bien qu'anticoncurrentielle, n'entraîne pas ce que l'on appelle un rendement concurrentiel supérieur c'est à dire des gains en efficience pour le consommateur, se traduisant notamment par des produits de meilleure qualité ou par un réseau de distribution plus efficace. Ce principe n'est pas sans rappeler celui mis en vigueur au sein de l'Union

³⁷⁶ http://www.ct-tc.gc.ca/francais/bud2003_4.htm#_1_4

Européenne dans le cadre du rachat d'entente restrictive, et qui repose sur le fait que certains monopoles seront dans certains cas bénéfiques pour le consommateur.³⁷⁷

En effet, il apparaît clairement que les situations de monopole n'ont pas que des ennemis. Schumpeter par exemple a été l'économiste qui a défendu cette situation avec le plus de vigueur. Son argumentation reposait essentiellement sur deux points, à savoir premièrement qu'un monopole permettrait à une entreprise d'éviter de répéter inutilement des coûts fixes. Cette argumentation repose notamment sur le modèle de Salop.³⁷⁸

Le deuxième point mis en avant par Schumpeter est celui selon lequel la situation de monopole est un élément nécessaire pour qu'une entreprise assure des activités de Recherche et de Développement. Schumpeter considère en effet que les situations de monopoles et de R&D sont intimement liées, car d'un part les entreprises monopolistiques sont plus enclin à mettre en œuvre ces programmes et que d'autre part la création de monopole est un mal nécessaire pour encourager la R&D. En effet, le monopole qui prend dans ce cas la forme d'un brevet conférant à l'entreprise qui l'exploite, des droits exclusifs temporaires, n'est rien d'autre que la contrepartie financière résultant des risques encourus et des importantes sommes d'argent dépensées par l'entreprise pour développer cette innovation.

Or, Schumpeter considère que l'innovation technologique est l'élément primordial de la croissance économique et qu'à cet égard il représente un bien public. Cette innovation passe selon lui essentiellement par la R & D. Dans les années cinquante les économistes Solow et Denison vont confirmer les théories de Schumpeter en démontrant que près de la moitié de l'accroissement du produit par tête provenait de l'innovation technique et technologique.³⁷⁹ Toutefois, concernant le traitement par le Tribunal d'une affaire dans son ensemble il nous incombe de renvoyer le lecteur aux « *Directives Pratiques relatives aux nouvelles dispositions de la Loi sur la concurrence* » édictées le 30 août 2002 par le Tribunal lui-même, afin de mieux comprendre le mécanisme de la procédure en vigueur en vertu de la Loi sur le Tribunal de la concurrence

³⁷⁷ Cf. PARTIE Chapitre I Section 2 paragraphe 2

³⁷⁸ J.Tirole « Concurrence Imparfaite » p. 75 Collection : Économie et statistiques avancées » Éd : Economica 1985

³⁷⁹ Idem p.101

PARTIE II : Le contrôle des opérations de concentrations d'entreprises, fusionnements ou mergers

Le contrôle des opérations de concentrations d'entreprises tel qu'il est pratiqué par les différentes autorités de la concurrence de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada s'avère d'une manière générale moins dissemblable que celui relatif aux ententes ou monopoles. En effet, bien que les moyens juridiques employés soient différents, l'objectif général reste le même, à savoir éviter qu'une opération de fusion-acquisition ne diminue la concurrence.

A cet égard les États-Unis et le Canada font référence au critère de diminution sensible ou substantielle de la concurrence, tandis que le droit communautaire interdit toute opération qui crée ou renforce une position dominante. Bien que formulé différemment ces critères produisent relativement les mêmes effets, puisqu'en interdisant à des entreprises de fusionner si cette opération leur confère une position dominante au sein de leur marché de référence, les autorités évitent que ces entreprises ne diminuent la concurrence.

On retrouve la justification de ce critère dans le fait que le droit communautaire des concentrations met en œuvre un contrôle a priori, c'est à dire avant que l'opération ne se soit réalisée. En conséquence, les autorités communautaires veulent « tuer dans l'œuf » la cause de l'éventuelle diminution de la concurrence. A l'inverse, les États-Unis se pencheront essentiellement sur les opérations déjà réalisées et n'auront donc pour autre ambition que de réparer les distorsions causées à la concurrence et non les prévenir comme il en est question dans le droit communautaire.

Pour sa part le droit canadien se trouve entre les deux conceptions, puisque la Loi sur la Concurrence fait toujours référence aux « *fusionnements réalisés ou proposés* »

En outre contrairement au droit canadien et communautaire dont on peut souligner l'utilité des dispositions (règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97- la Loi sur la Concurrence Partie VIII articles 91 et s...) l'appréciation de la légalité d'une fusion-acquisition dépend aux États-unis essentiellement de la jurisprudence, les différentes lois (Sherman Act-Clayton Act...) ne servant que de loi cadre.

Il conviendra donc d'observer comment sont mis en pratique les différentes dispositions législatives, jurisprudentielles ou autres du contrôle des concentrations au sein de ces trois systèmes juridiques, afin de déterminer si l'en est un plus efficace que les autres.

CHAPITRE I : Appréciation des opérations de concentrations d'entreprises au sein du marché de l'Union européenne sous l'angle du renforcement d'une position dominante

Le traité de Rome de 1957 instituant la Communauté Économique Européenne ne contenait pas originellement la moindre disposition relative aux concentrations d'entreprises ainsi qu'à leur régulation. En effet, au moment de l'adoption du Traité la période était au contraire au regroupement des entreprises en de grands groupes en vue de redonner à l'économie européenne un rendement et une croissance important. En conséquence, pendant une très longue période le contrôle de ces opérations ne se faisaient que part les critères retenus par la CJCE.

L'étude de la jurisprudence précédant l'élaboration d'une norme communautaire nous apprend que ce contrôle s'était organisé autour de deux grands principes, le premier étant l'inapplication à ces situations de l'article 85 nouvellement 81 du TUE ³⁸⁰ et au contraire l'applicabilité des dispositions de l'article 86 nouvellement 82 relative aux abus de position dominante. Ce principe reposait sur la considération que « *des procédés de croissance externe comme par exemple des opérations de concentration pouvaient étre interdits à des entreprises en position dominantes, alors que ces comportements relevaient d'une concurrence normale.* »

Ce n'est que le 21 décembre 1989 que la Communauté Européenne s'est dotée d'un véritable instrument juridique de contrôle des concentrations.³⁸¹ Ce règlement a été complété par diverses communications de la Commission pour en renforcer l'efficacité.³⁸² L'objectif de ce règlement n'était pas d'interdire d'office toutes les opérations de concentrations, puisqu'il est reconnu que certaines ont un effet bénéfique sur la croissance économique d'un pays, mais plutôt de faire obstacle à la conclusion de celles ayant pour principales conséquences d'affecter la concurrence au sein du Marché Commun.

Le droit communautaire de la concurrence prescrit donc à l'égard des entreprises réalisant une opération de concentration un régime beaucoup plus favorable que celui applicable aux ententes ou abus découlant d'une position dominante.

³⁸⁰ Décision SHV- Chevron du 20/12/1974 : JOCE, L.38, 12/02/75.

³⁸¹ Règlement 4064/89 du conseil : JOCE 1990 L 257

³⁸² Communication du 14/08/1990, relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentrations : JOCE 1990 C 203

Communications du 31/12/1994, relatives respectivement à la notion de concentration, la distinction entre Entreprises communes coopératives et concentratives, et le calcul du chiffre d'affaire : JOCE 1994 C 385
Communication du 2/03/2001 concernant les mesures correctives recevables par la Commission : JOCE C 68/03

Les concentrations ayant une dimension communautaire se doivent d'être notifiées à la Commission par leur auteur avant leur réalisation, contrairement aux opérations n'ayant qu'une dimension nationale.

Le règlement 4064/89 a été modifié en 1997, en vue de moderniser le traitement applicable aux entreprises communes, de réviser le calcul du seuil déterminant le caractère communautaire d'une opération de concentration, ainsi que certaines règles de procédures.³⁸³ Il convient également de mentionner qu'un nouveau projet de règlement est à l'étude en ce moment.³⁸⁴ Précisons pour conclure que ces règlements ont vocation à s'appliquer également sur les marchés des États membres de l'AELE.³⁸⁵

Il sera donc étudié en premier lieu le champ d'application du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 (Section 1,) avant d'observer les effets répréhensibles d'une opération de concentration (Section 2.)

³⁸³ Règlement 1310/97 du 30/06/1997 : JOCE, L. 180, 9/07/97

³⁸⁴ Proposition de règlement du Conseil, du 11 décembre 2002, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("Le règlement CE sur les concentrations") [COM(2002) 711 final - Journal officiel C 20 du 28.1.2003]. La présente proposition devrait entrer en vigueur le 1/05/04 et abroger ainsi les règlements 4064/89 et 1310/97. « *La proposition de réforme du règlement n° 4046/89 examine le fonctionnement du règlement dans son ensemble tout en focalisant son attention sur les éléments innovateurs suivants :*

- *la clarification du critère de fond pour l'analyse des concentrations ;*
- *la rationalisation des délais de notification introduisant la possibilité de notifier une opération avant que celle-ci ne fasse l'objet d'un accord contraignant entre les parties ainsi que la suppression de l'obligation de notifier dans la semaine durant laquelle cet accord contraignant a été conclu ;*
- *la simplification du système de renvoi de la commission aux autorités nationales ou inversement ;*
- *l'assouplissement du calendrier des enquêtes avec la possibilité d'étendre de trois semaines le délai des parties pour soumettre leurs solutions, et avec l'accord des parties, une extension de quatre semaines pourra être accordée pour permettre à la Commission un examen approfondi ;*
- *le renforcement des pouvoirs d'enquête de la Commission pour qu'elle puisse recueillir plus facilement les renseignements dont elle a besoin pour infliger des amendes plus élevées aux compagnies qui lui font obstruction.. »*

³⁸⁵ Sont membres de l'Accord Européen de Libre Échange, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.

Section 1 : Le Champ d'application du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 relatif aux opérations de concentrations d'entreprises

Ces deux règlements n'ont vocation qu'à régir les opérations de concentrations ayant une dimension communautaire. Il conviendra donc de déterminer en premier lieu les caractéristiques d'une telle opération (Paragraphe 1) avant de voir comment se caractérise cette dimension (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1 : Les opérations concentrationnistes

Dans sa définition des opérations de concentration, le règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 prévoit dans son 23^{ème} considérant que seules sont visées les opérations aboutissant à une modification durable de la structure des entreprises concernées. Ainsi au sens de l'article 3-1 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 :

*« Une opération de concentration est réalisée :
lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent,
ou
lorsque, une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins...
ou
une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble des parties d'une ou plusieurs entreprises... »*

Sous- paragraphe 1 : Les fusions d'entreprises

Au sens de la communication de la Commission du 31/12/1994 ³⁸⁶ trois possibilités sont envisagées.

- *La fusion par création d'une société nouvelle* : qui a lieu lorsque deux ou plusieurs entreprises indépendantes fusionnent en créant ainsi une nouvelle entité et disparaissant en tant que personnes morales distinctes.³⁸⁷

³⁸⁶ Cf. note n 382

- *La fusion- absorption* : qui a lieu lorsqu'une entreprise est absorbée par une autre, perdant ainsi la personnalité morale.
- *La fusion de fait* : qui a lieu en cas de combinaison des activités économiques aboutissant à la création d'une entité pourvu d'une direction unique et permanente, comme par exemple le cas du GIE.

L'appréciation des opérations de fusion s'avère être relativement simple, étant entendu qu'elle représente la forme la plus classique du phénomène de concentration, contrairement à l'acquisition du contrôle d'une entreprise.³⁸⁸

Sous-paragraphe 2 : L'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises

A) Les différentes formes d'acquisitions du contrôle d'une entreprise :

La définition de l'acquisition du contrôle d'une entreprise est dans le cadre du droit communautaire relativement large puisqu'elle est assimilée à la notion d'influence déterminante sur l'activité de l'entreprise. Ainsi au sens de l'article 3 –3 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 :

« ...le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise... »

Sont visés à cet égard les droits de propriétés ou de jouissance sur les biens de la société, ainsi que les droits conférant une influence sur la composition et les décisions des organes d'une entreprise. Il importe de préciser que le moyen permettant d'acquérir le contrôle n'est pas pertinent, seul est pris en compte le résultat à savoir la prise de contrôle. Toutefois, il est possible de donner en l'espèce une liste non exhaustive des techniques les plus couramment utilisés. On peut par exemple faire référence aux OPA et OPE³⁸⁹ aux apports partiels d'actifs, aux cessions de fonds de commerce ou aux participations majoritaires ou minoritaires à condition qu'elles soient suffisantes pour accorder le contrôle.

³⁸⁷ Cf. note n 300

³⁸⁸ Cf. Mémento Francis Lefebvre : Communautés Européennes p 590 éd Francis Lefebvre 1997

³⁸⁹ Offre Publique d'Achat et Offre Publique d'Échange

B) Les différents types de contrôle d'une entreprise :

a) Le contrôle exclusif :

Le contrôle d'une entreprise peut soit être exclusif, soit être exercé conjointement. Le contrôle exclusif se caractérise lorsqu'une entreprise acquiert la majorité des droits de vote d'une société ou une minorité qualifiée. En effet, l'entrée d'une entreprise dans le capital d'une autre société peut du fait de la dilution du capital entraîner un changement dans le contrôle de l'entreprise en question. Ce contrôle peut se traduire par des droits spécifiques attachés à cette participation minoritaire, comme par exemple des actions préférentielles, mais aussi des droits de votes doubles ou multiples. De la même manière un partenaire minoritaire qui se verrait attribuer le droit de nommer le P-DG ou plus de la moitié des membres du conseil d'administration et/ou qui disposerait sur certaines décisions d'un droit de veto contrôlerait de fait cette société.

Outre les éléments de droit, le contrôle d'une entreprise peut se déduire des faits. En effet, si l'actionnaire minoritaire en raison d'un grand morcellement de l'actionnariat est certain d'obtenir une majorité relative lors de l'assemblée générale il sera considéré comme contrôlant de fait cette entreprise.³⁹⁰

b) Le contrôle en commun :

« On considère qu'il y a contrôle en commun d'une entreprise dès lors que deux ou plusieurs entreprises ou personnes exercent une influence déterminante sur une autre entreprise et qu'elles sont dans l'obligation de s'entendre sur les grandes décisions. »³⁹¹

Précisons toutefois qu'il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait contrôle commun que les partenaires disposent d'une participation identique. En effet, le critère pertinent en l'espèce est que les décisions importantes et stratégiques pour l'entreprise contrôlée soient prises d'un commun accord³⁹² ou à l'unanimité.³⁹³

Les autorités communautaires n'ont pas cessé d'insister sur la différence existant entre la notion de contrôle en commun et exclusif. Ainsi, si une entreprise qui contrôlait une autre société conjointement, se retrouvait du fait des circonstances à exercer ce pouvoir de manière exclusive, ce changement serait constitutif d'une nouvelle opération de concentration entraînant par conséquent la reprise de la procédure à zéro.

³⁹⁰ Décision du 3/08/93: Société Générale de Belgique c/ Générale de Banque aff : IV, M. 343

³⁹¹ Cf. note n 388 p. 591

³⁹² Décision du 25/06/93 : Aegon / Scottish Equitable, IV/M 349

³⁹³ Décision du 12/03/93 : Ericsson c/ Hewlett Packard IV/ M 292

Le contrôle d'une entreprise peut également être directe ou indirecte, c'est à dire qu'il se matérialise par le contrôle d'une holding contrôlant elle-même une ou plusieurs entreprises.³⁹⁴

Enfin, il a été reconnu que le règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 ne s'appliquent qu'aux entreprises qui acquièrent réellement le contrôle d'une entreprise. En conséquence toute acquisition éventuelle ne rentre pas dans le champ des règlements.

En effet, dans l'arrêt Air France du 19/05/1994 le TPICE a reconnu : « *que l'appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration doit être effectuée uniquement sur la base des circonstances de fait ou de droit existantes au moment de la notification, la Commission ne pouvant prendre en considération une transaction hypothétique.* »³⁹⁵

Se pose enfin la question du traitement des entreprises communes. En effet, il n'y a pas concentration dès lors qu'une opération n'a pour objet ou conséquences que d'assurer la coordination de comportements d'entreprises restant indépendantes. On parle dans ce cas d'entreprises communes coopératives. Précisons que dans le droit international des affaires on la qualifie plus souvent de joint-venture contractuelle. Ce genre d'opération est assimilé par les autorités communautaires de la concurrence à une entente entre concurrents et sera par conséquent soumis aux dispositions de l'article 81 du TUE.

A l'inverse depuis la modification du règlement sur les concentrations intervenue le 30/06/1997, le caractère d'une opération de concentration sera reconnue dès lors qu'il y a une modification de la structure de l'entreprise. Pour cela il faut que la nouvelle structure accomplisse « *...de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome...* »³⁹⁶ On ne reconnaîtra donc la création d'une telle entreprise que si elle jouit de tous les avantages propres à cette nature à savoir équipements, financement, personnel...

Pour qualifier cette forme d'entreprise on parle d'entreprise commune concentrative ou plus couramment de joint-venture structurelle.³⁹⁷

³⁹⁴ Décision du 1/12/93 UAP- Vinci, aff IV, M 384

³⁹⁵ Aff 2/93 : Rec II

³⁹⁶ Article 3 paragraphe 2 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 du 30/06/97. Originellement l'article 3 paragraphe 2 al 1^{er} considérait que ne constituait pas une opération de concentration qui avait comme conséquence d'entraîner la coordination du comportement concurrentiel de diverses entreprises indépendantes, même en cas de création d'une entreprises commune.

En conséquence ce texte reconnaissait à contrario la nature de concentration d'une opération aboutissant à la création d'une Entreprise Commune accomplissant de manière durable les fonctions d'une entreprise autonome, à conditions qu'elle n'ait pas pour objet la coordination du comportement entre les instigateurs ou entre les instigateurs et l'Entreprise Commune.

Cette formulation de l'article aboutissait à une solution illogique puisque des modifications structurelles comme par exemple la création d'une nouvelle entité, n'étaient pas considérées comme des concentrations parcequ'elles avaient également les mêmes conséquences que celles de l'article 85 nouvellement 81 du TUE »

³⁹⁷ Une étude plus approfondie sur le traitement des ces Entreprises Communes sera proposée dans le cadre du CHAPITRE III relatif à la situation des joint-venture au sein de l'Union Européenne.

Paragraphe 2 : la notion de « Dimension communautaire »

L'article premier du règlement sur les concentrations prévoit qu'une opération de concentration relèvera de la compétence des autorités communautaires de la concurrence si elles dépassent un certain seuil.³⁹⁸ Il conviendra donc de se pencher dans un premier temps sur le principe du partage des compétences justifiant la mise en place de ces seuils avant d'observer comment ils sont calculés.

Sous- paragraphe 1 : Le partage des compétences en matière de contrôle des concentrations

A) Le Principe :

La plupart des observateurs reconnaissent que ces seuils ont l'avantage de limiter le contrôle des autorités aux seules concentrations présentant en raison de la taille de leurs protagonistes, une certaine importance. D'autre part, ils permettent semble t-il de mieux apprécier l'impact qu'aura une telle opération sur le commerce entre les différents États-membres.

Dès lors que les seuils fixés au paragraphe 1 sont atteints,³⁹⁹ la Commission se voit attribuer de manière automatique une compétence exclusive. En effet, l'article 21 reconnaît que :

«... Les États-membres n'appliquent pas leur législation nationale sur la concurrence aux opérations de dimension communautaire... »

L'objectif est donc d'instaurer le système dit du « guichet unique » en vue de simplifier la procédure. En conséquence, et contrairement à ce qui est désormais prévu en matière d'entente et d'abus de position dominante, il n'y a pas de partage des compétences entre les autorités nationales et communautaires.⁴⁰⁰

Il en résulte donc que les autorités des États-membres sont libres d'appliquer leur législation sur la concurrence sans contrôle de la part de la Commission dès lors qu'une concentration ne présente pas un caractère communautaire.

³⁹⁸ Article 1 : « ... le présent règlement s'applique à toutes les opérations de concentrations de dimension communautaire telles que définies au paragraphes 2 et 3... »

³⁹⁹ Cf. Sous paragraphe 2 relatif à la détermination de la dimension communautaire

⁴⁰⁰ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 1 paragraphe 2

B) Les exceptions de la clause allemande et hollandaise :

a) Le renvoi vers les autorités nationales de certaines concentrations de dimension communautaire :

Ce principe communément appelé la « *clause allemande* » est prévu par l'article 9 du règlement qui énonce que :

« La Commission peut... renvoyer aux autorités compétentes de l'État membre concerné un cas de concentration notifié... »

Cette hypothèse a vocation à s'appliquer dans les cas où les autorités nationales d'un État membre considèrent qu'une opération de concentration de dimension communautaire « *menace de créer ou de renforcer une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée dans un marché à l'intérieur de cet État-membre.* »⁴⁰¹

Pour bénéficier d'une telle dérogation, l'État en question doit envoyer à la Commission une demande en ce sens dans un délai de trois semaines à partir de la notification par les entreprises concernées de la concentration en question.

Pour faire droit à cette demande la Commission devra s'assurer que le marché national en cause est distinct du marché communautaire. Par la suite elle devra vérifier si ce marché est ou non une partie substantielle du Marché Commun. Si la réponse est positive, la Commission ne pourra déléguer aux autorités nationales le contrôle de cette opération que si elle menace de créer ou de renforcer une position dominante à l'échelon national. À l'inverse si la réponse est négative, la Commission pourra donner compétence aux autorités nationales sans même avoir à se pencher sur l'éventualité d'un renforcement d'une position dominante.

Il convient toutefois de préciser qu'il s'agit d'une simple faculté et que la Commission n'est aucunement obligée de renvoyer la procédure devant les autorités nationales.

b) L'extension du contrôle de la Commission aux concentrations ne présentant pas une dimension communautaire :

Il s'agit en l'espèce du principe inverse de celui de la clause allemande. Cette situation qualifiée de clause hollandaise est prévue par l'article 22 paragraphe 3 du règlement communautaire sur les concentrations.

⁴⁰¹ Article 9 paragraphe 2 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 du 30/06/97

Il permet à un État de demander à la Commission d'examiner une concentration ne présentant pas de dimension communautaire et qui risque d'entraver la concurrence au sein de son marché nationale. Pour être admissible cette opération doit également menacer d'affecter le commerce entre les États membres.

Sous-paragraphe 2 : Détermination de la dimension communautaire

La question de la détermination de la dimension communautaire d'une opération de concentration dépend principalement du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées. Il s'agit à notre avis de l'une des questions les plus délicates mais aussi les plus complexes du droit communautaire de la concurrence. Toutefois, il est important de préciser que bien que plus rapide, le système du chiffre d'affaire n'est pas le seul critère permettant d'identifier les concentrations de dimension européenne. Un autre critère, appelé critère du « type 3+ », prévoit une compétence communautaire exclusive lorsque tous les États membres ou au moins trois d'entre eux formulent une demande de renvoi.

A) Détermination du seuil communautaire d'affectation :

Depuis la révision le 30/06/1997 du règlement sur les concentrations, la dimension communautaire d'une opération de concentration peut être déduite de deux manières.

Tout d'abord, l'article premier paragraphe 2, énonce qu'une concentration sera considérée comme ayant une dimension communautaire dès lors que d'une part le chiffre d'affaire mondial réalisé par l'ensemble des entreprises concernées dépasse 5 milliards d'euros et que d'autre part le chiffre d'affaires réalisé individuellement par au moins deux ou plusieurs entreprises dans la Communauté est d'au moins 250 millions d'euros.

Cette combinaison ayant été instaurée par le règlement de 1989 a dû être modernisée, car elle plaçait le seuil de compétence communautaire trop haut, de telle sorte que de trop nombreuses opérations échappaient à la compétence de la Commission. En outre, les entreprises qui procédaient à des concentrations ayant un impact sur plusieurs États-membres mais ne dépassant pas les seuils précédemment fixés devaient notifier l'opération dans tous les pays où elles étaient supposées produire des effets, ce qui entraînait un formalisme excessivement long et coûteux qui ne faisait que renforcer l'incertitude juridique dans laquelle se trouvaient les différents protagonistes.

Désormais l'article premier paragraphe 3 instauré par le règlement 1310/97 prévoit q'une :

« opération de concentration qui n'atteint pas les seuils fixés au paragraphe 2 est de dimension communautaire lorsque :

a) le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euros ;

b) dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieurs à 100 millions d'euros ;

c) ...le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieurs à 25 millions d'euros ;

et

d) le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros ;

à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul État membre... »

Il convient en l'espèce de procéder à une brève analyse de cet article afin d'en simplifier la compréhension. Il convient de préciser avant toute chose que ces critères sont cumulatifs et que par conséquent si un des éléments n'était pas rempli la concentration ne serait pas considérée comme ayant une dimension communautaire.

L'alinéa a) ne pose pas de problèmes, son but est simplement de réduire le montant du chiffre d'affaire mondial requis dans des proportions plus raisonnables.

L'alinéa b) tente de sonder l'importance du poids économique des protagonistes au sein de l'Union Européenne. En effet, si les instigateurs de l'opération ne réalisent pas plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires dans au moins trois États membre, ils seront considérés comme n'ayant que peu d'impact sur l'économie du Marché Commun et l'opération sera par conséquent dépourvu de dimension communautaire.

L'alinéa c) a pour but d'évaluer la force économique des protagonistes de manière individuelle. En effet si les critères de cet article ne sont pas respectés, cela signifie qu'une partie des membres de cette opération n'ont qu'un petit poids économique. En conséquence,

leur rachat ou absorption par un ou plusieurs autres concurrents ne bouleversera que très modérément la structure du marché communautaire.

L'alinéa d) poursuit le même objectif que l'alinéa c) mais au lieu de mesurer l'impact des entreprises concernées dans les États-membres il apprécie leur influence sur l'ensemble du Marché Commun. A cet égard, le rachat d'une entreprise réalisant moins de 100 millions d'euros de chiffre d'affaire dans l'ensemble des quinze pays membres n'aura que très peu d'effet sur la concurrence communautaire, qui ne se trouvera sûrement pas affecté par cette opération.

L'alinéa d) connaît toutefois une exception. En effet, il est considéré que même si les entreprises concernées possèdent un chiffre d'affaire dans la communauté supérieur à 100 millions, l'opération n'aura pas de dimension communautaire si l'essentiel de ce chiffre est réalisé dans un seul État-membre. En effet, l'opération de concentration aurait alors bien un impact sur la structure d'un marché national, mais là encore le Marché Commun ne s'en trouverait que faiblement affecté.

B) Détermination du Chiffre d'affaires :

a) Notion d'entreprises concernées :

En vue de donner à une opération de concentration une dimension communautaire raisonnable, le législateur a comme nous l'avons vu ultérieurement décidé d'alléger les seuils⁴⁰² mais également d'élargir la conception d'entreprises concernées.

Désormais, comme le prévoit l'article 5 paragraphe 4 du règlement il faut tenir compte non seulement du chiffre d'affaire des entreprises directement concernées par l'opération, mais également celui des entreprises qu'elles contrôlent directement ou indirectement, ainsi que celles qui les contrôlent.⁴⁰³ Le but étant en l'espèce d'avoir un aperçu du volume total des

⁴⁰² Cf. règlement 1310/97 du 30/06/97

⁴⁰³ Article 5 paragraphe 4 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 du 30/06/97 : « *Le chiffre d'affaires des personnes concernées résulte de la somme des chiffres d'affaires :*

a) de l'entreprise concernée

b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement :

- *soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation ;*
- *soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote ;*
- *soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou tout organe représentant légalement l'entreprise ;*
- *soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise ;*

c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits et pouvoirs énumérés au point b)

d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c), dispose des droits et pouvoirs énumérés au point b).... »

ressources économiques que l'opération a pour effet de réunir, afin de mieux apprécier l'impact de cette opération sur le commerce entre États membres.

Le 2/03/1998 la commission a publié une communication sur les modalités du calcul du chiffre d'affaires des entreprises concernées conformément aux dispositions du règlement 4064/89.⁴⁰⁴ Cette communication précise également ce que l'on doit entendre par entreprise concernée.

En effet, le règlement sur les concentrations ne définit pas précisément la notion de groupe. En conséquence, la Commission a pallié cette carence en précisant par l'intermédiaire de sa communication que l'accent doit être mis *« sur le droit de gérer les affaires de l'entreprise pour déterminer, parmi les entreprises qui ont des liens directs ou indirects avec une entreprise concernée, lesquelles doivent être considérées comme appartenant au même groupe. »*⁴⁰⁵

En d'autres termes, la communication précise que : *« le chiffre d'affaires de l'entreprise directement concernée par la transaction doit englober ses filiales, ses fondatrices, les autres filiales de ses fondatrices ainsi que toute autre entreprise contrôlée conjointement par au moins deux entreprises appartenant au groupe. »*

Dans les cas où un contrôle conjoint est exercé sur l'une des entreprises visées ci-dessus, il convient d'additionner le chiffre d'affaires des titulaires de ce pouvoir conjoint. Par contre, on ne doit pas tenir compte du chiffre d'affaires réalisé entre la ou les Entreprise(s) Commune(s) et les sociétés mères car cela est assimilé à du chiffre d'affaires interne. Or aux termes de l'article 5 paragraphe 1 du règlement des concentrations :

*« ...le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée ne tient pas compte des transactions intervenues entre les entreprises visées au paragraphe 4 du présent article... »*⁴⁰⁶

Le but de cette opération est en effet d'exclure le produit des relations commerciales à l'intérieur d'un groupe afin de tenir compte du poids économique réel de chaque entité. *Ainsi les «montants» pris en compte par le règlement sur les concentrations reflètent uniquement*

⁴⁰⁴ JOCE, C 66 - 98/C 66/04 -

⁴⁰⁵ Idem

⁴⁰⁶ Cf. note n 403

*les transactions intervenues entre le groupe des entreprises, d'une part, et les tiers, d'autre part... »*⁴⁰⁷

b) Calcul du chiffre d'affaires :

En vertu de l'article 5 paragraphe 1 du règlement, le chiffre d'affaires total comprend le montant des ventes de produits et des prestations de services réalisées par les entreprises concernées⁴⁰⁸ au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires,⁴⁰⁹ déduction faites des réductions sur les ventes ainsi que la TVA⁴¹⁰ et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires. Ces déductions ont pour objectif d'établir le chiffre d'affaire net des entreprises concernées.

En outre, *« en ce qui concerne la notion d'activités ordinaires, la Commission a précisé que les aides accordées aux entreprises par des organismes publics rentrent dans le calcul du chiffre d'affaires dès lors que ces aides sont directement liées à la vente de produits ou à la prestation de services et qu'elles ont par conséquent des répercussions sur le prix de vente. »*⁴¹¹ Ces différentes aides peuvent en effet être assimilés à du dumping.

Il est important de préciser que dans l'opération visant à mesurer le chiffre d'affaire réalisé dans la Communauté afin de vérifier si ce dernier est supérieur au seuil conférant à une opération de concentration une dimension communautaire,⁴¹² seuls les montants correspondant aux produits vendus et services fournis dans la Communauté ou dans un État membre doivent être pris en considération.

L'article 5 paragraphe 2, prévoit pour sa part, que lorsque l'opération en question ne consiste qu'en l'acquisition de certaines branches d'activités d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires de ces branches doit être pris en considération pour établir le chiffre d'affaire total. Toutefois, le droit communautaire de la concurrence protège son marché contre les acquisitions morcelées ayant pour but de permettre aux entreprises concernées d'échapper

⁴⁰⁷ Cf. note n 404

⁴⁰⁸ Cf. a) relatif à la notion d'entreprise concernée

⁴⁰⁹ A cet égard dans sa décision *Accor/Wagons-lits* (28/04/92 : JOCE, L.204, 21/07/92) la Commission a décidé de retenir le poste «Autres produits d'exploitation» figurant au compte de résultats de Wagons-Lits. La Commission a estimé que les éléments de ce poste qui comprenait le produit d'activités de location de voitures résultaient bien de la vente de produits et de la prestation de services par Wagons-Lits et relevaient effectivement de ses activités ordinaires.

⁴¹⁰ Taxe sur la Valeur Ajoutée

⁴¹¹ Cf. *Mémento Francis Lefebvre : Communautés Européennes* p 594- 595 éd Francis Lefebvre 1997

⁴¹² Cf. A) relatif à la détermination du seuil communautaire d'affectation

à l'application du règlement par le biais d'opérations fragmentées ne remplissant pas individuellement les conditions relatives à la dimension communautaire.⁴¹³

A cet égard, l'article 5 paragraphe 2 alinéa 2 prévoit de manière dérogatoire que :

« ...deux ou plusieurs transactions...qui ont lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule opération de concentration intervenant à la date de la dernière transaction. »

c) Le régime spécifique des établissements financiers, de crédit et des sociétés d'assurance : Depuis la modification intervenue le 30/06/1997 avec l'entrée en vigueur du règlement 1310/97, l'article 5 paragraphe 3 prévoit que le chiffre d'affaire est remplacé :

- *Pour les établissements de crédit et établissements financiers :* par un montant équivalent à la somme d'un certain nombre de postes de produits, tel que les intérêts et produits assimilés, les revenus d'actions et de participations, les revenus de parts détenus dans les entreprises, les commissions perçues, ainsi que le bénéfice net provenant des diverses opérations financières et tout autres produits d'exploitation.

- *Pour les entreprises d'assurance :* par la valeur des primes brutes comprenant l'ensemble des montants reçus ou à recevoir au titre des contrats d'assurance, après déductions des impôts et diverses taxes parafiscales. Précisons pour conclure, qu'il est prévu que si un de ces établissements exerce une activité connexe à son activité principale, le mode de calcul classique sera alors appliqué à cette activité.

⁴¹³ Idem

Section 2 : Appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration de dimension communautaire avec le Marché Commun

Comme nous le verrons ultérieurement,⁴¹⁴ le contrôle communautaire des concentrations est un contrôle à priori, c'est à dire qu'il a lieu avant même-que l'opération en question ne se soit déroulée. Cette dernière n'étant autorisée que si elle satisfait aux critères mis en place par le règlement.

C'est l'article 2 de ce même texte, qui définit les éléments permettant de déterminer si cette opération est conforme au droit communautaire de la concurrence. Le premier paragraphe de cet article met en avant les éléments dont la Commission devra tenir compte dans le cadre de son évaluation. Il est ainsi fait mention de l'objectif général qui est assigné à la Commission, à savoir « *préserver et développer une concurrence effective dans le Marché Commun.* » Pour cela, la Commission devra prendre en considération un certain nombre de facteurs, lui permettant de se faire une idée sur l'éventuelle compatibilité de la concentration avec l'objectif général. A cet égard, elle devra tenir compte « *de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique, du maintien des possibilités de choix des fournisseurs ainsi que de l'existence des sources d'approvisionnement, de l'évolution de l'offre et de la demande...* » Le but est en l'espèce de vérifier si les entreprises concernées disposent d'une puissance économique suffisante pour leur assurer au sein de leur marché de référence, une position dominante.

Toutefois, les éléments nous permettant véritablement d'apprécier si une opération de concentration répond à l'objectif général énoncé ci-dessus,⁴¹⁵ sont contenus dans l'article 2 paragraphe 2 et 3 du règlement 1310/97. Le paragraphe 2 énonce en effet que :

« Les opérations de concentrations qui ne créent pas ou ne renforcent pas de position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le Marché Commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le Marché Commun »

⁴¹⁴ Cf. CHAPITRE IV Section 1 : Relatif aux règles de procédures en vigueur au sein de l'Union Européenne en matière de contrôle des concentrations

⁴¹⁵ Article 2 paragraphe 1 alinéa a) : « *Préserver et développer une concurrence effective dans le Marché Commun.* »

A contrario, le troisième paragraphe énonce que si une concentration entraîne de telles conséquences, elle devra être déclarée incompatible avec le Marché Commun. Il conviendra donc de se pencher en premier lieu sur la délimitation des marchés en cause (Paragraphe 1) avant de faire une étude des critères de l'article 2 (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La délimitation des marchés en cause dans le cadre du contrôle des opérations de concentration

C'est aux entreprises désireuses de réaliser l'opération de concentration et devant par conséquent en notifier la réalisation à la Commission, qu'il appartient de proposer une définition du marché de produits et/ou de services et du marché géographique. De son côté, la Commission dispose du droit de redéfinir de manière plus restrictive ce(s) marché(s)

Il est important de préciser que le règlement 4064/89 ainsi que le règlement 1310/97 ne se démarquent pas des solutions proposées pour la détermination des marchés en cause dans le cadre des infractions de l'article 81 et 82 du TUE relatives aux ententes et abus de positions dominantes.

En effet, le marché pertinent se définit toujours en fonction du marché de produit, qui selon les termes mêmes du formulaire CO « *comprend tous les produits et /ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés* » mais aussi en fonction du marché géographique, c'est à dire du territoire sur lequel la Commission considère que la concurrence peut s'exercer de manière effective entre les entreprises. Ce territoire pouvant être local, national, européen voir même mondial.

En conséquence, il importera de se référer à la communication de la Commission du 9/12/1997 relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence⁴¹⁶ pour disposer de tous les éléments pertinents en vue de procéder à cette analyse.

Il existe néanmoins quelques spécificités propres à l'appréciation du marché en cause dans le cadre du contrôle d'une opération de concentration de dimension communautaire. Tout d'abord il n'est pas rare, voir même fréquent qu'une telle opération ait un impact sur plus d'un marché. En conséquence, il importe de différencier le marché en cause ou marché pertinent des marchés simplement affectés. Ces derniers sont effet ceux aux seins duquel la

⁴¹⁶ Cf. note n 238

concentration n'a pas pour conséquence de créer ou de renforcer une position dominante, mais augmente la présence des entreprises concernées de manière significative, pour leur conférer le cas échéant jusqu'à 25 % de parts de marché.⁴¹⁷

Une des autres spécificités existant dans l'appréciation du marché en cause dans le cadre d'une opération de concentration est que l'analyse réalisée par la Commission ou par les instigateurs de l'opération doit être prospective, c'est à dire qu'elle doit se placer dans le temps.

En effet, le contrôle communautaire des concentrations étant a priori, il est essentiel de tenir compte des évolutions qu'engendrera une telle opération dans l'avenir.⁴¹⁸

Paragraphe 2 : La création ou le renforcement d'une position dominante entravant la concurrence de manière significative

Sous paragraphe 1 : La création ou le renforcement d'une position dominante...

Il est important de rappeler à ce stade de l'étude, que la position dominante d'une entreprise sur un marché se définit comme une situation de puissance économique donnant le pouvoir à une entreprise de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective au sein de ce marché, notamment par la possibilité de comportements indépendants de ses concurrents, à l'égard de ses partenaires et clients.

Le principal critère utilisé par la Commission pour évaluer si une entreprise se trouve dans une telle situation est l'évaluation des parts de marchés. En effet, si une entreprise ne dispose que de faibles parts elle ne pourra être déclarée comme étant en situation de domination sur son marché. A l'inverse, des parts de marché supérieures à 40 % s'avèrent être de forts indices de position dominante.⁴¹⁹ Il convient de préciser que l'appréciation de ses parts de marchés se fait essentiellement sur la base du chiffre d'affaires, toutefois comme nous l'avons déjà vu dans le cadre de l'arrêt Accor/ Waggon-lits⁴²⁰ il peut également être tenu compte d'autres éléments, comme par exemple les réseaux ou facilités dont dispose l'entreprise concernée.

En l'espèce, la Commission distingue plusieurs cas de figure, car selon elles certaines situations de domination ne sont pas répréhensibles selon le droit communautaire de la

⁴¹⁷ Pour une étude plus approfondie de la notion de parts de marché voir Mémento Francis Lefebvre sur les Communautés Européennes p 599 éd Francis Lefebvre 1997

⁴¹⁸ Arrêt Gencor c/ Commission : TPI 25/03/99 : Aff. T102/96

⁴¹⁹ CJCE 3/07/91 : Aff 62/86, Akzo : Rec. I-3359

⁴²⁰ Cf. note n 409

concurrence. Par exemple si la situation de domination de la nouvelle structure n'est pas causée par la concentration, du fait que les entreprises qui ont décidé de fusionner ou dont l'une d'entre elles a été absorbé, contrôlaient déjà leur marché, les autorités de la concurrence considèrent que les conditions de l'article 2 paragraphe 3 ne sont pas remplies.

L'appréciation faite en l'espèce par la Commission de l'article 2 paragraphe 3 ne nous paraît pas pertinente. En effet, cela n'est pas parce que les entreprises qui fusionnent dominent déjà largement leur marché distinct que leur situation ne s'en trouvera pas renforcée. Il nous semble au contraire que l'alliance ou l'absorption d'un concurrent en situation de domination de son marché, ne fera que renforcer la position de domination des entreprises concernées sur leur marché de référence, mais également sur celui de l'autre entreprise concernée.

En conséquence, il nous semble erroné de dire qu'une telle opération n'affectera pas plus ou moins sensiblement le commerce entre États membres puisqu'il en résultera la création d'une super structure plus forte encore qu'auparavant et dont l'influence portera sur un plus grand nombre de marché de référence.

En outre, si l'opération de concentration crée ou permet aux entreprises concernées de renforcer leur situation de domination au sein de leur marché, mais que cette situation n'entrave pas de manière significative la concurrence, c'est à dire qu'elle n'engendre pas d'effets négatifs suffisamment important pour perturber le commerce entre les États membres, alors la concentration ne pourra être interdite.⁴²¹

Comme nous l'avions vu ultérieurement dans le cadre de l'étude sur la situation de domination ou de contrôle dans le marché communautaire,⁴²² la situation de domination peut être collective. En effet, « *la Commission a pour la première fois reconnue la possibilité pour un oligopole d'être en situation de position dominante dans le cadre de l'arrêt Nestlé- Perrier du 22/07/1961.*⁴²³ » La Commission considérant à juste titre que « *si la position des oligopoles devait échapper au règlement sur les concentrations, cela créerait une faille dans l'objectif fondamental qui consiste à maintenir en permanence une concurrence effective, afin de préserver le bon fonctionnement du Marché Commun.* »⁴²⁴ La CJCE a toutefois tenu à modéré l'avis de la Commission, en exigeant notamment que « *les liens structurels existants*

⁴²¹ Cf. Sous paragraphe 2 : sur l'appréciation de l'affectation significative de la concurrence au sein du Marché Commun

⁴²² Cf. PARTIE I CHAPITRE II Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 2 A)

⁴²³ JOCE, L.356 5/12/92

⁴²⁴ C. Gavalda et G. Parléani -Droit des affaires de l'Union Européenne éd Litec p 339

*entre les entreprises, soient particulièrement denses et probants pour caractériser une domination collective. »*⁴²⁵

Sous paragraphe 2 : ...entravant la concurrence de manière significative

Pour qu'une opération de concentration soit interdite en vertu de l'article 2 paragraphe 3 du règlement, il faut donc que la création ou le renforcement de la position dominante des entreprises concernées engendre un impact certain sur la concurrence au sein du Marché de l'Union Européenne.

En conséquence, il faudra pour que l'entrave à la concurrence soit qualifiée de significative qu'elle soit non seulement sérieuse mais en plus certaine. Une simple probabilité d'atteinte ne semble pas suffisante pour interdire l'opération. Précisons toutefois qu'il existe un certain débat quand au degré de prévisibilité de l'atteinte. Certains auteurs considèrent en effet que si l'on peut raisonnablement penser que l'opération aura un impact significatif sur la concurrence entre les États membres, cette opération devrait être interdite ou à tout le moins suspendu le temps de procéder à des analyses plus approfondies.

La CJCE dans son arrêt du 31/03/1998⁴²⁶ a établi que dans les cas où l'entreprise intégrée à la nouvelle structure aurait du fait de sa situation économique précaire disparu quoi qu'il arrive, sa clientèle se serait inévitablement retrouvée absorbée par ses concurrents. En conséquence, dans ce cas de figure ce n'est pas l'opération de concentration qui entraîne le renforcement ou la création d'une position dominante ayant pour conséquence d'entraver de manière significative la concurrence, mais simplement l'évolution naturelle de la concurrence au sein du marché en question. Il en résulte donc que dans une telle situation l'opération de concentration ne devra pas être interdite car elle n'est pas la cause de l'atteinte à la concurrence.

Comme cela a déjà été observé, l'étude de la situation concurrentielle au sein d'un marché dans le cadre d'une opération de concentration doit se faire de manière prospective. En conséquence, les autorités communautaires devront tenir compte de la possibilité de voir apparaître un ou plusieurs concurrents potentiels qui pourraient fragiliser la domination des entreprises concernées par la concentration. Pour cela la Commission pourra se servir d'un certain nombre d'indices. Par exemple l'existence de barrières à l'entrée du marché rend plus difficiles l'apparition de nouveaux concurrents et rend par conséquent cette éventualité

⁴²⁵ CJCE 31/03/98 : France c/ Commission, Kali und Salz, aff : C. 68/94 : Rec I, 1375

⁴²⁶ Idem

improbable. A l'inverse, un marché ouvert aux innovations technologiques peut être qualifié de perméable, en conséquence il est légitime de croire en l'apparition de nouveaux concurrents qui pourraient « grignoter » les parts de marché de l'entreprise dominante.⁴²⁷ De la même manière, l'existence d'une offre de remplacement pour les consommateurs est significative d'un marché relativement concurrentiel.

En conséquence, il n'est pas déraisonnable de croire dans ce genre de situation qu'une entreprise se trouvant en situation de domination au moment N suite à une concentration avec un ou plusieurs de ses concurrents, ne le soit plus au moment N + 2 du fait de l'apparition sur son marché de nouveaux concurrents ou de nouveaux produits. Dans ce cas la Commission se doit d'autoriser l'opération de concentration, cette dernière n'ayant finalement que peu de chance de modifier durablement la structure du marché en cause.

Il convient désormais de dresser un bilan de la politique communautaire en matière de contrôle des concentrations. Il nous semble que cette politique s'avère être tout à la fois pertinente et efficace puisqu'elle a jusque là protégé le Marché Communautaire contre tout monopole tout en favorisant l'expansion des sociétés européennes ou étrangères ayant des intérêts au sein de ce marché.

Avant toute chose, il nous semble que le principe d'un contrôle a priori contrairement à ce qui est pratiqué dans la plupart des systèmes juridictionnels et notamment ceux des États-Unis et du Canada, est une bonne idée. En effet, le contrôle a posteriori ne fait que réparer les dégâts causés par l'opération de concentration, alors que le contrôle communautaire a pour but de les éviter.

Il nous apparaît également que le principe d'un contrôle consistant à ne s'intéresser qu'aux opérations présentant une dimension communautaire trouve toute sa logique du fait qu'une opération ne satisfaisant pas aux critères des seuils mis en place par l'intermédiaire de l'article premier, ne pourrait du fait de la relative petitesse des ses protagonistes, entraver de manière significative la concurrence comme l'exige l'article 2 paragraphe 3. De la même manière l'instauration du principe du guichet unique semble avoir considérablement amélioré l'efficacité de la procédure administrative. A cet égard, nous nous permettons d'émettre quelques doutes sur les propositions du nouveau règlement visant à modifier à nouveau la procédure en question.⁴²⁸

⁴²⁷ Décision CEA- France Telecom - SGS Thompson 2/02/93, IV, M.216

Décision WorldCom – MCI 8/07/98 : JOCE L.116, 4/05/99

⁴²⁸ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 1

En ce qui concerne le critère de fond pour l'analyse des concentrations, la présente proposition de règlement ⁴²⁹considère que le critère de la « position dominante», qui est le critère de fond utilisé jusqu'à présent, et celui de la « diminution substantielle de la concurrence », utilisé par d'autres systèmes juridiques comme par exemple celui des États-Unis et du Canada ont produit des résultats largement convergents. En conséquence, une harmonisation des législations européennes et nord- américaine sur les questions de fusions et acquisitions dans le cadre de la mise en œuvre d'un droit antitrust international semble être une forte probabilité. ⁴³⁰

Il nous incombe également de présenter quelques critiques sur le système tel qu'il est actuellement. Tout d'abord, il nous semble qu'une simplification de la notion de dimension communautaire par l'intermédiaire des seuils de l'article premier du règlement 1310/97 rendrait plus lisible le droit en la matière.

En outre, il nous paraît important voir même essentiel pour l'avenir que la Commission et/ ou la CJCE apporte des clarifications sur le fait de savoir si une opération de concentration présentant des chances d'affecter la concurrence de manière significative doit ou non être interdite de manière préventive, au risque de mettre en œuvre une politique trop interventionniste.

⁴²⁹ Cf. note n 384

⁴³⁰ Cf. PARTIE III CHAPITRE II sur la mise en place d'une coopération internationale en matière antitrust

CHAPITRE II : Appréciation des mergers ou fusionnements en fonction du critère de « diminution substantielle de la concurrence »

Les États-Unis ainsi que le Canada ont eu un droit des fusionnements relativement long à se dessiner. Il est d'ailleurs possible de dire qu'il est toujours en constante évolution tant il reste dans les deux systèmes de contrôle des zones d'ombres non encore résolus.

Le contrôle des concentrations aux États-Unis tel qu'il se pratique de nos jours ne date en effet que du début des années 1970 et plus précisément de l'arrêt *Brown Shoe* sur lequel nous reviendrons ultérieurement (p.167) en vertu duquel la Cour Suprême sembla adopter une politique claire et lisible en matière de contrôle des fusions –acquisitions. Pour sa part jusqu'à l'adoption de la Loi sur la Concurrence de 1986, le Canada traitait de la même manière des ententes entre concurrents visant à coordonner leur comportement, que des ententes visant à se doter d'une structure commune. En conséquence toute opération de fusionnement qui était déclarait illégale était considérée comme une infraction pénale passible d'emprisonnement pour ses protagonistes. Toutefois, en raison du caractère extrêmement pesant de la charge de la preuve reposant sur les autorités, aucune entreprise n'a jamais été condamnée.

S'inspirant grandement du droit mis en place par son voisin du sud, le Canada a dans le cadre des dispositions relatives aux affaires que le Tribunal de la concurrence peut traiter (PARTIE VIII de la Loi sur la Concurrence), établi que toute opération diminuant ou empêchant sensiblement la concurrence serait déclarait illégale.

Il conviendra en conséquence d'étudier comment est mis en œuvre ce critère au sein des marchés américains (Section 1) et Canadien (Section 2.)

Section 1 : Les Mergers et le droit antitrust américain

Les États-Unis se sont dotés au fil du temps d'une législation complète en matière antitrust. De nos jours les opérations de fusions acquisitions qualifiées aux États-Unis de mergers sont réglementées par plusieurs dispositions de nature législatives, jurisprudentielles ou autres.

Concernant les dispositions législatives, il convient d'évoquer les articles 1 et 2 du Sherman Act de 1890 qui régissent essentiellement les complots et les monopolisations.⁴³¹ L'article premier s'applique aux regroupements visant à limiter les échanges ou le commerce entre les États et/ou avec l'étranger, tandis que l'article 2 s'applique pour sa part pour toutes personnes

⁴³¹ Cf. PARTIE I CHAPITRE I Section 1 paragraphe 1 relative à la notion d'entente ou de complot mais aussi PARTIE I CHAPITRE II Section 1 paragraphe 1 relative aux infractions de monopolisations

monopolisant ou tentant de monopoliser tout ou partie des échanges ou du commerce entre États fédérés et /ou avec l'étranger. On peut voir ici le parallèle de l'article 2 du Sherman Act, avec la conception communautaire de création ou de renforcement de position dominante.

Toutefois si le Sherman Act est la clé de voûte du droit antitrust en ce qui concerne la lutte contre les complots et les monopolisations, il n'a que très rarement été utilisé en ce qui concerne les fusions-acquisitions. A titre d'exemple le Clayton Act et plus précisément son article 7 représente le principal instrument de lutte contre les fusions et acquisitions dont les effets sont considérés comme néfastes pour l'économie américaine.

Le Clayton Act fut adopté en 1914 pour servir de complément au Sherman Act que les autorités américaines considéraient comme trop inefficace pour lutter contre ce type d'opération.

Les autorités américaines peuvent également s'appuyer sur les dispositions de l'article 5 du Federal Trade Commission Act qui ne sont toutefois utilisées qu'avec parcimonie, tant elles sont proches de celles du Clayton Act.

Le droit américain en ce qui concerne le contrôle des concentrations ⁴³² est relativement complexe. En effet, les États-Unis ont mis en place un système élaboré d'obstacles et de procédures pour toute fusion ou acquisition présentant un danger pour la concurrence.

A titre d'exemple, l'exécution des dispositions législatives évoquées ci-dessus est confiée à deux organismes fédéraux à savoir la division antitrust du Department of Justice (DOJ) et la Federal Trade Commission (FTC) ⁴³³ qui disposent toutes deux de compétences concurrentes pour contrôler, autoriser, interdire ou amender telle ou telle opération de concentration.

Dans le cadre de leur mission, le DOJ et la FTC peuvent émettre des lignes directrices ⁴³⁴ servant à clarifier le droit en la matière. Ces dispositions ne sont toutefois pas obligatoires et n'ont pour but que d'aider les entreprises désireuses de réaliser de telles opérations à suivre la procédure idéale, mais aussi d'aider les tribunaux à se prononcer sur la légalité de ces opérations dans le cas où un État décide de se pencher sur l'opération ou dans les cas où un particulier a engagé une action de nature privée.

En effet, contrairement à ce qui est prévu dans la Loi canadienne sur la concurrence, le droit antitrust américain permet à des particuliers d'intenter des actions et à demander des

⁴³² Aux fins de notre étude sur le droit des États-Unis, nous prenons la liberté d'utiliser de manière indifférente les qualificatifs de mergers, d'opération de concentration ou de fusions et acquisitions, afin d'éviter les répétitions et redondances qui pourraient rendre difficile la lecture de ce texte.

⁴³³ Traduction : Le ministère de la justice et la Commission fédérale du commerce

⁴³⁴ On parle des mergers guidelines du DOJ et des statements de la FTC

injonctions à l'égard des opérations présentant à leur égard des « *risques de pertes ou de dommages* . » ⁴³⁵

Concernant ces lignes directrices, le DOJ et la FTC ont pour la première fois publié conjointement des directives ayant trait à la mise en œuvre des lois relatives aux concentrations horizontales. ⁴³⁶ Leur objet est de faire en sorte que les fusions ou acquisitions ne puissent être autorisées à créer ou accroître le pouvoir de marché ou à en faciliter l'exercice. Là encore cette notion n'est pas sans rappeler le principe communautaire de création ou de renforcement d'une position dominante ayant comme conséquence d'entraîner une diminution sensible de la concurrence.

Comme nous l'avons précédemment observé, les tribunaux ont également un rôle important à jouer dans le système antitrust américain. A cet égard, la jurisprudence, dont nous ferons une étude approfondie ultérieurement, semble privilégier la protection de la concurrence intérieure et de par ce fait le consommateur aux dépens des possibilités d'expansion internationale des entreprises américaines, ce qui constitue une différence majeure avec les dispositions du droit canadien de la concurrence relatives aux fusionnements. ⁴³⁷

Un autre indicateur de la complexité du droit antitrust américain provient des conflits pouvant exister entre droit fédéral et droit fédéré. En effet, une quinzaine d'états ⁴³⁸ se sont doté de leur propre législation, s'inspirant essentiellement de l'article 7 du Clayton Act. Les états fédérés ne sont pas effet lié par les décisions prises par les autorités fédérales, ils peuvent en conséquence demander à un tribunal d'état ou même à un tribunal fédéral de se pencher à nouveau sur la légalité d'une opération, comme il en fut question notamment dans l'affaire *Maine vs. Connors Bros.* ⁴³⁹

⁴³⁵ Voir à cet égard l'affaire *Minorco* (American Bar Association Section of Antitrust Law, Report of the Special Committee on International Antitrust, 26/06/91 p. 255 et s)

Dans cette affaire, l'opération de fusion en question avait fait l'objet d'une enquête commune des la part des autorités de l'Australie, des États-Unis du Royaume Uni et de l'Union Européenne, chacune approuvant l'accord passé entre les instigateurs. Toutefois suite à une action intentée par un particulier devant un tribunal fédéral américain, l'opération fut suspendue.

⁴³⁶ Les concentrations verticales qui semblent moins néfastes aux yeux du ministère de la justice, font l'objet d'un traitement plus indulgent. En conséquence, les deux organismes ne se sont pas encore donnés la peine d'adopter des directives communes, ce qui explique pourquoi ces concentrations verticales sont toujours soumises aux lignes du ministère de 1984.

⁴³⁷ Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 2

⁴³⁸ Alaska, Hawaii, Colorado, Idaho, Kansas, Louisianne, Maine. Mississippi, Nebraska, New Jersey, Ohio, Oklahoma, Oregon, Tennessee, Texas et Washington

⁴³⁹ Cf. note n 435 p. 259

En outre, les états afin de renforcer leur pouvoir et légitimité en la matière, n'hésitent plus à élaborer leurs propres lignes directrices, mettant en place de nouveaux critères portant par exemple sur une définition concurrente du marché pertinent.

Il convient de préciser que notre étude ne s'intéressera pas à ces dispositions, car elles pourraient consister à elles seules en un travail de droit comparé interne et que tel n'est pas l'objectif poursuivi en l'espèce.

Pour conclure cette présentation générale du système de contrôle des concentrations au sein du marché des États-Unis, il est important de préciser que certains secteurs ne sont pas concernés par les dispositions évoquées ci-dessus. Ces secteurs font en effet l'objet de normes propres⁴⁴⁰ dont l'application qui en est faite par les autorités divergent de manière plus ou moins importante des normes générales. On peut évoquer à cet égard le traitement spécial accordé au secteur des banques⁴⁴¹ ou à celui de la presse.⁴⁴² Jusqu'au 1/01/1989 le secteur du transport aérien bénéficiait lui aussi d'un régime d'exemption,⁴⁴³ mais il y a été mis fin du fait de la progressive ouverture du marché à la concurrence internationale.

Il nous appartiendra désormais de brosser un tableau plus précis du droit en la matière, en se penchant tout d'abord sur le contenu de l'arsenal juridique mis à la disposition des autorités américaines chargées de la préservation de la concurrence(paragraphe 1) avant de voir les critères permettant à ces différentes autorités de déterminer si un merger est compatible avec le droit antitrust américain (paragraphe 2.)

Paragraphe 1 : L'arsenal juridique permettant d'assurer le contrôle des mergers au sein du marché des États-Unis

Nous aborderons dans un premier temps les dispositions présentant un caractère obligatoire (sous paragraphe 1) avant d'étudier celles qui en sont dépourvues (sous paragraphe 2.)

Sous paragraphe 1 : Les dispositions à caractères obligatoires

A) Les articles 1 et 2 du Sherman Act :

Les dispositions des articles premier et deuxième du Sherman Act sont utilisées par les autorités antitrust américaines généralement pour sanctionner les concentrations ayant une

⁴⁴⁰ Special competitive standards

⁴⁴¹ Bank Merger Act, 12 USC paragraphe 1842-1843

⁴⁴² Newspaper Preservation Act, 15 USC paragraphe 1801-1804

⁴⁴³ Airline Deregulation Act of 1978, 49 USC paragraphe 1378

dimension relativement importante et s'inscrivant dans un vaste projet de monopolisation (Article 2) ou de complot en vue de limiter les échanges (Article 1.)

Le principal inconvénient de l'utilisation du Sherman Act comme instrument de lutte contre les fusions-acquisitions s'avère être son champ d'application. En effet, pour qu'une opération de concentration puisse être sanctionnée en vertu du Sherman Act, il faut qu'elle entraîne une restriction ayant un effet direct, important et raisonnablement prévisible sur le commerce américain, son champ d'application est en conséquence assez limité.

En outre, dans la plupart des cas qui leur ont été soumis, les tribunaux ont interprété de manière restrictive ses dispositions. « *Ceci démontrant aux entreprises intéressées par de telles concentrations, qu'il existait des voies légales pour constituer un ensemble monopolistique, en prenant le contrôle de compagnies en sous-main, plutôt qu'en faisant l'acquisition d'actions et de droits de votes ou par l'intermédiaire de sociétés holding.* »⁴⁴⁴

C'est notamment pour cette raison que le congrès américain a adopté en 1914 un nouvel instrument permettant aux autorités antitrust américaines d'élargir leur champ de compétences en matière de fusions et acquisitions.

Malgré son champ d'application relativement limité, le Sherman Act dispose toutefois d'une utilité propre et distincte de celle du Clayton Act.⁴⁴⁵ En effet, il s'intéresse aux effets néfastes que peut avoir une concentration sur l'activité d'une personne pratiquant le commerce d'exportation à partir des États-Unis. Cette disposition rend possible les actions visant non pas à protéger la concurrence en tant que telle, mais plutôt les concurrents eux-mêmes pris en tant qu'individus ou sociétés indépendantes.

Ce principe a clairement été affirmé dans une affaire où un fabricant américain de climatiseurs de voitures avait fait valoir que l'acquisition par Volkswagen d'un concurrent américain l'excluait de fait du marché des climatiseurs devant être installé dans les voitures Volkswagen. Bien que les effets se fassent essentiellement sentir sur le marché américain la cour de district conclut en l'espèce que la perte présumée de ventes à l'exportation relevait bien du Sherman Act.⁴⁴⁶

Les dispositions du Sherman Act restent donc toujours en vigueur en matière de contrôle des opérations de fusions et acquisitions, comme le confirment d'ailleurs quelques arrêts de

⁴⁴⁴ International Mergers and Extraterritoriality p.59. T. Bloink McGill University (M3 1992 B57).

Traduction " *This showed that there were still legal ways to build up monopoly power (in trusts) by secretly gaining control of companies, either by acquiring stock and voting shares or by controlling them through holding companies.* "

⁴⁴⁵ Cf. B) relativement aux dispositions de l'article 7 du Clayton Act

⁴⁴⁶ Heattransfer Corp Vs. Volkswagenwerk A.G (1978)

principe⁴⁴⁷ même si certains auteurs⁴⁴⁸ croient néanmoins que les raisons de recourir aux articles premier et deuxième du Sherman Act pour sanctionner les concentrations restrictives ont pratiquement disparus, notamment depuis la modification de l'article 7 du Clayton Act en 1980 qui a eu pour conséquence d'élargir son champ d'action non plus aux seules corporations mais également aux personnes physiques parties à ces opérations, grignotant ainsi un peu plus « la part de marché » du Sherman Act.

B) L'article 7 du Clayton Act amendé par le Cellar- Kefauver Act :

Originellement l'article 7 du Clayton Act était lui-même relativement limité, puisqu'il s'appliquait uniquement aux achats d'actions. En conséquence, il était comme dans le cas du Sherman Act possible de contourner ses dispositions relativement facilement, notamment en faisant l'acquisition d'une entreprise par l'intermédiaire de ses actifs, ce qui n'était pas alors interdit.⁴⁴⁹

Le Congrès décida donc d'amender ce texte en adoptant en 1950 le Cellar-Kefauver Act⁴⁵⁰ qui dès lors rendaient les autorités américaines compétentes pour contrôler les mergers par acquisitions d'actifs.

La Cour suprême n'eut pas au cours des années 1950-1960 l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de la nouvelle version de l'article 7. Ce fut donc M. Derek. C. Bork professeur de droit à l'université d'Harvard qui le premier proposa une telle analyse.⁴⁵¹

Ce dernier prétendait en l'espèce que dans le cadre de l'analyse de l'impact d'une fusion ou acquisition horizontale, nous devrions être guidés par l'accroissement de concentration qui en résulte ainsi que par les parts de marché détenues par la nouvelle entité. Il affirmait en outre que les instigateurs devraient avoir le droit de mettre en avant comme justification à leur opération le principe de « l'entreprise en déconfiture. »⁴⁵²

M. Bork était en effet partisan d'une approche pragmatique selon laquelle il est inutile de faire une analyse exhaustive de toutes les données économiques relatives à l'impact d'une opération de concentration, dès lors que l'un des partenaires de cette opération aurait quoi qu'il arrive disparu du marché en raison de sa situation économique précaire.

⁴⁴⁷ Notamment depuis la décision de la Cour Suprême : US vs. First National Bank & Trust Co, 334 US.495 (1948) 529-530

⁴⁴⁸ J. W. Rowley Q.C & D. I. Baker: International Mergers: The antitrust Process p. 448 éd Sweet & Maxwell 1991

⁴⁴⁹ FTC vs. Western Meat Co : 272 US. 554

⁴⁵⁰ 29/12/1950, ch 1184, 64 stat. 1125, codified as amended 15 USC & 18(1982)

⁴⁵¹ Bok.Derek. C « Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics », 74 Harvard Law Review 226 (1960)

⁴⁵² Traduction : «The principle of the failing company»

La Cour Suprême s'est finalement penchée pour la première sur cette question en 1962 dans le cadre de l'affaire *Brown Shoe Co Inc vs. Us*.⁴⁵³

Après une série d'autres amendements l'article 7 du Clayton Act s'applique désormais non seulement aux corporations mais aussi aux personnes physiques. En outre, désormais les concentrations verticales, les conglomérats ainsi que les joint-ventures sont visés par ce texte. De plus l'exigence selon laquelle le texte n'était applicable qu'aux agissements d'une société engagée dans le commerce des États-Unis a été assouplie, puisqu'il suffit désormais qu'elle soit engagée dans une activité ayant un impact sur le commerce américain.⁴⁵⁴

Dans sa version actuelle, le texte de l'article 7 permet donc de déclarer illégal « *toute acquisition d'action ou d'éléments d'actifs pouvant avoir pour effet de diminuer sensiblement la concurrence ou de créer un monopole dans toute branche du commerce ou dans toute région du pays.* »⁴⁵⁵

C) *L'article 5 du Federal Trade Commission Act :*

Enfin, les autorités américaines peuvent s'appuyer sur les dispositions de l'article 5 du Federal Trade Commission Act qui ont pour but d'interdire « *les méthodes déloyales de concurrence.* »⁴⁵⁶ Cette notion s'avère également assez proche des critères communautaires

⁴⁵³ 370 US. 294. Pour une étude des faits et de l'analyse de la cour voir PARTIE II CHAPITRE I Section 2 paragraphe 2 sous paragraphe 2 relatif à l'historique et aux caractéristiques du critère de « Diminution substantielle de la concurrence »

⁴⁵⁴ Traduction : « *a firm has to be engaged in any activity affecting commerce* »

⁴⁵⁵ « *No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.*

No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”

⁴⁵⁶ Section 5 of the FTC Act : 15 USC paragraphe 45 (1985) : « *Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade*

A) *Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.*

qui réprime les pratiques visant à éjecter un concurrent en profitant de sa position préférentielle sur le marché en question.⁴⁵⁷ Les autorités n'utilisent toutefois cet instrument qu'avec parcimonie, tant il est proche de la notion de « *diminution sensible de la concurrence* » du Clayton Act.

Sous paragraphe 2 : Les dispositions dépourvues d'effet obligatoire :

Le département de la justice ainsi que la Commission fédérale du commerce ont mis en place des lignes directrices ayant pour but de servir de guide dans l'étude et l'analyse des opérations de concentrations ayant lieu sur le marché américain et/ou y produisant leurs effets. Bien qu'elles ne soient en rien obligatoires, l'expérience nous a montré que les tribunaux en faisaient une utilisation non négligeable.

A) La période 1968-1982 :

C'est en 1968 que le DOJ a pour la première fois élaboré un ensemble de règles devant servir de guide dans l'analyse des concentrations d'entreprises.⁴⁵⁸ Ce guide devait permettre de déterminer dans quelles circonstances une opération de concentration serait soumise au contrôle du DOJ.

Du fait que ces lignes directrices sont également destinées au public elles permettent aux instigateurs d'une telle opération de disposer d'un document récapitulant les normes et la

The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described...Federal credit unions...and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended (7 U.S.C. 181 et seq.) from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce

B) This subsection shall not apply to unfair methods of competition involving commerce with foreign nations (other than import commerce) unless –

a) such methods of competition have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect –

i) on commerce which is not commerce with foreign nations, or on import commerce with foreign nations; or

ii) on export commerce with foreign nations, of a person engaged in such commerce in the United States; and

b) such effect gives rise to a claim under the provisions of this subsection, other than this paragraph.

If this subsection applies to such methods of competition only because of the operation of subparagraph (A)(ii), this subsection shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States..."

⁴⁵⁷ L'abus de position dominante résultant par exemple d'une fusion entre deux ou plusieurs entreprises anciennement indépendantes et qui aboutit par exemple au blocage de l'approvisionnement par la nouvelle structure de l'un de ses concurrents de taille inférieure.

⁴⁵⁸ Antitrust Bulletin, Fall 1982 at 667.

procédure qu'ils doivent respecter afin que leur transaction ne soit pas considérée comme illégale. Ces lignes directrices précisent en outre de quelle manière les autorités antitrust définissent les marchés de produits et géographiques.

Les lignes de 1968 étaient pour l'essentiel une codification de la jurisprudence de la Cour Suprême telle qu'elle était à l'époque.⁴⁵⁹ Les concentrations horizontales, c'est à dire celles présentant aux yeux des autorités le plus grand risque à l'égard de la concurrence, faisaient l'objet d'une analyse en trois étapes.

Premièrement il convenait d'identifier le marché pertinent, deuxièmement il devait être réalisé l'étude des parts de marché détenues par la nouvelle entité ainsi qu'une appréciation du taux de concentration du marché pertinent après l'opération. Une classification en trois catégories était prévue selon le taux de concentration que représentaient les quatre plus importantes entreprises de ce marché.

En effet, un marché avec un taux de concentration de 75 % ou plus était considéré comme un marché très concentré;⁴⁶⁰ celui avec un taux inférieur à 75 % était qualifié de plus ou moins concentré;⁴⁶¹ enfin celui dont le taux était inférieur à 50 % était assimilé à des marchés peu concentrés.⁴⁶² En plus de cette analyse, un certain nombre de facteurs subsidiaires devaient également être pris en considération.

B) L'influence de l'administration Reagan : 1982 à nos jours

L'administration Reagan fut incontestablement la plus active en matière antitrust aux États-Unis. En effet, le 14 juin 1982 le DOJ sous la direction de la « Maison Blanche » adopta un nouveau document réformant presque entièrement celui de 1968. Contrairement à leurs prédécesseurs, les lignes directrices de 1982 ne se basaient pas sur la jurisprudence de la Cour Suprême, mais sur de nouvelles théories économiques. La nouvelle idéologie des autorités américaines de la concurrence provient de ce que l'on appelle communément « L'école de Chicago » qui préconise essentiellement une auto régulation des forces du marché et qui insiste sur le danger d'un examen trop poussé de la part des autorités à l'égard de ces opérations.

⁴⁵⁹ Brown Shoe Co. Inc vs US. 370 US 294
US vs Philadelphia National Bank. 374 US. 321
US vs General Dynamics Corporation 415 US. 486
US vs Von's Grocery Co. 384 270.

Pour une étude de chacun de ces arrêts, voir PARTIE II CHAPITRE I Section 2 paragraphe 2 relatif aux « critères d'appréciation permettant de déclarer une merger compatible avec le droit antitrust des États-Unis. »

⁴⁶⁰ Cf. note n 458 p. 702

⁴⁶¹ Idem

⁴⁶² Idem

Les théoriciens de l'école de Chicago considèrent à cet égard que les normes antitrust ne sont pas le véhicule juridique approprié pour se protéger contre les effets politiques et sociaux résultant d'une trop grande concentration de pouvoir économique.

On constate donc que les objectifs de la politique antitrust américaine et plus spécifiquement en matière de fusion- acquisition se démarquent singulièrement de ceux de la politique communautaire. En effet, l'Union Européenne à travers notamment l'article 2 du Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté Économique Européenne exprime clairement que la politique communautaire de la concurrence a d'autres objectifs que la simple mise en place d'une concurrence praticable et efficace, en faisant référence en outre à une réussite sociale et politique.

Concernant les modifications apportées par ces nouvelles lignes, les autorités antitrust américaines identifient désormais, le marché non concentré, le marché moyennement concentré et le marché fortement concentré.⁴⁶³ L'appréciation du type de marché dépend désormais d'une méthode quasi-mathématique, appelée méthode HHI dont nous ferons une présentation ultérieurement.⁴⁶⁴

En complément de cette méthode, il existe une disposition spéciale applicable aux entreprises en situation de domination. En effet, il est désormais établi qu'une fusion ou acquisition réalisée entre une entreprise détenant au moins 35 % de parts de marché et une autre n'en possédant qu'un 1 % sera susceptible d'être examinée.

Afin de renforcer l'efficacité du système, le DOJ a amendé en 1984 certains points de ses lignes directrices de 1982. Il en résulte que l'appréciation d'une hausse hypothétique des prix de 5 % au sein d'un marché, significative d'un pouvoir de marché devra désormais se faire au moment de l'opération de concentration et non plus au cours d'une période déterminée à l'avance. En outre, les lignes de 1984 prévoient que les concurrents étrangers doivent être pris en compte et que le marché géographique pertinent peut avoir une dimension mondiale. On voit ici l'anticipation qu'ont fait les autorités américaines du phénomène de globalisation.

D'une manière générale, les dispositions du DOJ sont désormais plus axées vers une approche scientifique, tandis que la FTC par l'intermédiaire de ses communiqués⁴⁶⁵ s'attache plus à une série de critères subjectifs pour apprécier l'impact d'une opération de fusion- acquisition.

⁴⁶³ Traduction « *Unconcentrated, moderately concentrated, highly concentrated* »

⁴⁶⁴ Pour une étude plus approfondie de la méthode HHI voir : Horizontal Merger Analysis Under the Competition Act. Daniel Martin Bellemare. McGill University (B4599 1991)

⁴⁶⁵ Statements

Les tribunaux ont tendance à utilisés les deux techniques, même si la complexité de la méthode HHI rebute encore un grand nombre d'entre eux. Ceci a notamment été démontré grâce à une étude réalisée durant l'ère Reagan⁴⁶⁶ qui a été confirmée depuis et selon laquelle l'examen type de la FTC est de plus en plus plébiscité au détriment de celui du DOJ. Ces dispositions ont à nouveau fait l'objet de modification en 1992 et 1994.

Paragraphe 2 : Mise en œuvre de l'examen d'une merger par les autorités antitrust

*Sous paragraphe 1 : Détermination du marché pertinent*⁴⁶⁷

Une appréciation correcte d'un pouvoir de marché dépend avant toute chose de la définition qui est faite par les autorités du marché pertinent, c'est à dire du marché de produit et du marché géographique au sein duquel l'opération de fusion- acquisition va soit avoir lieu soit produire ses effets.

A) Appréciation du marché de produit :

Comme nous l'avons déjà vu précédemment, le contrôle aux États-Unis des opérations de concentration d'entreprise est assuré par différentes sources.

La nécessité de définir un marché de produit est clairement explicité par l'article 7 du Clayton Act⁴⁶⁸ qui précise que l'opération doit entraîner une diminution substantielle de la concurrence « *dans une quelconque branche du commerce.* » En conséquence, le produit ou service réalisé par la nouvelle structure doit être identifié afin de déterminer quelle sera la branche du commerce affecté par l'opération en question. Dans le cas d'une opération de concentration verticale, c'est le produit ou service de l'entreprise acquise qui devra être identifié.

La Cour Suprême a précisé les critères servant à caractériser l'existence d'un seul et même marché de produit.⁴⁶⁹ En effet, elle a mis en place une norme standard reposant sur la raisonnable interchangeabilité des produits, ainsi que sur l'élasticité croisée de la demande portant sur le produit en question ainsi que sur ceux avec lesquels il est en concurrence. Le but est de vérifier s'il existe des produits pouvant servir des substituts aux produits ou services vendus par l'entreprise nouvellement constituée.

⁴⁶⁶ 1980-1988

⁴⁶⁷ The Relevant Market tel qu'il est désigné dans le droit antitrust américain.

⁴⁶⁸ Cf. note n 456

⁴⁶⁹ Brown Shoe Co. Inc v. US: 370 US.294

L'arrêt Brown Shoe avance un certain nombre de critères pouvant être pris en compte dans le cadre de l'appréciation du marché de produit. Par exemple il est important de se demander si les produits sont vendus par l'intermédiaire de canaux de distribution distincts ? si le produit est vendu à un prix spécifique ou conformément à ce qui est pratiqué au sein de la catégorie de produit à laquelle il appartient ? s'il possible pour un concurrent de distribuer le produit en question dans un délai et à un coût raisonnable dans le cas où l'entreprise d'origine déciderait d'augmenter les prix de ses produits ou services ? L'existence de barrières à l'entrée d'un marché est également un élément permettant de supposer que l'entrée de nouveaux concurrents dans le marché en question ne sera pas aisée, et qu'en conséquence un renforcement de la concentration au sein de ce marché ne ferait que réduire la concurrence et ne pourrait être compensé par une offre concurrente. Il convient néanmoins de préciser que la pratique révèle que ce sont bien les critères de l'interchangeabilité et de l'élasticité croisée de la demande qui sont les plus significatifs et que ces derniers doivent par conséquent être regardés avec le plus d'attention par les autorités.

Dans le cadre de ses lignes directrices, le département de la justice s'appuie essentiellement sur le critère de l'interchangeabilité du produit ou service. En effet, le DOJ considère qu'un risque pour la concurrence n'existe réellement que si la nouvelle structure est capable d'imposer une augmentation de prix significative.

A contrario, si une entreprise se retrouvant suite à une opération de concentration, en situation de monopole au sein de son marché, est incapable d'imposer une légère mais significative augmentation de prix, de l'ordre de 5% par an, du fait de la possibilité pour ses clients de se tourner vers une offre alternative, cette entreprise ne constituerait pas alors un danger pour la concurrence et en conséquence l'opération n'aurait pas de raison d'être interdite. Pour sa part la Commission du commerce s'attarde sur le critère de l'élasticité croisée de la demande

B) Appréciation du marché géographique :

La nécessité de déterminer le marché géographique est affirmée là encore par l'article 7 du Clayton Act qui précise que l'opération de concentration doit entraîner une diminution substantielle de la concurrence « *dans une quelconque partie du pays.* »

La Cour Suprême, dans le cadre de l'affaire Tampa Electric Co vs Nashville Coal Co⁴⁷⁰ a statué que « *la zone où doit se dérouler une concurrence effective doit être déterminée par*

⁴⁷⁰ 35 US.320-327 (1961)

*l'intermédiaire d'une sélection attentive du secteur au sein duquel le vendeur opère et au sein duquel les clients peuvent se fournir »*⁴⁷¹

Comme dans le cadre de la détermination du marché de produit, l'appréciation du marché géographique pertinent repose sur le critère de l'élasticité croisée de la demande ainsi que sur celui de l'interchangeabilité du produit ou service.⁴⁷² Il est en effet nécessaire de prévoir les conséquences d'une augmentation de prix au sein d'un certain secteur géographique, pour voir si les consommateurs sont le cas échéant susceptibles de se tourner vers un autre fournisseur réalisant les mêmes prestations mais situé dans un autre secteur. Si tel est le cas le produit ou service vendu par cette entreprise sera alors intégré au marché au sein duquel l'opération de concentration a lieu. A cet égard, dans l'affaire US vs Philadelphia National Bank⁴⁷³ la cour précisa qu'il était important d'établir une différence entre les clients considérés comme fortement mobiles et ceux qui restent cantonnés à une zone fixe et relativement peu étendue.

Il existe une controverse quand, au fait de savoir si les concurrents potentiels doivent être pris en compte dans l'appréciation du marché géographique, comme cela se pratique par exemple dans le cadre de la définition du marché de produit. En l'espèce le courant majoritaire s'appuyant notamment sur la décision Brown Shoe, considère que tel ne devrait pas être le cas, puisqu'il est avancé que « *le marché pertinent n'est pas celui où les parties à l'opération réalisent leur affaires, ni même celui où elles se livrent concurrence, mais bien celui où se feront sentir les effets de l'opération de concentration sur la concurrence.* »⁴⁷⁴

La jurisprudence a également reconnu la flexibilité de la notion de marché géographique, celui-ci pouvant tout aussi bien comprendre l'ensemble du territoire qu'une simple ville et son agglomération. Ce fut notamment le cas dans l'affaire Brown Shoe où le marché pertinent fut analysé comme comprenant toutes les villes de plus de 10 000 habitants.⁴⁷⁵

⁴⁷¹ Traduction : "... the area of effective competition in the known line of commerce must be charted by careful selection of the market area in which the seller operates, and to which the purchaser can practicably turn for supplies..."

⁴⁷² American Bar Association – Section of Antitrust Law, Horizontal Mergers: Law & Policy (NY ABA, 1986) 90-96

⁴⁷³ 374 US.321 (1963)

⁴⁷⁴ Cf. note n 439 : "the market is not where the parties to the merger do business or even where they compete, but where within the area of competitive overlap, the effect of the merger on competition will be direct and immediate..."

⁴⁷⁵ 370 US. 337

Les cours locales dans le cadre des affaires qui leur sont soumises ont également dressé un catalogue des critères permettant de déterminer au mieux le marché géographique pertinent. On peut donc prendre en compte la localisation des consommateurs,⁴⁷⁶ l'absence de zones de prix distincts,⁴⁷⁷ voir même l'existence de politique visant à harmoniser les prix dans un secteur donné.⁴⁷⁸ Le DOJ déterminera le marché géographique en délimitant le secteur au sein duquel une entreprise en situation virtuelle de monopole pourrait imposer une légère mais significative et non temporaire augmentation des prix, sans perdre pour autant ses clients.

La FTC reprend pour sa part la théorie de l'élasticité croisée et tient compte pour cela des coûts de transport, ainsi que des normes mises en vigueur par les autorités pouvant rendre difficile l'entrée de nouveaux concurrents.

Il est possible de constater en l'espèce que les critères américains de détermination du marché pertinent ne présentent pratiquement aucune différence notable avec ceux appliqués au sein du marché de l'Union Européenne ou du Canada.⁴⁷⁹

Sous paragraphe 2 : Les critères d'appréciation permettant de déclarer une merger compatible avec le droit antitrust américain

Les dispositions de l'article 7 du Clayton Act et plus encore celles du Sherman Act ne font que dresser un cadre général visant à protéger la concurrence contre les opérations de fusions-acquisitions. En conséquence, c'est la jurisprudence qui a véritablement au fil de ces trente dernières années créé le droit en la matière.

A) Évolution des critères pertinents dans le cadre du contrôle d'une merger:

a) L'importance des parts de marchés :

C'est véritablement lors de l'arrêt Brown Shoe de 1962 qu'a été évoqué pour la première fois de manière aussi explicite l'importance de l'appréciation des parts de marché détenus par les entreprises concernées. Désormais ce critère est considéré comme l'un des plus importants dans

⁴⁷⁶ US. Waste Management Inc, (1983-1) Trade Cases (CCH) 65,347 (SDNY. 1983)

⁴⁷⁷ US vs. Hammermill Paper Co. 429 F. Supp. 1271 (W.D. Pa, 1977) 1278

⁴⁷⁸ RSR Corp. Vs FTC. 602 F. 2d 1317 (9th, 1979)

⁴⁷⁹ Voir PARTIE I CHAPITRE II Section 2 Paragraphe 1 Sous paragraphe 1 relatif à l'appréciation du marché en cause en vertu du droit communautaire et canadien de la concurrence.

le fait de savoir si une opération de fusion-acquisition diminue de manière substantielle la concurrence au sein de son marché en cause.

Brown Shoe et Kinney étaient tous deux manufacturiers et détaillants de chaussures. A l'époque ils se classaient respectivement au troisième et huitième rang des détaillants au États-Unis, ainsi que quatrième et douzième pour celui des manufacturiers. La concentration de ces deux entreprises soulevait à la fois des questions au niveau horizontal, puisqu'elle pouvait perturber la concurrence avec les autres manufacturiers et détaillants et à la fois au niveau vertical puisqu'il convenait de savoir si l'acquisition par un important manufacturier d'un détaillant n'allait pas cadenasser un important segment du marché.

Pour finalement autoriser l'opération évoquée ci-dessus, la cour s'appuya sur un certain nombre d'éléments et plus spécifiquement sur ceux des parts de marchés.

Dans cette affaire le marché pertinent était comme nous l'avons précédemment évoqué celui des villes de plus de 10 000 habitants. Dans l'année précédant l'opération, les parts détenus en commun par Brown et Kinney dans ce marché variaient entre 5 et 57,7% pour les chaussures de femmes, 5 et 51,8% pour celles des enfants et entre 5 et 24,8 % pour celles des hommes. La cour considéra qu'en raison de la répartition inégale de sa puissance économique dans les différentes zones du marché de référence, la nouvelle structure ne pourrait pas véritablement y influencer de manière significative la concurrence.

En plus de ces critères la cour s'appuya sur d'autres éléments comme le taux de concentration du marché après l'opération, mais aussi sur la santé financière des instigateurs ainsi que sur son désir de protéger et de renforcer les « petites commerces.» Ainsi, dans son arrêt la Cour Suprême montra la voie en utilisant un panel d'éléments mais surtout en insistant sur ceux qui pour elle étaient les plus pertinents.⁴⁸⁰

b) La prépondérance des critères de parts de marché et de taux de concentration :

Dans l'année suivant l'arrêt Brown Shoe, la Cour Suprême renforça considérablement la sévérité de ses critères. Ce changement de traitement découle en effet de l'arrêt Philadelphia National Bank qui est un des arrêts de principes en matières de fusion-acquisition aux États-Unis.⁴⁸¹ Cette affaire mettait aux prises la Philadelphia National Bank et la Girard Trust Bank. Ces deux banques étaient respectivement les deuxième et troisième plus importantes banques commerciales dans la région de Philadelphie. Une fois la fusion réalisée, la nouvelle structure

⁴⁸⁰ Cf. note n 469 p. 343 "The market share which companies may control by merging is one of the most important factors to be considered when determining the probable effects of the combination on effective competition in the relevant market..."

⁴⁸¹ Cf. note n 459

aurait alors bénéficiée de parts de marché équivalentes à 30 % tandis que le taux de concentration des quatre principales banques de ce marché, serait monté à 79 %.

La cour interdit donc cette fusion au motif qu'une opération conférant 30 % de part de marché à une entreprise et ayant également pour conséquence d'augmenter le taux de concentration du marché en cause d'un tiers (le nouveau seuil étant rappelons passé à 79%) devaient être déclaré de prime abord illégale. Toutefois il convient de préciser que la cour n'entendait pas faire de ce critère des parts de marché un seuil fixe et déterminé à l'avance permettant de d'interdire d'office l'opération examinée, comme ceux en vigueur dans le droit communautaire de la concurrence.⁴⁸²

En l'espèce la Cour Suprême voulait seulement affirmer qu'une opération de concentration entre deux entreprises conférant à la nouvelle structure des parts de marché excessives et renforçant par la même occasion de manière significative la concentration au sein du marché en cause, constituait à première vue une importante probabilité de diminution substantielle de la concurrence au sein de ce marché.

Le nouveau positionnement de la cour était donc que « *dans le cas ou les instigateurs étaient incapables de démontrer que leur opération ne produiraient pas de tels effets, l'opération devrait alors être interdite.* »⁴⁸³

La cour justifia sa décision par deux motifs. Tout d'abord elle avançait l'argument selon lequel elle n'aurait fait que suivre les grandes lignes de l'article 7 du Clayton Act, qui est lui-même « *le reflet d'une théorie économique ayant pour objectif de favoriser la croissance interne des entreprises au détriment de celle ayant lieu par l'intermédiaire d'une alliance avec des concurrents* »⁴⁸⁴

La cour considéra également qu'une telle approche renforcerait l'efficacité du contrôle et de la protection de la concurrence, en permettant notamment aux instigateurs de telles opérations d'anticiper les attentes des autorités compétentes du fait d'une meilleure lisibilité du droit en la matière.⁴⁸⁵

⁴⁸² Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 1 paragraphe 2, relatif à la notion de dimension communautaire.

⁴⁸³ 374 US. 363 Traduction : "a merger which produces...is son inherently likely to lessen competition substantially that it must be enjoined in the absence of clearly evidence showing that the merger is not likely to have such anticompetitive effects..."

⁴⁸⁴ Horizontal Merger Analysis under the Competition Act.. Daniel Martin Bellemare. Mc Gill University (1991 B 4599)

⁴⁸⁵ Idem

Bien qu'assez strict, ces critères furent encore renforcés dans le cadre de l'arrêt *US vs Von's Grocery Co.*⁴⁸⁶ En effet dans l'arrêt *Philadelphia National Bank* la cour avait limité l'application de la règle d'interdiction de premier abord⁴⁸⁷ des fusions-acquisitions d'entreprises dont l'importance les rendait suspecte aux yeux du Congrès.

Or dans l'arrêt *Von's Grocery*, la cour déclara l'opération de concentration illégale même si les parts de marchés détenues par les entreprises concernées étaient relativement faibles.

Dans cette affaire il fut reconnu que la fusion de *Von's Grocery* qui était le troisième plus important détaillant en épicerie de l'agglomération de Los Angeles avec *Shopping Bag Food Store* qui s'inscrivait pour sa part au sixième rang, allait diminuer de manière substantielle la concurrence au sein du marché en question.

Il ressort de cette décision dont l'argumentation ne nous semble pas pertinente, que même si la nouvelle structure se serait hissée au second rang de son marché de référence, sa part de marché n'aurait été que d'environ 7,5%.

On est en conséquence bien loin des chiffres évoqués dans l'affaire *Philadelphia National Bank* et dans *Brown Shoe*, dont l'opération fut malgré tout et à juste titre autorisé.

c) Le retour à une étude multi-factorielle :

En 1959, la *General Dynamic Corporation* acquit *Material Service Corporation* qui était un de ses concurrents. Cette entreprise avait elle-même au préalable acquis 34% des actions de *United Electric Coal United* qui était producteur de charbon dans l'Illinois et le Kentucky.

En 1966 *General Dynamic* décida d'acquérir le reste de la participation de *United Electric Coal*. Dans l'année suivant cette acquisition, le département de la justice intenta une action au motif que cette opération constituait une violation des dispositions de l'article 7 du *Clayton Act*. Il était en effet invoqué que cette concentration allait probablement diminuer substantiellement la concurrence au niveau de la production et de la vente de charbon au sein des marchés de l'Illinois et du Midwest.

Dans cette affaire, la cour dut se pencher sur la question de savoir si la situation du marché du charbon telle qu'elle se présentait à l'époque des faits, ainsi que la position de l'entreprise visée par l'acquisition, au sein de son marché, étaient des éléments pouvant être utilisés pour renverser la présomption d'illégalité découlant du critère des parts de marchés et du taux de concentration.

⁴⁸⁶ 384 US. 270 et

⁴⁸⁷ Traduction : *The prima facie rule of illegality*

En l'espèce, il fut reconnu que les difficultés existant au sein l'économie du charbon, provoquées notamment par le développement progressif du nucléaire civil, ainsi que par l'apparition de nouvelles formes d'énergies comme par exemple l'énergie solaire, obligeaient les concurrents à s'allier entre eux pour survivre. Il fut donc reconnu, qu'en raison des arguments évoqués ci-dessus, Electric Coal n'aurait pu représenter une offre alternative viable pour les consommateurs.

La décision de la Cour ne faisait en l'espèce que reprendre l'idée développée dans l'arrêt Brown Shoe selon laquelle, une fusion ou acquisition doit être appréciée à la lumière du contexte existant au sein de l'industrie concernée. La Cour reconnut que ce contexte représentait en l'espèce le critère principal dont il devait être tenu compte au-delà des parts de marché et du taux de concentration.

Suite à cette décision, les années 70 allaient être marquées par un fléchissement dans la politique en matière de contrôle des concentrations aux États-Unis. Cet arrêt ne constitue pas pour autant un revirement de jurisprudence, mais simplement une nouvelle tendance, du fait qu'il reste admis que le critère des parts de marché et du taux de concentration qui permettent toujours d'interdire à première vue une opération de concentration, restent la pierre angulaire de ce système de régulation de la concurrence.

Toutefois, il est désormais acquis que cette simple présomption peut non seulement être renversée par les moyens de défense mis en avant par instigateurs de l'opération mais également par d'autres facteurs économiques subsidiaires.⁴⁸⁸

d) Le recours à la méthode mathématique :

Depuis 1982, le département de la justice utilise le Herfindahl-Hirschman Index (HHI)⁴⁸⁹ pour mesurer le taux de concentration du marché, afin de déterminer si une opération de fusion ou acquisition est susceptible de diminuer substantiellement la concurrence.

Le HHI se calcule en multipliant au carré les parts de marchés détenues par toutes les entreprises présentes au sein du marché de référence, puis en additionnant les montants obtenus.⁴⁹⁰

Dans ses lignes directrices, le DOJ révèle qu'il y a peu de chances qu'il se penche sur une opération de concentration dont l'index HH est inférieur à 1000, ainsi que sur une opération

⁴⁸⁸ Voir à cet égard la liste qui en est donné par la Cour dans l'arrêt Brown Shoe

⁴⁸⁹ Cf. note n 464

⁴⁹⁰ Si un marché se constitue d'une entreprise avec une part de marché de 30 %, une autre avec une part de marché de 20% et enfin cinq entreprises disposant chacune de parts de marché équivalentes à 10%, le montant de l'index HH sera de 1800.

$900 (30 \times 30) + 400 (20 \times 20) + 100 (10 \times 10) + 100 + 100 + 100 + 100 = 1800$

dont l'index est compris entre 1000 et 1800 et qui n'a du fait de l'opération en question augmenté le taux de concentration du marché que de 100 points. De la même manière si l'index HH est supérieur à 1800, mais que l'opération n'a eu pour conséquence que d'augmenter le taux de concentration au sein du marché en cause de 50 points, l'opération n'aura que peu de chance d'être soumise au contrôle du DOJ. A l'inverse, toutes les autres situations devront être examinées à la lumière des critères retenus au fil des ans par la jurisprudence.

B) Les moyens de défense et exemptions :

Outre les moyens de défense classique, exemptions et immunités permettant à certaines opérations de concentration de bénéficier d'un régime juridique spécial, il convient d'évoquer les facilités d'entrées sur un marché.

Bien que cet élément ne soit pas statutairement considéré comme un moyen de défense, ni même une exception, il nous semble qu'il doive néanmoins être abordé en même temps que ces derniers, tant il constitue pour les entreprises une dérogation par rapport aux critères mis en place par la jurisprudence et les autorités.⁴⁹¹

En effet, la question de l'entrée sur le marché de référence semble être une question primordiale pour les autorités antitrust. Le DOJ a ainsi énoncé dans le cadre de ses lignes directrices qu'à part circonstances exceptionnelles il ne se pencherait pas sur une opération de concentration se réalisant « *dans un marché au sein duquel l'entrée est si facile, que les différentes entreprises y étant déjà présentes, ne pourraient imposer d'augmentation significative de prix pour une quelconque durée.* »

La jurisprudence elle-même a admis cet argument comme moyen de défense, dans des cas où les entreprises disposaient au sein de leur marché de référence de très importantes parts de marchés. Par exemple dans l'arrêt *United States vs Waste Management* de 1984⁴⁹² la Cour d'appel énonça qu'une fusion entre des concurrents directs ne violait pas les dispositions de l'article 7 du Clayton Act, « *du fait que la part de marché de nouvelle structure s'élevant pourtant à 48,8% ne reflétait pas un futur pouvoir de marché, en raison de la facilité d'entrée sur le marché pertinent pour des entreprises existantes ou en constitution.* » Ce

⁴⁹¹ Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 Paragraphe 2 Sous paragraphe 2 A) relatif à l'évolution des critères permettant d'assurer le contrôle des mergers aux États-Unis.

⁴⁹² 743 F.2d 976 (2th 1984)

principe fut à nouveau repris dans d'autres affaires⁴⁹³ de sorte qu'il en existe aujourd'hui une véritable tendance jurisprudentielle sur ce point.

a) Les défenses statutaires :

Plusieurs moyens de défense sont habituellement évoqués par les entreprises pour tenter de justifier la légalité de leur opération de concentration. Tout d'abord il peut être fait référence à la disposition de l'article 7 du Clayton Act qui accorde une défense dans les cas d'achats d'actions réalisés par des investisseurs institutionnels.

Ensuite, il peut être fait référence à la notion d'entreprise en déconfiture,⁴⁹⁴ qui se retrouve également dans le droit communautaire et canadien de la concurrence. Ce moyen de défense permet d'autoriser une opération de concentration dont l'effet est reconnu comme étant anticoncurrentiel, à condition que l'une des entreprise partie à l'opération soit confrontée à de graves difficultés financières,⁴⁹⁵ que ses perspectives de survie soient quasi-inexistantes, et en outre qu'elle ait de bonne foi tout mis en œuvre pour trouver un autre repreneur.

Il conviendra également de prouver que les effets de cette opération sont moins néfastes pour la concurrence, que ceux qu'aurait provoqué une disparition totale de l'entreprise en question du marché.

Il semble en effet plus judicieux économiquement de supporter la constitution d'une nouvelle structure d'entreprise, plutôt que d'en préconiser la fermeture, ce qui engendrerait la perte de rentrées fiscales, ainsi qu'un plan de licenciement collectif, dont nous savons tous que les coûts sont très élevés pour l'État. De surcroît les économistes reconnaissent en majorité, que la concurrence a plus de chance d'être affecté par la disparition totale d'un concurrent plutôt que par un renforcement de la concentration au sein du marché en cause.

Pour en finir sur ce point, il convient de préciser qu'à la différence du département de la justice, la Commission du commerce n'a pas sur cette question un avis tranché. En effet, elle a déjà reconnu dans ses décisions l'inefficacité d'un tel argument⁴⁹⁶ même si elle a par ailleurs reconnu par ailleurs dans ses lignes de 1982, le bon sens de cet argument, tout en y apportant un bémol, puisqu'elle refusait de lui accorder le bénéfice du statut de moyen de défense statutaire, énonçant qu'il devait être étudié au cas par cas, dépendamment du contexte économique.

⁴⁹³ United States vs. Syufy Enterprises. 903 F.2d (9th 1990)
United States vs Baker Hughes Inc. 908 F.2d 981 (DC 1990)

⁴⁹⁴ Traduction : *The failing company*

⁴⁹⁵ Citizen Publishing Co vs. US. 394 US. 131 (1961) , US vs. General Dynamics Corp. 415 US. 486 (1974)

⁴⁹⁶ Dean Foods Co vs. FTC. 70 FTC 1146 (1966). 1284-8

A titre d'exemple il est possible de faire référence aux dispositions des « *Bank Merger Act Amendments et Bank Holding Company Act Amendments* »⁴⁹⁷ de 1966 qui ne sont qu'une adaptation de la théorie de l'entreprise en déconfiture. Ces textes prévoient en effet qu'une opération de fusion-acquisition ayant lieu dans le domaine bancaire peut être autorisée, à condition que les instigateurs démontrent que les effets de cette opération envers l'intérêt public, compenseront ceux provoqués sur la concurrence.⁴⁹⁸

b) Les exceptions et immunités :

Un certain nombre d'industries régies par le gouvernement essentiellement en vue d'assurer un service public, promouvoir des prix équitables et lutter contre toute forme de discrimination, disposent de statuts spécifiques précisant expressément que les dispositions de l'article 7 du Clayton Act leurs sont inopposables, sous réserve toutefois de l'accord de leur autorité de tutelle.

C'est notamment le cas des concentrations ayant lieu entre des entreprises de téléphonies et de télégraphes (si elle existent encore) et approuvées par la Commission Fédéral des Communications, en vertu du « *Communication Act* »⁴⁹⁹ de 1934, des opérations réalisées entre des entreprises de transport ferroviaire, routier et maritime, autorisée par la Commission Interfédérale du Commerce en vertu de « *l'Interstate Commerce Act* »⁵⁰⁰ ainsi que des concentrations mettant aux prises des journaux et approuvées par le procureur général sur la base du « *Newspaper Preservation Act* » de 1970.⁵⁰¹

D'autres secteurs comme celui des banques⁵⁰² disposent d'une exemption partielle. En effet, les opérations de concentrations bancaires ne sont pas exemptées des dispositions de l'article 7 du Clayton Act du simple fait de la permission de leur autorité de tutelle. En effet, le DOJ dispose en l'espèce d'un délai de trente jours à partir de la décision de la Commission des opérations bancaires pour décider s'il se penche sur l'opération en question. Passé ce délai, les dispositions de l'article 7 seront considérés comme nulles et sans effets.

Un point n'a toujours pas été traité de manière définitive, ni par les tribunaux, ni même par les autorités antitrust. Il s'agit de savoir si une fusion-acquisition autorisée par la Securities and

⁴⁹⁷ 12 USC paragraph 1828© (5)(B) ; paragraph 1842 ©

⁴⁹⁸ United States Vs. Third National Bank. 390 US. 171 (1968)

⁴⁹⁹ 47 USC paragraph 221(a)

⁵⁰⁰ 49 USC paragraph 11341

⁵⁰¹ 15 USC paragraph 1303

⁵⁰² Cf. note n 497

Exchange Commission (SEC)⁵⁰³ en vertu de l'article 79j du « *Public Utility Holding Company Act* » est exonérée d'un contrôle en vertu de l'article 7.

Le droit antitrust des États-Unis prévoit également un régime dérogatoire pour les joint-ventures impliquées dans le commerce d'exportation⁵⁰⁴ et celles participant à des activités de recherche et de développement.⁵⁰⁵ Nous réservons toutefois, l'étude de ces dispositions pour la PARTIE III relatif au régime spécifique des joint-ventures au sein des marchés communautaires, canadiens et américains.

Section 2 : Le régime canadien de contrôle des fusions

Jusqu'à la mise en application de la Loi canadienne sur la concurrence de 1985, le contrôle des fusions par les autorités canadiennes, étaient relativement peu efficace. En effet, il fallut attendre 1960 pour que soit élaboré un système de contrôle, avec l'introduction de la Loi des enquêtes sur les coalitions⁵⁰⁶ et plus spécifiquement de son article 33. Ce dernier était toutefois particulièrement inefficace du fait que comme en ce qui concerne l'infraction d'entente, les fusions étaient considérées comme une infraction pénale, c'est à dire que l'effet néfaste de l'opération devait être démontré par la Couronne au-delà de toute raisonnable. L'appréciation de cet impact négatif reposait alors sur le concept de contrariété à l'intérêt public. En conséquence, le gouvernement n'a eu que très peu de succès dans l'application de ces dispositions.⁵⁰⁷

Désormais les fusions sont du domaine civil, ce sont les articles 91 et suivants de la Partie VIII de la Loi sur la concurrence, qui précisent le traitement devant être accordé à ces opérations. Le droit canadien des fusions se distingue de celui des États-Unis et de l'Union Européenne, de part l'approche qu'il préconise. En effet, le Canada possède la particularité d'être un pays excessivement vaste et étendu sur le territoire duquel se trouve une population relativement peu importante. En conséquence, il appartenait au législateur de tenir compte de cette spécificité dans l'élaboration de ses normes antitrust.

A cet égard, il en résulte que les dispositions de la Loi sur la concurrence en matière de fusions sont plus souples que les normes américaines et communautaires. Le législateur canadien a justifié cette position par la nécessité de permettre aux entreprises canadiennes

⁵⁰³ Au Canada on parle de la Commission des Valeurs Mobilières (CVM), tandis qu'en France, il s'agit de la Commission des Opérations Boursières (COB)

⁵⁰⁴ Webb- Pomerene Act : 15 USC paragraph 62

⁵⁰⁵ National Cooperative Research Act of 1984 : 15 USC paragraph 4301-05

⁵⁰⁶ S.C. 110, c.9, al 2c)

⁵⁰⁷ R. c/ B.C Sugar refining Co 1960: 36 CR. 32, 129C.C.C. 7 (B.R. Man)

R. c/ Canadian Breweries Ltd 1960: O.R. 601, 32 CR. 1, 126 C.C.C. 133 (HC)

d'atteindre une taille certaine, leur permettant d'être en mesure d'assurer un service adéquat sur l'ensemble du territoire. Il en résulte donc inéluctablement que les autorités canadiennes de la concurrence auront tendance à ne pas interdire les concentrations dont l'impact négatif sur la concurrence serait difficilement estimable. *« Le contrôle des fusions au Canada est donc un exercice délicat qui tente en permanence de permettre la croissance des entreprises canadiennes pour assurer la compétitivité, tout en muselant le développement d'un pouvoir de marché par trop préjudiciable à l'intérêt public... »*⁵⁰⁸

Il conviendra donc d'observer dans le cadre de notre étude sur le traitement des opérations de fusions-acquisitions d'entreprises au Canada, d'une part les conditions d'interventions du Tribunal de la Concurrence (paragraphe 1) et d'autre part les défenses et exceptions dont disposent les entreprises concernées pour pouvoir réaliser leurs desseins (paragraphe 2.)

Paragraphe 1 : Les conditions d'interventions du Tribunal de la concurrence

Sous-paragraphe 1 : Définition de la notion de fusionnements

Au sens de l'article 91 de la loi sur la Concurrence le fusionnement désigne :

« ...l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actifs, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. »

Le législateur a entendu inclure dans ce que l'on considère comme une concentration un grand éventail d'opérations. En effet, tout acteur du marché canadien ou d'un marché concurrent qui s'assurera le contrôle d'une autre entité économique présente sur le marché canadien ou qui prendrait au sein de cette entité un intérêt qualifié de relativement important se verrait assujettir aux dispositions des articles 91 et suivants.

⁵⁰⁸ doivent se soumettre aux obligations de la Partie IX de la Loi sur la concurrence

A) La prise de contrôle :

Ce que l'on entend par prise de contrôle n'est pas bien différent dans le droit corporatif canadien communautaire ou américain. Il y a prise de contrôle lorsque la direction de l'entité change de titulaire. En ce qui concerne les personnes morales, l'article 2 paragraphe 4 de la Loi sur la concurrence référence au principe d'un contrôle légal plutôt qu'à celui d'un contrôle de fait. Il prévoit en conséquence qu'une entreprise détient le contrôle d'une autre dès lors qu'elle possède directement ou indirectement plus de 50 % des droits de votes dans la compagnie, ce qui lui confère la possibilité de faire d'élire une majorité de ses administrateurs au conseil d'administration.⁵⁰⁹

B) L'acquisition d'un intérêt relativement important :

Contrairement à ce qui est prévu concernant la prise de contrôle, la Loi ne donne en l'espèce aucune indication quant à l'évaluation d'un intérêt relativement important. Il convient donc de se référer aux Lignes directrices pour l'application de la Loi,⁵¹⁰ qui sont inspirées de l'expérience du Bureau de la concurrence pour savoir qu'un « *intérêt relativement important est détenu dans la totalité ou partie d'une entreprise lorsqu'une ou plusieurs personnes ont la capacité d'influencer concrètement le comportement économique de cette entreprise...* » par exemple en influant sur les décisions se rapportant aux prix, aux achats, à la commercialisation, à la distribution ainsi qu'aux investissements.

Dans ce cas de figure, la difficulté provient de la multitude de structure juridique existante. En conséquence, il importe pour déterminer si une entreprise détient un intérêt relativement important dans une autre de procéder à une analyse au cas par cas.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Article 2 paragraphe 4 : « *Pour l'application de la présente Loi:*

a) une personne morale est contrôlée par une personne autre que Sa Majesté si :

i) des valeurs mobilières de cette personne morale comportant plus de cinquante pour cent des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale en question sont détenues, directement ou indirectement, notamment l'intermédiaire d'une ou plusieurs filiales, autrement qu'à titre de garantie uniquement, par cette personne ou pour son bénéfice

ii) les votes comportant ces valeurs mobilières sont suffisants, en supposant leur exercice, pour élire une majorité des administrateurs de la personne morale... »

⁵¹⁰ Directeur des enquêtes et recherches (Loi sur la Concurrence), Fusions – Lignes directrices pour l'application de la Loi, Ottawa, Consommation et Corporations, Canada, 1991 p.1

⁵¹¹ Voir l'affaire Polysar/ Nova (communiqué de presse du Bureau de la Concurrence n 10083 du 10/05/88.) Dans cette affaire, le commissaire a conclu que constituait bien un intérêt relativement important, l'achat par Nova Corporation de 25 % des actions de Polysar, du fait que Nova Corporation avait publiquement annoncé son intention d'être présente au conseil d'administration de Polysar.

A titre d'exemple un tel intérêt est constitué au sein d'une personne morale si une ou plusieurs personnes sont en possession d'un nombre suffisant d'actions et donc de droits de vote pour leur permettre soit d'obtenir un niveau de représentation suffisant au conseil d'administration pour influencer efficacement les décisions de cet organe, soit pour empêcher l'adoption de résolutions spéciales ou ordinaires qui semblerait contraires aux intérêts de la personne détentrice.

Si l'on se réfère aux diverses analyses réalisées par le Bureau de la concurrence, on peut en conclure que la détention de 10 % ou moins d'actions comportant droits de vote, n'est généralement pas considéré comme conférant un intérêt relativement important au sein d'une entreprise. Dans le cas des situations intermédiaires c'est à dire celles où une personne fait l'acquisition d'actions conférant entre 10 et 50 % des droits de vote, il est important de différencier les compagnies publiques des compagnies fermées, c'est à dire celles dont les actions ne sont pas cotées en bourse.

Dans le premier cas, du fait que les actions sont largement réparties dans le public et qu'en conséquence le capital action est largement morcelé, la détention de 20 % des actions conférant droits de vote sera généralement suffisante pour conférer un intérêt relativement important. Par contre il faudra posséder environ 35 % de ces mêmes actions pour disposer d'un tel intérêt au sein d'une compagnie fermée.

Les tribunaux ont également admis qu'un tel intérêt pouvait être obtenu par l'intermédiaire « *de contrats conclus hors du cours normal des activités de l'entreprise, tels les conventions entre actionnaires, les contrats de gestion, les conventions de prêt, d'approvisionnement ou de distribution* »⁵¹² »⁵¹³

Sous paragraphe 2 : La diminution ou l'empêchement sensible de la concurrence

A) La notion de diminution sensible de la concurrence :

C'est l'article 92 de la Loi sur la concurrence qui a introduit cette conception de diminution de la concurrence en énonçant notamment que :

⁵¹² Voir l'affaire *Shell Canada/ Pay Less* : Canada Directeur des enquêtes et des recherches (Loi sur la Concurrence), rapport annuel pour l'exercice se terminant le 31/03/91, Ottawa, Consommation et Corporations Canada 1991 p.9. Dans cette affaire il fut conclu que l'acquisition d'une série de contrats comprenant notamment une entente d'approvisionnement en essence, des contrats de sous location de points de vente, conférait à un fournisseur un degré suffisant de contrôle sur son distributeur pour que l'opération soit qualifiée de fusionnements.

⁵¹³ Y. Bérriau et Y. Comtois « *Le droit de la concurrence au Canada* » p. 331 éd Carswell 1999

« Dans les cas ou à la suite d'une demande du Commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet... le tribunal peut sous réserve des articles 94 à 96 enjoindre ...de le dissoudre, de se départir des éléments d'actifs qu'il indique... de ne pas procéder au fusionnement... ou de ne pas procéder a une partie du fusionnement... »

Toutefois la Loi n'a donné aucune précision quant à l'appréciation qu'il fallait faire du terme « *sensiblement*. » En conséquence ce sont les Lignes directrices énoncées par le Commissaire⁵¹⁴ ainsi que les décisions des tribunaux qui servent de référence en la matière.

En l'espèce, les critères utilisés pour évaluer une diminution sensible de la concurrence sont les mêmes que ceux employés par les autorités antitrust américaines.

En effet, en ce qui concerne la demande, le Bureau de la concurrence admet qu'une diminution est sensible dès lors qu'en cas de fusionnement les acheteurs se tourneraient vraisemblablement vers des produits de substitution ou vers des régions où les mêmes produits sont vendus.

Concernant l'offre il faudrait vérifier si une nouvelle implantation pourrait avoir lieu et si les vendeurs du produit concerné ou d'un de ses substituts situés dans d'autres régions dévièrent leurs produits vers la région en question.

Le droit canadien reprend également le principe d'une augmentation de 5 % des prix sur un an pour caractériser une hausse de prix significative, entraînant une diminution sensible de la concurrence.⁵¹⁵

L'appréciation d'une diminution ou d'un empêchement sensible de la concurrence peut également tenir compte d'autres facteurs que les prix. En effet, l'autre élément déterminant en matière de concurrence est la qualité des produits ou services proposés. Dès lors qu'une entreprise peut négliger cet aspect du processus concurrentiel sans perdre une partie de sa clientèle, la concurrence est alors considérée comme affectée sensiblement. En effet, ces entreprises peuvent réaliser d'importantes économies, en abaissant les standards de qualités, sans que leurs clients mécontents puissent se fournir ailleurs. Ces économies peuvent alors servir pour renforcer un peu plus la position dominante de l'entreprise sur son marché et accroître en conséquence un peu plus son pouvoir de marché.

⁵¹⁴ Cf. note n 510

⁵¹⁵ Idem

De la même manière qu'aux États-Unis ou dans l'Union Européenne, les autorités de la concurrence canadienne considèrent que les fusions horizontales sont les plus à même de diminuer sensiblement la concurrence au sein d'un marché. En conséquence, leur attention se porte principalement sur ces opérations. Les autorités reconnaissent que les fusions verticales sont peu sujettes à de tels effets, sauf dans les cas où le pouvoir de marché de la nouvelle entité sera renforcé du fait de la disparition de certaines sources indépendantes d'approvisionnement ou de distribution, ce qui pourrait limiter les possibilités de nouvelles entrées au sein du marché de référence.⁵¹⁶

Les autorités sont encore plus indulgentes envers les fusions de conglomerats c'est à dire à l'égard d'opérations entre des entreprises n'exerçant pas dans les mêmes secteurs d'activité. Ces concentrations sont le plus souvent réalisées par des entreprises multinationales cherchant non pas à renforcer leur position au sein d'un marché, mais plutôt à diversifier leurs investissements et leurs activités. Ces opérations n'auront donc aucun effets véritablement négatifs sur la concurrence au sein du marché en question sauf si l'une des parties à la fusion s'appropriant à faire concurrence à l'autre partie en a été empêché du fait de la réalisation de l'opération de fusionnement.

Pour apprécier une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence au sein d'un marché, il convient au préalable de définir ce dernier. A cet égard nous vous renvoyons à l'étude que nous avons présenté précédemment sur ce point.⁵¹⁷

B) Les critères d'appréciation de l'article 93

L'article 93 sert en l'espèce de support à l'appréciation de l'impact d'un fusionnement. En effet, il énonce toute une série de critères permettant de déterminer si un fusionnement diminue la concurrence comme le préconise les dispositions de l'article 92. Il énonce à cet égard que :

« Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

⁵¹⁶ Pour une étude plus approfondie des fusionnements verticaux voir PS. Crampton, Mergers and Competition Act, Scarborough, Carswell, 1990 p. 476 à 478

⁵¹⁷ Cf. PARTIE I CHAPITRE II Section 2 paragraphe 1 sous- paragraphe 1 B) relative à l'appréciation du marché pertinent dans le droit canadien de la concurrence

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties au fusionnement réalisé ou proposé;

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé;

c) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties au fusionnement réalisé ou proposé;

d) les entraves à l'accès à un marché, notamment :

(i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,

(ii) les barrières interprovinciales au commerce,

(iii) la réglementation de cet accès,

(iv) et tous les effets du fusionnement, réalisé ou proposé, sur ces entraves;

e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé;

f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;

g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;

h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé. »

a) Les perspectives d'évolutions des rapports concurrentiels :

Déterminer comment vont évoluer les rapports entre concurrents après l'opération est une des techniques permettant d'évaluer si le fusionnement va diminuer ou empêcher sensiblement la poursuite d'une concurrence effective.

Pour cela les autorités vont tenir compte de la vigueur des concurrents, c'est à dire de leur santé économique ainsi que de leur capacité à résister à la nouvelle structure.⁵¹⁸ Il convient donc de s'assurer que les concurrents présents sur le marché de référence sont en mesure d'empêcher la nouvelle entité d'augmenter ses prix ou de diminuer la qualité de ses prestations.

A cet égard, on doit tenir compte du comportement que ces entreprises ont adoptées antérieurement à l'opération. En effet, si les concurrents de la nouvelle structure ont par le passé fait preuve d'innovation technologique ou commerciale, de dynamisme ou d'une grande combativité, alors on peut raisonnablement penser qu'ils seront toujours capables de représenter une alternative viable pour le consommateur, malgré le renforcement du pouvoir de marché de la nouvelle entité.

De la même manière si les autres entreprises du marché pertinent disposent de grandes capacités de production, elles peuvent alors rapidement et à moindre coût augmenter leurs ventes afin de contrer la hausse de prix que la nouvelle entité peut éventuellement être amené à pratiquer. Les autorités retiennent cet élément de part l'effet dissuasif qu'il peut avoir sur la décision d'une entreprise d'augmenter ses tarifs.⁵¹⁹

Un autre facteur dont les autorités doivent tenir compte est celui de la concurrence étrangère. A cet égard, il sera intéressant d'observer si des entreprises ne faisant pas partie du marché de référence peuvent néanmoins avoir une influence sur la nouvelle structure. Il est en effet possible que des entreprises situées dans des marchés voisins ou plus éloignées puissent de part leur influence contrecarrer une augmentation des prix par la nouvelle entité, sans pour autant s'implanter au sein de ce marché.⁵²⁰

Dans les affaires Caron Inc. c/ Specter Manufacturing Co et Smith Paper Ltd C/ Abitibi-rice Inc.,⁵²¹ il a été admis que *« l'utilisation de prix données par des entreprises étrangères comme outil de négociation avec des fournisseurs canadiens pouvait exercer une influence contraignante, bien que les fournisseurs étrangers ne fassent pas partie du marché géographique pertinent »*⁵²² De la même manière dans l'affaire Upper Lakes Shipping c/ Geat Lakes Bulk Carrier,⁵²³ il a également été admis que *« des fabricants exclus du marché*

⁵¹⁸ Cf. Article 93 alinéa e) de la Loi sur la Concurrence LRC. 1985, c.19 (2^{ème} suppl)

⁵¹⁹ Voir affaire Canada c/ Hillsdown Holding Ltd 9/03/92 (Trin Conc) 41 CPR. (3d) p.289 à 330

⁵²⁰ Article 93 alinéa a) de la Loi sur la Concurrence LRC. 1985, c.19 (2^{ème} supp)

⁵²¹

⁵²² Y. Bérriau et Y. Comtois « Le droit de la Concurrence au Canada » p. 349 note n 90. éd Carswell 1999

⁵²³ Communiqués de presse du Bureau de la Concurrence n 11203 du 22/04/94

pertinents peuvent néanmoins discipliner l'exercice du pouvoir de marché de l'entité fusionnée »⁵²⁴

b) Les perspectives d'évolution de la structure du marché pertinent :

Cette analyse repose là aussi sur une pluralité de critères ne revêtant pas tous la même importance. Il convient en premier lieu de tenir compte de la part de marché que détiendra la nouvelle entité, ainsi que le taux de concentration du marché en cause suite à l'opération. L'appréciation de ces éléments est assez similaire à ce qui est pratiqué par le droit communautaire et américain de la concurrence. Cette étude a pour objet de mesurer la place de la nouvelle structure au sein de son marché, afin de s'assurer d'une part qu'elle ne se trouve pas en situation de position dominante et d'autre part qu'il existe encore un nombre assez conséquent de concurrents au sein de ce marché pour que la concurrence puisse jouer normalement. En d'autres termes il s'agit de s'assurer que l'opération de fusionnement n'a pas transformé le marché de référence en marché monopolistique.

Dans le cadre des Lignes directrices, le Commissaire de la concurrence a mis en œuvre un code de conduite précisant qu'un fusionnement ayant pour conséquence de conférer à la nouvelle entité une part de marché inférieure à 35% avait très peu de chance d'être contesté. De la même manière, une part supérieure à ce taux n'est pas automatiquement synonyme de contrôle. Ces taux ne font en effet que servir de référence et ne sont en rien des seuils. Comme cela était exprimé par les tribunaux américains dans l'arrêt *US vs General Dynamics Corporation*,⁵²⁵ l'important est de prendre en compte la situation particulière du marché examiné.

Le Commissaire a également précisé également dans ses Lignes directrices qu'il ne se pencherait pas sur une opération dès lors que le taux de concentration du marché, c'est à dire les part de marché des quatre plus importantes entreprises est inférieur à 65 %.

Là encore le contexte du marché doit être pris en compte. En effet, un marché au sein duquel ces taux sont historiquement stables sera synonyme d'un marché rigide et donc peu compétitif. En conséquence l'arrivée d'une superstructure au sein de ce marché pourrait y geler définitivement la concurrence.

Un autre élément permettant d'analyser comment va évoluer la structure du marché pertinent après l'opération est celui des barrières à l'entrée. En effet, même si l'entreprise possède un

⁵²⁴ Cf. note n 522

⁵²⁵ Cf. note n 459

part de marché relativement importante, le fait que le marché soit ouvert c'est à dire dépourvu d'obstacles de quelque nature qu'il soit,⁵²⁶ permet en tout temps à de nouveaux concurrents de l'intégrer et donc de diluer la part de la nouvelle entité et d'être par conséquent un contre-poids à toute tentative anticoncurrentielle de sa part. Dans ce cas de figure le marché sera potentiellement en constante évolution et la domination d'une entreprise ne sera alors que transitoire et par conséquent non susceptible d'affecter sensiblement la concurrence au sens de l'article 92. Le Commissaire a précisé dans ses Lignes que l'entrée au sein de ce marché devait pour être véritablement efficace pouvoir se faire dans un délai inférieur à deux ans.⁵²⁷

De la même manière que l'historique du marché de référence doit être pris en compte, il est important de procéder à une analyse prospective. Le but est en l'espèce d'essayer de déterminer les contours du marché à plus ou moins long terme. Par exemple un fusionnement qui conférerait une importante part de marché à une entreprise oeuvrant dans les nouvelles technologies aurait peu de chances de bouleverser le marché pendant une longue période de temps. En effet, le constant renouvellement des concepts et produits dans ce secteur rend rapidement obsolète un produit précédemment commercialisé. De la même manière la durée de vie d'un avantage technologique que pourrait éventuellement détenir une entreprise est relativement courte.

Sur la base de cet élément un certain nombre d'opération n'ont pas été interdite car les autorités ont conclu que les facilités détenues par les entreprises au moment de l'examen ne n'étaient pas suffisantes pour conférer à ses détenteurs un pouvoir de marché durable.⁵²⁸

Il existe enfin un dernier élément que les autorités doivent prendre en compte. Il s'agit en l'espèce du dynamisme de la partie acquise. En effet, si l'entreprise qui a disparu est un acteur important du marché de part son rôle innovateur ou de part la combativité qu'elle oppose aux autres concurrents sa disparition peut être plus préjudiciable que si elle n'était qu'une simple entreprise miroir, c'est à dire que si elle ne faisait que calquer son comportement sur celui des autres et n'était jamais à la pointe de l'innovation.

⁵²⁶ Ils peuvent consister en des investissements obligatoires, des lois ou règlements à respecter ou simplement en des coûts préliminaires d'installation.

⁵²⁷ Pour une étude plus approfondie sur l'examen des barrières à l'entrée au Canada voir : doivent se soumettre aux obligations de la Partie IX de la Loi sur la concurrence J. W. Rowley et D. I. Baker «International Mergers,- The antitrust process» p. 634 à 635. éd Sweet & Maxwell

⁵²⁸ Roger Communication c/ Mc Lean Hunter (communiqué de presse du Bureau de la concurrence du 14/12/94)
Telus c/ Edmonton telephone (communiqué de presse du Bureau de la concurrence du 28/02/95)

Il convient de préciser en conclusion que comme dans le droit antitrust américain, il est précisé qu'aucun critère n'est par lui-même déterminant et qu'en principe aucun d'être eux n'est véritablement prépondérant. Toutefois la pratique nous enseigne que le facteur des parts de marché et du taux de concentration s'avère être le plus significatif.

Paragraphe 2 : Les moyens de défenses et exceptions

Comme dans les autres systèmes juridiques et notamment dans celui des États-Unis, les parties à un fusionnement au Canada ont la possibilité d'invoquer des moyens de défenses ou des exceptions leur permettant de réaliser une opération qui aurait normalement du être interdite du fait qu'elle réduit ou empêche sensiblement la concurrence au sein du marché de référence. Il existe en l'espèce des dispositions législatives et d'autres découlant de la politique du Commissaire de la concurrence. Nous nous bornerons en l'espèce à observer celles résultant de la Loi sur la concurrence.

Sous paragraphe 1 : La défense de l'entreprise en déconfiture :

Ce moyen de défense est prévu par l'article 93 alinéa b) de la Loi qui précise que le Tribunal dans l'appréciation des effets d'une opération doit tenir compte de :

« la déconfiture ou de la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé... »

Ce moyen de défense doit être invoqué par les parties, car les autorités de la concurrence n'ont pas vocation à se pencher dessus. Encore une fois la Loi canadienne est silencieuse sur le fait de savoir comment appréhender ce critère. En conséquence, ce sont une fois de plus les Lignes directrices qui servent de guide en la matière. A cet égard, elles précisent qu'une entreprise est considérée comme en déconfiture lorsqu'elle est insolvable ou le deviendra vraisemblablement, lorsqu'elle a entamé ou entamera vraisemblablement une procédure de faillite volontaire ou, lorsqu'elle a été mise sous séquestre ou le sera vraisemblablement. L'entreprise est en effet considéré en état d'insolvabilité dès lors que son passif dépasse la valeur de réalisation de ses éléments d'actifs ou qu'elle n'est plus en mesure de payer ses dettes.⁵²⁹

⁵²⁹ S.Bourque, P.Buchholz, L.Markowitz « Loi sur la concurrence annotée » p.447 éd Yvon Blais 2000

La défense de la déconfiture peut s'appliquer à la filiale d'une compagnie qui elle-même n'est pas dans cette situation. Toutefois, il convient de s'assurer que ces difficultés ne sont pas causées du fait du coût des prix de transferts internes.

Une fois que les parties ont démontré leur mauvaise situation financière, elles doivent prouver qu'il n'existe pas de solution plus apte pour préserver la concurrence. Pour cela, elles doivent tout d'abord démontrer qu'il n'existe aucun acheteur susceptible de reprendre l'entreprise au cas où l'opération n'aurait pas lieu.⁵³⁰ D'autre part, elles doivent prouver qu'aucune restructuration de l'entreprise en déconfiture ne peut lui permettre de survivre, enfin elles doivent démontrer que l'opération de fusionnement n'est pas plus préjudiciable pour la concurrence que la disparition pure et simple de l'entreprise.

L'analyse des preuves à apporter par les parties pour bénéficier de ce moyen de défense nous révèle qu'elles ne sont guère différentes de celles exigées par les autorités américaines dans la même situation.⁵³¹ Il semble néanmoins que les autorités canadiennes soient quelque peu plus exigeantes quand, au critère de l'acheteur préférable, du fait notamment du prix qui est exigé pour la reprise de l'entreprise.

Sous paragraphe 2 : Les exceptions statutaires prévues par la Loi sur la concurrence :

Le régime canadien en la matière s'avère relativement similaire à ceux du droit communautaire et américain de la concurrence. En effet, il existe un régime spécifique pour certaines formes d'entreprises, notamment les entreprises à risques partagés, également appelées joint-ventures dont le traitement est prévu à l'article 95 de la Loi et qui fera l'objet d'une étude individuelle.⁵³²

Outre cette exception les entreprises peuvent d'une part évoquer l'argument des gains en efficience que va générer l'opération de fusionnement ainsi que les dispositions spéciales s'appliquant aux institutions financières.

A) Les gains en efficience :

Les gains en efficience ont pour finalité de profiter aux consommateurs par l'intermédiaire de baisse de prix, d'amélioration de la qualité des produits ou services ainsi que par un plus grand choix. Il existe deux catégories de gains en efficience, d'une part les gains en

⁵³⁰ Pour qu'un acheteur soit considéré comme préférable il faut selon le Commissaire que le prix qu'il propose soit « *déduction faite des frais associés à la vente, supérieur au produit de liquidation de l'entreprise* »

⁵³¹ Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 paragraphe 2 sous paragraphe 2 B) a) relatif aux exceptions statutaires permettant la réalisation d'une merger dans le droit antitrust américain.

⁵³² Cf. PARTIE III CHAPITRE III

productivité qui peuvent par exemple résulter de réductions du coût unitaire de fabrication d'un produit par l'augmentation du volume et qui sont qualifiées d'économies d'échelle, en une rationalisation de la méthode de production, ainsi qu'en des transferts de technologies et d'autre part les gains dynamiques qui consistent en une amélioration sur le long terme de la qualité du produit vendu. Ces derniers sont plus difficiles à quantifier même s'ils semblent être ceux auxquels que le consommateur est le plus sensible.

C'est l'article 96 qui prévoit la possibilité pour les entreprises parties à un fusionnement d'invoquer les gains en efficience comme argument pour autoriser leur opération. Il y est en effet mentionné que :

« (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficience, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement... et que ces gains ne seraient pas réalisées si l'ordonnance étaient rendues

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains visés au paragraphe 1, le Tribunal Évalue si ces gains se traduiront :

- a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;*
- b) soit en une substitution relativement importante des produits nationaux à des produits étrangers.*

(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficience. »

Le fait que le droit canadien de la concurrence prévoit une telle exception s'explique comme nous l'avons déjà évoqué précédemment par la configuration du marché canadien qui reste comparativement au marché des États-Unis de l'Union Européenne ou même du Japon, relativement modeste. En conséquence, il est important « *de reconnaître que dans certains cas, il faudra être de plus grande taille pour atteindre les économies nécessaires à l'efficience*

qui permettra de concurrencer les géants de l'industrie mondiale...⁵³³»

Il convient de préciser à cet égard que si rien dans le texte de l'article 96 n'interdit aux entreprises oeuvrant uniquement sur le marché national d'invoquer cet argument, la doctrine considère que le législateur a souhaité qu'il bénéficie en priorité aux entreprises canadiennes présentes hors des frontières du pays, afin d'augmenter leur capacité internationale.⁵³⁴

Il incombe aux entreprises qui se prévalent de cette disposition de supporter la charge de la preuve des éléments à fournir aux autorités. A cet égard, il faut démontrer la vraisemblance des effets bénéfiques de la fusion sur l'économie. Il faut donc apporter la preuve que les bénéfices résultant de cette opération sont supérieurs aux pertes qui en découlent.⁵³⁵

De surcroît, les protagonistes doivent démontrer que ces gains en efficience n'auraient pu être atteint si le fusionnement avait été interdit. En d'autres termes il est nécessaire de prouver que l'opération est bien la cause génératrice de ces gains.

Il est important de préciser pour conclure sur ce point que jusqu'à lors les tribunaux n'ont pas encore autorisé un fusionnement empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence du fait qu'il entraîne ce genre d'effet. Il s'agit donc toujours d'une exception purement théorique.

B) Les fusionnements entre institutions financières :

Outre le régime spécifique applicable à certains types de joint-ventures⁵³⁶ les institutions financières font également l'objet d'un traitement particulier, comme d'ailleurs dans la plus part des droits antitrust. En l'espèce il convient de se rapporter aux dispositions de l'article 94 de la Loi qui stipule que :

« Le Tribunal ne rend pas une ordonnance en vertu de l'article 92 à l'égard... d'une fusion réalisée ou proposée aux termes de la Loi sur les banques, de la Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt, et de la Loi sur les sociétés d'assurance, et a propos de laquelle le ministre des Finances certifie au Commissaire le nom des parties et certifie que cette fusion est souhaitable dans l'intérêt du système financier canadien. »

⁵³³ Cf. n 529 p. 260

⁵³⁴ Y. Bérriault, « La nouvelle Loi sur la Concurrence et la fusion » dans La nouvelle Loi sur la concurrence – analyses et commentaires. p 59 à 67. Cowansville, éd Yvon Blais 1989

Crampton, PS, "The efficiency Exception for Mergers : an Assessment of Early Signals from the Competition Tribunal " (1993) 21 Can . Bus. LJ. 371

⁵³⁵ Pour une étude plus approfondie de l'appréciation de ces gains en efficience voir. Y. Bérriault et Y. Comtois « Le droit canadien de la Concurrence » p. 353 à 360 éd Carswell 1999

⁵³⁶ Cf. note n 532

En l'espèce, le Commissaire dispose du pouvoir de saisir le ministre et de celui de donner son avis. Ce dernier est toutefois purement formel et ne lie en rien le ministre qui peut en conséquence passer outre, dès lors qu'il considère que le fusionnement est bénéfique pour l'intérêt public canadien. Il existe d'ailleurs à ce sujet une certaine controverse, les autorités de la concurrence considérant qu'elles sont plus aptes que le ministre à procéder à l'analyse comparative des avantages et inconvénients d'une telle opération sur l'économie canadienne.⁵³⁷

C) Sommaire de l'analyse comparative :

Comme nous l'avons déjà vu précédemment le système canadien et américain de contrôle des fusion-acquisition est assez similaire, même s'il existe un certain nombre de nuances à rappeler brièvement. Tout d'abord le droit antitrust américain est essentiellement jurisprudentiel. En effet, même s'il est pourvu d'un certain nombre de textes législatifs, ces derniers ne sont que des lois cadres, tant leurs dispositions sont imprécises. Il est en conséquence impossible aux autorités antitrust américaines de se référer uniquement à ces dispositions pour contrôler ces opérations, à la différence du Canada qui s'appuie sur un texte relativement complet. En l'espèce, la jurisprudence canadienne ne sert que d'illustration aux principes énoncés par la Loi.

Il est également important de préciser que le droit américain réprime les fusions qui « *sont susceptible de diminuer substantiellement la concurrence.* » c'est à dire les fusions « *qui ont un impact appréciable, sérieux ou même considérable* »⁵³⁸ sur la concurrence tandis que les autorités canadiennes font pour leur part référence à la notion de « *diminution ou d'empêchement sensible* » qui renvoie à une diminution « *qui est palpable.* »⁵³⁹

L'appréciation des critères pertinents permettant de déterminer si une opération diminue sensiblement ou substantiellement la concurrence au sein du marché de référence est là encore relativement proche, même s'il persiste toujours quelques différences. En effet, tant dans l'arrêt *Brown Shoe* que dans l'arrêt *General Dynamic Corporation*,⁵⁴⁰ il fut reconnu que l'appréciation de l'impact d'une opération de fusion-acquisition réalisée ou produisant ses effets aux États-Unis doit se faire à l'aide d'une multitude de facteurs dont les plus significatifs sont ceux des parts de marché et du taux de concentration. Dans le cas du Canada

⁵³⁷ Voir à ce sujet le Mémoire de travail présenté par le Directeur des recherches et enquêtes (Bureau de la Concurrence) au Groupe de travail sur l'avenir des secteurs financiers canadiens. Industrie Canada 11/97.

⁵³⁸ Dictionnaire le petit Robert édition 1996

⁵³⁹ Idem

⁵⁴⁰ Cf. note 459

les autorités prennent en compte essentiellement les mêmes éléments,⁵⁴¹ à la différence qu'il est reconnu « *qu'aucun de ces critères n'a en droit, de caractère prépondérant et que leur pertinence varie selon les circonstances propres à chaque affaire.* »⁵⁴²

D'autre part dans leur appréciation des conséquences d'une opération de concentration, les autorités canadiennes font preuve d'une plus grande indulgence à l'égard des fusions-acquisitions dont l'impact est difficilement déterminable, notamment afin de compenser la structure de leur marché. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, ce dernier est constitué d'une population relativement éparpillée au sein d'un immense territoire.⁵⁴³ Il peut être intéressant de noter que les autorités canadiennes sont plus indulgentes que celles des États-Unis alors même que la sémantique de leur critère d'appréciation est plus sévère.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Cf. Articles 92 (2) et 93 de la Loi sur la Concurrence. LRC. (1985), c. C-34

⁵⁴² Y. Bérriau et Y. Comtois « Le droit de la concurrence au Canada » p.351 éd Carswell 1999

⁵⁴³ La superficie du Canada est d'environ 9 millions et 900 000 kilomètres carrés contre un peu plus de 9 millions de kilomètres carrés pour les États-Unis, alors que la population canadienne est quasiment dix fois inférieure à celle de son voisin.

⁵⁴⁴ Cf. note 537 et 538

CHAPITRE III : Les procédures d'examen applicable en matière de fusion-acquisition

Que l'on parle de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada, il convient de constater que les procédures reposent sur la même architecture, à savoir celle d'une notification préalable de l'opération avant sa réalisation⁵⁴⁵ permettant de faire une enquête plus ou moins élaborée, avant de passer le cas échéant à la véritable procédure d'investigation et de sanctions dans les cas où une infraction est constatée.

Section 1 : La procédure d'examen du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97

Une grande partie des règles de procédure applicable en matière de contrôle communautaire des concentrations est similaire à celles du règlement 17/62,⁵⁴⁶ notamment en ce qui concerne les pouvoirs d'investigation et de sanctions de la commission, en ce qui concerne les droits de la défense au cours de la procédure, la protection des informations confidentielles....

La procédure du règlement 4064/89 telle que modifiée par le règlement 1310/97 se singularise par contre par les délais relativement courts à respecter. En effet, l'obligation de notification préalable à la concentration gèle la réalisation de l'opération en question. Par conséquent, la commission a le devoir de se prononcer le plus rapidement possible du fait notamment des montants financiers en jeu. Il sera étudié à cet égard les conditions de la procédure d'examen des concentrations en vertu des règlements 4064/89 et 1310/97, ainsi que les modifications envisagées par la proposition d'un nouveau règlement datant du 11/12/2002.

Le régime des mesures correctives permettant d'assurer la compatibilité d'une opération de concentration avec le Marché Commun constituera le second volet de cette partie.

⁵⁴⁵ cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 1 et PARTIE II CHAPITRE III Section 3 paragraphe 1 sous paragraphe 1

⁵⁴⁶ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1 relatives aux dispositions du règlement 17/65 et 1/2003

Paragraphe 1 : Les conditions d'examen d'une opération de concentration communautaire

Sous- paragraphe 1 : Vérification de la compatibilité d'une opération de concentration avec le Marché Commun

A) L'exigence de notification préalable :

L'obligation de notification d'une opération de concentration est stipulée à l'article 4 du règlement 4064/89 qui énonce que :

« Les opérations de concentrations de dimension communautaire visée par le présent règlement⁵⁴⁷ doivent être notifiées à la Commission dans un délai d'une semaine à compter de la conclusion de l'accord ou de la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou de l'acquisition d'une participation de contrôle... »

L'article en question prévoit qu'en cas de fusion la notification doit être faite par toutes les parties à l'opération, tandis qu'en matière d'acquisition seule l'entreprise qui se porte acquéreur doit remplir cette formalité.⁵⁴⁸ Précisons que cela constitue une différence de taille avec la procédure en vigueur aux États-Unis ou même en matière d'acquisition la partie absorbée doit notifier l'opération aux autorités antitrust.⁵⁴⁹

Toutefois, les propositions pour un nouveau règlement cherchant à rationaliser les délais de la notification des projets de concentration, préconise la possibilité pour les entreprises de notifier leur opération avant même la conclusion d'un accord contraignant et propose également de supprimer l'obligation de notifier les opérations dans un délai d'une semaine suivant la conclusion de l'accord. Ceci a essentiellement pour objectif de permettre d'assouplir la procédure mais aussi de faciliter la coordination des enquêtes en matière de concentrations avec les autres systèmes juridiques.⁵⁵⁰

Désormais les personnes ou entreprises concernées auraient la possibilité d'informer la Commission sur les tenants et aboutissants de leur projet, à l'aide d'un mémoire motivé présenté à la Commission avant la notification de l'opération. Cette procédure qualifiée de

⁵⁴⁷ Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 1 paragraphe 2 sous paragraphe 2 relatif à la détermination de la dimension communautaire

⁵⁴⁸ Article 4 paragraphe 2 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97

⁵⁴⁹ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 1 A) relatif à la procédure de notification du HSR

⁵⁵⁰ Cf. Proposition de règlement du conseil du 11/12/2002 relatif aux contrôles de concentrations entre entreprises (COM 2002- 711 final- Journal Officiel C 20 du 28/01/2003 point n 13

pré-notification permettrait aux protagonistes de démontrer que leur opération n'affectera pas ou très sensiblement la concurrence communautaire. En l'espèce, cette proposition est inspirée du droit antitrust américain qui dispose depuis de nombreuses années d'une telle procédure qualifiée de « *pre-merger notification* »⁵⁵¹ et qui permet d'apporter des éléments à décharge à l'autorité compétente avant même le début d'une quelconque investigation.

La même procédure serait envisagée dans les cas où une concentration n'ayant pas la dimension communautaire, mais dont les effets transfrontaliers seraient considérés comme préjudiciables, serait en passe d'être réalisée.

Les conditions d'examen de la notification sont énoncées à l'article 6 du présent règlement qui prévoit que si la Commission conclut après examen de la notification que l'opération ne présente pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le Marché Commun, elle décide de ne pas s'opposer à sa réalisation. L'article 10 paragraphe 1 prévoit pour sa part que la notification de l'opération doit être examinée dans le délai maximal d'un mois. La proposition du nouveau règlement, en vue de raccourcir les délais, prévoit de ramener cette période d'attente de quatre à trois semaines.

Par contre, dans le cas où l'opération soulève quelques interrogations, la Commission décide en vertu de l'article 6 paragraphe 1 alinéa c) d'engager une procédure d'enquête afin de procéder à un examen plus détaillé de l'opération en question. Dans cette hypothèse, les protagonistes devront attendre la fin de la procédure d'examen menée par la Commission pour pouvoir réaliser leur projet à condition qu'il ne soit déclaré incompatible avec le Marché Commun.⁵⁵²

B) Engagement par la Commission de la procédure d'examen d'une opération de concentration communautaire :

Une fois que la procédure est véritablement engagée, la Commission dispose de quatre mois pour se faire une opinion sur l'opération et décider s'il convient de l'interdire, de l'autoriser tel quel ou sous certaines conditions.⁵⁵³

Le critère permettant à la Commission de se prononcer et celui du renforcement d'une position dominante, tel qu'il est mentionné à l'article 2 paragraphe 2 et 3 du présent

⁵⁵¹ Cf. note n 548

⁵⁵² Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 1 B) relatif à l'engagement de la procédure d'examen d'une opération de concentration communautaire par la Commission

⁵⁵³ Article 8 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97

règlement.⁵⁵⁴ Il convient de préciser que la proposition de nouveau règlement ne prévoit aucune modification ayant trait aux critères d'appréciations, les autorités considérant qu'ils ont fait leurs preuves. La Commission dispose d'un certain nombre de pouvoirs d'enquête et de sanctions pour obtenir les informations qui lui sont nécessaires dans le cadre de leur investigation.⁵⁵⁵

La notification a pour conséquence de suspendre l'opération. La Commission toutefois peut décider d'octroyer une dérogation pour permettre aux parties d'agir comme si l'opération avait été autorisée. Cette dérogation s'accompagne le plus souvent d'un certain nombre de charges et restrictions et ne peut être accordée qu'après réception d'une demande dûment motivée à cet effet et après avoir conclu que la levée de la suspension pendant la durée de l'examen n'aurait pas de conséquence néfaste sur la concurrence communautaire.

Sous paragraphe 2 : Les pouvoirs de la Commission

A) les pouvoirs d'enquête :

Lorsqu'une concentration soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le Marché Commun, la Commission dispose de la faculté de demander aux personnes ou aux entreprises concernées de lui fournir des renseignements supplémentaires. Ceci est prévu par l'article 11 du règlement qui prévoit la possibilité pour la Commission de s'adresser directement aux gouvernements ou autorités antitrust des États-membres pour obtenir ces informations. Pour toute demande de renseignements directement adressée aux parties concernées, « *la Commission adresse simultanément une copie de cette demande à l'autorité compétente de l'État membre sur lequel se trouve le domicile de la personne ou de l'entreprise...* »⁵⁵⁶

Dans les cas où le destinataire de la demande de renseignements ne fournit pas les informations qui lui sont demandées ou le fait de manière incomplète, la Commission « *les demande par voie de décision...* »⁵⁵⁷

La Commission comme en matière d'entente et d'abus de position dominante⁵⁵⁸ peut procéder à des inspections dans les locaux ou au domicile des parties concernées. Dans ce cas les agents des autorités compétentes, assistés le cas échéant des agents de la Commission procèdent sur place aux vérifications demandées par la Commission, après qu'un mandat a été

⁵⁵⁴ Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 2 paragraphe 2

⁵⁵⁵ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 2

⁵⁵⁶ Article 11 paragraphe 2

⁵⁵⁷ Article 11 paragraphe 3

⁵⁵⁸ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 2 A)

délivré à cet effet par l'autorité compétente.⁵⁵⁹ L'ensemble des pouvoirs accordés à la Commission dans le cadre de cette procédure sont énoncés exhaustivement à l'article 13 du règlement sur les concentrations.

B) Les pouvoirs de sanctions :

Les sanctions envisageables en l'espèce sont exactement les mêmes que celles prévues en matière d'entente et d'abus de position dominante par le règlement 17/62 et le règlement 1/2003.⁵⁶⁰ En conséquence, la Commission peut infliger des amendes⁵⁶¹ allant jusqu'à 1 % du chiffre d'affaire en cas de fourniture de manière délibérée, d'une information incomplète, erronée ou hors délai. Sont également envisageables des amendes pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaire, ce qui représente quasiment une mise à mort économique, dans les cas où une ou plusieurs entreprises omettent délibérément ou suite à une négligence de notifier l'opération avant sa réalisation, mettent en œuvre cette opération en violation du droit communautaire de la concurrence ou ne respectent pas les décisions de la Commission.

Enfin, la Commission peut prononcer des astreintes journalières⁵⁶² pour forcer la délivrance des informations dont elle a besoin pour son enquête ou pour contraindre les protagonistes de la concentration de se conformer à ses directives.

Sous paragraphe 3 : Les procédures de renvoi

Comme dans le cadre du règlement 17/62 et 1/2003 traitant de l'examen des ententes et des abus de positions dominantes, la Commission peut décider dans un souci d'efficacité de renvoyer certaines des affaires pendantes devant elles aux autorités des États membres. Cette procédure s'applique lorsqu'il est jugé préférable de laisser à ces autorités de la concurrence le soin d'évaluer les opérations de concentration, qui malgré leur dimension communautaire, affecte plus sensiblement qu'ailleurs le marché d'un ou plusieurs État membre.

Dans l'état actuel des choses, la procédure de renvoi est prévue à l'article 9 du règlement en vertu duquel un État membre doit informer la Commission dans un délai de trois semaines à compter de la réception de la notification des conséquences néfastes de cette opération sur la concurrence au sein de son marché national. Ce dernier devant présenter rappelons-le toutes les caractéristiques d'un marché distinct du Marché Commun.

⁵⁵⁹ Article 12 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97

⁵⁶⁰ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 2 B)

⁵⁶¹ Article 14 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97

⁵⁶² Article 15

La proposition du 11/12/2002 préconise une nouvelle procédure de renvoi en vertu de laquelle un État membre pourrait, dans un délai de dix jours ouvrables à compter de la réception de la copie de notification, de sa propre initiative ou sur invitation de la Commission, déclarer qu'une concentration affecte de manière significative la concurrence effective dans un marché présentant toutes les caractéristiques d'un marché distinct et/ou ne constituant pas une partie substantielle du marché commun. Si, dans un délai de 65 jours ouvrables, la Commission n'a ni pris la décision de renvoi ou de refus de renvoi, elle est réputée avoir décidé de renvoyer le cas à l'État membre concerné.⁵⁶³

Inversement, lorsqu'un marché distinct existe, la Commission peut renvoyer tout ou une partie du cas aux autorités compétentes de l'État membre. Ce système est en effet inspiré des clauses allemandes et hollandaises ⁵⁶⁴ qui assurent le partage des compétences entre autorités communautaires et nationales.

Paragraphe 2 : Les mesures correctives permettant d'assurer la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché communautaire

Le principe du recours à ce genre de méthodes est affirmé aux articles 6 et 8 paragraphe 2 qui énoncent tous deux que :

« ...La Commission peut assortir sa décision de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le Marché Commun... »

La Commission a en outre produite en 2001 une communication relative à l'application de ces mesures correctives afin de clarifier la procédure en vigueur.⁵⁶⁵

Sous paragraphe 1 : Les types de mesures recevables par la Commission

Pour évaluer l'efficacité d'une telle mesure la Commission examine le type, l'ampleur et la portée de la mesure proposée, ainsi que la possibilité qu'elle puisse être mise en œuvre

⁵⁶³ Cf. note n 549 considérants n 26-27

⁵⁶⁴ Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 1 paragraphe 2 sous paragraphe 2 B)

⁵⁶⁵ Communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97. (2001/ C 68/03)

intégralement et avec succès par les parties.⁵⁶⁶ Dans l'affaire Gencor⁵⁶⁷ le TPICE a énoncé que l'objectif principal d'un tel engagement est de garantir des structures de marché concurrentiel. Par conséquent une simple promesse n'est pas de nature à assurer la compatibilité d'une opération avec le marché communautaire.⁵⁶⁸

De la même manière il existe une hiérarchie au sein de ces mesures. A cet égard une distinction doit être faite en les conditions qui se définissent comme « *l'exigence de réalisation de chaque mesure donnant lieu à un changement structurel du marché* »⁵⁶⁹ et les charges qui sont considérées comme des étapes devant être accomplies pour atteindre le résultat en question. Ces mesures peuvent se matérialiser de différentes manières.

Tout d'abord il y a la cession d'actifs qui apparaît comme le moyen le plus efficace pour préserver la concurrence en dehors de l'interdiction de l'opération. Elle a pour objet de permettre la constitution de nouvelle entité ou au renforcement de concurrents existants.

Pour être recevable, la cession doit porter sur des activités viables⁵⁷⁰ permettant à celui qui en fait l'acquisition de concurrencer effectivement celui qui s'en départi. En outre, pour être recevable, l'activité viable doit être cédée à un acquéreur approprié, à savoir un concurrent actuel ou potentiellement viable, indépendant des parties et sans aucun lien avec elles.⁵⁷¹

Outre les cessions d'actifs, est envisageable l'élimination des liens structurels qui peut consister en de simples cessions de participations minoritaires en vue de trancher un lien structurel avec un concurrent important.⁵⁷²

Il existe par ailleurs tout un panel d'autres mesures comme par exemple la résiliation d'accords de fourniture ou de distribution exclusive⁵⁷³ lorsque ces derniers contribuent à la création d'une position dominante⁵⁷⁴ ou encore la cession d'une technologie ou d'un brevet spécifique.⁵⁷⁵ Dans certains cas, la Commission autorisera à défaut de la cession de la technologie, l'octroi par les parties à l'opération de concentration à l'un de leurs concurrents, d'un simple accord de licence, le plus souvent exclusif, comme ce fut le cas dans l'affaire Glaxo/ Wellcome du 28/02/95.⁵⁷⁶

⁵⁶⁶ Idem considérant n 7

⁵⁶⁷ Arrêt du 25/03/99 Aff : T-102-96 Gencor Ltd / Commission point n 316

⁵⁶⁸ Idem considérant n 9

⁵⁶⁹ Idem considérant n 12

⁵⁷⁰ Est considéré comme viable au sens de la Communication, une activité susceptible d'être exploité de manière autonome

⁵⁷¹ Idem n 564 considérant n 19 et 49

⁵⁷² Idem considérant n 24

⁵⁷³ Décision de la Commission du 28/10/99 (IV/M.1571 – New Holland /Case : JO C 130 du 11/05/2000 p.11)

⁵⁷⁴ Cf. PARTIE I CHAPITRE II Section 2 relative à la notion communautaire d'abus de position dominante

⁵⁷⁵ Décision du 9/08/99 (IV/M.1378 _ Hoechst / Rhône Poulenc : JO C 254 du 7/09/99 p.5

⁵⁷⁶ Décision IV/ m.555 : JO C 65 du 16/03/95

Précisons, pour conclure l'étude sur les types de mesures correctives recevables par la Commission, que dans les cas où les mesures proposées par les parties sont d'une ampleur ou d'une complexité telle que la Commission se trouve dans l'impossibilité de déterminer avec certitude si la concurrence effective sera rétabli sur le marché,⁵⁷⁷ qu'une décision autorisant la réalisation de l'opération ne peut être rendue.⁵⁷⁸

Sous paragraphe 2 : Les conditions d'applicabilité

Les mesures correctives proposées dans le cadre de la phase I d'examen ou phase de notification, doivent en vertu de l'article 6 paragraphe 2 être proposées au plus tard trois semaines après réception de la notification par la Commission. Cette dernière voit alors le délai qui lui est imparti pour prendre sa décision allonger de quatre semaines à six semaines. Dans la proposition de réforme du règlement 4064/89, la Commission propose d'assouplir le calendrier des enquêtes en matière de concentrations par l'ajout de trois semaines supplémentaires au délai suivant la présentation d'une mesure corrective, ce qui laisse plus de temps pour bien examiner les mesures correctives et consulter les États membres.

Quel que le soit le délai accordé, pour qu'elles puissent être prises en considération, les mesures en question doivent être suffisamment précises pour permettre à la Commission d'en apprécier tous les éléments et doivent en outre expliquer comment ces engagements permettront de résoudre les problèmes de concurrence.⁵⁷⁹

S'il apparaît que ces engagements lèvent les doutes résultant de l'opération, celle-ci sera autorisée à l'issue de cette phase de la procédure (Phase I)

Dans le cadre de la phase II, c'est à dire dans les cas où la procédure d'enquête approfondie a été mise en œuvre, la Commission déclare une opération de concentration compatible avec le Marché Commun, si les modifications apportées par les protagonistes ont pour conséquences que l'opération ne crée ou ne renforce plus de position dominante au sens de l'article 2 du présent règlement dans le marché en question.

Pour être admissibles, ces mesures doivent en vertu de l'article 8 paragraphe 2 du règlement sur les concentrations,

⁵⁷⁷ Décision du 28/06/2000 (COMP/M.1741) WorldCom/Sprint

⁵⁷⁸ Cf. note n 549 considérant n 32

⁵⁷⁹ Idem considérant n 33

« ...être de nature à régler tous les problèmes de concurrence qui sont exposées dans la communication des griefs...spécifier les conditions de fond et les modalités de mises en œuvre des dites mesures...expliquer comment les engagements proposés permettent de résoudre les problèmes de concurrence... »

Section 2 : Les procédures d'examen relatives aux opérations de fusions-acquisitions aux États-Unis

La plupart des opérations de fusions-acquisitions ne posent pas de véritables problèmes quand, à une éventuelle diminution du commerce au sein des États-Unis. Néanmoins, il en est qui présentent un danger à l'égard de la concurrence et qui doivent en l'occurrence être soumises à un contrôle en règle de la part des autorités antitrust.

Dans la conduite de leur enquête, les autorités doivent démontrer si une concentration est réellement susceptible d'affecter sensiblement la concurrence au sein d'un marché déterminé et le cas échéant doivent apporter les preuves démontrant l'infraction.

La plupart des opérations de concentrations ayant lieu aux États-Unis et/ou y produisant leurs effets, qui présentent un certain degré d'importance doivent être notifiées aux autorités compétentes⁵⁸⁰ afin de laisser à ces dernières le temps d'évaluer l'impact de l'opération en question et de demander éventuellement des compléments d'information leur permettant de prendre la décision la plus appropriée. (paragraphe 1)

Parallèlement aux procédures pouvant être diligentées par les autorités elles-mêmes, le droit antitrust américain, contrairement à ce qui est prévu au Canada permet que d'autres moyens d'action soient engagés, soit à l'initiative des différents états fédérés, soit par les parties privées victimes de l'opération en question. (paragraphe 2)

Paragraphe 1 : La procédure d'examen diligentée par les autorités antitrust

Le titre II de l'Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976⁵⁸¹ exige que certaines entreprises désireuses soit de fusionner entre elles, soit d'absorber l'un de leurs concurrents, notifient leur projet, dès lors que certains seuils servant à mesurer l'impact d'une telle

⁵⁸⁰ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous-paragraphe 1

⁵⁸¹ Les règles et différentes interprétations de ce texte sont codifiées à la référence suivante : 16 CFR p.801 à 803

opération sur le marché sur lequel elle aura lieu sont dépassés.⁵⁸² Il est possible en l'espèce de rappeler ceux mis en place par le droit communautaire de la concurrence pour déterminer la notion de « *Dimension communautaire* » qui a pour conséquence de donner compétence aux autorités de l'Union Européenne au détriment de celles des États membres.⁵⁸³ Outre la question de la notification (sous-paragraphe 1,) il sera nécessaire de passer en revue la manière dont les autorités antitrust conduisent leur investigation (sous-paragraphe 2.)

Sous-paragraphe 1 : L'obligation de notification du HSR⁵⁸⁴

A) La procédure de notification :

a) conditions de la notification :

Pour déterminer si les dispositions du HSR relatives à l'obligation de notification d'une opération de fusion-acquisition s'appliquent, il convient de procéder à certains test. Tout d'abord il faut s'assurer que les deux entreprises en cas de fusion ou la partie absorbante ou absorbée en cas d'acquisition soient engagées dans une activité qui affecte le commerce entre les différents états fédérés.

De plus, il convient d'apprécier la taille des protagonistes. Pour que l'opération en question soit notifiée, il faut en effet qu'au moins un des membres de l'opération ait 100 millions de dollars US de chiffre d'affaire et que l'autre réalise pour sa part un minimum de 10 millions de dollars US.

Enfin, il est nécessaire de se pencher sur l'importance de l'opération en elle-même. Pour que celle-ci soit notifiée, il faut qu'il y ait acquisition ou échange d'actions ou d'actifs pour une valeur minimale de 15 millions de dollars US ou qu'il y ait acquisition d'un nombre d'actions conférant au moins 50 % des droits de vote de l'entreprise. Toute entreprise faisant l'objet d'une telle tentative de prise de contrôle doit en faire la déclaration dans un délai de quinze jours.

Certaines transactions sont soumises à un régime particulier et font en conséquence l'objet de règles qui leur sont propres. Chaque fois qu'une acquisition d'entreprise⁵⁸⁵ aboutit à ce que l'entreprise acquéreuse obtienne le contrôle d'une holding possédant des actions dans une ou plusieurs autres entreprises, sans pour autant les contrôler, cet aspect de l'opération fait l'objet

⁵⁸² Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous-paragraphe 1 A) a) relatif aux conditions de la notification d'une opération de fusion-acquisition

⁵⁸³ Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 1 paragraphe 2

⁵⁸⁴ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act

⁵⁸⁵ Le droit antitrust américain parle de « *Primary acquisition* »

d'un traitement séparé.⁵⁸⁶ En ce qui concerne la formation des joint-ventures⁵⁸⁷ tous les membres à cet accord de collaboration seront considérés comme des personnes ou entreprises acquéreuses, tandis que la société commune résultant de cette opération sera assimilé à une entreprise ayant fait l'objet d'une acquisition.

Il existe enfin certaines transactions⁵⁸⁸ pour lesquelles la période d'attente⁵⁸⁹ au cours de laquelle les autorités étudient pour la première fois l'opération proposée, ne débute que lorsque l'entreprise acquéreuse notifie son intention de prendre le contrôle d'une autre entreprise, alors qu'en principe cette période ne commence à courir qu'une fois que toutes les parties concernées par l'opération l'ont notifié.

b) Le mécanisme de la notification :

L'ensemble des règles relatives à la notification de l'opération de fusion-acquisition sont contenues dans le corps de texte du HSR sous la forme d'un code de procédure.⁵⁹⁰

En vertu du HSR, les parties à l'opération doivent fournir trois copies de leur notification, accompagnées de tous les attachements nécessaires, à la division antitrust du DOJ et deux autres exemplaires à la FTC. Par la suite le DOJ et la FTC confie d'un commun accord le dossier à la section approprié en se basant notamment sur les produits concernés ainsi que sur la situation géographique des parties. L'équipe désignée responsable possède en générale, cinq jours à partir de la réception de la notification pour décider si le dossier comporte des questions méritant d'être soumises à une investigation plus complète.

Afin de prendre cette décision, l'autorité compétente en la matière, fonde sa décision sur la notification et les documents qui lui ont été communiqué. Ces derniers doivent contenir un descriptif de l'opération envisagée ainsi que le rôle de chaque partie dans cette opération (Item 1), un historique de l'activité des parties concernées (Item 1-3), une liste de toutes les autres entreprises ou personnes concernées directement ou indirectement par l'opération (Items 2 et 3), les audits et les bilans annuels des entreprises concernées, l'ensemble des documents préparatoires ayant trait à l'opération en question (Item 4), une déclaration de revenus (Item 5), une liste de tous les actionnaires significatifs mais non majoritaires des entreprises (Item 6), les données concernant le marché pertinent (Item 7)...

⁵⁸⁶ “ “ “ “ de « Secondary acquisition»

⁵⁸⁷ Cf. PARTIE III CHAPITRE II relatif au traitement des joint-ventures dans le droit antitrust américain

⁵⁸⁸ Pour obtenir la liste de ces transactions voir : Section 801.4 du Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act

⁵⁸⁹ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 2 sous-paragraphe 2 B) relative à ce que le droit américain qualifie de « *Waiting period*»

⁵⁹⁰ Section 803.1 et 803.2

A chaque fois qu'une personne est dans l'impossibilité de fournir des informations complètes aux questions qui lui sont demandées, une déclaration de non-conformité des réponses apportées est remplie. Cette dernière peut avoir pour conséquence de soumettre l'entreprise ou la personne concernée à des astreintes civiles pouvant aller jusqu'à 11 000 dollars US par jours de retard.

Pour conclure sur la procédure de notification, il nous importe de préciser que si l'opération de concentration n'a pas été réalisée dans un délai d'un an à partir de l'expiration de la période d'attente, une nouvelle notification similaire à la première devra avoir lieu.

B) Les exceptions à l'obligation de notification :

Les exceptions à l'obligation de notification du HSR, se retrouvent dans les dispositions de l'article 7 du Clayton Act. À cet égard, sont visées par ce régime dérogatoire, les acquisitions de biens meubles ou immeubles dans le cadre de la conduite ordinaire des affaires de l'entreprise, les acquisitions d'actions ne conférant aucun droit de votes, les acquisitions d'actions conférant droit de vote, réalisée seulement dans un but d'investissement à condition toutefois que cela n'ait pas pour conséquence de conférer à l'entreprise en faisant l'acquisition plus de 10 % des droits de votes, les transactions soumises à l'autorisation d'agence gouvernementale...⁵⁹¹ De son côté le Hart-Scott-Rodino Act contient lui aussi quelques dérogations, notamment celles s'appliquant aux petites opérations qui par elle-même dépassent les 15 millions dollars US mais dont leur protagoniste ne réalise pas le chiffre d'affaire de 100 millions requis.

Enfin, un panel d'exemption fut adopté en 1996 concernant certaines catégories de transactions qui selon les autorités antitrust, sur la foi de leur expérience ne sont pas susceptibles d'entraîner des violations du droit antitrust américain. Ce régime s'applique en outre pour les opérations immobilières telles que l'acquisition de centres d'achats, d'hôtels, de cinéma⁵⁹²...

En ce qui concerne le secteur des ressources naturelles,⁵⁹³ les seuils de notification ont été considérablement relevés du fait de l'importance des montants en jeu.

⁵⁹¹ Cf. note 497 et 498

⁵⁹² On fait ici référence à ce que l'on qualifie d'immeubles entreprises et qui font l'objet de financement propre et distinct des entreprises qui les possèdent.

⁵⁹³ Sont visées en l'espèce les activités pétrolières, gazières et minières.

Sous-paragraphe 2 : La conduite de l'investigation

A) La procédure de la période d'attente :

Toute tentative de fusion ou d'acquisition par une entreprise d'une autre, ne peut se réaliser avant la notification du projet ⁵⁹⁴ et avant l'expiration d'une période d'attente de trente jours.⁵⁹⁵ Il est possible d'étendre cette période pour un nouveau délai de vingt jours ⁵⁹⁶ afin d'obtenir des compléments d'information, sauf dans les cas où cette procédure est engagée sur la base d'une demande d'investigation civile.⁵⁹⁷ Il est également permis aux protagonistes de demander aux autorités compétentes de reprendre à zéro la procédure d'attente sans payer de nouveaux frais, afin de leur permettre d'évaluer les conséquences de leur opération plus tranquillement.

A l'inverse, la FTC et la division antitrust du DOJ peuvent prématurément mettre fin à la période d'attente. Cette éventualité nécessite qu'une telle demande à été faite par écrit, que toutes les parties à l'opération aient déjà remis leur notification et tous les attachements requis mais aussi que les deux agences chargées de l'application du droit de la concurrence aux États-Unis ait décidé de ne pas examiner l'opération durant la période en question.

A chaque fois qu'une période d'attente est close avant terme il convient de le publier au sein du registre fédéral. Précisons en outre qu'il appartient exclusivement à la FTC de notifier aux parties la fin de la période d'attente, même dans les cas où l'investigation est menée par le DOJ.

Une fois que l'opération de concentration envisagée a été notifiée et que la période d'attente est arrivée à expiration, il importe aux autorités compétente soit de décider que l'opération en question ne soulève aucune difficulté majeure à l'égard de la concurrence au sein du marché pertinent, soit de demander un complément d'informations du fait qu'elles considèrent que le projet présente un certain nombre de risques pour le commerce et la concurrence.

Dans le premier cas de figure, un mémorandum de non-intérêt ⁵⁹⁸ doit être produit par les autorités responsables de l'enquête, dans lequel sont exposées les raisons pour rejeter la conduite d'une investigation. Dans le second cas, les autorités peuvent requérir de plus amples

⁵⁹⁴ Ne sont visées ici que les opérations dépassant les seuils observés précédemment

⁵⁹⁵ La période d'attente est seulement de 15 jours dans les cas où l'offre d'achat est faite en liquide ou que l'entreprise visée est soumise aux dispositions du Bankruptcy Act

⁵⁹⁶ Le prolongement de la période d'attente n'est que de 10 jours dans les cas évoqués à la note précédente

⁵⁹⁷ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1

⁵⁹⁸ Traduction : *The No-Interest Memorandum*

informations en vertu des différentes procédures d'investigation, à savoir l'enquête préliminaire⁵⁹⁹ et la seconde requête.

B) les compléments d'informations nécessaires à la poursuite de l'investigation :

a) L'enquête préliminaire :

La première phase de l'investigation en matière de fusion-acquisition commence une fois que la FTC a donné son autorisation à la poursuite d'une enquête. L'équipe responsable doit utiliser cette période pour déterminer s'il existe des problèmes sérieux requérant l'ouverture d'une seconde requête.⁶⁰⁰ Pour cela les autorités doivent contacter les concurrents, consommateurs et toutes associations pertinentes pour avoir leur avis sur l'opération en question. Il convient de préciser que les dispositions du HSR relatives à l'obligation de notification, n'empêche pas les autorités d'obtenir des informations de la part d'autres sources. Il est possible également pour les autorités de demander des clarifications ou des précisions sur les informations qu'elles ont recueillies de la part des protagonistes dans le cadre des attachements⁶⁰¹ à la notification.

Pour obtenir l'autorisation de la FTC d'ouvrir la procédure, un mémoire doit lui être adressée, comme en ce qui concerne les autres infractions civiles.⁶⁰² Ce dernier doit néanmoins être un peu plus complet que les autres formulaires puisqu'il doit comporter en plus des informations standards, une estimation des parts de marché des entreprises concernées ainsi que le taux de concentration du marché tel qu'il est avant l'opération et tel qu'il sera après. De plus il faudra tenir compte des éventuelles barrières rendant difficiles l'accès au marché pertinent pour de nouveaux concurrents.

La seule véritable différence entre ces deux procédures est que dans le cas de l'enquête préliminaire diligentée dans le cadre d'une opération de fusion-acquisition, le mémorandum doit être transmis au moment où l'autorisation de poursuivre l'investigation est demandée à la FTC, alors qu'en ce qui concerne les autres infractions civiles en matière antitrust le mémoire doit être présenté avant la demande d'autorisation.

⁵⁹⁹ Cf. PARTIE I CHAPITRE III section 2 paragraphe 1

⁶⁰⁰ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous-paragraphe 2 B) b)

⁶⁰¹ Cf. PARTIE II CHAPITRE III section 2 paragraphe 1 sous-paragraphe 1 A) a)

⁶⁰² Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1

b) La seconde requête :

Il est possible pour les autorités compétentes de demander de plus amples informations concernant une future opération de fusion-acquisition dès lors qu'elles considèrent que cette opération pose de sérieuses difficultés. Outre l'enquête préliminaire, les autorités peuvent recourir à la procédure de la seconde requête. Cette demande peut être faite soit par la FTC soit par le DOJ mais ne peut être faite conjointement. Cette demande doit là encore, s'accompagner d'un mémo expliquant les raisons du recours à un tel procédé.

La seconde requête doit être adressée avant l'expiration de la période d'attente de 30 jours, de plus notification doit en être faite aux intéressés.⁶⁰³ Elle a en outre pour principale avantage de prolonger cette période de 20 jours contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la demande d'investigation civile.⁶⁰⁴

Les parties à qui cette requête est soumise doivent s'y conformer dans les plus brefs délais sous peines d'être soumis à diverses amendes et astreintes journalières pouvant aller jusqu'à 11 000 dollars US. Ces dernières ont également la possibilité de contacter les responsables de l'enquête pour leur demander de modifier ou de limiter le champ d'application de cette seconde requête. A cet égard, les autorités doivent prendre en considération les enjeux de l'opération, les conditions dans lesquelles sont détenues par les intéressés les informations demandées et la bonne volonté qu'elles ont manifestée depuis le début de la procédure dans la délivrance d'informations. Une procédure spécifique à était mise en place pour permettre aux destinataires de la seconde requête d'en demander la modification. L'appel doit être fait par écrit, il doit comporter les raisons pour lesquelles les exigences des autorités doivent être allégées. Ce plaidoyer ne doit en outre pour être recevable pas dépassé les dix pages.

C'est à l'autorité qui en a fait la demande, qu'il appartient de s'assurer que le destinataire s'est bien conformé aux exigences formulées dans la requête. Si les parties se sont bien conformées aux requêtes, l'autorité compétente lui adresse une lettre en précisant la dette d'expiration de la période d'attente. Dans le cas inverse une lettre de non-conformité lui est envoyée précisant le temps restant pour satisfaire les demandes de l'autorité compétente.

Les protagonistes peuvent eux-aussi demander un allongement de la procédure afin de discuter et de convaincre les autorités compétentes du peu d'impact qu'aura leur opération sur le commerce entre états et sur la concurrence au sein du marché de référence.

⁶⁰³ Cf. ANNEXE V pour voir un modèle de lettre demandant une seconde requête

⁶⁰⁴ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 2 paragraphe 2 A) b)

Précisons enfin qu'il appartient aux autorités de ne pas se contenter des informations qui leur sont fournies. En effet, au cours de la période allant de la demande de seconde requête jusqu'à l'expiration de la période d'attente, il appartient à l'équipe responsable de l'affaire de mener sa propre enquête afin de décider si l'opération doit être autorisée ou si elle doit être soumise au grand jury. Quelque soit la décision, cette dernière doit être motivée. Dans le cas où l'opération n'est pas considérée comme potentiellement anticoncurrentielle une recommandation de conformité doit être adressée au directeur de la division antitrust du DOJ et au procureur général, précisant l'ensemble des facteurs et données ayant conduit à cette décision.

Dans le cas inverse une recommandation de non-conformité est adressée aux mêmes personnes, celle-ci contenant notamment une description, des conséquences de l'opération, des faiblesses des défenses invoquées ainsi que des conditions régissant la procédure en vertu de laquelle l'opération et ses protagonistes seront poursuivis (nature du texte juridique invocable « Sherman Act- Clayton Act- Federal Trade Commission Act » lieu de la procédure...)

Paragraphe 2 : Les autres types de procédures envisageables

Parallèlement aux procédures diligentées à l'initiative des autorités antitrust, le droit américain prévoit de la même manière que le droit communautaire un recours pour les parties privées victimes de la pratique incriminée (sous-paragraphe 1) ainsi qu'un recours ouvert aux différents états fédérés (sous-paragraphe 2.)

Sous-paragraphe 1 : Les procédures diligentées par les parties privées

C'est dans les années 80 que ce type de procédure a véritablement pris son envol du fait de la multiplication des acquisitions hostiles ayant troublé le marché des affaires américain. En effet, devant l'incertitude relative à la capacité du gouvernement d'assurer une protection efficace contre toutes ces opérations les principaux intéressés par les conséquences de telles pratiques ont décidé de se protéger eux-mêmes.

A cet égard, la décision *Cargill Inc Vs Monfort of Colorada Inc*⁶⁰⁵ est un arrêt de principe de part les conclusions qu'elle avance. En effet, l'action privée n'est ouverte qu'aux personnes⁶⁰⁶ qui ont été victimes des pratiques entraînant une diminution sensible de la concurrence. En

⁶⁰⁵ 479 US. 104 (1986)

⁶⁰⁶ Sont visées ici toutes les personnes physiques et morales telles que les compagnies ou autres sociétés titulaires de la personnalité juridique.

l'espèce, la requête du demandeur avait été rejetée du fait qu'elle était exclusivement fondée sur les pertes éventuelles qui en résulterait pour lui, si l'opération avait été réalisée. Bien que le demandeur doive prouver qu'il risque d'être lésé du fait de la réalisation d'une opération de concentration, ce seul argument ne peut à lui seul être suffisant pour entraîner des poursuites.⁶⁰⁷

En vertu des articles 4 et 16 du Clayton Act, les poursuites qu'une partie privée peut être amenée à intenter ne peuvent être examinées que devant les cours fédérales des différents états américains. La procédure débute avec le dépôt d'une plainte devant l'une de ces cours, généralement celle du lieu où se produisent les effets de l'opération. Par la suite il incombe au plaignant d'obtenir de la part des protagonistes ou de tiers, toutes les informations nécessaires pour étayer sa plainte. La communication des pièces demandées est régit en l'espèce par les dispositions fédérales en matières de procédure civile et les dispositions fédérales en matières de preuves.

Les autorités antitrust compétentes en la matière disposent également d'un certain nombre de documents pouvant provenir, de la notification de l'opération et des attachements y afférents, de la demande d'investigation civile, de la seconde requête ou de toute information obtenue d'une tierce personne. Les demandeurs partie à une procédure privée ont la capacité de demander aux autorités la délivrance de ces informations. Néanmoins, il existe un certain nombre de dispositions, notamment en vertu du Hart-Scott-Rodino- Act permettant d'éviter la divulgation de toutes les informations recueillies par les autorités.⁶⁰⁸

En vertu de l'article 16 du Clayton Act, les parties privées victimes d'une fusion ou acquisition peuvent invoquer deux types de sanctions. D'une part, il leur est possible de demander au tribunal de prononcer des injonctions ou ordonnances, afin de mettre un terme à la pratique en question, de prévenir de nouveaux dommages et/ou pour s'assurer que la pratique ne sera pas réitérée dans l'avenir.⁶⁰⁹ Il est également possible de demander la dissolution de la nouvelle entité constituée illégalement. Ce principe a été reconnu dans la décision *California vs American Stores Co* ⁶¹⁰ qui admettait néanmoins que pour en arriver à une telle mesure, l'opération de concentration doit avoir de très importantes implications sur la concurrence au sein du marché pertinent, sur le commerce entre les états et enfin sur la

⁶⁰⁷ *Tasty Baking Co v. Ralston Purina Inc.* 653 F. Supp 1250 (ED. Pa 1987)

⁶⁰⁸ Pour une étude plus approfondie sur ce sujet voir Chapitre III Section 3 p 74-90 du manuel d'examen des infractions anticoncurrentielles du DOJ

⁶⁰⁹ *In Re Warfarin Sodiums Antitrust Litigation* : 214 F.3d 395-399 (3rd 2000) *Ross-Simons Vs Baccarat Inc*: 217 F. 3d 8 (1st 2000)

⁶¹⁰ 110 S. Ct 1853 (1990) - *Town of Norwood vs New England Power Co* : 202 F.3d 408 (1st 2000)

situation économique du plaignant. Par contre, il est extrêmement rare de voir les tribunaux accorder des dommages et intérêts dans le cadre de telles procédures.

Précisons pour conclure que cette procédure est soumise à un régime d'exception, puisque un plaignant privé qui aurait obtenu gain de cause a le droit de recouvrir une grande partie des frais d'avocats et de procédure engagés, contrairement à ce qui se pratique normalement aux États-Unis.

Sous-paragraphe 2 : Les procédures diligentées par les états

Deux cas de figure sont ici envisageables, tout d'abord celui dans lequel un ou plusieurs états américains engage une procédure pour violation du droit antitrust sur la base des dispositions fédérales, à savoir l'article 1 et 2 du Sherman Act,⁶¹¹ l'article 7 du Clayton Act⁶¹² ou l'article 5 du Federal Trade Commission Act.⁶¹³ Dans ce cas l'état concerné peut agir en tant que personne privée pourvu de la personnalité juridique ou alors il peut faire partie d'une coalition d'états comme se fut notamment le cas dans l'affaire de la fusion entre BP Amoco et Atlantic Richfield (ARCO)⁶¹⁴ dans laquelle l'état de Californie, d'Oregon et de Washington parvinrent à un accord avec la FTC concernant l'opération qui était évaluée à 26 milliards de dollars US. Les états ont également la possibilité d'intenter une action sur la base de leur propre législation antitrust. En l'espèce, une quinzaine d'entre eux se sont dotés d'un tel arsenal⁶¹⁵ s'inspirant la plupart du temps des dispositions du Clayton Act.⁶¹⁶

Il nous importe de préciser pour conclure cette partie sur la procédure en matière d'examen des opérations de fusion-acquisition aux États-Unis, qu'un arrêt a récemment admis l'arbitrabilité de ces questions,⁶¹⁷ ce qui ouvre de nouvelles perspectives quand, aux règlements des différends qui pourraient désormais survenir.

Il n'est pas certain que le législateur voit cette évolution d'un bon oeil car elle aurait pour principale conséquence de le priver de son pouvoir d'appréciation, les entreprises préférant régler leurs différends au sein d'une arène privée au sein de laquelle les procédures sont souvent moins longues, moins coûteuses et surtout confidentielles.

⁶¹¹ Cf. Partie II CHAPITRE II Section 1 paragraphe 1 sous-paragraphe 1 relatif aux dispositions obligatoires constituant l'arsenal juridique antitrust américain

⁶¹² Idem

⁶¹³ Idem

⁶¹⁴ California vs BP Amoco. Case n C000420 (ND. Cal 13/04/2000)

⁶¹⁵ Cf. note n 438

⁶¹⁶ Pour une étude plus approfondie des différentes législations antitrust voir aux États-Unis: Annual Antitrust Law Review Developments- 2000 p 282 à 284. Section of Antitrust Law American bar Association

⁶¹⁷ United States vs Mitsubishi Corporation 5/10/2001

Section 3 : La procédure d'examen des fusionnements prévu par la Loi sur la concurrence canadienne

Comme dans le droit communautaire et américain de la concurrence, le droit canadien oblige les protagonistes de certaines opérations de fusionnement à prévenir les autorités compétentes préalablement à la réalisation de l'opération en question.

C'est la Partie IX de la Loi sur la concurrence canadienne qui traite de ce point en faisant référence à l'obligation de préavis, contrairement à la notion de notification qui est employé dans les systèmes européens et américains. Nous verrons toutefois qu'il s'agit plus d'une différence sémantique que pratique. (Paragraphe 1) Il sera également fait référence aux pouvoirs dont disposent le Commissaire et le Tribunal de la concurrence pour conduire la procédure d'examen à son terme (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 : Le régime de préavis applicable en matière de fusionnement

Il conviendra d'observer les conditions attenantes à ce préavis (Sous paragraphe 1) avant d'étudier quelles sont les alternatives permettant aux entreprises concernées de s'y soustraire (Sous paragraphe 2.)

Sous paragraphe 1 : Mise en œuvre du préavis

A) Les opérations de fusionnement concernées par l'obligation de préavis :

a) Nature des opérations concernées :

En vertu de l'article 110 de la Loi sur la concurrence cinq types d'opérations de fusionnements doivent faire l'objet d'une notification.

Sont visées en premier lieu par ces dispositions, les achats d'éléments d'actifs d'une entreprise en exploitation située sur le territoire canadien,⁶¹⁸ mais aussi les achats d'actions conférant droit de vote à conditions que l'entreprise qui en fait l'acquisition détienne du fait de cette opération 20 % des actions de l'entreprise cible, si cette dernière est une compagnie publique ou 35 % si elle est une compagnie privée.⁶¹⁹ Est également concernée l'opération de

⁶¹⁸ Article 110 (2) LRC (1985), c. C-34

⁶¹⁹ Article 110 (3) LRC (1985), c. C-34

fusion classique, à savoir celle par laquelle deux entités décident de se regrouper pour n'en former qu'une seule dès lors qu'une de ces entreprises exploite une entreprise en exploitation.⁶²⁰

La création d'une entreprise à risque partagée qualifiée présentement d'association d'intérêt, ainsi que l'acquisition de titres dans cette même association doit également être notifié, mais seulement dans les cas où cette « association » n'est pas constitué en vertu du régime juridique de la compagnie.⁶²¹

Il est extrêmement important de préciser que les opérations listées ci-dessus n'auront pas à faire l'objet d'un préavis si la valeur totale de la transaction n'excède pas 35 millions de dollars ou 70 millions dans les cas visés à l'article 110 paragraphe 4 traitant des cas de fusions. On peut constater à cet égard que les seuils à partir desquels une opération doit faire l'objet d'un préavis ne sont guère différents de ceux exigées par le droit antitrust américain.⁶²²

b) Caractéristiques des entreprises concernées par le préavis :

En vertu de l'article 109 de la Loi sur la concurrence, les entreprises qui prennent part aux opérations observées ci-dessus, doivent se soumettre aux obligations de la Partie IX, à condition que ces dernières ainsi que les entreprises dont elles détiennent le contrôle réalisent un minimum de 400 millions de dollars bruts de vente annuelle sur le territoire ou en provenance du Canada ou à condition que la valeur des actifs qu'elles possèdent soit également supérieure à 400 millions de dollars.

On constate donc que pour qu'une opération de fusionnement fasse l'objet d'un préavis trois conditions cumulatives doivent être remplies quant à la nature et l'importance de la transaction réalisée mais aussi quant à la place des entreprises concernées dans l'économie canadienne.⁶²³

B) Les conditions de forme du préavis :

Toutes les parties à la transaction respectant les conditions énumérées ci-dessus doivent remplir le préavis en question, soit individuellement soit de manière collective. Dans les cas d'une OPA, les deux entreprises à savoir celle faisant l'offre et celle étant la cible de l'offre doivent notifier l'opération, toutefois l'entreprise cible ne doit le faire qu'une fois avertie par

⁶²⁰ Article 110 (4) LRC (1985), c. C-34

⁶²¹ Article 110 (5) et (6), LRC (1985), c. C-34

⁶²² Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 1 A) a) relatif aux conditions de la notification d'une merger aux États-Unis

⁶²³ Y. Bérriau et Y. Comtois « *Le droit de la concurrence au Canada* » p. 370 à 372 éd Carswell 1999

le Commissaire de la concurrence de la réception du préavis de l'entreprise désireuse de l'absorber. On constate donc qu'en l'espèce la procédure canadienne est à mi-chemin entre la procédure européenne qui n'impose de notification qu'à l'entreprise se portant acquéreuse et la procédure américaine qui impose une notification simultanée aux différents protagonistes.

Les parties concernées par l'obligation de remplir un préavis possèdent le choix comme d'ailleurs aux États-Unis ⁶²⁴ de remplir une version abrégée ou détaillée, cette dernière pouvant être imposé aux parties dans le cas d'opérations relativement complexes.

La principale différence s'avère être le nombre d'informations demandées⁶²⁵ ainsi que la durée de la période d'attente que doivent respecter les entreprises concernées avant de réaliser leur opération ou avant de se voir notifier une interdiction en bonne et due forme. En effet, dans le cas d'un préavis abrégé les parties doivent respecter un délai minimal de quatorze jours contre quarante deux dans le cas d'un préavis détaillé.

Précisons pour conclure sur ce point que l'article 65 de la Loi prévoit une amende de 50 000 dollars pour toute infraction à ces dispositions. On constate donc que les autorités canadiennes sont beaucoup moins sévères que ses homologues européennes et américaines quant aux infraction ayant trait à la procédure de notification d'une opération de fusionnement.⁶²⁶

Sous paragraphe 2 : Les alternatives au préavis

A) La délivrance d'un certificat de décision préalable :

Dans les cas où l'opération de fusionnement ne semble pas soulever de difficultés quant à son impact sur la concurrence, les entreprises concernées peuvent demander au Commissaire de la concurrence que celui-ci, leur délivre un certificat de décision préalable dans lequel il reconnait qu'il ne dispose pas d'éléments suffisant pour demander au Tribunal de rendre une ordonnance⁶²⁷ interdisant ou restreignant l'opération en question.

Ce certificat s'il leur est accordé dispense les entreprises de l'obligation de remplir un préavis et leur garantit également que l'opération en question ne pourra être uniquement contestée qu'au cas où de nouveaux éléments prouveraient le caractère néfaste de cette opération. En l'espèce le principal avantage du certificat est qu'il est définitif sous réserve toutefois de

⁶²⁴ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 1 A) relative à la procédure de notification en matière de mergers aux États-Unis

⁶²⁵ Voir les articles 16 et 17 du Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis

⁶²⁶ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 2 B) relatif aux sanctions communautaires et PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 1 A) relatif aux sanctions américaines

⁶²⁷ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 3 paragraphe 1 sous paragraphe 2 B)

l'obtention de nouvelles preuves, contrairement au préavis dont le résultat est révisable après trois ans, Du fait que les coûts et délais d'obtention du certificat sont les mêmes que ceux en vigueur pour le préavis, les praticiens ont de plus en plus recours à cette méthode. En contrepartie ces critères d'obtention sont plus sévères, puisqu'il importe qu'il n'existe aucun doute ni indice permettant de supposer que l'opération en question puisse même sensiblement restreindre la concurrence au sein du marché pertinent.

B) Les exemptions statutaires à l'obligation de préavis:

En l'espèce le droit canadien de la concurrence exempte certaines catégories de transactions qui normalement devraient être soumises à la partie IX de la présente Loi.⁶²⁸ A cet égard, l'article 111 exempte toute une série d'acquisitions d'éléments d'actifs immobiliers dès lors que cette acquisition ne constitue pas la principale opération de l'entreprise et qu'elle se réalise dans le cours normal des affaires de l'entreprises, ainsi que certaines acquisitions d'actions conférant droit de vote ou certains titres de participation.

L'article 112 prévoit pour sa part que la constitution ou la prise de participation dans une entreprise à risque partagée est dispensée des obligations de la Partie IX si cette opération n'entraîne pas de changement de contrôle au sein de l'entreprise en question.⁶²⁹

Enfin, l'article 113 énonce les exceptions que l'on considère d'application générale, comme par exemple des transactions impliquant uniquement des parties affiliées entre elles, des transactions à l'égard desquelles le ministre des Finances reconnaît qu'il est dans l'intérêt financier canadien qu'elles se réalisent ou celles qui ont fait l'objet d'un certificat de décision préalable émanant du Commissaire en vertu de l'article 102.⁶³⁰

Paragraphe 2 : La procédure d'investigation et de sanctions en matière de fusionnement

Il appartient au Commissaire de la concurrence de demander au Tribunal de rendre des ordonnances visant à interdire ou à restreindre l'impact d'un fusionnement dès lors qu'au cours de son enquête il obtient la conviction qu'une telle opération est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au sein du marché canadien.

⁶²⁸ Partie IX : Transactions devant faire l'objet d'un préavis

⁶²⁹ Cf. PARTIE III CHAPITRE III Relatif au traitement des entreprises à risques partagées au Canada

⁶³⁰ S.Bourque, P.Buchholz, L.Markowitz « *Loi sur la Concurrence Annotée* » p278 à 281 éd Yvon Blais 2000

Du fait que la procédure d'investigation prévue pour le contrôle des fusionnements est la même que celle en vigueur pour les abus de positions dominantes,⁶³¹ nous ne nous pencherons en l'espèce que sur les pouvoirs dont dispose le Tribunal pour réprimer ou corriger certains effets de l'opération.

Sous paragraphe 1 : Le pouvoir du Tribunal de prononcer des ordonnances provisoires

Le Tribunal peut à la demande du Commissaire ordonner de telles mesures pour geler le projet de fusionnement le temps que les sanctions prévues à l'article 92 soit appliquées.⁶³² Cette disposition qui est spécifiquement prévue à l'article 104 de la Loi précise que cette ordonnance sera effective le temps que le Tribunal juge nécessaire. Elle a donc pour objectif d'éviter que l'opération de fusionnement ne produise des effets anticoncurrentiels entre la date de son interdiction et celle de l'entrée en vigueur des sanctions.

La même procédure est envisageable en vertu de l'article 100, dans les cas où une ordonnance d'interdiction en vertu de l'article 92 n'a pas encore été rendue. Ce principe qui s'inspire de la période d'attente du droit antitrust américain⁶³³ a pour but de geler l'opération tant que l'investigation n'a pas été menée à son terme et tant que des questions restent en suspens.⁶³⁴

Sous paragraphe 2 : Le pouvoir du Tribunal de prononcer des ordonnances permanentes de redressement

Les mesures en questions sont énoncées aux paragraphes e) et f) de l'article 92 en vertu duquel le Tribunal peut ordonner à la nouvelle entité de se dissoudre, de se départir d'un certain nombre d'éléments d'actifs ou dans les cas où l'opération n'est pas encore réalisée de simplement renoncer à la réaliser ou de ne procéder qu'à une partie de l'opération.

Quelles que soient les mesures de redressement ordonnées, elles doivent viser à rétablir la concurrence de telle manière qu'il ne soit plus possible de conclure qu'elle est sensiblement inférieure à ce qu'elle était avant l'opération.⁶³⁵ À cet égard, la Cour fédérale a tiré de sa jurisprudence, une norme, en vertu de laquelle les décisions du Tribunal de la concurrence se

⁶³¹ Cf. PARTIE I CHAPITRE III Section 3 paragraphe 2 sous paragraphe 2

⁶³² Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 3 paragraphe 2 sous paragraphe 2

⁶³³ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 2 A)

⁶³⁴ Pour une étude plus approfondie des ordonnances provisoires voir : S.Bourque, P.Buchholz, L.Markowitz « *Loi sur la Concurrence Annotée* » p263 à 268 éd Yvon Blais 2000 et y. Bérriau et Y. Comtois « *Le Droit canadien de la concurrence* » p 362 à 364 éd Carswell 1999

⁶³⁵ Canada c/ Southam Inc n 2 (1997) 185 NR 291 (CAF) 1 RCS 748, 144 DLR (4th)

doivent être « *d' une retenue plus grande que la norme de la décision correcte, mais moins élevée que celle de la décision non manifestement raisonnable* »⁶³⁶

Il convient de préciser pour conclure sur ce point que l'exercice du pouvoir de réparation du Tribunal est totalement discrétionnaire. Ce dernier n'a pas pour but de protéger les intérêts privés affectés par l'opération, mais au contraire de préserver l'intérêt public canadien en maintenant un haut degré de concurrence au sein du marché national

⁶³⁶ Idem

PARTIE III : Le régime applicable aux joint-ventures ou coentreprises

Un certain nombre d'auteurs considèrent que la joint-venture représente la forme la plus rudimentaire d'association.. La joint-venture est en fait un accord de collaboration entre deux ou plusieurs partenaires en vue de réaliser un projet spécifique. La plupart du temps ces partenaires qui mènent parallèlement à ce projet des activités qui leur sont propres, s'associent par le biais de la joint-venture du fait, de l'impossibilité de réaliser le projet individuellement, du fait de certaines législations imposant comme par exemple dans le droit chinois des affaires que l'un des partenaires du projet soit ressortissant du pays sur le territoire duquel le projet va se dérouler, afin également de rationaliser les coûts, de partager les risques mais aussi de bénéficier de l'expertise ou des connaissances technique d'un ou plusieurs partenaires dans tel ou tel domaine.⁶³⁷ Deux techniques sont généralement utilisées, la technique contractuelle, et la technique structurelle.

Il faut bien comprendre que la structure originale de la joint-venture est la forme purement contractuelle. Elle provient d'un besoin exprimé par les milieux d'affaire pour un type de relation plutôt informelle limitée à la réalisation d'un ouvrage et qui permet à des entreprises de s'associer tout en conservant leur autonomie et même quelquefois tout en continuant à se faire compétition dans d'autres domaines.⁶³⁸ L'auteur Nicole Lacasse donne à cet égard une définition intéressante de la joint-venture contractuelle « *Il s'agit d'une forme d'association non statutaire dans laquelle chaque partie garde sa propre identité. Les partenaires établissent par leur accord une structure commune de fonctionnement pour leur coopération, mais cette structure n'emprunte pas la forme d'une institution définie en droit, elle a exclusivement un caractère contractuel. Ce type de joint-venture est en fait basé sur un contrat innomé contenant les détails de la coopération visée par les parties* »⁶³⁹

Ce faisant Mme Lacasse reprend le point de vue de la jurisprudence et de la doctrine américaine qui contrairement aux autres systèmes juridiques et notamment ceux du Canada et de l'Union Européenne reconnaît à la joint-venture contractuelle une identité distincte du partnership, c'est à dire de la forme sociétaire de la joint-venture.⁶⁴⁰ En effet, la plupart des

⁶³⁷ Pierre. A. Cossette, « Les groupes momentanés d'entreprises (joint-ventures) : nature juridique en droit civil et common law », (1984),44 Revue du Barreau p.463 à 466

⁶³⁸ Idem

⁶³⁹ Nicole Lacasse « La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : choix de la forme juridique » dans Nicolle Lacasse, La coentreprise à l'étranger, p.46 Éd Wilson Lafleur 1989

⁶⁴⁰ Walter H.E. Jeager Joint venture: Origin, nature and development (1960), 9 The American University Law Review p 1 et 2 « *The joint venture is an association of two or more persons based on contract who combine*

tribunaux auront tendance à requalifier le contrat de joint-venture contractuelle en contrat de société les juges déduisant de l'intention de collaborer des parties un affectio societatis.

Outre la forme contractuelle, la joint-venture peut se réaliser sous la forme structurelle. Elle peut selon les cas prendre la forme d'une association d'une société dépourvue de véritable personnalité juridique et agissant en tant qu'entité dépendante des différents partenaires.⁶⁴¹ Elle peut également prendre la forme dite corporative qui est d'ailleurs la plus couramment utilisée et qui a pour conséquence de regrouper par l'intermédiaire d'un contrat de base, tous les partenaires comme actionnaires d'une entreprise dont le régime sera celui de la responsabilité limitée. Cette entité disposera alors, d'une personnalité et d'un patrimoine distinct de ses fondateurs.⁶⁴² Le grand avantage de ce système est qu'il est unanimement reconnu dans tous les systèmes juridiques.

Néanmoins, il nous semble que cette forme de coentreprise ne soit utilisée que par défaut en attendant l'adoption par divers ordres juridiques d'un statut comparable à celui reconnu aux États-Unis. En effet, la coentreprise corporative en faisant fi de l'élément intuitu personae rompt en partie avec l'un des aspects intrinsèques de la joint-venture.⁶⁴³

La forme que prendra cette coentreprise entraîne de nombreuses différences quand à l'exécution et à la perception du projet. En effet, dans le cadre d'une joint-venture contractuelle, les autorités de la concurrence peuvent être amenées à considérer que le contrat d'association passé entre les partenaires n'est autre qu'une entente ou un complot visant à restreindre la concurrence au sein d'un marché. À l'inverse, dans le cas d'une joint-venture structurelle les autorités constatent la création d'une nouvelle entité, qu'elles peuvent le cas échéant assimiler à une fusion voir même à une acquisition d'entreprise dans les cas où les partenaires n'ont pas des parts égales dans la nouvelle structure.

their money, property, knowledge, skills, experience or undertakings time or other resources in the furtherance of a particular project or undertaking, usually agreeing to share the profits and the losses and each having some degree of control over the venture»

Traduction : « La joint-venture est une association de deux ou plusieurs personnes mettant en commun leur argent, leurs biens, connaissances, compétences, expérience, ou tout autres ressources, dans la poursuite d'un projet. Généralement cette association repose sur un contrat expresse ou tacite dans lequel les parties s'entendent pour partager les bénéfices, les pertes et pour disposer chacun d'un pouvoir de décision dans la joint-venture »

⁶⁴¹ Le Québec par exemple a introduit le concept de société en participation à travers l'adoption des articles 2250 et s... du Code Civil du Québec (CcQ)

⁶⁴² Pour une étude plus approfondie sur la différence entre les différentes formes de joint-ventures voir : Louis-Xavier Huguenin-Vuillemin et al « Les contrats internationaux de joint-venture » p 1 à 10 Université de Montréal. Droit des transactions commerciales n 2 (DRT 6965 H) Hiver 2002-2003. Disponible sur le site du Centre de Droit des Affaires et du Commerce International de l'Université de Montréal

⁶⁴³ Idem

Il conviendra donc dans cette étude de se pencher sur l'appréciation que font les différentes autorités de la concurrence des pays où s'exécutent et/ou se produisent les effets de telles opérations, afin d'observer le régime qui leur est appliqué.

Afin d'illustrer notre étude sur le contrôle des pratiques restrictives à la concurrence au sein des marchés de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada, nous nous pencherons sur le régime spécifique applicable à ces différentes formes de joint-ventures au sein de ces trois dispositifs anticoncurrentiels.

CHAPITRE 1 : Le traitement des Entreprises Communes dans le droit communautaire de la concurrence.

Les joint-ventures ont une place à part dans le droit communautaire de la concurrence, du fait qu'elles peuvent à la fois tomber sous le coup de l'article 81 anciennement 85 relatif aux ententes et sous le coup du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 relatif au contrôle des opérations de concentrations de dimension communautaire. Le traitement auquel ces formes de coopération seront soumises dépend donc de la forme qu'elles prendront.

Le droit communautaire s'est penché sur cette distinction entre joint-venture structurelle et contractuelle, bien avant la mise en œuvre du règlement sur les concentrations. En effet dans le cadre d'un Mémoire sur le contrôle des concentrations produit par la Commission en 1966, il était déjà reconnu que les joint-ventures concentratives ne seraient pas regardées sous l'angle de l'ancien article 85. L'arrêt *BAT & Reynolds c/ Commission*⁶⁴⁴ constitue la première étape du droit actuel en la matière puisqu'il a reconnu que certains types de concentration se réalisant sous la forme d'une joint-venture coopérative devaient être examinés à travers l'article 85.

C'est finalement avec l'adoption du règlement sur les concentrations du 21 décembre 1989 modifié par celui du 30 juin 1997 que la Communauté Européenne s'est véritablement dotée d'un droit cohérent en matière de joint-venture, qualifié par le droit communautaire d'Entreprise Commune (EC.)

Désormais, dans le cas où une entreprise commune structurelle est constituée, c'est à dire dans les cas où les différents partenaires mettent en commun des biens, équipements et toutes autres choses pour doter leur nouvelle entité de structures dignes de ce nom, il importe de

⁶⁴⁴ 142 & 156/184 (1988) 4 CMLR 24

déterminer si cette entreprise commune entraîne une coordination de comportement entre ces différents « fondateurs. » Si tel est le cas, les autorités communautaires doivent qualifier cette entité d'entreprise commune coopérative. Dans cas de figure, du fait qu'il y a création d'une entité matérielle, les règles de procédures seront celles du règlement 4064/89, mais par contre les critères pris en compte pour autoriser ou interdire cette opération sont ceux de l'article 81⁶⁴⁵ relatif aux ententes et non ceux des articles 2 paragraphe 2 et 3 du même règlement ayant trait au renforcement ou à la création d'une position dominante et qui sont applicable aux entreprises communes concentratives.

Pour déterminer si l'on se trouve devant une entreprise commune coopérative ou concentrative, les autorités de la concurrence s'appuient sur les critères de l'article 2 paragraphe 4 alinéa 2 qui énonce que :

« Dans cette appréciation, la Commission tient compte notamment :

- de la présence significative et simultanée de deux entreprises fondatrices ou plus sur le même marché que celui de l'entreprise commune, sur un marché situé en amont ou en aval de ce même marché ou sur un marché voisin étroitement lié*
- de la possibilité donnée aux entreprises concernées par leur coordination résultant directement de la création de l'entreprise commune d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits et services en cause »*

Il convient d'explicitier quelque peu le premier des deux critères énoncé ci-dessus, le second ne présentant en effet rien de nouveau puisque nous en avons déjà fait l'étude dans le cadre du traitement des ententes en droit communautaire.⁶⁴⁶

Au regard du droit communautaire de la concurrence, la présence significative est simultanée de deux ou plusieurs entreprises fondatrices sur le marché de l'entreprise commune est un indice de coordination de comportement. *« En effet, chacune de ces entreprises (fondatrices et EC) auront des intérêts convergents. Ce n'est que lorsque les entreprises fondatrices ont abandonné définitivement le marché sur lequel va opérer l'entreprise commune, et que leur*

⁶⁴⁵ Article 2 paragraphe 4 du règlement 4064/89 modifié par le règlement 1310/97 « *pou autant que le création d'une entreprise commune constituant une opération de concentration au sens de l'article 3 a pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes, cette coordination est appréciée selon les critères de l'article 85 paragraphe 1 et 3 du Traité, en vue d'établir si l'opération est compatible ou non avec le Marché Commun...* »

⁶⁴⁶ Voir. PARTIE I CHAPITRE I Section 2 paragraphe 1 relatif au traitement des ententes au sein du Marché Commun

*retour est en fait ou en droit impossible, que l'on sera à coup sur en présence d'une opération non concentrative. »*⁶⁴⁷

Cette question est avant toute chose, une question d'interprétation, comme le démontre notamment la jurisprudence de la CJCE et de la Commission. A cet égard, le critère le plus pertinent est celui de savoir si le retrait de l'entreprise fondatrice du marché sur lequel opère l'entreprise commune est définitif ou simplement provisoire. Pour cela les autorités peuvent prendre en compte les investissements nécessaires que doit faire l'entreprise fondatrice pour réintégrer le marché. Plus ceux-ci sont importants plus le retour est improbable.⁶⁴⁸

De la même manière, il est possible de faire une étude prospective de l'évolution de la concurrence au sein du marché en question entre la ou les entreprise(s) fondatrice(s) et l'entreprise commune. Dès lors qu'il est prouvé que cette concurrence est résiduelle, l'entreprise commune est qualifiée de concentrative. Il convient de préciser en outre que les critères de l'article 2 paragraphe 4 du règlement ne sont pas exhaustifs même s'il sont ceux auxquels la Commission accordera le plus d'importance.

En conclusion, on peut constater que dans le droit communautaire de la concurrence une entreprise commune coopérative dont les effets sont similaires à ceux d'une entente entre concurrents sera soumise au même traitement qu'une simple joint-venture contractuelle. La raison étant que le droit communautaire ne reconnaît pas le principe de joint-venture contractuelle qui n'est véritablement exprimé qu'aux États-Unis et qu'en conséquence cette forme de coopération est tout simplement considéré comme un entente entre concurrent.

⁶⁴⁷ Cristian Gavalda et Gilbert Parléani « Droit des affaires de l'Union Européenne » p. 342. Litec 3^{ème} éd

⁶⁴⁸ Décision Mannesman- Vallourec, 31/01/94 : JOCE, L. 102 21/04/94

CHAPITRE 2 : Les joint-ventures face aux dispositions antitrust américaines

Dans son article premier le Sherman Act énonce que tout contrat, association sous forme de cartel, entente ou tout autre aspect, conspiration entraînant une restriction illégale du commerce entre les différents états ou même avec des pays étrangers, doit être déclaré illégal. Pour sa part l'article 7 permet de déclarer illégal toute acquisition d'action ou d'éléments d'actifs pouvant avoir pour effet de diminuer sensiblement la concurrence ou de créer un monopole dans toute branche du commerce ou dans toute région du pays.⁶⁴⁹

Bien que nous ayons déjà vu que les concentrations d'entreprises peuvent être contrôlées par l'intermédiaire du Sherman Act,⁶⁵⁰ la pratique nous révèle que l'article premier de ce texte ne sert en réalité qu'aux contrôles des complots⁶⁵¹ et autres ententes et que c'est bien l'article 7 du Clayton Act, tel qu'il a été modifié⁶⁵² qui sert d'instrument de réglementation à l'encontre des opérations de fusions-acquisitions.

En conséquence, les joint-ventures contractuelles à savoir celles n'entraînant pas constitution d'une nouvelle structure et les joint-ventures structurelles que le droit communautaire qualifie de coopérative parce qu'elles ont pour effets d'influencer les comportements des divers protagonistes au sein du marché pertinent, sont soumises aux dispositions propres aux complots et autres conspirations relevant de l'article premier du Sherman Act.

A l'inverse, les joint-ventures qui prennent formes à travers la création d'une nouvelle entreprise détenue conjointement par les différents fondateurs sont observés à travers le prisme de l'article 7 du Clayton Act et éventuellement celui de l'article 5 du Federal Trade Commission Act.⁶⁵³

Le 7 avril 2000, la FTC et le DOJ ont mis au point un nouveau guide de Lignes directrices relatif à la collaboration entre concurrents.⁶⁵⁴ Même si les autorités ont reconnu qu'en adoptant ces Lignes leur intention n'était pas de se focaliser sur les fusions-acquisitions, il reste néanmoins établi que ce guide n'est pas totalement indépendant par rapport aux autres publications des autorités antitrust ayant trait aux concentrations. Il existe en effet une

⁶⁴⁹ Cf. note 455

⁶⁵⁰ Cf. note n 447

⁶⁵¹ Cf. note 448

⁶⁵² Cf. note n 450

⁶⁵³ Cf. note n 456

⁶⁵⁴ The Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors : 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13.161 (7/04/2000)

véritable interdépendance entre ces différentes dispositions, l'article 1 paragraphe 3 alinéa 4 du guide relatif à la collaboration prévoit même que dans certaines circonstances⁶⁵⁵ des joint-ventures coopératives peuvent être contrôlées comme des opérations de concentration⁶⁵⁶

Il est donc possible de constater que les joint-ventures concentratives disposent d'un régime juridique différent des joint-ventures contractuelles et coopératives, tant au niveau des dispositions ayant un effet obligatoire qu'au niveau des dispositions qui en sont dépourvues.

La Commission du commerce et le département de la justice justifient leur choix de traiter ces deux formes d'association distinctement sur la base des différentes conséquences qu'elles ont sur la concurrence. En effet, ces Lignes directrices considèrent que le processus de concentration a pour conséquence d'entraîner la disparition de la concurrence existant entre les parties à l'opération, tandis que le processus de collaboration maintient durant toute la période d'association une certaine forme de concurrence entre les différents protagonistes.⁶⁵⁷

L'article 1 paragraphe 2 des lignes directrices en matière de collaboration entre concurrents, propose un survol des conditions d'analyse permettant de déterminer la légalité de ces accords de coentreprise. Comme nous l'avons déjà vu précédemment ces accords d'association peuvent d'une part être interdits d'office⁶⁵⁸ en raison de leur nocivité supposé à l'égard de l'économie et de la concurrence. Cela s'applique aux joint-ventures qui ont sinon pour but du moins pour principale conséquence de fixer les prix de tels ou tels produits ou services, de se répartir entre-elles les différents secteurs du marché en cause...⁶⁵⁹

D'autre part ces accords peuvent être soumis au test de la raison⁶⁶⁰ qui a pour but de faire une analyse comparative des avantages et inconvénients qu'engendrent une telle opération sur le marché de référence. La joint-venture ne sera alors autorisée que si les bénéfices qu'elle procure aux consommateurs sont supérieurs aux pertes qu'ils peuvent éventuellement subir.⁶⁶¹

⁶⁵⁵ Cela dépendra essentiellement du degré réel de concurrence existant entre les différents partenaires, du degré d'efficacité que va engendrer la formation de la coentreprise, de l'impact de cette joint-venture sur la disparition éventuelle d'autres concurrents...

⁶⁵⁶ Cf. Partie II CHAPITRE II Section 1 paragraphe 1 sous-paragraphe 2 relatif aux Lignes Directrices en matières de fusions horizontales

⁶⁵⁷ Article 1 paragraphe 3. Traduction : « ... *mergers end competition between the merging parties while collaborations preserve some form of competition among the participants...* »

⁶⁵⁸ PARTIE I CHAPITRE I Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 2 A) relatif à la per se rule

⁶⁵⁹ Voir à cet égard les arrêts suivants : *New York vs St Francis Hospital*. 94 F. Supp. 2d 399 (SDNY. 2000)
California dental Association vs FTC 224 F. 3d 942 (9th 2000)

⁶⁶⁰ PARTIE I CHAPITRE I Section 1 paragraphe 1 sous paragraphe 2 B) relatif au test des effets

⁶⁶¹ Pour une étude plus approfondie du traitement des joint-ventures coopératives aux États-Unis, voir : *Annual Review of Antitrust Law developments*. 2000. p 119 à 124. Section of Antitrust Law of the American Bar Association

Les joint-ventures concentratives sont pour leurs parts interdites ou morcelées dès lors que l'association entre les anciens concurrents a pour conséquence de diminuer substantiellement la concurrence ou de créer un monopole au sein du marché de référence.

Comme nous l'avons déjà évoqué au cours de l'étude sur le traitement des opérations de fusions-acquisitions, l'appréciation des conséquences de la constitution d'une coentreprise concentrative peut prendre plusieurs formes.

En effet, si l'accord de joint-venture est soumis au contrôle du DOJ, il sera procédé à une analyse mathématiques pour mesurer l'impact de l'opération sur la concentration du marché en cause. Plus celle-ci est forte, plus l'accord a de chance d'être rejeté.⁶⁶² Par contre si cet accord est soumis au contrôle de la FTC il sera procédé à une analyse comparative de plusieurs facteurs dont les plus importants sont les parts de marché que détiendra la nouvelle structure après l'opération ainsi que le taux de concentration du marché en question après que cet accord d'association soit entrée en vigueur.⁶⁶³

Qu'elles soient contractuelles ou structurelles, coopératives ou concentratives, les joint-ventures disposent par contre d'un régime dérogatoire commun. En effet, les coentreprises exerçant dans le domaine du commerce d'exportation bénéficient des exemptions statutaires prévues par les dispositions du Webb-Pomerene Act⁶⁶⁴ et de l'Export Trading Company Act,⁶⁶⁵ tandis que les joint-ventures participant à des activités de recherche et développement peuvent être protégés contre les recours privés en dommages et intérêts,⁶⁶⁶ grâce aux dispositions du National Cooperative Research Act de 1984.^{667 668}

⁶⁶² Cf. PARTIE II CHAPITRE II Section 1 paragraphe 2 sous paragraphe 2 A) d) relatif à la méthode HHI

⁶⁶³ Idem c) relatif à l'étude multi-factorielle

⁶⁶⁴ 15 USC paragraphe 62

⁶⁶⁵ 15 USC paragraphe 4001-4003 4011-4021

⁶⁶⁶ Cf. Partie II Chapitre III Section 2 paragraphe 1 sous paragraphe 2 relatif aux recours ouverts aux parties privées

⁶⁶⁷ 15 USC paragraphe 4301-4305

⁶⁶⁸ Pour une étude plus approfondie sur ce régime dérogatoire, voir J. W. Rowley et D. J. Baker. « International Mergers- The Antitrust Process. » p. 451-542. éd Sweet & Maxwell

CHAPITRE III : Le traitement des entreprises à risques partagés dans le cadre de la Loi canadienne sur la concurrence

En vertu de la Loi canadienne sur la concurrence, seules les ententes restreignant indûment la concurrence sont interdites sur le marché canadien. Le problème en l'espèce est que le législateur à travers l'article 45 de la Loi ainsi que les tribunaux ont été incapables de qualifier de manière précise ce qu'était une restriction indue de la concurrence.⁶⁶⁹ Il est toutefois reconnu que plus une entreprise est importante, moins il est nécessaire que les actes qu'elles commettent soient restrictifs pour que l'on considère qu'elle entrave la concurrence de manière indue.

A l'inverse, le traitement des fusionnements prévus par les articles 91 et suivants s'avère beaucoup plus complet et lisible que celui réservé aux ententes. En conséquence, devant l'incertitude à propos de la notion d'entente au Canada, qui fait en sorte que les gens d'affaire sont « *dans l'impossibilité comme n'importe quel autre justiciable de déterminer avec une certitude raisonnable ce qui leur est permis de faire ou non...* » il nous semble judicieux de conseiller aux entreprises désireuses de s'associer pour la réalisation d'un projet, de ne pas recourir au contrat d'association d'entreprise, notamment du fait qu'au cas où cette association serait déclarée contraire aux règles canadiennes de la concurrence, les intéressées seraient soumises à des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 10 millions de dollars d'amende.⁶⁷⁰

L'inadéquation des dispositions de l'article 45 aux joint-ventures ou entreprises à risques partagés, comme elles sont dénommées en vertu de la Loi est également appréciable à travers les dispositions de l'article 95 de la Loi qui a pour but d'énoncer les conditions d'application du régime dérogatoire concernant les entreprises à risques partagées.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Cf. notes n 176 à 180

⁶⁷⁰ Louis-Xavier Huguenin-Vuillemin et al « Les contrats internationaux de joint-venture » p 22-23 Université de Montréal. Droit des transactions commerciales n 2 (DRT 6965 H) Hiver 2002-2003. Disponible sur le site du Centre de Droit des Affaires et du Commerce International de l'Université de Montréal

⁶⁷¹ Article 95 « *Le Tribunal ne rend pas d'ordonnance en application de l'article 92 à l'égard d'une association d'intérêt formée ou dont la formation est proposée autrement que par l'intermédiaire d'une personne morale, dans le but d'entreprendre un projet spécifique ou un programme de recherche et de développement si les conditions suivantes sont réunies :*

- a) *un projet ou un programme de cette nature :*
 - i) *soit n'aurait pas eu lieu ou n'aurait vraisemblablement pas lieu sans l'association d'intérêts,*
 - ii) *soit n'aurait, en toute raison, pas eu lieu ou n'aurait pas vraisemblablement eu lieu sans l'association d'intérêts en raison de risques attachés à ce projet ou programme et de l'entreprise qu'il concerne*

En effet, cet article et plus précisément son alinéa c) énonce que le régime dérogatoire en question ne concerne que les joint-ventures structurelles concentratives, c'est à dire celles qui dépendent des dispositions relatives aux fusionnements à l'exclusion des autres formes de coentreprises.

Il convient de préciser qu'outre cette restriction, le régime dérogatoire applicable aux joint-ventures canadiennes reste relativement limité. En effet, cette exception n'est pas ouverte aux coentreprises constituées en personne morale, c'est à dire en compagnies. Cette restriction a donc pour conséquence de limiter considérablement le champ d'application de ce régime, du fait que la forme incorporée est la plus utilisée en matière de joint-venture.

D'autre part, ce régime ne s'applique qu'aux coentreprises dont les statuts prévoient qu'elles ont une durée de vie limitée. La simple mention de la réalisation de l'objet de la joint-venture n'est pas considéré comme suffisant pour accorder le bénéfice des disposition en questions.

Il convient désormais de procéder à un bilan des législations applicable aux joint-ventures au sein des marchés communautaires, américains et canadiens.

En l'espèce, il est possible de constater que la législation de l'Union Européenne prend le contre-pied des dispositions canadiennes et américaines, en ce sens qu'il est préférable pour des partenaires désirant s'unir par l'intermédiaire d'une coentreprise, de constituer une entreprise commune coopérative, du fait que les critères qui lui sont applicables à savoir ceux de l'article 81 du Traité sur l'Union Européenne (TUE) anciennement 85 du Traité des Communautés Européennes(TCE) sont plus précis que ceux de l'article 45 et moins strictes que ceux du Sherman Act. La pratique jurisprudentielle, nous enseignent en effet, que les membres d'une joint-venture coopérative courent moins de risque d'être en violation des dispositions antitrust si cette dernière se réalise ou produit ses effets sur le marché de l'Union Européenne.

A l'inverse, si les fondateurs décident de s'associer en créant une véritable structure possédant tous les éléments d'une entreprise autonome, les risques qu'ils soient sanctionnés sont plus

-
- b) *aucun changement dans le contrôle d'une des parties à l'association d'intérêt n'a résulté ou ne résulterait de cette association ;*
 - c) *toutes les parties qui ont formé l'association sont parties à une entente écrite qui impose à au moins l'une d'entre elles l'obligation de contribuer des éléments d'actifs et qui régit une relation continue entre ces parties ;*
 - d) *l'entente visée à l'alinéa c) limite l'éventail des activités qui peuvent être exercée conformément à l'association d'intérêt et prévoit sa propre expiration au terme du projet ou programme ;*
 - e) *l'association d'intérêts n'a pas, sauf dans la mesure de ce qui est raisonnablement nécessaire pour que le projet ou programme soit entrepris et complété, l'effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence ou n'aura pas vraisemblablement cet effet »*

élevés dans le Marché Commun que dans les deux autres systèmes, du fait qu'en matière de concentration communautaire d'entreprise, il suffit que l'opération menace de créer ou de renforcer une position dominante au sein du marché de référence pour que l'opération soit interdite. Précisons en outre, que si les différents partenaires sont reconnus coupable d'avoir constituer une joint-venture concentrative entraînant de telles conséquences sur le marché communautaire, les sanctions qu'ils encourent sont de loin supérieures à ce qui est prévu dans les législations américaines et canadiennes, puisque le montant de l'amende peut aller jusqu'à 10 % de leur chiffre d'affaire annuel.⁶⁷²

⁶⁷² Cf. note n 575 p.23-24

CONCLUSION :

La présente étude avait pour objectif de détailler les mécanismes servant à lutter contre les pratiques restrictives à la concurrence que sont les ententes ou cartels, les monopoles ou abus de positions dominantes et certaines opérations de fusion et acquisitions. Quel que soit l'endroit où ces pratiques prennent leur source ou produisent leurs effets, les conséquences sont les mêmes, à savoir un affaiblissement ou une diminution du nombre de concurrents réels et potentiels au sein d'un marché, le renforcement de la puissance économique des protagonistes de la pratique et au bout du compte un consommateur qui pâtit de la situation en disposant de produits ou services de moindre qualité ou à des prix plus élevés que la normale.

En l'espèce, nous nous sommes concentrés sur les moyens juridiques mis en œuvre par les marchés de l'Union Européenne, des États-Unis et du Canada permettant de lutter contre de tels agissements. Pour les deux premiers le choix semble se justifier de lui-même de part la prépondérance économique financière et commerciale de ces deux marchés par rapport aux autres. Le choix du Canada découle premièrement des liens très étroits dont ce pays dispose avec les États-Unis. Deuxièmement notre choix fut dicté par la structure de ce marché, qui s'avère très étendu territorialement mais relativement peu peuplé, ce qui entraîne un certain nombre de spécificité dans les règles en vigueur et dans la manière dont elles sont appliquées par les autorités de la concurrence.

Cette étude s'articulait autour de deux lignes directrices. Premièrement, il convenait de procéder à une analyse comparative des infractions considérées comme anticoncurrentielle dans chacun des systèmes juridiques retenus, mais aussi à une comparaison des éléments moraux et matériels caractérisant ces infractions, des preuves à apporter pour justifier l'ouverture d'une enquête, des sanctions envisageables ainsi que des règles procédurales.

Au cours de notre observation, nous avons constaté que les objectifs fondamentaux de la législation communautaire d'une part et canadienne et américaine d'autre part n'étaient pas les mêmes. En effet, le droit communautaire de la concurrence a résolument mis le cap sur la protection du consommateur en lui accordant plus d'importance qu'à la protection des différents acteurs du marché. La recherche d'une concurrence praticable au sein du Marché Commun apparaît non pas comme un but en soi, mais plutôt comme un moyen pour arriver au véritable objectif du droit de la concurrence communautaire.

Notre étude nous a également permis de constater que la qualification des différentes pratiques anticoncurrentielles était très différentes entre les États Unis et l'Union Européenne, tandis que le droit canadien faisant pour sa part « la navette entre les deux conceptions. »

A titre d'exemple la notion américaine de l'entente est beaucoup plus stricte que celle en vigueur au Canada et au sein de l'Union Européenne, puisque tout un panel des mesures en question est interdit d'office sans qu'il soit besoin de regarder si elles restreignent effectivement la concurrence, alors qu'il est essentiel de prouver le caractère néfaste et restrictif de cette pratique à l'égard la concurrence pour en obtenir l'interdiction au sein de l'Union Européenne et du Canada. Concernant l'infraction de monopole, la conception américaine, réprime la situation de domination puisque le Sherman Act prohibe le fait de posséder un monopole mais également toute tentative d'en constituer un, alors qu'au Canada et dans l'Union Européenne seul l'abus qui est fait de ce monopole est répréhensible. Les autorités de la concurrence ne sanctionnent donc que les pratiques des entreprises considérées comme abusives en raison de la puissance de celles qui les ont adoptées.

Enfin, en ce qui a trait aux opérations de fusions-acquisitions, c'est la conception communautaire qui s'avère dans ce cas la plus répressive, puisqu'elle a pour conséquence d'interdire toute opération qui a pour effet de créer ou de renforcer une position dominante, sans pour autant que cette situation entraîne une restriction effective de la concurrence. En l'espèce, c'est la potentialité de la restriction qui justifie l'interdiction de l'opération, alors qu'en vertu des droits américains et canadiens une telle opération n'est interdite ou amendée que si elle restreint effectivement la concurrence. Cette différence de conception se retrouve également dans le fait que le contrôle communautaire des opérations de concentrations⁶⁷³ est uniquement à priori, c'est à dire qu'il a toujours lieu avant la réalisation du projet alors que dans les deux autres systèmes, le contrôle prend place avant mais surtout après la réalisation de l'opération en question.

Néanmoins la principale différence existant entre d'une part le droit communautaire de la concurrence et d'autre part le droit antitrust américain et canadien provient du fait que dans ces systèmes, certaines infractions sont de natures criminelles,⁶⁷⁴ alors que toutes les pratiques anticoncurrentielles communautaires observées dans cette étude sont uniquement des

⁶⁷³ Cf. PARTIE II CHAPITRE I Section 2 paragraphe 2

⁶⁷⁴ En vertu de l'article 45 de la Loi canadienne sur la concurrence, les ententes sont des infractions criminelles. Aux États-Unis seules les ententes portant sur les prix sont criminelles. Par contre, l'infraction de monopole ou de tentative de monopole de l'article 2 du Sherman Act n'est considérée comme un crime qu'en vertu du droit antitrust américain

infractions de natures civiles, ce qui n'empêche pas pour autant l'Union Européenne de prévoir des amendes excessivement élevées.⁶⁷⁵

S'il apparaît que les règles communautaires et américaines sont relativement dissemblables sur le fond, il convient de préciser en revanche, comme nous avons pu l'observer précédemment,⁶⁷⁶ qu'en ce qui a trait aux dispositions procédurales régissant l'examen des pratiques en question, les normes communautaires et américaines sont relativement similaires comparativement aux règles canadiennes. Tout d'abord, la Loi canadienne sur la concurrence prive les parties privées du droit d'exercer un recours contre toute personne ou entreprise ayant enfreint les règles concurrentielles, alors que le droit communautaire et le droit américain prévoient de telles procédures.⁶⁷⁷

En outre, la Loi canadienne sur la concurrence, contrairement aux lois américaines et communautaires s'avère « timide » quant à son application extraterritoriale. Or, « *l'internationalisation des échanges et la politique de concurrence agressive de certains États ont conduit le milieu juridique international à admettre que dans certains cas le tribunal d'un pays X peut appliquer son droit à une société située dans un pays Y, sans enfreindre les principes du Droit International Public...* »⁶⁷⁸ En effet, de nos jours, une protection efficace des marchés économiques ne doit plus dépendre uniquement d'une politique juridique défensive.

A cet égard, la Loi canadienne sur la concurrence est restée modérée sur la question de son application extraterritoriale puisqu'elle ne permet « *de contrôler et de punir, un complot une association d'intérêt ou toute autre pratique anticoncurrentielle intervenus à l'extérieure du Canada, qu'au cas où si ces pratiques auraient pris part au Canada, elles auraient constitué une violation de la Loi.* »⁶⁷⁹

En conséquence, une pratique ayant pour effet de restreindre même sensiblement la concurrence au Canada ne peut se voir appliquer les dispositions de la Loi sur la concurrence si cette pratique n'est pas illégale dans le système juridique canadien.

Les États-Unis pour leur part se sont rapidement dotés des textes leur assurant une compétence extraterritoriale, à travers notamment le Sherman Act, mais aussi grâce aux dispositions de l'article 2 du Clayton Act qui précise que certaines pratiques sont illicites

⁶⁷⁵ Dans les cas les plus graves, les amendes peuvent aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaire annuel

⁶⁷⁶ Cf. PARTIE I CHAPITRE III et PARTIE II CHAPITRE III

⁶⁷⁷ Cf. PARTIE II CHAPITRE III Section 2 paragraphe 2 sous paragraphe 1 relatif aux procédures diligentées par les parties privées aux États-Unis

⁶⁷⁸ P. Gaborriau « *L'application extraterritoriale du droit de la concurrence* » p 3. Mc Gill University (1993 G333)

⁶⁷⁹ Idem p. 22

« lorsque des produits étrangers sont vendus pour être utilisés, consommés ou revendus, à l'intérieur des États-Unis »⁶⁸⁰ C'est sur la base de ces dispositions que les tribunaux américains ont tiré leur jurisprudence pour condamner et sanctionner des pratiques étrangères en retenant non pas le lieu de conclusion de l'accord mais le lieu de localisation des effets de l'accord.⁶⁸¹

Le droit communautaire de la concurrence s'est aussi largement inspiré du droit américain pour justifier l'application extraterritoriale de ses normes. En effet, les articles 81 et 82 du Traité sur l'Union Européenne (TUE) sanctionnent les pratiques dès lors qu'elles sont susceptibles d'affecter le commerce entre les États membres. Le but en l'espèce est d'éviter que des sociétés étrangères ne viennent anéantir l'équilibre concurrentiel en vigueur au sein du Marché Commun.⁶⁸² Néanmoins, la pratique a eu pour conséquence que désormais l'application extraterritoriale des dispositions communautaires repose non plus sur la théorie des effets mais sur celle de la localisation du comportement concurrentiel,⁶⁸³ en vertu de laquelle la compétence de l'Union Européenne repose sur le lieu de mise en œuvre du comportement peut importe qu'il soit l'œuvre de simple filiale étrangère.

Il est important de préciser que de nombreux autres systèmes juridiques se sont dotés d'instruments leur permettant d'affirmer leur compétence au-delà de leurs frontières. En conséquence, il en résulte de nombreux conflits de lois mais surtout de juridictions entre les différents systèmes juridiques. Ces difficultés surviennent notamment dans les cas où des États désirent obtenir des preuves et témoignages se trouvant sur le territoire d'un autre pays. Les États-Unis ont à cet égard, adopté une politique extrêmement agressive de recherche de telles informations⁶⁸⁴ à tel point que de nombreux États se sont par la suite dotés de Lois dites de blocage pour faire obstacle aux requêtes américaines et dans certains cas communautaires.⁶⁸⁵

En conséquence, le recours à de telles pratiques a eu et a encore pour conséquence de froisser les sensibilités des différents gouvernements ce qui a pour corollaire de rendre plus difficile la coopération entre les différentes autorités antitrust.

⁶⁸⁰ Idem

⁶⁸¹ Pour une étude plus approfondie de la théorie des effets voir : P. Gaborriau « *L'application extraterritoriale du droit de la concurrence* » p 36 à 57. McGill University (1993 G333)

⁶⁸² Cf. note n 678 p. 19-20

⁶⁸³ ⁶⁸³ Pour une étude plus approfondie de la théorie de la localisation du comportement concurrentiel voir : P. Gaborriau « *L'application extraterritoriale du droit de la concurrence* » p 66 à 110. McGill University (1993 G333)

⁶⁸⁴ Idem p. 122 à 130

⁶⁸⁵ Idem p 131 à 134

Cette constatation nous amène à nous pencher sur la deuxième ligne directrice de ce mémoire qui après avoir brosser un tableau comparatif des mesures permettant d'assurer la protection des marchés européen, américain et canadien contre les pratiques restrictives à la concurrence, aura pour objectif d'étudier d'une part les procédures de coopération et de collaboration existantes entre ces différents systèmes et d'autre part de se demander s'il est envisageable de voir apparaître un jour un droit antitrust international, comme il existe par exemple un droit commercial ou financier international, pour légiférer à l'encontre des ententes, monopoles ou fusions transfrontalières.

En matière de coopération internationale, il convient de préciser que seuls des accords bilatéraux sont pour l'instant en vigueur. Les États-Unis et le Canada ont à cet égard établi entre eux une très longue collaboration, qui débuta en 1959 avec l'Antitrust Notification and Consulative Procedure qui ne prévoyait alors qu'une consultation réciproque des différentes autorités de la concurrence, chaque fois que les intérêts de l'un des deux pays menaçaient d'être affectés. Devant la faible utilité de ce texte, un nouveau document fut élaboré en 1984⁶⁸⁶ qui prévoyait le principe de notification réciproque en cas d'atteinte aux intérêts nationaux d'un des pays.⁶⁸⁷ Néanmoins, il aura fallu attendre le 5 août 1995⁶⁸⁸ pour que ces deux pays se dote d'un outil véritablement efficace, en remplaçant la coopération par une collaboration policière permettant aux autorités de l'un des deux pays de poursuivre son enquête sur le territoire de l'autre sous réserve toutefois de l'accord du « pays d'accueil. » De plus la communication d'informations confidentielles est désormais autorisée sous certaines conditions.⁶⁸⁹ Outre le Japon, L'Australie et l'Allemagne, les États-Unis ont mis au point en 1998 un tel accord avec les autorités communautaires qui a pour objectif de faire droit aux requêtes formées par les autorités de l'autre partie, si une entreprise viole le droit de la concurrence sur son territoire.⁶⁹⁰ Pour leur part, le Canada et l'Union Européenne ont convenu entre eux le 30/06/1999 d'un accord relativement peu contraignant.

⁶⁸⁶ The Memorandum of Understanding between the Government of Canada and the Government of the United States as to Notification, consultation and co-operation with respect to the application of National Antitrust Laws. 23 Int'l Leg. Mat. 275

⁶⁸⁷ Pour une étude de la jurisprudence de l'époque relative à la coopération Canado- Américaine voir : J.P Griffin « *The Impact on Canada of the Extraterritorial Application of the Us Antitrust Law* »

⁶⁸⁸ The agreement between the Government of Canada and the Government of the United States regarding the application of their competition and deceptive marketing practices

⁶⁸⁹ Pour une étude plus approfondie de cet accord voir : N. Ligneul « *L'élaboration d'un droit international de la concurrence* » p 167-168 éd Bruylant de l'université de Bruxelles 2001

⁶⁹⁰ Idem p 170

Toutefois, les parties privées ainsi que les législateurs de la plupart des pays ont reconnu que la coopération bilatérale n'était plus suffisante puisqu'elle ne fait que régler les problèmes entre deux entités, mais ne propose aucun projet d'envergure permettant de faire face de manière efficace à des pratiques anticoncurrentielles.

En conséquence, le nouveau défi du XXI^{ème} siècle en matière antitrust sera d'établir des normes internationales permettant dans un premier temps de développer une coopération multilatérale puis dans un deuxième temps d'élaborer un droit antitrust international opposable à toutes les transactions, entreprises et autorités de la concurrence.

Un certain nombre d'auteurs et de praticiens pensent que cette coopération multilatérale pourrait par exemple s'inspirer des Recommandations sur la Coopération entre les pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles de l'OCDE du 5/02/1999 qui prévoit l'obligation pour les pays signataires de se tenir mutuellement informés des infractions possibles à leurs lois, de s'avertir mutuellement des cas susceptibles de nuire à leurs intérêts, de demander à une autre autorité d'agir contre les pratiques préjudiciables aux intérêts du pays demandeur, de coordonner les enquêtes ainsi que les mesures correctives.

Néanmoins, les dispositions de l'OCDE n'ont aucun caractère exécutoire ce qui faute de sanctions, dispense les états membres de les appliquer.

Plus que possibilité de reformuler ces Recommandations dans le cadre d'un traité international, à l'égard duquel les états sont toujours réticents à apposer leur signature en vue de les ratifier, un certain nombre d'auteurs trouve plus judicieux de les incorporer dans un accord annexe aux accords de l'OMC comme ceux ayant trait au GATT ou au GATS.⁶⁹¹

A cet égard, un certain nombre de propositions ont vu le jour, comme par exemple celle concernant l'adoption d'un accord sur les mesures anticoncurrentielles qui touchent au commerce (Accord MAC) en vertu duquel la procédure de coopération pourrait reposer sur le principe de courtoisie positive, selon lequel un signataire estimant que des pratiques anticoncurrentielles ayant cours sur le territoire d'un autre signataire portent préjudice à ses intérêts majeurs, pourrait en aviser ce dernier et exiger que les autorités de la concurrence de celui ci engagent des procédures d'application de la loi ou examinent ces procédures en vue de mettre fin aux pratiques en question.

Comme nous l'avons déjà évoqué précédemment toute coopération ou collaboration multilatérale aussi avancée qu'elle soit, n'est qu'une étape vers la mise en œuvre d'un droit antitrust international qui ne s'occuperait pas simplement de régler les problèmes procéduraux

⁶⁹¹ Ces sigles font référence aux deux principaux piliers de l'OMC à savoir les accords sur le commerce et les services.

mais qui aurait également pour objet d'unifier les normes relatives aux infractions, aux modes de preuves ainsi qu'aux sanctions et mesures de redressement applicables.

Les Nations-Unies ont à cet égard tenté sans grand succès d'apporter leur pierre à l'édifice en élaborant le 5/12/1980 un code de conduite sur les pratiques commerciales restrictives. En effet, ce dernier s'avère flou et dépourvu de caractère obligatoire puisqu'il énumère d'une part les pratiques restrictives sans les définir et que d'autre part, il ne fait que suggérer aux États membres de se concerter pour arriver à une solution commune.

En conséquence, un certain nombre d'autres propositions ont été faites, comme par exemple celle du Groupe de Munich qui a proposé le 19/07/1993 l'adoption d'un projet de code antitrust international couvrant les principaux secteurs du droit de la concurrence, les rapports entre le droit de la concurrence et les politiques industrielles, prévoyant également l'établissement d'un organisme international assumant avec les gouvernements nationaux la responsabilité de l'application des règles internationales de la concurrence et s'occupant en outre du règlement des différends.⁶⁹²

Néanmoins, le projet qui a nos yeux semble le plus viable s'avère être celui visant à l'adoption d'un accord rentrant dans le cadre de l'OMC et qualifié d'Accord MAC qui aurait pour conséquence l'adoption d'une Loi sur la concurrence et l'instauration d'une autorité indépendante chargée de l'application des dispositions de ladite Loi. Cet accord aurait également pour effet l'adoption de principes communs notamment en matière de transparence, de non-discrimination, d'accès au système judiciaire, de protection raisonnable des informations, et serait au final chapoté par un organisme de règlement des différends autonome de celui de l'Organisation Mondiale du Commerce.

Comme nous avons tenté de le démontrer tout au long de ce mémoire, « *l'internationalisation de la politique de la concurrence, pose des défis complexes et non encore résolus aux différents décideurs, malgré plus d'une décennie de convergence. Ces derniers proviennent essentiellement de différences profondément ancrées et reflétant les caractéristiques économiques juridiques culturelles et historiques distinctes de chaque pays. Par conséquent toute évolution en vue de l'adoption de règles multilatérales régissant la politique de concurrence nécessitera encore de vastes délibérations, retour en arrière, blocage...* »⁶⁹³

⁶⁹² Dossiers du Bureau de la Concurrence canadien : Affaires Internationales – Options en vue de l'internationalisation de la politique de concurrence. [www.http://strategis.ic.gc.ca](http://strategis.ic.gc.ca)

⁶⁹³ Idem

Néanmoins, seules ces tergiversations nous permettrons de nous doter d'un droit prenant en compte les attentes des entreprises privées et celles des consommateurs, respectant les prérogatives des différents gouvernements tout en se voulant efficace et juste pour tous.

BIBLIOGRAPHIE :

Documents Officiels :

Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations : 4 Trade Reg. Rep (CCH)
13,109 (1988)

Antitrust Guidelines for Collaboration Among Competitors : 4 Trade Reg. Rep. (CCH)
13.161 (7/04/2000)

Code de conduite de la CNUCED sur les pratiques commerciales restrictive « *Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle de pratiques restrictives* » 5/12/1980 TD/B/C2/AC6/20

Communication de la Commission européenne relative aux restrictions accessoires aux opérations de concentrations : JOCE 1990 C 203 du 14/08/1990,

Communication de la Commission Européenne sur les modalités de collaboration entre la Commission et les juridictions nationales des États membres pour l'application des articles 81 et 82 du TUE n 93/C 39/05 du 13/02/1993

Communications de la Commission Européenne relatives respectivement à la notion de concentration, la distinction entre Entreprises Communes coopératives et concentratives, et le calcul du chiffre d'affaire : JOCE 1994 C 385 du 31/12/1994

Communication de la Commission Européenne sur les modalités de collaboration entre la Commission et les autorités de la concurrence des États membres pour l'application des articles 81 et 82 du TUE n 97/C313/03 du 10/10/97

Communication de la Commission Européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire- Journal Officiel n C372 du 09/12/1997

Communication de la Commission européenne concernant les mesures correctives recevables par la Commission : JOCE C 68/03 du 2/03/2001

Communiqué de presse du Bureau de la concurrence canadien n 10083 du 10/05/88 relatif à la notion d'intérêt relativement important.

Communiqué de presse du Bureau de la concurrence n 10147 du 16/11/1988) relatif à la friabilité des chips

Communiqués de presse du Bureau de la Concurrence n 11203 du 22/04/94

Communiqué de presse du Bureau de la concurrence du 14/12/94

Communiqué de presse du Bureau de la concurrence du 28/02/95

Documentation du Bureau de la concurrence canadien 10383 de Mai 1991)

Dossiers du Bureau de la Concurrence canadien : Affaires Internationales – Options en vue de l'internationalisation de la politique de concurrence

Lignes directrices de la Commission Européennes en matière de fixations des amendes - JOCE, C9 du 14 janvier 1998,

Mémoire de travail présenté par le Directeur des recherches et enquêtes (Bureau de la Concurrence) au Groupe de travail sur l'avenir des secteurs financiers canadiens. Industrie Canada 11/97.

Mergers Guidelines of the DOJ : 14/06/1984 : 4 Trade Reg. Rep. (CCH) 13,103 (1984)

Rapports de l'analyse comparative de l'examen des fusionnements – Chapitre II : Examen des fusionnements au Canada- Publications du Bureau de la concurrence canadien, 07/11/2002

Rapports de l'analyse comparative de l'examen des fusionnements – Chapitre V : Examen des fusionnements aux États-Unis - Publications du Bureau de la concurrence canadien, 07/11/2002

Rapports de l'analyse comparative de l'examen des fusionnements - Chapitre IX : Examen des fusionnements dans plusieurs juridictions - Publications du Bureau de la concurrence canadien, 07/11/2002

Rapport sur l'interaction entre commerce et politique antitrust - OMC : Groupe de travail sur le Commerce et les politiques de Concurrence 1998

Rapport sur les plans et priorités du Tribunal de la concurrence pour la période 2003-2004

Statements of The Federal Trade Commission Concerning Horizontal Mergers: 14/06/1982: Trade Reg. Rep. (CCH) 13,200(1988)

Summary Overview of the Antitrust Division Criminal Enforcement Program présenté par S. D. Hammond au the Marriott Marquis of New York – le 23/01/2003

Lois règlements et autres dispositions obligatoires :

The Airline Deregulation Act of 1978, 49 USC paragraphe 1378

The Bank Merger Act, 12 USC paragraphes 1842-1843

The Bank Merger Act Amendments et Bank Holding Company Act Amendments de 1966, 12 USC paragraph 1828© (5)(B) & paragraph 1842 ©

The Cellar- Kefauver Act du 29/12/1950, 1184, 64 stat. 1125, codified as amended 15 USC & 18(1982)

The Clayton act (Section 7) 15 USC paragraphe 18 (1914)

The Export Trading Compay Act 15 USC paragraphes 4001-4003 4011-4021

The Federal Trade Commission Act (Section 5) 15 USC paragraphe 45 (1985)

The Hart-Scott Rodino Antitrust Improvement Act (1986) 16 CFR p.801 –803

Loi canadienne sur la concurrence (LRC 1985. c., C-34)

Loi sur le Tribunal de la concurrence L.R. (1985), ch. 19 (2^e suppl.)

The National Cooperative Research Act of 1984 : 15 USC paragraph 4301-05

The Newspaper Preservation Act, 15 USC paragraphes 1801-1804

The Memorandum of Understanding between the Government of Canada and the Government of the United States as to Notification, consultation and co-operation with respect to the application of National Antitrust Laws. 23 Int'l Leg. Mat. 275

Règlement du Conseil Européen 417/85 du 22/02/83 – JOCE. L53 relatif aux accord de spécialisation et de recherche et de développement

Règlement du Conseil Européen 479-92 du 27/02/92 – JOCE L.55 29/02/92 en matière de transport qui sera abrogé par l'entrée en vigueur du règlement 1/2203 remplaçant lui même le règlement 17/62 et également en matière d'agriculture 26-62 du 4/04/62 JOCE.30 L.30

Règlement du Conseil européen 17/62 du 21/06/1962 : JOCE n 013 et Règlement 1/2003 : JOCE

Règlements du Conseil Européen 4064/89 du 21/12/1989 et 1310/1997 du 30/6/1997 relatif au contrôle des opérations de concentrations d'entreprise de dimension communautaire ainsi que la proposition de nouveau règlement du Conseil, du 11 décembre 2002, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises [COM(2002) 711 final - Journal officiel C 20 du 28.1.2003].

Traité des Communautés Européennes (TCE) de Rome 1957 - Articles 85 et 86

Traité de l'Union Européenne (TUE) de Maastricht de 1993- Articles 81 et 82

The Sherman Act (Section 1&2) 15 USC paragraphes 1&2

The Webb- Pomerene Act : 15 USC paragraph 62

Mémoires/ Thèses et Travaux :

D. M. Bellemare. Horizontal merger analyses under the Competition Act, Université de Mc Gill 1991

T. Bloink. International mergers and extraterritoriality, Université de Mc Gill 1992

I. Deschamps. Le droit de la concurrence dans les relations canado-américaines, Université de Montréal 1997

R. du Toit. Regulation of competition in a global economy, Université de Mc Gil 1999

P. Gaboriau. L'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence, Université de Mc Gill 1993

P. Geille. Vers une notion internationale de la concurrence déloyale, Université de McGill 1996

L.-X. Huguenin-Vuillemin et al Les contrats internationaux de joint-venture - Université de Montréal. Droit des transactions commerciales n 2 (DRT 6965 H) Hiver 2002-2003. Disponible sur le site du Centre de Droit des Affaires et du Commerce International de l'Université de Montréal

Monographies :

Y. Bérriau et Y. Comtois. Le droit de la concurrence au Canada, éd Carswell 1999

S.Bourque, P.Buchholz, L.Markowitz. Loi sur la concurrence annotée éd Yvon Blais 2000

C. Champaud. Le pouvoir de concentration des sociétés par actions, Bibliothèque de droit commercial 1962.

P.S. Crampton. Mergers and Competition Act p 476 à 478, Scarborough, éd Carswell 1990

J. de Richemont. Les concentrations d'entreprises et la position dominante au sein des pays du Marché Commun, des Etats-Unis et du Japon, Librairie du journal des notaires et avocats 1971

T. A. Downes et J. Hellison. Legal Control of Mergers in The European Community, Blackstone Press Ltd 1992

C. Gavalda et G. Parléani. Droit des affaires de l'Union Européennes, éd Litec 1999

C.S Goldman. Aspects juridiques bilatéraux de la politique de concurrence canadienne

J. E. Hartlay et J. M. Jacobson. Annual Review of Antitrust Law 2000, Section of Antitrust Law, American Bar Association

Nicole Lacasse. La réalisation d'une coentreprise à l'étranger : choix de la forme juridique dans Nicole Lacasse, La coentreprise à l'étranger, Éd Wilson Lafleur 1989

N. Ligneul. L'élaboration d'un droit de la concurrence international entre les entreprises, éd Bruylant de l'Université de Bruxelles 2001

M. Neuman. Competition Policy, Edward Elgar Publishing Ltd 2001

Sarna et Alince. Mergers and Acquisitions : A Canadian Legal Manual Volume 1 et 2, 36^{ème} version, Jewel Publications Mars 2003

J.Tirole. Concurrence Imparfaite, Collection : Économie et statistiques avancées éd : *Économica* 1985

J.W. Rowley et D. J. Baker. International Mergers : The Antitrust Process, éd Sweet & Maxwell 1991

J. Schapira. Le droit européen des affaires, *Que sais-je* 1985 p.31-63

B. Van Hoof et Al. Communautés Européennes 1996-1997, Éditions F. Lefèbvre

A. Van Kampen et Al. Sample Jury Instructions in Civil antitrust Cases, Section of Antitrust Law, American Bar Association 1999

Périodiques :

F. Blanquet. Les fusions transfrontalières et la mobilité des sociétés, *Revue de droit des sociétés*, Dalloz 2000 Volume 118 p. 115 – 129

D. Carreau et H. Letreguilly. Offre publiques d'acquisitions : les réformes apportées par le nouveau règlement général du Conseil Européen des Marchés financiers, *revue de droit des sociétés*, Dalloz 1999 Volume 117 p.687-713

Pierre. A. Cossette. Les groupes momentanés d'entreprises (joint-ventures) : nature juridique en droit civil et common law , (1984),44 *Revue du Barreau* p.463 à 466

Forum europaeum sur le droit des groupes de société. Un droit des groupes de sociétés, *revue de droit des sociétés*, Dalloz 1999 Volume 117 p.43-81

B. H. Graham. Horizontal restraints in Canada and USA : Emerging issues in competition law, Conférence organisée à Toronto le 10/03/1994, Insight Press 1994

Walter H. E. Jeager. Joint venture: Origin, nature and development *The American University Law Review*(1960), 9 p 1 et 2

V. Loungnarath jr. L'acquisition des actions majoritaires des sociétés anonymes par offre publique d'achat ou par achat en bourse, *Cotemporary Law* 1994 éd Y. Blais p. 406-477

G. Ménard. Abuse of dominance : Some reflexions on Recent Cases and Emerging Issues. Conférence annuelle en droit de la concurrence du Canadian Institute, 1996- p.25

H.I. Wetston. Évolution récente et enjeux du droit de la concurrence au Canada Discours devant le Fordham Corporate Law Institute de New York le 22/10/1992

Sites Internet :

www.ct-tc.gc.ca/francais/bud2003_4.htm#_1_4

www.dfait-maeci.gc.ca

www.europa.eu.int

www.ftc.gov/

<http://roberto.minotti.free.fr/verdict/>

www.stategis.ic.gc.ca

www.usdoj.gov/atr/index.html