

Vingt-deuxième session
Reconnaissance et exécution des jugements étrangers
du 18 juin au 2 juillet 2019, La Haye

Document	Document préliminaire <input checked="" type="checkbox"/> Document d'information <input type="checkbox"/>	No 2 de décembre 2018
Titre	Éventuelle exclusion du champ d'application de la Convention des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1)(p) du projet de Convention de 2018	
Auteur	Cara North, Consultante auprès de la Conférence de La Haye de droit international privé, avec l'aide du Bureau Permanent	
Objectif	<ul style="list-style-type: none"> - présenter un aperçu des différents types d'entraves à la concurrence et de certaines de leurs caractéristiques uniques et examiner si, et dans quelle mesure, les entraves à la concurrence identifiées relèveront du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 1(1) ; - décrire les circonstances dans lesquelles un jugement portant sur des entraves à la concurrence circulera en vertu de la Convention si ces dernières étaient incluses dans le champ d'application et décrire les conséquences éventuelles d'une exclusion totale du champ d'application des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1). 	
Annexe(s)	s.o.	
Document(s) connexe(s)	s.o.	

I. Introduction¹

1. Lors de la Commission spéciale sur le projet Jugements de mai 2018, il a été suggéré d'exclure du champ d'application de la future Convention toute question liée aux entraves à la concurrence ; exclusion rendue possible au moyen de l'adjonction de l'expression « entraves à la concurrence » à l'article 2(1)(p) du projet de Convention².
2. À l'issue de la discussion concernant l'exclusion proposée, les délégations ont constaté la nécessité de poursuivre la réflexion et l'examen de cette question. Il a été décidé que la Commission spéciale s'appuierait sur le postulat selon lequel l'éventuelle exclusion serait incluse, entre crochets toutefois, et qu'un groupe de travail informel serait établi pour examiner davantage cette question en vue de la préparation de la Session diplomatique de juin 2019³.
3. La présente note vise à faciliter et à éclairer les discussions de ce groupe de travail informel ainsi que d'autres discussions qui auront lieu avant la Session diplomatique :
 - (i) présenter un aperçu des différents types d'entraves à la concurrence et de certaines de leurs caractéristiques uniques et examiner si, et dans quelle mesure, les entraves à la concurrence identifiées relèveront du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 1(1) ;
 - (ii) décrire les circonstances dans lesquelles un jugement portant sur des entraves à la concurrence circulera en vertu de la Convention si ces dernières étaient incluses dans le champ d'application et décrire les conséquences éventuelles d'une exclusion totale du champ d'application des entraves à la concurrence, tel qu'il en ressort de l'article 2(1).
4. La présente note n'énumère pas et ne tient pas compte des différentes options d'exclusion éventuelle des entraves à la concurrence dans la mesure où il est prévu que le groupe de travail informel examinera et discutera de cette éventuelle exclusion et qu'il présentera un rapport à la Session diplomatique.
5. Avant de poursuivre, il est important de définir les caractéristiques de ce sujet. Tel qu'il est fait mention dans le projet révisé de Rapport explicatif relatif au projet de Convention, l'éventuelle exclusion est rendue par l'expression « *anti-trust / competition matters* »⁴ qui est utilisée dans la version anglaise. En effet, des termes différents sont utilisés dans différents États et territoires pour

¹ La présente note a été aimablement préparée par Mme Cara North, Consultante auprès de la Conférence de La Haye de droit international privé, avec l'aide du Bureau Permanent. L'auteur et le Bureau Permanent remercient les États-Unis d'Amérique, l'Union européenne et Mme Tanja Domej, Présidente du Groupe de travail informel 5 sur l'exclusion éventuelle des entraves à la concurrence, pour leur aide dans la préparation de cette note.

² Cette proposition a été faite par la délégation de la République de Corée et se trouve dans le Doc. trav. No 198. La proposition fait état des divers motifs de l'exclusion proposée.

³ Aide-mémoire du Président de la Commission spéciale de mai 2018, para. 25 et 32 ; voir aussi les Procès-verbaux de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (24-29 mai 2018), les Rapports Nos 6 et 7, respectivement, para. 67 à 70 et para. 2 à 13 (documents disponibles sur le Portail sécurisé du site web de la Conférence de La Haye, à l'adresse < www.hcch.net >, sous la rubrique « 22^e Session diplomatique »).

⁴ Voir « Convention sur les jugements : Rapport explicatif préliminaire révisé », Doc. pré-l. No 1 de novembre 2018 à l'attention de la Vingt-deuxième session sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (18 juin-2 juillet 2019) (ci-après, le « **projet révisé de Rapport explicatif** »), para. 61 et 62 (voir chemin d'accès indiqué à la note 3). Comme cela a été conclu lors de la réunion de la Commission spéciale de 2018, le projet de Rapport explicatif comprendrait, entre crochets, le texte basé sur T. Hartley & M. Dogauchi, « Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for », dans *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome III, *Accords d'élection de for*, Anvers/Oxford/Portland, Intersentia, 2010, para. 60 à 63 (ci-après, le « Rapport Hartley/Dogauchi »).

des règles dont le contenu matériel est similaire (mais pas nécessairement identique). Par exemple, en anglais, cette matière est appelée « *anti-trust law* » (droit *anti-trust*) aux États-Unis d'Amérique (ci-après, les « **États-Unis** ») et « *competition law* » (droit de la concurrence) en Europe. C'est la raison pour laquelle ces deux termes sont employés dans la version anglaise de l'exclusion du champ d'application de la *Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for*⁵ (ci-après, la « **Convention Élection de for de 2005** ») et ces deux termes sont également employés dans la version anglaise de l'éventuelle exclusion prévue dans le projet de Convention. Par ailleurs, cette exclusion n'est pas destinée à couvrir ce qu'on appelle parfois la « concurrence déloyale » (en anglais, « *unfair competition* »), par exemple, une publicité trompeuse ou le fait de faire passer ses produits pour ceux d'un concurrent⁶.

6. Par souci de clarté, le présent document se réfère de manière interchangeable au droit *anti-trust* et au droit de la concurrence ; sauf indication contraire, l'emploi de l'un ou l'autre terme vise à la fois le droit *anti-trust* et le droit de la concurrence.

II. Types d'entraves à la concurrence

7. Historiquement, le droit de la concurrence existait dans peu d'États et territoires⁷ et était en grande partie un domaine du droit méconnu pour nombre d'entre eux. Aujourd'hui, en revanche, des régimes juridiques de la concurrence existent dans presque tous les États et territoires du monde⁸. Bien que différents États et territoires utilisent des termes différents et que les règles de concurrence présentent certaines caractéristiques distinctives à l'échelle mondiale, elles poursuivent pour la plupart le même objectif et partagent des caractéristiques qui sont en grande partie communes.

8. L'objectif premier du droit de la concurrence a été défini comme étant de « maintenir et d'encourager le processus de concurrence afin de promouvoir une utilisation efficace des ressources tout en protégeant la liberté d'action économique des différents acteurs du marché »⁹. Dans la plupart des États et territoires, cet objectif a été atteint grâce :

- (i) à un certain nombre d'interdictions concernant certains types d'accords anticoncurrentiels entre concurrents sur le marché et de comportements associés (par ex. les ententes entre opérateurs du marché sur la fixation des prix, le partage du marché, la manipulation des procédures d'appel d'offres ou les accords visant à limiter la production ou les ventes, etc.) ;
- (ii) aux interdictions ou restrictions du comportement unilatéral des opérateurs du marché (par ex. les abus de position dominante tels que les prix prédateurs, l'utilisation d'une

⁵ Voir art. 2(1)(h) de la Convention Élection de for de 2005.

⁶ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 60.

⁷ Depuis l'adoption de la loi Sherman en 1890, il existe aux États-Unis de nombreux litiges portant sur les entraves à la concurrence, soit plus longtemps que dans tout autre État et territoire. Pour un aperçu de l'historique des litiges portant sur les entraves à la concurrence aux États-Unis, voir D. J. Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 122 à 124.

⁸ Pour un aperçu concis des différents types de régimes de droit de la concurrence, voir Baker McKenzie, *Global Guide to Competition Litigation*, 2018, disponible à l'adresse suivante : < https://f.datasrvr.com/fr1/818/58870/DSC34493_Global_Guide_to_Competition_Litigation_April_11.pdf > (consulté le 13 décembre 2018).

⁹ OCDE, Centre pour la coopération avec les non-membres – Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises, Forum mondial de l'OCDE sur la concurrence, « Les objectifs du droit et de la politique de la concurrence - note du Secrétariat », 13 mars 2003, p. 2, disponible à l'adresse suivante : < [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP\(2003\)3&docLanguage=Fr](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP(2003)3&docLanguage=Fr) > (consulté le 13 décembre 2018).

- position dominante sur le marché pour entraver le jeu de la concurrence, etc.) ;
- (iii) aux interdictions de fusions et acquisitions qui entravent la concurrence ;
- (iv) également à la réglementation en vigueur dans certains États et territoires des projets de concentration¹⁰.

9. La réglementation et l'application des règles de concurrence peuvent ensuite être divisées en trois grandes catégories : i) le contrôle des concentrations par une autorité publique ; ii) l'action publique (*public enforcement*) en cas d'infractions au droit de la concurrence ; et iii) l'action privée (*private enforcement*) en cas d'infractions au droit de la concurrence.

A. Contrôle des concentrations par les autorités publiques

10. Dans de nombreux systèmes juridiques, le droit de la concurrence prévoit la réglementation des projets de concentration en permettant aux autorités de concurrence d'enquêter sur les concentrations entre opérateurs du marché qui pourraient nuire à la concurrence¹¹ ou qui nécessitent une autorisation préalable de la part d'une autorité de régulation (généralement une autorité de concurrence) avant que la concentration ne puisse aboutir. Un exemple classique de contrôle des concentrations est celui d'une autorité de concurrence qui examine les circonstances dans lesquelles une entreprise envisage d'acquiescer son principal concurrent, ce qui aura pour effet que le marché deviendra moins concurrentiel et que les consommateurs pourront être amenés à payer un prix supérieur. Dans ce type de questions relevant du droit de la concurrence, l'accent est mis sur l'intérêt public et le maintien d'un marché concurrentiel¹².

11. Ces questions sont de nature réglementaire ; elles n'entrent donc pas dans le champ d'application de la Convention puisqu'il ne s'agit pas d'une « matière civile ou commerciale » au sens de l'article 1(1) du projet de Convention. Il est également probable qu'elles ne relèvent pas non plus du champ d'application du projet de Convention en vertu de la définition de jugement prévue à l'article 3(1)(b) du projet de Convention (c.-à-d. « toute décision sur le fond rendue par un tribunal »).

B. Action publique (*public enforcement*)

12. L'action publique en droit de la concurrence suppose que les autorités étatiques enquêtent sur les comportements anticoncurrentiels tels que ceux énumérés au paragraphe 7 (i), (ii) et (iii) ci-dessus. L'action publique en droit de la concurrence peut être exercée sous la forme de poursuites administratives, pénales ou civiles par une autorité de régulation.

13. Les principales caractéristiques qui distinguent l'action publique de l'action privée en droit de la concurrence (autres que le fait qu'elle soit exercée par une autorité publique de régulation telle qu'une autorité financière ou une autorité de concurrence) sont :

- (i) les vastes pouvoirs d'enquête des autorités de régulation. Ces pouvoirs comprennent, par exemple, le pouvoir d'exiger la communication d'informations et de documents relatifs à toute infraction potentielle aux règles de concurrence, le pouvoir d'accéder aux

¹⁰ M. Dabbah, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 13. Pour une description des différents types de comportements anticoncurrentiels, voir R. S. Khemani et D. M. Shapiro, *Glossaire d'économie industrielle et de droit de la concurrence*, Paris, Éditions OCDE, 1995, en particulier para. 10 disponible à l'adresse suivante : < <http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf> > (en anglais uniquement) (consulté le 13 décembre 2018).

¹¹ R. Whish et D. Bailey, *Competition Law* (Chapitre : *Overview and Practices Controlled by Competition law*), Oxford, Oxford University Press, 8^e éd., 2015, p. 3.

¹² *Ibid.* p. 3.

locaux avec ou sans mandat ainsi que le pouvoir d'audition¹³.

- (ii) les nombreux pouvoirs de l'autorité de régulation, ou d'un tribunal à la demande d'une autorité de régulation, en termes de sanctions qui peuvent prendre la forme d'une ou de plusieurs des sanctions suivantes : des sanctions civiles et des amendes importantes (par ex. un emprisonnement, des amendes pécuniaires ou une interdiction pour les administrateurs de siéger en tant qu'administrateur de la société pendant un certain temps), des dommages et intérêts, des injonctions, des ordonnances de dessaisissement et / ou des déclarations (par ex. une déclaration selon laquelle un accord est nul et non exécutoire)¹⁴.

14. Là encore, en raison de la fonction de régulation publique des autorités, les entraves à la concurrence seront également exclues du champ d'application du projet de Convention car elles ne relèveront pas de la définition de « matière civile ou commerciale » de l'article 1(1) du projet de Convention. Ce point est soulevé dans le projet révisé de Rapport explicatif qui prévoit que¹⁵ :

« L'élément clé pour distinguer une matière de droit public d'une matière « civile » ou « commerciale » est le fait qu'une des parties exerce des prérogatives de puissance publique dont ne jouissent pas les personnes ordinaires. Il y a donc lieu de déterminer la relation juridique entre les parties au litige et d'examiner le fondement juridique de l'action introduite devant le tribunal d'origine pour établir si le jugement porte sur une matière civile ou commerciale. Si l'action découle de l'exercice de prérogatives (ou d'obligations) de puissance publique, le projet de Convention ne s'applique pas. L'illustration type de la puissance publique est la capacité à faire valoir des droits par une procédure administrative d'exécution sans qu'aucune action judiciaire soit nécessaire. Ainsi, par exemple, le projet de Convention ne s'applique pas aux ordonnances d'exécution introduites par des gouvernements ou des agences gouvernementales comme les autorités de la concurrence ou les autorités de surveillance financière, qui visent à faire respecter les exigences réglementaires ou à prévenir le non-respect de ces exigences¹⁶. Il ne s'applique pas non plus aux jugements portant sur des actions en justice introduites pour exécuter ces ordonnances ou pour faire appel de celles-ci [...] »

15. Il est également peu vraisemblable qu'une décision d'une autorité de régulation (par opposition à une décision d'un tribunal) relève de la définition du terme « jugement » de l'article 3(1)(b) du projet de Convention.

16. Dans certains États et territoires, il est possible pour une autorité publique de régulation d'accorder des dommages et intérêts à une partie privée à la suite d'une décision constatant une violation du droit de la concurrence. Ces décisions seraient également exclues du champ d'application de la Convention indépendamment du fait qu'elles soient ou non complètement exclues du champ d'application de l'article 2(1) étant donné que, là encore, la décision ne serait pas une décision « rendue par un tribunal » en vertu de l'article 3(1)(b) du projet de Convention. Bien que la définition de « tribunal » ne figure pas dans le projet de Convention, le projet révisé de Rapport explicatif prévoit qu'un tribunal « doit être interprété de façon autonome et renvoie aux autorités ou organes qui font partie de la branche judiciaire d'un État et qui exercent des fonctions juridictionnelles »¹⁷. Le projet révisé de Rapport explicatif précise également que les autorités administratives ne sont pas des

¹³ Le non-respect d'une enquête menée par une autorité de concurrence peut également être sévèrement sanctionné.

¹⁴ Voir K. Hüschelrath et S. Peyer, « Public and Private Enforcement of Competition Law: A Differentiated Approach », *ZEW Discussion Papers*, vol. 13-029, 2013, p. 3 et 4.

¹⁵ Projet révisé de Rapport explicatif, para. 29.

¹⁶ « Note sur l'article 1(1) de l'avant-projet de Convention et l'expression "matière civile et commerciale" », Doc. prélim. No 4 de décembre 2016 à l'attention de la Commission spéciale de février 2017 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (16-24 février 2017), para. 41 (chemin d'accès indiqué à la note 3).

¹⁷ Projet révisé de Rapport explicatif, para. 89.

tribunaux et donne des exemples d'organes administratifs dont les décisions ne relèveraient pas du champ d'application de la Convention en raison de la définition du terme « tribunal » (par ex. les offices de brevets ou de marques¹⁸ ou les notaires publics ou les greffes).

C. Action privée (*private enforcement*)

1. Types d'actions privées

17. L'action privée fait en revanche généralement référence aux litiges entre parties privées. Ces actions sont normalement intentées soit dans un contexte contractuel, soit dans le cadre d'une action en responsabilité civile délictuelle. Comme l'indique le Rapport Hartley / Dogauchi, des exemples de ces actions dans un contexte de droit contractuel seraient « lorsque le demandeur, partie à une entente anticoncurrentielle, soulève la nullité de l'entente, ou qu'un acheteur demande le remboursement de prix excessifs versés au vendeur du fait d'une entente sur les prix ou d'un abus de position dominante par ce dernier »¹⁹. Un exemple d'action dans un contexte de droit de la responsabilité civile serait une demande de réparation (par ex. des dommages et intérêts) à la suite d'une fixation des prix ou d'une pratique d'éviction.

18. L'action privée peut être exercée sous la forme de ce que l'on appelle dans de nombreux États et territoires d'actions autonomes (dites de *stand alone*)²⁰ ou d'actions de suivi (dites de *follow-on*).

19. Une action autonome est une action en responsabilité et en dommages et intérêts et / ou une autre forme d'injonction et / ou un jugement déclaratoire en l'absence d'une décision d'une autorité de régulation ou d'un tribunal à la demande d'une autorité de régulation. Dans le cadre d'une action autonome, le demandeur doit rapporter la preuve d'une violation des règles de concurrence, d'un lien de causalité ainsi que d'un préjudice subi.

20. Une action de suivi est une demande de dommages et intérêts engagée à la suite d'une décision antérieure prise par un organisme public de régulation ou par un tribunal à la demande de l'autorité publique. Dans le cadre des actions de suivi, les demandeurs ne sont généralement pas tenus d'établir l'existence d'une infraction ; ils n'ont qu'à démontrer le lien de causalité ainsi que le préjudice subi.

21. Dans certains États et territoires, comme par exemple en vertu du droit de l'Union européenne, la constatation d'une infraction dans une décision finale d'une autorité nationale de concurrence, ou par un tribunal saisi d'un appel à l'initiative d'une autorité, lie les tribunaux nationaux de cet État membre²¹. Certaines règles de concurrence prévoient également la possibilité de suspendre les procédures lorsqu'une action est pendante devant une autorité de régulation de son ressort ; le tribunal peut suspendre les procédures dans l'attente de la décision de l'autorité de régulation²².

¹⁸ Bien que cela dépende des conclusions du groupe de travail informel sur la propriété intellectuelle.

¹⁹ Rapport Hartley/Dogauchi, para. 62.

²⁰ Disponible par exemple en Australie, en Égypte, aux États-Unis, dans la Fédération de Russie et au Mexique. Toutefois, les actions autonomes ne sont pas disponibles dans d'autres États et territoires, comme la Turquie. Pour plus d'informations, voir Baker McKenzie ([op. cit.](#) note 8).

²¹ Art. 9 de la Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour violation des dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (ci-après, la « **Directive Dommages et intérêts pour violation des dispositions du droit de la concurrence** »).

²² Voir par ex. art. 16 du Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, qui prévoit que les États membres doivent éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission et que la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure dans l'attente de la décision de la CE, disponible à l'adresse suivante : < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=FR> > ([consulté le 13 décembre 2018](#)).

22. Il n'est donc pas rare qu'une entreprise ayant enfreint le droit de la concurrence se voie infliger une amende imposée par une autorité de concurrence dans un ou plusieurs États et soit tenue de payer des dommages et intérêts à la suite d'une action privée. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, seuls les jugements découlant d'une action privée relèveront du champ d'application du projet de Convention.

2. Qui peut intenter une action privée ?

23. Les actions privées sont généralement intentées entre parties privées. Il existe toutefois une tendance croissante²³ et, dans certains États et territoires, une tradition de longue date²⁴, d'intenter des actions privées par le biais de recours collectifs (dits de *class action*, également connus sous le nom de procédures collectives ou d'actions de groupe). L'objectif de ce recours est de permettre aux personnes qui ont subi un préjudice en raison d'un comportement anticoncurrentiel et qui, pour d'autres raisons, ne sont pas en mesure d'engager elles-mêmes une procédure, d'avoir accès à une réparation significative.

24. Les recours collectifs peuvent généralement être intentés soit au nom de particuliers, par exemple par une association de consommateurs, soit en regroupant simplement des actions individuelles. Dans certains États et territoires, l'autorité publique peut également présenter une action en réparation au nom des personnes ayant subi un préjudice²⁵. Il existe des différences à l'échelle mondiale dans les approches adoptées à l'égard des recours collectifs, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si le régime particulier prévoit la convocation d'un groupe selon le principe de l'acceptation (dit de *opt-in*) ou de l'exclusion (dit de *opt-out*). Pour ce qui est des questions relevant du droit de la concurrence, ces actions sont souvent intentées dans le cadre d'une action de suivi, mais dans certains États et territoires, elles peuvent l'être soit dans le cadre d'une action de suivi, soit dans le cadre d'une action autonome.

25. Bien que les recours collectifs constituent une composante croissante de l'action privée en droit de la concurrence, ils ne se limitent évidemment pas aux questions relevant du droit de la concurrence et sont courants dans d'autres types de matières qui relèvent du champ d'application du projet de Convention²⁶. Il ne semble pas y avoir de caractéristiques des recours collectifs dans le contexte du droit de la concurrence qui soulèvent des questions distinctes nécessitant un examen distinct.

3. Formes de protection et de réparation

26. Les formes principales de protection et de réparation dans le cadre de l'exercice d'une action

²³ En 2013, la Commission européenne a encouragé chaque État membre à adopter des actions collectives et représentatives : Voir « Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union », *Journal officiel de l'Union européenne*, No L201/60, 2013. Par la suite, en janvier 2018, la Commission a publié un rapport : « Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant la mise en œuvre de la recommandation de la Commission du 11 juin 2013 à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE) », COM(2018) 40 final. Voir également Baker McKenzie (*op. cit.* note 8), qui prévoit que des recours collectifs sont disponibles en matière de droit de la concurrence en Angleterre et au pays de Galles, en Australie, en Belgique, au Canada, aux États-Unis, en France, en Italie, au Japon, au Mexique, aux Pays-Bas, en Pologne et en Suède.

²⁴ Il s'agit d'une pratique courante et répandue aux États-Unis, par exemple en vertu de l'art. 23 des règles fédérales de procédure civile des États-Unis.

²⁵ Par ex., en Australie, la Commission australienne de la concurrence et de la consommation peut exercer des actions privées au nom de particuliers dans certaines circonstances limitées : voir art. 87(1B) du *Competition and Consumer Act 2010 (Cth)*.

²⁶ Par ex., les questions relatives à la protection des consommateurs, à la responsabilité du fait des produits, etc.

privée sont les dommages et intérêts, les jugements déclaratoires et les injonctions (provisoires ou définitives). Dans certains États et territoires, la protection et la réparation peuvent parfois prendre la forme d'une ordonnance de restitution des bénéfices tirés de la violation²⁷.

27. Dans la plupart des États et territoires, les dommages et intérêts sont limités aux pertes subies par un demandeur en raison d'une violation des règles de concurrence, ce qui peut inclure le manque à gagner²⁸. Le demandeur peut être tenu de prouver le préjudice réel subi et peut ne pas avoir le droit de recouvrer les pertes ou dommages qu'il a transmis à un acheteur en aval (cette question est traitée plus en détail ci-après). Par conséquent, l'approche la plus courante consiste pour les tribunaux à tenir compte de la position dans laquelle le demandeur se serait trouvé si la violation du droit de la concurrence n'avait pas eu lieu.

28. Toutefois, dans d'autres États et territoires comme aux États-Unis, des dommages et intérêts multiples (c.-à-d. punitifs) peuvent également être accordés. Aux États-Unis, des actions en dommages et intérêts peuvent être intentées en vertu de l'article 4 du *Clayton Act 1914*. Cet article donne aux parties privées qui ont subi un préjudice en raison d'une infraction à la législation *anti-trust* la possibilité d'intenter une action devant les tribunaux fédéraux contre l'entreprise ou les entreprises fautive(s) et d'obtenir ce que l'on appelle des dommages et intérêts triples (c.-à-d. des dommages et intérêts équivalents à trois fois le préjudice réel subi). Les dommages et intérêts sont automatiques en vertu de l'article 4 du *Clayton Act 1914*. En plus des dommages et intérêts triples, les demandeurs peuvent également demander le recouvrement de leurs frais de justice²⁹.

29. L'octroi de dommages et intérêts multiples ou punitifs a fait l'objet d'une controverse lors de négociations antérieures du projet sur les Jugements³⁰ et de la Convention Élection de for de 2005³¹. Il ne s'agit toutefois pas d'une question propre aux jugements en matière de concurrence telle qu'abordée plus loin en relation avec l'article 10 du projet de Convention.

30. Les injonctions peuvent être soit provisoires soit définitives. Il existe d'autres formes de protection et de réparation telles que les ordonnances de cessation, les déclarations selon lesquelles un contrat est nul en tout ou en partie, les modifications d'un contrat de façon prospective et rétrospective ainsi que les ordonnances de restitution³².

4. La répercussion des surcoûts (le *passing-on defence*)

31. La répercussion des surcoûts en droit de la concurrence renvoie aux circonstances dans lesquelles les préjudices découlant d'une entente subis par l'acheteur d'un produit sont réduits car l'acheteur a répercuté ces surcoûts sur son client. Cette répercussion vise à ce que le demandeur soit indemnisé, sans pour autant être surindemnisé, pour le préjudice subi en n'obligeant pas le défendeur

²⁷ Voir par ex. art. 34a de la loi allemande contre les restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

²⁸ C'est notamment le cas de l'Argentine, de l'Australie et de la Chine (en vertu des dispositions du SPC, art. 14 et de la Loi anti-monopole, art. 50).

²⁹ M. Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 258.

³⁰ Voir C. Kessedjian, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », dans *Actes et documents de la Vingtième session (2005)*, tome II, *Jugements*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, p. 64, para 194. Voir également C. Kessedjian, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments » dans J. Basedow, S. Franzq et L. Idot, *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Hart Publishing, 2012, p. 253 et 254.

³¹ Voir L. Radicati di Brozolo, « Antitrust Claims: Why exclude them from the Hague Jurisdiction and Judgments Convention », *European Competition Law Review*, 2004, vol. 25, No 12, p. 780, 783 et 784, concluant que l'octroi de dommages et intérêts triples aux États-Unis ne constitue pas une raison d'exclure les entraves à la concurrence du champ d'application de la Convention Élection de for de 2005 ou du projet initial sur les Jugements.

³² A. Foer et J. Cuneo, *The International Handbook on Private Enforcement of Competition Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2010, p. 495.

à payer potentiellement deux fois pour le même préjudice³³.

32. Dans certains États et territoires, comme par exemple dans l'Union européenne, il est possible d'avoir recours à la répercussion des surcoûts ; les acheteurs tant directs qu'indirects ont le droit d'intenter une action en dommages et intérêts. Il existe une présomption réfragable qu'il y a eu une répercussion en faveur de l'acheteur indirect si i) le défendeur a violé les règles de concurrence ; ii) la violation a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct du défendeur ; et iii) l'acheteur indirect a acheté les marchandises ou les services qui ont fait l'objet de l'infraction³⁴. Le droit de l'Union européenne prévoit en outre que les tribunaux nationaux doivent pouvoir estimer la répercussion³⁵.

33. En revanche, dans d'autres États et territoires comme aux États-Unis (au niveau fédéral), il n'est pas possible d'avoir recours à la répercussion des surcoûts³⁶. De plus, la loi fédérale américaine prévoit que les dommages et intérêts dans certaines actions ne sont disponibles que pour les acheteurs ; elle ne permet pas aux acheteurs indirects (c.-à-d. ceux n'ayant pas acheté directement au défendeur) d'obtenir une réparation sous la forme de dommages et intérêts. L'arrêt de principe américain en la matière est l'arrêt de 1977 de la Cour suprême des États-Unis *Illinois Brick Co. c. Illinois*³⁷. Dans cette affaire, la Cour suprême a constaté i) que tenter de déterminer le montant d'un surcoût ayant été répercuté sur le client du demandeur est difficile et peut être affecté par d'autres forces du marché qui ne sont pas liées à la violation de la législation *anti-trust* par un défendeur, et ii) que le fait de permettre aux acheteurs indirects d'intenter une action en dommages et intérêts risquerait d'exposer les défendeurs à des dommages et intérêts doublés pour les acheteurs tant directs qu'indirects. Il est actuellement possible d'avoir recours à la répercussion des coûts en vertu de certaines lois étatiques³⁸ et des dommages-intérêts généraux peuvent être accordés aux acheteurs indirects³⁹.

34. Lorsque des dommages et intérêts sont accordés à une partie privée dans un État et territoire au sein duquel il n'est pas possible pour le défendeur d'invoquer la répercussion des surcoûts, un problème peut se poser dans l'État requis quant à la question de savoir si ce jugement est considéré comme accordant des dommages et intérêts non compensatoires. Cette question est traitée plus loin dans le contexte de l'article 10.

5. Application extraterritoriale des règles de concurrence

35. L'une des particularités du droit de la concurrence est que les comportements anticoncurrentiels ont souvent une portée mondiale et sont le fait d'opérateurs de marché multinationaux. Un comportement anticoncurrentiel survenant dans un État et territoire peut nuire à la concurrence sur les marchés d'un ou de plusieurs autres États et territoires. C'est pourquoi, dans un certain nombre d'États et territoires, le droit de la concurrence a une portée extraterritoriale, de sorte qu'il s'applique à certains comportements qui nuisent à la concurrence sur les marchés de cet

³³ Voir *Sainsbury's Supermarkets c. Mastercard Incorporated e.a.* [2016] CAT 11 pour une décision anglaise qui examine en détail la répercussion des surcoûts ; voir également l'étude de la Commission européenne sur la répercussion des surcoûts, préparée par RBB Economics et Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2016, disponible à l'adresse suivante : < <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf> > (consulté le 13 décembre 2018).

³⁴ Voir art. 14 de la Directive Dommages et intérêts pour violation des dispositions du droit de la concurrence.

³⁵ *Ibid.*, art. 12 ; voir également l'étude préparée par RBB Economics et Cuatrecasas (*op. cit.* note 33).

³⁶ Voir la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Hanover Shoe c. United Shoe Machinery* 392 US 481 (1968), dans laquelle la Cour suprême a jugé qu'un défendeur dans une affaire de fixation des prix ne pouvait prétendre en défense que l'acheteur direct n'avait pas subi de préjudice parce que le prétendu surcoût avait été transmis à un autre.

³⁷ 431 US 720 (1977).

³⁸ C'est actuellement le cas dans la plupart des états, y compris dans les états de New York et en Californie : voir Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 260. Voir également Baker McKenzie (*op. cit.* note 8), , p. 3 et 204.

³⁹ Voir G.J. Benston, « Indirect Purchaser' Standing to Claim Damages in Price Fixing Antitrust Action: A Benefit/Cost Analysis of Proposals to Change the Illinois Brick Rule », *Antitrust Law Journal*, 1986, vol 55, Numéro 1.

État et territoire (approche fondée sur les effets)⁴⁰. Dans de nombreux États, les règles de concurrence peuvent s'appliquer aux comportements extraterritoriaux. Les États-Unis et l'Union européenne sont deux exemples d'États et territoires ayant des règles de concurrence qui peuvent s'appliquer à des comportements extraterritoriaux.

36. Aux États-Unis, cette question est régie par le *Foreign Trade Antitrust Improvements Act 1982* (ci-après, le « **FTAIA** ») qui prévoit que les règles *anti-trust* américaines ne s'appliqueront pas aux comportements anticoncurrentiels impliquant le commerce de non-importation ou le commerce avec des États étrangers à moins que ces pratiques n'aient un « effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible »⁴¹ sur les échanges ou le commerce américains⁴². Ainsi, par exemple, le droit *anti-trust* américain peut s'appliquer à un comportement anticoncurrentiel qui se produit en dehors des États-Unis, c'est le cas notamment des ententes mondiales lorsqu'elles ont un « effet direct, substantiel et raisonnablement prévisible » sur le commerce américain et qu'il existe un lien de causalité entre le comportement et le demandeur. Toutefois, les tribunaux américains ont affirmé que, pour appliquer cette législation, il convenait de tenir compte des intérêts d'autres États auxquels les tribunaux américains pourraient s'opposer en faisant valoir leur compétence dans une affaire en particulier⁴³.

37. La jurisprudence américaine a eu tendance à appliquer cette législation *stricto sensu*. Par exemple, une question controversée qui s'est posée dans le contexte de la nature extraterritoriale de la législation *anti-trust* américaine a été celle de savoir si un demandeur ayant subi un préjudice en dehors des États-Unis a le droit de demander des dommages et intérêts au sein des États-Unis. Cette question a été tranchée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche c. Empagran SA*⁴⁴. Dans cette affaire, la Cour suprême, consciente de l'impact qu'une surexposition à des demandes de dommages et intérêts triples pourrait avoir sur la réglementation des pratiques anticoncurrentielles dans d'autres parties du monde, a jugé que les demandeurs ayant subi un préjudice à l'étranger ne pouvaient pas demander des dommages et intérêts aux États-Unis. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis n'a pas tranché la question de savoir si les demandeurs étrangers avaient le droit de demander des dommages et intérêts devant les tribunaux américains lorsque le préjudice subi à l'étranger par le demandeur était considéré comme intrinsèque au préjudice national causé par l'entente aux clients américains⁴⁵.

38. Au sein de l'Union européenne, la question de l'application extraterritoriale du droit européen de la concurrence a également été soulevée devant les tribunaux européens. Deux principaux critères ont été mis au point pour limiter la portée extraterritoriale du droit européen de la concurrence : le « critère de mise en œuvre »⁴⁶ et le « critère des effets qualifiés »⁴⁷. Le critère de mise en œuvre exige que, pour que le droit européen de la concurrence s'applique extraterritorialement, le comportement anticoncurrentiel doit être mis en œuvre dans l'Union européenne (par ex. par le biais de ventes directes dans l'Union européenne)⁴⁸. La mise en œuvre peut être assurée par des agents, sous-agents,

⁴⁰ Dabbah (*op. cit.* note 10), p. 264.

⁴¹ Art. 6a du FTAIA

⁴² Voir M. Huffman, « A Retrospective on Twenty-five Years of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act », 44 *Hous L Rev* 285 (2007), 294 à 298. C'est ce qu'on appelle également la « doctrine des effets ».

⁴³ Voir *Timberlane Lumber Co c. Bank of America* 549 F.2d 597 (9^e Cir 1976) ; *Mannington Mills c. Congoleum Corp*n 595 F.2d 1287 (3^e Cir 1979) ; E. Fox « Extraterritoriality and Antitrust – Is Reasonableness the Answer? », *Fordham Corporate Law Institute* (éd. Hawk), (1986), p. 49, comme indiqué dans R. Whish et D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 524. Toutefois, la loi applicable en l'espèce est une loi (c'est-à-dire le FTAIA) que les tribunaux ont décidé de faire primer sur *Timberlane* et suivants : voir, par exemple, *McGlinchy c. Shell Chemical Co.* 845 F.2d 81 n.8 (9th Cir. 1988).

⁴⁴ 542 US 155 (2004).

⁴⁵ R. Whish et D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 524.

⁴⁶ Voir arrêt de la Cour du 31 mars 1993, *Ahlström Osakeyhtiö and Others c. Commission des Communautés européennes* (communément appelée *Woodpulp I*), C-89/85, EU:C:1993:120, para. 16.

⁴⁷ Voir arrêt du Tribunal du 25 mars 1999, *Gencor c. Commission*, T-102/96, [EU:T:1999:65](#), para. 92.

⁴⁸ R. Whish et D. Bailey (*op. cit.* note 11), p. 528.

filiales ou succursales opérant au sein de l'Union européenne. Le « critère des effets qualifiés » exige quant à lui que les pratiques anticoncurrentielles aient des « effets immédiats, substantiels et prévisibles dans l'Union européenne »⁴⁹. Dans une décision de 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié le rapport entre ces deux critères et a relevé que le droit européen de la concurrence peut avoir une application extraterritoriale lorsque l'un de ces deux critères s'applique⁵⁰. Ce domaine du droit européen est encore en mutation.

39. Il existe également d'autres États et territoires qui prévoient que leur droit de la concurrence s'applique à un comportement mis en œuvre à l'extérieur de leur territoire si ce comportement a un effet sur leurs marchés nationaux⁵¹.

40. Un autre problème transfrontière qui peut se poser dans le contexte du droit de la concurrence / droit *anti-trust* est celui de la possibilité pour un demandeur privé d'intenter une action en dommages et intérêts dans un État (État A) pour un comportement mis en œuvre dans un autre État (État B) en violation du droit de la concurrence de l'État B. Dans un tel cas, l'application extraterritoriale du droit de la concurrence ne soulève aucun problème. Il s'agit d'un scénario qui peut se présenter pour de nombreux types d'actions transfrontières : ce scénario ne semble pas soulever de questions spécifiques au droit de la concurrence qui méritent d'être examinées dans le présent document.

III. Jugements en matière de concurrence et projet de Convention

41. Dans ce contexte, il est utile d'examiner i) la circulation des jugements en vertu du projet de Convention si les entraves à la concurrence sont incluses dans le champ d'application de la Convention ; et ii) la circulation des jugements en vertu de la Convention si les entraves à la concurrence sont totalement exclues du champ d'application de la Convention en vertu de son article 2(1).

A. Inclusion des entraves à la concurrence dans le champ d'application

42. Comme indiqué plus haut, si les entraves à la concurrence sont incluses dans le champ d'application du projet de Convention, celui-ci ne s'appliquerait qu'aux actions privées. Il inclurait à la fois les actions autonomes et les actions de suivi intentées tant par des particuliers qu'en leur nom, y compris les actions intentées au nom de particuliers par une autorité de concurrence.

1. Critères de compétence

43. Si les entraves à la concurrence sont incluses dans le champ d'application du projet de Convention, un jugement portant sur des entraves à la concurrence pourrait entrer dans le champ d'application des critères de compétence suivants : l'article 5(1)(a) relatif à la résidence habituelle ; l'article 5(1)(b) relatif à l'établissement professionnel principal ; l'article 5(1)(c) relatif à la reconnaissance et l'exécution à l'encontre de la personne qui a saisi le tribunal ; l'article 5(1)(d) relatif à une succursale, une agence ou un autre établissement ; l'article 5(1)(e) et (m) relatifs au consentement explicite ; l'article 5(1)(f) relatif à la soumission tacite ; l'article 5(1)(l) relatif aux

⁴⁹ *Gencor c. Commission* (op. cit. note 47), para. 92.

⁵⁰ Voir l'arrêt de la Cour du 6 septembre 2017, *Intel Corp. Inc. c. Commission européenne*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, para. 40 et s. ; voir aussi E. Turtle et C. Sandger, « EU Overview », dans Llène Knable Gotts, *The Private Competition Enforcement Review*, 11^e éd., Law Business Research Ltd, 2018, 4.

⁵¹ Voir, par ex., art. 4 de la loi néo-zélandaise de 1986 sur le commerce et art. 5 de la loi australienne de 2010 sur la consommation et la concurrence. Chacune de ces dispositions énonce de façon relativement détaillée les circonstances dans lesquelles la conduite à l'extérieur de l'État et territoire est régie par les dispositions du droit de la concurrence de cet État et territoire.

demandes reconventionnelles ; et l'article 5(1)(g) relatif aux obligations contractuelles lorsque le jugement a été rendu dans l'État où l'exécution de cette obligation a eu lieu ou aurait dû avoir lieu.

44. Un jugement portant sur des entraves à la concurrence ne circulerait pas en vertu de l'article 5(1)(j) relatif aux obligations non contractuelles. En effet, ce critère de compétence est limité aux jugements portant sur les obligations non contractuelles résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel ou d'une perte de biens matériels. De même, aucun des autres critères de compétence prévus à l'article 5 ne s'appliquerait à un jugement portant sur des entraves à la concurrence.

45. L'application de ces critères limiterait par conséquent la reconnaissance et l'exécution des jugements portant sur l'application des règles de concurrence. Il faudrait qu'il existe un lien étroit entre le défendeur et l'État d'origine ou que le défendeur ait consenti (expressément ou implicitement) à ce que l'affaire soit portée devant ce for. Dans l'un ou l'autre de ces scénarios, le fait que le défendeur fasse valoir que le jugement se fonde sur l'application du droit de la concurrence du for au comportement du défendeur appelle à un examen approfondi, que ce comportement ait eu lieu dans l'État d'origine ou à l'étranger⁵².

46. Voici quelques exemples de jugements qui circuleraient en vertu du projet de Convention :

- (i) un jugement accordant des dommages et intérêts à une société établie dans l'État requis en raison d'ententes conclues au nom de la société par une succursale de cette société dans l'État d'origine, en violation du droit de la concurrence de l'État d'origine ; ou
- (ii) un jugement rejetant une demande pour violation d'une disposition contractuelle au motif que cette disposition était inapplicable en vertu du droit de la concurrence de l'État d'origine (ou en vertu du droit de la concurrence d'un autre État appliqué par le tribunal d'origine pour déterminer la question de la validité / de l'exécution, conformément aux règles de droit applicables de l'État d'origine).

2. Ordre public

47. En matière d'entraves à la concurrence, le motif de refus d'ordre public prévu à l'article 7(1)(c) du projet de Convention peut être invoqué pour les jugements qui visent davantage à réguler le marché concerné plutôt qu'à indemniser le demandeur pour le préjudice subi (ou en plus de l'indemniser). À titre d'exemple, on peut citer l'exécution d'un jugement appliquant des règles de concurrence extraterritoriales afin d'accorder une indemnisation pour un comportement mis en œuvre dans l'État requis et qui est licite dans cet État.

48. Il convient de noter toutefois que, conformément au libellé de la disposition (c.-à-d. « manifestement incompatible avec l'ordre public »), l'exception d'ordre public n'est évidemment destinée à être utilisée que dans un nombre très limité de cas exceptionnels⁵³.

3. Protection et réparation

49. La question des dommages et intérêts triples en matière d'action privée serait examinée dans le cadre de l'article 10(1) du projet de Convention. L'article 10(1) prévoit le refus de reconnaissance et d'exécution dans les cas où le jugement accorde des dommages et intérêts qui vont au-delà de la compensation du demandeur pour la perte ou le préjudice réel subi (c.-à-d. dans les cas où le jugement accorde des dommages punitifs ou exemplaires). La question de l'octroi de dommages et intérêts

⁵² Dans certaines circonstances limitées, des problèmes d'ordre public peuvent se poser dans l'État requis : voir para. 47 ci-dessous.

⁵³ Voir les discussions dans le projet révisé de Rapport explicatif, para. 289 et 290.

punitifs n'est évidemment pas propre aux questions relevant du droit de la concurrence ; elle se pose également dans le contexte de nombreuses autres questions qui relèvent du champ d'application du projet de Convention⁵⁴.

50. En outre, une injonction définitive (et non une injonction provisoire⁵⁵) pourrait être reconnue et exécutée en vertu du projet de Convention conformément à la définition du terme « jugement » à l'article 3(1)(b) du projet de Convention.

4. Déclarations relatives à des matières particulières

51. Il convient également de noter que si le projet de Convention inclut les entraves à la concurrence dans son champ d'application, les États peuvent faire une déclaration en vertu de l'article 19 du projet de Convention excluant les entraves à la concurrence. L'article 19 dispose que « [l]orsqu'un État a un intérêt important à ne pas appliquer la présente Convention à une matière particulière, il peut déclarer qu'il ne l'appliquera pas à cette matière ». Une déclaration en vertu de l'article 19 signifiera que les entraves à la concurrence seront exclues du champ d'application du projet de Convention pour l'État contractant qui a fait la déclaration et pour tout autre État contractant dans lequel la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu dans l'État contractant qui a fait la déclaration est demandée.

52. Par conséquent, même si les entraves à la concurrence ne sont pas exclues du champ d'application du projet de Convention en vertu de l'article 2(1), les entraves à la concurrence (ou un sous-ensemble d'entraves à la concurrence) pourraient être exclues du champ d'application du projet de Convention pour certains États au moyen d'une déclaration en vertu de l'article 19.

B. Exclusion des entraves à la concurrence du champ d'application

53. Si les entraves à la concurrence sont entièrement exclues du champ d'application du projet de Convention, cela signifierait qu'un jugement portant sur une demande dans un contexte contractuel où une exception fondée sur le droit de la concurrence est invoquée ou sur des demandes délictuelles ayant pour objet des violations du droit de la concurrence ne circulerait pas en vertu de la Convention. En d'autres termes, la victime d'une violation du droit de la concurrence ayant obtenu des dommages et intérêts ou une injonction ne pourrait faire reconnaître et exécuter son jugement en vertu de la Convention. De même, un défendeur qui a défendu avec succès une demande pour violation des règles de concurrence ne pourrait faire reconnaître (ou exécuter une décision relative aux frais accessoires) dans aucun autre État contractant en vertu de la Convention.

54. Lorsqu'une entrave à la concurrence n'est pas l'objet de la procédure (par ex. lorsqu'une entrave à la concurrence est soulevée en tant qu'exception à une action pour violation de contrat), l'article 2(2) du projet de Convention prévoit que ce jugement ne sera pas exclu du champ d'application de la Convention simplement parce que l'entrave à la concurrence a été soulevée à titre préalable dans la procédure dans laquelle le jugement a été rendu. Toutefois, cette disposition doit être lue en liaison avec l'article 8 du projet de Convention qui prévoit :

- (i) qu'une décision sur une matière ne relevant pas du champ d'application de la Convention (par ex. une question relevant du droit de la concurrence) ne circule pas en vertu du projet de Convention conformément à l'article 8(1) ; et
- (ii) que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement portant par exemple sur une demande contractuelle peut être refusée, si et dans la mesure où le jugement était fondé sur une décision portant sur une matière exclue du champ d'application (par ex. une

⁵⁴ *Ibid.*, para. 333 à 336.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 87.

question relevant du droit de la concurrence) conformément à l'article 8(2).

55. Cela signifie que si une demande contractuelle devait aboutir parce que le tribunal d'origine a rejeté un argument fondé sur le droit de la concurrence, la reconnaissance ou l'exécution pourrait être refusée. De même, si une demande contractuelle échoue parce que le tribunal d'origine a accepté un argument fondé sur le droit de la concurrence, la reconnaissance ou l'exécution de cette décision peut également être refusée.

IV. Conclusion

56. Il ressort de l'analyse qui précède que, indépendamment de la décision prise d'exclure ou non entièrement les entraves à la concurrence du champ d'application, de nombreuses décisions dans ce domaine (en particulier les décisions des autorités de régulation et les décisions judiciaires résultant d'une action publique exercée par des autorités de régulation) seront exclues du champ d'application de l'instrument car elles ne relèveront pas de celui-ci en vertu de l'article 1(1) du projet de Convention.

57. Pour les autres décisions, si les entraves à la concurrence restaient dans le champ d'application du projet de Convention, un nombre relativement limité de jugements en matière de concurrence circulerait en vertu des critères de compétence prévus à l'article 5(1) du projet de Convention et serait soumis aux garanties habituelles applicables aux jugements portant sur les deux types de demandes qui relèvent du champ d'application de la Convention.

58. Enfin, si l'on décidait d'exclure les entraves à la concurrence du champ d'application de la Convention, un nombre relativement limité de jugements seraient, une fois encore, exclus du champ d'application de la Convention.

59. Il est souhaitable que le présent document facilite la discussion du groupe de travail informel ainsi que d'autres discussions avant la Session diplomatique sur la question de savoir s'il convient d'exclure les entraves à la concurrence du champ d'application de la Convention.