

## 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

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

 Block exemptions; Class actions; Competition policy; EU law; International co-operation; Merger control; Mergers; Private enforcement; State aid; Technology transfer

#### UNION EUROPEENNE

#### EUROPEAN UNION

#### PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

#### ANTI-COMPETITIVE PRACTICES

#### PARLEMENT : ADOPTION DE LA DIRECTIVE RELATIVE A CERTAINES REGLES REGISSANT LES ACTIONS EN DOMMAGES ET INTERETS EN DROIT INTERNE POUR LES INFRACTIONS AUX DISPOSITIONS DU DROIT DE LA CONCURRENCE DES ETATS MEMBRES ET DE L'UNION EUROPEENNE

#### DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON CERTAIN RULES GOVERNING ACTIONS FOR DAMAGES UNDER NATIONAL LAW FOR INFRINGEMENTS OF THE COMPETITION LAW PROVISIONS OF THE MEMBER STATES AND OF THE EUROPEAN UNION

Le 17 avril 2014, le Parlement européen a adopté en séance plénière la proposition de directive.<sup>1</sup> Son adoption officielle

On April 17, 2014, the European Parliament adopted the proposal for a directive. Formal adoption will follow

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

after approval by the Council of the European Union. Member States will then have two years to transpose it into their national legal systems. We are thereby observing the completion of a long process. However, this directive is not an end but a beginning. It states that the Commission shall submit a report for the European Parliament and the Council four years after the end of the transposition period, accompanied if necessary by a legislative proposal.

According to the two main cases of the Court of Justice, *Courage* and *Vincenzo Manfredi*, any natural or legal person may request compensation for damages whenever there is a causal link between the breach of competition law and the damage suffered. "Breach of competition law" means any infringement to arts 101 or 102 TFEU or internal competition law. While rejecting the punitive damages, the directive adds the possibility of redress to obtain full compensation, that is, for the actual loss, loss of profits, plus payment of interests covering the current period from the time the harm was suffered to the time the compensation is paid. Note that the Directive recognises both direct purchasers and the right to reparation of indirect purchasers. The indirect purchaser must provide proof of the "passing-on" of the overcharge. The indirect purchaser will be helped in this by an order for disclosure addressed to the defendant and others from the distribution chain. The right to obtain compensation for the loss of profits due to a full or partial "passing-on of overcharge" is recognised. However, in order to define the compensation amounts the national court must take into consideration, as publicly available information, the actions for damages allegedly brought on by other plaintiffs at other levels in the distribution chain. Of course, the passing-on defence is recognised. The Directive allows the defendant or any applicant to seek an injunction to address plaintiffs or third parties in order to prove the "passing-on".

The objectives of the directive are to remove the practical difficulties that victims face when trying to obtain compensation for the harm they have suffered, while preserving the effectiveness of negotiated procedures. Thus, victims will have easier access to the evidence they need to prove damage and more time to present their claim for compensation. The underlying principles are the principles of non-discrimination, effectiveness and equivalence.

In order to help victims both to prove and quantify the harm, the Directive establishes a rebuttable presumption that cartel infringements cause harm. Member States shall ensure the existence in domestic law of such a rebuttable presumption. It is assumed that the

suivra après approbation du Conseil de l'Union européenne. Les Etats membres auront alors deux ans pour la transposer dans leur ordre juridique interne. On assiste ce faisant à l'achèvement d'un long processus. Pour autant, cette directive ne se veut pas une fin, mais un début. Elle prévoit que la Commission devra établir un rapport à l'intention du Parlement européen et du Conseil quatre ans après la fin de la période de transposition, accompagnée si besoin est d'une proposition législative.<sup>2</sup>

Selon la jurisprudence de la Cour de justice,<sup>3</sup> toute personne physique ou morale peut demander réparation du préjudice subi dès lors qu'il y a un lien de causalité entre la violation du droit de la concurrence et son préjudice. Il faut entendre par violation du droit de la concurrence celle des arts 101 ou 102 TFUE ou du droit interne de la concurrence.<sup>4</sup> Tout en refusant les dommages et intérêts punitifs,<sup>5</sup> la directive permet d'obtenir réparation intégrale, c'est-à-dire du préjudice actuel, de la perte de profit ou manque à gagner, et des intérêts courant sur la période allant du moment où le dommage fut subi jusqu'à celui où le dédommagement est versé.<sup>6</sup> Notons que la directive reconnaît tant aux acheteurs directs qu'aux acheteurs indirects le droit à réparation. L'acheteur indirect devra apporter la preuve du *passing-on* aider en cela par une injonction à la divulgation à l'adresse du défendeur et des tiers de la chaîne de distribution.<sup>7</sup> Le droit de bénéficier d'une réparation pour le manque à gagner dû à un *passing-on of overcharge* partiel ou entier est reconnu,<sup>8</sup> mais pour définir les montants de réparation le juge national devra pouvoir prendre en compte les actions en réparation qui auraient été intentées par d'autres plaignants à d'autres niveaux dans la chaîne de distribution comme des informations publiques disponibles. Bien entendu la *passing-on defence* étant reconnue au défendeur, la directive autorise tout demandeur à demander une injonction à l'adresse du plaignant ou de tiers afin de prouver ce report.<sup>9</sup>

Les objectifs poursuivis sont de supprimer les difficultés pratiques auxquelles les victimes sont confrontées lorsqu'elles tentent d'obtenir une réparation du préjudice qu'elles ont subi, tout en préservant l'efficacité des procédures négociées. Ainsi, les victimes auront plus facilement accès aux éléments de preuve dont elles ont besoin pour prouver le dommage subi et de plus de temps pour introduire leur demande de réparation.<sup>10</sup> Les principes qui la sous-tendent<sup>11</sup> sont les principes de non-discrimination, d'efficacité et d'équivalence.

Il s'agit dès lors de garantir le *private enforcement* par un accès facilité aux preuves. Afin d'aider les victimes tant à prouver qu'à quantifier le préjudice, la directive établit une présomption réfragable de dommage en matière de cartels.

Elle dispose que les Etats membres doivent s'assurer de l'existence en droit interne d'une présomption réfragable selon laquelle toute entente anticoncurrentielle cause un préjudice. Il s'agit d'une présomption simple que le défendeur à l'action mis en cause peut réfuter. De même les juridictions nationales doivent pouvoir estimer, conformément à leurs procédures nationales, le montant du dommage :

« dès lors qu'il est établi qu'un plaignant souffre un préjudice mais qu'il est impossible sinon excessivement difficile de quantifier celui-ci précisément sur la base des preuves disponibles ».

Les Etats membres doivent également veiller à ce qu'une autorité nationale de concurrence puisse assister le juge qui en ferait la demande dans la détermination du quantum du dommage, dès lors que ladite autorité le juge utile.

En outre, l'art.5(1) dispose que lorsqu'un demandeur présente une demande en réparation étayée, les juridictions nationales peuvent enjoindre le défendeur à l'action ou un tiers à divulguer des éléments de preuve pertinents qui sont sous leur contrôle. Les juridictions veillent à ce que ces ordonnances de divulgation soient proportionnées<sup>12</sup> et à ce que les informations confidentielles soient dûment protégées.<sup>13</sup> Le droit national doit aussi permettre des injonctions de divulgation à la demande du défendeur à l'action.<sup>14</sup> Bien entendu les Etats membres devront disposer, si cela n'est pas déjà le cas, de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour tout refus ou défaut de se conformer à une ordonnance de divulgation, comme en cas de destruction d'éléments probatoires.<sup>15</sup>

Enfin, toute décision finale d'une autorité de concurrence constitue automatiquement la preuve de l'existence de l'infraction devant les juridictions de cet Etat membre :

« [...] toute violation du droit de la concurrence, en vertu de l'article 101 ou 102 du traité ou du droit de la concurrence national, constatée par une décision définitive d'une autorité nationale de la concurrence ou une instance de recours est réputée être établie de façon irréfutable aux fins d'une action en dommages et intérêts devant les juridictions nationales. »<sup>16</sup>

S'il s'agit d'une décision définitive d'une autre ANC ou d'une juridiction d'un autre Etat membre, celle-ci est réputée constituer à tout le moins une preuve *prima facie* d'une violation de la règle de concurrence, qui pourra être évaluée avec tout autre matériau apporté par les parties.<sup>17</sup>

Il s'agit également de garantir le *private enforcement* par un délai de prescription clair encourageant les transactions. Le délai de prescription de l'action en dommages et intérêts dont disposent les victimes<sup>18</sup> doit être au minimum de cinq

defendant can refute. Similarly, national courts must be able to estimate the amount of harm, in accordance with their national procedures:

“if it is established that a claimant suffered harm but it is practically impossible or excessively difficult to precisely quantify (it) on the basis of available evidence.”

Member States shall also ensure that a national competition authority (NCA) shall be able to assist the domestic judge in determining the quantum of damages, in the event the judge requests it and if the NCA deems it relevant.

Furthermore, art.5(1) provides that where an applicant presents a claim for damages supported by the victims, Member States shall ensure that national courts may order the defendant or a third party to disclose relevant evidence, which lies in their control, anytime the claimant presents a reasoned claim of damages. The courts shall ensure that these disclosure orders are proportionate and that confidential information is properly protected. National law should also allow for disclosure injunctions requested by the defendant in the action. Of course, the Member States shall ensure that national courts are able to effectively impose, if this is not already the case, “effective, proportionate and dissuasive” penalties for any failure or refusal to comply with any national court’s disclosure order, as in case of the destruction of relevant evidence.

Finally, any final decision of a competition authority automatically constitutes proof of the existence of the offence in the courts of that Member State:

“an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under article 101 or 102 of the Treaty or under national competition law.”

If it is a final decision of another NCA or a court of another Member State, it is deemed to be “at least *prima facie* evidence that an infringement of competition law has occurred and, as appropriate, may be assessed along with any other material brought by the parties”.

The limitation period available to victims in an action for damages must be a minimum of five years. It only begins at the moment the violation of competition law has ceased and that the plaintiff in the action for damages knows or is reasonably expected to know,

first, that the said conduct constitutes a breach of competition law, secondly that the breach causes harm, and thirdly, the identity of the wrongdoer. This period is suspended when a claim is brought by a competition authority for breach of competition law:

“The suspension shall end at the earliest one year after the infringement decision has become final or the proceedings are otherwise terminated.”

Consensual dispute resolution process between undertakings which have committed crimes and their victims is facilitated through articles which clarify their interaction with legal actions. The aim is to put in place litigation faster and cheaper. To do so, the Directive provides for suspension periods to allow the parties to an action for compensation to have enough time to reach a consensus without losing their procedural rights during this time period. This suspension shall be not greater than two years. The Directive provides tools to deal with cases of partial consensual settlement of a claim for compensation regarding the other members of the cartel. “The remaining claim of the settling injured party can only be exercised against non-settling co-infringers, and the non-settling co-infringers cannot recover contribution to it from the settling co-infringer”. The Directive requires Member States to provide under their domestic law an exception to this rule: “when the non-settling co-infringers cannot pay the damages that correspond to the remaining claim of the settling injured party, the settling injured party can exercise the remaining claim against the settling co-infringer unless this is expressly excluded under the consensual settlement”. Therefore, it is hard to imagine an offender accepting a compromise without requiring the claimant to accept such a clause.

The Commission’s approach, endorsed by the Parliament, which wants to encourage consensual dispute resolution concerning compensation, by providing a rule saying that: “A competition authority may consider that compensation paid as a result of a consensual settlement and prior to its decision imposing a fine to

ans. Il commence à courir uniquement à compter du moment où la violation du droit de la concurrence a cessé et que le demandeur à l’action en dommages et intérêts sait ou est raisonnablement supposé savoir : premièrement que ledit comportement constitue une violation du droit de la concurrence, deuxièmement qu’il lui cause un préjudice, et troisièmement qu’il connaît l’identité de l’entreprise en cause. Ce délai est suspendu dès lors qu’une action est intentée par une autorité de concurrence pour violation du droit de la concurrence et cette suspension doit prendre fin un an après que la décision de condamnation soit devenue définitive ou les voies de recours éteintes.

Les procédures de résolution consensuelle des litiges entre les entreprises ayant commis des infractions et leurs victimes sont facilitées, grâce à la clarification de leur interaction avec les actions en justice. Cela vise une résolution plus rapide et moins coûteuse des conflits. Pour ce faire, la directive prévoit des périodes de suspension des procédures afin de permettre aux parties à une action en réparation de disposer d’un temps suffisant pour atteindre un consensus sans risquer de perdre leurs droits procéduraux pendant cette période. Cette suspension pour résolution à l’amiable ne saurait dépasser deux ans.<sup>19</sup> La directive donne les outils permettant de régler les cas de transaction partielle sur l’action en réparation à l’égard des autres entreprises ayant participé à l’entente, c’est-à-dire l’établissement de règles traitant de comment l’action en réparation restante sera déterminée contre quel(s) défendeur(s), et comment ceux qui sont partis à la transaction et ceux qui n’ont pas transigé doivent contribuer aux dommages et intérêts compensatoires. Ainsi l’action du plaignant ayant obtenu réparation par règlement à l’amiable auprès d’un des cartellistes ne pourra bien évidemment plus être exercée que contre les autres, mais surtout les autres contrevenants, ceux n’ayant pas transigé, ne pourront récupérer auprès du contrevenant partie à la transaction la quote-part des sommes qu’ils ont versées. La directive impose aux Etats membres de prévoir en droit interne une dérogation à cette règle disposant que si les contrevenants non partis à la transaction ne peuvent payer les dommages et intérêts correspondant à la partie de la plainte restante déposée par la victime ayant transigé, cette victime puisse exercer la plainte restante contre le contrevenant ayant transigé, sauf si cela est expressément exclu par les termes mêmes de la transaction.<sup>20</sup> Dès lors, on imagine mal un contrevenant accepter de transiger sans exiger du plaignant qu’il accepte une telle clause.

On peut regretter l’approche de la Commission, entérinée par le Parlement, qui pour stimuler les règlements à l’amiable en matière de dédommagement, si un contrevenant a versé des dommages et intérêts suite à une transaction, une autorité de concurrence puisse

considérer ce fait comme un facteur atténuant dans la détermination du montant de l'amende<sup>21</sup> qui sera prononcée à l'encontre de ce contrevenant. Il eut été selon nous plus heureux d'introduire la réparation comme condition d'immunité dans le programme de clémence.

Il s'agit aussi pour la Commission qui est à l'origine du texte de répondre à sa préoccupation majeure, à savoir établir un équilibre entre ce *private enforcement* naissant qu'elle aide à se constituer, et le *public enforcement* qu'elle a développé entre autres via le Réseau européen de la concurrence (REC) en permettant aux victimes d'obtenir réellement réparation. Il s'agit également d'aller vers une réparation intégrale, tout en consolidant le *public enforcement*, i.e. la fonction essentielle remplie par les autorités de concurrence : enquêter et sanctionner les infractions, avec un effet dissuasif.

La Commission insiste sur le rôle fondamental joué par la coopération entre les entreprises et les autorités de concurrence dans le cadre des programmes dits de clémence, tant pour la détection que pour la répression des infractions aux règles de concurrence. Dans son mémo de présentation de la directive, la Commission déclare même que ces procédures négociées sont devenues « des instruments essentiels pour la mise en œuvre des règles de concurrence tant à l'échelon de l'Union que national. »<sup>22</sup> On peut y voir un aveu de faiblesse lorsqu'on lit que :

« sans cette coopération, de nombreuses infractions ne seraient tout simplement jamais découvertes et, dans de nombreux cas, c'est donc la mise en œuvre réussie des règles de concurrence par une autorité publique qui permettra ensuite aux victimes de demander et d'obtenir réparation. Par conséquent, la proposition prévoit un certain nombre de garde-fous pour éviter que les entreprises soient moins incitées à coopérer avec les autorités de concurrence du fait des mesures visant à faciliter les actions en dommages et intérêts. »<sup>23</sup>

Cela s'articule autour de trois mesures. Premièrement, les demandes de clémence comprenant la déclaration volontaire et les propositions de transactions en matière de cartels ne peuvent jamais faire l'objet d'une injonction de divulgation par le juge national.<sup>24</sup> Deuxièmement, certaines informations produites via les procédures des autorités de concurrence ne peuvent être fournies qu'après clôture de l'enquête.<sup>25</sup> Enfin, contrairement au principe général qui veut que les co-contrevenants soient conjointement et solidairement responsables, la directive dispose que le contrevenant obtenant l'immunité n'est responsable qu'envers ses propres clients (ou fournisseurs). Cela est vrai sauf à indemniser les autres victimes qui ne pourraient pas obtenir réparation auprès des autres contrevenants, par

be a mitigating factor in the setting thereof" is to be regretted. It would have been better to introduce compensation as a condition for the total immunity in the Union leniency programme.

It is also the Commission which is at the origin of the text to answer its main concern, namely to balance the nascent private enforcement it helps to constitute and public enforcement it developed among others via the European Competition Network (ECN), allowing victims to actually get redress, which is not currently the case in many Member States, and even go to full compensation, while consolidating public enforcement, i.e. the essential function performed by the competition authorities: to investigate and punish offences, with a deterrent effect.

The Commission stresses the fundamental role played by cooperation between firms and competition authorities in the framework of so-called leniency programmes, both for detection and for the infringements of the competition rules. In its memo presenting the Directive, the Commission itself states that such negotiated procedures "have become essential instruments to enforce competition rules at both EU and national level." One could see an admission of a weakness of EU competition law by the Commission in reading that without this cooperation with wrongdoers, through the leniency programme and the additional tools many cartels would simply never be discovered and set up. So in the opinion of the Commission, it is the successful implementation of competition rules by the public authority which allows victims to claim and obtain redress. Therefore, the Directive has a number of safeguards to avoid undertakings being discouraged from voluntarily cooperating with competition authorities because of claims for compensation.

This revolves around three different measures. First, for damages, national courts cannot order the disclosure of leniency statements and settlement submissions. Secondly, certain information generated through the procedures of the competition authorities can only be provided after completion of the investigation. Finally, contrary to the general principle that the co-offenders are jointly and severally liable, the Directive provides that the "immunity recipient is jointly and severally liable to its direct or indirect purchasers or providers and to other injured parties only where full compensation cannot be obtained from the other undertakings that were involved in the same infringement". The amount of its contribution shall not exceed the amount of harm it caused to its own direct or indirect purchasers or providers. This provision is designed to safeguard the right to compensation recognised by the law of the Union.

The Directive states that these provisions do not preclude the rules governing the protection of internal documents of the competition authorities and those relating to public access to documents governed by the Regulation 1049/2001, called the Transparency Regulation.

*Anne Tercinet*

#### ECJ: SOME INFORMATION ON HOW TO ACCESS THE COMMISSION'S DOCUMENTS

Regulation 1049/2001, called the Transparency Regulation, allows parties to request from the European Commission the documents it has. There is however one exception, when the Commission can demonstrate that passing on a specific document could adversely affect a public or private interest. When the requested documents belong to the same category, the Commission cannot provide them based on a general presumption that public or private interest will be affected. Two other competition law specific regulations, Regulations 1/2003 and 773/2004, also provide the possibility of asking for the Commission's documents.

On February 27, 2014, the European Court of Justice (ECJ) created a general principle allowing the Commission to refuse general access to its documents, unless the parties can demonstrate that no private or public interest would be adversely affected. In this case, a company called EnBW was requesting access to all documents of a case where the European Commission fined other companies active in the gas insulated switchgear production sector for being involved in a cartel. The ECJ held that the three above-mentioned regulations should be applied in an identical way, and that because the two competition law regulations do not contain any exception allowing third parties to request general access to all the Commission's documents, the Commission was right to deny access to the entire file.

*Thibault Schrepel*

exemple par ce que ceux-ci auraient fait faillite, sachant que dans ce cas le montant de contribution ne saurait être supérieur à celui qu'il aurait causé à ses propres clients (ou fournisseurs).<sup>26</sup> Cette disposition vise à sauvegarder le droit à compensation reconnu par le droit de l'Union.

La directive rappelle que ces dispositions ne font pas obstacle aux règles régissant la protection des documents internes des autorités de concurrence et à celles relatives à l'accès public aux documents régis par le Règlement n°1049/2001 sur la transparence.

*Anne Tercinet*

#### COUR DE JUSTICE : DES PRECISIONS EN MATIERE D'ACCES AUX DOCUMENTS QUE DETIENT LA COMMISSION

Le Règlement n°1049/2001,<sup>27</sup> dit Règlement transparence, prévoit la possibilité pour les parties de demander à la Commission la communication de documents saisis à l'occasion d'une enquête. Une exception est toutefois prévue dans les cas où la Commission démontre que la communication spécifique d'un document porterait atteinte à un intérêt privé ou public supérieur. Lorsque les documents demandés appartiennent à une même catégorie, la Commission peut se contenter de justifier un refus de les communiquer sur le fondement d'une présomption générale d'une atteinte à ces intérêts. Deux autres règlements spécifiques aux règles de concurrence, les Règlements n°1/2003<sup>28</sup> et n°773/2004,<sup>29</sup> prévoient également la possibilité pour les parties de demander l'accès aux documents que détient la Commission européenne.

Le 27 février 2014,<sup>30</sup> la Cour de justice a rendu un arrêt dans lequel elle crée une présomption générale en faveur de la Commission lui permettant de refuser un accès généralisé aux dossiers relatifs à une procédure d'application de l'art.101, sauf à démontrer l'absence d'atteinte à des intérêts privés ou publics supérieurs. Dans cette affaire, la société EnBW demandait l'accès à l'ensemble des documents d'une affaire dans laquelle la Commission avait sanctionné une entente entre des producteurs d'appareillages de commutation à isolation gazeuse sanctionnée. La Cour de justice a estimé que les trois règlements devaient s'appliquer de manière homogène, et que puisque les deux règlements de concurrence ne permettent pas aux tiers de demander l'accès aux documents, la Commission était bien fondée à en refuser l'accès pour l'ensemble du dossier sur le fondement des trois règlements précités.

*Thibault Schrepel*

**COUR DE JUSTICE : SOLIDARITE POUR LE PAIEMENT DE L'AMENDE**

Dans deux arrêts en date du 10 avril 2014,<sup>31</sup> relatifs aux affaires de l'entente sur le marché des appareillages de commutation à isolation gazeuse,<sup>32</sup> la Cour de justice de l'Union revisite la notion de solidarité pour le paiement de l'amende et circonscrit les pouvoirs de la Commission.

Selon l'art.23(2) du Règlement n°1/2003 :

« La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises [...] lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

(a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité... ».

Tout part donc de la notion d'entreprise telle que l'entend le droit de la concurrence de l'Union, c'est-à-dire une entité économique unitaire. Ainsi la condamnation d'une entreprise à une amende repose d'abord sur les caractéristiques de l'entreprise en cause, « telle qu'elle est constituée durant la période où l'infraction a été commise ».<sup>33</sup>

La Cour rappelle que pour déterminer la sanction en matière d'infraction à l'art.101 TFUE, la Commission est tenue, afin de respecter le principe d'individualisation des peines et des sanctions qui veut que le montant de l'amende soit fixé en fonction de la gravité de l'infraction individuellement reprochée à l'entreprise concernée et de la durée de celle-ci,<sup>34</sup> de définir entre autres le rôle joué par chaque entreprise dans l'établissement de l'entente, leur taille respective et le profit que chacune en a tiré.<sup>35</sup> Ainsi, la Cour déclare que :

« les principes du droit de l'Union de responsabilité personnelle pour l'infraction et d'individualisation des peines et des sanctions devant être respectés lors de l'exercice de ce pouvoir de sanction ne concernent que l'entreprise en tant que telle et non les personnes physiques ou morales qui en font partie. »<sup>36</sup>

La question est ici celle de la détermination de la sanction.

Quant à la question du paiement de l'amende, la Cour ajoute :

« [qu'] en particulier, la notion du droit de l'Union de solidarité pour le paiement de l'amende, en ce qu'elle n'est qu'une manifestation d'un effet de plein droit de la notion d'entreprise, ne concerne que l'entreprise et non les sociétés qui composent celle-ci. »<sup>37</sup>

Il convient donc d'opérer une distinction entre rapport externe de solidarité et rapport interne de solidarité. On entend par rapport interne de solidarité, le rapport interne à l'entreprise en cause, c'est-à-dire les rapports des entités

**ECJ: JOINT AND SEVERAL LIABILITY FOR THE PAYMENT OF FINES**

In two judgments of April 10, 2014, concerning the market in gas insulated switchgear projects, the Court of Justice of the European Union revisits the notion of joint and several liability for the payment of the fine and limited the powers of the Commission.

Joint and several liability: a notion attached to the one of the "undertaking". According to art.23(2) of Regulation 1/2003:

"The Commission may by decision impose fines on undertakings [...] where, either intentionally or negligently:

(a) they infringe the provisions Article 81 or 82 of the Treaty".

This leads to the notion of "undertaking" as understood by EU competition law, that is to say a single economic entity. And the conviction of an undertaking pay a fine is based primarily on "the characteristics of the undertaking concerned, "as constituted during the period in which the infringement was committed".

The Court recalls that in determining the penalty in respect of an infringement of art.101 TFEU, the Commission has to respect the principle of individualisation of penalties, which means that the amount of the fine is determined by reference to the gravity of the infringement for which the undertaking concerned is held individually responsible and the duration of the infringement, "the role played by each of them in the establishment of the concerted agreements or practices, the profit" they were able to derive from them, and their respective size. Thus, the Court stated that:

"the EU law principle of personal liability for an infringement and the principle that the penalty must be specific to the offender and the offence [...] relate only to the undertaking per se, not the natural or legal persons forming part of the undertaking."

We are here on the issue of determining the penalty.

Concerning the question of the payment of the fine, the Court adds that:

"in particular, in so far as it is merely the manifestation of an ipso jure legal effect of the concept of an "undertaking", the EU law concept of joint and several liability for payment of a fine only concerns the undertaking itself and not the companies of which it is made up.

It is therefore essential to distinguish between external and internal relationship of solidarity. Internal relationship of joint and several liability means the relationship within the undertaking, so between its own legal entities, which are its components and its co-debtors

jointly and severally liable. For its part, the external relationship of joint and several liability consists of the relationship between the undertakings parties to the agreement or the concerted practice.

The Court therefore rules that the concept of joint and several liability for the payment of the fine only concerns the undertaking and not the entities that compose it, so the determination of the shares to be paid by those held jointly and severally entities, which are co-obligors in within the undertaking, is outside the jurisdiction of the Commission and EU law.

In another judgment of April 10, 2013 said *Areva*, the Court ruled that the definition of joint and several liability adopted by the Commission and confirmed by the General Court to determine the joint and several liability between the subsidiary and its parent companies constitutes an infringement of the principle of legal certainty. It also constitutes an infringement to the principle that the penalty must be specific to the offender and the offence. The Court stated that joint and several liability cannot be employed to force one company to bear the risk of the insolvency of another company where those companies have never formed part of the same undertaking, of one and the same single economic entity.

The Commission is therefore entitled to fine jointly and severally a number of companies, insofar as they are part of one and the same undertaking, but it has no jurisdiction to determine the shares of the joint and several debtors under their internal relationship.

A limitation of the Commission's powers is justified by the principles of subsidiarity and fair vertical cooperation. Joint and several liability mechanism is defined as an additional legal device available to the Commission to strengthen the effectiveness of its action for the recovery of fines imposed for infringement of competition rules. It reduces the possibility of insolvency. It is a part of the objective of deterrence pursued by competition law:

“The determination in the context of the internal relationship ... of the shares ... does not pursue that dual objective.”

Moreover, neither Regulation No 1/2003, nor EU law in general contain rules for the resolution of such a dispute. Therefore, if there is no contractual agreement between the co-debtors dealing with the shares to be paid, it is for the national courts to determine those shares by applying the national law applicable, in a manner consistent with EU law. Of course, the decision of the Commission when handing down the joint and several sentence to pay the fine, which identifies solitary debtors and determines the maximum amount that can be claimed for each of them by the Commission, sets out the legal framework within which the national court must rule. Furthermore, under art.4 of the TFEU,

juridiques composant l'entreprise qui sont les codébiteurs solidaires entre eux. Pour sa part, le rapport externe de solidarité est constitué du rapport des entreprises parties à l'entente entre elles.

La Cour dit donc pour droit que la notion de solidarité pour le paiement de l'amende ne concernant que l'entreprise et non les entités qui la compose, la détermination des quotes-parts de ces entités, qui sont les codébiteurs solidaires au sein de l'entreprise, échappe à la compétence de la Commission et du droit de l'Union.

Dans l'autre arrêt du 10 avril 2013 concernant *Areva*, la Cour dit pour droit que la définition de la solidarité qui avait été donnée par la Commission et confirmée par le Tribunal pour déterminer la solidarité entre *Areva T&D SA*, en sa qualité de filiale, et ses sociétés mères successives : à savoir *Alstom* puis *Areva*, constitue une violation des principes de sécurité juridique et d'individualisation des peines et des sanctions. La Cour précise que la solidarité ne peut pas être utilisée afin de faire supporter le risque de l'insolvabilité d'une société à une autre société alors que celles-ci ne font pas partie d'une seule et même entité économique, c'est-à-dire d'une même entreprise.<sup>38</sup>

La Commission est donc en droit de condamner solidairement au paiement d'une amende plusieurs sociétés, dans la mesure où elles faisaient partie d'une même entreprise, mais elle n'a pas le pouvoir de déterminer les quotes-parts des codébiteurs solidaires dans le cadre de leur relation interne.<sup>39</sup>

Le mécanisme de solidarité se définit comme un instrument juridique supplémentaire, dont dispose la Commission afin de renforcer l'efficacité de son action en matière de recouvrement des amendes infligées pour les infractions au droit de la concurrence. Il permet à la Commission, créancière de la dette constituée par ces amendes, de réduire le risque d'insolvabilité. Il participe de l'objectif de dissuasion poursuivi par le droit de la concurrence :<sup>40</sup>

« Or la détermination, dans la relation interne existant entre codébiteurs solidaires, des quotes-parts de ceux-ci ne vise pas ce double objectif ».<sup>41</sup>

D'ailleurs le Règlement n°1/2003, comme le droit de l'Union en général, ne comporte pas de dispositions relatives à ce contentieux. Dès lors, si les codébiteurs n'ont pas fixé contractuellement de quotes-parts à l'amende à laquelle ils ont été solidairement condamnés, et qu'une action récursoire est intentée, le juge national a compétence pour en connaître. Il devra trancher au regard de son droit national et dans le respect du droit de l'Union. Certes, la décision de la Commission prononçant la condamnation solidaire au paiement de l'amende qui identifie les codébiteurs solidaires et détermine le montant maximal



pouvant être réclamé à chacun d'entre eux par la Commission, fixe le cadre juridique dans lequel le juge national devra statuer. Sachant en outre qu'en vertu de l'art.4 TUE, la Commission est tenue de coopérer loyalement avec les autorités judiciaires des Etats membres.<sup>42</sup>

*Anne Tercinet*

### **TRIBUNAL DE L'UNION : LA COMMISSION A RESPECTE LES REGLES EN MATIERE DE DEMANDE D'INFORMATIONS DANS L'AFFAIRE DES CIMENTS**

En novembre 2008 et septembre 2009, la Commission européenne a effectué des inspections dans les locaux de plusieurs acteurs européens du marché du ciment et des marchés de produits connexes. Une procédure formelle a ensuite été initiée en décembre 2010, sur le fondement de soupçons de restriction des importations, de répartition des marchés et de fixation des prix. En mars 2011, sept des sociétés concernées ont contesté le bien-fondé et la teneur de demandes d'informations que la Commission leur avait adressé dans ce cadre.

Le 14 mars 2014,<sup>43</sup> le Tribunal de l'Union européenne a jugé que la Commission européenne était bien fondée à solliciter des parties les documents qu'elle avait visés, et que ces demandes n'étaient pas excessives. Sur la légitimité de la demande, le Tribunal a en effet jugé qu'il suffisait que la Commission ait de simples « soupçons raisonnables » d'atteintes à la concurrence pour être fondée à effectuer une telle demande. En ce qui concerne la quantité des informations demandées, et bien qu'il reconnaisse le coût indéniable de la production de telles informations, le Tribunal considère que l'enquête le nécessitait.

Le Tribunal a toutefois reconnu que la Commission avait enfreint le principe de proportionnalité en demandant à une des sociétés de répondre à plusieurs questions sous un délai de 15 jours, excessivement court en l'espèce.

*Thilbault Schrepel*

### **AFFAIRE SAINT-GOBAIN : DE LA CIRCONSTANCE AGGRAVANTE DE RECIDIVE**

On se souvient de l'arrêt T-203/01 *Michelin/Commission* à l'occasion duquel le Tribunal énonça que :

« dans une optique de dissuasion, la récidive est une circonstance qui justifie une augmentation considérable du montant de base de l'amende. Elle constitue en effet la preuve de ce que la sanction antérieurement imposée n'a pas été suffisamment dissuasive. »<sup>44</sup>

the Commission is obliged to cooperate fairly with the judicial authorities of the Member States.

*Anne Tercinet*

### **GENERAL COURT: THE COMMISSION DID RESPECT THE RULES OF DOCUMENT ACCESS IN THE CEMENT CASE**

In November 2008, the European Commission opened investigations against several major companies active in the cement and related markets. A formal procedure was launched in December 2010, on the basis of suspicions of import restrictions, market sharing and price fixing. In March 2011, seven of the involved companies challenged the validity and content of information requests sent by the Commission in this context.

On 14 March 2014, the General Court held that the Commission had the right to ask the parties to provide all documents it requested and that such a request was not excessive. Concerning the legitimacy of the demand, the General Court found that as long as the Commission had "reasonable suspicion" of harm to competition, the request was legitimate. Regarding the quantity of requested information, the General Court acknowledged that providing this information incurred high costs, but also held that the investigation justified them.

The General Court however found that the Commission violated the principle of proportionality by asking one party to answer some questions within a 15-day period, a deadline which was considered excessively short.

*Thilbault Schrepel*

### **THE SAINT-GOBAIN CASE: THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF RE-OFFENDING**

In the *Michelin/Commission* case (T-203/01) the Court said that in the context of deterrence, re-offending is a circumstance which justifies a significant increase in the basic amount of the fine. It is the evidence that the sanction previously imposed was not sufficiently deterrent.

Furthermore, in the *Danone* case (T-38/02) the Court of First Instance stated that the fact that re-offending is taken into account in determining the sanction increases the deterrent function of punishment. This approach was confirmed by the European Court of Justice in the same case. The Commission Communication of 2006 entitled "Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003" states in para. 28 that:

"The basic amount [of the fine] may be increased where the Commission finds that there are aggravating circumstances, such as where an undertaking continues or repeats the same or similar infringement after the Commission or a national competition authority has made a finding that the undertaking infringed Article 81 or 82: the basic amount will be increased by up to 100% for each such infringement established."

Re-offending is recognised when an identical or similar infringement is committed by the same undertaking and is established by the Commission or a national competition authority (NCA). That is why in a judgment dated March 27, 2014, the Court of First Instance reduced the fine imposed on Saint-Gobain.

Under a Commission decision of November 12, 2008, Saint-Gobain Glass France SA and Compagnie de Saint-Gobain SA were sentenced to pay jointly and severally €880 million. This fine, the highest ever pronounced by the Commission, resulted partly from an increase of 60 pour cent for re-offending because it was the third infringement, Saint-Gobain having already been the subject of decisions for similar offences in 1984 and 1988. However, with regard to the 1988 decision, the General Court of the EU determined that it is not the same undertaking under the meaning of EU competition law. That previous decision concerned another subsidiary of Compagnie de Saint-Gobain than the one concerned by the 2008 decision on the automotive glass. Furthermore, Compagnie de Saint-Gobain SA was not addressed in the 1988 decision; therefore the condition requiring that the infringements were committed by the same undertaking is not fulfilled.

Lastly, as the ECJ recalled in the case *Groupe Danone* case, the circumstance of re-offending under EU competition law has no limitation period, unlike criminal law. There is no maximum time required between two decisions. In this case, the General Court notes that a long time, almost 14 years, had elapsed since the first decision, in 1984, and the established beginning of the new infringement, namely 1998. It also emphasised the identity of clusters involved, and the similarity of the convicted cartels and the identity of the undertakings. Therefore the General Court considered that the Commission was allowed to identify re-

De même, dans l'arrêt T-38/02 relatif à l'affaire *Groupe Danone*, le Tribunal de première instance déclara que la prise en compte de la récidive renforce la fonction dissuasive de la sanction.<sup>45</sup> Cette approche fut confirmée par la Cour de justice dans cette même affaire.<sup>46</sup> La Communication de la Commission de 2006 intitulée « Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l' Article 23(2)(a), du Règlement n°1/2003 »<sup>47</sup> emprunte cette voie et précise que le montant de base de l'amende peut être augmenté lorsque la Commission constate l'existence de circonstances aggravantes, telles que la récidive. Son para.28 énonce que :

« Lorsqu'une entreprise poursuit ou répète une infraction identique ou similaire après que la Commission ou une autorité nationale de concurrence a constaté que cette entreprise a enfreint les dispositions de l'article 81 ou de l'article 82. Le montant de base sera augmenté jusqu'à 100 % par infraction constatée. »

La récidive est constituée dès lors qu'une infraction identique ou similaire est commise par une même entreprise et est constatée par la Commission ou par une ANC. C'est pourquoi dans un arrêt en date du 27 mars 2014,<sup>48</sup> le Tribunal de l'Union européenne réduit l'amende prononcée à l'encontre de l'entreprise Saint-Gobain.

Par décision de la Commission en date du 12 novembre 2008,<sup>49</sup> Saint-Gobain Glass France SA et la Compagnie de Saint-Gobain SA furent condamnées à titre conjoint et solidaire à €880 millions.<sup>50</sup> Cette amende, la plus élevée jamais prononcée par la Commission, résultait pour partie d'une majoration de 60 pour cent pour troisième récidive, l'entreprise ayant fait l'objet de décisions antérieures pour infractions similaires en 1984<sup>51</sup> et 1988.<sup>52</sup> Or concernant la condamnation de 1988, le Tribunal établit qu'il ne s'agit pas de la même entreprise au sens du droit de la concurrence de l'Union. Elle concernait une autre filiale de la Compagnie de Saint-Gobain que celle en cause dans la décision de 2008 relative au verre automobile. De plus la Compagnie de Saint-Gobain SA n'était pas destinataire de la décision de 1988 ; dès lors la condition voulant que les infractions aient été commises par une même entreprise n'est pas remplie.<sup>53</sup>

En outre, comme la jurisprudence de la Cour l'a rappelé dans l'affaire *Groupe Danone*,<sup>54</sup> la circonstance de récidive en droit de la concurrence de l'Union n'est encadrée par aucun délai. Contrairement au droit pénal, il n'y a donc pas de délai maximum requis entre deux condamnations. En l'espèce, le Tribunal note l'écoulement d'un temps long depuis la première décision, 1984, et le commencement avéré du nouveau comportement sanctionné, à savoir 1998, soit presque 14 ans. Il souligne également l'identité des

pôles d'activités en cause et la similitude des ententes condamnées et l'identité d'entreprise.<sup>55</sup> Dès lors il estime que la Commission a pu reconnaître la récidive sans contrevenir au principe de proportionnalité.<sup>56</sup> Le Tribunal qui insiste tout au long de son arrêt sur l'effet dissuasif de l'amende,<sup>57</sup> en conclut que la récidive n'existant qu'au regard de la décision de 1984, la majoration de 60 pour cent n'est plus justifiée. Le Tribunal ne la ramène donc qu'à 30 pour cent là où on avait anticipé une majoration plus proche des 20 pour cent eu égard au délai écoulé. Néanmoins, cela conduit à porter l'amende à €715 millions, au lieu de €880 millions.<sup>58</sup>

*Anne Tercinet*

### **ACCORDS DE TRANSFERT DE TECHNOLOGIE : LA COMMISSION EUROPEENNE ADOPTE UN NOUVEAU REGLEMENT D'EXEMPTION**

Le 21 mars 2014,<sup>59</sup> la Commission européenne a adopté un nouveau règlement d'exemption en matière d'accords de transfert de technologie. Elle a également publié de nouvelles lignes directrices<sup>60</sup> sur le sujet. Ces deux textes viennent préciser les conditions d'application du troisième paragraphe de l'art.101 du TFUE qui exempte certains accords de l'interdiction prévue par cet article. Ils guideront dans un premier temps l'analyse des accords conclus à partir du 1er mai 2014, et dans un second temps, à partir du 30 avril 2015, de ceux conclus sous l'emprise du précédent régime.

Si l'essentiel des deux textes demeure proche des versions antérieures datant de 2004, quelques changements doivent cependant être notés.

Sous l'ancien comme sous le nouveau régime, les entreprises peuvent bénéficier de l'exemption de l'art.101(3) du TFUE lorsqu'elles détiennent ensemble moins de 20 pour cent de parts de marché si elles sont concurrentes (rapport horizontal), et 30 pour cent si elles entretiennent un rapport vertical (relation client/fournisseur par exemple). Les nouvelles lignes directrices précisent toutefois que devra être pris en compte l'ensemble de ses ventes combiné à celles de ses licenciés pour le calcul des parts de marché du donneur de licence.

Egalement, les restrictions de concurrence tenant à l'interdiction des ventes sont considérées comme étant des restrictions exclues de concurrence et peuvent ainsi faire tomber l'ensemble de l'accord dans lequel elles sont insérées. Sous l'ancien régime, une exception existait à cette règle, lorsque la restriction de vente passive concernait un territoire où une exclusivité avait été attribuée à un autre licencié. Le nouveau régime supprime cette exception. Il faudra donc désormais examiner ces clauses au cas par

offending without violating the principle of proportionality. The General Court emphasised throughout its judgment the deterrent effect of the fine. It concluded that because the existing re-offending is only established under the 1984 decision, the increase of 60 per cent was no longer justified. The General Court reduced it to just 30 per cent, where one might have expected an increase closer to 20 per cent with respect to the fact that almost 14 years had passed. However, this brings the fine to €715 million instead of €880 million.

*Anne Tercinet*

### **TECHNOLOGY TRANSFER AGREEMENTS: THE EUROPEAN COMMISSION ADOPTS NEW A BLOCK EXEMPTION**

On March 21, 2014, the European Commission adopted a new block exemption regulation for technology transfer agreements. It also published new guidelines in this regard. These two texts detail the application conditions of art.101(3) TFEU, which exempts certain agreements from being prohibited under its first paragraph. They will apply to all agreements entered into after May 1, 2014 and, after April 30, 2015, to all agreements including those concluded under the previous regime.

If these two texts remain close to the previous texts from 2004, some changes should however be noted.

Under the old as well as the new regime, companies can benefit from the exemption under art.101(3) of the TFEU when they hold less than a 20 per cent combined market share if they are competitors (horizontal relationship), and 30 per cent if they are in a vertical relationship (customer/supplier for instance). The new guidelines however state that in order to calculate the market shares of the licensor, its sales and its licensees' sales should be combined.

Also, under both regimes, the prohibition on passive sales is considered to be an excluded restriction and can bring down the whole agreement in which it is inserted. The old regime contained an exception to this rule, when the restriction of passive sales involved an exclusive territory which had been assigned to another licensee. The new regime eliminates this exception. These provisions, therefore, have to be assessed on a case-by-case basis. The Commission states that these restrictions will be exempted, when deemed necessary for the entry of a licensee, and this for a period that does not generally exceed two years.

On the matter of technology pools, the Commission admits that may be pro-competitive, in particular because they facilitate the creation of cross-licensing and they streamline standardisations. In its new guidelines, the Commission reminds that pools can reduce transaction costs and cumulative royalties. However, the Commission also explains that these pools may have an anti-competitive effect when they gather substitutable technologies. In order to increase legal certainty in this regard, the Commission lists the conditions under which these agreements can be exempted:

- “(a) ‘participation in the pool creation process is open to all interested technology rights owners;
- (b) sufficient safeguards are adopted to ensure that only essential technologies (which therefore necessarily are also complements) are pooled;
- (c) sufficient safeguards are adopted to ensure that exchange of sensitive information (such as pricing and output data) is restricted to what is necessary for the creation and operation of the pool;
- (d) the pooled technologies are licensed into the pool on a non-exclusive basis;
- (e) the pooled technologies are licensed out to all potential licensees on FRAND terms;
- (f) the parties contributing technology to the pool and the licensees are free to challenge the validity and the essentiality of the pooled technologies; and;
- (g) the parties contributing technology to the pool and the licensee remain free to develop competing products and technology.”

Note however that technology transfer agreements that do not meet these conditions may be seen as having pro-competitive effects after a case-by-case analysis.

cas. La Commission précise qu’elles seront exemptées lorsque jugées nécessaires à l’entrée sur le marché d’un licencié, pour une durée qui ne dépassera alors généralement pas deux années.

La Commission reconnaît à nouveau que les *pools* de technologies peuvent être pro-concurrentiels, en facilitant notamment l’octroi de licences croisées et en rationalisant les standardisations. Dans ses nouvelles lignes directrices, la Commission rappelle que les *pools* permettent de réduire les coûts de transaction ainsi que les *royalties* cumulatives. Elle explique toutefois également que ces *pools* peuvent avoir un effet anticoncurrentiel lorsqu’ils rassemblent des technologies substituables entre elles. Afin d’augmenter la sécurité juridique à cet égard, la Commission liste<sup>61</sup> les conditions que ces accords doivent remplir afin d’être exemptés :

- « (a) la participation au processus de création d’un regroupement est ouverte à tous les titulaires de droits sur technologie intéressés ;
- (b) des mesures de protection suffisantes sont adoptées pour garantir que seules des technologies essentielles (et donc aussi nécessairement complémentaires) sont regroupées ;
- (c) des mesures de protection suffisantes sont adoptées pour garantir que les échanges d’informations sensibles (comme les données sur les prix et la production) se limitent à ce qui est nécessaire à la mise en place et au fonctionnement de l’accord de regroupement ;
- (d) les technologies regroupées sont concédées dans le cadre de l’accord de regroupement sur une base non exclusive ;
- (e) les technologies regroupées sont concédées à tous les preneurs potentiels à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (conditions FRAND) ;
- (f) les parties qui contribuent à l’accord de regroupement par l’apport de technologies et les preneurs sont libres de contester la validité et le caractère essentiel des technologies regroupées ; et
- (g) les parties qui contribuent à l’accord de regroupement par l’apport de technologies et le preneur restent libres de développer des produits et des technologies concurrents. »

Notons que les accords de transfert de technologie qui ne remplissent pas ces conditions ont toutefois la possibilité d’être considérés comme ayant des effets pro-concurrentiels au terme d’une analyse au cas par cas.

L'ancien régime couvrait également les situations dans lesquelles les donneurs de licence imposaient aux licenciés de leur conférer l'exclusivité d'exploitation des améliorations apportées qui n'étaient pas dissociables de l'objet de la licence. Le nouveau régime supprime cette distinction, avec pour conséquence que l'octroi d'une telle exclusivité constitue une restriction exclue de concurrence, que l'amélioration soit dissociable de l'objet de la licence ou non. La Commission juge dorénavant en effet qu'une telle obligation décourage trop l'innovation pour être automatiquement exemptée.

Enfin, concernant les accords dits de *pay-for-delay*,<sup>62</sup> les lignes directrices soulignent qu'ils peuvent tomber sous l'interdiction de l'art.101. En effet, la Commission souligne que ces accords peuvent notamment permettre des répartitions de marché. C'est la première fois que la Commission clarifie sa position sur le sujet.

*Thibault Schrepel*

#### **AIDE D'ETAT : GARANTIE IMPLICITE ILLIMITEE ACCORDEE PAR L'ETAT FRANCAIS A LA POSTE**

Jusqu'en mars 2010, La Poste française était assimilée à un EPIC (Etablissement public à caractère industriel et commercial). Ce statut lui conférait une garantie illimitée de l'Etat français permettant d'échapper à toute procédure d'insolvabilité et de faillite de droit commun.

Dans sa décision du 26 janvier 2010,<sup>63</sup> la Commission a constaté que l'existence de cette garantie illimitée de l'Etat français en faveur de La Poste constituait une aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur.

Le recours en annulation introduit par l'Etat français a été rejeté par le Tribunal le 20 septembre 2012<sup>64</sup> qui a confirmé qu'une garantie illimitée constituait un avantage au profit de La Poste.

La France s'est donc pourvue devant la Cour de justice, contestant tout d'abord le fait que la Commission avait renversé la charge de la preuve et méconnu les règles relatives au niveau de preuves nécessaires. Ensuite, la France a également reproché au Tribunal d'avoir confirmé l'existence d'un avantage découlant de la prétendue garantie de l'Etat établie par la Commission.

Cependant, dans son arrêt du 3 avril 2014,<sup>65</sup> la Cour a confirmé que la Commission pouvait se fonder sur la méthode du faisceau d'indices sérieux, précis et concordants pour vérifier si l'Etat était tenu, par le droit interne, d'engager ses propres ressources afin de couvrir les pertes d'un EPIC défaillant.

The old system also covered situations where licensors imposed the licensees to give them exclusive rights on improvements that were non-severable improvements from the subject of the license. The new system removes this distinction, with the result that the granting of such exclusive rights is regarded as an excluded restriction, regardless of whether the improvement is or isn't non-severable. Indeed, the Commission now considers that such a requirement deters innovation in a way that cannot justify an automatic exemption.

Finally, concerning the *pay-for-delay* agreements (in which the company is offering to pay generic companies not to bring lower-cost alternatives to market), the guidelines emphasise that they may fall under the prohibition of art.101. Indeed, the Commission notes that these agreements may especially favour market partitioning. It is the first time the Commission has clarified its position on this subject.

*Thibault Schrepel*

#### **STATE AID: IMPLIED AND UNLIMITED GUARANTEE GRANTED BY FRENCH STATE IN FAVOUR OF LA POSTE**

Until March 2010, La Poste was considered as an EPIC (a public establishment of industrial and commercial character). This status granted to La Poste an unlimited guarantee from the French State, which makes the insolvency and bankruptcy procedures under ordinary law inapplicable to La Poste.

On January 26, 2010, the Commission established that the existence of this guarantee from the French State in favour of La Poste constituted state aid that was incompatible with the internal market.

On 20 September 2012, the action for annulment brought by the French State was rejected by the General Court, which confirmed that such an unlimited guarantee constitutes an advantage for La Poste.

Consequently, France brought an appeal before the Court criticising, first, the fact that the Commission reversed the burden of proof of the existence of the guarantee and misconstrued the rules concerning the level of proof required. Then, France complained that the General Court confirmed the existence of an advantage arising from the alleged State guarantee established by the Commission.

However, the Court confirmed, on April 3, 2014, first, that the Commission may rely on the method of a firm precise and consistent body of evidence to determine whether the State is required under domestic law to use its own resources to cover losses of an EPIC in default.

Then, the Court stated that a simple presumption exists that the grant of an implied and unlimited State guarantee in favour of an undertaking which is not subject to the ordinary compulsory administration and winding-up procedures results in an improvement in its financial position.

In fact, the Court considered that such a guarantee grants an immediate advantage to that undertaking insofar as it is granted without something in return and enables the borrower "to enjoy a lower interest rate and to provide a lower level of security".

The Court thus confirmed that to prove the advantage obtained by such a guarantee, it is sufficient for the Commission to establish the mere existence of that guarantee, without having to show the actual effects produced by it.

*Joséphine Fourquet*

#### EU MEMBER STATES

##### FRANCE: ADOPTION OF THE HAMON ACT: CREATION OF A CLASS ACTION AND STRENGTHENING OF AGENTS' POWERS DURING SIMPLE INSPECTIONS

Enacted on March 18, 2014, the Consumer Affairs Act, also called the "Hamon Act" after the name of the Minister who proposed it, brings several changes to French competition law.

The most important is probably the creation of a class action enabling consumers to collectively introduce a damage action against the companies that were found to have implemented anti-competitive practices.

Regularly announced and systematically postponed, the opportunity of the creation and the modalities of such a mechanism had fed numerous debates during the last years, in particular concerning the abuses that it could lead to, or the difficulties related to its articulation with the competition authorities' enforcement actions.

In the end, the adopted class action is, unlike in the United States, based on an opt-in system, under which each person willing to join the action has to declare its intention to do so.

It also confers a central role to consumer protection associations that are deemed representative at the national level (currently 16). Indeed, they alone can initiate such an action, on the name of at least two physical persons placed in a "similar or identical" situation and who have suffered an individual property damage as a result of the practices concerned, noting

Sur le deuxième point, la Cour a déclaré qu'il existe une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'Etat en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière.

La Cour a considéré qu'une telle garantie procure un avantage immédiat dans la mesure où elle est octroyée sans contrepartie et permet à l'emprunteur « de bénéficier d'un taux d'intérêt plus bas ou de fournir une sûreté moins élevée ».

La Cour a donc confirmé qu'afin de prouver l'avantage procuré par une telle garantie, il suffit d'établir son existence de cette dernière sans démontrer les effets réels produits.

*Joséphine Fourquet*

#### UE ETATS MEMBRES

##### FRANCE : ADOPTION DE LA LOI HAMON : INTRODUCTION D'UNE ACTION DE GROUPE A LA FRANCAISE ET RENFORCEMENT DES POUVOIRS D'ENQUETE DES AGENTS LORS D'ENQUETES SIMPLES

Promulguée le 18 mars 2014, la loi relative à la consommation, dite « Loi Hamon »,<sup>66</sup> apporte plusieurs modifications substantielles au droit français de la concurrence.

La plus importante de celles-ci est sans doute la création d'une action de groupe permettant aux consommateurs d'introduire collectivement une action en réparation à l'encontre des entreprises coupables de pratiques anticoncurrentielles.

Régulièrement annoncée et systématiquement reportée, l'opportunité de la création ainsi que les modalités de mise en œuvre d'un tel mécanisme avaient alimenté ces dernières années de nombreux débats, en particulier concernant les dérives qu'il serait susceptible d'engendrer, ou les difficultés liées à son articulation avec les actions menées par les autorités de concurrence.

En définitive, l'action de groupe votée se fonde, contrairement au modèle américain, sur une logique d'*opt-in*, selon laquelle la personne souhaitant s'y joindre doit manifester son intention par un acte positif.

Elle donne en outre un rôle central aux associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national (16 actuellement). Elles sont en effet seules à pouvoir l'initier, au nom d'au moins deux personnes physiques se trouvant dans une situation « similaire ou identique » et ayant subi un préjudice patrimonial individuel

résultant des dommages matériels subis du fait des pratiques en cause.

Le mécanisme de l'action se décompose en deux temps. Elle doit tout d'abord être introduite devant le TGI, afin que celui-ci rende le cas échéant un « jugement déclaratoire de responsabilité » ordonnant des mesures de publicité à destination des consommateurs lésés et précisant les conditions de leur indemnisation. Si une action menée par ailleurs par une autorité de concurrence est toujours en cours, le juge devra surseoir à statuer jusqu'à ce que la décision de cette autorité soit définitive. En effet, une décision de condamnation constituera une présomption irréfragable de faute des entreprises concernées, auquel cas le juge n'aura plus qu'à caractériser le préjudice subi et le lien de causalité dans ce jugement. Cette action peut être introduite dans un délai maximal de cinq ans à compter de la date à laquelle la décision constatant les manquements n'est plus susceptible de recours.

Dans un second temps, après publication du jugement devenu définitif et la prise des mesures de publicité ordonnées, l'ensemble des consommateurs lésés peut adhérer au groupe et ainsi obtenir individuellement le montant de l'indemnisation fixée par le jugement.

Une procédure simplifiée peut toutefois être mise en œuvre lorsque l'identité et le nombre exact des consommateurs lésés sont connus dès l'origine.

Par ailleurs, la Loi Hamon a également étendu les pouvoirs d'enquête des agents de la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, une direction du ministère de l'Economie et des Finances), et de l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'enquêtes simples.

Ils sont en effet désormais habilités à accéder, entre 8h et 20h, à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, mais aussi aux locaux à usage mixte professionnel/habitation, pour lesquels l'occupant dispose toutefois d'un droit d'opposition qui, s'il est exercé, nécessitera la délivrance d'une autorisation expresse du juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance (TGI) compétent. Le texte prévoit également dans ce contexte la possibilité d'accéder aux données informatiques et peuvent le cas échéant en demander la restitution en clair ou la transcription. Ils peuvent en outre se faire assister dans leur mission par toute personne qualifiée.

Avec la modification de l'art. L.450-1 du Code de commerce, leurs pouvoirs peuvent être utilisés non seulement dans les enquêtes menées en matière de pratiques anticoncurrentielles et de concentrations, mais également dans le cadre d'enquêtes sectorielles, de prescription,

that property damages are the only type of harm that may be compensated.

The action mechanism is made up of two parts. First, it must be initiated before a Court of First Instance, which may issue a judgment declaring the responsibility of the undertakings concerned, ordering publicity measures for the harmed consumers' information and specify the conditions of their compensation. If an enforcement action is pending before a competition authority, the CFI judge will have to stay the proceedings until this authority's decision has become final. Indeed, a decision finding that anti-competitive practices were implemented by the companies concerned will constitute an irrefutable presumption of their misconduct, in which case the judge will only have to prove the existence of an actual damage and of a causal link in their judgment. This action may be initiated within five years from the day the competition authority's decision identifying a competition law violation can no longer be appealed.

Secondly, after the publication of the final judgment and the execution of the ordered publicity measures, all harmed consumers may adhere to the group and thus individually obtain the amount of the compensation defined by the judgment.

A simplified procedure may however be implemented where the identity and the exact number of the harmed consumers have been identified from the beginning.

The Hamon Act also extended the powers of the agents of the French Ministry of the Economy and the national competition authority in the context of simple investigations.

They are indeed now able to access, between 8.00am and 8.00pm, all premises, lands and professional vehicles, but also premises used for both professional and residential purposes: the occupant has an opposition right that, if it is exercised, requires the issuing of an authorisation from the judge empowered to grant bail or otherwise of the relevant Court of First Instance. The text also makes it possible to access computer data and to request their transcription in this context. They may also request the assistance of any qualified person or expert.

With the amendment of art.L450-1 of the Commercial Code, their powers can be used not only during the investigations concerning anti-competitive practices and mergers, but also in the context of sector inquiries, prescriptions, injunctions or of the verification of the execution of commitments.

This act also makes several other important amendments:

- the penalties for obstructing an investigation were increased, the prison sentence rising from six months to two years and the fine from €37,500 to €300,000;
- a single copy of the minutes can be communicated to the company instead of the double original previously required;
- the threshold of the cumulative turnover of the undertakings under which the Minister of Economy may put an end to anticompetitive practices of a local dimension was raised to €200 million (instead of €100 million before) and any transaction that may be proposed in such cases should not be greater than €150,000 (instead of €75,000 previously).

*Jean-Maxime Blutel*

#### FRANCE: THE FRENCH COMPETITION AUTHORITY TAKES NOTE OF NESPRESSO'S COMMITMENTS

On April 17, 2014, the French Competition Authority (FCA) published all commitments offered by Nespresso to end an investigation opened by the Authority for possible abuse of a dominant position.

The FCA has in fact expressed three concerns:

- the successive modifications made by Nespresso on its machines, that regularly render its competitors capsules' incompatible with them;
- the affixing by Nespresso of various statements encouraging consumers to use capsules of its brand only; and
- the fact that Nespresso has reported in the press a statement encouraging consumers to use its capsules.

The assessment of these various practices has led the FCA to consider that it could not be excluded that Nespresso had abused its dominant position on the market of the capsules compatible with its machines.

In response to the concerns of the FCA, Nespresso offered three commitments, all applicable for a period of seven years. The company first offered to

d'injonctions ou de vérification de la bonne exécution des engagements.

La loi opère enfin plusieurs autres modifications d'importance :

- les sanctions en cas d'obstruction à l'enquête ont été alourdies, la peine de prison applicable passant de six mois à deux ans et l'amende encourue de €37 500 à €300 000 ;
- une simple copie des procès-verbaux peut être communiquée à l'entreprise au lieu du double original auparavant requis ; et
- le seuil de chiffre d'affaires cumulés des entreprises concernées sous lequel le ministre de l'Economie a la possibilité de mettre un terme à des pratiques anticoncurrentielles de dimension locale a été élevé à €200 millions (au lieu de €100 millions auparavant) et toute transaction qu'il pourrait proposer dans pareil cas ne doit pas être d'un montant supérieur à €150 000 (au lieu de €75 000 auparavant).

*Jean-Maxime Blutel*

#### FRANCE : L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE PREND ACTE DES ENGAGEMENTS DE NESPRESSO

Le 17 avril 2014, l'Autorité de la concurrence a publié la liste d'engagements proposés<sup>67</sup> par la société Nespresso pour mettre un terme à enquête ouverte par l'Autorité pour abus de position dominante.

L'Autorité de la concurrence a en effet identifié trois problématiques :

- les modifications successives apportées aux machines Nespresso qui rendent régulièrement incompatibles les capsules de ses concurrents ;
- l'apposition par Nespresso sur ses machines de diverses mentions incitant les consommateurs à n'utiliser que les capsules de sa marque ; et
- le fait que Nespresso ait relayé dans la presse une communication incitant les consommateurs à n'utiliser que les capsules de sa marque.

L'examen de ces différentes pratiques a conduit l'Autorité à considérer qu'il ne pouvait être exclu, à ce stade de l'instruction, que la société Nespresso ait ainsi abusé de sa position dominante sur le marché des capsules compatibles avec les machines à café de sa marque.

En réponse aux préoccupations de l'Autorité, la société Nespresso a proposé trois engagements, tous applicables pendant une durée de sept années. La société propose en



premier lieu de s'engager à communiquer aux fabricants de capsules concurrents qui en feraient la demande une mise à jour technique de toutes les modifications apportées. En deuxième lieu, elle s'engagerait à mettre en œuvre de nouvelles conditions de garantie s'appliquant « y compris en cas d'utilisation de capsules autres que de marque Nespresso, sauf si le dommage ou le dysfonctionnement constaté a été causé par l'utilisation de telles capsules ». En troisième et dernier lieu, la société propose de ne plus formuler aucun commentaire sur les capsules des concurrents.

Au-delà de la durée particulièrement longue de ces engagements, bien supérieure aux recommandations de la Commission européenne en la matière (trois ans), il convient également de relever le caractère particulièrement novateur de l'un d'entre eux : en effet, l'Autorité de la concurrence pourrait être la première à rendre contraignante une obligation de divulgation par une société de ses innovations à ses concurrents. On observera dès lors avec intérêt la décision que prendra l'Autorité à l'issue du test de marché<sup>68</sup> qui s'est clôturé le 19 mai dernier.

*Thibault Schrepel*

#### **ALLEMAGNE : LES FABRICANTS DE SUCRE ALLEMANDS CONDAMNÉS PAR LE BKA**

Le 18 février 2014,<sup>69</sup> le BKA a sanctionné à hauteur de €280 millions les trois principaux fabricants allemands de sucre, le demandeur de clémence ayant bénéficié d'une réduction importante du montant de son amende.

Les fabricants ont été condamnés pour avoir conclu des accords sur les zones de vente, les quotas et les prix aussi bien sur les marchés du sucre industriel que celui du sucre destiné aux consommateurs.

Les pratiques anticoncurrentielles sur le marché du sucre ont débuté au cours des années 1990 et ont été stoppées en 2009 au moment où le BKA a ouvert son enquête.

A partir de l'année 2005, l'Union européenne a commencé à réduire les quotas de production et à mettre en place la réforme de l'organisation du marché du sucre. Par conséquent, les fabricants de sucre se sont entendus sur leurs futurs volumes de production et la renonciation à leurs quotas respectifs sous couvert des réunions organisées au sein de l'association des industriels allemands du sucre. Selon les clients industriels du marché, ces pratiques ont provoqué des hausses de prix et des pénuries dans l'approvisionnement en sucre.

Toutes les entreprises concernées ont transigé dans cette affaire. Cependant, cette décision fait l'objet d'un recours

communicate, upon its competitors' request, technical update of all changes in the machines' design. Secondly, it agreed to implement new guarantee conditions, including when capsules other than Nespresso's were used, unless the damage or dysfunction was caused by the use of such capsules. Thirdly and lastly, the company offers not to make any public comments regarding its competitors' capsules.

Beyond the unusually long duration of these commitments, well above what the European Commission recommends (three years), it should also be pointed out that the particularly innovative character of one of them. Indeed, the FCA could be the first to approve the mandatory disclosure of a company's innovations to its competitors. The FCA's decision to come will be of great interest.

*Thibault Schrepel*

#### **GERMANY: GERMAN SUGAR MANUFACTURERS CONDEMNED BY THE BKA**

On February 18, 2014, the BKA imposed a total fine of €280 million against three major German sugar manufacturers taking into account that the leniency applicant benefited from a substantial reduction of fine.

The manufacturers were condemned for concluding anti-competitive agreements on sales areas, quotas and prices on both the industrial sugar (to be processed) and retail sugar (dedicated to end-consumer) markets.

The anti-competitive practices on the sugar market started in the mid 1990s and ended with the BKA's investigation in 2009.

After 2005, the European Union reduced production quotas and implemented the sugar market organisation reform. Consequently, the manufacturers agreed, under the umbrella of the German sugar industry association, their future production volumes and their respective quota renunciation. According to industrial customers in the market, these practices caused prices increases and shortages in sugar supply.

All the companies concerned agreed to settle. However, the decision has been appealed to the

Dusseldorf Higher Regional Court concerning the amount of the fine imposed.

This case is one of the first applications of the new guidelines for the setting of fines, effective since June 2013 in Germany, which allow substantially higher fines for larger businesses.

*Joséphine Fourquet*

## INTERNATIONAL

### UNITED STATES: THE FTC MAKES ITS DECISION IN THE MCWANE CASE

On January 30, 2014, the Federal Trade Commission (FTC) issued its decision in the *McWane* case, alleging that the company had breached s.5 of the Federal Trade Commission Act (FTC Act) (which prohibits “unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce”) seven times. The case was brought on appeal before the FTC after a 464-page decision taken by an administrative judge. Six of the seven alleged violations were rejected. However, the FTC accepted that the deliberate exclusion of its competitors, including Star Pipe Products, by the company amounted to a violation of antitrust law.

The FTC first found that *McWane* held a dominant position on the pipe fittings market. Next, the FTC identified various practices that *McWane* implemented in order to maintain its market shares, including some exclusive relationships with distributors and other strategies aiming at discouraging new entrants. The FTC then rejected the justifications put forward by *McWane*, specifically pointing out that such practices were mostly implemented for anticompetitive purposes. As a result, the FTC imposed commitments on *McWane*, preventing the company from having supply exclusivities over 50 per cent, limiting its retroactive rebate programs, and precluding *McWane* from discriminating against distributors that refuse to grant exclusivity to the company.

Commissioner Joshua D. Wright issued a 52-page dissent, arguing that the FTC had not demonstrated that the practices implemented by *McWane* had any anti-competitive effect. Commissioner Wright’s dissent stresses the need to focus on contestable sales, as well as to quantify the potential damage resulting from the practices, in order to avoid condemning a company for doing damage to competitors and not consumers.

*Thibault Schrepel*

devant la Haute Cour régionale de Düsseldorf en ce qui concerne le montant des amendes infligées.

Ce cas est une des premières applications des nouvelles lignes directrices sur le calcul de l’amende, entrées en vigueur en juin 2013 en Allemagne, imposant des amendes plus lourdes aux entreprises ayant un chiffre d’affaires important.

*Joséphine Fourquet*

## INTERNATIONAL

### ETATS-UNIS : LA FTC REND SA DECISION DANS L’AFFAIRE MCWANE

Le 30 janvier 2014, la Federal Trade Commission (FTC) a rendu sa décision<sup>70</sup> dans l’affaire *McWane* où il était reproché à la société éponyme pas moins de sept violations de la s.5 du Federal Trade Commission Act (« FTC Act »). Jugée en première instance par un juge de droit administratif (au terme d’une décision de 464 pages), l’affaire a été portée devant la FTC en appel. Six des sept violations présumées du FTC Act ont été rejetées. La FTC en a toutefois retenu une, celle tenant à l’éviction délibérée du marché de l’un de ses concurrents, la société Star Pipe Products.

Après avoir caractérisé la position dominante de *McWane* sur le marché des accessoires de tuyauterie, la décision de la FTC relève les diverses pratiques mises en œuvre par *McWane* pour la conserver, telles que la mise en œuvre de relations d’exclusivité avec des distributeurs et de manœuvres visant à décourager de nouvelles entrées sur le marché. La FTC conclut sa décision en imposant des engagements qui viennent ainsi interdire à *McWane* d’imposer une exclusivité à plus de 50 pour cent à ses distributeurs, limitant sa capacité à proposer des remises rétroactives, et, notamment encore, de discriminer les distributeurs qui refusaient toute relation d’exclusivité avec elle.

Le commissaire Joshua D. Wright a publié un avis dissident de 52 pages,<sup>71</sup> soutenant que la FTC n’avait pas démontré les effets anticoncurrentiels des pratiques mises en œuvre par la société *McWane*. Cet avis du commissaire Wright met notamment l’accent sur la nécessité de concentrer l’analyse concurrentielle sur les ventes « contestables », ainsi que sur celle du chiffrage du dommage potentiel résultant des pratiques afin d’éviter de condamner une entreprise pour avoir porté un dommage à un concurrent et non pas au consommateur.<sup>72</sup>

*Thibault Schrepel*

## CHINE : LE MOFCOM PUBLIE DE NOUVELLES REGLES EN MATIERE DE CONTROLE SIMPLIFIE DES CONCENTRATIONS

Le 12 février 2014,<sup>73</sup> le ministère du Commerce chinois (MOFCOM) a publié les règles provisoires applicables au contrôle simplifié des concentrations. Cette publication intervient suite à la consultation publique lancée le 3 avril 2013.

Six articles composent ce nouveau corps de règles qui ne s'attache que peu aux questions procédurales. Une nouvelle publication est attendue sur ce thème.

L'article 2 relève que six types de concentrations peuvent bénéficier de ce contrôle simplifié. La moitié d'entre elles sont fondées sur des critères tenant aux parts de marché tandis que l'autre moitié dépend de critères objectifs et qualitatifs.

Ainsi, lorsque les parts de marché combinées des parties ne dépassent pas 15 pour cent dans le cas d'une concentration horizontale, lorsque chaque partie a moins de 25 pour cent de parts de marché dans le cas d'une concentration verticale, et lorsque chaque partie a moins de 25 pour cent de parts de marché dans le cas d'une concentration conglomerate (ni horizontale ni verticale), l'opération bénéficiera d'un contrôle simplifié. Il en ira de même lorsque les parties créent une entreprise commune sans activité sur le territoire chinois, lorsqu'une entreprise acquiert des intérêts dans une entreprise étrangère n'ayant pas d'activité sur le sol chinois, ainsi que lorsqu'au moins une partie acquiert des intérêts ou le contrôle global d'une entreprise commune dans laquelle chacune ou l'ensemble des parties a déjà des participations.

De manière plus générale, le MOFCOM se réserve la possibilité de ne pas appliquer la procédure simplifiée à toute opération qui justifierait l'application de la procédure classique de contrôle. Les règles publiées donnent par ailleurs un certain nombre d'indications quant aux cas qui ne pourront en toutes hypothèses pas prétendre en bénéficier. Ainsi, la procédure simplifiée ne s'appliquera pas aux opérations pour lesquelles la définition du marché pertinent est complexe, ou par lesquelles une entreprise acquiert le contrôle exclusif d'une entreprise auparavant détenue en commun avec un acteur présent sur le même marché. Le texte prévoit également d'autres exceptions et prive notamment de procédure simplifiée les opérations présentant des risques concurrentiels élevés, en ce qu'elles comportent des problématiques d'accès au marché, de progrès technologique, ou de développement de certaines activités économiques au plan national.

*Thibault Schrepel*

## CHINA: MOFCOM PUBLISHES NEW RULES ON SIMPLIFIED MERGER CONTROL

On February 12, 2014, following a public consultation launched in April 2013, the Chinese Ministry of Commerce (MOFCOM) issued interim rules governing the simplified merger control procedure.

This new body of rules contains six articles, which hardly any mention of any procedural issues. A new publication is expected on this topic.

Article 2 states that this simplified control can be applied to six different types of concentrations. Half of them are based on market share related criteria, while the other half depends on objective and qualitative criteria.

Thus, when the combined market share of the parties does not exceed 15 per cent in the case of a horizontal merger, when each party has a market share inferior to 25 per cent in the case of a vertical merger, and when each party has a market share inferior to 25 per cent in the case of a conglomerate merger (neither horizontal nor vertical), the operation will qualify for a simplified review. This procedure also applies to the creation of a common business activity outside of Chinese territory, or to the acquisition of a controlling interest in a foreign company that has no activity in China, to the acquisition by at least one of the parties of an interest or the overall control of a joint venture in which each or all of the parties already has interests.

However, MOFCOM states that it may not apply this procedure to any transaction that would justify the application of the normal review procedure. The published interim rules give a number of such examples. The simplified procedure will, for instance, not apply to transactions in which the definition of the relevant market is complex, or where a company acquires sole control of a business previously jointly owned with a competitor on the same market. The text also provides other exceptions and excludes from the simplified procedure all operations with high competition risks that involve issues of market access, technological progress, or the development of certain economic activities at the national level.

*Thibault Schrepel*

## INTERNATIONAL COOPERATION

### BILATERAL COOPERATION: COOPERATION IS GROWING BETWEEN CANADA AND THE UNITED STATES IN THE MERGER CONTROL FIELD

On March 25, 2014, the Antitrust Division of the Department of Justice (DoJ) and the US Federal Trade Commission (FTC) issued a joint paper with the Canadian Competition Bureau regarding merger control. After noting that many mergers involve a review procedure in both countries, these authorities decided to reaffirm their commitment to cooperate, in line with a first agreement entered into in 1995. The new document aims at:

- improving the day-to-day management of merger controls;
- promoting cooperation between both authorities in order to strengthen the consistency of the decisions taken;
- increasing the transparency of their practices; and
- acknowledging the role of the parties in the facilitation of cooperation between them.

To this end, the US and Canadian authorities adopted several “best practices”. They stress several ways to improve their overall efficiency:

- increasing communication between them;
- implementing better coordination of their respective proceedings’ duration, underlining the interest the parties may have to pre-notify their operations at the same time in both countries;
- developing mutual exchange of public information and, while respecting the rules of confidentiality, information such as shares market, the definition of the relevant market or the efficiencies created by the operation.

The authorities also stress the importance of cooperation between them in terms of commitments. Indeed, as set out in the document, the commitments proposed before one of these authorities may be related, dependent, or may have an effect on those offered before the other. The document therefore particularly emphasises the need not to impose contradictory commitments. Finally, it underlines the possibility of offering a commitments package applicable within both the United States and Canada.

*Thibault Schrepel*

## COOPERATION INTERNATIONALE

### COOPERATION BILATERALE : LA COOPERATION S’ACCROIT ENTRE LE CANADA ET LES ETATS-UNIS EN MATIERE DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Le 25 mars 2014,<sup>74</sup> l’Antitrust Division du Department of Justice américain et la Federal Trade Commission ont publié avec le Competition Bureau canadien un document commun en matière de contrôle de concentration. Parti du constat que de nombreuses opérations de concentration impliquent un contrôle dans ces deux pays, ces autorités ont pris la décision de réaffirmer leur volonté de coopération, dans le prolongement d’ailleurs d’un premier accord conclu en 1995. Ce nouveau document vise :

- à améliorer la gestion quotidienne des contrôles ;
- à promouvoir la coopération entre ces autorités afin de renforcer la cohérence des décisions qu’elles adoptent ;
- à augmenter la transparence des pratiques de ces autorités ; et
- à reconnaître le rôle des parties dans la facilitation de la coopération entre les autorités.

A cette fin, les autorités américaines et canadiennes ont adopté des *best practices*. Elles y relèvent plusieurs moyens d’améliorer ensemble leur efficacité par :

- une communication toujours plus accrue entre elles ;
- une coordination des durées de procédure, soulignant au passage l’intérêt que peuvent avoir les parties à pré-notifier leurs opérations au même moment dans les deux juridictions ; et
- l’échange entre elles d’informations publiques ainsi que, tout en respectant les règles de protection du secret des affaires des parties, d’informations telles que les parts de marché, la délimitation du marché pertinent ou les efficiences créées par l’opération.

Les autorités soulignent également l’intérêt d’une coopération entre elles en matière d’engagements. En effet, comme le souligne le document, les engagements proposés par les parties devant l’une des autorités peuvent avoir des liens, être dépendants, ou avoir un effet sur ceux proposés devant l’autre. Il est ainsi particulièrement mis l’accent sur le fait de ne pas imposer aux parties des engagements qui seraient contradictoires. Enfin, elles notent la possibilité d’offrir un paquet d’engagements applicables conjointement aux Etats-Unis et au Canada.

*Thibault Schrepel*

## Notes

1. Résolution législative du Parlement européen du 17 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne (COM(2013)0404 – C7-0170/2013 – 2013/0185(COD)).
2. Article 20 de la Directive.
3. *Courage Ltd c/ Bernard Crehan et Bernard Crehan c/ Courage Ltd* (C-453/99) [2001] Rec. I-6297 et *Vincenzo Manfredi c/ Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c/ Fondiaria Sai SpA et Nicolò Tricarico et Pasqualina Murgolo c/ Assitalia SpA*(C-295/04, C-296/04, C-297/04, (C-298/04)[2006] Rec. I-6619.
4. Article 4 de la Directive.
5. Article 2(3) de la Directive.
6. Article 2(2) de la Directive.
7. Article 12(1) et (14) de la Directive.
8. Article 12(3) de la Directive.
9. Article 13 de la Directive.
10. Communiqué de presse IP/14/455.
11. Article 3 de la Directive.
12. Article 5(2) et (3) de la Directive.
13. Article 5(3)(c) et (5) de la Directive.
14. Article 5(1) de la Directive
15. Article 8 de la Directive.
16. Article 9 de la Directive : "...an infringement of competition law found by a final decision of a national competition authority or a review court is deemed to be irrefutably established for the purposes of an action for damages brought before their national courts under article 101 or 102 of the Treaty or under national competition law."
17. Article 9(2) de la Directive.
18. Article 10 de la Directive.
19. Article 18 de la Directive.
20. Article 19 de la Directive.
21. Article 18(4) de la Directive.
22. Memo/14/310, April 17, 2014, Antitrust: Commission proposal for Directive to facilitate damages claims by victims of antitrust violations — frequently asked questions, p.4.
23. Page 2 du Communiqué de presse IP/14/455.
24. Article 6(6) de la Directive, voir également son art.7(1).
25. NB l'art.4(17) de la Directive définit l'information préexistante comme celle qui existe indépendamment des procédures d'une autorité de concurrence, que cette information soit ou non contenue dans un dossier d'une autorité de concurrence.
26. Article 11(3) et (4) de la Directive.
27. Règlement n°1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission [2001] JO L145/43.
28. Règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux arts 81 et 82 du traité [2001] JO L1/1.
29. Règlement n°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des arts 81 et 82 du Traité CE [2004] JO L123/18.
30. Cour de justice, *Commission européenne c/ EnBW Energie Baden-Württemberg AG*(C365/12 P) 27 février 2014.
31. Arrêts dans les affaires jointes *Commission européenne c/ Siemens AG Österreich, VA Tech Transmission & Distribution GmbH & Co. KEG, Siemens Transmission & Distribution Ltd, Siemens Transmission & Distribution SA, Nuova Magrini Galileo SpA*(C-231/11 P, C-232/11 P et C-233/11 P) 10 avril 2014, ainsi que *Areva c/ Alstom SA, T&D Holding SA, formerly Areva T&D Holding SA, Alstom Grid SAS, formerly Areva T&D SA, Alstom Grid AG, formerly Areva T&D AG, Commission européenne*(C-247/11 P et C-253/11 P) 10 avril 2014. Voir également le Communiqué de presse n°60/14 de la Cour de justice de l'Union européenne, 10 avril 2014.
32. Décision C (2006) 6762 final, du 24 janvier 2007, relative à une procédure d'application de l'art.81 CE et de l'art.53 de l'accord EEE (affaire COMP/F/38.899 — Appareillages de commutation à isolation gazeuse), suivie des Arrêts du Tribunal du 3 mars 2011, *Areva et al c/Commission européenne* (affaires jointes T-117/07 et T-121/07) et *Siemens Öste et al c/Commission européenne* (affaires jointes T-122/07 à T-124/07). Voir aussi communiqué de presse n°15/11.
33. Point 51, de l'arrêt *Siemens*, précité.

34. Point 52, de l'arrêt *Siemens*, précité.
35. Arrêt *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH and ABB Asea Brown Boveri Ltd c/ Commission des communautés européennes* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P et C-208/02 P et C-213/02 P) Rec. p.I-5425, point 242, rappelé au Point 53 de l'arrêt *Siemens*, précité.
36. Point 56 de l'arrêt *Siemens*, précité.
37. Point 57 de l'arrêt *Siemens*, précité.
38. En particulier, points 129 à 132 de l'arrêt *Areva* précité.
39. Point 58 de l'arrêt *Siemens* précité.
40. Point 48 de l'arrêt *Marc Berel c/ Administration des douanes de Rouen, Receveur principal des douanes du Havre, Administration des douanes du Havre*(C-78/10) Rec.p.I-717, point 48 rappelé au Point 59 de l'arrêt *Siemens* précité, et Point 132 de l'arrêt *Areva* op.cit.
41. Point 60 de l'arrêt *Siemens* précité.
42. Point 62 et 63 de l'arrêt *Siemens* précité.
43. *Schwenk Zement c/ Commission* (T-306/11) ; *Cemex and Others c/ Commission* (T-292/11) ; *Buzzi Unicem c/ Commission* (T-297/11) ; *Cementos Portland Valderrivas, SA c/ Commission* (T-296/11) ; *Holcim (Deutschland) and Holcim c/ Commission* (T-293/11) ; *HeidelbergCement c/ Commission* (T-302/11) ; *Italmobiliare c/ Commission* (T-305/11) 14 mars 2014.
44. Arrêt du 30 septembre 2003, point 293.
45. Arrêt du 25 octobre 2005, points 347-348.
46. Arrêt du 8 février 2007, *Groupe Danone c/ Commission* (C-3/06) [2007] Rec. P.I-1331, points 23 et s.
47. [2006] JO C 210/2. Le montant de base doit être ajusté pour ce faire le para.27 précise que « Dans la détermination de l'amende, la Commission peut prendre en compte des circonstances qui mènent à une augmentation ou à une réduction du montant de base tel que déterminé à la section 1 ci-dessus. Elle le fera sur le fondement d'une appréciation globale tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes. ».
48. Arrêts dans les affaires *Saint-Gobain Glass France SA e.a. / Commission et Compagnie de Saint-Gobain SA / Commission* (T-56/09 et T-73/09) 27 mars 2014.
49. Décision C (2008) 6815 final, affaire COMP/39.125 — *Verre automobile*.
50. *Saint-Gobain Glass France SA* est une des trois filiales de la société mère *Compagnie de Saint-Gobain SA*.
51. Décision n°84/388/CEE de la Commission, du 23 juillet 1984 relative à une procédure d'application de l'art.81 CE[1084] JO L212/13.
52. Décision n°89/93/CEE de la Commission, du 7 décembre 1988 relative à une procédure d'application des arts 81 CE et 82 CE, [1989] JO L33/44.
53. Points 305 à 308, 314 et 318 de l'arrêt.
54. Op.cit, cela ne viole pas le principe de sécurité. Voir aussi arrêt TPICE 12 décembre 2007 *BASF et USB Commission des communautés européennes* (T-101/05 and T-111/05) [2007] Rec. p.II-4949.
55. Points 322 et 323 de l'arrêt, pour ce qui concerne la condition qu'il s'agisse de la même entreprise.
56. Point 334 de l'arrêt.
57. Par exemple, points 151, 274 de l'arrêt.
58. Points 485-486 de l'arrêt.
59. Règlement n°316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art.101(3), du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie [2014] JO L93/17.
60. Lignes directrices concernant l'application de l'art.101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, n°2014/C 89/03.
61. Point 264 des Lignes directrices.
62. Ce sont des accords de report d'entrée d'un médicament générique en échange d'un paiement fait au génériqueur.
63. Décision 2010/605 de la Commission du 26 janvier 2010 concernant l'aide d'Etat C56/07 accordée par la France en faveur de La Poste.
64. Arrêt du Tribunal du 20 septembre 2012 : *France c/ Commission* (T-154/10).
65. Arrêt de la Cour du 3 avril 2014 : *France c/ Commission* (C-559/12 P).
66. Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.
67. Proposition d'engagements en application de l'art. L.464-2 I. du Code de commerce dans les affaires n°11/0038 F et n°10/0110 F.
68. Test de marché du 17 avril 2014 dans le cadre d'une procédure ouverte devant l'Autorité de la concurrence à l'initiative de DEMB et Ethical Coffee Company.
69. *Bundeskartellamt* imposes fines on sugar manufacturers, 18 février 2014.
70. In the Matter of MCWANE, INC., a corporation, and STAR PIPE PRODUCTS, LTD. a limited partnership. Docket No.9351.
71. Avis dissident du commissaire Joshua D. Wright, affaire *MCWANE, INC. ET AL.* Docket No.9351, précite.

72. “There is ample record evidence demonstrating that the Full Support Program harmed McWane’s rival Star. But, in my view, Complaint Counsel fails totally to establish, as it must under the antitrust laws, that McWane’s conduct harmed competition”, p.4 de l’avis du Commissaire Wright.

73. Interim Provisions on the Standards for Simple Cases of Concentrations of Operators (the Provisions), 12 février 2014.

74. Canada–U.S. Merger Working Group, Best practices on cooperation in merger investigations, 25 mars 2014. [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2014/304654.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2014/304654.pdf) [Vu le 30 juin 2014].