

## 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

Laurent NOUVEL\*, Delphine LE MAREC\*, Pauline LE MORE\*\* & Anne TERCINET\*\*\*

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

#### I. ÉTUDE

**La consultation de la Commission sur le projet de procédure de transaction dans le domaine des ententes : Une nouvelle forme de coopération, complémentaire de la clémence, équivalent « du plaider coupable »**

La Commission a lancé, le 26 octobre 2007<sup>1</sup>, une consultation publique sur son projet d'instauration d'une procédure

#### I. STUDY

The Commission's consultation on a draft legislative package on a settlement procedure for cartels: a new form of cooperation, complementary to leniency, equivalent to "plea bargaining"

The Commission launched on October 26, 2007, a public consultation on a draft legislative package to

\* Avocats, Carreras, Barsikian, Robertson & Associés, Paris.  
\*\* Avocat, SCP Wenner. \*\*\* Professeur E. M. Lyon.

allow a settlement procedure for cartel cases. Comments of third parties such as companies should be made by December 21, 2007.

This draft legislative package is composed of a proposal for a Commission Regulation amending Regulation n° 773/2004 as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, and a Commission Notice proposal on the conduct of settlement proceedings in view of the adoption of Decisions pursuant to Articles 7 and 23 of the EC Regulation n° 1/2003 in cartel cases.

The Commission wants to complete existing proceedings on co-operation to fight hardcore cartels. While leniency tends to lower investigation costs by creating a method making possible voluntary production of evidence by companies members of cartels, the main aim leading the Commission's action in this settlement procedure is to lower proceedings cost, and even shorten proceedings. The settlement procedure's main purpose is to obtain from the guilty companies their acknowledgment of the facts, such as the scope and length of their participation in the cartel. In return, these companies will obtain a reduction of the amount of their fine.

#### **A. Description of the Proposed Settlement Procedure**

While the leniency program intervenes before any investigation, either before or after the investigation started without successful results, the proposed settlement procedure would intervene either after the opening of proceeding, as soon as the Commission holds evidence of a violation of Article 81 of the EC Treaty, or after the opening of the leniency procedure, but always prior to statement of objections.

During this phase prior a statement of objections, where the Commission holds evidence of companies and/or an association of companies' involvement in the cartel, these latter would be offered to settle.

##### **1. The Commission's Discretion to Initiate a Settlement**

The Commission considers it is capable of determining which cases may be suitable for settlement,

de transaction dans le domaine des ententes. Les observations des milieux d'affaires devaient lui être transmises au plus tard le 21 décembre.

Ce projet<sup>2</sup> se compose d'un Projet de règlement CE modifiant le Règlement CE n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, auquel serait adossé un Projet de Communication de la Commission, relatif aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du Règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente.

La Commission cherche à compléter le dispositif procédural de coopération existant en matière de lutte contre les ententes injustifiables<sup>3</sup>. Alors que la clémence vise à diminuer les coûts d'enquête en créant un outil permettant la fourniture volontaire de preuves par les entreprises engagées dans le cartel, l'objectif général poursuivi par la Commission dans cette proposition de transaction est de diminuer les coûts procéduraux, voire de raccourcir la procédure. La finalité première de cet outil est la reconnaissance des faits par les entreprises contrevenantes, notamment l'ampleur de leur participation à l'entente et sa durée. En contrepartie, la récompense offerte aux entreprises serait la réduction du montant de l'amende<sup>4</sup>.

#### **A. Une description de la procédure de transaction envisagée**

Alors que la procédure de clémence intervient soit avant toute enquête, soit après que l'enquête ait commencé mais sans succès, la procédure de transaction envisagée interviendrait soit après ouverture de l'enquête, dès lors que la Commission serait en possession de preuves de la violation de l'article 81 du Traité CE, soit après ouverture d'une procédure de clémence, mais toujours avant la communication des griefs<sup>5</sup>.

Dans cette phase d'avant la communication des griefs où la Commission possède les preuves de la participation d'entreprises et/ou association d'entreprises à l'entente, ces dernières se verraient offrir la possibilité de transiger<sup>6</sup>.

##### **1. Une initiative laissée à la discrétion de la Commission**

Estimant qu'elle est pleinement à même d'identifier les affaires en cours pouvant se prêter à transaction, c'est-à-

dire présentant une probabilité réelle d'aboutir dans un délai raisonnable à un constat commun de la réalité des faits et des responsabilités de chaque partie, la Commission souhaite pouvoir proposer à des parties à une affaire d'entrer dans cette procédure de transaction<sup>7</sup>.

Selon le projet, la Commission pourrait prendre l'initiative en adressant aux parties une « demande de manifestation d'intérêt à prendre part à des discussions, en vue de parvenir à une transaction »<sup>8</sup>. Les parties se verraient offrir un délai<sup>9</sup>, d'au moins deux semaines<sup>10</sup>, pour lui faire connaître par écrit leur intention d'entrer en discussion avec elle afin de transiger<sup>11</sup>.

La Commission pourrait informer les entreprises et/ou associations d'entreprises ayant répondu favorablement à l'invitation à la transaction, à la fois des griefs qu'elle envisagerait de soulever à leur encontre comme des preuves les étayant et des estimations faites des fourchettes d'amendes encourues<sup>12</sup>. La Commission pourrait imposer un délai, de deux semaines minimum<sup>13</sup>, aux dites parties afin qu'elles présentent, par écrit, une proposition de transaction, fidèle aux discussions engagées avec la Commission, par laquelle chacune reconnaîtrait sa participation et sa responsabilité dans cette violation de l'article 81. Passé ce délai, la Commission ne serait plus tenue de prendre en considération la proposition de transaction reçue<sup>14</sup>.

Dans l'hypothèse où une ou plusieurs parties auraient présenté par écrit une proposition de transaction dans le délai imparti, la Commission pourrait leur adresser par écrit une communication des griefs entérinant ou non leurs propositions écrites de transaction<sup>15</sup>.

## 2. Des renonciations écrites

Toute partie présentant une proposition écrite de transaction serait tenue de renoncer par écrit à demander à présenter ses arguments lors d'une audition sauf si la communication des griefs ne retenait pas sa proposition de transaction<sup>16</sup>. Toujours dans ce souci d'efficacité et de réduction du temps procédural, la Commission propose que cette partie soit également tenue de renoncer par écrit lors de la proposition de transaction à demander accès au dossier de la Commission après notification de la communication des griefs, sauf si celle-ci n'entérinait pas la teneur des propositions écrites de transaction<sup>17</sup>.

that is to say cases presenting a real chance of reaching, in a reasonable timeframe, a common assessment of the facts reality and respective liabilities. Thus, the Commission will propose this procedure, where relevant, to the parties involved in a cartel case.

According to the draft legislative package, the Commission would initiate the process by sending to the parties "a request to express their interest in engaging in settlement discussions". The parties would be offered a time-limit of at least two weeks, to indicate whether they are prepared to engage in settlement discussions.

The Commission could inform the companies or associations of companies having answered positively to the invitation, of the objections it contemplates raising against them, of the evidence supporting them and of an estimation of the amount of the potential fines. The Commission could impose to the parties a time-limit of no less than two weeks, in order for them to introduce written settlement submissions reflecting the results of the discussions with the Commission and acknowledging both their participation and liability in the infringement to Article 81 of the EC Treaty. At the expiry of this time-limit, the Commission would not have to take into account where submissions it receives.

One or more parties introduce, in writing, settlement submissions before the time-limit, the Commission could then notify a statement of objections with or without taking into account their written settlement submissions.

## 2. Written Waiver

Every party introducing written settlement submissions would have to waive in writing, its opportunity to develop its arguments at an oral hearing, except if the statement of objections does not endorse its settlement submissions. Still following concerns of efficiency and reduction of proceeding duration, the Commission proposes that this party would also have to waive, in writing, at the moment of its settlement submissions, its opportunity to ask for access to the Commission's file after the statement of objections, except if the Commission does not endorse its settlement submissions.

**B. For a More Efficient Decision-Making Process**

As under leniency, the Commission aims at more efficiency in procedures in order to focus on resources and also to protect due process, legal security and transparency.

**1. A Simplified Procedure but Not Necessarily Shorter**

If the statement of objections endorses the settlement submissions, the submitting party would have, within a time-limit set by the Commission of at least one week, to confirm in its written answer to the statement of objections its conformity with its settlement submissions. The proceeding would be faster as the Commission would be in a position to adopt a final decision, pursuant to Articles 7 and 23 of the EC Regulation n° 1/2003, after a consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions.

The time-limits proposed by the Commission in its Regulation proposal appear to be short. However, the Notice proposal shows that the Commission is aware that its settlement procedure could avoid many legal actions but would not necessarily shorten its duration.

While a time-limit of at least two weeks is proposed for companies to introduce settlement submissions in its Regulation proposal, the Commission carefully underlines in its Notice proposal that bilateral settlement discussions with each party will be led on the expedient "pace" and "appropriateness". Further, the Notice indicates that it is only when the progress made during the settlement discussions will lead to a common understanding regarding the scope of the potential objections and the estimation of the amount of likely fines to be imposed, that the Commission may grant a final time-limit for each party to introduce a final written settlement submission. According to the Commission, this time-limit may be extended following a reasoned request.

The realism expressed by the Commission in its Notice proposal echoes the observation made by Pauline Le More in her article on the graphite electrode cartel case. The author observes that the Canadian Plea bargaining model does not necessarily mean faster proceedings, but allows to limit the num-

**B. Pour une plus grande efficacité du processus décisionnel**

Les finalités poursuivies par la Commission sont, comme en matière de clémence, une plus grande efficacité des poursuites afin de recentrer les ressources tout en garantissant les droits de la défense, la sécurité juridique et la transparence.

**1. Une procédure simplifiée pas forcément plus courte**

Si la communication des griefs entérine la proposition de transaction, la partie auteur de la proposition devrait, dans un délai imposé par la Commission d'au moins une semaine<sup>18</sup>, confirmer, dans sa réponse écrite à la-dite communication des griefs, que celle-ci est fidèle à sa proposition de transaction<sup>19</sup>. La procédure serait alors accélérée, la Commission pouvant adopter sur le champ une décision finale, en vertu des articles 7 et 23 du Règlement CE n° 1/2003, après avoir consulté le Comité consultatif en matière d'ententes et de position dominantes<sup>20</sup>.

Les délais envisagés par la Commission dans son projet de règlement paraissent courts. Pour autant, la Commission est consciente que la procédure de transaction qu'elle propose permettrait d'éviter bien des actions en justice, mais ne serait pas forcément courte dans sa durée. Il suffit pour s'en convaincre de lire son projet de communication.

Alors qu'elle propose un délai de deux semaines au moins<sup>21</sup> dans son projet de règlement pour que les entreprises lui soumettent une proposition de transaction, elle prend soin de souligner dans le projet de Communication<sup>22</sup> que les discussions bilatérales avec chaque partie devront être menées « au rythme » et « dans l'ordre » jugés opportuns. Plus loin<sup>23</sup>, elle précise que ce n'est que lorsque les progrès dans les discussions bilatérales permettront d'atteindre une vision commune de l'étendue des griefs et de l'estimation de la fourchette des amendes, qu'elle pourrait octroyer un délai à chaque partie pour présenter une proposition écrite de transaction définitive. Ce délai devrait être prorogé selon elle, sur demande motivée.

Ce réalisme exprimé par la Commission dans son projet de Communication, est conforme à l'observation faite par Pauline Le More dans sa chronique sur l'affaire du cartel des électrodes de graphite<sup>24</sup>. L'auteur constate que le modèle de *Plea bargaining* canadien met en exergue que la procédure de transaction ne rime pas automatiquement

avec rapidité procédurale, mais a pour mérite avéré de limiter les actions en justice. Le modèle américain, dont toutes ces procédures de transaction en matière de cartels sont issues, est plus performant en ce point.

## **2. Un processus décisionnel voulu respectueux des droits de la défense**

Le projet de Communication de la Commission<sup>25</sup>, comme les déclarations de Mme Neelie Kroes<sup>26</sup> mettent en avant le souci de la Commission de proposer un projet de procédure de transaction respectant pleinement les droits de la défense des parties.

Il importe donc que la décision des parties de proposer une transaction soit éclairée. La rédaction de l'article 10 bis-2 du Règlement 773/2004 suggérée, qui veut que la Commission puisse informer les parties souhaitant proposer une transaction, sur simple demande de celles-ci, des griefs qu'elle soulèverait, des preuves sur lesquelles elle se fonderait et des amendes encourues, va dans ce sens<sup>27</sup>.

La Commission veille, dans ces propositions, à ce que les parties engagées dans ce processus de transaction puissent exprimer leur point de vue tout au long de cette procédure, même si nous avons pu observer que des renoncements écrits sont exigés par le projet de règlement<sup>28</sup>. Le projet de Communication rappelle que les parties pourront faire appel au conseiller-auditeur, à tout moment, « pour toute question liée aux droits de la défense<sup>29</sup>».

Face à la nécessité d'assurer ce respect et une réelle sécurité juridique, comme en matière de clémence, la Commission précise que dans l'hypothèse où sa communication des griefs ne retiendrait pas la proposition de transaction, tous les éléments reconnus par les parties dans la proposition seraient réputés retirés et ne pourraient être utilisés contre l'une d'elles. Les parties ne seraient plus liées par la proposition de transaction qu'elles auraient faite. Retournant ainsi à la procédure ordinaire, un délai leur serait accordé pour reprendre leur défense<sup>30</sup>, avec possibilité de demander une audition par exemple.

## **3. L'impact sur les plaignants et au-delà**

La Commission, par crainte que cela ne dissuade les entreprises contrevenantes de coopérer avec elle, souhaite limiter sa communication des informations écrites, telle que la version non confidentielle de la communication des griefs, aux plaignants<sup>31</sup>.

ber of cases going to Court. The American model, from which derive all settlement procedures in cartel cases, is more competitive on that point.

## **2. A Decision-Making Process Intended to Be Respectful of Due Process**

The Commission's Notice proposal, as well as Neelie Kroes' speeches, shows the Commission's concern to propose a settlement procedure which complies with due process.

The choice of the parties to propose a settlement submission shall be made upon sufficient information. The written proposal of Article 10 bis-2 of EC Regulation n° 773/2004 confirms such an idea. According to this article, the Commission would inform the parties wishing to introduce settlement submissions, on their request, of the objections that would be raised against them, the evidence supporting them and the likely fines to be imposed.

The Commission ensures in its proposals that the parties involved in the settlement process are able to express their point of view all along the procedure, even if – as we observed earlier – written waivers are required by the EC Regulation proposal. The Notice proposal reminds that the parties may call upon the Hearing Officer at any time during the settlement “to issues that might arise relating to due process”.

Facing the necessity to protect due process and legal security, as in the leniency procedure, the Commission specifies that if the statement of objections does not endorse the parties' settlement submission, the acknowledgements provided by the parties in the settlement submission are deemed to have been withdrawn and may not be used against any of the parties to the proceedings. The parties would also no longer be bound by their settlement submission. Coming back to ordinary proceedings, a time-limit will also be granted to the parties to present their defence anew with the possibility of requesting an oral hearing.

## **3. Effect on Plaintiffs and Futhermore**

The Commission does not want to deter members of a cartel from co-operating and therefore wishes to limit disclosure of written information to the plaintiffs such as the non confidential version of statement of objections.

The Commission also adopts a defensive approach against discovery procedures such as in the leniency procedure. Parties to the settlement procedure and their legal representatives must not disclose any document which they have had access to in view of a settlement, nor the content of discussions related to a settlement procedure. The proposed sanction in case of breach would be to disregard the parties' settlement request. It would represent an aggravating circumstance within the meaning of the Commission's Guidelines on the calculation of fines.

Craignant également les procédures de *Discovery*, elle adopte comme en matière de procédure de clémence, une approche défensive<sup>32</sup>. Interdiction est faite aux parties à la procédure de transaction et à leurs représentants légaux de divulguer un document quelqu'il soit auquel ils auraient eu accès en vue de la transaction, ou toute information liée aux discussions relatives à la procédure de transaction. La sanction envisagée<sup>33</sup> serait la non-prise en compte de la demande de transaction. Cela constituerait une circonstance aggravante au sens des Lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes<sup>34</sup>.

AT

AT

## II. EUROPEAN UNION

### A. Anti-Competitive Practices

#### Commission Succeeds Against Microsoft

On September 17, 2007, the Court of First Instance (CFI) upheld the Euros 497 million fine imposed by the Commission to Microsoft in its decision of March 24, 2004.

In 1998, Sun Microsystems lodged a complaint against Microsoft before the Commission, blaming the company for withholding information that would be necessary to develop Windows compatible software.

After six years of proceedings, the Commission fined the company for abusing its dominant position on the PC operating system market. The Commission sanctioned Microsoft for:

– firstly, refusing to communicate to its competitors some information relating to interoperability of its Windows system and refusing to authorize its use for development and distribution of competing products on the work group server operating system;

– secondly, tying the purchase of Windows for PC to Windows Media Player one.

Consequently, the Commission ordered Microsoft both to disclose to "open source" software develop-

## II. UNION EUROPÉENNE

### A. Pratiques anticoncurrentielles

#### Succès de la Commission dans le bras de fer avec Microsoft

Le 17 septembre 2007, le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (« TPI ») a confirmé l'amende de 497 millions d'euros prononcée par la Commission à l'encontre de Microsoft dans une décision du 24 mars 2004<sup>35</sup>.

On se souvient qu'en 1998, Sun Microsystems avait porté plainte contre Microsoft auprès de la Commission, lui reprochant d'avoir refusé de lui délivrer les informations nécessaires au développement d'applications compatibles avec Windows.

Après six ans de procédure, la Commission européenne avait condamné l'entreprise pour abus de position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC. La Commission reprochait à Microsoft d'avoir :

– refusé de communiquer aux autres opérateurs des informations relatives à l'interopérabilité de son système Windows et d'en autoriser l'usage pour le développement et la distribution de produits concurrents aux siens sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail ;

– subordonné la vente du système d'exploitation Windows pour PC, à la vente liée du lecteur multimédia Windows Media Player.

En conséquence, la Commission avait ordonné à Microsoft à la fois de divulguer aux concepteurs de logiciels « open

*source*» les informations nécessaires à l'interopérabilité et de mettre en vente une version de son système d'exploitation sans lier celui-ci à l'acquisition d'un autre logiciel.

Microsoft avait introduit un recours contre la décision de la Commission devant le TPI. Le 12 juillet 2006, Microsoft était en outre condamnée à une astreinte de 280,5 millions d'euros, la Commission estimant qu'elle n'avait pas respecté son obligation de divulguer des informations sur l'interopérabilité.

Concernant le refus de communiquer des informations relatives à l'interopérabilité, le TPI rappelle que le refus d'un titulaire de droits de propriété intellectuelle en position dominante d'octroyer à un tiers une licence d'utilisation d'un produit peut constituer un abus de position dominante dans des circonstances exceptionnelles. Trois conditions doivent être réunies : (i) le refus porte sur un produit ou service indispensable pour l'exercice d'une activité sur un marché voisin ; (ii) le refus est de nature à exclure toute concurrence effective sur ce marché ; (iii) le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs.

Le Tribunal constate que la Commission n'a pas commis d'erreur en estimant que ces conditions étaient bien réunies. Tout en rappelant la jurisprudence bien établie sur les facilités essentielles (affaires Magill et IMS Health), le TPI élargit l'interprétation de la troisième condition relative à l'apparition d'un produit nouveau, en estimant que le préjudice aux consommateurs pouvait résulter non seulement d'une limitation de la production ou des débouchés, mais aussi de celle du développement technique.

Concernant la vente liée du système d'exploitation Windows pour PC à Windows Media Player, le TPI confirme que les quatre conditions exigées par la jurisprudence pour conclure à un abus sont réunies en l'espèce : (i) l'opérateur détient une position dominante ; (ii) le produit liant (le système d'exploitation Windows) et le produit lié (Windows Média Player) sont bien deux produits distincts ; (iii) les consommateurs n'ont pas la possibilité d'acquérir le produit liant et le produit lié ; (iv) la pratique de vente liée restreint la concurrence sur le marché du produit lié.

Il en conclut qu'en l'absence de justification objective démontrée par Microsoft, la Commission était fondée à considérer qu'il existait un risque significatif que la vente liée conduise à un affaiblissement de la concurrence.

pers necessary information for interoperability, and to propose for sale a new version of its operating system without any other software.

Microsoft introduced an action for annulment of the Commission's decision before the CFI. The Commission moreover imposed a penalty payment of Euros 280.5 million on Microsoft on July 12, 2006, considering Microsoft did not comply with its obligation to disclose necessary information for interoperability.

Concerning the refusal to communicate interoperability information, the CFI reminds that a refusal from an owner of intellectual property rights in a dominant position to grant a license to a third party can be considered as an abuse of dominant position in special circumstances. Three conditions must be fulfilled: (i) refusal must concern a product which is necessary for the activity on a neighboring market; (ii) refusal must tend to exclude effective competition on the market; (iii) refusal is likely to prevent a new product form appearing on the market whereas there is a potential demand from consumers.

The Court also considers that the Commission was right to consider that these conditions were fulfilled. While reminding the well-established case law on essential facilities (Magill and IMS Health cases), the CFI extends its interpretation of the third condition (the introduction of a new product) considering that the consumer damage could be caused by a limitation of production or of the outlets, as well as by limitation of technical development.

Concerning the bundling sale of operating system Windows for PC with Media Player, the CFI confirms that the four conditions required by case law to conclude to an abuse of dominant position are fulfilled in this case : (i) there is a dominant position; (ii) the bundling product (operating system Windows) and the bundled product (Windows Media Player) are two different products; (iii) consumers have no option to purchase solely the bundled or the bundling product; (iv) bundling restrains competition on the bundled product market.

The CFI decided that, failing any objective justifications established by Microsoft, the Commission was right to consider that there was a significant risk for the bundling practice to lower competition.

Microsoft has announced that it will not bring an appeal before the European Court of Justice (ECJ). Nevertheless, it should be noticed that the Commission is still ensuring compliance with its 2004 decision, and threatens Microsoft to impose a new fine as it considers excessive prices are asked for interoperability information in the absence of significant innovations.

This case could result in further sanctions for Microsoft.

LNO

#### **The Commission Imposes to Members of the Flat Glass Cartel a Fine of More than Euros 486 Million**

Pursuant to a decision of November 28, 2007, the Commission fined for more than Euros 486 million four producers of flat glass used for windows, glass doors and mirrors, Asahi, Guardian, Pilkington and Saint-Gobain, companies which combined market shares reach 80 % of the flat glass market at the Economic European Area (EEA) level.

According to the decision, these four flat glass producers would have agreed to consolidate and raise prices, and also to fix other commercial conditions in violation of Article 81 of the EC Treaty during 2004 and 2005.

This decision calls for two comments. It gives an example, on the one hand of co-operation through the European Competition Network (ECN) between National Competition Authorities (NCA) and, on the other hand, of the implementation of the Commission's new Guidelines on the calculation of fines.

First of all, Neelie Kroes said that "*this case demonstrates clearly the benefits of enhanced co-operation between the Commission and the National Competition Authorities*". Indeed the Commission has been able to launch dawn raids thanks to co-operation between ANC in the ECN context. Those dawn raids revealed the agreement mechanisms (secret meetings in hotels and restaurants in different Member States).

For the second time after the Sony Fuji Maxell case, the Commission applied its new 2006 Guidelines for

Microsoft a annoncé publiquement qu'elle renonçait à se pourvoir devant la Cour de justice. On notera toutefois que la Commission continue de veiller au respect de la décision de 2004, et menace à ce titre de sanctionner Microsoft en raison des prix excessifs demandés pour les informations sur l'interopérabilité, en l'absence d'innovations significatives<sup>36</sup>.

Cette affaire pourrait encore déboucher sur de nouvelles sanctions pour Microsoft.

LNO

#### **La Commission inflige une amende de plus de 486 millions d'euros aux membres de l'entente sur le verre plat**

Par décision du 28 novembre 2007<sup>37</sup>, la Commission a infligé des amendes de plus de 486 millions d'euros aux quatre principaux producteurs de verre plat utilisé dans la fabrication des portes en verre, miroirs et fenêtres, à savoir les entreprises Asahi, Guardian, Pilkington et Saint-Gobain, dont les parts de marchés cumulées représentent 80 % du marché du verre plat de l'Espace Économique Européen (EEE).

Selon la décision, ces quatre producteurs se seraient entendus sur la période 2004-2005 pour stabiliser et augmenter les prix, ainsi que pour fixer d'autres conditions commerciales de vente sur le marché en violation notamment de l'article 81 du Traité CE.

Cette décision appelle plus particulièrement deux observations concernant, d'une part, la coopération au sein du Réseau Européen de Concurrence (REC) et, d'autre part, l'application par la Commission de ses nouvelles Lignes directrices en matière de fixation d'amende.

D'abord, Neelie Kroes a déclaré que « *cette affaire met en évidence les avantages d'une coopération accrue entre la Commission et les autorités nationales chargées de la concurrence* ». A ce titre, la Commission a pu diligenter une enquête au moyen de visites surprises grâce à la coopération entre autorités nationales de concurrence au travers du REC. Ces visites ont ainsi permis de révéler le fonctionnement de l'entente (réunions secrètes des entreprises dans des hôtels et restaurants dans différents États-membres).

Ensuite, cette affaire est le deuxième cas d'application par la Commission, après l'affaire Sony Fuji Maxell<sup>38</sup>, de ses

nouvelles Lignes directrices de 2006 pour le calcul de l'amende visant à mieux refléter l'impact de l'infraction sur le marché et la participation des différentes entreprises concernées.

On rappellera que la Commission procède tout d'abord à la détermination du montant de base de l'amende calculé en fonction d'un pourcentage de la valeur des ventes liées à l'infraction (pouvant aller jusqu'à 30 % en fonction de la gravité de l'infraction), multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction. A cette somme est ajouté un « droit d'entrée » établi indépendamment de la durée de l'infraction pour s'assurer de l'effet dissuasif de la sanction. Dans un second temps, la Commission procède à un ajustement du montant de base au regard de l'existence de circonstances aggravantes et/ou atténuantes.

Dans l'affaire Sony Fuji Maxell, la Commission avait ainsi réduit les amendes en fonction de la coopération ou, au contraire, les avait augmentées pour des entraves à l'enquête commises par les entreprises.

On notera enfin que l'entreprise Asahi et sa filiale européenne Glaverbel ont bénéficié du programme de clémence pour avoir fourni à la Commission des informations et des éléments de preuves permettant la découverte et la condamnation de l'entente.

LNO

## B. Concentrations

### Publication des Lignes directrices en matière de concentrations non horizontales

Le 28 novembre 2007, la Commission a publié des Lignes directrices portant sur l'appréciation des concentrations entre entreprises entretenant des relations dites verticales ou conglomerates<sup>39</sup> qui, selon les termes de Neelie Kroes, « démontrent une fois de plus l'engagement de la Commission à fournir des orientations claires et prévisibles aux entreprises ». Ce texte fait suite à la consultation publique du 13 février 2007<sup>40</sup> et vient compléter les Lignes directrices sur les concentrations horizontales.

Alors que les concentrations horizontales entraînent une perte de concurrence directe entre les parties à la concentration, les concentrations verticales et conglomerates, survenant entre sociétés présentes sur des marchés subordonnés ou liés, ne changent pas immédiatement le nombre

the calculation of fines which aim at better reflecting the effect of the infringement on the market and the involvement of each concerned company.

Under these Guidelines, the Commission first proceeds to the calculation of the fine basic amount. This amount is based on a percentage of the tax-free value of the sales of goods and services linked with the infringement (which can reach 30 % depending on the infringement's seriousness) multiplied by the number of years of involvement in the infringement. An « entry fee » is also added, independently to the duration of the infringement, in order to ensure the deterrent effect of the fine. Then, the Commission proceeds to an adjustment of the basic amount by taking into consideration aggravating or mitigating circumstances.

In the Sony Fuji Maxell case, the Commission had reduced fines taking co-operation into account or, on the contrary, raised them because of the companies' obstruction to investigation.

Asahi and its European subsidiary Glaverbel have also benefited from the leniency program for the evidence and information they brought to the Commission that allowed to uncover and fine the cartel.

LNO

## B. Mergers

### Publication of Guidelines on Merging Companies with Non-Horizontal Relationship

On November 28, 2007, the Commission issued Guidelines on the assessment of mergers between companies in vertical or conglomerate relationships (also known as "non-horizontal mergers") which, according to Neelie Kroes "show once more the Commission's commitment to providing clear and predictable guidance for businesses". This text follows from the public consultation launched on February 13, 2007 and completes the Guidelines on horizontal mergers.

While horizontal mergers entail a loss of direct competition between the parties, vertical or conglomerate mergers between companies active in closely related markets do not instantly change the number

of competitors on the market. Therefore, the main potential source of anti-competitive effects in horizontal mergers is absent from vertical and conglomerate mergers.

The Guidelines first lay down the principle that, except for companies having a significant market power on one of the relevant markets, a non-horizontal merger is not likely to impede effective competition. Thus, they introduce a “*safe harbor*” stated in market shares and in concentration levels below which the Commission is unlikely to find competition concerns: when the market share post-merger of the new entity in each of the market concerned is below 30 % and the post-merger HHI is below 2000.

However, the Commission remains careful by expressly saying that these thresholds do not create a legal presumption. The Commission also adds that, even if these thresholds are not reached, it might investigate things more closely in case of “*special circumstances*”. The Commission gives a non limitative list of such circumstances: (a) a merger involves a company that is likely to expand significantly in the near future, e.g. because of a recent innovation; (b) there are significant cross-shareholdings or cross-directorships among the market participants; (c) one of the merging firms is a firm with a high likelihood of disrupting coordinated conduct; (d) indications of past or ongoing coordination, or facilitating practices, are present.

Basing its analysis on the current status of foreclosure economic theories, the Guidelines examine circumstances in which non-horizontal mergers can significantly impede competition intensity, whether by allowing the new entity to foreclose its competitors (“non coordinated” effects) or by changing the market situation so that competitors would be more likely to coordinate their behavior (“coordinated” effects).

However, the text devotes more developments on the analysis of foreclosure effects. The Commission distinguishes foreclosure effects depending on whether they are likely to result from a vertical merger or a conglomerate merger.

de concurrents présents sur un marché. Par conséquent, la principale source potentielle d'effets anticoncurrentiels présente dans les concentrations horizontales est absente des concentrations verticales et conglomerales.

Les Lignes directrices posent donc préalablement le principe que, sauf à ce qu'elle concerne une entreprise disposant d'un fort pouvoir de marché sur un des marchés affectés concernés, une concentration non horizontale n'est pas susceptible de diminuer la concurrence effective. Elles introduisent à cet égard des « *seuils de sécurité* » exprimés en parts de marché et en niveaux de concentration en deçà desquels il est peu probable que la Commission décèle des problèmes de concurrence : lorsque la part de marché post fusion de la nouvelle entité est inférieure à 30 % sur chaque marché concerné, et que l'indice HHI post fusion est inférieur à 2000.

On notera toutefois que la Commission reste prudente en précisant expressément que ces seuils ne créent pas de présomption de légalité. Elle ajoute d'ailleurs qu'en pratique, même si ces seuils ne sont pas franchis, elle pourra décider de mener une analyse approfondie, en présence de « *circonstances spéciales* » dont elle fournit une liste non limitative : (a) l'opération concerne une entreprise destinée à croître significativement dans un futur proche, en raison par exemple d'une innovation récente ; (b) il existe des participations ou des gouvernances croisées significatives entre les acteurs du marché ; (c) l'une des entreprises parties à l'opération dispose d'un fort pouvoir de perturbation du marché ; (d) il existe des indices de coordination passée ou actuelle ou des pratiques de nature à faciliter une telle coordination.

Se basant sur l'état actuel des théories économiques d'exclusion, les Lignes directrices étudient les circonstances dans lesquelles les concentrations non-horizontales peuvent restreindre significativement l'intensité de la concurrence, soit en permettant à la nouvelle entité d'exclure ses concurrents (effets « non coordonnés »), soit en changeant la situation du marché de sorte que les concurrents sont tentés de coordonner leurs comportements (effets « coordonnés »).

Le texte consacre cependant de plus longs développements à l'analyse des effets d'exclusion, en distinguant les effets de verrouillage selon qu'ils sont susceptibles de résulter de concentrations verticales ou de concentrations conglomerales.

– S’agissant d’une concentration *verticale*, elle identifie deux risques de verrouillage des marchés : que la nouvelle entité soit susceptible de renchérir les coûts des concurrents sur le marché aval en limitant leur accès à un composant important (« *input foreclosure* »), et de restreindre l’accès des concurrents sur le marché amont en limitant leurs débouchés (« *customer foreclosure* »).

Confrontée à la difficulté d’apprécier cette capacité de verrouillage en matière non horizontale, la Commission retient trois critères assez liés : la capacité à verrouiller l’accès des concurrents, l’incitation de la nouvelle entité à mettre en œuvre de telles pratiques de verrouillage, l’impact sur la concurrence.

Concernant la capacité de l’entité fusionnée à verrouiller l’accès des concurrents au marché, la Commission précise que l’« *input foreclosure* » n’est possible que si le produit est important pour le marché aval (en termes de coût dans le prix du produit aval ou parce qu’il s’agit d’un composant essentiel), tandis que le « *customer foreclosure* » suppose qu’un fournisseur fusionne avec un client important.

L’incitation à mettre en œuvre ces pratiques de verrouillage dépend de leur caractère profitable et peut être tempérée par des facteurs susceptibles de réduire ou éliminer cette incitation. En particulier, la Commission prendra en compte la probabilité que la pratique soit contraire au droit communautaire, la probabilité qu’elle soit détectée et les sanctions susceptibles d’être imposées, conformément à la jurisprudence *GE* du TPI<sup>41</sup>.

Par ailleurs, dans l’analyse de l’impact sur la concurrence, la Commission reconnaît expressément le rôle des gains d’efficacité résultant des concentrations non horizontales<sup>42</sup>, précisant en outre qu’elle applique les principes exposés dans ses Lignes directrices sur les concentrations horizontales<sup>43</sup>.

– S’agissant ensuite des concentrations dites « *conglomérales* », la Commission rappelle que si elles ne soulèvent pas de problème de concurrence dans la majorité des cas, elles peuvent avoir de tels effets dans certains cas spécifiques. Si l’approche de la Commission reprend les trois critères précités (capacité/incitation à mettre en œuvre des pratiques de verrouillage/impact sur la concurrence), l’analyse porte plus particulièrement sur la capacité et l’incitation de la nouvelle entité à utiliser une forte position de marché sur un marché pour utiliser un effet de levier sur un autre marché, en procédant à des ventes liées ou couplées<sup>44</sup>.

Concerning vertical merger, the Commission distinguishes two foreclosure practices on markets: the new entity is likely to raise the costs of downstream rivals by restricting their access to an important input (“*input foreclosure*”), and to foreclose upstream rivals by restricting their access to a sufficient customer base (“*customer foreclosure*”).

The Commission sets out three closely related criteria in order to cope with the problem of assessing this foreclosure ability in vertical or conglomerate mergers: the ability to foreclose competitors’ access, the incentive for the new entity to carry out such foreclosure practices and the effect on competition.

With regards to the merged entity’s ability of foreclosing the competitors’ access to the market, the Commission states that “*input foreclosure*” is only possible if the product is an important input for the downstream product (in terms of significant cost factor related to the price of the downstream product, or because it may be an essential component), whereas “*customer foreclosure*” may occur when a supplier integrates with an important customer in the downstream market.

The incentive to carry out these foreclosure practices depends on their profitable character and can be mitigated by taking into account some factors likely to reduce or avoid this incentive. Pursuant to CFI case law, in particular the *GE* case, the Commission will appreciate the likelihood to consider the practice unlawful under EC law, to detect it and the fines likely to be imposed.

The Commission expressly acknowledges the role of efficiencies resulting from non-horizontal mergers, in the analysis of the effect on competition, also underlining that the Commission will apply principles set out in its Guidelines on horizontal mergers.

– Considering “*conglomerate*” mergers, the Commission reminds that if they generally do not raise competition issues, they can have such effects in specific cases. The approach is close to the one for “*vertical*” mergers, the Commission using the three aforementioned criteria: ability/incentive to carry out foreclosure practices/effect on competition. The analysis deals in particular with the ability and the incentive of the new entity to use its significant market power on a market with a leverage effect on another market through bundling or tying sales. According to the CFI’s case law, the Commission must base its prospective analysis on sufficiently established evidence.

Then, the Guidelines devote developments to coordinated effects, as much on vertical mergers matter as on conglomerate ones. Market co-ordination is likely when competitors are able, in the absence of an agreement or a concerted practice, to identify and follow common objectives. Three cumulative conditions are necessary for a co-ordination to be sustainable: the market must be transparent enough to monitor the respect of co-ordination; some form of deterrent mechanism can be activated if deviation is detected; the reactions of current or potential competitors who are not participating in the coordination, as well as customers, should not be able to jeopardize the results expected from the coordination.

Finally, in the absence of a united economic theory on foreclosure effects, the Commission remains cautious in its approach, and prefers multiplying hypothesis in which such effects are likely to arise. However, the Guidelines provide companies and their counsels with a general and useful method of analysis that they must take into account. In this respect, Neelie Kroes indicated that the Commission “*will act decisively to prevent transactions that ignore the clear indications in the Guidelines of the types of mergers that can harm competition and consumers*”.

LNO

### C. State Aids

#### Adoption of a Notice Aiming at a Faster Implementation of State Aid Recovery Decisions

On October 26, 2007, the European Commission adopted a Notice on the implementation of recovery decisions in order to ensure effective and prompt recovery of State aids declared unlawful and incompatible with the single Market.

In its road map presented in 2005, the Commission notices a low rate of unlawful and incompatible state aids recovery decisions implementation. Indeed,

Enfin, les Lignes directrices consacrent quelques développements aux effets coordonnés, tant en matière de concentrations verticales que conglomerales. Elles précisent qu’une coordination de marché est probable lorsque les concurrents peuvent, sans se concerter, identifier et poursuivre des objectifs communs. Trois conditions cumulatives sont requises pour qu’une telle coordination soit durable : le marché doit être suffisamment transparent pour permettre de contrôler le respect de la coordination, des mécanismes de dissuasion crédibles peuvent être mis en place en cas de conduite déviante détectée, la réaction des concurrents actuels et potentiels qui ne participent pas à la coordination, et celle des clients, ne doivent pas remettre en cause les résultats attendus de la coordination.

Au final, en l’absence de théorie économique unifiée sur les effets de forclusion en la matière, la Commission est restée prudente dans son approche, préférant multiplier les hypothèses dans lesquelles de tels effets sont susceptibles de naître. Il n’en demeure pas moins que ces Lignes directrices fournissent aux entreprises et à leurs conseils une grille d’analyse générale des concentrations non horizontales très utile, dont elles devront tenir compte. A cet égard, Neelie Kroes a indiqué que la Commission « *agira avec détermination pour empêcher les opérations qui ignorent les indications claires fournies par les Lignes directrices quant aux types de concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et de nuire aux consommateurs* ».

LNO

### C. Aides d’État

#### Adoption d’une communication visant à l’accélération de la mise en œuvre des décisions de récupération des aides d’État

Dans une optique de récupération rapide et effective<sup>45</sup> des aides d’État déclarées illégales et incompatibles avec le Marché commun, la Commission européenne a adopté le 26 octobre 2007<sup>46</sup> une communication relative à la mise en œuvre effective des décisions de récupération<sup>47</sup>.

Dans le cadre de sa feuille de route présentée en 2005 pour la réforme des aides d’État<sup>48</sup>, la Commission constatait un taux relativement faible d’exécution des décisions de récupération des aides d’État illégales et incompatibles avec le Marché commun. En effet, depuis 2000, la Commission a

adopté 110 décisions de récupération et 45 % des décisions de 2000 et 2001 n'avaient toujours pas été exécutées en juin 2006<sup>49</sup>.

En étroite collaboration avec les États-membres, une étude comparative des procédures et méthodes appliquées dans les différents États-membres pour remédier à cette situation avait ensuite été réalisée.

La Communication fait pour la première fois la synthèse de l'expérience acquise en vue de consolider les progrès accomplis ces dernières années et expose une méthode pour garantir une coopération encore plus efficace pour une mise en œuvre rapide et intégrale des décisions de récupération.

Il relève de la responsabilité conjointe de la Commission et des États-membres de veiller à l'exécution des décisions de récupération. La Commission doit dès lors indiquer dans sa décision le ou les bénéficiaires des aides d'État auprès desquels elles doivent être récupérées ainsi que leur montant, tandis qu'incombe à l'État-membre la responsabilité de la mise en œuvre de la décision, à savoir la récupération effective des aides. Pour ce faire, ce dernier a le libre choix de la procédure dans son système juridique national dès lors qu'il y a une exécution immédiate et effective de la décision.

Par conséquent, la Commission doit s'engager à fournir des décisions de récupération complètes et clairement établies et préciser – lorsque cela est possible – l'identité des bénéficiaires auprès desquels les aides doivent être récupérées ainsi que les montants concernés. Les États-membres, quant à eux, doivent prendre les mesures nécessaires à la récupération rapide et effective des aides illégales et incompatibles avec le Marché commun. Ainsi, après avoir déterminé l'aide à récupérer, ils doivent notifier sans délai l'obligation de restitution au bénéficiaire et ce, dans les délais prescrits par la Commission.

La Communication modifie en outre le calendrier de mise en œuvre de la décision pour remédier au délai trop court de deux mois. Le calendrier se compose de deux périodes, « *un premier délai de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la décision, dans lequel l'État-membre doit informer la Commission des mesures prévues ou prises et un second délai, de quatre mois à compter de l'entrée en vigueur de la décision, dans lequel cette décision doit avoir été exécutée* »<sup>50</sup>.

since 2000, the Commission adopted 110 recovery decisions and 45 % of the 2000 and 2001 decisions had not yet been implemented in June 2006.

In close co-operation with the Member States, a comparative survey of proceedings and methods applied in the different Member States in order to provide a remedy to the situation has been carried out.

For the first time, the Notice synthesizes past experience in order to consolidate the progress made in the recent years and delivers a method to ensure a more efficient co-operation for a fast and full implementation of recovery decisions.

The Commission and the Member States have a joint liability on the enforcement of recovery decisions. The Commission must indicate in its decision the State aids beneficiaries from whom aids have to be recovered and their amounts, whereas Member States are responsible for carrying out the decision, that is to say the implementation of State aids. They have the power to choose the procedure in their national legal system as long as the recovery decision is effectively and promptly implemented.

Therefore, the Commission commits itself to provide clear and accurate recovery decisions and to specify, if possible, the identity of the beneficiaries from whom aid has to be recovered and the aid amounts involved. Member States must take the necessary measures to a fast and effective recovery of State aids declared unlawful and incompatible with the single Market. After having determined the aid to be recovered, they must notify without delay the recovery order to the beneficiary before the deadline set by the Commission.

The Notice also modifies the time schedule for the implementation of the decision in order to remedy the too short two months period. The schedule is composed of two time limits, " *a first time-limit of two months following the entry into force of the decision, within which the Member State must inform the Commission of the measures planned or taken [and] a second time-limit of four months following the entry into force of the decision, within which the Commission decision must have been executed*".

There exists only one exception to the recovery obligation: the case of exceptional circumstances, such as an absolute impossibility for the Member State to implement fully the recovery decision. Absolute impossibility can not however be merely alleged. The Member State must prove that it attempted, in good faith, to recover unlawful aid and must cooperate with the Commission pursuant to Article 10 of the EC Treaty, in order to overcome such difficulties.

The Notice also reminds applicable rules on enforcement proceedings before EC and national courts and provides, with a detailed description, the rules applicable in case of unlawful State aids to insolvent beneficiaries.

Moreover, the Commission states consequences of the non-performance of a Commission's implementing decision and underlines in particular that the Commission will require Member States to suspend the payment of any new aid – even compatible with the single Market – to beneficiaries who have not yet refunded incompatible aid previously granted to them.

DLE

### III. MEMBER STATES

#### Belgium: New Leniency Guidelines

On October 22, 2007, the Belgian Competition Authority (*Conseil belge de la Concurrence*) adopted new guidelines “on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases”.

These guidelines are dedicated to modernizing the 2004 leniency guidelines and to harmonization with the EC rules. The competition authority would be able to better detect cartels following the example of the Commission and the other National Competition Authorities (NCA).

The new program clarifies conditions that must be fulfilled in order to obtain total or partial fine immunity. Moreover, each step of the proceeding is precisely described in order to remedy difficulties which had arisen under the previous program. It gives more flexibility and it is more protective of companies (oral

Cette obligation de récupération connaît une exception en cas de circonstances exceptionnelles, à savoir une impossibilité absolue pour l'État-membre d'exécuter pleinement la décision de récupération<sup>51</sup>. L'impossibilité absolue ne doit cependant pas être simplement supposée. L'État-membre devra faire la preuve qu'il a tenté, de bonne foi, de récupérer l'aide illégale et doit coopérer avec la Commission, conformément à l'article 10 du Traité CE, en vue de surmonter les difficultés éprouvées<sup>52</sup>.

Par ailleurs, la communication rappelle également les règles applicables aux procédures mises en œuvre devant les juridictions communautaires et nationales, et fournit une description détaillée des règles applicables lorsque les bénéficiaires des aides illégales sont insolubles<sup>53</sup>.

Enfin, elle rappelle les conséquences<sup>54</sup> d'un défaut d'exécution des décisions de récupération de la Commission et souligne notamment qu'elle demandera aux États-membres de suspendre le versement d'aides nouvelles, même compatibles avec le Marché commun, lorsque les bénéficiaires de ces aides n'auront pas remboursé les aides incompatibles qui leur ont été accordées auparavant<sup>55</sup>.

DLE

### III. ÉTATS-MEMBRES DE L'UE

#### Belgique : nouveau programme de clémence

Le 22 octobre 2007, le Conseil belge de la concurrence a adopté une nouvelle communication sur « l'exonération totale ou partielle des amendes »<sup>56</sup>.

Cette communication s'inscrit dans le cadre d'une modernisation du programme de clémence de 2004 et d'une harmonisation avec les règles communautaires. Il devrait permettre à l'autorité de concurrence de mieux détecter les cartels, à l'instar de ce qui existe au niveau européen et des autres autorités nationales de concurrence.

Le nouveau programme clarifie les conditions d'obtention de l'exonération totale et partielle d'amende. En outre, il décrit chacune des étapes de la procédure à suivre pour remédier aux difficultés d'application rencontrées sur la base de l'ancien programme. Il accorde notamment davantage de flexibilité et plus de protection pour les entreprises

(possibilité de faire des déclarations orales, renforcement des droits de la défense, utilisation de la langue anglaise avec possibilité de traduction en français et néerlandais).

DLE

**Espagne : nouvelle loi de concurrence, création d'une autorité de concurrence unifiée, modifications du droit matériel et processuel**

L'Espagne a réformé en profondeur ses règles de concurrence par la Loi n° 15/2007 du 3 juillet 2007<sup>57</sup> pour se mettre en conformité avec le Règlement communautaire n° 1/2003.

La modification majeure réside dans la création d'une autorité de concurrence indépendante unifiée, la *Comisión Nacional de la Competencia*, pour remplacer les deux autorités existantes. La création de cette nouvelle autorité permet de clarifier le rôle des juridictions dans la mise en œuvre des règles de concurrence. Elle sera chargée de l'application des règles espagnoles et communautaires de concurrence, dispose du pouvoir d'investigation, gère le contrôle des opérations de concentrations et dispose également de la possibilité d'intervenir devant les juridictions espagnoles lorsqu'une question de concurrence est en cause.

En outre, la nouvelle Loi introduit des modifications tant sur le fond que sur la procédure.

Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, elle introduit la notion d'accord *de minimis* (son seuil n'étant pas encore fixé) tandis qu'en matière de contrôle des concentrations, le seuil en parts de marché est relevé de 25 à 30 %.

La procédure connaît aussi une refonte importante, notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles. La Loi a supprimé le système de notification préalable des accords en vue d'une exemption individuelle, tout en maintenant la possibilité d'adresser une demande de clarification sur l'application du droit de la concurrence auprès de l'autorité de concurrence (procédure similaire à la lettre d'orientation informelle). En matière d'enquête, l'autorité de concurrence se voit dotée de pouvoirs supplémentaires mais dans des délais réduits de 24 à 18 mois. Pour renforcer la lutte contre les cartels, un programme de clémence est mis en place pour la première fois en Espagne, calqué sur les modèles communautaire et des autres États-membres. Son application ne sera effective qu'à compter de l'adoption d'un règlement d'application pour l'heure en cours d'élaboration.

declarations are accepted, defense rights are reinforced, and the use of English for declaration with the possibility of a French and a Dutch translation is allowed).

DLE

**Spain: New Competition Law, New Unified Competition Authority Amendments of Substance and Procedure**

Spain deeply reformed its competition rules with the Law n° 15/2007 of July 3, 2007 in order to comply with the EC Regulation n° 1/2003.

The main change is the creation of an independent unified competition authority, the *Comisión Nacional de la Competencia*, in order to replace the two preexisting authorities. This creation enables to clarify the role of courts in the enforcement of competition laws. The authority is in charge of applying EC and Spanish competition laws, is empowered to carry out investigations, controls mergers and can intervene before Spanish courts when a competition law issue is involved.

Furthermore, the new law introduces modifications both on substance and proceedings.

On the antitrust side, the *de minimis* agreement notion is introduced (the threshold has not been specified yet) while, in merger control, the market share threshold is raised from 25 to 30 %.

Proceedings are also substantially reformed, particularly in antitrust Law. The new law abrogates the prior notification system for individual exemption but maintains the possibility to ask the national competition authority for a clarification on the enforcement of competition law (a proceeding close to the informal guidance letter). Concerning investigations, the competition authority has been given additional powers but delays are reduced from 24 to 18 months. To improve the fight against cartels, a leniency program is set up for the first time in Spain, similar to the one existing in the EC and Member States. Its application will be effective on the adoption of an implementing regulation which is under preparation.

Merger control has been simplified. Prior notification becomes mandatory before the transaction's completion. The first phase remains unchanged (one month duration) whereas the second one is reduced from three to two months. Moreover, the government has been given a right to review the *Comisión Nacional de la Competencia's* decisions which prohibit a concentration operation.

Finally, the fining policy is also redefined according to a scale of gravity between minor, serious and very serious infringements. The company's fine based on turnover varies from 1 % in case of minor infringements, 5 % in case of serious infringements up to 10 % in case of very serious infringements. When the turnover is not known or difficult to assess, the fines amount varies from Euros 100.000 for minor infringements up to Euros 10 million for the very serious ones. Individuals risk being fined up to Euros 60.000.

This reform will probably interest some other Member States having a system built on two authorities, one governmental, the other independent, which are contemplating a similar merger of their two authorities, such as France.

DLE

#### England: Private Action Difficulties Against Vitamin Cartel Members

On October 19, 2007, the High Court ruled on the nature of the damages victims may claim against former members of the Vitamins Cartel.

As direct or indirect purchasers of vitamin products, victims alleged that they were entitled to exemplary damages as a result of unlawful cartel activities committed by their suppliers.

On November 21, 2001, the European Commission had fined numerous vitamin manufacturers, notably Roche, Aventis and BASF, for having entered into a world-wide price-fixing and market-sharing agreement in breach of Article 81 of the EC Treaty. In application of the leniency program, the European

Le contrôle des concentrations, quant à lui, a essentiellement fait l'objet d'une simplification. La procédure de notification préalable devient obligatoire avant toute opération de concentration. La phase 1 demeure inchangée (durée d'un mois), tandis que la phase 2 est réduite de trois à deux mois. Par ailleurs, le gouvernement se voit octroyer un pouvoir de révision de la décision d'interdiction de l'opération de concentration prononcée par la *Comisión Nacional de la Competencia*.

Enfin, la politique de sanction est également redéfinie par échelle de gravité entre les infractions peu graves, graves et très graves. L'assiette de l'amende sur le chiffre d'affaires de l'entreprise varie de 1 % en cas d'infractions peu graves, à 5 % en cas d'infractions graves jusqu'à 10 % en cas d'infractions très graves. Lorsque le chiffre d'affaires n'est pas connu ou difficile à évaluer, le montant des amendes est compris entre 100 000 euros pour les infractions peu graves jusqu'à 10 millions d'euros pour les plus graves et jusqu'à 60 000 euros pour les personnes physiques.

Cette réforme ne manquera pas d'intéresser d'autres États-membres connaissant actuellement un régime reposant sur deux autorités, l'une gouvernementale, l'autre indépendante et s'interrogeant sur une fusion comparable de leurs deux autorités, dont notamment la France<sup>58</sup>.

DLE

#### Angleterre : Nouvelle déconvenue pour les actions privées engagées contre les membres du cartel des vitamines

Le 19 octobre 2007, la *High Court* s'est prononcée sur la nature des réparations que les victimes sont susceptibles de faire valoir contre les anciens membres du Cartel des Vitamines<sup>59</sup>.

En tant qu'acheteurs directs ou indirects de produits vitaminiques, les plaignants prétendaient pouvoir bénéficier de dommages exemplaires en raison des activités illicites de cartels commises par leurs fournisseurs.

Le 21 novembre 2001, la Commission européenne avait imposé des amendes records à de nombreux producteurs de vitamines et, en particulier à Roche, Aventis et BASF, pour avoir fixé les prix et s'être répartis les marchés à l'échelle mondiale<sup>60</sup>. En application du programme de clémence, l'autorité de concurrence européenne a réduit les

amendes imposées à Roche, BASF et Aventis. Le Tribunal de première instance a réduit, entre autres, l'amende imposée à BASF<sup>61</sup>.

La *High Court* a considéré que des dommages exemplaires ne pouvaient pas être octroyés par les juridictions nationales, au motif que les défendeurs avaient déjà payé des amendes, ou s'étaient vus imposer des amendes par la suite réduites par la Commission européenne au titre de son programme de clémence.

Selon la Cour, le principe *non bis in idem* exclut toute réparation de ce type parce que tant les amendes que les dommages exemplaires visent à punir et à dissuader les agissements anticoncurrentiels. De plus, l'octroi de tels dommages punitifs pourrait être en porte à faux avec la décision finale adoptée par la Commission en violation de l'article 16 du Règlement 1/2003<sup>62</sup>.

Toutefois, la Cour a précisé que les plaignants sont en droit de faire valoir des réparations de nature compensatoire.

Ce dernier type de dommage peut pourtant en pratique être difficile à prouver, comme l'a illustré le Tribunal de commerce de Nanterre dans le cadre d'une action privée concernant également le Cartel des Vitamines<sup>63</sup>. N'excluant pas par principe la réparation du préjudice par Arkopharma, la juridiction française a toutefois rejeté ses demandes sur le fondement du « *passing on defense* ». Selon les juges, l'acheteur de vitamines avait eu la possibilité de répercuter la surfacturation des prix des produits vitaminiques sur ses propres prix de revente, de sorte qu'il ne pouvait se prévaloir d'un préjudice du fait des activités illicites de ses fournisseurs en vitamines.

De telles décisions sont susceptibles d'influencer les travaux en cours entrepris par la Commission européenne en vue de l'adoption prochaine d'un Livre blanc sur les actions privées.

PLM

### **Allemagne : Confirmation de la décision du Bundeskartellamt sur les contrats à long-terme d'approvisionnements en gaz**

Le 4 octobre 2007, la Cour d'appel de Düsseldorf a entièrement confirmé la décision *E.ON Ruhrgas* de l'autorité allemande de concurrence<sup>64</sup>. Selon la décision du *Bundeskartellamt* du 14 janvier 2006, les contrats de fourniture de gaz à long terme conclus par E.ON Ruhrgas étaient contraires aux règles de concurrence allemandes et européennes.

competition authority reduced the fines imposed to Roche, BASF and Aventis. BASF's fine, among others, was further reduced by the CFI.

The High Court considered that no exemplary damages could be awarded in national proceedings in a case in which the defendants had already been fined, or had had fines imposed and then reduced by the European Commission pursuant to its leniency program.

In the Court's opinion, the *non bis in idem* principle excludes such a remedy because both fines and exemplary damages aim at punishing and deterring anti-competitive behaviours. Moreover, awarding exemplary damages would go against the Commission decision imposing a fine, in breach of Article 16 of the EC Regulation n° 1/2003.

However, the Court made it clear that claimants were entitled to compensatory damages.

This latter type of damages may however be difficult to prove, as the French Commercial Court (*Tribunal de Commerce de Nanterre*) showed it in a case also concerning private action against Vitamin Cartel members. The French court did not exclude in principle payment of compensatory damages. However, it dismissed these claims on the basis of the "passing on defense". According to the judges, the purchaser had the possibility to increase its own resale price in a commensurate manner to the higher prices resulting from the cartel. The claimant therefore did not suffer any prejudice from the wrongful cartel activities of its vitamin suppliers.

Such court decisions are likely to impact the ongoing work undertaken by the European Commission with a view to soon adopting a White Paper on private actions.

PLM

### **Germany: The Düsseldorf Court of Appeal Upholds the Bundeskartellamt Decision on Long-term Gas Supply Contracts**

On October 4, 2007, the Düsseldorf Court of Appeal confirmed the *E.ON Ruhrgas* decision of the German federal cartel office. According to the decision adopted by the Bundeskartellamt on January 14, 2006, the long-term gas supply contracts concluded by E.ON Ruhrgas violated both German and EC competition rules.

Indeed, the duration of the supply contracts concluded between E.ON Ruhrgas and its downstream gas resellers raised competition concerns by excluding entry of new suppliers on the gas market. Furthermore, with a duration between four and twenty years, these contracts covered 80 to 100 % of gas needs.

The competition Authority ordered E.ON Ruhrgas to terminate its long-term supply contracts as of October 2006 and to limit the new contracts to a duration of two years maximum or four years maximum, depending on the customer's actual demand. The decision did not cover industrial consumers or electricity generators.

This decision has to be compared with the final decision of the European Commission dated October 11, 2007, concerning the Belgian gas market which ordered Distrigaz to reduce the gas volume sold under long-term contracts. According to the decision, new gas supply contracts with gas resellers cannot exceed a duration of two years. Moreover, the maximum duration of new contracts with other large gas buyers cannot exceed five years.

These decisions were issued in the context of important legislative reforms. The European Commission has just adopted a third reform package on September 19, 2007, including the gas sector.

PLM

#### IV. INTERNATIONAL

##### A. Other Competition Law

###### **Israel: Publication of Merger Guidelines for International Companies**

The IAA (Israel Antitrust Authority) has recently published Guidelines concerning some issues on international mergers that needed clarification, especially considering the Israeli merger control system is specific in several respects, regarding notification thresholds and fines.

En effet, la durée des contrats d'approvisionnement conclus entre le fournisseur E.ON Ruhrgas et ses revendeurs régionaux et locaux posait des problèmes de concurrence en excluant l'entrée sur le marché gazier des fournisseurs concurrents. D'une durée comprise entre quatre et vingt ans, ces accords couvraient de surcroît 80 à 100 % des besoins en gaz.

Or, l'Autorité de concurrence avait imposé à E.ON Ruhrgas de résilier ses contrats d'approvisionnement de longue durée à compter d'octobre 2006 et de ne conclure aucun nouveau contrat excédant deux ans, voire quatre ans, selon la dépendance d'approvisionnement du client en gaz (80 à 100 % des besoins/50 à 80 % des besoins). La décision ne concernait ni les consommateurs industriels, ni les producteurs d'électricité.

Cette décision fait écho à la décision formelle de la Commission européenne en date du 11 octobre 2007 concernant le marché gazier belge<sup>65</sup> qui avait imposé à Distrigaz de réduire les volumes de gaz liés par des contrats à long terme. Aux termes de cette décision, aucun nouvel autre contrat de fourniture de gaz avec des revendeurs de gaz ne doit excéder deux ans. La durée maximale des nouveaux contrats conclus avec d'autres gros acheteurs ne doit, par ailleurs, pas excéder cinq ans.

Ces décisions s'inscrivent dans un contexte de réformes législatives intenses. La Commission européenne vient, en effet, d'adopter un troisième train de propositions le 19 septembre 2007, et notamment dans le secteur gazier<sup>66</sup>.

PLM

#### IV. INTERNATIONAL

##### A. Autres droits

###### **Israël : Lignes directrices sur l'application du droit des concentrations aux entreprises internationales**

L'Israël Antitrust Authority (IAA) a récemment publié des Lignes directrices qui éclairent certains points laissés jusqu'alors dans l'ombre concernant les concentrations internationales<sup>67</sup>. Elles sont d'autant plus importantes que le régime de contrôle des concentrations israélien comporte un certain nombre de spécificités en termes de seuils de notification et de sanctions.

L'Autorité de concurrence considère que la loi israélienne doit s'appliquer à certaines concentrations entre entreprises internationales, même si ces entreprises ne sont pas établies sur le territoire, pour peu qu'elles y aient une activité à travers des représentants locaux ou des distributeurs.

Cet éclaircissement était attendu, la loi israélienne sanctionnant pénalement, civilement et administrativement le défaut de notification préalable de toute opération de concentration.

Les Lignes prévoient que les opérations de concentration pour lesquelles les parties atteignent un chiffre d'affaires cumulé réalisé en Israël supérieur à 150 millions NIS (soit 35 millions de dollars américains) ou pour l'une des parties au moins atteint un chiffre d'affaires réalisé en Israël supérieur à 10 millions NIS tombent dans le champ d'application de la loi nationale. Sont également visées les opérations de concentrations qui permettent à l'entité issue de l'opération de disposer de plus de 50 % d'un marché affecté (incluant les entreprises affiliées), ou à l'une des parties de détenir un monopole sur le territoire (lorsque celle-ci dispose à elle seule de plus de 50 % d'un marché affecté par l'opération).

En outre, la législation nationale concerne toutes les entreprises enregistrées en Israël, qui ont un centre d'activité dans le pays, directement ou indirectement, ou qui disposent d'une « affiliation » directe ou indirecte à une société israélienne. Par affiliation directe ou indirecte, il faut entendre une entreprise qui détient 25 % des parts d'une société israélienne, qui dispose de plus de 25 % des droits de vote au sein d'une société israélienne, qui détient plus de 25 % des droits pour nommer un dirigeant d'une société israélienne, qui reçoit plus de 25 % des dividendes d'une société israélienne, ou qui exerce un pouvoir de décision ayant une influence sur les opérations stratégiques d'une société israélienne par l'utilisation d'autres moyens.

DLE

### **Russie: le nouveau programme de clémence et sa première mise en œuvre**

Pour la première fois, la Russie s'est dotée d'un programme de clémence sous la forme d'un amendement du Code administratif, entré en vigueur le 13 mai 2007<sup>68</sup>. Selon l'article 14.32 dudit Code, toute responsabilité administrative d'une personne qui dénonce volontairement à l'Autorité de concurrence la conclusion d'un accord restreignant la concurrence, prohibé par la législation de la concurrence de

The competition Authority considers that Israeli law should, in some instances, apply to mergers between international companies, even though these companies are not registered in Israel if they conduct business in Israel through local representatives or distributors.

As the Israeli law sets up criminal offence and civil and administrative penalties for completion of merger without notification and prior approval, this clarification was strongly expected.

The Guidelines provide that transactions in which the combined aggregate turnover of the merging parties in Israel exceeds NIS 150 million (\$ 35 million) or the individual turnover of at least one of the parties in Israel exceeds IS 10 million, fall within the scope of the national law. Transactions that allow the post-merger entity to have more than 50 % of the market (including subsidiaries), or allow one of the parties to hold a monopoly on the territory (when this party has a market share of over 50 % in a product market concerned by the transaction), also fall within the scope of Israeli law.

Moreover, national law applies to all companies registered in Israel, which have a business center in the country whether directly or indirectly, or have a "merger-like affinity" to an Israeli company, whether directly or indirectly. That is the case of a company holding over 25 % of the stock in an Israeli company, or holding over 25 % of the voting rights in an Israeli company, having the right to appoint over 25 % of an Israeli company's directors, having the right to receive over 25 % of an Israeli company's dividends or exercising decisive influence over the operations of an Israeli company by other means.

DLE

### **Russia: New Leniency Program and First-time Implementation**

For the first time, Russia put into place a leniency program in form of an amendment to the Code of Administrative Violations of the Russian Federation. According to Article 14.32 of the Code, a person who voluntarily reports to the antimonopoly Authority on entering into a competition-restricting agreement for-

bidden by the antimonopoly legislation of the Russian Federation, refuses to participate or further participate in the agreement and presents sufficient information in order to establish the existence of such an agreement, is released from administrative liability. This exclusion of liability applies to legal as well as natural persons only in cartel cases or concerted activities.

However, no guidelines accompany this new provision. Some commentators wonder whether its implementation in practice will be efficient. The introduction of this leniency program occurs at the same time as more severe sanctions, which are now based on the company's turnover.

However, the persistent ambiguities of the law did not prevent the program from being applied for the first time on September 7, 2007. Indeed, the federal competition Authority is about to issue a decision relieving the "National Insurance Group Rosenergo" and the "Russian National Insurance Company OJSC" from administrative liability in exchange for their cooperation concerning price-fixing agreements in the insurance services sector.

PLM

**Canada: the Last Graphite Electrode Cartel Member is Condemned Pursuant to a Plea Bargaining**

On November 9, 2007, the Federal Court of Canada imposed a 250.000 CAN\$ fine to the Japanese Company SEC Carbon Ltd. This fine is the final part of the criminal proceedings against six companies and two executives of the leading company (UCAR) involved in the world-wide graphite electrode cartel that was set up between 1992 and 1997.

SEC Carbon Ltd has pleaded guilty according to the Canadian direct settlement procedure. The recognition of wrongdoing originated from the agreement presented by the Director of Public Prosecution with the consent of the company, and then accepted by the Federal Court.

Unlike UCAR and SGL Carbon, which held 90 % of the market shares, SEC Carbon Ltd did not sell any graphite electrodes in Canada, despite requests to do so from Canadian companies during the duration of the cartel.

la Fédération de Russie, et refuse de participer à un tel accord, ou de continuer à participer à un tel accord, et présente des informations suffisantes afin d'établir les preuves d'un tel accord, est exclue. Cette «absolution» de responsabilité concerne tant les personnes physiques que les personnes morales pour les seuls cartels et pratiques concertées.

Toutefois, aucune ligne directrice ne complète cette nouvelle disposition. Certains commentateurs se sont interrogés sur l'effectivité de sa mise en œuvre pratique<sup>69</sup>. L'introduction du programme de clémence intervient en même temps qu'une sévérité accrue des sanctions, désormais calculées en fonction du chiffre d'affaires des entreprises.

Les ambiguïtés persistantes de la loi n'ont toutefois pas fait obstacle à la première application du programme le 7 septembre 2007<sup>70</sup>. L'Autorité fédérale de concurrence s'apprête ainsi à faire bénéficier le groupe national d'assurance, Rosenergo, et la compagnie nationale d'assurance russe OJSC de la clémence en échange de leur coopération concernant des accords de fixation de prix dans le domaine des services d'assurance.

PLM

**Canada : ultime condamnation d'un membre du cartel des électrodes de graphite suite à un «plea bargaining»**

Le 9 novembre 2007, la Cour Fédérale du Canada condamne la société japonaise SEC Carbon à payer une amende de 250.000 CAN\$. Cette condamnation est l'ultime épisode des procédures de nature pénale<sup>71</sup> diligentées contre, en tout, six entreprises et deux dirigeants de l'entreprise meneuse, à savoir UCAR, impliqués dans le cartel international des électrodes de graphite, mis en œuvre de 1992 à 1997<sup>72</sup>.

SEC Carbon Ltd s'est déclarée coupable selon la procédure de transaction canadienne. La reconnaissance de culpabilité résulte de l'accord, présenté par le Procureur général avec l'assentiment de l'entreprise et homologué par la Cour fédérale.

A la différence des sociétés UCAR et SGL Carbon, qui possédaient 90 % de parts de marché, SEC Carbon Ltd s'était abstenue de vendre tout produit d'électrode de graphite au Canada, malgré les demandes en ce sens de clients canadiens pendant la durée du cartel.

Certes, l'arrêt des ventes d'électrodes de graphite sur le marché canadien dès 1986 par SEC Carbon était en partie dû à un environnement commercial défavorable (procédure anti-dumping du gouvernement canadien et conditions de change entre le yen et le dollar canadien)<sup>73</sup>. Mais l'autorité canadienne de concurrence a estimé que SEC Carbon, par sa passivité, a participé à la mise en œuvre des accords illégaux de fixation de prix et de marchés, quand bien même cette volonté de ne pas vendre d'électrodes de graphite en Amérique du Nord correspondait à son « *business plan* » d'alors<sup>74</sup>.

Cette affaire mérite l'attention à plusieurs égards : à l'heure des débats lancés le 26 octobre 2007 par la Commission européenne sur l'introduction d'une procédure de transaction en Europe<sup>75</sup>, le modèle canadien montre que les transactions ne permettent pas nécessairement une résolution plus rapide des cas, et ce en dépit du rôle joué par le juge<sup>76</sup>. Les investigations ont commencé en 1997, en même temps que celles menées par la Commission européenne<sup>77</sup>. Mais, d'un côté de l'Atlantique, la décision de la Commission européenne a fait l'objet d'un appel par sept des entreprises condamnées<sup>78</sup>. La procédure européenne s'est close aux termes de plusieurs arrêts de la Cour de justice, rendus le 29 juin 2006<sup>79</sup>. De l'autre côté de l'Atlantique, les négociations canadiennes ont certes permis d'économiser nombres d'actions en justice devant les juridictions, mais ont finalement pris fin plus tardivement, quelques 10 années après les faits...

Admittedly, SEC stopped selling graphite electrodes on the Canadian market as early as 1986 because of difficult business conditions, which included the Government of Canada's anti-dumping proceedings and the exchange rate between the Japanese Yen and the Canadian Dollar. Nonetheless, the Canadian competition authority has considered that SEC Carbon participated in a passive manner to the implementation of the cartel, in particular through illegally fixing prices and sharing markets and despite the fact that SEC Carbon's decision not to sell graphite electrodes in North America was consistent with its then business plan.

This case is of interest in many respects. In the context of the debates launched by the European Commission on October 26, 2007, on the introduction of direct settlement proceedings in Europe, the Canadian model shows that settlements do not necessarily accelerate case resolution, despite the involvement of a judge in the proceeding. The investigations started in 1997, at the same time as they did in Europe. However, on one side of the Atlantic, seven sanctioned companies appealed the European Commission's final decision. The European proceeding closed on June 29, 2006. On the other side of the Atlantic, the Canadian negotiations made it possible to prevent many legal actions from being litigated. But they were finally settled much later, 10 years after the cartel activities...

PLM

PLM

---

## Notes

1. IP/07/1608.

2. Voir : <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>

3. De son ressort. Voir Point 10 du Projet de Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du Règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente.

4. La récompense offerte à l'entreprise divulguatrice dans le cadre de la procédure de clémence est l'immunité ou la réduction d'amende.

5. Voir Article premier § 4 du Projet de Règlement (CE) N°.../.. de la Commission du [...] modifiant le Règlement CE n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, et Point 8 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*) qui énonce qu'elle interviendrait : « ...au plus tard à la date à laquelle la Commission adresse une communication des griefs ».

6. Voir Point 3 du Projet de Communication de la Commission, *op. cit.*
7. Voir Point 5 du Projet de Communication de la Commission, *op. cit.*
8. Article premier. 1. du Projet de Règlement, *op. cit.*
9. Passé ce délai, la Commission ne serait plus tenue de prendre en considération la réponse reçue. Voir : Article premier 4. du Projet de Règlement, *op. cit.*
10. Article premier 8. du Projet de Règlement, *op. cit.*
11. Article premier 4. du Projet de Règlement, *op. cit.*
12. Voir Article premier §4 du Projet de Règlement (*op. cit.*), en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente, Article 10 bis §2 tel que proposé, et Point 16 du Projet de Communication de la Commission, *op. cit.*
13. Article premier 8. du Projet de Règlement (*op. cit.*), Article 17 §3 tel que proposé.
14. Article premier 4. du Projet de Règlement (*op. cit.*).
15. Point 7 du Projet de Règlement (*op. cit.*).
16. Article premier 4. du Projet de Règlement (*op. cit.*), Article 12. 2. nouveau proposé.
17. Article premier 4. du Projet de Règlement (*op. cit.*), Article 15. 1 bis proposé.
18. Article premier 4. du Projet de Règlement (*op. cit.*), Article 17 §3 nouveau proposé.
19. Article premier 4. du Projet de Règlement (*op. cit.*), Article 10 bis 2 nouveau proposé.
20. Article premier 4. du Projet de Règlement (*op. cit.*), Article 10 bis 3. proposé.
21. Voir *Supra*.
22. Point 15 du Projet de Communication (*op. cit.*).
23. Point 17 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
24. Voir *Infra* dans ce numéro.
25. Voir Point 4 de l'Introduction du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
26. Voir par exemple l'IP/07/1608.
27. Points 16 et 17 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
28. Voir *Supra*.
29. Point 18 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
30. Point 27 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
31. Point (5) du Préambule du Projet de Communication (*op. cit.*).
32. Points 7 & 35 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
33. Point 7 du Projet de Communication de la Commission (*op. cit.*).
34. Infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a) du Règlement (CE) n° 1/2003, JO C 210 du 1.9.2006, p. 2. Voir, par exemple, sur le thème des Lignes directrices Nathalie Jalabert-Doury & Laurent Nouvel, Sévérité accrue des sanctions : Une nouvelle phase de consolidation, *RDAI/IBLJ*, n° 4, 2007, pp. 527-541.
35. TPI, 17 septembre 2007, Microsoft c/ Commission, aff. T-201/04 ; Communiqué de presse n° 63/07 du 17 septembre 2007 ; Memo/07/359.
36. Communication de Grievs du 1<sup>er</sup> mars 2007 ; Voir IP/07/269.
37. IP/07/1781.
38. IP/07/1725.
39. <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontalguidelines.pdf> ; IP/07/1780.
40. IP/07/1780.
41. TPI, 14 décembre 2005, General Electric c/ Commission, aff. T-210/01.
42. Points 13, 28 et 92 des Lignes directrices.
43. Point 53 des Lignes directrices.
44. Conformément à la jurisprudence du TPI, la Commission doit en tout état de cause baser son analyse prospective sur des preuves suffisamment solides : TPI, 14 décembre 2005, General Electric c/ Commission, aff. T-210/01 ; TPI, 25 octobre 2002, Tetra Laval c/ Commission, aff. T-5/02.
45. CJCE, 12 mai 2005, aff. C-415/03, Commission contre Grèce ; CJCE, 5 octobre 2006, aff. C-232/05, Commission contre France et CJCE, 18 octobre 2007, aff. C-441/06, Commission contre France. La CJCE a démontré l'importance de l'effectivité des décisions de récupération des aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun.
46. IP/07/1609.
47. JO C 272 du 15 novembre 2007.
48. Plan d'action dans le domaine des aides d'État – des aides moins nombreuses et mieux ciblées : une feuille de route pour la réforme des aides d'État 2005-2009, COM (2005) 107 final du 7 juin 2005.

49. Point 3, Communication de la Commission vers une mise en œuvre effective des décisions de la Commission enjoignant aux États-membres de récupérer les aides d'État illégales et incompatibles avec le marché commun, *JO C 272*.
50. Point 42 de la Communication de la Commission précitée.
51. Points 19 et 20 de la Communication de la Commission précitée.
52. CJCE, 29 janvier 1998, aff. C-280/95, Commission/Italie, *Recueil* 1998, p. I-259.
53. Points 60 à 69 de la Communication de la Commission précitée.
54. Points 72 à 74, de la Communication de la Commission précitée.
55. En application de la jurisprudence Deggendorf, TPI, 9 mars 1994, aff. C-188/92.
56. [http://mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/press\\_releases/press\\_release\\_22102007\\_fr.pdf](http://mineco.fgov.be/organization_market/competition/press_releases/press_release_22102007_fr.pdf)
57. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007, disponible à l'adresse suivante : [http://www.cncompetencia.es/PDFs/doc/P\\_63.pdf](http://www.cncompetencia.es/PDFs/doc/P_63.pdf)
58. La Commission pour la libération de la croissance française (CLCF) présidée par Jacques Attali a remis au Président de la République française, Monsieur Sarkozy, ses premières propositions sur le pouvoir d'achat, appelé également « *Rapport Attali* », disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.lesechos.fr/medias/2007/1015//300210724.pdf>
59. High Court, *Devenish Nutrition Ltd and others v. Sanofi-Aventis SA (France) and others*, [2007] EWHC 2394 (Ch).
60. Aff. COMP/E-1/37.512 – Vitamines, *JO* 2003, L 6, p. 1.
61. TPI, 15 mars 2006, aff. T-15/02, BASF c/ Commission.
62. Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JO L1/1* du 26 décembre 2002.
63. Tribunal de commerce de Nanterre, 11 mai 2006, Arkopharma c/ Roche et Hoffman La Roche.
64. Cour d'Appel de Düsseldorf, arrêt du 4 octobre 2007, VI-2 kart 1/06 (V).
65. Communiqué de presse de la Commission européenne, Ententes : la Commission ouvre le marché gazier belge à la concurrence, 11 octobre 2007, IP/07/1487.
66. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel – COM/2007/0529 final – ; Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1775/2005 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel COM/2007/0532 final
67. <http://www.antitrust.gov.il/Antitrust/en-US/PublicInformation/PressReleases/NewMergerRegulationsCameIntoForce.htm>
68. « Sur les amendements du Code administratif de la Fédération de Russie », N° 45FZ en date du 9 avril 2007.
69. Lana Haworth, Russia's Strengthening Sanctions for Breaching of Competition Law, [2007] *E.C.L.R.*, 9, p. 511.
70. Federal Antimonopoly Service, « Leniency program » starts to work in Russia, 7 septembre 2007.
71. Section 45 (1) de la loi de concurrence canadienne sanctionne les ententes pénalement par un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars.
72. Communiqué de presse du Bureau canadien de la concurrence, SEC Carbon admet avoir participé à un complot, 9 novembre 2007.
73. Point 15 de l'Énoncé conjoint des faits.
74. Point 18 de l'Énoncé conjoint des faits
75. Projet de règlement (CE) N° .../.. de la Commission du [...] modifiant le Règlement (CE) n° 773/2004 en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente ; Projet de Communication de la Commission relative aux procédures de transaction engagées en vue de l'adoption de décisions en vertu des articles 7 et 23 du Règlement n° 1/2003 du Conseil dans les affaires d'entente.
76. Le juge canadien homologue la transaction présentée par le Procureur général ayant le Bureau canadien de la concurrence comme « *client* ». Ce n'est que dans des cas exceptionnels (par exemple une amende dont le montant serait déraisonnable) que le juge peut ne pas suivre les recommandations du Procureur et peut imposer une amende plus élevée.
77. La décision finale de la Commission européenne, en date du 18 juillet 2001, a imposé un montant total d'amendes de 218,8 millions d'euros à l'égard des 8 entreprises, membres du cartel (dont 12,2 millions à SEC Carbon).
78. TPI, 29 avril 2004, aff. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01, T-252/01, *Tokai Carbon e.a. c/ Commission*. A cette occasion, l'amende de SEC Carbone a été ramenée à 6,138 millions d'euros.
79. CJCE, 29 juin 2006, aff. C-289/04 P, CJCE, *Showa Denko/Commission*, 29 juin 2006; Aff. C-301/04 P, *Commission c/ SGL Carbon AG*, 29 juin 2006 ; Aff. C-308/04 P, *SGL Carbon AG c/ Commission*.