

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*****



Cartels; Competition policy; EU law; Fines; International co-operation; Mergers; National competition authorities

UNION EUROPEENNE

PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

COUR DE JUSTICE — LE CRITERE DU « CONCURRENT AUSSI EFFICACE » N'EST PAS UN CRITERE INDISPENSABLE POUR CONSTATER LE CARACTERE ABUSIF D'UN SYSTEME DE RABAIS

Le 6 octobre 2015, la Cour de justice s'est prononcée dans l'affaire¹ *Post Danmark II* en réponse à une demande de

EUROPEAN UNION

ANTI-COMPETITIVE PRACTICES

COURT OF JUSTICE—THE “EQUALLY EFFICIENT COMPETITOR” CRITERION IS NOT A PREREQUISITE TO ESTABLISH THE ANTI-COMPETITIVE ASPECT OF THIRD CATEGORY REBATES

On 6 October 2015, the Court of Justice published its decision in the *Post Danmark II* case in response to a request for a preliminary ruling from a Danish court

* 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.

concerning a decision of the Danish competition authority, whereby Post Danmark had been fined for having introduced a loyalty rebate system on the market for the distribution of bulk mail.

This judgment clarified the contours of the so-called “third category” discounts. They include all of the discounts that are not strictly quantitative—the latter are presumed to be pro-competitive—and which are not granted in consideration of an exclusive supply commitment—the latter, conversely, are presumed to be anti-competitive. The Court retained a very formalistic approach, rejecting a more economic approach based on the actual effects on the market. This case, therefore, is a continuation of the General Court’s 2014 judgment in the *Intel* case.

The Court held that various elements are to be considered in order to determine whether such rebates, where implemented by a dominant undertaking, may constitute an abuse. It includes the terms of the rebates, the degree of dominance and the specific state of competition in the relevant market. The judges also underlined the fact that the rebate system covered most of the customers in the market is a factor that may raise the plausibility of an anti-competitive effect.

The Court also ruled that the criterion known as “equally efficient competitor” is not a prerequisite for establishing the anti-competitive nature of the rebates. In the present case, this criterion was irrelevant because Post Danmark enjoyed significant structural advantages resulting from its statutory monopoly, and constituted as such an unavoidable trading partner.

Lastly, the judges held that demonstrating that the rebate system is *likely* to have an anti-competitive effect is sufficient to consider it abusive, and that there is no need to evidence that such an effect was serious or significant.

Thibault Schrepel

COURT OF JUSTICE—PENALTY IMPOSED ON AN INTERMEDIARY FOR FACILITATING THE IMPLEMENTATION OF A CARTEL IN THE HEAT STABILISERS CASE

On 22 October 2015, the European Court of Justice issued its ruling in the heat stabilisers case.

décision préjudicielle formée par une juridiction danoise à propos d’une décision prise par l’Autorité de la concurrence danoise à l’encontre de la société Post Danmark. Cette dernière avait été sanctionnée pour avoir mis en place un système de rabais fidélisant sur le marché du publipostage.

Cet arrêt vient préciser le contour des rabais dits de « troisième catégorie », en ce qu’il regroupe l’ensemble des rabais qui ne sont pas strictement quantitatifs — ces derniers étant présumés comme étant concurrentiels — et qui ne sont pas octroyés en contrepartie d’un engagement d’approvisionnement exclusif — ces derniers étant, à l’inverse, présumés anticoncurrentiels. La Cour retient une analyse très formaliste, rejetant de ce fait une approche fondée sur les effets réels du rabais sur le marché. Elle s’inscrit ainsi en continuité avec l’arrêt *Intel* du Tribunal de l’Union européenne.²

La Cour prend en compte différents éléments afin de déterminer si un tel système mis en œuvre par une entreprise en position dominante est, ou non, constitutif d’un abus. Elle analyse les modalités de l’octroi des rabais, l’étendue de la position dominante de l’entreprise concernée et les conditions de concurrence spécifiques du marché pertinent. Elle note par ailleurs que le fait que le système de rabais couvre la majeure partie de la clientèle sur le marché peut renforcer la plausibilité d’un effet anticoncurrentiel.

La Cour dit également pour droit que l’application du critère dit « du concurrent aussi efficace »³ ne constitue pas une condition indispensable pour constater le caractère abusif d’un système de rabais. Ce critère est dépourvu de pertinence dans l’affaire en cause notamment car Post Danmark jouissait d’importants avantages structurels conférés par son monopole légal et constituait un partenaire commercial incontournable sur le marché.

Elle soutient, enfin, que l’effet anticoncurrentiel d’un système de rabais opéré par une entreprise en position dominante doit être simplement probable, sans qu’il soit nécessaire de démontrer qu’il revêt un caractère grave ou notable pour constituer un abus de position dominante.

Thibault Schrepel

COUR DE JUSTICE — SANCTION D’UN INTERMEDIAIRE AYANT FACILITE LA MISE EN ŒUVRE D’UNE ENTENTE DANS L’AFFAIRE AC-TREUHAND

Le 22 octobre 2015, la Cour de justice de l’Union européenne s’est prononcée dans l’affaire *AC-Treuhand*⁴ dans le cadre du recours de cette entreprise contre une décision de la Commission européenne relative à une entente sur le marché des stabilisants thermiques.⁵

Dans cette affaire, la Commission avait sanctionné 11 entreprises pour avoir fixé les prix, s'être partagées les clients et les marchés, et avoir échangé des informations commerciales sensibles entre 1987 et 2000. L'entreprise de conseil AC-Treuhand avait été condamnée pour avoir facilité l'infraction, notamment en organisant des réunions entre les membres de l'entente ainsi qu'en transmettant à chacun les informations recueillies auprès des autres membres sur les prix, les quotas et les clients.

Par cet arrêt, la Cour de justice confirme la position du Tribunal de l'Union européenne qui avait retenu qu'une entreprise n'opérant pas sur le marché affecté par une entente peut néanmoins être condamnée pour sa participation à celle-ci.

La Cour relève ainsi que rien n'indique dans le libellé de l'art.101 TFUE que l'interdiction qui y est énoncée vise uniquement les parties à des accords ou pratiques concertées qui sont actives sur les marchés affectés par ceux-ci.⁶ Elle rappelle également que la seule présence d'une entreprise à des réunions au cours desquelles des accords ayant un objet anticoncurrentiel ont été conclus, sans que celle-ci n'ait fait formellement état de son opposition à de tels accords, traduit une complicité qui est de nature à engager sa responsabilité. Par ailleurs, elle souligne que le fait que la société AC-Treuhand n'ait retiré aucun avantage économique de l'entente n'est pas de nature à remettre en cause sa responsabilité.

La Cour précise en effet, au regard du principe de l'effet utile du droit de l'Union, « que l'objectif principal de l'article [101], paragraphe 1, [TFUE] est d'assurer le maintien d'une concurrence non faussée à l'intérieur du marché commun », et qu'ainsi, « faire échec à la contribution active d'une entreprise à une restriction de concurrence », bien que sa contribution « ne concerne pas une activité économique relevant du marché pertinent sur lequel cette restriction se matérialise », permet « la pleine efficacité de l'interdiction édictée par ladite disposition ».

Thibault Schrepel

TRIBUNAL DE L'UNION EUROPEENNE — ANNULATION DE LA DECISION INFLIGEANT DES AMENDES A HAUTEUR DE 790 MILLIONS D'EUROS DANS L'AFFAIRE DU FRET AERIEN

Le 16 décembre 2015,⁷ le Tribunal a annulé la décision par laquelle la Commission avait infligé des amendes d'un montant total d'environ €790 millions à 13 compagnies aériennes au titre de leur participation à une entente sur le marché du fret aérien.

In this case, the Commission had fined 11 companies for price fixing, market sharing and exchange of sensitive commercial information practices implemented between 1987 and 2000. The consulting company AC Treuhand was notably sentenced for having facilitated the cartel, notably through the organisation of meetings between its members, and by providing them with information collected from other members on prices, volumes and customers.

The Court of Justice confirmed the General Court's position, which was that a company that is not operating in the market affected by the cartel may nevertheless be fined for participating in it.

The Court held that the scope of art.101 TFEU is not restricted to the companies active in the markets affected by the cartel. It also underlined that the mere presence of an undertaking in the meetings during which the anti-competitive agreements took place evidences its complicity, as soon as it did not explicitly voice its opposition to such agreements. It is also worth noting that the fact that the intermediary did not obtain any economic benefit from the cartel was not considered an exonerating or mitigating circumstance.

The Court stated, in fact, "that the main objective of Article [101] (1) [TFEU] is to ensure that competition remains undistorted within the common market" and that preventing a company from actively restricting competition, even though its "contribution does not relate to an economic activity forming part of the relevant market on which that restriction comes about or is intended to come about", was necessary to allow "the full effectiveness of the prohibition laid down by that provision".

Thibault Schrepel

GENERAL COURT—ANNULMENT OF THE DECISION IMPOSING A €790 MILLION FINE IN A CARTEL IN THE AIRFREIGHT MARKET

On 16 December 2015, the General Court reversed a previous ruling by which the Commission had imposed a €790 million fine to 13 airlines for their participation in a cartel in the airfreight market.

In its decision of 9 November 2010, the Commission had condemned a single and continuous infringement implemented in the European Economic Area and in Switzerland, for price fixing in the market for the provision of airfreight services.

The General Court first held that the principle of effective judicial protection implies that the operative part of the decision by which the Commission identified competition law breaches must be “particularly clear and precise”.

As such, the Court observed that an overall reading of the grounds of the decision allowed identifying a single and continuous infringement. The Court, however, found in the Commission’s decision a contradiction between its operative part, where the Commission mentioned the existence of four offences, and its grounds, where the Commission referred to a single and continuous infringement concerning most of the carriers involved.

The General Court held that these internal contradictions were likely to infringe the companies’ rights to defence.

On this basis, it annulled the Commission’s decision insofar as it relates to the carriers concerned by this contradiction (all except Qantas).

Thibault Schrepel

**COMMISSION—THE EUROPEAN COMMISSION
UPDATES THE INSPECTION EXPLANATORY NOTE**

On 11 September 2015, the European Commission released an updated version of its Explanatory Note on Inspections (hereafter “the Note”). This document is handed to undertakings when subject to an antitrust inspection by the European Commission.

This new version does not bring in major changes compared to the 2013 Note, but it shows how the European Commission takes stock of the evolution of digital tools in the business environment in order to adapt its procedures.

The Note takes better account of the digitalisation of business organisations. It adds “servers” and the

Pour rappel, la Commission avait, dans sa décision du 9 novembre 2010, constaté une infraction unique et continue aux règles européennes de la concurrence sur le territoire de l’Espace économique européen et en Suisse. La coordination de ces entreprises en matière de tarification pour la fourniture de services de fret aérien était principalement en cause.

Le Tribunal rappelle tout d’abord que le principe d’une protection juridictionnelle effective implique que le dispositif d’une décision par laquelle la Commission constate des violations aux règles de concurrence doit être « particulièrement clair et précis ».

A ce titre, le Tribunal relève qu’une lecture d’ensemble des motifs de la décision de la Commission permet de conclure à la présence d’une seule et même entente. Or, le dispositif de la décision émet deux hypothèses, l’une dans laquelle il retient l’existence de quatre infractions, l’autre dans laquelle il constate une seule infraction unique et continue dont la responsabilité ne serait imputée qu’aux transporteurs qui auraient directement participé aux comportements infractionnels visés, ou auraient eu connaissance d’une collusion sur ces liaisons. Une contradiction apparaît ainsi entre les motifs de la décision et son dispositif.

Enfin, le Tribunal relève que la décision comporte des contradictions internes de nature à porter atteinte aux droits de la défense des sociétés en cause, telles qu’Air France-KLM et British Airways.

Sur ces fondements, le Tribunal a annulé la décision de la Commission en ce qu’elle vise les transporteurs concernés.⁸

Thibault Schrepel

**COMMISSION — MISE A JOUR DE LA NOTE
EXPLICATIVE SUR LES INSPECTIONS DE
CONCURRENCE**

Le 11 septembre 2015, la Commission européenne a publié une version révisée de sa note explicative sur les inspections de concurrence (ci-après « la Note »). Ce document est dédié aux entreprises qui font, ou sont susceptibles de faire, l’objet d’une inspection de concurrence par la Commission européenne.

Aucun changement majeur n’est à noter dans cette nouvelle version — comparée à la version publiée en 2013 — mais celle-ci témoigne de la prise en compte par la Commission européenne de l’évolution des outils digitaux au sein de l’entreprise et de l’adaptation de la procédure d’inspection en conséquence.

La Note prend tout d’abord mieux en compte la digitalisation des entreprises. Elle ajoute ainsi les « serveurs » et le

« cloud » à la liste des éléments IT que les inspecteurs peuvent examiner lors d'une inspection de concurrence, permettant ainsi un accès à des données qui peuvent être localisées hors des locaux des entreprises.

De même, alors que la dernière version de la Note faisait référence aux « téléphones mobiles » et aux « tablettes », la Note révisée élargit ce périmètre aux « autres appareils portables ».

En ce qui concerne par ailleurs l'accès aux appareils électroniques personnels, la Note prévoit expressément que les appareils personnels des salariés peuvent être examinés par les inspecteurs dès lors (1) qu'ils sont localisés dans les locaux de l'entreprise et, (2) qu'ils sont utilisés à des fins professionnelles. Toutefois, la Commission n'apporte pas de précision sur la manière dont les inspecteurs peuvent déterminer si ces appareils sont utilisés à de telles fins.

Quant au traitement des données, la Commission établit que les données personnelles des salariés de l'entreprise peuvent faire l'objet de copies et être intégrées dans le dossier constitué par la Commission.

Enfin, la Commission détaille la procédure qui permet une poursuite ultérieure des inspections de concurrence. Dans l'éventualité où l'ensemble des supports de stockage sélectionnés n'aurait pas pu être examiné, la Commission peut créer une copie de ces données sur un autre support de stockage et placer celui-ci dans une enveloppe scellée afin de pouvoir en examiner le contenu ultérieurement, dans les locaux de la Commission ou à l'occasion d'une nouvelle inspection (annoncée) dans les locaux de l'entreprise. Si nécessaire, il peut être demandé à l'entreprise de conserver l'enveloppe scellée.

Estelle Leclerc

ETATS MEMBRES

FRANCE — COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF POUR JUGER DES ACTIONS EN RESPONSABILITE CONTRE LES AUTEURS D'UNE ENTENTE RELATIVE A LA PASSATION D'UN MARCHÉ PUBLIC

Le 16 novembre 2015,⁹ le Tribunal des conflits a jugé que les actions en responsabilité engagées par la région Ile-de-France contre les participants à une entente lors d'une procédure de passation de marchés publics relèvent de la compétence du juge administratif.

Dans cette affaire, la région Ile-de-France était opposée à plusieurs entreprises qui avaient été condamnées par l'Autorité de la concurrence et dont les responsables avaient été sanctionnés par le juge pénal pour leur

“cloud” to the list of IT environments that the inspectors can search when a company is subject to an antitrust inspection. Inspectors may, therefore, have access to data located outside the premises.

Whereas the previous version also referred to “mobile phones” and “tablets”, the new Note broadly refers to “other mobile devices”.

As regards Bring Your Own Device (BYOD) policies, the Note now expressly provides that such BYOD can be searched as long as (1) they are found on the premises and (2) they are used for professional reasons. The Note, however, does not specify how the inspectors will determine that such personal devices are “used for professional reasons”.

To this extent, the Note now expressly states that “personal data of individual staff members of undertakings” may be copied and become part of the Commission file.

Finally, the Commission also further detailed in the Note the continued inspection process. Where all storage media selected to be examined have not been reviewed at the end of the physical inspection, the Commission may create an authentic duplicate on another storage media and secure that copy in a sealed envelope for further examination at the Commission's premises, or on the occasion of a new (announced) visit at the premises of the company. The company may be asked to keep the sealed envelope where considered relevant.

Estelle Leclerc

MEMBER STATES

FRANCE—JURISDICTION OF ADMINISTRATIVE COURTS FOR ALL DISPUTES RELATED TO CARTELS PRIOR TO THE CONCLUSION OF A PUBLIC CONTRACT

On 16 November 2015, the French *Tribunal des conflits* held that the damage claim brought by the Ile-de-France region against the participants in a cartel in a public procurement procedure was to be judged by an administrative court.

In this case, the Ile-de-France region was opposed to several companies that had been condemned by the French competition authority for bid rigging in a public procurement for the construction of schools. A criminal court had also sanctioned the managers of these

companies for their personal involvement in these practices.

The *Tribunal des conflits* confirmed that administrative courts have jurisdiction for all disputes related to the liability of those who (1) “have altered the terms of an administrative contract, including its financial covenants”; and (2) “thus have caused harm to the public entity that contracted the agreement”, which was here the case.

Thibault Schrepel

FRANCE—HEAVY PENALTIES IMPOSED IN THE PARCEL TRANSPORT SECTOR

On 15 December 2015, the French Competition Authority (FCA) fined 20 companies for a total amount of €672.3 million for participating in two cartels in the parcel delivery sector.

The FCA identified a first infringement resulting from an agreement between 20 companies to co-ordinate their annual price increases between 2004 and 2010. The authority held that the meetings were organised upstream and downstream in order to help these companies to standardise their price increases, so that they could use a common methodology and avoid any refusal from the customers. The second cartel identified by the FCA included 15 of those companies, as well as one union, which were considered as having defined a common method to pass on “diesel overloads” onto consumers. The related bilateral exchanges and/or multilateral agreements aimed at consolidating the first cartel.

Two companies benefited from a fine reduction under the FCA’s leniency program. Eight others obtained a fine reduction for accepting not to challenge the FCA’s objections. The FCA also took into account the financial difficulties faced by six companies and granted further fine reductions in that respect.

Thibault Schrepel

participation à une entente anticoncurrentielle organisée à l’occasion de la passation de marchés publics pour la construction de lycées.

Le Tribunal des conflits retient la compétence des juridictions administratives pour les litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles (1) « d’avoir altéré les stipulations d’un contrat administratif, notamment ses clauses financières » et (2) « d’avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat », ce qui était le cas en l’espèce.

Thibault Schrepel

AUTORITE DE LA CONCURRENCE — SANCTION D’UNE ENTENTE SUR LE MARCHE DU TRANSPORT DE COLIS

Le 15 décembre 2015,¹⁰ l’Autorité de la concurrence a sanctionné 20 entreprises, pour un montant total de €672,3 millions, pour leur participation à deux ententes dans le secteur du transport de colis.

L’Autorité a ainsi caractérisé une première entente résultant de concertations répétées entre 20 concurrents sur des hausses tarifaires annuelles entre 2004 et 2010. L’Autorité a ainsi relevé que les réunions qui étaient organisées en amont et en aval des campagnes de revalorisation tarifaire permettaient à ces entreprises de standardiser leurs demandes tarifaires afin de présenter une méthodologie commune aux clients pour écarter le risque de refus de leur part. La seconde entente sanctionnée par l’Autorité impliquait 15 de ces mêmes entreprises, ainsi qu’un syndicat, et concernait la définition en commun d’une méthode de répercussion d’une « surcharge gazole ». Ces échanges bilatéraux et/ou multilatéraux visaient à consolider l’entente.

Deux sociétés ont bénéficié d’une réduction de leur amende au titre du programme de clémence par lequel l’affaire a été portée à la connaissance de l’Autorité. Huit autres entreprises ont obtenu une réduction au titre de la non-contestation des griefs. Enfin, l’Autorité a tenu compte des difficultés financières rencontrées par six des sociétés sanctionnées et leur a infligé une amende réduite de 50 pour cent par rapport au montant de l’amende qui aurait théoriquement dû être infligée.

Thibault Schrepel

ROYAUME-UNI — RAPPEL DU REGIME RELATIF A LA PRODUCTION D'INFORMATIONS POTENTIELLEMENT CONFIDENTIELLES CONTENUES DANS LES DECISIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Le 14 octobre 2015,¹¹ une cour d'appel britannique a rappelé les conditions d'accès aux informations contenues dans une décision de la Commission européenne sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles par des plaignants dans le cadre d'actions en dommages et intérêts.

Dans cette affaire, une cour britannique avait enjoint des entreprises, défenderesses dans une action en dommages et intérêts, à produire leur propre version non-confidentielle de la décision les sanctionnant au titre d'une entente, alors que la Commission n'avait pas encore publié la version non-confidentielle de la décision. Lors de sa publication, il était apparu que certaines informations diffusées par les entreprises défenderesses avaient été considérées comme confidentielles par la Commission.

La Cour d'appel rappelle que les cours nationales (1) ne peuvent enjoindre les défendeurs à divulguer des informations contenues dans une décision de la Commission dans le cadre d'une action en dommages et intérêts tant que la Commission n'a pas publié la version non-confidentielle de cette décision et, (2) ne peuvent permettre un accès plus large aux informations contenues dans une décision que celui prévu par la Commission dans sa version non-confidentielle. Ainsi, aucun régime de confidentialité organisé au niveau national ne saurait supplanter celui prévu au niveau européen.

Thibault Schrepel

ALLEMAGNE — INTERDICTION DES CLAUSES PROHIBANT PAR PRINCIPE L'UTILISATION DES PLACES DE MARCHES POUR DES DISTRIBUTEURS AGREES

Le 26 août 2015,¹² l'Autorité de concurrence allemande a clôturé une enquête à l'encontre de la filiale allemande de la société Asics qui visait des clauses anticoncurrentielles alléguées figurant dans ses contrats de distribution sélective.

Pour rappel, Asics sélectionne ses distributeurs à partir de critères qualitatifs stricts dans le cadre de son système de distribution sélective. Dans ce contexte, l'Autorité allemande considérait notamment que les contrats de distribution en cause restreignaient les ventes en ligne de certains de ses distributeurs, et plus particulièrement des PME.

Premièrement, elle estimait qu'Asics aurait interdit à ses distributeurs d'être présents sur des sites de comparateurs

UK—REMINDER OF THE CONDITIONS TO ACCESS THE INFORMATION INCLUDED IN THE EUROPEAN COMMISSION'S RULINGS

On 14 October 2015, the English Court of Appeal recalled, in the context of antitrust damages claims, the conditions to access the information included in the European Commission's decisions.

In this case, the High Court had ordered the defendants to provide the claimants with a redacted version of the decision, as the Commission had not yet released a non-confidential version of that decision. It then appeared that some of the information provided by the defendants to the claimants had been ultimately considered as confidential by the Commission.

The English Court of Appeal held that national courts (1) may not require the defendants to disclose information contained in a decision of the European Commission in the context of antitrust damages claims as long as the Commission has not yet issued a non-confidential version of the decision; and (2) cannot provide for a wider access to confidential information contained in a decision than that which is defined by the Commission. Thus, no confidentiality regime organised at a national level can replace that provided for at the European level.

Thibault Schrepel

GERMANY—PROHIBITION OF CONTRACTUAL PROVISIONS PREVENTING AUTHORIZED DISTRIBUTORS FROM USING MARKETPLACES

On 26 August 2015, the German competition authority put an end to its proceedings concerning alleged anti-competitive clauses in the selective distribution system of Asics Deutschland.

Asics selects its authorised dealers in accordance with strict quality criteria as part of its selective distribution system. In this context, the German authority considered that Asics may have restricted the online sales activities of small and medium-sized authorised dealers in particular.

First, it was assessing whether Asics could have prohibited its dealers from appearing in price comparison

engines and from using its brands on the websites of third parties to guide customers to their own online shops. According to the German authority, this prohibition would primarily serve to control price competition both online and in bricks-and-mortar shops.

Secondly, the German authority also criticised the fact that the distributors were prohibited without exception from using online marketplaces such as eBay or Amazon. However, the German competition authority then closed its proceedings, as Asics had in the meantime amended the clauses concerned.

In the same vein, the French competition authority also closed an investigation against Adidas on 18 November 2015, after having obtained that the group withdraw from its contracts any clause prohibiting its distributors from using marketplaces. Thus, the distributors are now able to use marketplaces, subject to them meeting certain quality-related criteria to become authorised dealers of the manufacturer.

This investigation by the French competition authority was undertaken in liaison with its German counterpart, which had already concluded a similar investigation on 2 July 2014 after the sport shoes manufacturer amended the clauses that had been objected to.

Estelle Leclerc

BELGIUM—SANCTION OF A COMPANY FOR OBSTRUCTION IN A MERGER CONTROL PROCEDURE

On 30 September 2015, the Belgian competition authority imposed a fine of €50,000 on the media group Sanoma Media Belgium for obstructing a merger control procedure.

In the context of the acquisition by De Persgroep of some of Sanoma Media Belgium's newspaper titles, the latter had provided the Belgian competition authority with information concerning the relevant markets, but indicated that it did not have any market study available. On the last day of the review process, however, Sanoma Media Belgium had finally provided the authority with a presentation and a market study dated from 2012.

The Belgian competition authority considered that the negligence of Sanoma Media Belgium Group constituted a violation of the Belgian Commercial Code provisions. The investigation indeed revealed that the company had deliberately concealed the market study so that the Belgian competition authority could not take it into account. The authority, however, held that the fact that the company had voluntarily submitted the

de prix en ligne, ainsi que d'utiliser les marques Asics sur les sites de tiers afin d'attirer des clients sur leur propre site de vente en ligne. Selon l'Autorité de concurrence, une telle interdiction conduirait à un contrôle, par les prix, de la concurrence entre les distributeurs actifs en ligne et en points de vente physiques.

Deuxièmement, l'Autorité de la concurrence allemande visait les clauses interdisant par principe aux distributeurs d'avoir recours aux places de marché, telles qu' eBay ou Amazon. Asics a modifié les clauses concernées pendant l'enquête, ce qui a conduit l'Autorité allemande à clôturer celle-ci.

De la même manière, l'Autorité de la concurrence française a clôturé le 18 novembre 2015¹³ l'enquête ouverte à l'encontre d'Adidas, après avoir obtenu que la marque supprime de ses contrats toute clause interdisant à ses distributeurs de recourir aux places de marché. Ainsi, les distributeurs agréés peuvent désormais utiliser les places de marché à supposer qu'ils remplissent les critères qualitatifs nécessaires pour obtenir l'agrément de la marque.

Cette enquête de l'Autorité de la concurrence visant Adidas a été conduite en collaboration avec l'Autorité de concurrence allemande, qui avait déjà clôturé une enquête similaire le 2 juillet 2014, suite à la suppression par la marque des clauses incriminées.

Estelle Leclerc

BELGIQUE — SANCTION D'UNE SOCIÉTÉ POUR ENTRAVE À UNE PROCÉDURE DE CONTRÔLE D'UNE CONCENTRATION

Le 30 septembre 2015,¹⁴ l'Autorité belge de la concurrence a imposé une sanction d'un montant de €50.000 au groupe de presse Sanoma Media Belgium pour avoir entravé la procédure de contrôle d'une concentration.

Sanoma Media Belgium avait fourni des informations sur le marché en cause à l'Autorité de concurrence belge dans le cadre de l'acquisition par le groupe De Persgroep de certains de ses titres de presse, en indiquant qu'elle ne disposait pas d'étude de marché précise. Cependant, le dernier jour de la phase d'examen du projet de concentration, Sanoma Media Belgium avait finalement envoyé une présentation et une étude de marché datées de 2012.

L'Autorité belge de concurrence a considéré que la négligence du groupe Sanoma Media Belgium constituait une violation des dispositions du Code du commerce belge. L'enquête a en effet révélé que la société avait volontairement caché ces études afin que l'Autorité belge ne puisse les prendre en compte dans son analyse.¹⁵ L'entreprise a néanmoins bénéficié de circonstances

atténuantes lors du calcul de l'amende, afin de tenir compte du fait qu'elle avait spontanément transmis les informations manquantes.

Thibault Schrepel

PAYS-BAS — LE STANDARD APPLICABLE AUX OPERATIONS DE CONCENTRATION EST IDENTIQUE EN PHASE I ET EN PHASE II

Le 6 octobre 2015,¹⁶ le Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal (« CBb ») s'est prononcé sur la légalité d'une décision ayant autorisé une opération de concentration entre deux sociétés.

Dans cette affaire, l'Authority for Consumers & Markets (« ACM ») avait autorisé sous conditions une opération de concentration entre les sociétés KPN et Reggefiber. La société Ziggo avait alors introduit un recours au motif que certains éléments d'analyse étaient apparus après que l'ACM avait rendu sa décision d'autorisation et, qu'ainsi, une analyse approfondie des informations disponibles aurait conduit à un renforcement des engagements imposés.

Lors de l'examen de l'affaire en appel, le CBb a finalement rejeté le moyen de la société Ziggo au motif que la Cour est tenue d'analyser la décision de l'ACM au regard des éléments disponibles à cette période et que Ziggo n'avait pas démontré que les informations dont disposait l'ACM au moment de sa décision n'étaient pas fiables ou insuffisantes. Le CBb a par ailleurs rappelé que le contrôle opéré par l'ACM, qu'elle soit en phase I ou en phase II, devait faire l'objet d'un examen approfondi et qu'ainsi, un même standard s'appliquait, qu'importe la phase durant laquelle il était opéré.

Thibault Schrepel

INTERNATIONAL

RUSSIE — ENTREE EN VIGUEUR D'UNE IMPORTANTE REFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE RUSSE

Le 5 octobre 2015,¹⁷ le Président russe a entériné l'adoption d'une loi fédérale apportant de nombreuses modifications au droit de la concurrence russe, dont la plupart sont entrées en vigueur le 5 janvier dernier.

Cette réforme introduit tout d'abord un régime de contrôle des concentrations distinct pour les créations d'entreprises communes. Celles-ci doivent désormais être notifiées dès lors qu'au moins deux des entreprises concernées sont actives sur le territoire russe et satisfont une des deux conditions suivantes :

study was a mitigating circumstance entailing a reduction of the fine incurred.

Thibault Schrepel

NETHERLANDS—THE STANDARD APPLICABLE TO THE AUTHORITY'S MERGER CONTROL REVIEW IS IDENTICAL IN PHASE I AND PHASE II

On 6 October 2015, the Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal (CBb) ruled on the legality of a decision which authorised a merger between two companies.

In that case, the Authority for Consumers and Markets (ACM) conditionally approved a merger between KPN and Reggefiber. A third party, Ziggo, appealed the decision on the ground that some information had appeared after the ACM had issued its clearance decision and that a thorough analysis of the available information would have led to a strengthening of the commitments.

The CBb, however, rejected Ziggo's plea on the ground that the court is required to analyse the ACM's decision based on the information available at the time and that Ziggo had not shown that the information available to the ACM at that time was unreliable or incomplete. The CBb also recalled that the control exercised by the ACM, either in phase I or phase II, entailed an in-depth review and, thus, that the same standard applied during both phases.

Thibault Schrepel

INTERNATIONAL

RUSSIA—ENTRY INTO FORCE OF A MAJOR COMPETITION LAW REFORM

On 5 October 2015, the Russian President enacted the adoption of a federal law bringing many changes to the Russian competition law, most of which entered into force on 5 January 2016.

This reform first introduces a separate merger control regime for the creation of joint ventures. Joint ventures are now to be notified where at least two of the undertakings concerned are active in the Russian territory and where the following criteria are met:

- the aggregate asset value of all undertakings concerned exceeds RUB 7 billion (approximately €80 million) during the financial year preceding the transaction; or
- the aggregate sales revenue of all undertakings concerned exceeds RUB 10 billion (approximately €114 million) during the financial year preceding the transaction.

The reform also deleted the register of legal entities holding a share superior to 35 per cent in a given market. These entities' obligation to notify all transactions in which they were involved in is hence also abolished.

Concerning undertakings holding natural monopolies, the reform imposed an additional criteria triggering a filing obligation of their investments to the Russian competition authority. Any investment by such a natural monopoly shall be subject to prior approval where, after completion of the transaction, its revenue from natural monopoly activities exceeds 1 per cent of its total revenue. It is, however, no longer required to notify acquisitions of more than 10 per cent of the voting rights in natural monopolies where the other criteria are not met.

Undertakings also now have the possibility to pre-notify their transactions to the Russian competition authority and may even begin negotiating potential remedies before their formal notification.

Besides, notifications may now be made in electronic form.

On the antitrust side, the amendment clarifies the definition of a cartel by providing that there can be a cartel not only between undertakings that sell goods or services on the same market, but also between undertakings that buy goods or services on the same market.

The exemption criteria of vertical agreements were also further detailed by the amendment. They are now considered as admissible vertical agreements, whereby the market share of each party to the agreement does not exceed 20 per cent on the market affected by the agreement (departing from the prior wording referring to any market affected by the agreement, which could be interpreted as having a wider scope).

The new law also states that undertakings holding a share inferior to 35 per cent on the relevant market may not be found dominant on this market (except for collective dominance and very specific situations detailed in the federal laws). The government may now also impose on a dominant undertaking the requirement to

- lorsque la valeur totale des actifs détenus par les entreprises concernées excède RUB 7 milliards (environ 80 millions) durant l'année précédant l'opération ; ou
- lorsque le chiffre d'affaires total des entreprises concernées excède RUB 10 milliards (environ 114 millions) durant l'année précédant l'opération.

La réforme a également supprimé le registre des entités détenant plus de 35 pour cent des parts sur un marché donné. L'obligation qui s'imposait à ces entreprises de notifier toutes les opérations les concernant est dès lors également supprimée.

En ce qui concerne les entreprises détenant un « monopole naturel », la réforme a imposé un critère additionnel déclenchant une obligation de notification de leurs investissements auprès de l'Autorité de concurrence russe. Tout investissement de la part d'une telle entreprise doit être soumis à autorisation préalable dès lors que les revenus issus de ce monopole naturel représentent déjà, ou représenteront à l'issue de l'opération, plus de 1 pour cent du total de ses revenus. Il n'est en revanche plus nécessaire de notifier les acquisitions de plus de 10 pour cent des droits de vote dans ces entreprises.

Toujours en matière de contrôle des concentrations, les entreprises ont en outre désormais la possibilité de pré-notifier leurs opérations à l'Autorité de concurrence russe, y compris en indiquant avant toute notification formelle les engagements qui pourraient être proposés par les parties.

Par ailleurs, les notifications peuvent désormais être effectuées par voie électronique.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, les modifications apportées viennent préciser le régime juridique applicable aux ententes, soulignant qu'elles peuvent non seulement être sanctionnées lorsqu'elles impliquent des concurrents vendant leurs produits sur le même marché, mais également lorsqu'elles concernent des concurrents achetant leurs produits sur le même marché.

Les critères d'exemption des accords verticaux sont également précisés par le texte. Sont désormais considérés comme admissibles les accords verticaux entre des entreprises détenant chacune une part de marché inférieure ou égale à 20 pour cent sur le seul marché concerné par l'accord (et non plus sur « tout marché »).

Le nouveau texte supprime par ailleurs la possibilité de reconnaître une position dominante individuelle dans l'hypothèse où l'entreprise détiendrait moins de 35 pour cent de parts de marché. Le gouvernement peut désormais également imposer à une entreprise en position dominante

d'offrir un accès non-discriminatoire aux produits et services qu'elle propose, dès lors que cette entreprise détient plus de 70 pour cent du marché concerné et que l'Autorité de concurrence russe a établi que celle-ci avait abusé de sa position sur ce marché.

En matière de procédure, le régime de clémence n'est plus limité à la seule première entreprise à dénoncer une entente. Il est désormais prévu que la deuxième et la troisième entreprise dénonçant à l'Autorité russe une infraction ayant déjà fait l'objet d'une première demande de clémence pourront également bénéficier d'une réduction d'amende, si toutefois elles coopèrent effectivement avec l'autorité tout au long de la procédure.

La réforme introduit enfin un changement procédural significatif avec la création et la normalisation du contenu d'un document que l'Autorité russe doit désormais envoyer aux entreprises afin de leur notifier les griefs. Ce document doit contenir un résumé des faits reprochés, ainsi que les conclusions de l'autorité et les éléments de preuve sur lesquels celle-ci s'est appuyée pour les établir. Les entreprises concernées pourront ainsi disposer d'une meilleure connaissance de la position de l'Autorité russe concernant les pratiques investiguées, et faire part de leurs observations avant toute décision de l'autorité.

Jean-Maxime Blutel

ETATS-UNIS — LA FTC PROFITE DE L'AFFAIRE CONCERNANT L'ORGANISATION PROFESSIONNELLE DES DENTISTES DE CAROLINE DU NORD POUR PUBLIER SES LIGNES DIRECTRICES PRECISANT LES CONDITIONS DE L'IMMUNITÉ RESULTANT DE LA SUPERVISION PAR UN ETAT D'UNE PRATIQUE RESTRICTIVE DE CONCURRENCE

Le 25 février 2015, la Cour suprême des Etats-Unis (« SCOTUS ») a rendu sa décision dans l'affaire opposant le *North Carolina State Board of Dental Examiners* à la *Federal Trade Commission* (ci-après « FTC »).¹⁸

Dans cette affaire, l'organisation professionnelle des dentistes de Caroline du Nord avait envoyé de nombreuses lettres demandant à plusieurs praticiens sans licence de ne plus dispenser de services dentaires. La FTC a considéré que ces envois constituaient une restriction de concurrence en violation de la s.5 du FTC Act, ainsi que de la s.1 du Sherman Act. En appel, les juges avaient confirmé la décision de la FTC.

La Cour suprême devait se prononcer sur l'application de la doctrine de la « *state action* » qui assure une immunité aux entreprises publiques ou privées s'il est démontré que l'état a supervisé les actions de ces dernières. Au cas d'espèce, la

offer non-discriminatory access to its goods or services, where this undertaking holds a share superior to 70 per cent in the market concerned and the Russian competition authority has found that this undertaking had abused its dominant position in this market.

In terms of procedural changes, the national leniency program is no longer limited to the first undertaking to report a cartel. The second and the third entity to voluntarily do so may now also face a reduced fine, provided that they fully co-operate with the Russian competition authority's investigation.

The reform also introduces another significant procedural change with the creation and the definition of the content of a document that the Russian competition authority must now send to the investigated undertakings concerned in order to state its objections concerning the investigated practices. This document must summarise the factual background of the case, the evidence found by the authority and its conclusions. The undertakings concerned may thus have a better knowledge of the authority's position concerning the investigated practices, and may reply to the authority's findings before any decision is issued.

Jean-Maxime Blutel

USA—THE FTC PUBLISHES ITS GUIDELINES CONCERNING THE APPLICATION OF THE "STATE ACTION DOCTRINE"

On 25 February 2015, the Supreme Court of the United States (SCOTUS) published its decision in the *North Carolina State Board of Dental Examiners v Federal Trade Commission* case.

In this case, the North Carolina State Board of Dental Examiners (the professional organisation for North Carolina's dentists) had sent many letters asking several unlicensed practitioners to stop providing dental services. The Federal Trade Commission (FTC) had found that it amounted to a restriction of competition in violation of s.5 of the FTC Act and s.1 of the Sherman Act. On appeal, the judges confirmed this position.

The Supreme Court had to rule on the application of the "State action" doctrine, which provides immunity to public or private companies if they evidence that the state has overseen their conduct. In this case, the Court held that the sole fact that the anti-competitive

practices were implemented within the state of North Carolina wasn't enough to allow antitrust law immunity because, in that case, the state had not "actively supervised" the practice.

Following this decision, on 14 October 2015, the FTC issued guidelines specifying the criteria to meet to benefit from this exception.

To determine whether the supervision of the state is sufficiently "active", the agency will consider: (1) the nature of the state's commitment to the professional organisation—public hearings, surveys, document review; (2) the issuance of an opinion on the legality of the practice; or (3) a written document indicating its opinion. It also provided examples of situations where it considered that the state did not actively supervise an organisation: when a General Counsel oversees practices on an irregular basis, when a state representative is on the Board of Directors but doesn't have the necessary powers to prevent anti-competitive practices or where a state agency approves the practices without any detailed analysis.

Thibault Schrepel

USA—COMPLIANCE PROGRAMS IN THE US: NEW DEVELOPMENT/GUIDANCE

In cartel cases, in accordance with the US Sentencing Guidelines (USSG), any convicted company will be condemned to set up an effective compliance program where it didn't previously have one; or to improve the existing one where there was one. Chapter 8 of the USSG provides guidelines and principles concerning compliance programs. Those principles are extended by the International Chamber of Commerce Toolkit.

The first common situation is where a company condemned for conspiracy had no compliance program at the time of the wrongdoing. In such a case, not only the set-up of a compliance program is required, but probation is very often required. A good example concerning first a civil antitrust action based on s.1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. §1, is the *E-books* case, with Apple.

The lack of consciousness of Apple's board of directors concerning the gravity of its antitrust violations convinced District Judge Denise Cote to nominate not

Cour a estimé que le seul fait que des pratiques anticoncurrentielles soient commises au sein de l'état de Caroline du Nord ne suffisait pas à faire bénéficier l'organisation professionnelle de l'immunité, sauf à ce qu'il soit démontré que l'état a « activement supervisé » les pratiques, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Suite à cette décision, la FTC a publié le 14 octobre 2015¹⁹ des lignes directrices précisant les conditions de cette immunité.

Pour déterminer si la supervision de l'état est suffisamment « active », elle entend notamment tenir compte (1) de la nature de l'engagement de l'état au sein de l'organisation professionnelle — audiences publiques, enquêtes, examen des documents — (2) de l'émission d'un avis sur la légalité des pratiques, (3) ou d'un document écrit signifiant son avis. Elle précise également des exemples de situation où elle considère que l'état ne supervise pas activement une organisation : lorsqu'un avocat général supervise les pratiques sur une base irrégulière, lorsqu'un représentant de l'état siège au conseil d'administration, mais n'a pas les pouvoirs nécessaires pour empêcher une pratique anticoncurrentielle, ou encore lorsqu'une agence de l'état approuve les actions engagées par un syndicat sans une étude circonstanciée.

Thibault Schrepel

ETATS-UNIS — PROGRAMMES DE CONFORMITE « ANTITRUST » AUX ETATS-UNIS : DERNIERS DEVELOPPEMENTS

En vertu des US Sentencing Guidelines (« USSG »), toute société condamnée au titre de sa participation à un cartel est condamnée à mettre en place un programme de conformité, si elle n'en avait pas déjà un, ou, dans le cas contraire, à l'améliorer substantiellement. En la matière, le ch.8 des USSG donne des indications qui sont développées par la « boîte à outils » de la Chambre de commerce internationale.

Une première situation, assez fréquente, est celle d'une société impliquée et condamnée pour entente anticoncurrentielle ne disposant pas au moment de l'infraction d'un programme de conformité « antitrust ». Dans ce cas, non seulement l'instauration d'un tel programme sera exigée mais le plus souvent une période probatoire sera instituée. Un exemple est donné dans l'affaire *E-books* en matière d'action civile pour violation de la s.1 Sherman Act, 15 U.S.C. §1 avec la société Apple.²⁰

L'absence de prise de conscience de la gravité des violations du droit de la concurrence par les dirigeants d'Apple a convaincu la juge de la District Court, Denise Cote,

de nommer deux « moniteurs » externes du programme de conformité, dans le but d'éviter toute récidive.

Un autre exemple est donné en matière d'action pénale sur le fondement toujours de la s.1 Sherman Act dans l'affaire *AU Optronics*. La District Court prononça une période probatoire de trois ans, imposant à la société AUO de développer et mettre en œuvre un programme de conformité efficace, avec un moniteur externe indépendant en charge du programme, et de fournir un rapport trimestriel à l'Office fédéral de probation. L'objectif est d'introduire une culture de concurrence au sein de la société ce qui suppose de convaincre les cadres dirigeants. Si ces derniers ne sont pas convaincus de la nécessité de la démarche, le programme de conformité n'est alors qu'une façade qui va à l'échec. Autrement dit, « la vraie conformité commence à la tête de la société ». ²¹

La seconde situation est relativement rare. Il s'agit du cas où la société en cause dispose d'un programme de conformité et forte de celui-ci elle parvient à détecter rapidement le cartel et cherche alors à bénéficier du programme de clémence avant ses concurrents, en révélant pleinement ses crimes, en arrêtant immédiatement sa participation, sauf avis contraire, et en coopérant totalement à l'enquête de l'Antitrust Division. Comme l'écrit l'Assistant adjoint du procureur général de l'Antitrust Division, Brent Snyder, « recevoir la clémence est le crédit suprême pour avoir un programme de conformité efficace ». ²²

La troisième situation est malheureusement plus commune. Il s'agit du cas où la société impliquée et condamnée pour cartel(s) disposait déjà d'un programme de conformité au moment de l'infraction. La première conséquence pour la société est qu'elle ne peut pas bénéficier de l'amnistie. Deuxièmement, en vertu des USSG, un programme de conformité qui a échoué à prévenir, ou détecter, un comportement de collusion ne peut pas prétendre au crédit d'amende alloué en cas d'efforts de conformité précédents, et la société sera dans l'obligation d'améliorer son programme de conformité « antitrust ».

Dès lors la question pertinente est de savoir, dans les cas où la société ne disposait pas de programme de conformité ou avait un programme de conformité qui a échoué à détecter le cartel, s'il est possible pour cette société de créer un programme de conformité efficace ou d'améliorer activement l'existant au moment de l'enquête, et bénéficier, ce faisant d'une réduction d'amende ? Une réponse positive a été donnée par le Department of Justice (« DoJ »).

En juin 2015, dans un autre discours prononcé à Chicago, Brent Snyder expliquait ce qui rend un programme de

one but two very well-known compliance specialists, Mr Bromwich and Mr Nigro, as Apple's external monitors of compliance, on 18 October 2013, to avoid recidivism.

In the *AU Optronics* case, the District Court imposed a three-year term of probation requiring AUO to develop and implement an effective compliance program, with an independent monitor in charge of providing quarterly reports to the US Probation Office. The key issue is to introduce an antitrust culture in the company, supposed to convince the top management. If the top management is not really convinced of that necessity, the compliance will only be a facade, and it will therefore be doomed to failure. "True compliance starts at the top of the company", or else it doesn't exist at all.

The second situation is rarer. It is where, at the time of the wrongdoing, the company involved already had a compliance program, which it took advantage of to quickly detect the cartel and "then sought leniency before its co-competitors did, and then promptly stopped its participation [if staying in the cartel is not required by the DoJ], disclosed its antitrust crimes completely, and fully cooperated with the Division's investigation". As the US DoJ Antitrust Division's Deputy Assistant Attorney General, Brent Snyder, wrote, "receiving leniency is the ultimate credit for having an effective compliance program".

The third situation is, unfortunately, more common. It is where, at the time of the wrongdoing, the company involved and condemned for conspiracy already had a compliance program, but that program didn't help the company in preventing the wrongdoing nor detecting it before the antitrust authority's investigation. The first consequence for the company is that it will not benefit from the leniency program. Secondly, as per the USSG, a compliance program that failed to deter or detect cartel behaviour cannot qualify for the credit allowed in case of earlier compliance efforts, and it will be mandatory for that company to improve its antitrust compliance program.

So the relevant question is, where there was no compliance program or where the compliance program failed to detect the cartel, if it is possible for that company to enter into an efficient compliance program or otherwise to improve its current antitrust compliance program at the time of the investigation and then benefit from this improvement in the sentencing. A positive answer was given by the DoJ, through speeches, a plea bargaining and a sentencing memorandum.

In June 2015, in another speech given in Chicago, Brent Snyder explained what makes a compliance

program effective. He distinguished between “backward looking” and “forward-looking” compliance efforts. Looking forward means that a company that failed to implement its compliance program may do its best to change its corporate culture and co-operate actively during the entire investigation, and that may be taken into account in determining the fine:

“Only compliance efforts ... that reflect in some way genuine efforts to change a company’s culture, will receive consideration in calculating a company’s fine.”

It is this reasoning that the DoJ Antitrust Division developed one month before in May 2015, in the *LIBOR* case, where it recommended to the District Court that Barclays receive a modest reduction in its fine for its noticeable compliance efforts during the investigation.

It occurred for a second time in October 2015, in a case dealing with one of the auto part cartels. The US DoJ Antitrust Division recommended a reduced fine, this time a significant reduction, but above all it listed the compliance efforts achieved.

The *USA v Kayaba Industry Co* case then brought new guidelines on the subject. Kayaba Industry Co, a Japanese manufacturer of shock absorbers, took part in a price conspiracy and allocation of markets in the US.

In a sentencing memorandum, the DoJ Antitrust Division recommended a significant reduction of fine, specifying that immediately after the corporation had received notification of the government investigation, first, Kayaba recognised its liability and made antitrust compliance a “true corporate priority”. The entire program was run by the senior management of the corporation. Secondly, it introduced classroom training and one-on-one training for employees at high risk, e.g. sales staff. Thirdly, Kayaba’s personnel was and is still required to ask for prior authorisation of contact with competitors if possible; and if the employees obtain the authorisation, a report of contact with competitor(s) should be established and notified to the in-house counsel. The in-house counsel will be in charge of auditing it. Fourthly, sales personnel now have to certify all prices have been independently determined. Fifthly, to facilitate whistle-blowing, an anonymous hotline for employees has been set up to give them the possibility to report possible infringements.

conformité efficace. Il opérait une distinction entre examiner les efforts de conformité en regardant en arrière ou en regardant en avant.²³ Regarder en avant signifie qu’une société qui a échoué dans l’application de son programme de conformité peut faire de son mieux pour changer sa culture d’entreprise et coopérer activement tout au long de l’enquête et que cela peut être pris en compte par le juge dans la détermination du montant de l’amende :

« Seuls les efforts de conformité ... reflétant d’une certaine manière de véritables efforts pour changer la culture d’entreprise, seront pris en considération dans le calcul de l’amende de la société. »²⁴

Tel est d’ailleurs le raisonnement développé par l’Antitrust Division du DoJ, un mois avant ce discours, en mai 2015, dans l’affaire *LIBOR* où elle recommanda à la District Court que la société Barclays bénéficie d’une réduction d’amende pour ses notables efforts de conformité tout au long de l’enquête.²⁵

Tel fut également le cas, en octobre 2015, dans une affaire relative aux cartels des pièces détachées automobiles. Le DoJ recommanda une réduction d’amende significative, mais surtout elle lista avec précision les efforts de conformité réellement accomplis.

L’affaire *USA c./ Kayaba Industry Co* est ensuite venue donner un nouveau guide en la matière. Kayaba Industry Co est une société industrielle fabricant des absorbeurs de choc automobiles. Elle prit activement part à une entente sur les prix et une allocation de marché sur le territoire des Etats-Unis.

Dans une recommandation de peine, le DoJ recommanda une réduction significative de l’amende encourue qu’elle justifiait par le fait qu’immédiatement après reçu notification de l’enquête du gouvernement : premièrement, Kayaba Industry Co reconnut sa responsabilité et fit du respect du droit de la concurrence une « vraie priorité de l’entreprise ». ²⁶ Tout le programme de conformité était orchestré par les cadres dirigeants de la société. Deuxièmement, furent introduits des entraînements en salle et d’autres personnels pour les employés à fort risque, comme ceux en charge des ventes. Troisièmement, le personnel de Kayaba Industry Co se vit et se voit toujours imposer de demander une autorisation préalable pour pouvoir entrer en contact avec des concurrents, si possible, et si l’autorisation est donnée, l’employé doit établir un rapport sur ce contact et le notifier au conseil interne à l’entreprise. Ce conseil sera alors en charge de l’auditer. Quatrièmement, les employés en charge de l’action commerciale doivent maintenant certifier que tous les prix ont été déterminés de façon indépendante. Cinquièmement, afin de faciliter les alertes, une *hotline*

anonyme à l'usage des employés a été créée afin de leur donner la possibilité de rapporter les possibles violations du droit de la concurrence.

Concernant les employés impliqués directement dans les ententes objets de l'enquête, la société Kayaba les a fait participer activement à l'enquête du DoJ. Elle les a formés au droit de la concurrence et les a mis sous surveillance. Ainsi, le DoJ fait observer que Kayaba a fourni pendant toute la durée de l'enquête une assistance « extrêmement utile et significative », par exemple en permettant que les employés impliqués vivants en dehors du territoire des Etats-Unis viennent aux Etats-Unis afin d'être entendus par le DoJ, ou encore en traduisant en anglais tous les documents pertinents le nécessitant.

Le DoJ précise que cette liste des éléments significatifs prouvant l'assistance proactive, ainsi que les principes du nouveau et rigoureux programme de conformité « antitrust » développé par Kayaba au cours de l'enquête, ne constituent pas une liste exhaustive. Néanmoins, ils peuvent être considérés comme des lignes directrices.

Anne Tercinet

HONG KONG — NOUVELLE LOI DE CONCURRENCE

L'ordonnance (« Competition Ordinance ») instaurant un droit de la concurrence sur le territoire d'Hong Kong est entrée en vigueur le 14 décembre 2015.²⁷ Le « Competition Tribunal »²⁸ peut désormais imposer une amende allant jusqu'à 10 pour cent du chiffre d'affaires annuel de toute entreprise ayant mis en œuvre une pratique anticoncurrentielle.

Le 19 novembre 2015, l'Autorité de concurrence a publié des lignes directrices définissant ses priorités d'intervention. Il s'agit de la lutte en matière (1) de cartel, (2) de toute restriction causant un dommage significatif à la concurrence, et (3) d'abus de position dominante impliquant une éviction. La Commission rappelle également sa volonté de sanctionner les dirigeants d'entreprises qui auront « contrevenu ou été impliqués dans une infraction au droit de la concurrence ».²⁹

Le Tribunal peut désormais notamment imposer les sanctions suivantes : (1) sanctions pécuniaires, (2) versement de dommages-intérêts, (3) injonctions de restitution, (4) injonctions temporaires prohibitives ou impératives, (5) autres injonctions telles que prévues à l'annexe 3 de l'ordonnance.

Les dirigeants peuvent également se voir interdire d'exercer des fonctions de direction pendant un maximum de cinq années. En plus des sanctions imposées par le Tribunal,

As for the employees directly involved in the conspiracy concerned by the investigation, the corporation made them participate actively in the investigation, and it educated them and put them under supervision. The DoJ underlined that Kayaba had provided for the duration of the investigation "extremely significant and useful" assistance, for example making the employees involved who were located outside the US visit the US to be interviewed by the DoJ, or translating relevant documents into English.

The DoJ specified that this list of the significant elements proving the pro-active assistance and the rigorous new antitrust compliance program developed by that corporation during the investigation and afterwards, does not constitute an exhaustive list. Nevertheless, it can be seen as guidelines.

Anne Tercinet

HONG KONG—ENTRY INTO FORCE OF THE NEW COMPETITION ORDINANCE

On 14 December 2015, the key prohibitions under the Ordinance will take effect. Businesses will be familiar with the range of penalties the Competition Tribunal ("the Tribunal") has the power to impose under the Ordinance, notably fines of up to 10 per cent of group turnover in Hong Kong.

On 19 November 2015, the Competition Commission ("the Commission") published its enforcement policy, setting out its intention to prioritise taking action against (1) cartel conduct; (2) other violations of the First Conduct Rule that caused significant harm to competition in Hong Kong; and (3) abuses of substantial market power involving exclusionary behaviour by incumbent businesses. In investigating and prosecuting such conduct, the Commission may also prioritise taking action against officers and directors of businesses who had "contravened or been involved in a contravention of a competition rule".

The Ordinance empowers the Tribunal to impose any of the following penalties on directors and officers: (1) pecuniary penalties; (2) payment of damages; (3) restitution orders; (4) prohibitory or mandatory injunctions; and (5) other orders under Sch.3 to the Ordinance.

Directors may be disqualified for up to five years from being a director, liquidator or provisional liquidator, receiver or manager of a company, or in any way being

concerned or taking part in the promotion, formation or management of a company. In addition to penalties imposed by the Tribunal, directors and officers may potentially be exposed to private follow-on actions.

There is so far little guidance on how pecuniary penalties will be calculated. According to the Commission's Enforcement Policy and the factors set out in s.93(2) of the Ordinance, the Tribunal will consider the following matters in deciding the appropriate level of penalties:

- **The nature and extent of the conduct that constitutes the contravention:** cartel conduct and exclusionary abuses by incumbent businesses with substantial market power may attract bigger fines.
- **The loss or damage caused by the conduct:** conduct that causes significant harm or affects a larger segment of the market, and is carried on for a longer duration, will likely justify a significant fine.
- **The circumstance in which the conduct took place:** according to the Enforcement Policy, deliberate contravention and contravention under the direction of senior management (as opposed to the conduct of a rogue employee) will be considered severity factors.
- **Repeat contravention:** where the person, or business, had previously been advised by the Commission of concerns about certain conduct, was issued a warning notice or infringement notice, or had previously entered a commitment under the Ordinance regarding similar conduct, the Commission may consider such conduct a repeat contravention.

CO-OPERATION

PRACTICAL GUIDANCE FOR COOPERATION ON REVIEWING MERGER CASES BETWEEN DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION OF THE EUROPEAN COMMISSION AND MINISTRY OF COMMERCE OF PR CHINA

On 15 October 2015, the European Commission DG Competition and the Ministry of Commerce of PR China ("MOFCOM") have signed the Practical Guidance for Cooperation on Reviewing Merger Cases.

MOFCOM is one of the three Chinese competition agencies. In 2012, the European Commission DG Competition had already signed a Memorandum of Understanding with the two other Chinese state agencies: the National Development and Reform Commission (NDCR), which is in charge of enforcing rules against price-related infringements; and the State Administration of Industry and Commerce (SAIC), which has jurisdiction for non-price-related infringements. This 2012 Memorandum of Understanding is the framework for better and stronger co-operation and co-ordination among them.

ceux-ci peuvent désormais être visés, à titre personnel, par des actions en dommages-intérêts.

A l'inverse, peu de développements concernent le calcul des sanctions pécuniaires. Le Tribunal précise néanmoins qu'il déterminera le niveau approprié des sanctions en prenant notamment en compte les éléments suivants :

- **La nature et l'étendue de la pratique en cause :** les ententes et abus de position dominante mis en œuvre par des entreprises disposant d'un pouvoir de marché substantiel seront logiquement sanctionnés par d'importantes amendes.
- **Les dommages causés par la pratique :** une pratique ayant causé des dommages substantiels et/ou d'une longue durée sera sanctionnée par des amendes plus importantes.
- **La circonstance dans laquelle la pratique a été mise en œuvre :** une violation délibérée du droit de la concurrence connue des dirigeants (par opposition à la conduite isolée d'un employé) sera considérée comme un élément aggravant.
- **La récidive :** lorsque la Commission a déjà informé une personne ou une entreprise de ses préoccupations de concurrence, qu'elle lui a déjà adressé un avis d'infraction ou un avertissement, ou qu'elle a déjà mis en œuvre un engagement concernant une pratique similaire, la pratique en cause pourra être qualifiée de récidive.

COOPERATION

UE-CHINE — SIGNATURE D'UN CADRE DE BONNES PRATIQUES POUR LA COOPERATION EN MATIERE DE CONTROLE DES CONCENTRATIONS ENTRE LA DG CONCURRENCE ET LE MOFCOM

Le 15 octobre 2015, la Commission européenne et le Ministère du commerce chinois (MOFCOM) ont signé un cadre de bonnes pratiques portant sur la coopération en matière de contrôle des concentrations.

Le MOFCOM est l'une des trois autorités de la concurrence en Chine. En 2012, la Commission européenne (« DG Concurrence ») avait déjà signé un protocole d'accord avec les deux autres autorités de concurrence chinoises : la Commission nationale de développement et de réforme (« CNDR ») qui est chargée de l'application des règles relatives aux prix et l'Administration d'état de l'industrie et du commerce (« AEIC ») qui a compétence pour les violations n'ayant pas trait aux prix. Ce protocole d'accord constitue le

cadre pour une meilleure coopération et coordination entre lesdites autorités.³⁰

Le MOFCOM est l'autorité de concurrence chinoise en charge du contrôle des opérations de concentration. En 6 mai 2014, déjà, la DG Concurrence et le MOFCOM formalisaient leur dialogue en la matière par la signature du « Terms of References on the EU-China Competition Policy Dialogue ». Ce 15 octobre 2015, une seconde étape est franchie avec la signature de ce Cadre de bonnes pratiques portant sur la coopération.³¹ Ce document insiste sur la transparence accrue du processus de contrôle et la volonté d'éviter les conflits.³² L'ambition du Cadre de bonnes pratiques est d'établir et de maintenir la communication entre ces autorités du moment où la notification de l'opération a été acceptée

« jusqu'au prononcé de la décision, sur les questions de procédure comme de fond, comme sur la définition du marché pertinent, le préjudice, l'évaluation de l'impact sur la concurrence et les solutions et les engagements pour y remédier ».³³

Deux points sont à noter : premièrement, le para.7 permet, si nécessaire, à la DG Concurrence et au MOFCOM de « coordonner les demandes d'informations adressées aux parties à l'opération comme aux tiers, cela incluant les projets de questionnaires » ; deuxièmement, le para.8 offre la possibilité à la DG Concurrence comme au MOFCOM « de désigner chacun un agent de liaison recevant et facilitant les requêtes ».

Cet accord non contraignant démontre le rôle significatif joué actuellement par la Chine en matière de politique de concurrence. On se souvient qu'en mars 2014, le MOFCOM a publié une note d'information fournissant un numéro de fax afin de permettre aux lanceurs d'alerte de signaler les transactions pouvant violer la Loi Anti-Monopole sur le volet contrôle des concentrations. Elle annonçait également que le MOFCOM allait publier les décisions sanctionnant les sociétés pour défaut de notification au MOFCOM de leurs opérations de concentration, ce que le MOFCOM a entrepris depuis décembre de cette même année 2014. Ainsi, il publia pour la première fois trois importantes décisions en matière de défaut de notification comme de non-respect des obligations imposées, dont une condamnant la société américaine American Western Digital.³⁴

En outre, en juin 2014, pour la première fois de sa courte histoire, le MOFCOM a refusé l'autorisation à une opération de concentration entre sociétés totalement étrangères à la Chine, concentration qui avait été autorisée par la US Federal Maritime Commission, trois mois plus tôt, et déclarée non sujette à contrôle en juin 2014 par la Commission européenne. Il s'agit de la fameuse affaire P3

MOFCOM is the competition agency that has jurisdiction for merger review. On 6 May 2004, the European Commission DG Competition and MOFCOM entered into their first-step dialogue with the signature of the "Terms of References on the EU-China Competition Policy Dialogue". On 15 October 2015, a second step occurred with the signature of the "Practical Guidance for Cooperation". This document insists on the increasing transparency of the review process and avoiding conflicts. The ambition of the Practical Guidance is to establish and maintain communication between these competition authorities after the notification has been accepted

"and until the decision is made and on issues of procedure and substance as well as definition of relevant market, theory of harm, competitive impact assessment and the design of remedies."

Two points are noticeable. First, para.7 offers to the DG Competition and MOFCOM the possibility, where necessary, to "coordinate information requests to the merging parties and third parties, including exchanging draft questionnaires". Secondly, para.8 offers to the DG Competition and MOFCOM the possibility "to each designate a liaison officer for receiving and facilitating requests regarding case cooperation".

This non-binding agreement reflects the significant role played today by China concerning competition policy. Already, in March 2014, MOFCOM issued a notice in which it provided a fax number allowing whistle-blowers to report transactions allegedly infringing the Anti-Monopoly Law concerning merger control and announcing that MOFCOM will publish decisions sanctioning companies failing to notify MOFCOM of their merger projects. In December that same year, it published for the first time three important decisions concerning violations of the Chinese merger control regime, of which one concerned the American group, Western Digital.

Furthermore, in June 2014, for the first time in its short history, MOFCOM decided not to authorise a global foreign-to-foreign merger, which had been approved by the Federal Maritime Commission three months before and declared by the European Commission not subject to control in June of that year. It is the famous P3 Network Shipping Alliance case (Moller-Maersk, Mediterranean Shipping Company and CMA CGM). This merger project involved the largest container

shipping lines in Asia–Europe trade. Today, MOFCOM is one of the major competition authorities worldwide. Since 2008 and up to August 2015, MOFCOM reviewed more than 1,000 mergers, while the European Commission during the same period reviewed around 1,700. One should remember that back in July 2011, the US authorities, the DoJ and the FTC anticipated that trend and signed a Memorandum of Understanding with China's NDCR, SAIC and MOFCOM.

Network Shipping Alliance, entre les sociétés Moller-Maersk, Mediterranean Shipping Company et CMA CGM. Ce projet de concentration impliquait les plus importantes sociétés de transport maritime de containers pour le commerce Asie–Europe.³⁵ Le MOFCOM est devenu indéniablement une des autorités de concurrence majeures au plan mondial. Depuis 2008 et jusqu'au mois d'août 2015, le MOFCOM a traité plus de mille opérations de concentrations, pendant que la Commission européenne sur cette période en examinait environ 1.700. Il est intéressant d'observer que les Etats-Unis, avec le DoJ et la FTC, avaient anticipé cette évolution en signant dès juillet 2011 un protocole d'accord avec les trois autorités de concurrence chinoises.³⁶

Notes

1. Cour de justice, 6 octobre 2015, affaire C-23/14, *Post Danmark c/. Konkurrencerådet*.
2. Tribunal de l'Union européenne, 12 juin 2014, affaire T-286/09, *Intel Corp. c/. Commission européenne*. Le Tribunal avait également dit pour droit qu'il « n'est pas nécessaire d'examiner selon un test connu en anglais sous le nom de « as efficient competitor test » si la Commission a correctement vérifié la capacité des rabais d'évincer un concurrent aussi efficace qu'Intel. » Un pourvoi devant la Cour de justice a toutefois été formé.
3. Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'art.82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes : « Si les données font clairement ressortir qu'un concurrent aussi efficace peut concurrencer efficacement les pratiques de prix de l'entreprise dominante, la Commission en déduira en principe que ces pratiques ne risquent guère d'avoir un effet préjudiciable sur la concurrence effective et donc sur les consommateurs ; il est alors peu probable qu'elle interviendra ».
4. Cour de justice, 22 octobre 2015, affaire C-194/14, *AC-Treuhand AG c/. Commission*.
5. Commission européenne, 11 novembre 2009, affaire COMP/38.589, *Stabilisants thermiques*.
6. Cour de justice, 22 octobre 2015, affaire C-194/14, *AC-Treuhand AG c/. Commission*, pt. 27.
7. Tribunal de l'Union européenne, 16 décembre 2015, affaires T-9/11 *Air Canada*, T-28/11 *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij*, T-36/11 *Japan Airlines*, T-38/11 *Cathay Pacific Airways*, T-39/11 *Cargolux Airlines International*, T-40/11 *Latam Airlines Group e.a.*, T-43/11 *Singapore Airlines e.a.*, T-46/11 *Deutsche Lufthansa e.a.*, T-48/11 *British Airways*, T-56/11 *SAS Cargo Group e.a.*, T-62/11 *Air France-KLM*, T-63/11 *Société Air France* et T-67/11 *Martinair Holland c/. Commission*.
8. Tous les transporteurs à l'exception de Qantas.
9. Tribunal des Conflits, 16 novembre 2015, décision n° 4035, *Région Ile-de-France c/. M. N. et autres*.
10. Autorité de la concurrence, décision n°15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express.
11. *Emerald Supplies Ltd v British Airways Plc* [2015] EWCA Civ 1024.
12. Décision B2-98/11 du Bundeskartellamt du 26 août 2015, *ASICS Deutschland GmbH, Neuss*.
13. Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence du 18 novembre 2015 : « Vente en ligne ».
14. Autorité de concurrence belge, Communiqué de presse N°16/2015, 1 octobre 2015, *The Competition College of the Belgian Competition Authority has imposed a fine of 5.000 euros on Sanoma Media Belgium because they impeded an investigation by the late provision of information*.
15. Note de bas de page 177 de la décision précitée.
16. Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal, 6 octobre 2015, *Ziggo c/. ACM*.
17. Loi fédérale russe n° 275-FZ du 5 octobre 2015.
18. Cour suprême des Etats-Unis, 25 février 2015, *North Carolina State Board of Dental Examiners c/. Federal Trade Commission*, affaire n° 13-534.
19. FTC Staff Guidance on Active Supervision of State Regulatory Boards Controlled by Market Participants, 14 octobre 2015, disponible à l'adresse suivante : https://www.ftc.gov/system/files/attachments/competition-policy-guidance/active_supervision_of_state_boards.pdf [consulté le 8 mars 2016].
20. Voir : A.Tercinet, « Le volet américain de l'affaire E.books » [2014] RDAI 96.
21. Voir Compliance is a Culture, Not Just a Policy, discours en date du 9 septembre 2014, p.3.
22. Voir Compliance is a Culture, Not Just a Policy, discours en date du 9 septembre 9, 2014, p.3.

23. At the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust, 8 juin 2015, p.3, discours disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/speeches-0> [consulté le 8 mars 2016].
24. At the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust, 8 juin 2015, p.3, discours disponible à l'adresse suivante : <https://www.justice.gov/atr/speeches-0> [consulté le 8 mars 2016].
25. Voir : Barclays PLC Plea Agreement §13. Disponible sur <https://www.justice.gov/file/440481/download> [consulté le 8 mars 2016].
26. Voir : US Sentencing Memorandum, *United States v. Kayaba Indus*, 1 :15-CR-00098, ECF 21 (SD Ohio October 5, 2015).
27. Commencement Notice for the Competition Ordinance (Cap. 619).
28. Ce Tribunal sera compétent pour juger des actions ouvertes par l'autorité de concurrence (dite « *Competition Commission* ») ou des actions privées.
29. Competition Commission, *Enforcement Policy*, 19 novembre 2015.
30. Voir A. Tercinet, (2013) 1 RDAI 70, « Chine: une deuxième étape vers la coopération avec la signature d'un protocole d'accord sur la coopération en matière anti-monopole ».
31. Voir : Propos de la Commissaire Margrethe Vestager dans le European Commission Press release, IP/15/5843.
32. Voir : Paragraphes 3 et 4 du *Cadre de bonnes pratiques portant sur la coopération en matière de contrôle des concentrations*.
33. Voir Paragraphes 5 du *Cadre de bonnes pratiques portant sur la coopération en matière de contrôle des concentrations*.
34. Voir : A. Tercinet, (2015) 3 RDAI, « Premières publications en matière de contrôle des opérations de concentration ».
35. Voir : Dr S. Jungermann et J. Steger, *China gets serious gun-jumping-European Commission and China sign best practices cooperation framework*, LEXOLOGY, October 15, 2015.
36. Voir : A. Tercinet (2011) 6 RDAI 665, « Accord de coopération entre les Etats-Unis et la Chine ».