

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

Nathalie JALABERT-DOURY,* Anne TERCINET,** Estelle LECLERC,***
Jean-Maxime BLUTEL,**** Thibault SCHREPEL*****

LT Abuse of dominant position; Dawn raids; EU law; European Commission; Investigatory powers; Merger control; National competition authorities; OECD; Right to fair trial; Right to respect for private and family life; Standard-essential patents

UNION EUROPEENNE

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

CEDH — LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME CONDAMNE LA FRANCE POUR DES SAISIES ELECTRONIQUES DISPROPORTIONNEES

Le 2 avril 2015,¹ la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour une double violation de la CEDH

EUROPEAN UNION

ANTI-COMPETITIVE PRACTICES

EUROPEAN COURT—THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CONDEMNS FRANCE FOR DISPROPORTIONATE DATA SEIZURES

On April 2, 2015, the European Court of Human Rights condemned France for two violations of the European

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

Convention on Human Rights regarding inspections carried out at Vinci Construction France's and GTM Génie Civil et Services' premises by the French Directorate for Competition, Consumer Affairs and Fraud Prevention (DGCCRF) in 2007.

The Court first reiterated that, under the regime applicable at the time of the inspections, the appeal possibilities available were not sufficient to guarantee an effective judicial review, in violation of art.6 s.1 of the Convention. Order No.2008-1161, however, addressed this legal shortfall by entrusting the French Court of Appeal with the review of both the inspection order's lawfulness and the conditions of performance of the inspection.

The specific interest of this ruling lies mostly in the violation of art.8 of the Convention found by the Court, resulting from the seizure by the DGCCRF of the entire email inboxes of the persons concerned by the inspection, which it considered disproportionate to the aim pursued.

The Court indeed held that, while the investigators had attempted to restrict their searches and to only seize documents related to the investigation, the seizure of legally privileged materials, and the fact that the companies were not given the opportunity to "discuss the appropriateness of the documents being seized, or inspect their content, while the operations were being conducted", constituted a violation of the Convention.

Jean-Maxime Blutel

COURT OF JUSTICE—THE COURT OF JUSTICE CLARIFIES THE LIMITS OF THE COMMISSION'S INVESTIGATIVE POWERS IN THE DEUTSCHE BAHN CASE

On June 18, 2015, the European Court of Justice (ECJ) partially upheld Deutsche Bahn's and six of its subsidiaries' (DB's) action for annulment against three Commission decisions to conduct inspections in DB's premises in 2011.

In 2011, the Commission had adopted a decision allowing its agents to search DB's premises concerning potential intra-group preferential rebates for the supply of electric traction energy. Prior to the inspection, Commission officials were informed of the existence of a complaint relating to another potential competition law violation by a subsidiary of DB.

The first inspection decision did not, however, concern this complaint. During the raid, the Commission officials identified documents concerning the second potential infringement, and on the second day of the inspection, the Commission issued a second

s'agissant d'opérations de visites et saisies menées par la DGCCRF dans les locaux de Vinci Construction France et GTM Génie Civil et Services en 2007.

La Cour a tout d'abord une nouvelle fois rappelé² que les voies de recours ouvertes aux entreprises visées par des opérations de visites et saisies dans le régime alors en vigueur étaient insuffisantes pour permettre un contrôle juridictionnel effectif, en violation de l'art.6, para. 1 de la Convention. L'Ordonnance n°2008-1161³ est toutefois venue combler cette lacune en confiant aux Cours d'appel tant le contrôle de la légalité des ordonnances de visites et saisies, que celui de leurs modalités d'exécution.

La spécificité de cet arrêt tient davantage au fait que la Cour y a également identifié une violation de l'art.8 de la Convention, résultant de la saisine par la DGCCRF de l'intégralité des messageries électroniques des personnes concernées par l'enquête, une pratique jugée disproportionnée par rapport au but recherché.

La Cour a en effet retenu que, bien que les enquêteurs se soient « efforcés de circonscrire leurs fouilles et de ne procéder qu'à des saisies en rapport avec l'objet de leur enquête », la saisie de documents en violation du privilège client / avocat, ainsi que le fait que l'entreprise n'ait pu « ni prendre connaissance du contenu des documents saisis, ni discuter de l'opportunité de leur saisie » au cours de la procédure, permettaient de caractériser une violation de la Convention.

Jean-Maxime Blutel

COUR DE JUSTICE — LA COUR DE JUSTICE CLARIFIE LES LIMITES DU POUVOIR D'INVESTIGATION DE LA COMMISSION DANS L'AFFAIRE DEUTSCHE BAHN

Le 18 juin 2015, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la CJUE ») a partiellement accueilli le recours en annulation de Deutsche Bahn⁴ et six de ses filiales (ci-après « DB ») contre trois décisions⁵ de la Commission de 2011 ordonnant des inspections au sein des locaux de DB.

En 2011, la Commission avait adopté une décision d'inspection des locaux de DB afin d'enquêter sur de potentiels rabais préférentiels intra-groupe pour la fourniture d'énergie électrique de traction. En amont de cette inspection, les agents de la Commission avaient été informés de l'existence d'une plainte dirigée contre une filiale de DB et relative à une autre infraction éventuelle au droit de la concurrence.

Cette première décision d'inspection ne couvrait toutefois pas les éléments relatifs à cette plainte. Cependant, au cours de l'inspection, les agents de la Commission ont identifié des documents relatifs à cette seconde infraction éventuelle,

et au cours de la deuxième journée d'inspection, la Commission a pris une seconde décision d'inspection concernant les pratiques de la filiale de DB. Enfin, la Commission a pris une troisième décision d'inspection quelques mois plus tard concernant ces pratiques.

DB a introduit trois recours devant le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « le TUE »), tendant (1) à l'annulation des décisions litigieuses, (2) des actes pris par la Commission au cours desdites inspections et (3) à la condamnation de la Commission à restituer l'ensemble des copies des documents réalisées dans le cadre de ces inspections. Le TUE a rejeté ces recours dans leur intégralité.⁶ Saisie d'un recours, la CJUE a annulé l'arrêt du TUE, en ce qu'il a rejeté le recours contre la deuxième et la troisième décision d'inspection de la Commission.

Dans son arrêt, la CJUE confirme que la Commission peut effectuer des inspections sans autorisation judiciaire préalable dans la mesure où un contrôle juridictionnel de la décision d'inspection peut être mené devant les juridictions européennes, et qu'il s'agit là d'une garantie suffisante du respect de la compatibilité d'une décision d'inspection avec les droits fondamentaux de l'entreprise en cause.

Concernant les documents relatifs à la seconde infraction, la CJUE rappelle que la Commission ne peut pas procéder à des opérations dites de « *fishing* » : les informations obtenues au cours des inspections ne peuvent en effet pas être utilisées à d'autres fins que celles décrites dans la décision d'inspection. Toutefois, lorsque la Commission fait une découverte incidente au cours d'une inspection, elle est en droit de procéder à une nouvelle enquête.

En l'espèce, la CJUE estime que la première inspection est entachée d'une irrégularité et annule les deux décisions de la Commission ordonnant des inspections incidentes au motif que celles-ci sont fondées sur des documents identifiés de manière irrégulière lors de la première inspection. En effet, la CJUE relève que la première décision d'inspection ne faisait pas référence à une potentielle infraction additionnelle dont les agents de la Commission effectuant les inspections avaient été préalablement informés et que les documents saisis étaient dès lors hors champ de l'enquête.

Estelle Leclerc

inspection decision relating to that targeted by the complaint against DB's subsidiary. Finally, the Commission issued a third inspection decision with respect to these practices a few months later.

DB brought three actions before the General Court (GC) seeking: (1) the annulment of the contested decisions; (2) the annulment of the measures taken by the Commission during those inspections; and (3) to have the Commission ordered to return all the copies of documents made during the inspections. The GC dismissed DB's actions in their entirety. DB appealed the GC's judgment to the ECJ, which partially annulled the GC's judgment to the extent that it had dismissed the appeal against the second and third inspection decisions.

In its ruling, the ECJ held that the Commission is authorised to conduct dawn raids without judicial authorisation, as the post-inspection judicial review by the European courts constitutes a sufficient guarantee of the fundamental rights of the involved undertakings.

With respect to the documents relating to the second potential infringement, the ECJ held that the Commission is not allowed to carry out "fishing expeditions": information obtained during investigations shall not be used for purposes other than those indicated in the inspection warrant or decision. However, this rule does not bar the European Commission from opening new investigations when it makes an "incidental" discovery.

In the case at hand, the Court held that the first inspection was vitiated by an illegality and annulled the second and third inspection decisions, since these were triggered by documents improperly obtained. The ECJ noted that the initial inspection decision failed to refer to an additional potential infringement, of which Commission officials were informed in advance, and that the seized documents were therefore not in the scope of the inspection decision.

Estelle Leclerc

**COURT OF JUSTICE—THE COURT OF JUSTICE
PUBLISHED A HIGHLY ANTICIPATED JUDGMENT
ON LICENCE NEGOTIATIONS FOR STANDARD
ESSENTIAL PATENTS**

On July 16, 2015, the ECJ issued its judgment in the case *Huawei Technologies v ZTE* dealing with negotiations of FRAND terms licenses.

Huawei is a company which holds more than 4,700 standard essential patents (SEP), one of which was already used by ZTE, while the negotiations to be granted a license were still under way. After the failure of negotiations, Huawei introduced an action against ZTE, demanding that it be ordered to stop using the technology, provide Huawei with related accounting information, recall the products concerned and pay compensation.

The ECJ therefore had to rule on the conditions under which the introduction by the holder of a SEP of an infringement action could constitute an abuse of a dominant position where the patent user had shown its willingness to negotiate a license. In response, the Court provides indications as to what it considers to be a fair negotiation.

The Court indicates first that the “refusal by the holder of the SEP to grant a licence on those terms may, in principle, constitute an abuse within the meaning of Article 102 TFEU”. However, the Court states that the holder is not required to grant such a license under any conditions.

The SEP holder must, however, ensure a fair balance of all the interests involved. It has the duty to notify the alleged infringer of the exact nature of the infringement, to specify which of its patents is involved and how it was infringed. The SEP holder must also, once the user has expressed its willingness to enter into a license agreement under FRAND terms, make a practical and written offer, including applicable fees and their calculation formula.

The would-be licensee also has some obligations. It must reply to the offer. If it decides not to accept the offer it must then formulate a counter-offer, within a short time and in writing. Absent this counter-offer, the would-be licensee is not entitled to challenge an injunction or product recall from the SEP holder. If its counter-offer is rejected, it must then provide appropriate security, for example by providing a bank guarantee or by placing the amounts necessary on deposit.

**COUR DE JUSTICE — LA COUR DE JUSTICE REND UN
ARRET TRES ATTENDU EN MATIERE DE
NEGOCIATIONS DE LICENCES SUR LES BREVETS
ESSENTIELS**

Le 16 juillet 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu un arrêt remarqué en matière de négociation de licences FRAND à l'occasion de l'affaire *Huawei Technologies v ZTE*.⁷

Pour rappel, Huawei est une société qui détient plus de 4.700 brevets essentiels, dont un était exploité par ZTE. Les deux parties ne s'étaient pas préalablement entendues quant aux conditions de la licence. Après l'échec des négociations, Huawei a introduit une action en contrefaçon à l'encontre de ZTE, demandant la cessation de l'utilisation du brevet, la fourniture de données comptables, le rappel des produits, ainsi que des dommages-intérêts.

La question qui se posait indirectement à la Cour de justice était de savoir à quelles conditions l'introduction par le détenteur d'un tel brevet d'une action en contrefaçon constitue un abus de position dominante, dès lors que l'utilisateur du brevet a montré sa volonté de négocier une licence. En réponse, la Cour de justice détaille ce que doit être une négociation loyale.

La Cour indique, pour commencer, qu'un refus du titulaire du brevet essentiel d'octroyer une licence à des conditions FRAND « peut constituer, en principe, un abus au sens de l'article 102 TFUE ». Toutefois, la Cour précise que le titulaire n'est pas tenu de délivrer une telle licence à n'importe quelles conditions.

Le titulaire du brevet essentiel⁸ doit toutefois veiller à respecter des conditions qui participent à garantir un juste équilibre des intérêts concernés. Celui-ci doit en outre avertir le contrefacteur allégué de la contrefaçon qui lui est reprochée en désignant ce brevet et en précisant la façon dont celui-ci a été contrefait. Le titulaire du brevet essentiel doit également, dès que l'utilisateur a exprimé sa volonté de conclure un contrat de licence à des conditions FRAND, lui faire une offre de licence concrète et écrite à des conditions FRAND. Il doit, pour cela, spécifier la redevance et ses modalités de calcul.

Les obligations de diligence reviennent alors à l'utilisateur du brevet. Ce dernier doit apporter sa réponse à l'offre proposée par le titulaire du brevet. S'il décide de ne pas l'accepter, il doit alors formuler, dans un bref délai et par écrit, une contre-offre précise qui s'inscrive également dans les termes d'une licence FRAND. Sans cette contre-proposition, il n'est pas recevable à invoquer le caractère abusif d'une action en cessation ou en rappel de produits.

Dans l'hypothèse où sa contre-offre serait refusée, ce dernier devra alors constituer une sûreté appropriée.

Si le désaccord persiste, les parties peuvent avoir recours, d'un commun accord, à un tiers indépendant pour arbitrer leur différend. Dans le cas où seul l'utilisateur refuserait d'avoir recours à un tiers, une injonction visant à retirer les produits du marché pourrait alors être accordée. Si le titulaire du brevet s'oppose à une telle désignation malgré l'accord de l'utilisateur, aucune injonction ne sera alors accordée et seule la voie des tribunaux demeurera possible.

Enfin, l'arrêt du 16 juillet 2015 précise que, en raison de l'absence de vérification, par les organismes de normalisation, de la validité du brevet ou du caractère essentiel de la norme dans laquelle ils sont intégrées, et, en application de l'art.47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'utilisateur d'un brevet est bien fondé, parallèlement à la négociation d'une licence FRAND, à contester la validité d'un brevet et/ou son caractère essentiel.

Thibault Schrepel

TRIBUNAL — LE TRIBUNAL DE L'UNION REJETTE LE RECOURS CONTRE LA PREMIERE DECISION HYBRIDE DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Le 20 mai 2015, le Tribunal de l'Union européenne a rendu un arrêt remarqué⁹ sur la première décision hybride de la Commission européenne, mêlant procédure de transaction et procédure ordinaire dans une même décision de condamnation d'entente.¹⁰

Dans cette affaire concernant le secteur des phosphates pour l'alimentation animale, plusieurs entreprises avaient entamé une démarche de transaction auprès de la Commission européenne. Dans ce cadre, celle-ci avait notamment proposé que deux sociétés du groupe Roullier soient condamnées solidairement au paiement d'une amende comprise entre €41 et €44 millions. Ces deux sociétés ont toutefois finalement décidé de se retirer de la procédure de transaction et de revenir à une procédure ordinaire, à la différence de toutes les autres entreprises en cause.

Au terme de l'instruction, la Commission les a condamnées au paiement d'une amende s'élevant à €60 millions, soit 25 pour cent de plus que le montant envisagé dans la fourchette proposée au titre de la transaction. Les parties ont formé un recours contre cette décision, arguant notamment d'erreurs de calcul dans la sanction.

Le Tribunal a rejeté ce recours, soulignant que la différence de 25 pour cent entre la fourchette initialement envisagée et l'amende finalement imposée ne résultait non pas d'une

If no agreement can be found, the two parties may commonly agree to call upon an independent third party to resolve their dispute. In the case where the would-be licensee refuses this intervention, an injunction to remove the products concerned from the market could be granted. If it is the SEP holder that refuses the third-party intervention, no injunction may be granted and the dispute may end before the courts.

Lastly, the judgment of July 16, 2015 holds that, due to the absence of verification by standard-setting organisations of the validity of the patent or of the essential nature of the standard to which they are integrated, and, according to art.47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the would-be licensee, while negotiating its FRAND license, is entitled to challenge the validity of a patent and/or its essential nature.

Thibault Schrepel

GENERAL COURT—THE GENERAL COURT RULES OUT THE APPEAL AGAINST THE EUROPEAN COMMISSION'S FIRST HYBRID DECISION

On May 20, 2015, the General Court ruled out the appeal against the first hybrid decision issued by the European Commission that involved both a settlement and ordinary cartel procedures.

In the case at hand, which concerned phosphates for the animal feed sector, several companies had initiated a settlement procedure with the European Commission. The European Commission had therefore proposed to impose a fine on two of Roullier Group's companies, jointly, of between €41 and €44 million. Both companies, however, decided to withdraw from the settlement procedure and thus return to an ordinary procedure, unlike the other companies involved.

At the end of its investigation, the Commission sentenced them to a fine of €60 million, i.e. a 25 per cent increase compared to the amount indicated in the range proposed under the settlement procedure. The parties challenged the Commission's decision, arguing that the Commission erred in calculating the fine.

The General Court dismissed this action and underlined that the 25 per cent difference between the initial contemplated range and the fine imposed was not the

result of an unlawful increase that would result from the undertakings' withdrawal from the settlement procedure. The General Court stated that this increase was due to the Commission taking into account new elements after the range was provided. It moreover underlined that the Commission is in any event not bound by the ranges communicated to the companies under the settlement procedure.

Thibault Schrepel

MEMBER STATES

FRANCE: THE MACRON LAW BRINGS IN NEW IMPROVEMENTS TO THE FRENCH COMPETITION REGIME

The Macron Law ("the Law"), promulgated on August 6, 2015, contains 308 articles in 115 pages, including intensely debated measures concerning the retail sector, bus transport, the legal professions and online travel agencies. The Law brings a number of amendments to the powers of the French Competition Authority (FCA) in order to enlarge its competencies and improve its functioning.

The amendments in the merger field are essentially intended to streamline the review process. The Law enables the FCA to stop the clock in the first phase of a merger review, if either the information provided by the parties in the notification appears to be incomplete or if further information is required. The Law also reinforces the powers of the FCA in case a company is not complying with the remedies proposed and approved by the FCA to clear the proposed merger, by replacing the non-implemented remedies with new remedies and/or injunctions.

On the antitrust side, the Law changes the rationale of the settlement procedure. The Rapporteur Général (the Head of the Investigation Services) is now entitled to adapt the proposed fine reduction to the specifics of each case by setting a maximum fine in nominal value, instead of applying the percentage cap reduction.

The Law also reinforces the investigation powers of FCA agents and of the Directorate-General for Competition when investigating without a judicial warrant. These agents are now empowered to obtain from the inspected company the provision of all material means that are necessary to their investigations. However,

majoration illégale liée au retrait des entreprises de la procédure de transaction, mais de l'intégration par la Commission de nouveaux éléments après communication de la fourchette. Il a en outre rappelé que la Commission n'était en toutes hypothèses pas tenue par la fourchette communiquée aux entreprises.

Thibault Schrepel

ETATS MEMBRES

FRANCE : L'ADOPTION DE LA LOI « MACRON » EMPORTE DES CHANGEMENTS SIGNIFICATIFS EN DROIT DE LA CONCURRENCE

La loi Macron (« Loi ») a été promulguée le 6 août 2015 et contient 308 articles pour un total de 115 pages.¹¹ Elle comprend plusieurs mesures intensément débattues concernant la grande distribution, le transport en autocar, les professions réglementées ou les agences de voyage en ligne. La Loi modifie en outre certains des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence (« l'Autorité »), dans le but d'élargir ses compétences et d'améliorer son fonctionnement.

Les modifications apportées dans le domaine du contrôle des concentrations visent essentiellement à rationaliser le processus de contrôle en lui-même. Ainsi, la Loi permet désormais à l'Autorité « d'arrêter l'horloge » durant la première phase du contrôle dès lors que les informations fournies par les parties dans la notification semblent incomplètes, ou si des informations supplémentaires sont nécessaires. La Loi renforce également les pouvoirs de l'Autorité dans les cas où une entreprise ne respecterait pas les engagements approuvés par l'Autorité, en lui permettant désormais également de remplacer ces engagements par de nouveaux et / ou des injonctions, sans avoir à prendre une décision retirant l'autorisation accordée puis à adopter une nouvelle décision d'autorisation assortie de nouveaux engagements.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, la Loi modifie le régime de la transaction. Le Rapporteur général peut désormais adapter la réduction de l'amende proposée en fixant un montant maximal d'amende en valeur nominale, en lieu et place de l'ancien mécanisme de réduction en pourcentage de l'amende encourue. La division par deux au titre de cette procédure du plafond de l'amende encourue est également supprimée.

La Loi renforce également les pouvoirs d'enquête des agents de l'Autorité et de ceux de la DGCCRF dans le cadre des enquêtes simples (sans ordonnance du juge des libertés et de la détention). Ces agents peuvent désormais exiger la communication et obtenir ou prendre copie, par

tout moyen et sur tout support, des livres, factures et autres documents professionnels de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission. Cependant, ils ne sont pas habilités à se faire transmettre par les opérateurs téléphoniques les données de connexion des personnes concernées par l'enquête, comme l'avait proposé et adopté le Parlement. En effet, le 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition incompatible avec la Constitution française, celle-ci constituant une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée.¹²

La Loi prévoit également un certain nombre de contraintes et de limitations supplémentaires dans le secteur de la vente au détail. Parmi celles-ci, les entreprises désirant mettre leurs achats en commun sans que ce choix ne relève du contrôle des concentrations seront tenues d'informer l'Autorité au moins deux mois avant sa mise en œuvre.

Le plafond des sanctions civiles applicables aux violations de l'art.L.442-6 du Code de commerce sanctionnant un certain nombre de pratiques restrictives de concurrence (rupture brutale des relations commerciales établies, rabais rétroactifs, clauses abusives, etc.) a été fixé à 5 pour cent du chiffre d'affaires réalisé en France.

Des dispositions visant à assurer une plus grande protection des distributeurs affiliés ont également été introduites. Notamment, les clauses de non-concurrence seront considérées comme nulles, sauf si (1) elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat, (2) elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat, (3) elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat, (4) leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'art.L.341-1.

D'autre part, la disposition conférant à l'Autorité le pouvoir de prendre des injonctions structurelles en cas d'un abus par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 pour cent a également été déclarée incompatible avec la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Enfin, la loi Macron interdit les clauses de parité dans les accords conclus entre les groupes hôteliers et les agences de voyage en ligne. Les agents de voyage en ligne doivent désormais travailler au nom et pour le compte des hôtels qu'ils représentent, dans le cadre de contrats de mandat. Toute clause limitant la capacité des hôtels à offrir librement des remises sera réputée nulle.

they are not empowered to obtain detailed telephone records directly from telephone operators, as proposed and adopted by Parliament. Indeed, on August 5, 2015, the Constitutional Court declared the provision concerned inconsistent with the French Constitution for lack of sufficient guarantees against violations of the right to privacy.

The Law also increases a number of constraints and limitations in the retail sector. Among those, parties to a joint purchasing agreement not falling into the scope of merger controls are now required to inform the FCA at least two months prior to its implementation.

The civil penalties applying to violations of art.L.442-6 of the Commerce Code sanctioning a number of restrictive practices (brutal termination, negotiation of retroactive discounts, unfair terms, etc.) have been brought up to 5 per cent of the turnover achieved in France.

Provisions aiming at ensuring more protection for affiliated distributors were also introduced. Notably, post-term non-compete clauses in such agreements will be deemed void, except where (1) they relate to goods or services that are the subject matter of the agreement; (2) their duration does not exceed one year from the termination of the agreement; and (3) they are necessary to protect a substantial, secret and specific know-how transferred by the head of the network/the supplier.

On the other hand, the provision conferring on the FCA the power to order demergers or issue other structural injunctions on retailers holding more than 50 per cent market shares was also declared inconsistent with the French Constitution by the Constitutional Court, as it would have brought a disproportionate restriction to property rights and freedom of trade.

Finally, the Law also prohibits parity clauses in agreements concluded between hotel groups and online travel agents. Online travel agents can now only act under "mandates" to act in the name and on behalf of the hotels they are representing, and any clause restricting hotels' ability to freely offer discounts will be deemed void.

**FRANCE: THE FRENCH COMPETITION AUTHORITY
ISSUES ITS DECISION IN THE POULTRY CASE**

On May 5, 2015, the French Competition Authority (FCA) issued its decision in the matter of the sales of the poultry meat sector concerning concerted practices between 21 industrial companies in order to reduce the level of price uncertainty during commercial negotiations between 2000 and 2007. Based on a referral in April 2011 on the basis of an investigation report from the DGCCRF, the FCA decided to fine the companies concerned, but without following its usual methodology.

This is the first case since the adoption of the 2011 notice on the method of determining pecuniary sanctions in which the FCA has waived its method of fine calculation for reasons of "general interest". The FCA justified this decision by the importance of the commitments made by the involved companies, and notably the creation of an inter-branch organisation, which the FCA believes to be more effective than imposing fines alone.

The 21 companies were fined for an aggregated amount of €15.2 million. Their lump-sum penalties were determined by taking into account each operator's significance to the market, the extent to which it was involved in the practices and, where relevant, its financial difficulties.

Thibault Schrepel

**FRANCE: REVISION OF THE FRENCH LENIENCY
PROGRAMME**

On April 3, 2015, and after an extended public consultation that generated numerous contributions, the FCA published its revised notice concerning the leniency programme.

The revised text provides additional information regarding the practical conditions of implementation of the French leniency programme, integrates the benefits of recent cases and of the amendments made to the European model programme in 2012 and contains three substantial modifications that directly address concerns reiterated during the public consultation.

The first innovation concerns the publicity of some of the measures taken by the authority. The FCA indicates that it will now publish a press release after each inspection. The FCA will, however, refrain from mentioning the identity of the companies concerned in the inspection and will respect the presumption of innocence in the wording of the release. This publication should provide for a reinforced equality between the companies that may be willing to file a leniency

**FRANCE : L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE PUBLIE
UNE DECISION REMARQUEE DANS SON AFFAIRE DITE
DE LA « VIANDE DE VOLAILLE »**

Le 5 mai 2015, l'Autorité de la concurrence a rendu sa décision dans l'affaire de la commercialisation de la viande de volaille,¹³ concernant une concertation entre 21 industriels du secteur en vue de réduire l'incertitude dans le cadre de leurs négociations commerciales entre 2000 et 2007. Saisie en avril 2011 sur la base d'un rapport d'enquête de la DGCCRF, l'Autorité de la concurrence a finalement décidé de les sanctionner dans une décision hybride.

Il s'agit de la première affaire, depuis l'adoption du Communiqué de 2011 relatif à sa méthode de détermination des sanctions pécuniaires,¹⁴ où l'Autorité dit déroger à sa méthode de calcul pour des raisons d'intérêt général. Elle explique cette décision par l'importance des engagements souscrits par les entreprises en cause, à savoir la création d'une interprofession étendue, ce qui, selon elle, aura plus d'efficacité que d'imposer de simples sanctions pécuniaires.

Un montant global de €15,2 millions de sanction a toutefois été imposé à 21 entreprises. Ces sanctions forfaitaires ont été fixées en fonction de l'importance de chaque acteur sur le marché, de son degré de participation aux pratiques, ainsi que des éventuelles difficultés financières rencontrées.

Thibault Schrepel

**FRANCE : REVISION DU PROGRAMME DE CLEMENCE
FRANCAIS**

Le 3 avril 2015, l'Autorité de la concurrence a publié, au terme d'une large consultation publique ayant suscité de nombreuses contributions, le texte révisé de son communiqué de procédure relatif au programme de clémence.¹⁵

Le texte révisé apporte des précisions sur la mise en œuvre pratique du programme de clémence, intègre le bénéfice de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité en la matière et du modèle européen de programme de clémence révisé en 2012 et contient trois modifications substantielles répondant directement à des préoccupations réitérées dans le cadre de la consultation publique.

La première nouveauté concerne la publication de certaines des mesures mises en œuvre par l'Autorité. L'Autorité prévoit ainsi qu'elle publiera désormais un communiqué de presse à l'issue de chaque opération de visites et saisies. L'Autorité s'engage toutefois à ne jamais y révéler l'identité des entreprises concernées et à y respecter le principe de la présomption d'innocence. Cette publication devrait

permettre une meilleure égalité entre les entreprises susceptibles de déposer une demande de clémence, qu'elles aient fait l'objet ou non de l'opération de visites et saisies.

De la même manière, l'Autorité s'engage à publier un communiqué à chaque fois qu'elle décidera qu'il n'y a pas lieu de poursuivre l'enquête contre les entreprises en cause.

La deuxième nouveauté vise à fournir aux entreprises effectuant une demande de second rang (concernant donc des pratiques déjà dénoncées à l'Autorité par un premier demandeur de clémence) une meilleure prévisibilité quant au niveau de réduction qu'elles sont susceptibles d'obtenir à ce titre. L'Autorité a par conséquent prévu des fourchettes de réduction prédéterminées en fonction du rang d'arrivée des demandeurs.

Le premier demandeur de clémence se voit ainsi toujours accorder une immunité conditionnée à sa pleine coopération avec les services d'instruction. Sous la même réserve, le 2^e demandeur de clémence à fournir aux services d'instruction des éléments à valeur ajoutée significative peut obtenir une réduction d'amende comprise entre 25 et 50 pour cent, le 3^e à le faire peut obtenir une réduction comprise entre 15 et 40 pour cent et les demandeurs suivants, une réduction plafonnée à 25 pour cent.

La troisième nouveauté consiste en l'extension de la recevabilité des demandes sommaires à toute demande, quel que soit son rang d'arrivée. Issue du programme modèle de clémence européen, cette innovation vise notamment à alléger les contraintes liées à l'éventuelle nécessité de déposer des demandes de clémence auprès de plusieurs autorités de concurrence européennes.

Le programme de clémence révisé apporte par ailleurs des précisions sur les obligations des entreprises en matière de coopération avec l'Autorité. Le déroulement de la procédure y est par ailleurs détaillé étape par étape, afin là encore d'accroître la transparence et la prévisibilité de celle-ci pour les entreprises.

Le texte révisé précise le rôle du Conseiller clémence, en particulier celui d'interlocuteur privilégié de l'entreprise souhaitant déposer une demande de clémence.

Le texte révisé s'applique à toute demande de clémence reçue à compter du 3 avril 2015, dès lors que l'affaire n'a pas déjà donné lieu à une demande de clémence d'une autre entreprise avant cette date.

application, whether they were targeted by the inspection or not.

In the same way, the FCA commits to publish each time that it decides that it is not finally necessary to keep on investigating the companies concerned.

The second innovation aims at providing the companies that filed a second-rank application (e.g. concerning practices that were already revealed to the FCA by a first leniency applicant) with more predictability with regard to the level of fine reduction that they may thus obtain. The FCA has consequently specified reduction ranges, depending on the ranking of the applicant.

The first leniency applicant is thus still granted immunity, subject to its full co-operation with the investigation services. Subject to the same condition, the second leniency applicant that provides the investigation services with significant value-added information may obtain a fine cut comprised between 25 and 50 per cent; the third applicant to do so may be granted a reduction of between 15 and 40 per cent; and for any following applicants, a reduction capped at 25 per cent of the incurred fine.

The third innovation consists in the extension of the admissibility of summary applications to all applications, whatever their ranking. Inspired by the revised 2012 version of the EU Model Leniency Programme, this possibility notably aims at alleviating the burdens and constraints related to the potential necessity to file leniency applications before several European competition authorities.

The revised leniency programme also provides further details concerning the undertakings' obligations in terms of co-operation with the FCA. The full procedure is detailed stage by stage, also with a view to increase transparency and predictability for the companies involved.

The amended notice also specifies the role of the Leniency Officer, in particular as the preferred interlocutor of any company willing to apply for leniency.

The revised text applies to all applications received as of April 3, 2015, as long as the practices denounced were not already reported by another leniency applicant before this date.

Jean-Maxime Blutel

Jean-Maxime Blutel

**BELGIUM: THE BELGIAN COMPETITION
AUTHORITY ADOPTED ITS FIRST SETTLEMENT
DECISION IN A “HUB-AND-SPOKE” CARTEL CASE**

On June 22, 2015, the Belgian Competition Authority (BCA) adopted its first settlement decision in a cartel case. In this decision, fines amounting to €174 million were imposed upon 18 retailers and suppliers for their participation in a “hub-and-spoke” cartel between 2002 and 2007. This collusion involved major retail chains in the Belgian territory, such as Carrefour, Colruyt, Cora, Delhaize, Intermarché, Makro, Mestdagh and the most important suppliers of pharmacy, perfumery and hygiene products in Belgium, such as Colgate-Palmolive, Beiersdorf, GSK, L’Oreal, Henkel, Procter & Gamble and Unilever.

A “hub-and-spoke” cartel consists of the transmission of commercially sensitive information from one competitor to another via an intermediary, such as a client or supplier. In the case at hand, the suppliers acted as intermediaries, either on their own initiative, or at the request of retailers, by supplying the latter with information in favouring the co-ordination of consumer price increases.

Following a leniency application filed in 2006 by a supplier, Colgate-Palmolive, which was consequently granted immunity, inspections were conducted in April 2007 at the premises of four retailers. Subsequently, two other suppliers also submitted leniency applications and were granted partial immunity.

In its decision, the BCA noted that the co-ordinated price increases had varying degrees of success, with some retail chains not applying agreed prices in all their points of sale, or only for shorter periods than agreed. The limited success of the cartel was considered a mitigating circumstance in the fine calculation, although the question of whether there were any effects on competition was left open, since price fixing is considered as a restriction by object. Moreover, the BCA considered that the retailers were at the centre of the infringement, and considered it a mitigating circumstance for the suppliers.

This decision is noteworthy as it is the first Belgian decision concerning a hub-and-spoke cartel. In addition, this is the first case where the BCA used the settlement procedure that was introduced into the Belgian Code on economic law in 2013. As under EU law, undertakings can obtain a 10 per cent reduction of

**BELGIQUE : L’AUTORITE DE LA CONCURRENCE
BELGE REND SA PREMIERE DECISION DE
TRANSACTION DANS UN CARTEL « HUB-AND-SPOKE »**

Le 22 juin 2015, l’Autorité de la concurrence belge (ci-après « l’Autorité ») a adopté sa première décision de transaction¹⁶ dans une affaire de cartel. Dans cette décision, l’Autorité inflige une amende de €174 millions à 18 fournisseurs et distributeurs pour leur participation entre 2002 et 2007 à un cartel dit « *hub-and-spoke* ». Ce cartel implique les principales chaînes de distribution en Belgique, tels que Carrefour, Colruyt, Cora, Delhaize, Intermarché, Makro, Mestdagh, ainsi que les fournisseurs les plus importants sur le marché des produits de parapharmacie, de parfumerie et d’hygiène, tels que Colgate-Palmolive, Beiersdorf, GSK, L’Oreal, Henkel, Procter & Gamble et Unilever.

Pour rappel, un cartel dit « *hub-and-spoke* » consiste en la transmission d’informations commercialement sensibles entre deux concurrents par l’intermédiaire d’un client ou d’un fournisseur. En l’espèce, ce sont les fournisseurs qui ont agi en intermédiaires, de leur propre initiative ou à la demande des distributeurs, en transmettant à ces derniers des informations permettant la coordination des hausses de prix de vente au consommateur.

Suite à une demande de clémence de Colgate-Palmolive en 2006, des visites et saisies ont eu lieu en avril 2007 au sein des locaux de quatre distributeurs. Deux autres fournisseurs ont déposé une demande de clémence à la suite de ces inspections, et ont obtenu le bénéfice d’une immunité partielle en conséquence.

Dans sa décision, l’Autorité de la concurrence belge relève que, si certaines hausses coordonnées ont été réalisées avec succès, d’autres hausses de prix coordonnées n’ont pas eu le même résultat, par exemple parce que certains distributeurs n’ont finalement pas appliqué les prix convenus dans l’ensemble de leurs points de vente, ou parce que les prix convenus ne se sont parfois maintenus que pendant des laps de temps courts. L’efficacité limitée des hausses coordonnées a été retenue au titre des circonstances atténuantes, bien que la question des effets sur la concurrence soit demeurée ouverte, dès lors que la fixation des prix est constitutive d’une restriction par objet. De même, l’Autorité retient comme circonstance atténuante pour les fournisseurs le fait que le moteur de l’infraction se situait au niveau des distributeurs.

Il s’agit de la première décision de l’Autorité de la concurrence belge concernant un cartel « *hub-and-spoke* ». De plus, il s’agit du premier cas au cours duquel l’Autorité met en œuvre une procédure de transaction. Cette procédure a été introduite dans le Code du droit

économique belge en 2013.¹⁷ Comme en droit de l'Union européenne, les entreprises peuvent obtenir une réduction d'amende de 10 pour cent si elles acceptent de transiger.¹⁸ Toutefois, la procédure belge comporte une spécificité tout à fait particulière à cet égard : les parties ayant accepté de transiger ne peuvent former de recours contre la décision résultant de cette procédure.¹⁹

Estelle Leclerc

ROYAUME-UNI : LE PARLEMENT BRITANNIQUE RENFORCE LES ACTIONS PRIVEES EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Le Consumer Rights Act, qui est entré en vigueur le 1er octobre 2015, vise à accroître l'attractivité et la viabilité des actions privées en violation du droit de la concurrence.²⁰ Pour les entreprises, cela signifie plus de possibilités d'assurer de manière proactive la concurrence loyale avec leurs concurrents, fournisseurs et partenaires d'affaires, mais également des enjeux plus élevés en cas de non-conformité.

La loi a introduit plusieurs changements. Avant la réforme, le Competition Appeal Tribunal (« CAT ») avait compétence pour juger des seules affaires où l'infraction avait été préalablement établie par la décision définitive du régulateur (ou actions « de suite »). Depuis le 1er octobre, le CAT a également compétence pour juger des actions autonomes.

Afin d'éviter tout abus, la loi a en outre renforcé le processus de validation de l'action privée : le CAT doit désormais examiner si chaque affaire se prête à l'introduction d'une action de groupe, la catégorie de personnes potentiellement admissibles à une telle action et la pertinence du représentant choisi. La loi stipule expressément que la cour ne peut infliger de dommages punitifs mais exclusivement des dommages-intérêts, et place les dépens à la charge de la partie condamnée. Enfin, elle prévoit que les honoraires conditionnels, où le conseiller du demandeur conserve un pourcentage des dommages-intérêts accordés, sont prohibés.

ROYAUME-UNI : DES PRECISIONS SUR LES SYSTEMES D'INDEMNISATION POUR VIOLATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Le 14 août 2015, la Competition and Markets Authority (« CMA ») a publié de nouvelles lignes directrices visant à encourager les sociétés s'étant rendues coupables de violation au droit de la concurrence à dédommager directement les victimes de ces pratiques.²¹ Ces dernières sont entrées en vigueur le 1er octobre dernier via le

their fine if they agree to settle. In the case at hand, all undertakings involved agreed to settle. However, the Belgian settlement procedure comprises a specific feature: settlement decisions cannot be appealed by the parties.

Estelle Leclerc

UK: PARLIAMENT SET TO BOLSTER PRIVATE COMPETITION ACTIONS IN THE UK

The Consumer Rights Act 2015, which received Royal Assent on March 26, 2015 and came into force on October 1, 2015, aims at increasing the attractiveness and viability of private actions based on infringements of competition law. For businesses, this means greater opportunities to proactively ensure that their competitors, suppliers and business partners compete fairly, but also leads to higher stakes in the event of non-compliance.

The Act introduces several changes. Currently, the Competition Appeal Tribunal (CAT) has jurisdiction to hear private follow-on competition law damages actions only where an infringement has already been established by a regulator's decision, either unappealed or upheld following final appeal. From October 1 this year, the Act will empower the CAT to hear standalone claims not grounded in a prior regulatory decision. It will also enhance the CAT's procedural powers by enabling it to grant injunctions and extend the statutory limitation.

On the issue of collective action, in order to avoid weak or excessive claims being brought, the Act establishes a robust certification process: the CAT must consider whether the case is suitable for collective action, the class of persons eligible to claim and the appropriateness of the representative. The Act specifically states that a court may not grant punitive damages and it establishes a presumption that the losing party will pay the other party's costs. Lastly, it holds that contingency fees, where the claimant's advisor retains a percentage of the damages awarded, are not permitted.

UK: DIRECT COMPENSATION FOR BREACH OF COMPETITION LAW

On August 14, 2015, the Competition and Markets Authority (CMA) issued new guidelines to encourage companies that violated competition law to compensate victims before the introduction of any action by the CMA. They came into force on October 1 through the Consumer Rights Act. These companies are now entitled to ask the CMA to approve a direct transaction

with the victims of the anti-competitive practices. The guidelines contain information on how the CMA will review these requests and on the procedural framework applicable for the determination of compensation.

Companies choosing to do so may consequently receive a fine reduction of up to 20 per cent. The guidelines stress that such a transaction does not prevent the victims from lodging a private action before the courts if they wish to do so.

Thibault Schrepel

ITALY: NEW MERGER CONTROL TURNOVER THRESHOLDS

Italian merger control thresholds are adjusted annually to take into account increases in the gross domestic product deflator index. As of March 16, 2015, s.16(1) of Law no.287 of October 10, 1990 now imposes a prior notification for all mergers where the two following conditions are met:

- the aggregate turnover in Italy of all undertakings is more than €492 million/\$653 million (versus €489 million/\$649 million); and
- the aggregate turnover in Italy of the target company is more than €49 million/\$65 million (the same as prior to the reform).

INTERNATIONAL

UNITED STATES: THE FTC ADOPTS GUIDELINES FOR SECTION 5 OF THE FTC ACT

On August 13, 2015, for the first time in 101 years of existence, the Federal Trade Commission (FTC) adopted new Guidelines for s.5 of the FTC Act.

Section 5 of the FTC Act is designed to prohibit "unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce." The FTC has identified three criteria on the basis of which it will make its decision whether or not to bring an action for infringement based on s.5:

- the FTC will be guided by the probability that the practice at issue promotes consumer welfare;

Consumer Rights Act. Il a ainsi été prévu que les sociétés puissent se signaler à la CMA qui approuvera la transaction aux conditions posées par cette dernière. Des précisions sont notamment données sur la façon dont l'autorité anglaise examinera ces demandes, ainsi que sur le cadre procédural permettant la détermination du niveau de l'indemnité.

Les entreprises qui se prêteront au jeu obtiendront en conséquence une réduction de 20 pour cent de la sanction. La CMA précise qu'une telle transaction n'empêchera pas les victimes des pratiques en cause de saisir une cour de justice si elles le préfèrent.

Thibault Schrepel

ITALIE : NOUVEAUX SEUILS DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS EN ITALIE

Les seuils de contrôle des concentrations italiens sont ajustés annuellement afin de tenir compte de l'augmentation de l'inflation. Le 16 mars 2015, le para.16(1) de la Loi n°287 du 10 octobre 1990 a été modifié de sorte que toutes les opérations de concentration devront désormais être notifiées dès lors que :

- le chiffre d'affaires total en Italie de toutes les parties à l'opération est supérieur à €492 millions / \$653 millions (contre €489 millions / \$649 millions avant le changement) ; et
- le chiffre d'affaires total en Italie de la cible est supérieur à €49 millions / \$65 millions (seuil inchangé).

INTERNATIONAL

ÉTATS-UNIS : LA FTC ADOPTE DES LIGNES DIRECTRICES RELATIVES A LA SECTION 5 DU FTC ACT

Le 13 août 2015, pour la première fois en 101 années d'existence, la FTC a adopté à quatre contre une des lignes directrices relatives à la s.5 du FTC Act.²²

Pour rappel, la s.5 du FTC Act a pour objet de prohiber les pratiques déloyales ayant un effet néfaste sur l'économie (« *unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce* »). La Federal Trade Commission a ainsi précisé trois critères sur le fondement desquels elle prendra sa décision d'introduire ou non une action en violation de ce texte :

- la FTC prendra en considération la probabilité que la pratique en cause ait promu le bien-être des consommateurs ;

- la FTC appliquera un raisonnement *similaire* à celui de la « *Rule of reason* », autrement dit, elle s'intéressera à la probabilité que la pratique visée ait causé un préjudice au consommateur, sans qu'elle ne puisse être justifiée par d'autres éléments économiques ;
- la FTC analysera si la pratique visée peut ou non être condamnée sur le fondement du Sherman Act ou du Clayton Act.

On notera ainsi que la FTC a opté pour une approche au cas par cas plutôt que pour une approche plus stricte qui aurait fourni une sécurité juridique et une prédictibilité accrues au profit des entreprises.

Dans un avis dissident, la Commissaire Ohlhausen a regretté que les termes employés par la FTC soient trop vagues, ce qui, en substance, ne permette pas d'atteindre le niveau de sécurité juridique pourtant nécessaire en la matière.

Thibault Schrepel

ETATS-UNIS : LA COUR D'APPEL DU 11EME CIRCUIT CONFIRME LA DECISION MCWANE EN MATIERE D'ACCORDS D'EXCLUSIVITE

Le 15 avril 2015, les juges de la Cour d'appel du 11ème circuit ont confirmé la décision prise par la FTC dans l'affaire *McWane*.²³

Pour rappel, le groupe *McWane* avait été condamné pour avoir mis en œuvre diverses pratiques anticoncurrentielles dans le but de maintenir son monopole dans le secteur des tuyaux et des raccords en fonte ductile. La FTC avait notamment souligné le caractère illégal des relations d'exclusivité conclues par l'entreprise avec ses distributeurs, et dénoncé plusieurs pratiques mises en œuvre dans le but de décourager les nouveaux entrants sur ce marché. Le Commissaire Joshua Wright avait à l'époque publié un avis dissident.

En juillet 2014, un total de 19 professeurs de droit avaient fait parvenir un *amicus curiae* à la Cour d'appel du 11ème circuit, demandant à ce que la décision de la FTC soit revue et corrigée. Ce groupe soutenait que l'imposition des exclusivités d'achat avait permis d'empêcher que certains distributeurs puissent choisir de ne vendre que les produits les plus rentables sans offrir une gamme complète, ce qui aurait mis en danger la viabilité économique de la production de gammes complètes de produits par *McWane*, au préjudice ultime du consommateur.²⁴

Thibault Schrepel

- the FTC will apply a framework similar to the rule of reason, that is, an act or practice may cause, or be likely to cause, harm to consumer welfare, without being justified by other economic elements; and
- the FTC will analyse if the targeted practice is punishable or not under the Sherman Act or the Clayton Act.

The FTC has thus opted for a case-by-case approach rather than a stricter one, which would have increased legal certainty and predictability in favour of businesses.

In a dissenting opinion, Commissioner Ohlhausen regretted the vagueness of the terms used by the FTC, which, in essence, do not provide the legal certainty still necessary in this area.

Thibault Schrepel

UNITED STATES: THE US COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT CONFIRMED THE MCWANE DECISION ON EXCLUSIVE AGREEMENTS

On April 15, 2015, the judges of the US Court of Appeals for the Eleventh Circuit confirmed the FTC's decision in the *McWane* case.

As a reminder, the *McWane* group had been held liable for having implemented various anti-competitive practices in order to maintain its monopoly position. The FTC had notably found abusive exclusive relationships between the company and its distributors and other strategies implemented to discourage new entries onto this market. Commissioner Joshua Wright had, at the time, issued a dissenting opinion.

In July 2014, 19 law professors submitted an *amicus curiae* to the Court of Appeals for the Eleventh Circuit, urging the FTC's decision to be overruled. They argued that these exclusivity clauses allowed *McWane* to prevent some distributors from only selling the most profitable products without offering the full range of them, which would endanger the economic viability of *McWane's* economic model and would harm consumer welfare.

Thibault Schrepel

CHINA: CHINA'S NDRC PROVIDES GUIDANCE REGARDING THE LICENSING OF STANDARD-ESSENTIAL PATENTS IN QUALCOMM DECISION

On March 2, 2015, China's National Development and Reform Commission (NDRC) issued its decision in the *Qualcomm* case. A fine amounting to 6,088 billion Chinese yen (approximately €840 million) was imposed on the company for abusing its dominant position in different markets related to the marketing of electronic chips.

The Chinese Authority considered that the company was guilty of several breaches of competition law: (1) imposition of excessive licensing royalties; (2) definition of the royalties' amount on the basis of the value of the final product and not only on the value of the protected component; (3) demand to be granted a royalty-free license in exchange for their own license; (4) sale of abusive licensing "packages" that included both essential patents and non-essential ones; and (5) provision of clauses prohibiting the licensees from challenging the validity of the patents.

This decision is one of the most significant issued to date by the Chinese Authority on the subject of essential patents, which is now occupying a place of choice among most competition authorities' concerns.

Thibault Schrepel

BRAZIL: CADE RELEASES REPORT SETTING PARAMETERS TO PREVENT GUN-JUMPING PRACTICES

On May 20, 2015, CADE released the "Report for Analysis of Previous Completion of Concentration Acts" ("Gun-Jumping Guidelines"), setting the parameters to be used as guidelines during negotiations and for analysis of economic transactions, in order to prevent gun-jumping practices.

The Gun-Jumping Guidelines divided the types of business activities that may lead to jumping the gun into three groups:

- information exchange between the parties involved in a certain transaction;
- definition of contractual clauses governing the relationship between economic agents; and
- activities of the parties before and during the implementation of the transaction.

With regard to information exchange, the Gun-Jumping Guidelines stipulate that sensitive competitive information consists of specific information related

CHINE : DECISION EN MATIERE DE BREVETS ESSENTIELS DANS L'AFFAIRE QUALCOMM

Le 2 mars 2015, la China's National Development and Reform Commission (« NDRC ») a publié sa décision dans l'affaire *Qualcomm*. La société a ainsi écopé d'une amende s'élevant à 6.088 milliards de yen chinois (environ €840 millions) pour avoir abusé de sa position dominante sur différents marchés dans le secteur de la commercialisation de puces électroniques.²⁵

L'autorité chinoise a considéré que la société s'était rendue coupable de plusieurs atteintes à la concurrence : (1) imposition de licences à des niveaux de redevance excessifs ; (2) indexation de la redevance sur la valeur finale du produit et non pas sur celle du seul composant protégé ; (3) demande de bénéficier gratuitement de certaines licences détenues par ses propres licenciés ; (4) vente à des conditions abusives de « paquets » de licence couplant des brevets essentiels et d'autres qui ne l'étaient pas ; et (5) intégration dans les licences de clauses empêchant les utilisateurs de contester la validité des brevets.

Cette décision est l'une des plus importantes rendues à ce jour par l'autorité chinoise sur le sujet des brevets essentiels qui occupe désormais une place de premier choix dans les préoccupations des autorités de concurrence.

Thibault Schrepel

BRESIL : L'AUTORITE BRESILIENNE ADOPTE DES LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LES PRATIQUES DE « GUN-JUMPING »

Le 20 mai 2015, l'autorité brésilienne de concurrence, le « CADE », a adopté des lignes directrices sur les pratiques de « *gun-jumping* » afin de définir le cadre des négociations, et de préciser les conditions d'analyse des transactions économiques.²⁶

Les lignes directrices énumèrent trois types de situations qui peuvent être considérées comme constitutives d'un cas de *gun-jumping* :

- l'échange d'informations entre les parties impliquées dans une opération de concentration ;
- la définition de clauses contractuelles régissant la relation entre les agents économiques ; et
- les activités des parties avant et pendant la mise en œuvre de la transaction.

En ce qui concerne l'échange d'informations, les lignes directrices prévoient que les informations sensibles du point de vue de la concurrence sont celles relatives à la

performance des entreprises. Elles énumèrent plusieurs informations de cette nature. Toutefois, elles précisent que la communication des données agrégées, de données décalées dans le temps, ainsi que celles qui concernent la mise en place d'un environnement peut minimiser les préoccupations relatives aux *gun-jumping*.

Quant aux activités des parties avant et pendant la mise en œuvre de la transaction, elles indiquent quelles sont celles qui feront l'objet d'une attention toute particulière de la part du CADE, en insistant particulièrement sur celles en rapport avec la réalisation partielle de l'opération avant son autorisation, telles que :

- le transfert et / ou la jouissance de l'ensemble des actifs (y compris les titres avec droits de vote) ;
- l'exercice des droits de vote ou d'une influence significative sur certaines décisions stratégiques (telles que les décisions sur les prix, les clients, les politiques commerciales, les stratégies de marketing, les investissements) ;
- le fait de recevoir des paiements liés aux performances de l'autre entreprise ;
- le développement de stratégies de commercialisation conjointes qui constituent une seule unité de gestion ;
- l'intégration de la force de vente ;
- l'octroi de licences de propriété intellectuelle exclusive ;
- le développement conjoint de produits ;
- la nomination des membres des organes de gestion ;
- l'interruption des investissements, etc.

Depuis la promulgation de la Loi n°12529/2011, le CADE a déjà imposé des amendes sanctionnant des pratiques de *gun-jumping* à six reprises.

COMESA : NOUVEAUX SEUILS DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS AU COMESA

Le 26 mars 2015,²⁷ le Conseil des ministres du COMESA a adopté des modifications importantes de son régime de contrôle des concentrations. Il est désormais nécessaire de notifier une opération dès lors que :

- les deux entreprises ont, ou chacune d'entre elles a, une activité dans deux ou plusieurs états membres du COMESA ;
- le chiffre d'affaires annuel cumulé, ou la valeur combinée des actifs (en fonction de la valeur la plus

directly to the performance of players' core activities, and it listed particularly specific information of such nature. However, it clarifies that the presentation of aggregated data on counterparties, data with a certain time lag, as well as the establishment of an environment and mechanisms of neutrality (e.g. clean teams and parlour rooms) can minimise concerns about gun-jumping practice on information sharing between competitors.

In relation to the activities of the parties before and during the implementation of the transaction, the report indicated the activities which cause CADE the greatest concern, emphasising especially those that deal with partial completion of the transaction before its clearance, such as:

- transfer and/or enjoyment of overall assets (including securities with voting rights);
- exercise of voting rights or relevant influence on the activities of the counterparty (such as decisions on pricing, clients, sales policy/planning, marketing strategies, interruption investments, discontinuation of products, etc.);
- receiving profits or other payments related to the performance of the counterparty;
- development of joint sales strategies or marketing of products that constitute a single management unit;
- integration of the sales force between the parties;
- licensing of exclusive intellectual property to the counterparty;
- joint development of products;
- appointment of members to management bodies; and
- interruption of investments, etc.

Since the enactment of Law No.12529/2011, CADE has already imposed penalties for gun-jumping practice in six different mergers.

COMESA: NEW MERGER CONTROL THRESHOLDS

On March 26, 2015, the COMESA Council of Ministers adopted significant amendments to the COMESA merger control regime. Filing is now required if:

- both undertakings, or either each of them, operate in two or more COMESA Member States;
- the combined annual turnover or combined value of assets (whichever is higher) of all

parties in COMESA exceeds €37.7 million (\$50 million);

- the annual turnover or value of assets (whichever is higher) of each of at least two of the parties in COMESA exceeds €7.5 million (\$10 million);
- the merger has an appreciable effect on COMESA competition and trade, meaning that the parties to a transaction do not achieve at least two-thirds of their aggregate turnover or assets in COMESA within one and the same Member State.

Furthermore, the Council of Ministers lowered the merger filing fee under the COMESA regime. The fee is now set at 0.1 per cent of the combined annual turnover or value of assets of the parties in the COMESA region, with a ceiling of €150,500/\$200,000. The previous merger filing fee was 0.5 per cent of the COMESA turnover or assets of the merging parties, subject to a cap of €376,360/\$500,000.

EGYPT: NEW PRIOR FILING REQUIREMENT

In March 2015, the Egyptian Competition Authority published a new notification form and guidelines establishing a suspensory merger control regime.

The previous merger control rules applicable in Egypt required that notification to the Egyptian Authority be submitted within 30 days after the completion of the transaction.

Now, the Egyptian Competition Authority has the power to review, prior to completion, all the transactions involving a company with an annual turnover in Egypt of at least €12 million (as opposed to all companies with that level of revenue worldwide). The calculation is based on the turnover of the companies and related entities, including parents and subsidiaries.

Furthermore, the new rules now state explicitly that notifying a transaction to another competition authority—including COMESA—is not a substitute for the obligation to notify the Egyptian national competition authority.

élevée des deux) de toutes les parties au sein du COMESA dépasse €37,7 millions (\$50 millions) ;

- le chiffre d'affaires annuel ou la valeur des actifs (en fonction de la valeur la plus élevée des deux) de chacun d'au moins deux des parties au sein du COMESA dépasse €7,5 millions (\$10 millions) ;
- l'opération de concentration a un effet sensible sur la concurrence et le commerce du COMESA, ce qui signifie que les parties à la transaction réalisent moins de 2/3 de leur chiffre d'affaires au sein d'un seul et même état membre du COMESA.

En outre, le Conseil des ministres a abaissé les coûts liés à la notification. Les frais de notification sont désormais fixés à 0,1 pour cent du chiffre d'affaires annuel cumulé des parties, ou de la valeur des actifs des parties dans le COMESA, dans la limite toutefois d'un plafond fixé à €150 500 / \$200 000. Le montant précédent des frais de notification s'élevait à 0,5 pour cent du chiffre d'affaires cumulé des parties, ou de la valeur de leurs actifs au COMESA, dans la limite d'un plafond de €376 360 / \$500 000.

EGYPTE : CREATION D'UN REGIME SUSPENSIF DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

En mars 2015,²⁸ l'Autorité de la concurrence égyptienne a publié un nouveau formulaire de notification et des directives établissant un régime suspensif de contrôle des concentrations.

Les règles de contrôle des concentrations applicables en Egypte exigeaient jusqu'alors que les opérations soient notifiées à l'Autorité égyptienne dans les 30 jours à compter de l'achèvement de la transaction.

Dorénavant, l'Autorité de la concurrence égyptienne a le pouvoir d'examiner, avant que la transaction ne soit achevée, toutes les concentrations qui impliquent une entreprise avec un chiffre d'affaires annuel en Egypte d'au moins €12 millions. Le calcul est basé sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées, ainsi que celui des entités connexes, y compris des sociétés mères et des filiales.

En outre, les nouvelles règles stipulent désormais que la notification d'une opération à une autre autorité de concurrence — y compris au COMESA — ne remplace pas et ne permet pas de déroger à l'obligation de notifier à l'autorité nationale égyptienne.

COOPERATION INTERNATIONALE

L'OCDE PUBLIE LES PRESENTATIONS DE TROIS TABLES RONDES

En juin 2015, l'OCDE a publié les présentations données dans le cadre de trois consultations.

Les premières concernent le thème de l'innovation de rupture, la façon dont elles peuvent affecter le fonctionnement des industries existantes ainsi que leurs effets sur la concurrence.²⁹ En préalable, l'OCDE a notamment relevé l'importance de l'économie de partage qui se développe dans de nombreux secteurs, dont ceux des taxis et de l'hôtellerie. L'OCDE note que ces innovations peuvent offrir des avantages concurrentiels importants, ce qui a pour conséquence de stimuler la concurrence par l'innovation et par les prix au bénéfice du consommateur. Cependant, l'introduction de telles innovations peut également avoir pour conséquence de créer des préoccupations en matière de sécurité ou de respect de la vie privée. L'OCDE note également qu'elles peuvent pousser à l'adoption de réglementations visant à les empêcher, ce contre quoi elle entend lutter.

Dans le même temps, l'OCDE a publié l'ensemble des présentations qui se sont tenues dans le cadre de sa consultation sur le thème de la neutralité en matière de concurrence.³⁰ A l'occasion d'une première partie, les autorités de concurrence de plusieurs états ont exposé les défis qu'elles avaient rencontrés en la matière. Une deuxième partie a été l'occasion pour différents experts de définir la neutralité concurrentielle, la façon par laquelle les gouvernements nuisent à cette dernière et, enfin, les règles à disposition des autorités.

Enfin, l'OCDE a publié un recueil d'interventions sur le thème des marchés oligopolistiques.³¹ Après avoir relevé que certains sont plus compétitifs que d'autres, l'OCDE a noté qu'il est parfois difficile d'identifier les éléments faisant que certains sont moins concurrentiels. Plusieurs experts ont ainsi été réunis dans le but d'examiner les différentes approches ouvertes aux autorités de la concurrence dans le but de résoudre les préoccupations concurrentielles rencontrées sur ce type de marché. L'ensemble des règles relatives à la lutte contre les ententes, les abus de position dominante et le contrôle des concentrations ont ainsi été passés au crible de la lutte contre les dysfonctionnements des marchés oligopolistiques.

Thibault Schrepel

INTERNATIONAL COOPERATION

THE OECD PUBLISHES THE PROCEEDINGS OF THREE ROUNDTABLES

In June 2015, the OECD published the proceedings of three consultations held recently.

The first concerns disruptive innovations, and dealt with how they may affect existing industries and competition. Beforehand, the OECD noted the importance of the development of the "sharing economy" especially for taxis and hotels. The OECD stressed that these innovations can offer significant competitive advantages, in particular by stimulating competition through innovation to the consumers' benefit. However, it stressed that these innovations may also give rise to safety concerns and may sometimes threaten the right to privacy. The OECD also underlined that these innovations may foster the adoption of regulations designed to hamper them, a practice against which it intends to fight.

At the same time, the OECD published the proceedings of its consultation on the theme of neutrality in competition. In the first part, the competition authorities of several Member States exposed the challenges they had encountered in that field. The second part is dedicated to defining competitive neutrality, the way governments interfere with it and, finally, the tools available to the authorities in order to guarantee such neutrality.

The OECD also published some interventions on the theme of oligopolistic markets. After having stressed that some are more competitive than others, the OECD noted that it is sometimes difficult to identify the elements that affect competitiveness. Several experts' contributions were brought together in order to examine the different approaches available to the competition authorities in order to resolve competitive problems for this kind of market.

Thibault Schrepel

Notes

1. CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et GTM Génie civil et services c/ France* (requêtes n^{os} 63629/10 et 60567/10).
2. CEDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c/ France* (requête n^o 29408/08).
3. Ordonnance n^o 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.
4. Cour de Justice, 18 juin 2015, C583/13 P, *Deutsche Bahn AG v. Commission*.
5. Décisions de la Commission C(2011) 1774 du 14 mars 2011, C(2011) 2365 du 30 mars 2011, et C(2011) 5230, du 14 juillet 2011.
6. Tribunal de l'Union Européenne, 6 septembre 2013, T289/11, T290/11 et T521/11, *Deutsche Bahn AG v Commission*.
7. Cour de justice, 16 juillet 2015, C-170/13, *Huawei Technologies v ZTE*.
8. Un brevet essentiel est un brevet qui est intégré à une norme de production.
9. Tribunal de l'Union, 20 mai 2015, affaire T-456/10.
10. Commission européenne, 20 juillet 2010, affaire COMP/38866, *Phosphates pour l'alimentation animale*.
11. Loi n^o 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
12. Conseil constitutionnel, Décision n^o2015-715 DC du 5 août 2015 — Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.
13. Décision n^o15-D-08 du 5 mai 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de la viande de volailles.
14. Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.
15. Communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cpro_autorite_clemence_revise.pdf [consulté le 3 novembre 2015].
16. Décision n^oABC-2015-I/O-19-AUD du 22 juin 2015 — Affaire CONC-I/O-06/0038 — *Hausse coordonnée des prix de vente de produits de parfumerie, d'hygiène et de droguerie*.
17. Les articles IV.53 et IV.54 ont été introduits le 3 avril 2013 par la Loi portant insertion du livre IV « Protection de la concurrence » et du livre V « La concurrence et les évolutions de prix » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre IV et au livre V et des dispositions d'application de la loi propres au livre IV et au livre V, dans le livre 1er du Code de droit économique.
18. Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des arts 7 et 23 du Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente, point 32.
19. Article IV.57 du Code de droit économique.
20. Consumer Rights Act 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted> [consulté le 3 novembre 2015].
21. Guidance on new compensation schemes power in competition cases, disponible à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/news/guidance-on-new-compensation-schemes-power-in-competition-cases> [consulté le 3 novembre 2015].
22. Statement of Enforcement Principles Regarding Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the FTC Act https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf [consulté le 3 novembre 2015].
23. United States Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *McWane v FTC*, 15 avril 2015, No.14-11363.
24. *McWANE v FTC*, Brief For Amicus Curiae Professors Of Antitrust Law And Economics In Support Of Defendant Appellant Urging Reversal, 7 juillet 2014.
25. China's National Development and Reform Commission, 2 mars 2015, disponible à l'adresse suivante : http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.htm [consulté le 3 novembre 2015].
26. CADE, Report for Analysis of Previous Completion of Concentration Acts, 20 mai 2015.
27. COMESA, Amendments to determination of merger notification thresholds and method of calculation, 26 mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.comesacompetition.org/?p=898> [consulté le 3 novembre 2015].
28. Autorité de la concurrence égyptienne, mars 2015.
29. OCDE : OCDE Disruptive innovations and their effect on competition, juin 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/disruptive-innovations-and-competition.htm> [consulté le 3 novembre 2015].
30. OCDE : Competitive Neutrality in Competition Enforcement, juin 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/competitive-neutrality-in-competition-enforcement.htm> [consulté le 3 novembre 2015].
31. OCDE : Oligopolymarkets, juin 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/daf/competition/oligopoly-markets.htm> [consulté le 3 novembre 2015].