

## ACTUALITES

1. **Droit du commerce international et de la concurrence**  
International Trade and Competition Law
2. **Emergence d'un droit international/régional des affaires**  
Emergence of an International/Regional Business Law
3. **Droit et pratique des investissements internationaux**  
International Investments Law and Practice
4. **Sûretés, paiements et financements internationaux**  
Securities, International Payments and Financing
5. **Fiscalité internationale**  
International Taxation
6. **Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits**  
International Arbitration and Alternative Dispute Resolution
7. **Energie et infrastructures**  
Energy and Infrastructures

### 1. DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DE LA CONCURRENCE INTERNATIONAL TRADE AND COMPETITION LAW

#### POLITIQUES DE CONCURRENCE

#### COMPETITION POLICIES

Responsables de la chronique : Nathalie JALABERT-DOURY,\* Anne TERCINET,\*\*  
Joséphine FOURQUET,\*\*\* Jean-Maxime BLUTEL\*\*\*\* et Thibault SCHREPEL\*\*\*\*\*

**LT** Abuse of dominant position; Anti-competitive practices; Block exemptions; China; EU law; India; Merger control; Mexico; Standard-essential patents; State aid; United States

#### UNION EUROPEENNE

#### EUROPEAN UNION

#### PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

#### ANTI-COMPETITIVE PRACTICES

#### COUR DE JUSTICE : LA COUR CONSACRE L'« UMBRELLA EFFECT »

#### THE ECJ RETAINS THE "UMBRELLA EFFECT"

Le 5 juin 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt<sup>1</sup> faisant suite à une question préjudicielle

On June 5, 2014, the Court of Justice issued a ruling following a preliminary question sent by the Austrian

\* Avocat associé, Mayer Brown Paris.  
\*\* Docteur en droit, EM LYON Business School.  
\*\*\* Avocat, Mayer Brown Paris.  
\*\*\*\* Avocat, Mayer Brown Paris.  
\*\*\*\*\* Juriste et doctorant, Mayer Brown Paris.

appeal court for anticompetitive practices, the Oberster Gerichtshof.

This action was brought by a subsidiary of the Austrian Federal Railways in order to obtain compensation for the surplus prices paid as a result of cartel practices on the elevators and escalators market. The company was considered to have suffered harm, not by buying from members of the cartel, but from other companies that themselves had increased their prices. The issue before the Court, then, was about the opportunity to hold the cartel members liable for the price increases made by these other companies that were not members of that cartel. This mechanism is also known as the “umbrella effect.”

The Court of Justice’s decision validates the possibility of invoking the “umbrella effect” and thus the liability of the cartel members when (i) the third parties have acted independently, and (ii) it could not be ignored by the cartel members. The Court notes that companies that are not members of a cartel usually increase their prices when market conditions allow for it.

The companies argued that a conviction for the “umbrella effect” would, in practice, amount to the imposition of punitive damages since the victims of the cartel would get compensation despite the absence of corollary enrichment. The Court answered to the effect that the compensation is disconnected from the profit achieved, and, therefore, that compensation for the “umbrella effect” does not amount to punitive damages.

*Thibault Schrepel*

#### THE ECJ REJECTS THE APPEAL MADE BY NEXANS AND CLARIFIES THE SCOPE OF INSPECTIONS

On June 25, 2014, the Court of Justice rejected the appeals made by two French companies in the case known as the electric cables case. As a reminder, in its judgment of November 14, 2012, the Court had already partially cancelled inspection decisions ordered by the Commission.

Nexans SA and its 100 per cent subsidiary, Nexans France, challenged the inspection ordered on January 9, 2009 by the European Commission, alleging that the

présentée par la juridiction d’appel autrichienne compétente en matière de pratiques anticoncurrentielles, la Oberster Gerichtshof.

Cette action avait été introduite par une filiale des chemins de fer fédéraux autrichiens afin d’obtenir la réparation du surprix payé du fait des pratiques résultant du cartel des ascenseurs et escaliers mécaniques. Cette entreprise considérait avoir subi un préjudice, non pas en achetant auprès des membres de ce cartel, mais auprès d’autres entreprises ayant elles-mêmes naturellement augmenté leurs prix du fait de l’entente. La question posée à la Cour portait donc sur l’opportunité de reconnaître la possibilité d’imputer aux membres du cartel l’augmentation des prix effectuée par d’autres entreprises qui n’étaient pas membre du cartel, mais qui en auraient profité pour agir de la sorte. Ce mécanisme est également dit de l’*umbrella effect* (parfois traduit « d’effet des prix producteurs », parfois « d’effet d’ombrelle »).

L’arrêt de la Cour de justice consacre ainsi le mécanisme de l’*umbrella effect* et par là même la responsabilité des membres du cartel lorsque des tiers ont agi de manière autonome et que cette action de protection ne pouvait pas être ignorée par les membres de l’entente.<sup>2</sup> La Cour relève que les entreprises qui ne sont pas membres d’un cartel augmentent généralement leurs prix lorsque les conditions de marché le permettent.

Les entreprises sanctionnées soutenaient qu’une condamnation reconnaissant l’*umbrella effect* reviendrait en pratique à leur imposer des dommages et intérêts punitifs puisque les victimes du cartel obtiendraient une réparation qui n’aurait pas pour corollaire leur enrichissement. La Cour répond à cet égard que le dommage indemnisé n’est pas lié au bénéfice réalisé, et que la réparation de l’*umbrella effect* n’a donc rien d’un dommage punitif.

*Thibault Schrepel*

#### COUR DE JUSTICE : LA COUR REJETTE LE POURVOI DE NEXANS ET APPORTE DES PRECISIONS SUR LE CHAMP DES ENQUETES

Le 25 juin 2014, la Cour de justice de l’Union européenne a rejeté<sup>3</sup> les pourvois formés par deux entreprises françaises dans l’affaire dite des câbles électriques. Pour rappel, le Tribunal avait déjà annulé partiellement des décisions d’inspection ordonnées par la Commission dans son arrêt<sup>4</sup> du 14 novembre 2012.

La société Nexans SA et sa filiale à 100 pour cent Nexans France contestaient la décision d’inspection rendue le 9 janvier 2009 par la Commission européenne, pour

laquelle elle avait indiqué ne pas avoir à (i) délimiter précisément le marché concerné, ni même (ii) restreindre les recherches à certains documents précis.

La Commission avait en effet décrit le champ de l'enquête comme ayant « probablement une portée mondiale ». Les parties estimaient que l'arrêt du Tribunal était insuffisamment motivé, celui-ci s'étant d'après elles limité à indiquer que le champ de l'enquête avait été défini avec suffisamment de clarté par la Commission.

La Cour confirme que la Commission n'était pas tenue de limiter ses recherches à des documents relatifs à des pratiques produisant leur effet sur le marché commun. Elle confirme de plus la jurisprudence de l'arrêt *Dow Chemical Ibérica* en application de laquelle :

« il n'est en revanche pas indispensable de faire apparaître dans une décision d'inspection une délimitation précise du marché en cause, ni la qualification juridique exacte des infractions présumées ou l'indication de la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises ».<sup>5</sup>

*Thibault Schrepel*

**TRIBUNAL : LE TRIBUNAL DIT POUR DROIT QUE LE BENEFICE DE LA CLEMENCE DOIT PORTER SUR L'INTEGRALITE DE L'AMENDE LORSQU'UNE INFRACTION UNIQUE EST CARACTERISEE**

Le 15 mai 2014, le Tribunal de l'Union a rendu un arrêt<sup>6</sup> méritant d'être signalé dans l'affaire du cartel des réactifs de calcium et de magnésium pour les industries métallurgiques et gazières.

On se souvient que la Commission européenne avait, le 22 juillet 2009, imposé une amende de plus de 61 millions d'euros à neuf entreprises pour violation de l'art.101 du TFUE, pour des pratiques de répartition de marché, de fixation des prix et d'échanges d'informations sensibles.

Le Tribunal a rejeté l'ensemble des arguments formulés par l'une des sociétés condamnées, la société autrichienne Donau Chemie AG, à l'exception de celui tenant à ce qu'en présence d'une infraction unique, la réduction de l'amende accordée au titre de la clémence porte sur l'ensemble des griefs concernés,<sup>7</sup> et ce, même si la coopération de l'entreprise n'a porté que sur une seule partie de l'infraction unique. Le Tribunal a par conséquent ordonné une réduction de l'amende, portant celle-ci de 5 millions d'euros à 4,35 millions d'euros.

*Thibault Schrepel*

Commission had not (i) precisely defined the relevant market, or (ii) restricted the searches to specific documents.

The Commission had indeed described the scope of the investigation as having “probably [...] a global reach.” The parties considered that the General Court's decision was not sufficiently justified because it stated that the scope was defined clearly enough by the Commission, without any further assessment.

The Court confirmed that the Commission was not required to limit its searches to documents relating to practices that may have produced their effects on the European market. The Court also confirmed its decision in *Dow Chemical Ibérica*, according to which it is:

“not essential in a decision ordering an inspection to define precisely the relevant market, to set out the exact legal nature of the presumed infringements or to indicate the period during which those infringements were committed”.

*Thibault Schrepel*

**THE ECJ RULES THAT THE EFFECT OF LENIENCY HAS TO BE APPLIED TO THE ENTIRE FINE WHEN A SINGLE INFRINGEMENT IS FOUND**

On May 15, 2014, the General Court issued an important judgment in the case relating to the calcium and magnesium market for metallurgical and gas industries.

On July 22, 2009, the European Commission imposed a fine of more than €61 million to nine companies for having implemented market-sharing, price fixing and exchange of sensitive information practices in violation of art.101 of the TFEU.

The General Court rejected all but one of the arguments made by one of the companies, the Austrian company Donau Chemie AG, and specified that, in the presence of a single infringement, the reduction of the fine granted in application of the leniency rules shall apply to the entirety of the fine, even if the cooperation of the company only concerned part of the infringement. The Court, therefore, ordered a fine reduction from €5 million to €4.35 million.

*Thibault Schrepel*

**THE GENERAL COURT PROVIDES INFORMATION ON THE ACCOUNTABILITY AND CALCULATION OF FINES**

On July 11, 2014, the General Court published three decisions in the wax candle case, in which the European Commission had sanctioned nine groups up to €676 million for having agreed on prices between 1992 and 2005.

The main interest of these cases lie in the Court's reassertion of the need, in the presence of a joint venture, to demonstrate that the decisive influence was effectively exercised by the parent company charged with its subsidiary's infringement. The European Commission had indeed, as in a merger review, made a prospective analysis and had merely demonstrated the possibility of exercising such influence. The General Court, therefore, partially annulled the 2008 Commission's decision and reduced the fines.

It may also be noted that, in one of the three decisions, the General Court ordered a reduction of the fine because the Commission had made a mistake in the fine's calculation, by basing it on the Sasol group's entire turnover, including for a period where the infringer was not held by Sasol. Indeed, the Sasol group only took effective control of the infringer in 2002 and the Commission should have calculated the fine on the basis of the sole infringer's turnover. The fine was, therefore, reduced from €318 million to €150 million. This judgment reaffirms that the calculation of the 10 per cent ceiling cannot be based on the group turnover without demonstrating its influence during the entire infringement.

*Thibault Schrepel*

**THE GENERAL COURT CONFIRMS THE €1.06 BILLION FINE AGAINST INTEL**

On June 12, 2014, the General Court confirmed the European Commission's 2009 decision, by which it had ordered Intel to pay €1.06 billion for having abused its dominant position in the microprocessor CPU x86 market. The Commission accused Intel of having imposed conditional discounts and having made direct payments to three computer manufacturers in order to obtain exclusivity.

The General Court confirms the Commission's analysis according to which exclusive discounts may constitute

**TRIBUNAL : DES PRECISIONS SUR L'IMPUTABILITE ET LE CALCUL DES AMENDES DANS LE CAS D'INFRACTIONS COMMISES PAR DES ENTREPRISES**

Le 11 juillet 2014, le Tribunal de l'Union européenne a rendu trois arrêts<sup>8</sup> dans l'affaire du cartel des cires de bougie, dans laquelle la Commission européenne avait sanctionné neuf groupes à hauteur de 676 millions d'euros pour s'être entendus sur les prix sur ce marché entre 1992 et 2005.

L'intérêt majeur de ces arrêts réside dans le rappel effectué par le Tribunal de la nécessité, en présence d'une entreprise commune, de démontrer qu'une influence déterminante a été effectivement exercée par la société mère à laquelle l'infraction est imputée. La Commission européenne s'était en effet contentée, à l'instar de ce qu'elle fait en matière de contrôle de concentration, d'une analyse prospective<sup>9</sup> et s'était bornée à démontrer la potentialité de l'exercice d'une telle influence. Le Tribunal a par conséquent partiellement annulé la décision de la Commission du 1er octobre 2008 et réduit le montant des amendes infligées.

Notons également que dans l'arrêt *Sasol*, le Tribunal a ordonné une réduction de l'amende en ce que la Commission avait à tort calculé le montant de l'amende sur le chiffre d'affaires du groupe Sasol pour l'intégralité de la période. Or, le groupe Sasol n'a pris le contrôle effectif de la société Schumann qu'en 2002. Ainsi, la Commission aurait dû calculer la sanction en prenant comme référence le seul chiffre d'affaires de la société Schumann jusqu'à cette date, ce que le Tribunal reconnaît. La sanction a donc été réduite de 318 millions d'euros à 150 millions. Il ressort de cet arrêt la vérification du plafond de 10 pour cent ne peut pas être faite sur le chiffre d'affaires d'un actionnaire sans que l'influence de ce dernier ne soit démontrée pour l'ensemble de la période.

*Thibault Schrepel*

**TRIBUNAL : LE TRIBUNAL DE L'UNION CONFIRME LA SANCTION DE 1,06 MILLIARD D'EUROS A L'ENCONTRE D'INTEL**

Le 12 juin 2014, le Tribunal de l'Union européenne a confirmé<sup>10</sup> la décision rendue par la Commission européenne en 2009, aux termes de laquelle elle avait condamné la société Intel à une amende de 1,06 milliard d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des microprocesseurs CPU x86 entre octobre 2002 et 2007. Elle lui reprochait en effet d'avoir imposé des rabais conditionnels et d'avoir effectué des paiements directs à trois fabricants d'ordinateurs afin d'en obtenir l'exclusivité.

Le Tribunal confirme l'analyse de la Commission, selon laquelle des rabais d'exclusivité peuvent être considérés

comme des abus de position dominante par l'objet, soit sans analyser leurs effets sur le marché.<sup>11</sup> Le Tribunal insiste particulièrement sur l'effet de levier que constitue l'octroi de tels rabais, ceux-ci lui permettant à Intel de s'assurer un avantage concurrentiel significatif sur la part disputable du marché. Le Tribunal rappelle en effet qu'Intel est un partenaire commercial indispensable pour une partie au moins des besoins des constructeurs et en particulier pour les microprocesseurs. De plus, le Tribunal a particulièrement insisté sur le caractère irrécupérable des sommes à investir dans la recherche et le développement, la propriété intellectuelle et les installations de production du marché en cause, autant d'éléments qui servent à caractériser une position dominante toute particulière. Enfin, la Cour a noté le caractère particulièrement prolongé de l'octroi de ces rabais d'exclusivité, d'environ un an pour une société jusqu'à plus de cinq ans pour une autre.<sup>12</sup>

Cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence européenne attachée au principe de responsabilité particulière des entreprises en position dominante et illustre à nouveau le penchant des autorités européennes pour l'analyse structurelle des marchés, notamment en protégeant les entreprises concurrentes. On peut néanmoins regretter dans le cas d'espèce l'absence d'analyse des effets de ces pratiques sur le marché, tant ces pratiques auraient pu être in fine favorables au consommateur.<sup>13</sup>

Intel a introduit un recours.

*Thibault Schrepel*

## COMMISSION : LA COMMISSION REND DEUX DECISIONS EN MATIERE DE BREVETS ESSENTIELS

Le 29 avril 2014, la Commission européenne a confirmé avoir pris deux décisions<sup>14</sup> concernant des pratiques mises en œuvre par des détenteurs de brevets essentiels.<sup>15</sup>

Par la première des deux décisions, la Commission a accepté les engagements proposés par Samsung par lesquels elle s'est notamment interdite d'introduire des injonctions sur le fondement de ses brevets essentiels relatifs aux téléphones multifonctions et aux tablettes, présents et futurs, à l'encontre des licenciés ayant signé des accords spécifiques à ces brevets.

Cette décision offre dès lors une protection aux éventuels licenciés qui seraient enclins à signer une licence conforme aux termes FRAND (*Fair, reasonable, and non-discriminatory*) proposés pour tel ou tel types de brevet. En d'autres termes, la Commission européenne considère qu'il est anticoncurrentiel d'utiliser des injonctions pour lutter contre les violations de brevets essentiels lorsque le

an abuse of dominant position by the *object*, and, therefore, without considering their *effects* on the market. The Court particularly stresses the leverage effect created by such discounts. Indeed, they allowed Intel to secure a significant competitive advantage over the contestable market shares. The Court points out that Intel is an indispensable trading partner for, at least, part of the manufacturers' needs. Moreover, the Court emphasised the irreversible nature of all investment made in this market, as well as intellectual property and essential facilities, all of which are used to characterise a particular dominance.

This decision is in line with European case law that implements the principle of "special responsibility" for dominant firms. This decision also further illustrates the tendency of European authorities to give priority to structural analyses of the market, which includes the protection of existing and potential competitors. It also seems unfortunate that this decision doesn't consider the *effects* on the market created by Intel's practices, especially as some showed that they could ultimately benefit the consumer.

Intel has appealed the Tribunal's decision.

*Thibault Schrepel*

## THE COMMISSION TAKES TWO VERY IMPORTANT DECISIONS ON THE MATTER OF ESSENTIAL PATENTS

On April 29, 2014, the European Commission confirmed that it had taken two decisions on practices implemented by the holders of standard essential patents (SEPs).

Under the first of the two decisions, the Commission accepted commitments offered by Samsung, whereby the company agreed not to introduce injunctions on the basis of its essential smartphones and tablets patents, present and future, against licensees who have signed specific agreements in relation to these patents.

This decision, therefore, offers protection to potential licensees that would be likely to sign a license under FRAND ("Fair, reasonable, and non-Discriminatory") terms. In other words, the Commission considers that it is anti-competitive to use injunctions for violations of essential patents when the patent owner has pledged to give a license on FRAND terms and the licensee has accepted it. The Commission wants to ensure that the

threat of introducing such injunctions cannot be used in the licensing negotiations.

In its second decision, which also concerned SEPs, the European Commission considered that the fact of submitting an application to obtain and enforce an injunction was an abuse of dominant position.

The Commission also considered that demanding that Apple, under the threat of an injunction, give up its rights to challenge the validity or infringement by Apple's mobile devices of Motorola SEPs constitutes a violation of antitrust law. It is also interesting to note that the Commission did not sanction Motorola Mobility, because of the lack of case law concerning the use of injunctions related to SEPs under art.102 of the TFEU, and of the major differences in national case law in this respect.

*Thibault Schrepel*

#### **THE COMMISSION REVISES ITS RULES FOR THE ASSESSMENT OF MINOR AGREEMENTS**

On June 25, 2014, the European Commission revised its rules for the assessment of minor agreements between companies with respect to art.101 of the TFEU. The thresholds remain unchanged, but the Communication expanded the list of practices forbidden by the *object*. The Commission indeed makes it clear that such restrictions by *object* are alleged to be anti-competitive regardless of their *effects* on the market.

#### **MERGER CONTROL**

##### **THE COMMISSION PUBLISHED A WHITE PAPER ON MINORITY SHAREHOLDINGS**

On July 9, 2014, the Commission published a White Paper on minority shareholdings. This White Paper aims at determining whether the acquisition of such shares shall or shall not be subject to merger control and, if so, under what conditions it should be. In the Commission's opinion, such acquisitions may, in some cases, affect competition. The Commission refers to a "targeted transparency system" that contains three principles: (i) that it should review all potentially anti-competitive acquisitions of non-controlling minority shareholdings; (ii) that it should avoid any unnecessary and disproportionate administrative burden on

détenteur du brevet s'est engagé à donner une licence à des termes FRAND et que le licencié les a acceptés. La Commission souhaite ainsi s'assurer que la menace d'une introduction d'action ne puisse pas être utilisée dans la négociation au moment de l'octroi des licences.

Dans sa seconde décision, qui concernait également le domaine des brevets essentiels, cette fois-ci détenu par la société Motorola Mobility, la Commission européenne a considéré que le fait d'introduire une demande visant à obtenir et d'exécuter une injonction en cessation devant un tribunal allemand constituait un abus de position dominante.

La Commission a également estimé contraire aux règles de concurrence le fait de demander à Apple, sous menace d'injonction, que cette dernière renonce à son droit de contester la validité ou la violation de brevets essentiels détenus par Motorola. Il est par ailleurs intéressant de noter que la Commission a signalé ne pas avoir sanctionné Motorola Mobility en raison de l'absence de jurisprudence sur le fondement de l'art.102 du TFUE sur l'utilisation d'injonctions relatives à des brevets essentiels, ainsi qu'en raison des jurisprudences divergentes au sein des Etats membres sur cette question.

*Thibault Schrepel*

#### **COMMISSION : LA COMMISSION MET A JOUR SA COMMUNICATION RELATIVE AUX SEUILS DE MINIMIS**

Le 25 juin 2014, la Commission européenne a mis à jour sa communication relative aux seuils de minimis<sup>16</sup> qui concernent les pratiques relevant de l'art.101 du TFUE. Si les seuils restent inchangés, la Communication a en revanche élargie sa liste des pratiques restrictives par l'objet. La Commission prend soin de préciser que ces restrictions par objet sont présumées anticoncurrentielles quels que soient leurs effets sur le marché en cause.

#### **CONCENTRATIONS**

##### **COMMISSION : LA COMMISSION PUBLIE UN LIVRE BLANC RELATIF AUX PRISES DE PARTICIPATIONS MINORITAIRES**

Le 9 juillet 2014, la Commission a publié un Livre blanc relatif aux prises de participations minoritaires.<sup>17</sup> Ce document vise à déterminer si l'acquisition de telles participations doit ou non être soumise au contrôle des concentrations et dans l'affirmative, dans quelles conditions elle devrait l'être. De l'avis de la Commission, de telles acquisitions peuvent, dans certains cas, porter une atteinte à la concurrence sur le marché concerné, ce qui impliquerait donc de les soumettre à un contrôle. La Commission évoque à ce sujet un *targeted*

*transparency system* qui répond à trois principes : (i) la création d'un contrôle des prises de participations minoritaires non contrôlantes qui auraient des effets potentiels anticoncurrentiels ; (ii) l'absence d'imposition d'une charge administrative trop lourde et disproportionnée ; et (iii) l'intégration dans le régime de contrôle des concentrations déjà en place.

La Commission dit s'intéresser particulièrement aux situations dans lesquelles une entreprise acquiert des parts dans un de ses concurrents ou dans une entreprise verticalement intégrée, lorsque les parties représentent ensemble plus de 20 pour cent du marché pertinent, ou entre 5 et 20 pour cent de celui-ci dans le cas où d'autres clauses concourent à lui conférer un contrôle de facto.

La date limite pour l'envoi d'observations sur ces différentes propositions est fixée au 3 octobre 2014. La Commission fera ensuite une proposition de révision du Règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004<sup>18</sup> qui arrive à expiration en 2014.

*Thibault Schrepel*

## AIDES D'ETAT

### LA COMMISSION REVISE SON REGLEMENT EN MATIERE D'AIDES AUX ENTREPRISES

Le 1er juillet 2014, le Règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) révisé en matière d'aides aux entreprises est entré en vigueur.<sup>19</sup> Ce dernier fait suite à la communication sur la modernisation de la politique en matière d'aides d'Etat adoptée par la Commission le 8 mai 2012. Il devrait aboutir à ce que davantage de mesures d'aide soit exemptées de l'obligation de notification préalable, via notamment plusieurs mesures.

La Commission a tout d'abord décidé de relever les seuils à partir desquels une aide peut être octroyée sans notification préalable. Elle étend également le champ d'application de l'exemption en ajoutant de nouvelles catégories d'aides (et notamment les aides en faveur des infrastructures locales, des infrastructures à haut débit, des infrastructures de recherche et des infrastructures énergétiques, des pôles d'innovation, de la culture et de la conservation du patrimoine, des œuvres audiovisuelles et des infrastructures sportives et récréatives). Enfin, la Commission a procédé à une simplification des conditions que les aides doivent remplir pour être exemptées, conformément aux objectifs de la modernisation de la politique en matière d'aides d'Etat.

Dans le même temps,<sup>20</sup> la Commission européenne a adopté de nouvelles lignes directrices sur les aides d'Etat

companies, the Commission and NCAs; and (iii) that it should fit with the merger control regimes currently in place at both EU and Member State level.

The Commission underlines that it will be paying special attention to cases where a company acquires a minority shareholding in a competitor or a vertically related company, and where the parties together account for over 20 per cent of the market concerned, or between 5 and 20 per cent, if other clauses lead to a de facto control.

The deadline for submitting comments on these proposals is October 3, 2014. The Commission will then make a proposal for a revision of the Regulation 139/2004 of January 20, 2004, which expires in 2014.

*Thibault Schrepel*

## STATE AIDS

### THE COMMISSION REVISED ITS RULES ON AID TO BUSINESSES

On July 1, 2014, the revised General Block Exemption Regulation for state aid granted to companies came into force. The latter follows the 8 May 2012 Communication on State Aid Modernisation adopted by the Commission, which had set out the objectives of the revision.

The Commission first decided to raise the thresholds at which state aid may be granted without prior notification. It also extends the scope of the exemption by adding new categories of permissible state aid (including state aid to the cinema industry, broadband infrastructure, energy and environment, development and innovation, and public measures supporting research). Finally, the Commission simplified the conditions that state aid must meet in order to be exempted in accordance with the objectives of the new policy.

At the same time, the European Commission adopted new guidelines on state aid for environmental

protection and energy. Also applicable from July 1, 2014, these guidelines include the gradual introduction of market-based mechanisms and public procurement procedures. They also aim at promoting the competitiveness of the European industry by allowing some targeted reduction of charges.

With this text, the Commission also aims to provide support for cross-border energy infrastructures to accelerate the achievement of the single European energy market. Finally, it should be noted that these guidelines allow state aid when the objective is to ensure sufficient electricity production in cases where there is a real risk of capacity shortage.

*Thibault Schrepel*

#### MEMBER STATES

##### FRANCE: THE FRENCH SUPREME COURT UPHOLDS THE RIGHT TO HAVE A LAWYER AT THE EARLY STAGE OF INSPECTIONS

On June 25, 2014, the Criminal Division of the Court of Cassation annulled inspections conducted on March 18, 2008 on the premises of several local branches of the Credit Agricole bank, before the French Commercial Code expressly provided for the presence of a lawyer.

This judgment reverses the order of the Paris Court of Appeal of February 12, 2013, whereby the judges had refused to annul the inspection decision, considering that the presence of a lawyer was not necessary during home inspections when no coercive measures were taken.

The Supreme Court, referring to the 1989 ECJ judgment *Dow Chemical Ibérica*, stressed that the rights of defence, particularly the one related to a fair trial enshrined in art.6 of the ECHR, must be ensured throughout the whole inspection. However, in this particular case, investigators had explicitly refused the presence of any counsel during the inspection. The procedure was, therefore, considered invalid.

This judgment follows the one made by the same division on March 13, 2013, where it had suppressed an order of the First President of the Paris Court of Appeal because the latter had not responded to

à la protection de l'environnement et à l'énergie. Egalement applicables depuis le 1er juillet 2014, ces lignes directrices prévoient notamment l'introduction progressive de mécanismes fondés sur le marché avec des procédures de mise en concurrence. Elles visent également à promouvoir la compétitivité de l'industrie européenne en admettant sous conditions certaines mesures ciblées de réduction de charges.

La Commission vise également à travers ce texte à apporter un soutien aux infrastructures énergétiques transfrontalières, afin d'accélérer la réalisation du marché unique européen de l'énergie. Notons enfin que ces lignes directrices permettent le versement d'aides d'Etat lorsque l'objectif est de garantir une production électrique suffisante dans les cas où il existe un risque réel de déficit de capacité.

*Thibault Schrepel*

#### ETATS MEMBRES

##### FRANCE : LA COUR DE CASSATION CONFIRME LE DROIT A LA PRESENCE D'UN AVOCAT DES LE STADE DES VISITES ET SAISIES

Le 25 juin 2014, la chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé<sup>21</sup> les opérations de visite et de saisie réalisées le 18 mars 2008 dans les locaux de plusieurs caisses régionales du Crédit Agricole,<sup>22</sup> avant que le Code de commerce ne prévoit expressément le droit à la présence des avocats dès le stade des visites et saisies.

Cet arrêt réforme l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de Paris le 12 février 2013 par laquelle celle-ci avait refusé d'annuler ces opérations de visite et saisie, au motif que la présence d'un avocat ne s'imposait pas dans le cadre des visites domiciliaires dès lors que la personne concernée ne faisait pas l'objet d'une mesure de contrainte.

La Cour de cassation, rappelant l'arrêt rendu en 1989 dans l'affaire *Dow Chemical Ibérica* par la CJCE<sup>23</sup> souligne que les droits de la défense doivent être assurés dès le début de l'enquête, notamment au regard du droit à un procès équitable consacré par l'art.6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Or, au cas d'espèce, les enquêteurs avaient refusé la présence des avocats sur les lieux de l'inspection. La saisie des pièces étant annulée, la procédure est considérée comme caduque.

Cet arrêt fait suite à celui rendu par la même chambre le 13 mars 2013<sup>24</sup> où elle avait déjà censuré une ordonnance du premier Président de la Cour d'appel au motif que ce dernier n'avait pas répondu aux demandes des parties



revendiquant le droit de se faire assister par un avocat lors des opérations de visites et saisies.

*Thibault Schrepel*

### **FRANCE : LES RAPPORTS ENTRE AGRICULTURE ET CONCURRENCE FONT TOUJOURS DEBAT**

Le 15 mai 2014, la Cour d'appel de Paris a intégralement annulé<sup>25</sup> la Décision n°12 D-08<sup>26</sup> rendue le 6 mars 2012 par l'Autorité de la concurrence dans l'affaire dite des endives. Pour rappel, l'Autorité avait dans cette affaire sanctionné divers producteurs d'endives et plusieurs de leurs organisations professionnelles qui s'étaient entendus dans le but de maintenir des prix minima pendant une période de 14 années. L'Autorité avait toutefois prononcé des sanctions « modérées »<sup>27</sup> en raison de l'impact limité de l'entente sur les prix en raison des contre-pouvoirs de la grande distribution.

La Cour d'appel de Paris a annulé la décision de l'Autorité, retenant qu'en application du Règlement n°1184/2006, les accords servant à organiser le marché interne ou à réaliser les objectifs de la politique agricole commune prévue par l'art.39 du TFUE sont exclus du champ d'application du droit de la concurrence. La Cour d'appel a notamment fait remarquer que la défense des revenus des producteurs est l'un des objectifs énoncés à l'art.39 et que l'organisation du marché européen des fruits et légumes prévoit un certain nombre de mécanismes de régulation des prix.

*Thibault Schrepel*

### **FRANCE : UN ACCORD DE DISTRIBUTION EXCLUSIVE EST SUSCEPTIBLE D'ENTRAINER UN CHANGEMENT DE CONTROLE EN PRESENCE DE CIRCONSTANCES PARTICULIERES**

Le 17 avril 2014, l'Autorité de la concurrence a autorisé<sup>28</sup> la prise de contrôle exclusif de l'activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta par la société Orlait, une filiale de Sodiaal.

Cette décision revêt une importance particulière en ce qui concerne la notion de changement de contrôle. En effet, cette affaire offre l'illustration du fait que la conclusion par une entreprise d'un contrat de distribution exclusive est susceptible de lui permettre d'acquérir le contrôle de son distributeur, entraînant une obligation de notification de l'accord en cause.

Il était prévu au cas d'espèce que la société Terra Lacta confie à Orlait la commercialisation et la distribution d'une grande partie des volumes de laits longue conservation qu'elle produit, en échange d'une prise de participation

requests made by the parties claiming the right to be assisted by a lawyer during inspections.

*Thibault Schrepel*

### **FRANCE: THE RELATIONSHIP BETWEEN AGRICULTURE AND COMPETITION ARE STILL STRUGGLING**

On May 15, 2014, the Court of Appeal of Paris has fully reversed Decision No.12-D-08 of March 6, 2012 issued by the French competition authority (FCA) in the case known as the "endive" case. As a reminder, the FCA had sanctioned various endive producers and several professional organisations that agreed on the maintaining of minimum prices for a period of 14 years. The FCA however imposed "moderate" fines because of the limited impact of the agreement on prices, due to the significant counter-power of the large retailers.

The Paris Court of Appeal overturned the FCA's decision, holding that Regulation 1184/2006 excluded from the scope of competition law all agreements aiming at organizing the internal market or at achieving the objectives of the CAP under art.39 of the TFEU. The Court of Appeal pointed out that the defence of producers' incomes is one of the objectives set out in art.39 and that the organisation of the European market for fruits and vegetables provides for a number of price regulation mechanisms.

*Thibault Schrepel*

### **FRANCE: AN EXCLUSIVE DISTRIBUTION AGREEMENT IS LIKELY TO CAUSE A CHANGE OF CONTROL UNDER SPECIAL CIRCUMSTANCES**

On April 17, 2014, the French Competition Authority cleared Orlait, a subsidiary of Sodiaal, to take sole control of the long life milk cooperative Terra Lacta.

This decision is of particular importance with regard to the notion of control. Indeed, this case provides an illustration of the fact that an exclusive distribution contract is likely to allow a company to gain control over a distributor, resulting in a notification obligation.

In this case, Terra Lacta was granting Orlait the marketing and distribution of a large amount of the long life milk it produces, in exchange for a minority stake in Orlait. In addition, the contract was set for an initial period of 10 years, renewable every five years, which

increased the power control over Terra Lacta. Moreover, the contract allowed the company to gain control over Orlait's production methods, and its marketing and distribution policy, as well as the transfer of a sales representative formerly employed by Terra Lacta.

*Thibault Schrepel*

#### **UNITED KINGDOM: NEW BAN IN THE EUROTUNNEL CASE**

The acquisition by Eurotunnel of three SeaFrance's ferries has recently led to a new ban in the United Kingdom.

In November 2012, the French competition authority had issued a conditional authorisation. In the United Kingdom, the Competition Commission had ruled against it in June 2013.

On December 4, 2013, the Competition Appeal Tribunal (CAT) referred to the Competition and Markets Authority (CMA) the question of whether the transaction did lead to a change of control, in other words if the taking over of vessels was an acquisition of assets or a company in its entirety.

On June 27, 2014, the CMA confirmed that the transaction was a merger and maintained the prohibition decision.

*Thibault Schrepel*

#### **IRELAND: MAJOR COMPETITION LAW REFORM**

The President of the Irish Republic signed a major reform of the country's competition law on July 31, 2014.

Indeed, this reform provides for the merger into a single body of the two Irish authorities dedicated to the protection of competition and of the consumers, the Competition and Consumer Protection Commission (CCPC).

The text also amends the national merger control regime.

It also modifies the thresholds above which a merger must be notified to the new authority. All mergers must now be notified to the new authority where (i) the aggregate turnover in Ireland of the merging parties is at least €50 million, and (ii) the turnover in Ireland of

minoritaire de Terra Lacta dans Orlait. En outre, le contrat avait été conclu pour une période initiale de 10 ans, renouvelable par période de cinq ans, ce qui renforçait le pouvoir de contrôle d'Orlait sur Lacta. De plus, il permettait à la société Orlait d'obtenir le contrôle des processus et méthodes de production, le contrôle de la politique de distribution et de commercialisation, ainsi que le transfert d'un représentant des ventes précédemment employé par Terra Lacta.

*Thibault Schrepel*

#### **ROYAUME-UNI : NOUVELLE INTERDICTION DANS L'AFFAIRE EUROTUNNEL**

L'affaire de l'acquisition par Eurotunnel des trois ferries de la société SeaFrance a récemment conduit à une nouvelle interdiction au Royaume-Uni.

On se souvient en effet que l'autorité de la concurrence française avait délivré une autorisation conditionnelle aux parties en novembre 2012.<sup>29</sup> Au Royaume-Uni, la Competition Commission avait pour sa part rendu une décision contraire en juin 2013,<sup>30</sup> interdisant l'opération.

Le 4 décembre 2013, le Competition Appeal Tribunal (CAT) avait renvoyé l'affaire à la Competition and Markets Authority (CMA) sur la question de savoir si l'opération entraînait effectivement un changement de contrôle, l'acquisition de navires pouvant potentiellement constituer une reprise de simples actifs, et non d'une entreprise dans sa totalité.

Le 27 juin 2014, la CMA a confirmé que l'opération<sup>31</sup> constituait bien une concentration et a repris la décision d'interdiction de la Competition Commission en tous points.

*Thibault Schrepel*

#### **IRLANDE : REFORME MAJEURE DES REGLES DE CONCURRENCE**

Le Président de la République irlandaise a signé le 31 juillet 2014 une réforme majeure du droit national de la concurrence.<sup>32</sup>

Cette réforme prévoit en effet la fusion en une entité unique des autorités irlandaises dédiées à la protection de la concurrence et de celle du consommateur, la Competition and Consumer Protection Commission (CCPC).

Le texte apporte également de nombreuses modifications au régime national du contrôle des concentrations.

Il modifie ainsi les seuils à partir desquels une opération de concentration doit être notifiée à la nouvelle autorité. Sont ainsi soumises à son contrôle toutes les opérations où : (i) le chiffre d'affaires irlandais cumulé des parties est égal ou

supérieur à 50 millions d'euros ; et (ii) le chiffre d'affaires réalisé en Irlande par au moins deux des entreprises concernées est d'au moins trois millions d'euros. Il n'est donc plus fait référence à un seuil de chiffre d'affaires mondial.

La réforme allonge également les délais ouverts à l'autorité de concurrence pour examiner une opération notifiée. Ceux-ci sont ainsi portés d'un mois calendaire à 30 jours ouvrables en phase I, et de quatre mois calendaires à 120 jours ouvrables en phase II.

Elle prévoit par ailleurs un régime spécifique aux concentrations dans le secteur des médias, qui doivent non seulement être notifiées à la CCPC, mais également au ministre des Communications, de l'Énergie et des Ressources naturelles.

Des précisions sont également apportées, notamment en ce qui concerne le type d'acquisition d'actifs et de création d'entreprises communes de plein exercice devant être notifiées à la CCPC, ainsi que l'autorisation de notifier dès lors que peut être établie l'intention ferme et de bonne foi de procéder à la concentration.

La réforme concerne aussi les pratiques anticoncurrentielles, avec notamment un renforcement des pouvoirs d'enquête de l'autorité de concurrence.

Elle est ainsi désormais habilitée à saisir des documents couverts par le secret professionnel, sous réserve toutefois de la mise en œuvre de précautions particulières afin qu'elle ne puisse en prendre connaissance avant qu'un juge ne décide si ces documents en relèvent effectivement. Elle peut également demander aux opérateurs téléphoniques et Internet de lui communiquer des données datant au plus de deux ans. En outre, la loi précise que le fait de refuser de révéler des informations concernant un cartel constitue désormais un délit.

La réforme prévoit enfin un certain nombre de nouvelles dispositions visant à protéger les consommateurs et encadrant en particulier les relations contractuelles dans le secteur alimentaire.

L'ensemble de ces dispositions prendra effet au 31 octobre 2014.

*Jean-Maxime Blutel*

## HONGRIE : CLARIFICATION DES REGLES DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Le 1er juillet 2014, plusieurs amendements au droit hongrois de la concurrence<sup>33</sup> en matière de contrôle des concentrations ont pris effet.

each of two or more of the merging parties is at least €3 million. Reference is no longer made to a worldwide turnover threshold.

The reform also extends the competition authority's review periods, from one month to 30 working days in phase I, and from four months to 120 working days in phase II.

It also provides for a regime specifically applicable to mergers of companies active in the media sector, which will have to be notified both to the CCPC if the thresholds are met, and to the Minister for Communications, Energy and Natural Resources.

Other points are also made, notably with respect to the type of assets acquisition and the creation of full function joint ventures that shall be notified to the CCPC, and to the authorisation to notify as soon as the parties can demonstrate a good faith intention to complete the transaction.

This reform also concerns anti-competitive practices, notably a reinforcement of the competition authority agents' investigation powers.

They are now entitled to seize materials that may be legally privileged, but this is subject to specific precautions in order to prevent them from reviewing these materials before a judge decides if they are indeed legally privileged. They may also order disclosure of data required to be retained by telecommunications and internet companies for up to two years. In addition, the new law specifies that withholding cartel information is an offence.

Finally, the reform introduced a number of new provisions aiming at protection of consumers and reinforcement of the legal framework of grocery goods commercial relationships.

All these provisions will take effect on October 31, 2014.

*Jean-Maxime Blutel*

## HUNGARY: CLARIFICATION OF THE RULES OF MERGER CONTROL

On July 1, 2014, several amendments to the Hungarian merger control regime became effective.

Under the new provisions, the parties may seek execution of the transaction before the Hungarian Competition Authority's approval, if (i) they can prove that such exemption is necessary to protect the value of the parties' investment, and (ii) that it does not change the market structure to an extent where it would be impossible to restore competition in case of a prohibition decision.

Regarding the commitments offered by the parties to obtain a conditional approval, the text now states that they must be such as to *eliminate* any competitive concern. The law before provided that these changes had to *mitigate* these concerns.

The Hungarian Competition Act now expressly entitles the Hungarian authority to impose a fine for failure to notify a transaction, the maximum amount of this fine being up to 10 per cent of the annual turnover.

Finally, the simplified procedure now lasts 30 calendar days instead of 45, and for the first time, these amendments expressly provide for the possibility to pre-notify a transaction.

*Thibault Schrepel*

### CYPRUS: ENTRY INTO FORCE OF NEW MERGER CONTROL RULES

Cyprus carried out in June 2014 a complete overhaul of its merger control regime, notably in order to better align it to EU law.

The Cypriot authority will now review all mergers "of major importance" where the following thresholds are met:

- the aggregate turnover achieved by at least two of the undertakings concerned exceeds, in relation to each one of them, €3.5 million;
- at least two of the undertakings concerned achieve a turnover in the Republic of Cyprus;
- at least €3.5 million of the aggregate turnover of all undertakings concerned is achieved in the Republic of Cyprus.

Aux termes de ces nouvelles dispositions, les parties peuvent demander à mettre en œuvre l'opération avant l'autorisation de la Hungarian Competition Authority (HCA), si : (i) elles établissent qu'une telle dispense est nécessaire afin de protéger la valeur de l'entreprise ; et (ii) que cette opération ne modifie pas la structure du marché de manière telle qu'il soit impossible de rétablir la concurrence en cas de décision d'interdiction.

Concernant les engagements proposés par les parties afin d'obtenir une autorisation conditionnelle, le texte prévoit désormais que ces derniers devront être de nature à éliminer entièrement toute éventuelle préoccupation concurrentielle, alors qu'il ne s'agissait avant ces modifications que d'en atténuer les effets.

La loi hongroise sur la concurrence autorise dorénavant expressément l'autorité hongroise à imposer une amende en cas de défaut de notification d'une opération, le montant maximal de l'amende étant porté à 10 pour cent du chiffre d'affaires.

Enfin, en cas de contrôle simplifié, la HCA ne disposera dorénavant plus que de 30 jours calendaires au lieu de 45. Notons également que ces amendements prévoient formellement pour la première fois la possibilité de pré-notifier l'opération.

*Thibault Schrepel*

### CHYPRE : ENTREE EN VIGUEUR DES NOUVELLES REGLES APPLICABLES AU CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Chypre a opéré en juin 2014 une refonte complète de son régime de contrôle des opérations de concentration,<sup>34</sup> notamment afin de s'aligner sur le droit européen.

Doit ainsi être soumise à un examen préalable de l'autorité chypriote toute opération d'« importance majeure » aboutissant au changement de contrôle d'une entreprise.<sup>35</sup> Sont désormais considérées comme des opérations d'importance majeure celles à l'occasion desquelles les conditions suivantes sont réunies :

- le chiffre d'affaires réalisé par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 3,5 millions d'euros ;
- au moins deux des entreprises concernées réalisent un chiffre d'affaires à Chypre (contre au moins une entreprise auparavant) ;
- l'ensemble des entreprises concernées réalise un chiffre d'affaires cumulé d'au moins 3,5 millions d'euros à Chypre.

Le ministre de l'Economie peut également déclarer une opération d'importance majeure, même si les seuils ne sont pas atteints.

Le texte maintient également les quelques cas de dérogation à cette obligation, dont les prises de contrôle réalisées par des personnes y ayant été autorisées au titre de la loi relative aux liquidations judiciaires, ou par des organismes de crédit et d'assurance, ou encore des institutions financières.

Les frais de notification sont de 1 000 euros en phase I, auxquels il faut ajouter 6 000 euros en cas de passage en phase II.

En cas de défaut de notification, l'autorité chypriote a désormais la faculté d'infliger une amende pouvant s'élever jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires des entreprises concernées et d'imposer, sous astreinte journalière de 8 000 euros, un retour à la situation antérieure.

L'autorité a enfin la faculté d'utiliser ses pouvoirs d'enquête également en matière de contrôle des concentrations, et d'accéder ainsi aux locaux de l'entreprise ou de tiers, ou bien de se saisir de documents.

Jean-Maxime Blutel

## INTERNATIONAL

### ETATS-UNIS : LOTES V HON HAI PRECISION : DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AMERICAIN A DES PRATIQUES ETRANGERES

Le 4 juin 2014,<sup>36</sup> la Cour d'appel du Second Circuit a rendu un arrêt très important en matière d'applicabilité du droit de la concurrence américain à des pratiques mises en œuvre à l'étranger. Cet arrêt, *Lotes v Hon Hai Precision*, fait suite à un autre rendu il y a deux mois à peine par la Cour d'appel du Septième Circuit dans l'affaire *Motorola Mobility LLC v AU Optronics Corp.*<sup>37</sup> Ces deux décisions portaient sur des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur des marchés de produits fabriqués à l'étranger et destinés à être incorporés à des produits vendus sur le sol américain. Dans cet arrêt, il s'agissait du refus par des entreprises chinoises d'accorder les licences nécessaires au développement de connecteurs USB 3.0 sur le marché américain.

Le Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)<sup>38</sup> prévoit que le Sherman Act ne trouve à s'appliquer pour des pratiques commises sur un territoire étranger et qui ne concernent pas directement le commerce américain, que si que ces dernières (i) ont « un effet direct, significatif, et

The Minister of Economy may also declare that a merger is of major importance, even if these thresholds are not met.

The text also maintains several derogations, including acquisitions made by persons authorised under the legislation relating to liquidation or bankruptcy, or by credit or financial institutions, insurance or investment companies.

Filing fees are of €1,000 in phase I, and €6,000 in phase II.

Where there is failure to notify the transaction, the Cypriot authority now has the possibility of imposing a fine of up to 10 per cent of the annual turnover of the undertakings concerned, and demand their demerger, along with an additional fine of €8,000 for each day the infringement persists.

The authority is also entitled to use its investigation powers for merger control, and to access a company's or third-party's premises, or to have access to its documents.

Jean-Maxime Blutel

## INTERNATIONAL

### UNITED STATES: LOTES V HON HAI PRECISION: APPLICABILITY OF US ANTITRUST LAW TO FOREIGN PRACTICES

On June 4, 2014, the Court of Appeals for the Second Circuit issued an important decision regarding the applicability of American antitrust law to practices implemented abroad. This judgment, *Lotes v Hon Hai Precision*, follows another made two months ago by the Court of Appeals for the Seventh Circuit in *Motorola Mobility LLC v AU Optronics Corp.* Both cases deal with anti-competitive practices implemented in markets of goods produced abroad to be incorporated into products sold on American soil. In *Lotes*, Chinese companies refused to grant the necessary licences for the development of USB 3.0 connectors on the American market.

The Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) provides that the Sherman Act is applicable to practices committed on a foreign soil and that do not directly relate to the American trade, if (i) they have "direct, significant, and reasonably foreseeable" effects on American soil, and (ii) they "give rise to a

claim” under federal antitrust law. Both the Second and Seventh Circuit held that the “direct effect” condition implied “a reasonably proximate causal nexus.” Such a direct effect was well established in the case tried before the Court of Appeals for the Second Circuit. However, the judges dismissed the case on the basis of the second criterion for assessing the FTAIA, holding that the practices gave no rise to a claim.

*Thibault Schrepel*

#### **UNITED STATES: A FEDERAL COURT CONFIRMS THE FTC'S LEGISLATIVE POWERS**

On November 6, 2013, the Federal Trade Commission adopted new rules for pre-merger notification. These rules clarify the situations in which the transfer of pharmaceutical patents must be notified in compliance with the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (“the HSR Act”).

Accordingly, any transfer of exclusive pharmaceutical patents is potentially reportable, even if the patent owner retains certain rights to manufacture or to operate co-exclusive rights (e.g. the right to co-develop and co-market the final product).

On May 30, 2014, a federal court upheld the validity of these new rules, rejecting a request from the Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PRMA) to overturn it. The PRMA claimed that the FTC lacked the necessary powers for the adoption of new rules under the HSR Act. In addition, the PRMA stated that it was not the FTC's role to enact laws specifically aimed at regulating a particular industry.

The Federal Court said that the “exemptions” provided for in the HSR Act gave authority to the FTC to take such measures. The pre-merger notification rules are thus deemed to exempt all industries with the exception of the one concerned. But more importantly, the judges considered that it was the FTC's duty to limit the application of these new rules to the pharmaceutical industry, in order for the federal agency not to exceed its powers to enact “necessary and appropriate rules.”

*Thibault Schrepel*

raisonnablement prévisible » sur le sol américain, et (ii) qu'elles « peuvent fonder une action » sur le fondement du droit fédéral de la concurrence. Les deux cours du Second et Septième Circuit ont par ailleurs jugé que la satisfaction du critère de « l'effet direct » impliquait que soit établi « un lien de causalité raisonnablement proche ». Or, si un tel effet direct était bien constitué dans l'affaire jugée par la Cour d'appel du Second Circuit, les juges ont toutefois rejeté l'affaire sur le fondement du second critère d'appréciation du FTAIA, retenant que les pratiques ne donnaient pas lieu à fonder une action.

*Thibault Schrepel*

#### **ETATS-UNIS : UNE COUR FEDERALE CONFIRME LES POUVOIRS DE LEGISLATEUR DE LA FTC**

Le 6 novembre 2013, la Federal Trade Commission (FTC) a adopté de nouvelles règles<sup>39</sup> relatives à la notification des opérations de concentration, qui clarifient les cas dans lesquelles les transferts de brevets pharmaceutiques doivent être notifiés au titre du Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act de 1976 (« HSR Act »).

Il est dorénavant prévu que tout transfert exclusif de brevets pharmaceutiques est potentiellement notifiable, et ce même lorsque le propriétaire du brevet conserve certains droits de fabrication ou autres droits d'exploitations co-exclusifs (par exemple, le droit de co-développer ou de co-commercialiser le produit final).

Le 30 mai 2014,<sup>40</sup> une cour fédérale a confirmé la validité de ces nouvelles règles, rejetant ainsi une demande du Pharmaceutical Research and Manufacturers of America visant à les faire annuler. Cette entité affirmait que la FTC ne disposait pas des pouvoirs nécessaires à l'adoption de nouvelles règles applicables en vertu du HSR Act. De plus, elle affirmait qu'il n'était pas du rôle de la FTC de créer des règles ne concernant qu'un secteur spécifique.

La Cour fédérale a répondu que les exemptions du HSR Act donnaient à la FTC le pouvoir de prendre de telles mesures. Les juges ont précisé qu'il était du devoir de la FTC de limiter l'application de ces nouvelles règles au seul domaine concerné, afin que l'agence fédérale n'excède pas ses pouvoirs en créant une règle qui ne soit pas nécessaire et appropriée. En d'autres termes, si la FTC a le pouvoir de créer de nouvelles règles, celles-ci ne peuvent déroger entièrement au régime prévu par le HSR Act.

*Thibault Schrepel*

**INDE : L'AUTORITE DE CONCURRENCE INDIENNE PRONONCE DES SANCTIONS RELATIVES AU NON-RESPECT DU CONTROLE DES CONCENTRATIONS**

Le 21 mai 2014, la Competition Commission of India (CCI) a prononcé une sanction d'environ 125 000 d'euros à l'encontre de trois entités pour absence de notification de plusieurs opérations interconnectées. En effet, si aucune des opérations ne franchissait à elle seule les seuils de contrôle des concentrations, les liens les unissant aboutissaient à la création d'une opération unique devant par conséquent lui être notifiée .

Six jours plus tard, la CCI a également prononcé une sanction pécuniaire d'environ 400 000 euros à l'encontre de la société Tesco Overseas pour avoir trop tardé à notifier son achat de la société Trend Hypermarket. Le Competition Act prévoit en effet que les parties disposaient d'un délai maximal de 30 jours pour notifier l'opération à compter du moment où celle-ci a été signifiée au Department of Industrial Policy and Promotion (DIPP) et à la Foreign Investment Promotion Board (FIPB).

*Thibault Schrepel*

**MEXIQUE : ENTREE EN VIGUEUR DE NOUVELLES REGLES EN MATIERE DE CONCURRENCE**

Le 7 juillet 2014, les nouvelles règles mexicaines<sup>41</sup> en matière de concurrence sont entrées en vigueur. Ces dernières conservent l'essentiel des règles existantes, mais confèrent également quelques nouveaux pouvoirs à deux autorités de régulation, l'Institut fédéral des télécommunications (IFT), exclusivement compétent pour le secteur des télécommunications, et la Commission fédérale de la concurrence (CFC), compétente pour tous les autres secteurs.

Outre les attributions dont ces autorités disposaient déjà en matière de contrôle des concentrations et des pratiques anticoncurrentielles, elles sont désormais dotées du pouvoir de réaliser des enquêtes sectorielles sur les marchés où est constatée une concurrence insuffisante.

Le nouveau texte apporte également quelques précisions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Deux nouvelles pratiques sont visées : le refus discriminatoire d'accorder l'accès à une facilité essentielle, et les compressions de marge. Ce texte prévoit également que les échanges d'information entre concurrents ont nécessairement des effets anticoncurrentiels lorsqu'ils ont pour objet de se répartir le marché concerné, de le diviser, d'y limiter la production, ou de s'entendre dans cadre d'appels d'offres.

**INDIA: THE INDIAN COMPETITION AUTHORITY IMPOSES SANCTIONS BASED ON NON-COMPLIANCE WITH MERGER CONTROL RULES**

On May 21, 2014, the Competition Commission of India (CCI) imposed a penalty of approximately €125,000 against three entities for failure to notify several interconnected mergers. None of the transactions met the thresholds of merger control by itself, but the tight links between them resulted in the creation of a single transaction that had to be notified.

Six days later, the ICC also issued a penalty of approximately €400,000 against Tesco Overseas for failing to notify its purchase of the company Trend Hypermarket in due time. The Competition Act indeed provides that the parties have a maximum of 30 days to file the transaction from the moment it is served at the Department of Industrial Policy and Promotion and the Foreign Investment Promotion Board.

*Thibault Schrepel*

**MEXICO: ENTRY INTO FORCE OF NEW COMPETITION RULES**

On July 7, 2014, the new Mexican competition rules formally took effect. It retains most of the existing rules, but also give some new powers to two regulators, the Federal Institute of Telecommunications (FDI), exclusively responsible for the telecommunications sector, and the Federal Competition Commission (CFC), responsible for all other sectors.

In addition to the powers those authorities already had regarding merger control and anti-competitive practices they are now entitled to conduct sector inquiries in the markets in which competition seems to be insufficient.

The new text also provides some information regarding anti-competitive practices. Two new practices are explicitly mentioned: discriminatory refusal to grant access to an essential facility and margin compression. This text provides any that exchanges of information between competitors necessarily produce anticompetitive effects when they are intended to divide the market, to limit output or to collude in public tenders.

The new rules also provide for some procedural changes. In particular, the limitation period to investigate anti-competitive practices is increased from five to ten years. The Minister of Economy is also entitled to ask the two authorities to open investigations and such investigations will be considered a priority. The text further clarifies the rules for submitting proposals in order to remedy anti-competitive practices.

The inspection powers of the two authorities are also increased. The text now refers to the ability to seize "all documents" relating to the conduct under investigation. In addition, agents are now referred to as visitors and not investigators.

The new text also provides for new administrative sanctions of up to five years' imprisonment and 200,000 times the minimum wage. Criminal penalties for anti-competitive practices are between five and ten years, and one and three years for destruction of evidence during an inspection.

The new law also gives the Mexican courts the possibility of imposing compensation for all damages suffered as a result of anti-competitive practices. However, the judges have to wait for the decision of the competition authorities to become final before being able to order such compensation.

As to merger control, the rules remain virtually unchanged. It is however worth noting the extension of the review period, from 35 to 60 working days.

*Thibault Schrepel*

#### **CHINA: NEW GUIDELINES FOR SIMPLIFIED MERGER CONTROL**

On April 18, 2014, China's Ministry of Commerce (MOFCOM) introduced a trial framework for the notification of simple concentrations or mergers. The Guidelines on the Notification of Simple Cases of Concentrations of Undertakings (Simplified Notification Guidelines) establish a procedural structure for the notification and assessment of transactions falling within MOFCOM's Interim Provisions on the Standards that Apply to Simple Cases of Concentrations of Undertakings (Simple Cases Classification Provisions). While the Simplified Notification Guidelines are silent on the precise timing for a simplified review, they represent nonetheless an important milestone on the path toward a more fully-fledged simplified procedure.

Ce texte prévoit aussi des changements d'ordre procédural. En particulier, le délai de prescription des pratiques anticoncurrentielles est porté de cinq à dix ans. Le ministre de l'Economie est également doté de la faculté de demander aux deux autorités d'ouvrir une enquête. De telles enquêtes seront d'ailleurs réputées être prioritaires. Le texte vient en outre préciser les règles applicables en matière de soumission d'engagements visant à remédier à des pratiques restrictives de concurrence.

Les pouvoirs d'inspection des deux autorités sont par ailleurs augmentés. Le texte fait désormais référence à la possibilité de saisir « tout document » relatif aux pratiques faisant l'objet de l'enquête. De plus, les agents pourront annoncer que l'objet de leur venue est de « visiter » et non plus d'« enquêter ».

Le nouveau texte prévoit également que les sanctions administratives pourront désormais prévoir l'interdiction d'exercer des fonctions dirigeantes pouvant aller jusqu'à cinq ans et 200 000 fois le salaire minimum pour l'amende. Les peines criminelles encourues sont pour leur part portées de cinq à dix ans en cas de participation à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, et d'un à trois ans pour destruction de preuves durant des opérations d'inspection.

La nouvelle loi ouvre en outre aux juridictions mexicaines la possibilité de prononcer la réparation du préjudice subi du fait de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles. Les juges ne pourront toutefois connaître de telles actions qu'une fois la décision des autorités de concurrence devenue ferme et définitive.

Quant au contrôle des concentrations, les règles restent essentiellement inchangées. A noter toutefois l'allongement du délai d'examen ouvert à l'autorité, qui passe de 35 à 60 jours ouvrables.

*Thibault Schrepel*

#### **CHINE : LA CHINE DONNE DE NOUVELLES ORIENTATIONS EN MATIERE DE CONTROLE SIMPLIFIE DES CONCENTRATIONS**

Le 18 avril 2014, le ministre du Commerce chinois (MOFCOM) a introduit des lignes directrices pour la notification des concentrations simples ne posant pas de difficultés. Ces lignes directrices établissent un premier cadre sur cette procédure. Alors qu'elles demeurent silencieuses sur les délais précis d'une telle procédure, elles représentent tout de même une importante étape sur la voie d'une procédure simplifiée pleinement indépendante.



Dans un premier temps, les parties notifiantes doivent déterminer si leur opération entre dans le cadre de cette procédure. Si elles estiment l'être, elles doivent alors notifier l'opération au MOFCOM par le biais d'un formulaire publié conjointement à ces lignes directrices. Les lignes directrices décrivent plusieurs hypothèses où l'opération fera, *prima facie*, l'objet d'un contrôle simplifié :

- lorsque les parts de marché combinées des parties sont de moins de 15 pour cent pour des marchés horizontaux ;
- lorsque les parts de marché combinées des parties sont de moins de 25 pour cent pour des marchés verticaux ;
- lorsque les parts de marché combinées des parties sont de moins de 25 pour cent lorsqu'elles ne concernent pas des marchés horizontalement ou verticalement intégrés ;
- lorsque l'opération concerne la création d'une entreprise commune en dehors du territoire chinois et qui ne réalisera aucune activité sur le sol chinois ;
- lorsque l'opération concerne l'acquisition d'actifs dans une entreprise étrangère qui ne réalise aucune activité sur le sol chinois ;
- lorsque l'opération concerne une entreprise commune contrôlée par une ou plusieurs parties avant l'opération et qui sera contrôlée par une ou plusieurs de ces parties suite à l'opération.

Après notification, le MOFCOM évalue si l'opération peut en effet bénéficier de cette procédure simplifiée. Le MOFCOM peut rejeter la demande d'un contrôle simplifié, que ce soit avant son évaluation sur le fond, ou même après. Dans cette dernière hypothèse, les parties devront alors notifier l'opération à nouveau en conformité avec la procédure classique. Les parties ont alors toutefois la possibilité d'adresser leur observation au MOFCOM.

*Mayer Brown*

## CHINE : LE MOFCOM APPORTE DES PRECISIONS A SON CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Le 6 juin 2014, l'autorité de concurrence chinoise, le MOFCOM, a publié de nouvelles lignes directrices en matière de contrôle des concentrations.<sup>42</sup> Ces lignes directrices, composées de 30 articles, sont considérablement plus exhaustives que celles de 2009 qui n'en comprenaient que 12.

As a first step, notifying parties must determine whether their case merits simplified treatment under the Simple Cases Classification Provisions. If they determine that it does so, they must submit a filing to MOFCOM using a new shortened notification form, which MOFCOM published in conjunction with the Simplified Notification Guidelines. In this respect, the Simple Cases Classification Provisions identify the following types of transaction as *prima facie* eligible for simplified treatment:

- transactions where the aggregate market share of all parties involved in the concentration is less than 15 per cent in all horizontal relevant markets;
- transactions where the market shares of the parties in all vertically related markets are less than 25 per cent;
- transactions where the market shares of the parties in markets which are not horizontal or vertically related (closely related neighbouring markets) are less than 25 per cent;
- transactions which involve the establishment of a joint venture outside China which does not conduct economic activities within China;
- transactions which entail the acquisition of the equity or assets of a foreign enterprise which is not engaged in economic activity within China; and
- transactions where a joint venture jointly controlled by two or more parties pre-transaction will be controlled by one or more of these parties post-transaction.

Following the notification, MOFCOM will undertake an initial review of the filing to satisfy itself that the Simple Cases Classification Provisions apply and that the case merits treatment under the simplified procedure. Under the trial procedure, there is a risk of MOFCOM either rejecting a case for simplified treatment before it has initiated its review or, potentially, withdrawing simplified status even after its review has begun. In such a case, the notifying parties will have to re-notify their transaction under the normal procedure. Please also note that where MOFCOM proposes not to grant simplified treatment initially or proposes to withdraw simplified treatment after its review has begun, the notifying parties will be afforded an opportunity to express their views.

*Mayer Brown*

## CHINA: MOFCOM CLARIFIES ITS MERGER CONTROL

On June 6, 2014, the Chinese competition authority, MOFCOM, published new guidelines on merger control. These guidelines, composed of 30 articles, are much more comprehensive than those of 2009, which had only 12.

MOFCOM defines for the first time the notion of "control" in its general meaning, and in the context of joint ventures.

The guidelines also give further guidance on the methods used for calculating the turnover thresholds that trigger the obligation to notify the transaction. Finally, many details are provided on the pre-notification period, especially regarding documents to be produced and the conduct of the proceedings.

Thibault Schrepel

Le MOFCOM y définit pour la première fois la notion de « contrôle », de manière générale ainsi que dans le cadre des entreprises communes.

Les lignes directrices donnent également des indications complémentaires concernant les modalités de calcul des seuils de chiffre d'affaires entraînant l'obligation de notifier l'opération. Enfin, de nombreuses précisions sont apportées concernant la période de pré-notification, notamment quant aux documents à fournir et au déroulement de la procédure.

Thibault Schrepel

## Notes

1. *Kone AG c/ ÖBB-Infrastruktur AG* (C-557/12) 5 juin 2014.
2. Point 34 de la décision.
3. *Nexans SA c/ Commission des communautés européennes* (C-37/13) 25 juin 2014.
4. *Nexans France et Nexans c/ Commission des communautés européennes* (T-135/09) 14 novembre 2012.
5. *Dow Chemical Ibérica, SA et autres c/ Commission des communautés européennes* (97/87, 98/87 et 99/87) [1989] Rec. 3165.
6. *Garantovaná c/ Commission des communautés européennes* (C-90/13) 15 mai 2014.
7. *Garantovaná*, point 225.
8. *Esso et autres c/ Commission des communautés européennes* (T-540/08), *Sasol et autres c/ Commission des communautés européennes* (T-541/08), *RWE et RWE Dea c/ Commission des communautés européennes* (T-543/08), 11 juillet 2014.
9. *Sasol*, point 50.
10. *Inte Ic/ Commission des communautés européennes* (T-286/09), 12 juin 2014.
11. *Intel*, point 85.
12. *Intel*, point 113.
13. Damien Geradin, « The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm ? », TILEC Discussion Paper No.2010-022.
14. Commission européenne, communiqués IP/14/489 et IP/14/490.
15. Pour rappel, les brevets sont dits « essentiels » lorsque ces derniers sont intégrés dans les standards de normes de production.
16. Commission européenne, Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101(1) du TFUE, 25 juin 2014.
17. Commission européenne, Concentrations: la Commission lance une consultation sur les améliorations possibles des règles de l'UE relatives au contrôle des concentrations, 9 juillet 2014.
18. Règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations ») [2004] JO L24/1.
19. Bruxelles, le 21 mai 2014, Aides d'Etat : la Commission exempte davantage de mesures d'aide de l'obligation de notification préalable.
20. Bruxelles, le 9 avril 2014, Aides d'Etat : la Commission adopte de nouvelles règles sur les aides d'Etat à la protection de l'environnement et à l'énergie.
21. Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 juin 2014, n°13-81.471.
22. Il est important de noter que ces visites ont été réalisées précédemment à l'ordonnance du 13 novembre 2008 porte modernisation de la régulation de la concurrence de l'article L.450-4 du Code de commerce qui encadre la présence de l'avocat au cours des opérations de visite et saisies.
23. *Dow Chemical Ibérica, SA et autres c/ Commission des communautés européennes* (97/87, 98/87 et 99/87) [1989] Rec. 3165.
24. Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 mars 2013, 12—81.495.
25. Cour d'appel de Paris, 15 mai 2014, arrêt n°2012/06498.
26. Décision du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, n°12-D-08.
27. Voir le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence en date du 6 mars 2012.

28. Décision n°14-DCC-57 du 17 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif par la société Orlait, filiale de Sodiaal, de l'activité lait de consommation longue conservation de la coopérative Terra Lacta.
29. Décision no12-DCC-154 du 7 novembre 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs de la société SeaFrance par la société Groupe Eurotunnel.
30. UK Competition Commission, *Eurotunnel/SeaFrance*, 6 juin 2013, disponible sur le site <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/> [Vu le 23 septembre 2014].
31. Point 4 de la décision.
32. Competition and Consumer Protection Act 2014, du 31 juillet 2014.
33. Voir la loi hongroise sur la concurrence de 1996.
34. Loi de 2014 relative au contrôle des concentrations entre entreprises.
35. A l'instar du droit européen, le contrôle est défini comme la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise concernée. Il peut résulter de tout droit, accord ou tout autre moyen qui confère une telle possibilité. Constitue également un changement de contrôle notifiable la création d'une entreprise commune de plein exercice.
36. *Lotes v Hon Hai Precision*, Court of Appeals for the Second Circuit, 4 juin 2014.
37. *Motorola Mobility LLC v AU Optronics Corp*, Court of Appeals for the Seventh Circuit, 27 mars 2014.
38. FTAIA, 15 U.S. Code § 6a — Conduct involving trade or commerce with foreign nations.
39. FTC Finalizes Amendments to the Premerger Notification Rules Related to the Transfer of Exclusive Patent Rights in the Pharmaceutical Industry, 6 novembre 2013.
40. United States District Court for the District of Columbia, *Pharmaceutical Research and Manufacturers of America v FTC*, No.13-CV-01974 (D.D.C. 30 mai 2014).
41. Loi fédérale sur la concurrence, 7 juillet 2014.
42. MOFCOM, Lignes directrices sur la notification de concentration d'entreprises, 6 juin 2014.