Document generated on 05/09/2025 10:55 a.m.

Revue générale de droit

L'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence et les entreprises canadiennes

Jean-Pierre Riel

Volume 20, Number 4, December 1989

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1058349ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1058349ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)
2292-2512 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Riel, J.-P. (1989). L'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence et les entreprises canadiennes. *Revue générale de droit*, *20*(4), 693–718. https://doi.org/10.7202/1058349ar

Article abstract

The Rome Treaty, which established the European Economic Community in 1957, created a specific legal system which is structured according to its objectives. As the Common Market depends upon its competition law to fonction properly, it is unavoidable that the E.E.C. be confronted with the situation of the extraterritorial application of the european competition law. Previously, the European Court of Justice has applied the sections of the Rome Treaty concerning competition, to enterprises established outside its territory, without having to rely on the doctrine of effects. The recent decision of the court, commonly called the « *Pulp & paper* case », involving many multinational enterprises of which many are established in Canada, holds the attention because the court has confirmed its jurisdiction, while avoiding, once again, to justify it by the doctrine of effects.

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1990

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

L'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence et les entreprises canadiennes

JEAN-PIERRE RIEL
Avocat, Québec

RÉSUMÉ

Depuis 1957, le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, a créé un ordre juridique spécifique qui est structuré en fonction de ses objectifs. Ainsi, comme le droit de la concurrence à l'intérieur du Marché commun constitue un des pivot essentiel au bon fonctionnement de cette organisation, il est tout à fait inévitable que la C.E.E. soit confrontée au phénomène de l'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence. Ces dernières années, la Cour de Justice des Communautés européennes a déjà appliqué les dispositions du Traité de Rome sur la concurrence à des entreprises établies à l'extérieur de son territoire sans avoir à s'appuyer sur la théorie des effets; en ce sens, le récent arrêt de la cour, communément dénommé « affaire Pâtes à papier », *impliquant de*

ABSTRACT

The Rome Treaty, which established the European Economic Community in 1957, created a specific legal system which is structured according to its objectives. As the Common Market depends upon its competition law to fonction properly, it is unavoidable that the E.E.C. be confronted with the situation of the extraterritorial application of the european competition law. Previously, the European Court of Justice has applied the sections of the Rome Treaty concerning competition, to enterprises established outside its territory, without having to rely on the doctrine of effects. The recent decision of the court, commonly called the « Pulp & paper *case », involving many multinational enterprises of which many are established in Canada, holds the attention because the court has confirmed its jurisdiction, while avoiding, once*

(1989) 20 *R.G.D.* 693-718

nombreuses entreprises multinationales dont plusieurs établies au Canada, retient l'attention car la cour a confirmé sa compétence extraterritoriale tout en évitant, encore une fois, de justifier sa compétence par la théorie des effets.

again, to justify it by the doctrine of effects.

SOMMAIRE

Introduction 694

I. La compétence du droit communautaire de la concurrence face aux entreprises multinationales 697

A. La notion de compétence et l'article 85 du Traité de Rome 698
B. L'entente visée 704

II. Les critères de rattachement 706

A. Les critères susceptibles d'être appliqués 707
B. Le critère utilisé 711

Conclusion 717

INTRODUCTION

Tout droit de la concurrence représente un ensemble de règles juridiques visant à ordonner une concurrence économique fondée sur les échanges de biens et services à l'intérieur d'un marché. La délimitation géographique d'un territoire ne restreint pas l'application de ces règles lorsque certains opérateurs économiques adoptent à l'étranger des comportements anticoncurrentiels dirigés vers le territoire d'un autre État. Il faut néanmoins que certains actes ou effets (ou les deux à la fois) soient localisés sur le territoire de l'État qui désire appliquer sa réglementation sur la concurrence. Une telle situation se définit, par ce qui a été appelé l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. À ce sujet, en ce qui concerne le droit communautaire, « [il] ne s'agit plus de sanctionner des entreprises qui ont la "nationalité" de l'un des États membres (et qui sont donc dans la sphère géographique naturelle du droit communautaire), mais des entreprises qui, au contraire, n'ont aucun lien juridique avec le droit de l'un ou l'autre de ces États » [1].

1. C. GAVALDA, et G. PARLEANI, *Droit communautaire des affaires*, Paris, Litec, 1988, 745 p., p. 286.

En droit de la concurrence, la notion d'extraterritorialité a fait l'objet de vives discussions. Cette notion est relativement récente et, par conséquent, ses critères d'application ne font pas l'unanimité. De façon générale, on entend par extraterritorialité toutes les situations où « une autorité législative, gouvernementale, judiciaire ou administrative d'un État adresse à un sujet de droit un ordre de faire ou de ne pas faire à exécuter en tout ou en partie sur le territoire d'un autre État »[2].

En droit communautaire de la concurrence[3], le problème de l'extraterritorialité n'a pas tardé à se poser en raison de l'importance

---

2. P. DEMARET, « L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques : questions de droit ou de diplomatie? », [1985] *R.T.D.E.* pp. 1-2.

3. Lorsque nous parlons de « droit communautaire de la concurrence » nous faisons référence au droit communautaire de la concurrence du Traité C.E.E.; en fait, en raison de l'existence des trois Communautés européennes (C.E.E., C.E.C.A. et EURATOM), il n'y a pas un seul mais trois droits communautaires de la concurrence : celui issu du Traité C.E.E., celui du Traité C.E.C.A. et celui du Traité Euratom. Ainsi, le régime C.E.E. des ententes anticoncurrentielles est régi par l'article 85 du Traité de Rome (Traité C.E.E.) que voici :

> 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :
> a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
> b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
> c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
> d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
> e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.
> 2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.
> 3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
> — à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
> — à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
> — à toute pratique concertée ou catégorie 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 ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

croissante du Marché commun et de ses entreprises [4]. Le droit communautaire de la concurrence s'est ainsi vu confronté à cette question, notamment dans les célèbres affaires *Matières colorantes (I.C.I.)*, *Continental Can* et plus récemment, *Pâtes à papier* [5]. Comme le précise avec justesse le professeur Demaret, « [s]i l'on analyse concrètement la portée donnée au champ d'application dans l'espace des articles 85 et 86 [du Traité de Rome], l'on constate que les autorités communautaires n'ont pas dépassé les limites données au droit américain de la concurrence par le juge Hand dans l'arrêt *Alcoa*, mais sont plutôt restées en deçà de ces limites » [6].

L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes dans la récente affaire *Pâtes à papier* (septembre 1988) est particulièrement intéressant car les dispositions du Traité de Rome sur le droit de la concurrence ont été appliquées à des entreprises canadiennes. Nous chercherons à analyser les fondements de cette compétence extraterritoriale, en s'interrogeant sur les principes fondamentaux que sont les critères de rattachement utilisés par la C.J.C.E. pour justifier cette compétence dans le cadre du droit international.

Avant d'entamer l'analyse de l'application extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence au regard de l'affaire *Pâtes à papier*, il importe d'apporter un complément justificatif pour démontrer l'intérêt juridique de cette étude. Lorsque la Cour de Justice décide d'appliquer le droit communautaire de la concurrence à des entreprises étrangères — notamment canadiennes —, la C.E.E. interfère dans les affaires internes du Canada. Toutefois, une telle ingérence peut s'avérer nécessaire pour protéger les mécanismes du marché et donc, préserver une concurrence efficiente [7] au sein du Marché commun. Mais un tel principe n'est pas absolu et se trouve forcément limité. Comme l'affirmait le professeur Myres McDougal du Yale Law School : « In an interdependent world interference by States in each other's community processes, including economic affairs, is inescapable. The question is by what principles and procedures such interference can be moderated and made reciprocally tolerable in the maintenance and expansion of an international economy » [8]. Effectivement, c'est là que réside toute la problématique.

L'article 86 du Traité de Rome, qui nous intéresse moins pour les fins de cette étude, vise pour sa part les abus de position dominante.

4. J. STOUFFLET, « La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la C.E.E., » [1971] *Clunet* 487-500, p. 488.

5. Aff. 48, 49, 51 à 57/69, 14 juillet 1972, Rec. 1972, p. 619; Aff. 6/72, 21 février 1973, Rec. 1973, p. 215; Aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85 (27 septembre 1988), arrêt non encore publié.

6. P. DEMARET, *loc. cit.*, note 2, p. 8.

7. On entend par concurrence efficiente (ou concurrence praticable), les situations où toutes les conditions de concurrence sont réunies.

8. *International Law Association — Report of the 51st conference*, Tokyo, 1964, p. 331.

I. LA COMPÉTENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE FACE AUX ENTREPRISES MULTINATIONALES

Au début du siècle dernier, un juge anglais avait déjà pressenti les dangers inhéhents à l'application extraterritoriale des lois : « Can the island of Tobago pass a law to bind rights of the whole world? Would the world submit to such an assumed jurisdiction? »[9]. Un tel cas de figure pourrait de nos jours être actualisé par une situation concrète si l'on se permet de remplacer les mots *island of Tobago* par *United-States*[10]. En effet, le droit américain de la concurrence a été le premier à pousser très loin la notion d'extraterritorialité du droit économique en estimant que tout comportement anticoncurrentiel par des entreprises localisées à l'extérieur de son territoire serait régi par le droit américain, dans la mesure où un tel comportement produit des effets sur le territoire des États-Unis. C'est ce qui a été appelé la « théorie des effets » (ou la théorie de la « territorialité objective »), théorie qui a été formulée pour la première fois par le juge Hand dans le célèbre arrêt *Alcoa*[11]. Cette théorie, vivement contestée en dehors des États-Unis[12], a par la suite été substantiellement limitée, comme en témoigne l'article 18 du *Second Restatement* des États-Unis[13].

Suivant l'évolution internationale, la notion de compétence du droit communautaire de la concurrence face aux entreprises multinationales n'est certes pas restée insensible à ces développements. En ce sens, comme il appartient aux États de fixer dans l'espace l'étendue de leur compétence normative — ce qui inclut la réglementation de la

---

9. Lord Ellenborourgh *in Buchanan* v. *Ryder*, (1808) 9 *East* 192.

10. B. STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », [1986] *A.F.D.I.* 7-52, p. 19.

11. 148, F2nd 416 (2nd Cir. 1945) : « [...] any State may impose liabilities even upon persons not within its allegiance for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the State reprehends ».

12. À ce sujet, le professeur VERZIJL affirma que « the judicial order to Aluminium Ltd. was in my opinion simply an international nullity », *in* « The controversy regarding the so called extraterritorial effet of the American Anti-Trust », [1961] *Netherlands Tijdschrift voor international Recht*, 3.

13. Le *Restatement* (Éditions de 1965, American Law Institute, St-Paul Minn., p. 47) précise que le rattachement territorial, par la théorie des effets, est conditionné par :

- le fait que la situation incriminée doit être condamnée par les États ayant « des systèmes juridiques raisonnablement développés »;
- l'effet doit être substantiel et apparaître comme une conséquence directe et prévisible de la conduite extraterritoriale;
- la règle posée ne doit pas être contraire aux principes de justice généralement reconnus.

concurrence —, l'établissement d'un droit européen de la concurrence ne fait pas exception [14].

En droit international, la notion de compétence normative ayant une portée extraterritoriale découle de l'arrêt *Lotus* [15] de la Cour Permanente de Justice Internationale. Ce jugement nous a enseigné que le droit international n'interdit pas l'existence d'une compétence extra-territoriale à l'égard de certaines personnes, de certains biens et de certains actes situés hors du territoire. Ceci nous amène donc à nous interroger sur les fondements de la compétence extraterritoriale du droit communautaire face aux ententes anticoncurrentielles.

A. LA NOTION DE COMPÉTENCE ET L'ARTICLE 85 DU TRAITÉ DE ROME

Une objection préalable concernant le droit des organisations internationales avait été formulée dans l'affaire des *Matières colorantes (I.C.I.)* [16] à l'égard de la compétence de la C.E.E. face aux entreprises étrangères. On a invoqué que les Communautés européennes n'étaient pas un État souverain et ainsi, un traité ne saurait lier des États tiers et leurs nationaux; de plus, on a aussi invoqué que la C.E.E. revendiquait une compétence que les États membres ne réclamaient pas eux-mêmes [17]. Ce problème est fort intéressant car il concerne la nature propre de la C.E.E. et à ce sujet les professeurs Bichoff et Kovar ont affirmé qu'« [u]n

---

14. J. STOUFFLET, *loc. cit.*, note 4, pp. 490-992.

15. 7 septembre 1927, CPJI série A, n° 10, p. 2; Rec. *C.I.J.* 1949. Un passage fréquemment cité, p. 19 :

> Tout ce que l'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deçà de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international.

Ce principe a été repris notamment dans l'arrêt *Barcelona Traction* de la Cour internationale de Justice (Rec. C.I.J., 1970); le juge Fitzmaurice a tout de même précisé qu'un tel principe postule l'existence de limites et impose à tout État l'obligation de faire preuve de modération (p. 105).

16. *Matières Colorantes (I.C.I.), supra*, note 5.

17. J.-M. BISCHOFF et R. KOVAR, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté », [1975] *Clunet* 675-727, p. 691.

tel raisonnement méconnaît la réalité de la nature juridique des Communautés européennes »[18]. En effet, lorsqu'il est question de la C.E.E., il faut bien comprendre qu'il ne s'agit pas d'une organisation internationale « comme les autres »[19]. Sans vouloir entrer dans une analyse approfondie qui nous éloignerait de notre propos, précisons tout de même que la justification de cette compétence de la C.E.E. tire sa source de la notion de personne internationale qui lui a été attribuée. Ainsi, en matière d'entente anticoncurrentielle affectant le Marché commun, la compétence exlusive appartient à la C.E.E. car en fait, « [l]a souveraineté n'est pas une condition nécessaire pour l'acquisition de la qualité de sujet du droit international »[20].

Certains auteurs estiment que suite à l'arrêt *Lotus*[21], les États possèdent une compétence extraterritoriale illimitée sous réserve de respecter le domaine spatial assigné par le droit international[22]. En général on s'accorde pour dire que toute compétence extraterritoriale d'un État est fondée sur deux chefs : d'une part, l'établissement de cette compétence par un critère de rattachement et d'autre part, son exercice d'où découle la compétence de jugement (la *jurisdictio*) et la compétence d'exécution (l'*imperium*). Ainsi, on retrouve « [...] d'abord une revendication abstraite de compétence, dans la mesure où les États déterminent unilatéralement l'étendue de leur droit dans l'espace. [...] » et celle-ci « [...] conduit à une mise en œuvre effective du droit considéré dans une espèce déterminée »[23].

---

18. *Ibid.*

19. *Id.*, p. 693.

20. *Id.*, p. 692; et concernant la spécificité des Communautés : « La réalité du phénomène de l'intégration [européenne] contribue à leur spécificité. Dans la mesure où les institutions communautaires édictent des normes juridiques dans les domaines où les États membres leur ont transféré ou attribué compétence, dans la mesure où ces compétences sont effectivement mises en œuvre [...] et comportent également l'aspect externe, dans la mesure où elles s'imposent par leur autonomie — effet direct et primauté — on ne saurait nier la personnalité internationale des Communautés. » (*Id.*, p. 693.)

21. *Lotus*, *supra*, note 15.

22. Sur cette théorie, Pierre MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », [1979] *Revue critique de droit international privé* 1-29, pp. 6-7.

23. R. KOVAR et J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 17, p. 677. Concernant la distinction entre les compétences de législation et d'exécution, H.G. MAIER, « Extraterritorial Jurisdiction at a crossroad : an intersection between public and private international law », (1982) 76 *A.J.I.L.* 280-390, p. 291, apporte une précision importante en ce qui concerne le droit américain : « The Restatement distinguishes two types of jurisdiction that a state may exercise. Jurisdiction to prescribe is "the capacity of a state under international law to make a rule of law". Jurisdiction to enforce is the "capacity of a state under international law to enforce a rule of law" by the act of any governmental branch. » Aussi, HIGGINS, « The legal bases of jurisdiction », *in Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto,* Oxford, éd. Olmsyead, I.L.A. & E.S.C. Publ. Ltd., 1984, p. 2.

Le droit international public a été la principale source de critiques à l'endroit du principe de l'application extraterritoriale des lois car, selon certains, ce principe refuse de reconnaître la souveraineté des États [24]. D'autres auteurs ont cherché à établir une distinction entre les normes de droit public et celles de droit privé, estimant que seules les normes de droit public pouvaient créer des conflits de souveraineté; en ce qui concerne le droit de la concurrence, « [...] qui emprunte ses caractères au droit pénal, au droit administratif et au droit privé » [25], sa nature hybride complique toute possibilité de classification. Toutefois, les difficultés de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence au regard du droit international public se situent surtout au niveau de la compétence d'exécution car « [c]' est le principe de la souveraineté et de l'indépendance des États qui empêcherait les autorités publiques d'un État d'accomplir un acte d'autorité, un acte marqué d'*imperium* sur le territoire d'un autre État » [26].

Par exemple, en droit communautaire de la concurrence, cette théorie pourrait s'interpréter de la façon suivante : la Communauté est compétente pour réglementer les comportements anticoncurrentiels, même ceux engendrés par des entreprises étrangères dès lors qu'ils ont

---

24. A. LYON-CAEN et al., *L'entreprise multinationale face au droit*, Paris, Librairies Techniques, 1977, p. 394.

25. *Ibid.*; et B. GOLDMAN, « Les champs d'application territoriale de la loi sur la concurrence », (1969) vol. III, *R.C.A.D.I. de la Haye* 637-729, p. 640 et s. Il faut noter aussi le commentaire de J. GROUX, « "Territorialité" et droit communautaire », [1987] *R.T.D.E.* 1-33, p. 7, note 9. Selon P. Mayer (*op. cit.*, p. 350 et s., 560 et s.)

> [s]eules les normes de droit public (droit pénal, droit fiscal, douanier, monétaire, droit de la nationalité...) par lesquelles l'État exerce des fonctions ou prérogatives (répression des infractions, perception de l'impôt...) qui ne peuvent, sans inconvénients, être assumées par deux ou plusieurs États à la fois, sont susceptibles de donner lieu à des conflits de souveraineté. Ce n'est pas le cas des règles de droit privé, ni même des « lois de police », qui n'impliquent pas directement l'État et peuvent s'appliquer à des situations diversement localisées, selon ce que décident les règles de conflits de lois. Or, relève J.-M. JACQUET [« La norme extraterritoriale dans le commerce international », [1985] *J.D.I.*, p. 340] [...] « les conflits de lois ne sont pas des conflits de souveraineté »; « la souveraineté de l'État n'est pas atteinte lorsqu'il décide lui-même... d'autoriser l'application de la loi d'un État étranger » car, ce faisant, il « ne prétend pas procéder à une délimitation de souveraineté ». Nous sommes d'accord avec ces analyses. Il n'est cependant pas toujours aisé de ranger une norme dans la catégorie des normes de droit public ou dans la catégorie des lois de police. Ainsi les législations sur la concurrence nous semblent difficilement classables : dans la mesure où elles visent à réglementer certaines relations entre personnes privées, elles s'apparentent à des lois de police; on est, en revanche, tenté d'y voir des normes de droit public, si l'on tient compte de ce qu'elles ont été, historiquement, à l'origine du plus grand nombre de conflits de souveraineté [...].

26. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 394.

pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de la C.E.E. (établissement de la compétence). De plus, la Communauté peut imposer, par exemple, des amendes ou des astreintes aux entreprises étrangères qui ne respectent pas sa réglementation en matière de concurrence (compétence d'exécution — *imperium*) [27]. La C.E.E. ne pourra exercer cette compétence que si elle justifie un critère suffisant de rattachement, qu'il soit par exemple territorial ou personnel. Autrement dit, s'il n'existe aucun lien entre la Communauté et les entreprises étrangères incriminées, aucune compétence d'exécution ne pourra être revendiquée.

Dans une tentative de globaliser le débat, on a de plus affirmé que l'existence des compétences normatives de l'État devait être directement limitée par certains critères de rattachement. Cette interprétation se justifie par le fait qu'il existe obligatoirement une limite *a priori* à la compétence extraterritoriale des États. « En ce sens, il est évidemment sous-entendu que les situations extraterritoriales que l'État cherche à atteindre à travers son ordre juridique doivent avoir un certain rattachement avec l'État » [28].

Il existe donc un lien fondamental entre la notion de compétence et cette nécessité impérative d'établir un critère de rattachement [29] pour appliquer le droit d'un État à des entreprises établies à l'extérieur de cet État. En ce qui concerne la C.E.E. en matière de concurrence, les autorités communautaires n'ont pas hésité à appliquer leur réglementation à des situations d'ordre extraterritorial en présence d'un critère valable de rattachement.

Ainsi, en matière d'entente anticoncurrentielle, de nombreuses entreprises étrangères à la C.E.E. se sont vues imposer les dispositions communautaires et plus particulièrement, l'article 85 du Traité de Rome. Celui-ci régit le contrôle des ententes qui faussent le libre jeu de la concurrence (c'est-à-dire, les accords entre entreprises, les décisions d'association d'entreprises et les pratiques concertées). La compétence du droit communautaire, par opposition à la compétence des droits nationaux des États membres, sera déterminée par la portée de l'entente en question : celle-ci doit affecter le commerce entre les États membres. En ce sens, l'article 85 du Traité de Rome ajoute que ces ententes doivent avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun. Enfin, notons

---

27. Les pouvoirs d'investigation illustrent bien les difficultés de cette compétence d'exécution. La procédure américaine du *sub poena duces tecum* est un exemple souvent repris; cette procédure permet aux autorités américaines de compléter la preuve en exigeant que certains documents se trouvant à l'extérieur des États-Unis soient produits. On imagine aisément les difficultés pratiques de cette procédure (à ce sujet, voir A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 395).

28. B. STERN, *op. cit.*, note 10, p. 20.

29. L'importance de cette notion sera approfondie dans une seconde partie.

que la Cour de Justice a toujours interprété de façon très large la notion de pratique concertée [30]. Ainsi, l'article 85 du Traité de Rome cherche à assurer que les opérateurs économiques détermineront de manière autonome la politique qu'ils entendent suivre sur le marché communautaire.

Comme le droit de la concurrence constitue un droit économique, on y retrouve donc une finalité qui lui est propre. Celle-ci influe nécessairement sur l'étendue de ses compétences. À ce sujet, le professeur Stoufflet précise qu'« [...] [à] la différence du droit pénal classique, le droit économique n'a pas pour objet d'interdire et de réprimer des comportements ressentis dans une société comme déloyaux ou contraires à la morale. Son but est la défense de certains intérêts collectifs désignés par l'autorité publique en fonction de la politique économique » [31]. En conséquence, tout ce qui nuit au marché communautaire sera donc susceptible d'être condamné par les autorités de la C.E.E. dès lors qu'une telle restriction de la concurrence survient à l'intérieur du Marché commun. Il en découle donc que la localisation des auteurs d'actes restrictifs de concurrence n'est pas nécessairement un élément déterminant quant à la compétence de la Communauté. En effet, dès lors qu'il existe un critère valable de rattachement entre la C.E.E. et l'acte anticoncurrentiel, le caractère étranger des entreprises importe peu. Un tel raisonnement est tout à fait cohérent car il serait illogique de réprimer les comportements anticoncurrentiels commis par des entreprises ayant leur siège dans la Communauté alors que le droit communautaire tolèrerait de tels comportements issus d'auteurs localisés à l'extérieur de la C.E.E. mais affectant le commerce entre États membres.

Dès 1964, la Commission a adopté une telle interprétation lorsqu'elle a émis certaines attestations négatives [32], conformément à l'article 85 paragraphe 3 du Traité de Rome. C'est surtout l'affaire

---

30. En effet, cette notion a été définie par la C.J.C.E. dans l'arrêt *Industrie européenne du sucre* c. *Commission*, Rec. C.I.J. p. 1663 : « La notion de pratique concertée vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussé jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles au risque de la concurrence qui ne correspond pas aux conditions normales du marché, compte tenu de la nature des produits, de l'importance et du nombre des entreprises ainsi que du volume et du caractère dudit marché ».

31. J. STOUFFLET, *loc. cit.*, note 4, p. 487.

32. Les sources du droit communautaire de la concurrence ne se limitent pas aux seuls arrêts rendus par la Cour de Justice. En fait, la Commission joue un rôle très important car elle rend un très grand nombre de décisions (et ce, en vertu du règlement 17/62) concernant l'application du droit communautaire de la concurrence à des entreprises. Ces décisions sont ultimement soumises à un contrôle de légalité (art. 173 du Traité de Rome) effectué devant la Cour de Justice. Notons enfin qu'une attestation négative constitue une décision par laquelle la Commission constate qu'au vue des informations dont elle dispose, il n'y a pas lieu d'intervenir; la Commission peut aussi infliger des amendes s'il y a manifestement un manque délibéré de précautions.

Bendix International[33] qui a semblé retenir l'attention car la Commission avait pris le soin de souligner dans sa décision « que le seul fait que l'entreprise concédante est située en dehors du Marché commun ne fait pas obstacle à l'application de l'article 85 [...] »[34].

Quelques années plus tard, la Commission a rendu une décision fort importante à ce sujet car il s'agissait d'une condamnation et non d'une attestation négative. En effet, la Commission, dans l'affaire *Matières colorantes (I.C.I.)*[35], a précisé que « les règles de concurrence du Traité sont dès lors applicables à toutes les restrictions de concurrence qui produisent à l'intérieur du Marché commun des effets visés à l'article 85; qu'il n'y a pas lieu d'examiner si les entreprises qui sont à l'origine des restrictions de concurrence ont leur siège à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ». Ainsi, pour la première fois, la question de l'extraterritorialité se posait de façon directe et non incidente.

Ultérieurement, la Cour de Justice devait confirmer cette prise de position dans l'affaire *Béguelin* du 25 novembre 1971, où la cour a précisé que « le fait, par l'une des entreprises participant à l'accord, d'être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition [c'est-à-dire l'article 85], dès lors que l'accord produit des effets sur le territoire du Marché commun »[36].

Le principe de la compétence extraterritoriale du droit communautaire de la concurrence a donc été largement reconnu. Comme l'affirme L. Idot : « Depuis lors, l'applicabilité du droit communautaire n'a plus été contesté, même à l'occasion des recours en annulation des décisions de la Commission »[37]. Par exemple, avant sa décision dans l'affaire *Pâtes à papier*, la Commission avait réitéré sa compétence sur les entreprises étrangères en matière d'ententes restrictives dans l'affaire *Johnson* du 25 novembre 1980[38].

Ainsi, dans l'affaire *Pâtes à papier*, la Cour de Justice a été particulièrement claire, affirmant que l'article 85 du Traité de Rome s'applique même s'il s'agit d'entreprises ou d'associations d'entreprises établies à l'étranger et même si la pratique incriminée affecte d'autres marchés. Il faut donc retenir que le droit communautaire de la concurrence est potentiellement applicable à toute entente dès lors que celle-ci affecte son marché. Les décisions de la Cour de Justice et de la Commission sont claires à ce sujet. Avant d'analyser dans quelle mesure les critères de

33. J.O.C.E., 10 juin 1964.

34. Voir aussi, *Grosfillex* c. *Fillistorf*, du 11 mars 1964, J.O.C.E., N.58, 9 avril 1964; et, *Nicholas* c. *Vitapro*, du 30 juillet 1964, J.O.C.E., N.136, 26 août 1964.

35. J.O.C.E., décision du 24 juillet 1969.

36. Aff. 22/71, Rec. N.17, p. 959.

37. L. IDOT, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, Thèse Université de Paris II, 1981, p. 1980.

38. Aff. *Johnson et Johnson* du 25 novembre 1980, J.O.C.E., N.372, 31 déc. 1980.

rattachement conditionnent cette compétence extraterritoriale, il faut bien comprendre les faits issus de l'affaire *Pâtes à papier* et déterminer l'implication des entreprises canadiennes concernées.

B. L'ENTENTE VISÉE

L'affaire *Pâtes à papier* concerne la validité d'une décision de la Commission du 19 décembre 1984[39], à l'effet que quarante et un producteurs de pâtes de bois et deux de leurs associations avaient pris part à une pratique concertée. En effet, la Commission avait constaté qu'une vaste entente internationale unissait la quasi-totalité des producteurs de pâtes à papier. Cette entente, concernant la fixation de prix à l'intérieur du Marché communautaire, était particulièrement intéressante car pour la première fois en droit communautaire ces entreprises étaient localisées à l'extérieur de la C.E.E. Elles contestaient donc la décision de la Commission par un recours en annulation, en vertu de l'article 173, devant la Cour de Justice, et plus précisément en ce qui concernait les nombreuses amendes que la Commission leur avaient infligées[40]. L'argument invoqué par ces entreprises étrangères à la C.E.E. se résume à ceci : celles-ci n'ayant pas de siège social à l'intérieur du territoire de la C.E.E., le droit communautaire de la concurrence ne pouvait leur être appliqué. Les infractions commises par ces producteurs auraient consisté notamment en une concertation sur les prix annoncés trimestriellement aux clients établis dans la Communauté, sur les prix de transactions pratiquées effectivement à leur égard et sur des recommandations de prix adressés par la Pulp Paper and Paperboard Export Association of the United States (K.E.A.). Il semble que toutes ces ententes se soient déroulées entre 1975 et 1981, entre des entreprises canadiennes, américaines, suédoises et finlandaises.

Chacun de ces producteurs adoptait des méthodes de vente différentes à l'intérieur du Marché commun. Ces méthodes, nécessaires à l'écoulement de leur production, variaient considérablement, allant de ventes indépendantes à l'utilisation de filiales. Dans la plupart des cas, ces entreprises faisaient appel à des agents ou à des sous-agents pour faciliter les ventes dans la C.E.E.

---

39. J.O.C.E., 1985 N.L 85 p. 1.

40. La détermination des amendes par la Commission se fit en fonction du rôle que joua chaque entreprise. La Commission prit aussi en considération le fait que certaines entreprises décidèrent de coopérer avec elle durant les procédures administratives et que certaines entreprises décidèrent d'abandonner la fixation périodique des prix.

En ce qui concerne les entreprises canadiennes, la situation était la suivante :

— Westar Timber Ltd. possédait une filiale en Belgique et celle-ci s'occupait d'établir un réseau de contacts avec des représentants commerciaux situés dans la C.E.E.;
— Weldwood of Canada Ltd. ayant siège social à Vancouver effectuait ses ventes exclusivement par l'entremise d'un agent britannique;
— MacMillan Bloedel Ltd. agissait à la fois par l'intermédiaire de sa filiale en Belgique et par des agents en France et en Italie;
— Canadian Forest Products Ltd. vendait aussi par l'entremise de ses filiales et de ses agents en France et en Italie;
— British Columbia Forest Products Ltd. utilisait son agent Meet Pulp Sales qui est enregistré aux États-Unis mais opère en collaboration avec des sous-agents situés dans la Communauté;
— Saint Anne Nackawic Pulp and Paper Company Ltd. vendait par l'entremise de sa filiale.

Durant l'audience, la prise de position de quatre de ces cinq entreprises canadiennes ne semblait laisser aucune équivoque. Westar Timber Ltd. et Canadian Forest Products Ltd. ont précisé que les fixations de prix s'étaient déroulées au Canada et que toutes les réunions avec d'autres entreprises n'avaient jamais eu lieu sur le territoire de la Communauté. Ainsi, toujours selon ces dernières, la C.E.E. ne pourrait être compétente que sur la base de la théorie des effets quoique celle-ci n'ait pas été formellement acceptée en droit communautaire. Pour sa part, Weldwood of Canada Ltd. a souligné le fait qu'elle n'avait jamais eu d'établissement sur le territoire de la Communauté; de plus, elle estimait n'avoir jamais fait affaire (*do business*) dans la Communauté parce que ses décisions de fixation de prix sur ses produits avaient eu lieu au Canada et les ventes de ses produits avaient été conclues au Canada. Pour ces raisons, Weldwood of Canada Ltd. était d'avis que seule la théorie des effets pourrait justifier la compétence de la C.E.E. mais celle-ci n'était pas acceptée par le droit communautaire. Enfin, British Columbia Forest Products Ltd. a admis avoir fait affaire dans la Communauté mais n'y était aucunement établie et n'avait pas de filiale ou d'employé qui y résidait de façon permanente; en fait, ses ventes dans la Communauté s'effectuaient par l'entremise d'un agent et ainsi seule la théorie des effets pouvait être utilisée.

Cette entente a eu inévitablement des implications considérables sur le marché communautaire car d'une part, elle regroupait un très grand nombre d'entreprises et d'autre part, la C.E.E. était particulièrement vulnérable face à ces ventes de pays tiers, sa production interne étant très faible. Les quatre principaux fournisseurs de la Communauté sont la

Suède, la Finlande, le Canada et les États-Unis. Alors que pour les deux premiers l'écoulement de leur production se fait principalement dans la Communauté, le marché communautaire ne présente qu'un aspect subsidiaire pour le Canada et les États-Unis, leur permettant ainsi de diversifier leurs ventes pour se protéger contre les fluctuations de leur marché domestique.

À ce sujet, la Cour de Justice précise que pour ces raisons, lorsqu'il y a des ventes effectuées par ces producteurs établis à l'extérieur de la Communauté à des acheteurs communautaires et que ces différents producteurs se livrent à une concurrence de prix, « il y a concurrence à l'intérieur du Marché commun »[41]. Conséquemment, dans la mesure où ces différents opérateurs économiques se concertent sur les prix de ventes pratiqués dans la Communauté et mettent en œuvre de telles pratiques, « ils participent à une concertation qui a pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun au sens de l'article 85 du Traité [de Rome] »[42]. Ainsi, la Cour de Justice estime que « dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la Commission, en appliquant, dans les conditions de l'espèce, les règles de concurrence du Traité de Rome à l'égard d'entreprises ayant leur siège social en dehors de la Communauté, n'a pas fait une interprétation erronée du domaine d'application territoriale de l'article 85 »[43].

Nul doute que l'entente visée dans l'affaire *Pâtes à papier* a servi à concrétiser encore une fois la compétence extraterritoriale de la C.E.E. dans le secteur de la concurrence. Si, de façon générale, l'établissement d'une compétence extraterritoriale ne semble pas poser de problème, il en va tout autrement de la question des critères de rattachement utilisés par la Cour de Justice. Il est fort à parier que le critère de rattachement de la territorialité repris par la Cour de Justice dans l'affaire *Pâtes à papier* fera couler beaucoup d'encre, comme ce fut le cas pour l'affaire des *Matières colorantes (I.C.I.)*.

II. Les critères de rattachement

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'application extraterritoriale de tout droit de la concurrence est nécessairement conditionnée par la détermination appropriée d'un critère de rattachement. Il s'agit en pratique de « la limitation fondamentale venant de la nécessité d'un certain rattachement objectif de la situation avec l'État »[44].

---

41. Aff. 89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85 arrêt non encore publié (arrêt « *Pâtes à papier* »); (attendu 12).
42. *Ibid.*, (attendu 13).
43. *Ibid.*, (attendu 14).
44. B. Stern, *loc. cit.*, note 10, p. 23.

Les critères de rattachement se réfèrent normalement à l'un des trois éléments constitutifs de l'État c'est-à-dire, le territoire, la nationalité et la souveraineté. Le droit international a même permis une interprétation extensive de certains critères comme ce fut le cas notamment de la compétence territoriale lorsque l'on a invoqué la théorie de la localisation des effets anticoncurrentiels. Nous nous limiterons principalement à l'analyse du critère de la territorialité en raison de son rôle de tout premier plan et de la décision de la Cour de Justice dans l'affaire *Pâtes à papier*.

A. LES CRITÈRES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPLIQUÉS

La notion du critère de rattachement utilisée par la Cour de Justice depuis l'affaire des *Matières colorantes (I.C.I.)*, a suscité de nombreuses interrogations. Il ne fait aucun doute que l'on attendait avec impatience le moment où la Cour de Justice serait confrontée à une situation où l'absence de lien effectif entre les entreprises concernées et la Communauté apparaîtrait comme un facteur déterminant [45]. On espérait donc que la Cour de Justice opine de façon claire sur la portée de la théorie des effets en droit communautaire. À ce niveau, l'affaire *Pâtes à papier* est vraisemblablement une grande déception. En effet, la Cour de Justice semble avoir une fois de plus éludé la question, la théorie des effets n'ayant pas été jugée nécessaire à l'application du droit communautaire de la concurrence. Pour mieux comprendre la construction juridique édifiée par la Cour de Justice, un bref rappel des différents critères de rattachement s'impose.

Historiquement, la compétence territoriale a été affirmée la première. À ce sujet, l'O.C.D.E. affirme que : « Under the principle of territoriality all the O.E.C.D. countries apply their laws to conduct that which takes place within their national territory, regardless of the persons or firms involved » [46]. La compétence personnelle, pour sa part, ne pose aucun problème car tout État est compétent pour légiférer sur ses nationaux où qu'ils se trouvent, justifiant ainsi une application extraterritoriale acceptée par le droit international. Enfin, la compétence fondée sur la souveraineté tire sa source de l'existence même de l'État, de sa sécurité et de son intégrité territoriale [47].

---

45. En ce qui concerne les cas où il y avait établissement de filiales sur le territoire de la Communauté : Aff. *Imperial Chemical Industies* c. *Commission (Matières colorantes)*, *supra*, note 5 ; Aff. *Continental Can* c. *Commission*, *supra*, note 5 ; et, Aff. *Commercial Solvent Corp.* c. *Commission*, 6 mars 1974, Rec. C.I.J. 1974, p. 223.

46. O.C.D.E. (rapport) *Competition and Trade Policies, Their Interaction*, Paris, 1984, p. 32.

47. Pour plus de précisions, voir B. STERN, *loc. cit.*, note 10, p. 24-25.

La compétence territoriale s'applique donc à tous les biens, mobiliers ou immobiliers, sis sur son territoire; toutes les personnes qui y résident, qu'elles soient nationales de cet État ou étrangères; et tous les contrats ou actes juridiques faits sur son territoire [48]. Par l'application de la théorie des effets, ce principe a été étendu aux conduites ou comportements ayant des effets directs et substantiels sur un marché. En d'autres mots, cette « [...] théorie des effets a un contenu propre seulement dans la mesure où elle permet de saisir les effets que produisent dans un territoire des comportements qui se sont entièrement déroulés à l'extérieur de ce territoire » [49]. En fait, cette application large du critère de territorialité, semble présupposer une rupture entre les notions de comportements et d'effets, en ne considérant que les effets. Un tel raisonnement peut aussi être justifiable en ce qui concerne la théorie de la localisation du comportement anticoncurrentiel; cette théorie, qui se rallie elle aussi au principe de territorialité, s'applique dès lors qu'une entente est mise en œuvre sur le territoire d'un autre État, localisant ainsi un tel comportement sur ce territoire.

Mais revenons à la théorie des effets car celle-ci a été discutée avec ardeur devant la Cour de Justice dans l'affaire *Pâtes à papier*. Celle-ci trouve sa source en droit pénal international [50] où l'hypothèse d'école consiste à imaginer un coup de feu tiré d'un côté d'une frontière et qui tue une personne située de l'autre côté de cette frontière. À qui appartient la compétence pour poursuivre l'infraction? Pour éviter tout problème, la compétence appartient aux deux États car « [d]ans le premier cas, où il y a eu commencement d'exécution sur le territoire, mais achèvement à l'étranger, on parle de territorialité subjective, dans le second cas qui est réciproque et complémentaire, on use de l'expression territorialité objective » [51]. Ainsi, l'application de la territorialité objective en matière de

48. J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, 2nd ed., Boston, Little, Brown, and Company, 1841, p. 20.

49. P. DEMARET, *loc. cit.*, note 2, p. 32.

50. En droit pénal international, il est fréquent que l'auteur du délit et le fait constitutif de l'infraction se trouvent à l'extérieur du territoire sur lequel se retrouvent les effets d'une telle infraction, À ce sujet, on notera les exemples évidents des pluies acides et des infractions par ordinateur.

51. J.-M. BISHOFF et R. KOVAR, *loc. cit.*, note 17, pp. 697-698. Voir aussi, B. GOLDMAN, *loc. cit.*, note 25, p. 698. L'on notera que la C.I.J. dans la célèbre affaire *Lotus* (*supra*, note 15), affirmait qu'« il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même des pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre État, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire national, *si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets.* » (B. GOLDMAN, *ibid.*)

pratiques restrictives est utilisée par bon nombre d'États dont les États-Unis qui n'hésitent pas à appliquer la théorie des effets. Toutefois, il faut préciser que celle-ci continue de faire l'objet d'une controverse doctrinale.

Le droit communautaire n'échappe malheureusement pas à ce manque de clarté qui entoure la théorie des effets. Alors que, le 25 novembre 1971, la Cour de Justice s'est prononcée sur l'application de l'article 85 du Traité de Rome « dès lors que l'accord pratiqué a ses effets sur le territoire du Marché commun »[52], celle-ci n'a pas cru nécessaire le recours à la théorie des effets dans les deux dernières affaires où son avocat général l'y invitait (c'est-à-dire, les affaires *Matières colorantes (I.C.I.)* et *Pâtes à papier*). À ce chapitre, l'unanimité ne règne guère en droit communautaire.

L'arrêt *Matières colorantes (I.C.I.)* a certainement marqué un point tournant quant au choix des critères de rattachement[53]. Dans cette affaire, il s'agissait d'une entente sur les prix de vente à laquelle était partie l'entreprise Imperial Chemical établie au Royaume-Uni (non encore membre de la C.E.E. à cette époque). Imperial Chemical avait vendu ses produits à ses filiales communautaires qui avaient, ultérieurement, répercuté la hausse de prix conséquente à l'entente. Malgré la prise de position de la Commission et de l'avocat général Mayras en faveur de la théorie des effets, la Cour de Justice n'a pas tenu un tel raisonnement, préférant considérer la localisation du comportement litigieux qui avait été, selon elle, opéré dans la Communauté[54]. Comme l'explique le professeur Demaret, « [a]u nom de la théorie de l'unité du groupe de sociétés mère-filiales, la Cour a imputé le comportement des filiales à l'intérieur de la C.E.E. à la société mère établie à l'extérieur »[55]. Ce faisant, la Cour de Justice se réfère tout simplement au critère de territorialité car grâce à ces filiales établies dans la Communauté, la Cour de Justice considère suffisant ce lien de rattachement physique, lui

52. Aff. *Beguelin*, Rec. 1971, p. 949; voir aussi , *E.M.I.* c. *C.B.S.*, *Rec.* 1976, p. 1391 (attendu 28).

53. Parmi les commentaires : A. ACEVEDO, « The E.E.C. Dyestuffs Case : Territorial Jurisdiction », (1973) 36 *Mod. L. Rev.* 317-320; E. COLMANT, « Une date pour le droit de la concurrence [...], affaire matières colorantes, suite et fin », (1973) *R.M.C.* 15; B. GOLDMAN, « Observations », (1973) *J.D.I.* 924-941; F.A. MANN, « The Dyestuffs case of the Court of Justice of the European Communities », (1973) 22 *I.C.L.Q.* 35-50.

54. Les attendus 126-127 et 128 nous enseignent que « [...] s'agissant d'une pratique concertée, il convient d'abord de savoir si le comportement de la requérante s'est manifesté dans le Marché commun »; et la Cour conclut que « [...] les hausses litigieuses ont été opérées dans le Marché commun et concernaient la concurrence entre producteurs opérant dans celui-ci; que dès lors les actions en raison desquelles l'amende litigieuse a été infligée, constituent des pratiques réalisées directement à l'intérieur du Marché commun. » Ce raisonnement fut repris à l'attendu 42 de l'arrêt *Gelgy* (Aff. 52/69 Rec. 787); et, dans l'arrêt *Sandoz* (Aff. 53/69 Rec. 845).

55. P. DEMARET, *loc. cit.*, note 2, p. 9.

permettant ainsi de ne pas considérer la théorie des effets. Néanmoins, même si la Cour de Justice se fonde sur ce critère de la notion d'entreprise, ce serait une grave erreur d'interpréter ce jugement comme signifiant implicitement le rejet de la théorie des effets [56] car en fait la Cour ne condamne pas le raisonnement de la Commission basé sur cette théorie mais opte plutôt pour une autre avenue.

On est porté à croire que la Cour de Justice « [...] cherche à éviter une application extraterritoriale des règles de concurrence ou une application exclusivement justifiée par la localisation de l'effet » [57]. Un tel cheminement procure l'avantage de s'assurer de la conformité de l'application du droit de la concurrence à un tel type de situation car la règle de la territorialité est nécessairement respectée. De plus, l'adoption de ce critère de la localisation du comportement permet d'éviter toutes les discussions relatives à la légitimité au regard du droit international qui est exigée lors de l'application de la théorie des effets [58].

En imputant ainsi le comportement à la société-mère, la Cour de Justice, depuis l'affaire des *Matières colorantes (I.C.I.)*, a marqué le début d'une jurisprudence qui ne concordait pas avec la position de la Commission [59]. Néanmoins, ce ne sont pas les résultats qui diffèrent (car en fait la Cour de Justice et la Commission arrivent aux mêmes conclusions) mais plutôt les moyens. Mais de là à être assuré d'une coïncidence de résultats dans toutes les situations éventuelles, il est permis d'émettre certaines réserves. Comme le précise le professeur Lyon-Caen, « [e]n somme, on glisse d'une localisation par les effets vers une localisation par l'acte générateur » [60]. En effet, dans trois décisions importantes, *Chiquita*, *Vitamines* et *Hugin-Liptons* [61], concernant le contrôle des abus de position dominante cette fois (article 86), l'on dénote clairement l'utilisation du critère du comportement anticoncurrentiel localisé à l'intérieur du Marché commun.

---

56. À ce sujet, B. GOLDMAN, (intervention) *I.L.A. Report of the 55th conference*, New York, 1972, p. 128; et aussi, J.-M. BISHOFF et R. KOVAR, *loc. cit.*, note 17, pp. 683-684.

57. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 384.

58. L. IDOT, *op. cit.*, note 37, p. 140.

59. Comme le note le professeur P. DEMARET (*loc. cit.*, note 2, p. 9.), la Cour a appliqué la même théorie dans d'autres affaires : dans les arrêts *Continental Can* c. *Commission* (Rec. 1973, 215) et *Commercial Solvents Corp.* (*supra*, note 45), les sociétés mères et filiales ont été tenues solidairement responsables; et dans l'arrêt *United Brands* c. *Commission*, Rec. 1978, 207, les sociétés mères et filiales n'ont pas été distinguées.

60. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 385.

61. Aff. *United Brand*, *supra*, note 59, (décision de la Commission du 17 déc. 1975, J.O.C.E., L. 95 du 9 avril 1976); aff. *Hoffman* c. *Laroche*, Rec. 1976, 461 (déc. du 9 juin 1976 L. 223 du 16 sept. 1976); aff. *Hugin* c. *Liptons*, Rec. 1979, 1869 (déc. du 8 déc. 1977, J.O.C.E., L. 22 du 27 janv. 1978).

Cette analyse nous conduit nécessairement à nous interroger sur le raisonnement de la Cour de Justice dans l'affaire *Pâtes à papier*. Suite à la jurisprudence établie par la Cour de Justice, il semblait logique d'estimer que le critère de rattachement basé sur la localisation du comportement est d'application délicate lorsqu'il n'existe aucune filiale à l'intérieur de la Communauté [62]. En effet, s'agissant d'appliquer une législation anti-trust à des entreprises étrangères, « cette localisation du comportement anticoncurrentiel est incontestablement facilitée par l'implantation de filiales sur le territoire de l'État qui revendique sa compétence » [63]. Pourtant, malgré tout ce qui a été écrit en doctrine, la Cour de Justice persiste à se baser sur ce critère.

B. LE CRITÈRE UTILISÉ

Dans une analyse serrée, le jugement rendu par la Cour de Justice précise que la conclusion d'une entente implique nécessairement deux éléments de comportement : la formation de l'entente et sa mise en œuvre. Ainsi, une distinction est donc établie entre les actes initiateurs et les actes d'exécution. Cette distinction permet à la Cour de Justice, à juste titre d'ailleurs, d'affirmer que l'application de l'article 85 du Traité de Rome en l'espèce dépend nécessairement du lieu où l'entente a été mise en œuvre par opposition au lieu où l'entente a été conclue. Autrement, « faire dépendre l'application des interdictions édictées par le droit de la concurrence du lieu de la formation de l'entente aboutirait à fournir aux entreprises un moyen facile de se soustraire aux dites interdictions » [64]. Cela n'a rien de surprenant car le droit communautaire — tout comme le droit américain — attache une importance secondaire aux actes initiateurs [65].

De ces principes, la Cour conclut que « [...] les producteurs ont mis en œuvre leur entente de prix à l'intérieur du Marché commun. À cet égard, il importe peu qu'ils aient fait appel ou non à des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans la Communauté en vue d'établir des contacts entre eux et les acheteurs qui y sont établis » [66]. Et la Cour de Justice confirme ensuite qu'une telle interprétation quant à l'utilisation de cette théorie du comportement, constitue la mise en pratique du principe de territorialité qui demeure universellement reconnu en droit international public [67]. Ce critère de rattachement est rejeté par l'avocat

62. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, pp. 386-387.
63. L. IDOT, *op. cit.*, note 37, p. 41.
64. Arrêt « *Pâtes à papier* », *supra*, note 5, (attendu 16).
65. L. IDOT, *op. cit.*, note 37, p. 143.
66. Arrêt « *Pâtes à papier* », *supra*, note 5, (attendu 17).
67. Arrêt « *Pâtes à papier* », *supra*, note 5, (attendu 18).

général Darmon (où il précise qu'il est tout à fait d'accord avec les conclusions formulées par l'avocat général Mayras dans l'affaire *Matières colorantes (I.C.I.)*, ce dernier ayant opté d'emblée pour la théorie des effets), son développement s'attachant presque exclusivement à l'analyse de la théorie des effets.

D'autre part, la Grande-Bretagne, partie intervenante, était d'avis que seul le principe de territorialité pouvait justifier l'application du droit communautaire [68]. En effet, cet État considérait que les principes appliqués dans l'affaire *Matières colorantes (I.C.I.)* devaient être employés non seulement en présence de filiales mais aussi à tout intermédiaire, comme par exemple un agent, établi sur le territoire de la Communauté et ayant un comportement anticoncurrentiel. L'avocat général Darmon rejetant une telle analyse, semblait être plutôt d'accord avec l'argument qu'il n'existait aucun rattachement territorial possible [69]. En effet, à ce sujet, les entreprises incriminées avaient invoqué que le comportement en question s'était toujours déroulé à l'extérieur de la Communauté et que, de plus les différents représentants des entreprises avaient agi en totale indépendance.

Cette affaire témoigne donc des difficultés majeures inhérentes au choix des critères de rattachement. Il ne fait aucun doute que la décision d'opter soit pour la localisation du comportement, soit pour la localisation de l'effet, aura nécessairement des conséquences non négligeables au regard du droit international public. Ainsi, l'application de cette théorie des effets implique certaines limites, en ce sens qu'elle doit respecter certaines conditions issues du droit international public. Par exemple, aux États-Unis, depuis l'arrêt *Alcoa* [70], qui a institué cette

---

68. Il semble, en effet, que la Grande-Bretagne soit un des seuls États à refuser catégoriquement toute application de la théorie des effets alors que celle-ci a obtenu une reconnaissance dans bon nombre d'États. À ce sujet, L. IDOT, analysant la situation internationale, affirme que d'« [...] ailleurs à l'exception des autorités britanniques et japonaises, les autorités communautaires n'hésitent pas à affirmer qu'elles appliquent la "théorie des effets" [...] ». Il faut préciser qu'en parlant ici de la Communauté, l'auteur fait nécessairement référence à la position de la Commission qui est beaucoup plus claire que celle de la Cour. (L. IDOT, *op. cit.*, note 37, p. 32).

69. Rapport d'audience, conclusion de l'avocat général Darmon, pp. 55-56.

70. *Alcoa*, *supra*, note 11; la notion d'effet étant en elle-même assez vague, il devient donc dangereux de donner aux lois de concurrence un champ d'application presque illimité. À ce sujet, les professeurs R. KOVAR et J.-M. BISHOFF (*loc. cit.*, note 17, pp. 703-704.) précisent que : « La remarque en avait été faite par le juge Learned Hand dans l'affaire de *Alcoa* [...] lorsqu'il notait : "Par exemple, presque toute limitation à la fourniture de biens en Europe, ou en Amérique du Sud, peut avoir des répercussions aux États-Unis s'il y a des échanges entre ces pays." Mais le savant magistrat ajoutait aussitôt : "Cependant, si l'on considère les complications internationales que provoquerait probablement un essai de traiter de tels accords comme illicites aux États-Unis, on peut sûrement présumer que le Congrès n'a certainement pas entendu que la loi leur soit

théorie, on note aujourd'hui que son application repose sur deux principes : « The first is that the United States will assert jurisdiction where the effects on its trade are direct, substantial and foreseeable. According to the second, the courts should assess the "balance of interests" in order to insure that the exercise of such jurisdiction is reasonnable » [71]. Ainsi, le recours à la théorie de la localisation du comportement évitera toute cette discussion sur les conditions rattachées à la théorie des effets. Mais l'orientation adoptée par la Cour de Justice semble attacher une importance de tout premier plan à la théorie de la localisation du comportement; peut-on en conclure que le critère de l'effet se trouve relégué aux oubliettes? À ce sujet, le professeur Lyon-Caen considère que :

> [l]e principe de territorialité objective [théorie de l'effet] conserve sans aucun doute un rôle. Peut-être même un rôle essentiel, sinon exclusif. On peut être tenté, en effet, de découvrir dans l'utilisation que fait la jurisprudence de la notion d'entreprise pour affermir la compétence du droit européen, un simple raccourci, une voie simplificatrice. La localisation de la pratique incriminée sur le territoire du Marché commun ne suppose-t-elle pas que cette pratique ait ou doive avoir des effets restrictifs de concurrence au lieu même où elle se réalise? [72]

Cette interrogation fort lucide concernait plus particulièrement le critère utilisé dans l'affaire des *Matières colorante (I.C.I.)*; mais, *a fortiori*, elle est tout aussi pertinente en ce qui concerne l'affaire *Pâtes à papier*.

Pour choisir entre la théorie du comportement et la théorie des effets, il semble que la nature de l'exécution de l'entente joue un rôle déterminant. Ainsi, « [l]a théorie des effets n'est pas nécessaire pour fonder la compétence d'un État dans tous les cas où l'accord anticoncurrentiel ou la pratique concertée a été en tout ou en partie exécuté sur le territoire de l'État qui applique ses règles de concurrence » [73]. L'International Law Association (ci-après I.L.A.) considère, pour sa part, que deux conditions doivent être respectées pour que la théorie de la localisation du comportement puisse s'appliquer. En effet, l'article 3.1 de ses règles édictées en 1970 stipule que :

> A state has jurisdiction to prescribe rules governing the conduct of an alien occurring outside its territory provided —
>
> (a) part of the conduct being a constituent element of the offence occurs within the territory; and

---

applicable". L'observation vaut *mutatis mutandis*, pour le droit communautaire de la concurrence [...] Là encore, le droit international devra être consulté pour qu'il indique le seuil minimum au-dessous duquel la revendication de compétence n'est plus admissible ». Ainsi, le droit international apparaît comme une garantie contre les abus possibles de certains États.

71. A.D. NEALE et M.L. STEPHENS, *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, Clarend Press, 1988, p. 177.

72. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 387.

73. P. DEMARET, *loc. cit.*, note 2, p. 32.

(b) acts or omissions occurring outside the territory are constituent elements of the same offence. [74]

À sa conférence de 1972, l'I.L.A., considérant que la distinction entre les notions de comportement et d'effet demeurait toujours quelque peu obscure, a décidé d'établir différents cas fictifs de figures de pratiques anticoncurrentielles pour déterminer sous quelles conditions la théorie de la localisation du comportement pourrait s'appliquer. Or, l'un d'entre eux mérite d'être repris car il illustre précisément un exemple de fixation de prix. La situation choisie est fort simple : « Two companies both incorporated and doing business in Ruritania make an agreement in that country not to sell goods destinated for Utopia at less than a certain price. In what circumstances, if any, does Utopia have prescriptive jurisdiction? » [75]. La majorité du comité d'experts a conclu que la compétence d'Utopia ne pouvait être acquise que si, d'une façon ou d'une autre, il pouvait être démontré que l'entente avait été mise en œuvre (*implemented*) par les parties à l'intérieur du territoire d'Utopia.

Pour déterminer la mise en œuvre d'une entente à l'intérieur d'un territoire, la majorité de ce comité estimait nécessaire l'analyse factuelle, dans chaque cas, de quatre différentes méthodes de ventes pour ainsi déterminer avec une plus grande certitude l'existence réelle d'un lien avec le territoire de l'État qui désire appliquer son droit de la concurrence; rappelons que la Cour de Justice dans l'affaire *Pâtes à papier* a considéré impertinente une telle analyse, ce qui paraît pour le moins étonnant. Les méthodes de vente qui doivent, selon l'I.L.A., être prises en considération sont les suivantes :

a) les parties vendent directement [« f.o.b. (Ruritanian port) or c.i.f. (Utopian port) »];
b) les ventes se font par des filiales établies à Utopia;
c) les ventes se font par l'entremise d'un agent;
d) les ventes se font par un distributeur indépendant à Utopia. [76]

Pour chacune des méthodes de ventes b), c) et d), la détermination de la mise en œuvre d'un comportement anticoncurrentiel reposerait selon l'I.L.A. sur le degré de dépendance des représentants à l'égard des entreprises concernées. « Thus where sales are made in Utopia by an employee of one of the companies concerned in the agreement the jurisdiction of Utopia is indisputable. Similarly, a large majority of the Committee would not dispute the assumption of jurisdiction where the

74. *I.L.A., Report of the 54th Conference*, La Haye, 1970. Ces règles concernent le « specific application to anti-trust matters of general principles of international Law governing the assumption and exercice of jurisdiction. » (pp. 221 et 227).

75. *I.L.A. (55th Conf.), op. cit.*, note 56, p. 157.

76. *Id.* p. 158. En ce qui concerne les entreprises canadiennes dans l'affaire *Pâtes à papier*, voir la section I-B.

company's agent or subsidiary in Utopia has no real independence but acts rather as a tool of his foreign principal or parent company »[77].

Par ailleurs, en ce qui concerne les ventes directes (f.o.b. ou c.i.f.), la réponse de la majorité du comité est catégorique : en aucun cas, Utopia ne pourrait se déclarer compétente en vertu de la théorie de la localisation du comportement car l'entente et les ventes se sont entièrement déroulées à l'extérieur du territoire d'Utopia. En effet, « [...] to admit effects of this kind as a basis under international law for the assumption of jurisdiction by Utopia would be to sanction an improper extension of the territorial principle of jurisdiction. The mere presence in Utopia of goods the price of which has been fixed in accordance with the Ruritanian agreement does not, [...], amount to such implementation of the agreement within Utopia as to establish jurisdiction »[78]. Dans une telle situation, le seul critère possible de rattachement apparaît être celui de l'effet. Comme aucun acte n'a eu lieu sur un tel territoire, il ne s'y trouve que des effets.

Dans ces conditions nous ne pouvons qu'éprouver certaines réserves face au choix fait par la Cour de Justice. On avait pu remarquer que, par le passé, la Cour de Justice cherchait à éviter toute application extraterritoriale du droit de la concurrence par la théorie des effets (affaire des *Matières colorantes (I.C.I.)*) et la même situation semble se répéter avec l'arrêt *Pâtes à papier*. De toute évidence, dans ce cas particulier, l'adoption du critère de l'effet comme base de rattachement aurait vraisemblablement abouti au même résultat. Néanmoins, il importe de noter que la théorie des effets procure des avantages certains, en ce sens qu'elle a fait l'objet de limitations comme en témoignent les

---

77. *Ibid.* pp. 158-159.

L'I.L.A. poursuit en affirmant :

> Where the relationship between the foreign parent company and its Utopian subsidiary is less regimented, it may well be extremely difficult to determine, as a question of fact, wether the parent company has acted in Utopia through the medium of its subsidiary. Factors which may be relevant in any such determination are, for exemple, whether the subsidiary is wholly or partly owned, wether there are interlocking directorates between the parent and subsidiary companies which reduce the subsidiary's freedom of action, whether the subsidiary has a general authority from the parent company to enter into agreements in Utopia on behalf of the parent, and what instructions passed between parent and subsidiary and the extent or manner in which they were complied with. [...] The test in each case is whether the parent company is so directly and intimately connected with the conduct of the subsidiary that is proper to regard the conduct of the subsidiary as that of the parent company as well. [...] *The question "whose conduct?" can be seen to be equally as important as the question "what conduct?"* The same analysis applies, *mutatis mutandis*, as between pricipal and agent. (pp. 159-160) (nos italiques). Voir à ce sujet, *U.S.* vs *Imperial Chemical Ltd.*, 100 F. supp. 504 (S.D.N.Y.-1951).

78. *I.L.A. (55th Conf.), op. cit.*, note 56, p. 160.

développements apparus aux États-Unis suite à l'arrêt *Alcoa*[79]. Ces critères qui exigent que les effets doivent être directs, substantiels et prévisibles, et que le juge doit chercher à établir un équilibre entre les intérêts en cause (notons qu'il ne s'agit que d'une énumération partielle des conditions issues de la théorie des effets), n'emportent pas l'assentiment de tous[80]. Toutefois, leur existence témoigne de la volonté des juges américains de s'assurer de la *reasonability* de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. Or, l'utilisation large de la théorie de la localisation du comportement ne garantit pas cette protection.

De plus, si l'on en croit les conclusions de l'I.L.A., qui sont logiquement et juridiquement cohérentes, l'application de cette théorie du comportement nécessite l'analyse des liens existant entre l'entreprise étrangère et ses intermédiaires. Cela procure l'avantage d'éviter qu'un juge étende indûment ce critère de rattachement à des situations où la mise en œuvre d'un comportement serait manifestement absente sur le territoire de l'État qui veut régir l'entente en question. Dans l'affaire *Pâtes à papier*, la Cour de Justice précise qu'il importe peu que les producteurs aient fait appel à des filiales, agents, sous-agents ou succursales établis dans la Communauté. Ce raisonnement nous semble fort critiquable car il tient pour acquis que la simple présence de biens (provenant de ces entreprises) sur le territoire de la Communauté suffit à justifier l'application de la théorie de la localisation du comportement. Même l'avocat général Darmon avait perçu la nécessité d'analyser la relation juridique prévalant entre l'entreprise étrangère et ses intermédiaires mais il n'entreprit pas une telle analyse, estimant inévitable l'application de la théorie des effets[81]. Ainsi, la Cour de Justice aurait dû s'assurer que ces liens reposaient sur une certaine dépendance.

---

79. *Alcoa, supra*, note 11; à ce sujet, voir : A.D. NEALE et M.L. STEPHENS, *op. cit.*, note 71; *Horlogerie Suisse*, [1963] Trades cases, para. 71352, [1963] Trades cases, para. 70600; *Timberland Lumber*, 549 2d 597 - 9 Cir 1977 (tentative de circonscription de la théorie des effets); *Mannington Mills*, 595 F 2d 1287 3 Cir 1979 (Ici, le juge ajoute des critères supplémentaires à la liste qui avait été établie dans l'arrêt *Timberland Lumber*); et enfin, *Laker airways*, 731 F 2d 909 DC Cir 1984 (Critique très sévère du *judicial interest balancing*).

80. J. WILKE, « American Anti-Trust : Adjusting Conflicts With Other Legal Systems », *in Private Investors Abroad*, New York, Mattew Bender, 1985.

81. Concernant sa position sur la théorie de la localisation du comportement, l'avocat général DARMON conclut : « [...] I do not believe that I can advise the court to take that approach. Moreover, the applicants deny that there is a territorial connection with the Community such as to enable it to assume jurisdiction over them. They claim that any conduct which be attributed to them took place outside the Community. The applicants add that their various representatives acted independently and that none of those representatives' activities may be imputed to the applicants. Be that as it may, it serves no purpose in my view to enter into a discussion on the nature of the legal relationship between the applicant companies and their various establishements within the Community. » Rapport d'audience, arrêt *Pâtes à papier, supra*, note 5, paragraphe 56.

Précisons, pour terminer, que si la Cour de Justice persiste à adopter une interprétation large à l'égard du critère de la localisation du comportement, cela aura pour conséquence de réduire proportionnellement toute possibilité d'application de la théorie des effets.

CONCLUSION

Les entreprises canadiennes, pour ne nommer que celles-ci, sont donc sujettes à se voir imposer le droit communautaire de la concurrence dès lors qu'elles ne respectent pas la réglementation européenne en cette matière. Il est tout à fait normal que la Communauté cherche à protéger ses intérêts économiques face aux entreprises de pays tiers agissant de façon abusive. Sur le plan pratique, l'application extraterritoriale ne fait donc aucun doute.

Par ailleurs, au niveau conceptuel, la situation apparaît plus ambiguë. Comme nous venons de le démontrer, le choix du critère de rattachement aura évidemment des conséquences au niveau du droit international. Une certaine doctrine, suite à l'affaire des *Matières colorantes (I.C.I.)*, regrettait manifestement que la Cour de Justice n'ait pas osé se compromettre sur la théorie des effets qui se présentait comme un critère plus représentatif; il semble qu'une constatation analogue puisse être réitérée avec l'affaire *Pâtes à papier* [82].

En définitive, ces divergences d'opinion entre ces différents critères de rattachement mènent logiquement à une interrogation fondamentale : un comportement peut-il être dissocié de ses effets? Certains auteurs ont douté de l'existence d'une telle distinction, la jugeant artificielle [83]. Les notions de comportement et d'effets constituant en réalité des faits matériels, « [...] il est difficile de faire une césure précise entre la pratique et ses conséquences » [84]. Un tel raisonnement se justifie par le fait que, contrairement aux concentrations et aux abus de position dominante, « [...] en matière d'ententes, les effets anticoncurrentiels tendent à absorber le comportement anticoncurrentiel » [85].

Ainsi, on pourrait être tenté, à juste titre d'ailleurs, d'estimer que le recours à la théorie de la localisation du comportement « [...] ne se présente pas comme une solution radicalement opposée à la théorie de

82. J.M. BISHOFF et R. KOVAR, *loc. cit.*, note 7; et, LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24.

83. Voir, JEANICKE, *I.L.A. (54th Conf.), op. cit.*, note 74, p. 162; Nicholas de Belleville KATZENBACH, « Conflicts on an Unruly Horse : Reciprocal Claims and Tolerance in Interstate and International Law », (1956) 65 *Yale L.R.* 1087-1157, p. 1151; et, RAHL, « Anti-trust and international Law as Viewed from the United-States and the E.E.C. », 25 *Rec. N.Y.C.B.A.* 222.

84. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 388.

85. L. IDOT, *op. cit.*, note 37, p. 153.

l'effet »[86]. Ces deux critères ne peuvent, foncièrement, se contredire. Néanmoins, s'ils n'offrent pas l'harmonie et la cohésion souhaitée, peut-être sera-t-il nécessaire de repenser en profondeur la nature et les fondements de ces critères de rattachement. Pour l'instant, comme l'avait déjà proposé l'I.L.A. en 1972, il semble qu'il faille impérativement fixer les limites de l'application de la théorie de la localisation du comportement. En droit communautaire, ce rôle appartient à la Cour de Justice des Communautés européennes.

86. A. LYON-CAEN, *op. cit.*, note 24, p. 389.