

ACTUALITÉS

- 1. Droit du commerce international et de la concurrence**
International Trade and Competition Law
- 2. Émergence 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

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

POLITIQUES DE CONCURRENCE

COMPETITION POLICIES

Nathalie JALABERT-DOURY*, Laurent NOUVEL*, Delphine LE MAREC*

Responsable de la chronique : Nathalie JALABERT-DOURY, Avocat à la Cour, chargée d'enseignement en Master, Paris I et Paris X.

I. UNION EUROPÉENNE

1. Pratiques anticoncurrentielles

Affaire Telefónica : sanction exemplaire et interférence de l'Autorité nationale de régulation des télécommunications

« Je ne tolérerai pas que des entreprises dominantes fixent des prix qui entravent la libéralisation du marché des télécommunications ». C'est en ces termes que Neelie Kroes a

I. EUROPEAN UNION

1. Anti-Competitive Practices

Telefónica: Exemplary Fine and Interference with the National Telecommunications' Authority

" I will not allow dominant companies to set prices that undermine telecoms liberalisation". It is in these terms that Neelie Kroes commented the European

* Avocats, Sokolow, Carreras & Associés, Paris.

Commission decision which imposed a fine of euros 151.8 million to the Spanish incumbent telecommunications operator on 4 July 2007 because of a “very serious” abuse of dominant position on the Spanish broadband market.

According to the Commission, being the only Spanish telecommunications operator with a nation-wide fixed telephone network, Telefónica is still controlling the entire ADSL value chain in Spain. Apart from building their own local access network which is uneconomical, new entrants have no other choice than purchasing wholesale broadband access products from Telefónica, namely local loop unbundling, regional and national wholesale access.

It results from the Commission's press release that Telefónica has imposed during more than 5 years unfair prices, by squeezing margins between retail prices invoiced to competitors and wholesale prices invoiced to its customers. Thus, the difference between Telefónica's wholesale prices, at both national and local levels, and retail prices did not enable an operator “as efficient as” Telefónica for retailing broadband access to cover up its expenses. The latter had no other choice than either exiting the market or incurring losses.

The Commission underlines that Spanish consumers had to pay 20 % more than the European average price for ADSL internet access because of high wholesale prices and decreased competition on the retail broadband access market. It explains the weaker penetration rate of broadband access in the Spanish market compared to the European average.

Neelie Kroes justified the high level of fine by considering that the fines imposed to Deutsche Telekom (euros 12.60 million) and to Wanadoo (euros 10.35 million) in 2003 “were not sufficiently deterrent”. In the present case, the Spanish market is wider than French and German markets, reviewed in these decisions. Moreover, Telefónica would not have ended this margin squeeze by lowering its wholesale prices on its own initiative. The Commission wanted to give a strong warning, saying its decision consisted in “an important precedent for the assessment of similar cases in other sectors, in particular network

commenté la décision du 4 juillet 2007¹ par laquelle la Commission européenne a infligé une amende de 151,8 millions euros à l'opérateur téléphonique historique espagnol Telefónica, pour avoir «*gravement abusé*» de sa position dominante sur le marché espagnol de l'accès à large bande.

Seul opérateur espagnol de télécommunications disposant d'un réseau de téléphonie fixe dans tout le pays, Telefónica contrôle encore, selon la Commission, l'ensemble de la chaîne de valeur de l'ADSL en Espagne. Hormis l'option anti-économique de mettre en place leur propre réseau d'accès local, les nouveaux arrivants n'ont donc pas d'autre choix que d'acheter au prix de gros les produits d'accès à large bande de Telefónica, notamment le dégroupage de la boucle locale, l'accès en gros au niveau régional et l'accès en gros au niveau national.

Selon le communiqué de presse de la Commission, Telefónica a imposé pendant plus de cinq ans des prix déloyaux, sous forme de compression des marges entre les prix de gros facturés à des concurrents et les prix de détail facturés à ses propres clients. Ainsi, l'écart entre les prix de gros, tant au niveau national qu'au niveau régional, et les prix de détail de Telefónica, ne permettait pas de couvrir les coûts supportés par un opérateur «*aussi efficace*» que Telefónica pour la fourniture au détail de l'accès à large bande. Ce dernier n'avait dès lors d'autre choix que de quitter le marché ou subir des pertes.

La Commission souligne qu'en raison des prix de gros élevés et de l'affaiblissement de la concurrence sur le marché de détail de l'accès à large bande, les consommateurs espagnols devaient payer 20 % de plus que la moyenne européenne pour avoir accès à Internet à haut débit, ce qui explique un taux de pénétration de l'accès à large bande sur le marché espagnol inférieur à la moyenne européenne.

Neelie Kroes a notamment justifié ce niveau d'amende en déclarant que les amendes infligées à Deutsche Telekom et Wanadoo, en 2003 (respectivement de 12,6 millions d'euros et 10,35 millions d'euros) «*n'avaient pas été suffisamment dissuasives*». En l'espèce, le marché espagnol est plus vaste que les marchés français et allemand examinés dans ces deux précédentes décisions. De surcroît, Telefónica n'aurait pas mis fin de sa propre initiative à cette compression des marges en abaissant ses prix de gros. La Commission a donc voulu envoyer un signal fort, affirmant que sa décision constituait «*un précédent important pour l'évaluation d'affaires semblables dans d'autres secteurs, en*

particulier sur les marchés des réseaux, qui ont été libéralisés récemment ou sont en passe de l'être, et sur lesquels les opérateurs historiques pourraient essayer d'abuser de leur position dominante».

Outre le caractère exemplaire de l'amende, cette décision contre laquelle Telefónica entend déposer un recours illustre les interférences possibles entre la Commission et les autorités nationales de régulation des télécommunications. Tout en écartant la responsabilité de l'Autorité espagnole de régulation invoquée par Telefónica (elle n'avait pas conclu à une compression de marges), la Commission indique que celle-ci avait uniquement analysé les prix de gros au niveau régional et non ceux au niveau national, qui représentaient environ 70 % des prix couverts par cette décision. Elle s'était en outre basée sur une analyse *ex ante* du marché, fondée sur des prévisions fournies par Telefónica en 2001, et non sur une analyse *ex post* comme la Commission. Cette différence d'approche mérite d'être soulignée à l'heure où la Commission envisage la mise en place d'un régulateur européen des télécommunications afin de limiter les distorsions entre États-membres dans le traitement des dossiers.

(NJD et LN)

Intervention de la Commission européenne en qualité d'*amicus curiae*

La Commission européenne semble, pour la première fois, avoir fait usage de la faculté de l'article 15, paragraphe 3 du Règlement N° 1/2003, qui lui permet d'intervenir en qualité d'*amicus curiae* dans une procédure pendante devant une juridiction nationale. En application de cette disposition, la Commission et les juridictions nationales se doivent de coopérer pour garantir une application cohérente des articles 81 et 82 CE. A ce titre, la Commission peut intervenir d'office en présentant des observations écrites et, avec l'autorisation de la juridiction, en présentant des observations orales.

C'est dans une procédure pendante devant la Cour d'appel de Paris mettant en cause l'application du Règlement d'exemption automobile N° 1400/2002, et notamment les critères de sélection du système de distribution, que la Commission a décidé d'intervenir en qualité d'*amicus curiae* pour éviter une application incohérente des articles 81 et 82 CE.

industries that have been recently liberalized or are in the process of being liberalized and in which incumbent operators may attempt to abuse their dominant position".

In addition to the deterrent aspect of the fine, this decision – which will probably be subject to the review of the European Court of Justice – shows how the activities of national telecommunications regulatory authorities and the Commission can interfere. After rejecting the potential liability of the Spanish telecommunications Authority invoked by Telefónica (which had not concluded to a margin squeeze), the Commission states that the Spanish authority only assessed regional wholesale prices, not those at national level, which represented 70 % of prices covered by this decision. The Spanish authority has also based its decision on an *ex ante* assessment of the Spanish market, based on estimates provided by Telefónica in 2001 and not on an *ex post* assessment as used by the Commission. Such a divergence of views is to be noted at the moment the Commission proposes to set up a European telecommunications authority in order to avoid differences in the treatment of cases by national authorities.

(NJD et LN)

The European Commission Intervenes as *Amicus Curiae*

The Commission has used, apparently for the first time, the faculty offered by article 15 §3 of Regulation N° 1/2003, to intervene as *amicus curiae* in pending proceedings before a national Court. Pursuant to this article, the Commission and national Courts have to cooperate to insure consistent application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty. The Commission can intervene on its own initiative by presenting written comments and, with the consent of the national Court, by presenting oral observations.

The Commission decided to intervene as *amicus curiae* in a pending proceeding before the Appeal Court (*Cour d'appel*) of Paris in order to avoid any inconsistent application of Articles 81 and 82 of the EC Treaty. The case at hand related to the application of the Motor Vehicle Block Exemption Regulation N° 1400/2002 and more precisely the selection criteria in selective distribution.

The Commission has chosen neither to disclose its written observations to public nor to announce by a press release its *amicus curiae* intervention. The case is only mentioned on its internet website, on the national courts judgment page, the ruling itself dated 7 June 2007 reading “*in the presence of the European Commission*” and “*written observations of the European Commission, also heard with oral observations presented after Court authorization pursuant to article 15 §3 of Regulation n° 1/2003*”.

(DLE)

2. Mergers

Consolidated Orientations about Jurisdiction in Merger Control

The Commission has adopted a new “*Commission consolidated jurisdictional Notice*” to establish jurisdiction in merger control procedures. This Notice has three purposes.

First of all, this Notice codifies the four actual Notices adopted by the Commission in 1998 concerning the concept of concentration, the concept of concentrations between undertakings, the concept of full-function joint ventures and the calculation of turnover.

It also aims at adapting those 1998 Notices, which had not yet been modified, to the texts amended since then and in particular to the Regulation N° 139/2004 concerning merger control.

Finally, this new Notice incorporates the case law of the Court of First Instance (CFI) and the evolution in the Commission’s practice in order to allow an easier application of European merger control. The Commission has notably introduced new developments concerning e.g. acquisition of control by investment funds and outsourcing of in-house activities. It also

La Commission a choisi de ne pas communiquer au public ses observations écrites, ni d’avertir par voie de communiqué de presse de son intervention en qualité d’*amicus curiae*. Ce n’est que par la mise en ligne de l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 7 juin 2007 sur la page juridictions nationales de son site internet et par la lecture de cet arrêt qui mentionne « *en présence de la Commission européenne* » et au visa « *les observations écrites de la Commission européenne, également entendue en ses observations orales présentées avec l’autorisation de la Cour par application de l’article 15, alinéa 3 du Règlement CE n° 1/2003* »² que le public a pu prendre connaissance de cette intervention en qualité d’*amicus curiae*.

(DLE)

2. Concentrations

Orientations consolidées concernant les compétences en matière de contrôle des concentrations

Le 10 juillet 2007, la Commission a publié une nouvelle Communication intitulée « *Communication juridictionnelle consolidée de la Commission* »³ pour déterminer les questions de compétences en matière de contrôle de concentrations. Cette Communication a un triple objectif.

Elle a tout d’abord pour objet de codifier et donc de remplacer les quatre communications actuelles adoptées par la Commission en 1998 relatives à la notion de concentration, à la notion d’entreprises communes de plein exercice, à la notion d’entreprises concernées et au calcul du chiffre d’affaires.

Cette codification vise également à adapter ces communications de 1998, qui n’ont fait l’objet d’aucune modification depuis, aux textes modifiés depuis et notamment au Règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations.

Enfin, la nouvelle Communication intègre la jurisprudence du TPI et l’évolution de la pratique décisionnelle de la Commission pour une détermination plus aisée de l’application du contrôle communautaire des concentrations. En effet, la Commission prend soin de pointer des éléments nouveaux tels que la prise de contrôle par des fonds communs de placement⁴, la définition de l’objet du contrôle dans le cas d’externalisation d’activités⁵. Elle consacre également des développements à des notions qui jusque là

ressortaient uniquement de sa pratique décisionnelle et de la jurisprudence du TPI comme la question des opérations interdépendantes et des séries d'opérations sur titres⁶.

La Commission complète ainsi les éléments d'analyse du contrôle en utilisant les dernières évolutions en la matière tel que l'avis non publié de l'Avocat général Kokott dans l'affaire C-202/06 du 26 avril 2007 dans lequel ce dernier a offert la possibilité de prendre en compte la première notification dès lors que la date est antérieure à la conclusion pour date d'établissement de la compétence de la Commission⁷.

La nouvelle Communication n'a pas vocation à traiter des questions de renvois entre autorités de concurrence qui font l'objet d'une Communication récente de 2005, la Communication relative aux renvois⁸.

(DLE)

Épilogue dans l'affaire Schneider – Legrand : la Commission condamnée par le TPI à verser des indemnités

La Commission est condamnée pour la première fois à verser des indemnités dans le cadre du contrôle des concentrations par un arrêt du TPI du 11 juillet 2007⁹.

On se souvient que par les arrêts très remarquables du 22 octobre 2002, le Tribunal de première instance avait annulé le veto de la Commission et la décision subséquente ordonnant à Schneider de se séparer de Legrand. Compte tenu des doutes persistants de la Commission lors du réexamen de l'opération après cette annulation, notamment s'agissant de l'aptitude des mesures correctives de Schneider à rendre la fusion compatible avec le Marché commun, cette dernière avait renoncé à l'opération et cédé les actifs de Legrand au consortium Wendel/KKR. Schneider avait ensuite saisi le TPI d'un recours en indemnité visant à obtenir la réparation du préjudice qu'elle estimait avoir subi du fait de l'illégalité de la décision d'incompatibilité constatée par le Tribunal, le 22 octobre 2002.

Si cette condamnation risque de faire jurisprudence et d'inciter les entreprises dans la même situation à introduire un recours, le Tribunal rappelle toutefois que l'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté est subordonné à l'existence d'un comportement illicite de ses institutions, apprécié selon le critère de la méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à leur

enlightens concepts which were only contained in CFI rulings and in Commission's decisions such as interdependent transactions and series of transactions in securities.

The Commission thus completes elements of analysis, including those resulting from the latest evolutions, such as the unpublished Advocate General's Opinion on case C-202/06 (26 April 2007) in which he mentions the possibility to take into account the date of the first notification if it is earlier than the date of the execution of the agreement to establish the Commission's jurisdiction.

This Notice does not cover case referrals, which are dealt with under a separate Notice on Case Referrals.

(DLE)

Epilogue in the Schneider-Legrand Case: the Commission Ordered to Pay Compensation by the CFI

For the first time, the Commission has been ordered to pay compensation in the frame of its merger control activities by a CFI judgment of 11 July 2007.

In the well-known judgments of 22 October 2002, the CFI annulled the Commission's veto and its subsequent decision compelling Schneider to divest Legrand. As the Commission maintained doubts during its second review of the transaction after the annulment, in particular on whether Schneider's remedies were adequate to render the merger compatible with the common market, Schneider abandoned the transaction and resold Legrand's assets to the Wendel/KKR consortium. Schneider brought an action for damages before the CFI to obtain compensation of the loss which it claimed having suffered as a result of the annulment of the prohibition decision by the CFI on 22 October 2002.

If this judgment is likely to encourage companies in the same situation to bring such an action, the CFI has however recalled that the non-contractual liability of the Community is only triggered by an unlawful conduct of the Community's institutions, defined as a manifest and grave disregard of the limits on their

powers of assessment. Moreover, the party who engages the Community's liability must prove its loss and establish a sufficient causal link between this damage and the unlawful conduct of the concerned institution.

In the present case, the breach of Schneider's rights of defence is considered as a manifest and grave disregard of the limits on the Commission's power of assessment.

This infringement of Schneider's rights of defence resulted from the fact that the Commission had advanced for the first time in its decision an objection relating to the "buttressing", in the French sectoral markets, of Schneider's dominant position in the sector of electrical panel-board components with Legrand's leading position in the downstream electrical equipment segments. The CFI notes that this difference with the objections of statement (which invoked an "overlapping" in the activities of Schneider-Legrand in certain markets) prevented Schneider from proposing remedies in order to reduce or suppress this buttressing situation. The Court indeed underlines the necessity for parties to an EC merger transaction to make their point of view known and therefore to be clearly informed, in a reasonable time, of the main objections raised by the Commission against them. The CFI adds that this protection, which is one of the fundamental protections in the Community legal order that benefit to the implementation of administrative proceedings, has a particular importance in merger control procedure.

In addition, the existence of a real loss and a sufficiently direct causal link still had to be proved. In this respect, the CFI retains a sufficient causal link between the illegality vitiating the decision of incompatibility and two financial losses incurred by Schneider.

The first includes the expenses incurred by Schneider relating to the new merger control procedure which was undertaken by the Commission following the annulments by the CFI on 22 October 2002. The second corresponds to the reduction in the divestiture price which Schneider had to concede to Wendel/KKR in order to obtain a postponement of the execution of that divestiture in awaiting the outcome of the CFI procedure. However, the latter loss is partially compensated up to two-thirds, the CFI considering that

pouvoir d'appréciation¹⁰. La partie qui met en cause la responsabilité de la Communauté doit en outre démontrer son préjudice et établir un lien suffisamment direct de cause à effet entre ce dommage et le comportement incriminé de l'institution mise en cause.

En l'espèce, la méconnaissance des droits de la défense de Schneider est considérée comme une méconnaissance manifeste et grave par la Commission des limites qui s'imposent à elle.

Cette violation des droits de la défense de Schneider résulte du fait que la Commission a invoqué pour la première fois dans sa décision une objection tirée de « l'adossement », sur les marchés sectoriels français, de la position dominante de Schneider dans le secteur des composants pour tableaux électriques, à la position prépondérante de Legrand sur les segments des appareillages électriques d'aval. Le Tribunal constate que cette discordance avec la communication des griefs (qui invoquait un « chevauchement » des activités de Schneider-Legrand sur certains marchés) a empêché Schneider de proposer des mesures correctives permettant de réduire ou de supprimer cette situation d'adossement. Il souligne surtout la nécessité pour les entreprises parties à une opération de concentration communautaire d'être mises en mesure de faire connaître leur point de vue et d'être pour cela clairement informées, en temps utile, de l'essentiel des objections soulevées par la Commission à leur encontre. Il ajoute que « cette garantie, qui relève des garanties fondamentales dont l'ordre juridique communautaire assortit l'accomplissement des procédures administratives, revêt une importance particulière pour le contrôle des opérations de concentration ».

Il convient toutefois encore de démontrer l'existence d'un préjudice réel et d'un lien suffisamment direct de causalité. A cet égard, le Tribunal retient un lien de causalité suffisant entre l'illégalité entachant la décision d'incompatibilité et deux préjudices financiers supportés par Schneider.

Le premier correspond aux frais encourus par l'entreprise pour participer à la reprise du contrôle de l'opération de concentration après les annulations prononcées par le Tribunal, le 22 octobre 2002. Le second correspond à la réduction du prix de cession qu'a dû consentir Schneider à Wendel/KKR pour obtenir un report de la réalisation effective de cette cession. Toutefois, ce préjudice est partiellement indemnisé, à raison des deux tiers, le Tribunal estimant

que Schneider a concouru à la réalisation de son propre dommage en assumant le risque d'une déclaration d'incompatibilité *a posteriori* et l'éventualité d'une revente forcée des actifs de Legrand.

Les parties communiqueront au Tribunal le montant du premier préjudice dans un délai de trois mois à compter du prononcé de l'arrêt. Il revient à un expert d'évaluer le deuxième préjudice.

Consciente du risque de multiplication des actions en indemnité, la Commission a décidé de former un pourvoi devant la Cour de Justice¹¹, qui pourrait néanmoins impliquer une confirmation de sa responsabilité par la Cour. Elle considère que les conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de la Communauté ne sont pas remplies dans cette affaire. La Commission conteste d'abord que la violation des droits de la défense de Schneider Electric ait pu constituer la « violation suffisamment caractérisée » requise par la jurisprudence. Elle estime en outre que le principal préjudice identifié par le Tribunal, à savoir une réduction du prix auquel Schneider a revendu Legrand au consortium Wendel-KKR, n'a aucun lien de causalité direct avec la faute qu'elle aurait commise dès lors que Schneider a mis un terme de sa propre initiative au réexamen de son projet d'acquisition de Legrand, en cédant cette dernière au consortium Wendel-KKR, sans attendre la décision de la Commission.

(LN)

Veto de la Commission au rapprochement de Ryanair et Aer Lingus: un changement de politique dans le secteur aérien ?

Par une décision du 7 juin 2007¹², la Commission européenne s'est opposée au projet de rachat d'Aer Lingus par Ryanair, malgré sa politique généralement favorable dans ce secteur ces dernières années.

Ryanair et Aer Lingus sont les principaux concurrents pour les vols courts à destination et au départ de l'Irlande. Selon la Commission, elles occupent une forte position sur le transport aérien à destination et au départ de Dublin où elles auraient réalisé 80 % de l'ensemble du trafic intra-européen en cas de fusion.

Conformément à l'approche adoptée dans les précédentes affaires de concentration concernant le secteur aérien¹³, la

Schneider had contributed to its own loss by undertaking the risk of a subsequent incompatible decision and a possible obligation to resell Legrand's assets.

The parties must inform the CFI of the amount of the first category of loss within a period of three months from the date of the judgment. An expert will assess the second category of loss.

Aware of the possibility of increased actions for damages, the Commission decided to file an appeal before the European Court of Justice (ECJ) which could however confirm the CFI's ruling. The Commission considers that the conditions to incur non-contractual liability of the Community are not met in the present case. First of all, the Commission contests that the infringement of Schneider Electric's rights of defence could characterize a "sufficiently serious breach" as required by case law. In addition, it considers that the main loss identified by the CFI – the price reduction granted by Schneider to resell Legrand to the consortium Wendel/KKR – does not have any direct causal link with the fault the Commission would have committed, since Schneider itself ended the second control of its intended acquisition of Legrand, by reselling the latter to the consortium Wendel/KKR before the Commission's decision.

(LN)

Veto of the Commission on Aer Lingus Acquisition by Ryanair

In its decision of 7 June 2007, the Commission has prohibited the proposed takeover of Aer Lingus by Ryanair, despite a policy traditionally in favor of air transport sector these last years.

Ryanair and Aer Lingus are the two main competitors on short-haul flights to and from Ireland. According to the Commission, they have a particularly strong position to and from Dublin, where the merged entity would have reached around 80 % of all intra-European traffic.

In line with its approach in other previous airline companies' merger cases, the Commission has ana-

lyzed the consequences of the merger on routes on which both companies' activities overlap.

The Commission had to assess for the first time a merger between the two most important companies in a single country, both operating from the same "home" airport (Dublin).

In addition, the Commission had to assess a merger between two airline companies having a low-cost activity and operating on a point-to-point basis.

The transaction would have led to an unprecedented number of overlap routes, Aer Lingus and Ryanair being in direct competition on 35 routes from and to Ireland. The merger would have created a monopoly for 22 routes of these 35 routes. Moreover, Aer Lingus and Ryanair being also in competition on other routes, the operation would have significantly restrained consumer choice with the merged entity holding more than 60 % of the market shares.

The investigations showed the existence of important entry barriers for competitors, not only because of congestion at Dublin airport and other airports on the overlapping routes, but also because of the dominant position of Ryanair and Aer Lingus benefiting from their recognized brands in Ireland. In addition, Ryanair is known for aggressive retaliations against new entrants. Besides, the merged entity would have had more flexibility to engage in selective short-term price reductions on certain routes and would have strengthened its capacity to protect its powerful market position against competitors' attempts to enter routes to and from Ireland. The investigations also showed that few competitors entered in the market these last years, the second low-cost company (Easyjet) failed in 2006.

Compared to previous merger cases, the Commission declared that the scope of the remedies proposed by the parties was insufficient to enable the entry of new competitors on the market (because of the limited number of slots offered).

Commission a analysé les conséquences du projet sur les liaisons pour lesquelles les activités des deux compagnies se chevauchent.

Toutefois, cette affaire présentait plusieurs différences avec les précédentes fusions entre des compagnies aériennes.

Pour la première fois, la Commission devait en effet se prononcer sur un projet de fusion entre les deux principales compagnies aériennes d'un même pays, ayant toutes deux le même aéroport « d'attache » (Dublin).

Elle devait en outre analyser une fusion entre deux compagnies aériennes opérant à bas coûts et ayant des activités de point à point.

Enfin, le nombre de liaisons où les activités des parties se chevauchent était par ailleurs sans précédent, Aer Lingus et Ryanair étant actuellement en concurrence directe sur 35 lignes à destination et au départ d'Irlande. La fusion aurait créé une situation de monopole pour 22 de ces liaisons. Aer Lingus et Ryanair sont aussi concurrentes sur les autres lignes et l'opération aurait sensiblement restreint le choix proposé aux consommateurs puisque l'entité issue de la fusion aurait détenu plus de 60 % du marché.

L'enquête de la Commission avait également révélé l'existence de barrières à l'entrée significatives pour les compagnies concurrentes, qui tiennent non seulement à l'encombrement de l'aéroport de Dublin et d'autres villes pour les liaisons où les activités se chevauchent, mais surtout à la très forte position de Ryanair et d'Aer Lingus en Irlande qui bénéficient de marques bien implantées, et à la réputation de Ryanair de prendre des mesures de rétorsion agressives contre les tentatives de ses concurrents. La fusion aurait même donné à la nouvelle entité une plus grande souplesse pour lancer des réductions tarifaires ponctuelles sur certaines destinations et renforcé sa capacité à protéger sa puissante position de marché contre d'éventuelles tentatives concurrentielles sur des liaisons à destination et au départ de l'Irlande. L'enquête a d'ailleurs montré que peu de nouveaux concurrents sont apparus ces dernières années, le second opérateur à bas coûts (Easyjet) ayant d'ailleurs échoué en 2006.

Contrairement aux précédentes affaires, les remèdes proposés par les parties ont été jugés insuffisants par la Commission pour accrédi-ter la possibilité pour de nouveaux opérateurs d'entrer sur le marché¹⁴ (en raison du nombre restreint de créneaux horaires proposés).

Au final, cette décision d'interdiction ne semble donc pas devoir être analysée comme une remise en question de la politique de la Commission plutôt favorable à l'égard du mouvement de consolidation du secteur du transport aérien. Elle rappelle en revanche que cette consolidation ne doit pas se faire au détriment du consommateur. Neelie Kroes a ainsi déclaré : « *Notre décision était essentielle pour protéger les consommateurs irlandais qui sont très dépendants du transport aérien ainsi que les autres consommateurs européens. Les monopoles leur sont préjudiciables car ils restreignent les choix proposés, entraînent une baisse de la qualité et tirent les prix à la hausse. Les compagnies aériennes à bas coûts comme Ryanair ne font pas exception à la règle* ». Le dossier n'est cependant pas clos puisque Ryanair a introduit un recours contre la décision.

(LN)

(LN)

II. ÉTATS-MEMBRES DE L'UE

UK : les réformes du contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations fait actuellement l'objet de deux propositions de réforme au Royaume-Uni.

Une première proposition de réforme concerne l'instauration d'un contrôle obligatoire des concentrations¹⁵. En effet, le Royaume-Uni demeure l'un des rares États à ne pas avoir adopté un tel système en la matière. Toutefois, les autorités constatent qu'il n'existe pas encore de consensus en faveur d'une modification de la législation.

Une seconde proposition de réforme introduite par l'*Office of Fair Trading* (OFT) consiste à réviser le seuil des concentrations d'importance mineure d'une part pour réduire le coût supporté par les entreprises et les contribuables et, d'autre part, pour accroître l'efficacité du contrôle uniquement sur les opérations pouvant avoir un impact significatif sur la concurrence. A ce titre, l'OFT a publié une consultation sur sa proposition de révision¹⁶ dans laquelle il propose d'augmenter le seuil de 400 000 £ à 10 millions £. Ainsi, les concentrations tombant en dessous de ce seuil ne pourraient plus être soumises à l'éventuel contrôle de la *Competition Commission*.

(DLE)

(DLE)

To conclude, this decision should not be analyzed as a reversal of the policy of the Commission, which remains in favor of a consolidation of air transport sector. However, the Commission reminds that such a consolidation must not harm consumers. In this respect, Neelie Kroes has declared: "*Our decision to prohibit this merger was essential to safeguard Irish consumers, who depend heavily on air transport, and other EU consumers. Monopolies are bad for consumers because they reduce choice, lower quality and give rise to higher prices. Low-cost carriers like Ryanair are no exception to this rule*". The case is not yet ended as Ryanair filed an appeal against the decision.

II. MEMBER STATES

UK: Reforms in Merger Control Procedure

Two reform proposals in merger control procedure are at the moment under review in the United Kingdom (UK).

A first proposal concerns the introduction of a mandatory control in merger procedure. UK is one of the last Member States with a purely voluntary system. However, the authorities note in this report that there is not yet a consensus in favor of changing the law.

A second proposal of reform introduced by the Office of Fair Trading (OFT) consists in reviewing the thresholds for *de minimis* mergers in order on the one hand, to reduce the cost incurred by companies and taxpayers and, on the other hand, to improve the efficiency of the control solely on mergers which may have significant impact on competition. In this respect, the OFT published a consultation on its reform proposal in which it proposed to increase the threshold of £ 400,000 up to £ 10 million. Therefore, mergers below that threshold would not anymore be subject to referral to the Competition Commission.

Sweden: Semi-Criminalization of Anti-Competitive Practices

The Swedish government has launched a program to reform the Swedish competition legislation. This legislation, set up in 1993, would need a number of modifications in order to continue on efficient fight against anti-competitive practices.

The working group set up by the government has notably examined the prospect of criminalization of cartels. However, because criminalization could have a dissuasive effect on the leniency program, disqualification orders have been preferred. Disqualification orders consist in banning a company executive to run a business consequently to an infringement of competition rules, especially agreement on prices, production limitation and market-sharing. Sweden would not be the first EU Member State to opt for such a system, also adopted by the UK. The Swedish Competition authority has endorsed these government proposals.

(DLE)

III. INTERNATIONAL

1. Other Competition Laws

China Adopts a New Competition Law

After years of debates, China has adopted on 30 August 2007 a new competition law, which will enter into force on 1 August 2008 and will be completed by other regulations. It represents a real progress as it contains rules inspired by EC Law in order to prohibit anticompetitive agreements, abuses of dominant position, and establish a merger control procedure. Foreign firms having a business in China must now consider these new rules in their strategy and review their commercial contracts to avoid any risk of violation after the entry into force of the law.

At this stage, a number of issues have not yet been fixed and companies will have to follow closely with their counsels the new regulations adopted and the first cases. For example, the definition of "control" in

Suède : semi criminalisation des pratiques anticoncurrentielles

Le gouvernement suédois a entrepris un mouvement de réforme de sa législation en matière de concurrence¹⁷. Celle-ci, datant de 1993, nécessiterait un certain nombre de modifications pour continuer à lutter efficacement contre les pratiques anticoncurrentielles.

Le groupe de travail mis en place par le gouvernement s'est notamment intéressé à la criminalisation des cartels. Cependant, la criminalisation pouvant avoir un effet dissuasif sur l'application du programme de clémence, l'idée a été écartée au profit de la procédure de « *disqualification order* », à savoir l'interdiction pour un dirigeant responsable d'une violation aux règles de la concurrence et, plus particulièrement, pour accords de fixation de prix, de limitation de production et de partage de marchés. La Suède ne serait pas le premier État-membre à faire ce choix, également retenu au Royaume-Uni notamment. L'Autorité de concurrence suédoise s'est associée aux propositions ainsi retenues par le Gouvernement suédois.

(DLE)

III. INTERNATIONAL

1. Autres droits

Chine : adoption d'une nouvelle loi sur la concurrence

Après plusieurs années de débats, la Chine vient d'adopter le 30 août 2007 une loi sur la concurrence qui entrera en vigueur le 1^{er} août 2008 et sera complétée par des textes réglementaires. Celle-ci représente une réelle avancée puisqu'elle comprend un ensemble de dispositions s'inspirant du droit communautaire et visant l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, des abus de position dominante et le contrôle des concentrations. Les entreprises étrangères ayant une activité en Chine doivent donc dès à présent tenir compte de ces précisions dans leur stratégie et revoir leurs contrats commerciaux pour éviter tout risque de sanction après l'entrée en vigueur de ce texte.

A cet égard, il subsiste encore plusieurs zones d'ombre qui obligeront les entreprises à suivre avec leurs conseils les règlements d'application et les premiers cas d'application.

Ainsi, la définition du contrôle dans la notion de concentration et des seuils de contrôle déclenchant la notification des opérations de concentration restent à préciser. En outre, des inquiétudes subsistent concernant certaines dispositions qui pourraient freiner les investisseurs étrangers. En particulier, la loi prévoit notamment expressément que toute acquisition d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers pouvant avoir des implications pour la sécurité nationale doit être soumise à un contrôle de « sécurité nationale ».

On notera enfin que la création d'une nouvelle autorité du droit de la concurrence est envisagée pour appliquer cette nouvelle législation.

(LN)

2. Coopération et dialogue international

OCDE : rapport sur les mesures correctives et les sanctions dans les cas d'abus de position dominante

Après deux années de tables rondes portant sur des thèmes relatifs à l'abus de position dominante tels que les pratiques d'éviction du marché, la concurrence par le mérite et les barrières à l'entrée, le Comité de la Concurrence de l'OCDE s'est intéressé aux mesures correctives et aux sanctions en matière d'abus de position dominante¹⁸.

La question des mesures correctives et des sanctions, que ce soit en matière de concentrations ou de pratiques anti-concurrentielles sont au cœur de l'actualité. En effet, les autorités de concurrence communautaire et nationales examinent de près les mesures correctives et les sanctions afin de garantir une meilleure efficacité et une meilleure adaptation de ces besoins. Plusieurs d'entre elles sont engagées dans l'évaluation des avantages et des inconvénients de ces diverses mesures.

Ces travaux de l'OCDE viennent utilement compléter ces travaux en cours¹⁹ ou finalisés²⁰ au niveau national.

(DLE)

mergers and the definition of thresholds triggering notification still have to be laid down. Moreover, some concerns remain about other provisions which could be restraining foreign investments. In this respect, the law expressly provides that acquisitions of Chinese companies by foreign investors with potential effects on national security must be submitted to a "national security" control.

A new authority in charge of competition is expected to implement the new law.

(LN)

2. Cooperation and Convergence

OECD: Report on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases

After two years of roundtables about different subjects related to abuse of dominant position such as market eviction, competition on the merits, or entry barriers, the OECD Competition Committee has released a report on remedies and sanctions in abuse of dominant position cases.

Remedies and sanctions in mergers as well as anti-competitive practices are presently under the focus. Indeed, a number of European and National competition authorities are presently analyzing remedies and sanctions in order to assess their efficiency and adaptation. Some of these authorities are even carrying detailed studies on the positive and negative aspects of these measures imposed on past decisions.

This OECD report provides a useful addition to these studies in progress or already available at the national level.

(DLE)

Notes

1. IP/07/1011 et MEMO/07/274.
2. CA Paris, 7 juin 2007, *SAS Garage Gremeau c. Daimler Chrysler France*, disponible à l'adresse suivante http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/national_courts/court_fr_en.html
3. Communication juridictionnelle consolidée de la Commission en vertu du Règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn_fr.pdf
4. Points 14 et 15 de la Communication juridictionnelle consolidée de la Commission.
5. Points 25, 26 et 27 de la Communication précitée.
6. Points 36 à 50 de la Communication précitée.
7. Point 156 de la Communication précitée.
8. *J.O. C 56*, du 5 mars 2005, p. 2.
9. TPI, 11 juillet 2007, T-351/03 *Schneider Electric SA c/ Commission*, <http://www.curia.europa.eu>
10. CJCE, 19 avril 2007, C 282/05 *P Holcim /Commission*.
11. Communiqué de presse du 6 août 2007, IP/07/1213.
12. Communiqué IP/07/893 et Memo/07/258.
13. Voir affaires Air France/KLM, Lufthansa/Swiss ou Lufthansa/Eurowings.
14. Voir notamment aff. T-177/04 – Easy Jet c/ Commission.
15. House of Lords Select Committee on Regulators, *Submission from the Competition Commission, Covering Note*, 9 February 2007: http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/consultations/responses/pdf/cc_hol_covering_note_and_submission.pdf
16. OFT, *Consultation on proposed revision to Mergers Substantive assessment guidance, exception tot the duty to refer: markets of insufficient importance*: http://www.of.gov.uk/shared_of/consultations/of933con.pdf
17. Article publié sur le site de l'Autorité de concurrence suédoise, « *Business ban on people who join cartels* », disponible à l'adresse suivante : http://www.kkv.se/t/NewsPage____2463.aspx
18. <http://www.oecd.org/dataoecd/20/17/38623413.pdf>
19. *Revue Concurrences* n° 2-2007, « Le suivi de l'exécution des engagements dans les concentrations françaises » ; le projet révisé de la Communication sur les mesures correctives en matière de concentrations de la Commission disponible à l'adresse : http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf
20. Rapport de la *Competition Commission* de janvier 2007, « Understanding past merger remedies : report on case study research », disponible à l'adresse suivante : http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/understanding_past_merger_remedies.pdf