

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. **Paiements et financements internationaux**
International Payments and Financing
4. **Fiscalité internationale**
International Taxation
5. **Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits**
International Arbitration and Alternative Dispute Resolution

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

POLITIQUES DE CONCURRENCE

COMPETITION POLICIES

Nathalie JALABERT-DOURY *, Laurent NOUVEL ** & Igor SIMIC ***

Responsable de la chronique : Nathalie JALABERT-DOURY, Avocat à la Cour, chargée d'un enseignement dans le DESS de Droit du Commerce international de Paris X Nanterre.

ÉTUDE

Affaire *Glaxo Grèce* : la montagne a accouché d'une souris

Par décision du 22 janvier 2003, les autorités grecques de concurrence (l'Épitropi Antagonismou) ont saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une question pré-judicielle visant à savoir si le refus d'un laboratoire pharmaceutique de satisfaire la totalité des commandes passées par les grossistes répartiteurs constitue *per se* un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE.

STUDY

***Glaxo Greece* case: much ado about nothing**

By a decision dated 22 January 2003, the Greek Competition Commission (Épitropi Antagonismou) referred to the Court of Justice of the European Communities questions concerning whether the refusal of a pharmaceutical company to meet all of the orders made by wholesalers should be considered *per se* as an abuse of dominant position within the meaning of Article 82 EC.

* Avocat, Sokolow, Carreras & Associés, Paris, Chargée d'Enseignement en Master, Paris I et Paris X.

** Avocat, Sokolow, Carreras & Associés, Paris.

*** Avocat, Darrois, Villey, Maillot, Brochier, Paris.

The Court of Justice prudently avoid to answer, ruling, in its decision dated on 31 May 2005, that Epitepi Antagonismou cannot not be considered as court or tribunal within the meaning of Article 234 EC and that, consequently, the Court has no jurisdiction to answer the questions referred by the Epitepi Antagonismou.

On the contrary, in its opinion delivered on October, 28, 2004, the Advocate General Jacobs considered that the Epitepi Antagonismou was sufficiently judicial in character to qualify as a court or tribunal for the purposes of Article 234 EC. On the merits, the Advocate General considered that a restriction of supply by a pharmaceutical undertaking holding a dominant position in the view of limiting parallel trade was capable of objective justification as a reasonable and appropriate measure to defend the undertaking's legitimate commercial interests and hence did not constitute *per se* an abuse within the meaning of Article 82 EC.

The solution adopted by the Court is regrettable because the pharmaceutical industry was impatient to have an answer on the merits to this question. Indeed, for years, pharmaceutical companies have been the victims, in Europe, of a judicial harassment by wholesalers, trying to oblige them to meet all of their orders, even when such orders were obviously out of proportion and constituted an abuse of process.

In any event, even if the Court had endorsed its Advocate General's opinion, the Court's judgment would not have completely endorsed the systems implemented by pharmaceutical companies.

1. The Facts

The Glaxosmithkline group's Greek subsidiary, Glaxosmithkline Aeve, imports and distributes various proprietary pharmaceutical products, including Imigran, Lamictal and Severent.

Until November 2000, GSK met in full the orders received from wholesalers. A substantial proportion of those orders were then exported by wholesalers to other Member States of the European Union where prices were much higher.

La Cour de justice a préféré «botter en touche», en considérant, dans son arrêt du 31 mai 2005, que l'Epitepi Antagonismou n'était pas une juridiction au sens de l'article 234 du Traité CE et qu'elle n'était donc pas compétente pour se prononcer sur la question qui lui a été posée¹.

Pourtant, dans ses conclusions du 28 octobre 2004, l'avocat général Jacobs a invité la Cour à considérer que l'Epitepi Antagonismou avait un caractère «*suffisamment juridictionnel*» pour pouvoir être qualifiée de juridiction au sens de l'article 234 du Traité CE. Sur le fond, l'avocat général a estimé qu'une restriction de l'approvisionnement par une entreprise pharmaceutique dominante en vue de limiter le commerce parallèle de médicaments était susceptible d'être justifiée en tant que mesure raisonnable et appropriée destinée à défendre les intérêts commerciaux légitimes de cette entreprise et n'était, dès lors, pas constitutive *per se* d'un abus au sens de l'article 82 du Traité CE.

On ne peut que regretter la solution adoptée par la Cour, dans la mesure où une réponse sur le fond était très attendue par l'ensemble de l'industrie pharmaceutique. En effet, les laboratoires pharmaceutiques sont victimes depuis plusieurs années en Europe d'un harcèlement judiciaire orchestré par les grossistes répartiteurs qui essaient de les contraindre à satisfaire la totalité de leurs commandes, même celles dont le caractère disproportionné et abusif paraît manifeste.

En tout état de cause, même si la Cour avait suivi les conclusions de son avocat général Jacobs, l'arrêt de la Cour n'aurait pas complètement validé (du moins théoriquement) les systèmes de contingentements mis en place par les laboratoires pharmaceutiques au regard des règles prohibant l'abus de position dominante.

1. Rappel des faits

La société Glaxosmithkline Aeve, filiale grecque du groupe GlaxosmithKline («GSK»), commercialise en Grèce différentes spécialités pharmaceutiques, dont Imigran, Lamictal et Serevent.

Jusqu'en novembre 2000, GSK répondait à l'intégralité des commandes passées par les grossistes répartiteurs. Une grande partie de ces produits était ensuite exportée par les grossistes répartiteurs grecs vers d'autres États-membres de l'Union européenne où les prix des médicaments étaient considérablement plus élevés.

Pour protéger ses intérêts commerciaux, GSK a décidé de limiter les importations parallèles en refusant de satisfaire intégralement les commandes passées par les grossistes répartiteurs grecs.

Ces derniers ont, dès lors, saisi l'Epitropi Antagonismou d'une demande dirigée contre GSK au motif que le refus opposé par celle-ci de satisfaire l'intégralité de leurs commandes serait constitutif d'un abus de position dominante contraire à l'article 82 du Traité CE.

Par décision du 22 janvier 2003, l'Epitropi Antagonismou a décidé de surseoir à statuer et de déférer plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes.

Pour l'essentiel, la Commission hellénique de la concurrence souhaitait savoir si et dans quelles circonstances une société pharmaceutique en position dominante peut, afin de limiter le commerce parallèle de ses produits, refuser de satisfaire intégralement les commandes que lui adressent des grossistes.

2. Conclusions de l'avocat général

Dans ses conclusions rendues le 28 octobre 2004, l'avocat général Jacobs a proposé à la Cour de répondre qu'une entreprise pharmaceutique détenant une position dominante n'exploite pas nécessairement de façon abusive cette position en refusant de satisfaire intégralement les commandes que lui ont adressées des grossistes en produits pharmaceutiques du seul fait qu'elle vise ainsi à limiter le commerce parallèle.

Selon l'avocat général, un tel refus est susceptible d'être objectivement justifié, et ainsi de ne pas constituer un abus, lorsque les différences de prix donnant lieu au commerce parallèle sont dues à l'intervention de l'État-membre d'exportation, qui fixe le prix à un niveau inférieur à celui pratiqué dans le reste de la Communauté, compte tenu de l'ensemble des caractéristiques du secteur pharmaceutique européen dans son état actuel, et notamment des suivantes :

- l'omniprésence et la diversité des interventions étatiques dans la fixation du prix des produits pharmaceutiques, qui sont responsables des différences de prix entre États-membres ;
- la réglementation communautaire et nationale de la distribution des produits pharmaceutiques, qui impose aux entre-

In order to protect its commercial interests, GSK decided to limit parallel imports by refusing to meet in full the orders from wholesalers.

The latter thus brought before the Epitropi Antagonismou a complaint against GSK, allegedly because the refusal opposed by GSK to meet their orders in full could constitute an abuse of dominant position in breach of Article 82 EC.

By a decision of 22 January 2003, the Epitropi Antagonismou, suspended the case before it and referred various questions to the Court of Justice.

Essentially, the Greek Competition Commission wanted to know whether and under which circumstances a pharmaceutical company holding a dominant position could, in the view of limiting parallel trade of its products, refuse to meet in full the orders sent by wholesalers.

2. Advocate General's Conclusion

In his opinion delivered on the on the 28 October 2004, the Advocate General Jacobs proposed that the Court should find that a pharmaceutical undertaking holding a dominant position does not necessarily abuse that position by refusing to meet in full the orders sent to it by pharmaceutical wholesalers only by reason of the fact that it aims thereby to limit parallel trade.

Pursuant to the opinion of Advocate General, such a refusal is capable of objective justification, and thus of not constituting an abuse, where the price differential giving rise to the parallel trade is the result of State intervention in the Member State of export to fix the price there at a level lower than that which prevails elsewhere in the Community, given the combined circumstances of the European pharmaceutical sector at the current stage of its development, and in particular:

- the pervasive and diverse State intervention in the pricing of pharmaceutical products, which is responsible for price differentials between the Member States;
- the regulation by the Community and the Member States of the distribution of pharmaceutical products, which establishes nationally demarcated obligations

upon pharmaceutical undertakings and wholesalers to ensure the availability of adequate stocks of those products;

- the potentially negative consequences of parallel trade for competition, the common market, and incentives to innovate, given the economic characteristics of the pharmaceutical industry;

- the fact that end consumers of pharmaceutical products may not in all cases benefit from parallel trade and that public authorities in the Member States, as the main purchasers of such products, cannot be assumed to benefit from lower prices, given that they are themselves responsible for fixing prices within their territories.

The Advocate General thus considered that, taking into account the specificities of European pharmaceutical industry, as described there above, a restriction of supply by a pharmaceutical undertaking holding a dominant position in the view of limiting parallel trade is capable of objective justification as a reasonable and appropriate measure to defend the undertaking's legitimate commercial interests and hence does not constitute *per se* an abuse in the meaning of Article 82 EC.

Nevertheless, Advocate General Jacobs's conclusion set two series of limitations to the inapplicability of Article 82 EC to a quota policy aiming at limiting parallel trade of medicines.

Firstly, the question referred to the Court in the *Glaxo Greece* case does not relate to a total termination of all supplies, but merely to a refusal to "meet fully the orders sent to it", which implies that all wholesalers (including those whose activity is exclusively dedicated to exports) are supplied for at least part of their orders. Cases concerning terminations of all supplies to export wholesalers (for instance, a quota system based on wholesalers' domestic market share) may thus not be covered by the "exemption" proposed by the Advocate General.

Secondly, the Advocate General did not exclude that a restriction of supply, which "negative consequences on competition" would go beyond a limitation of parallel trade, could breach Article 82 EC. Thus a

prises et aux grossistes pharmaceutiques des obligations qui diffèrent d'un État-membre à l'autre afin d'assurer la disponibilité de stocks suffisants de produits pharmaceutiques ;

- les conséquences potentiellement négatives du commerce parallèle sur la concurrence, le marché commun et l'incitation à innover, compte tenu des caractéristiques économiques de l'industrie pharmaceutique ;

- le fait que le commerce parallèle ne bénéficie pas toujours au consommateur final des produits pharmaceutiques et que l'on ne saurait présumer que les autorités publiques des États-membres, qui sont les principaux acheteurs de ces produits, tirent un avantage de prix inférieurs, puisqu'elles sont elles-mêmes chargées de fixer les prix sur leurs territoires respectifs.

L'avocat général a donc considéré que, compte tenu des spécificités de l'industrie pharmaceutique européenne décrites ci-dessus, une restriction de l'approvisionnement par une entreprise pharmaceutique dominante, en vue de limiter le commerce parallèle, est susceptible d'être justifiée en tant que mesure raisonnable et appropriée destinée à défendre les intérêts commerciaux légitimes de cette entreprise et n'est, dès lors, pas constitutive *per se* d'un abus au sens de l'article 82 du Traité CE.

Les conclusions de l'avocat général Jacobs posent néanmoins deux séries de limites à l'inapplicabilité de l'article 82 du Traité CE à une politique de contingentement visant à limiter le commerce parallèle de médicaments.

Premièrement, la question posée à la Cour dans l'affaire *Glaxo Grèce* ne portait pas sur une cessation totale de livraison, mais uniquement sur un refus de « *satisfaire intégralement des commandes* », ce qui implique que tous les grossistes (y compris ceux dont l'activité est exclusivement tournée vers les exportations) seraient approvisionnés pour une partie au moins de leurs commandes. L'hypothèse d'une interruption totale des livraisons aux grossistes exportateurs (par exemple un système de contingentement basé sur la part de marché nationale des grossistes répartiteurs) pourrait donc ne pas être couverte par l'« exemption » proposée par l'avocat général.

Deuxièmement, l'avocat général n'exclut pas qu'une restriction de l'approvisionnement, dont les « *conséquences négatives sur la concurrence* » iraient au-delà d'une limitation du commerce parallèle, puisse être contraire à l'article 82 du Traité CE. Ainsi, un système de contingentement qui aurait

pour effet non seulement de limiter le commerce parallèle de médicaments, mais également de restreindre l'accès de nouveaux entrants au marché de l'approvisionnement en gros des médicaments ou encore de figer les parts de marché des grossistes déjà présents sur le marché, pourrait soulever des questions au regard de l'article 82 du Traité CE.

3. Même si la Cour avait suivi son avocat général, l'arrêt de la Cour n'aurait pas complètement validé les systèmes mis en place par les laboratoires pharmaceutiques

De façon schématique, il existe actuellement deux types de systèmes de contingentement mis en place par les laboratoires pharmaceutiques, afin de limiter le commerce parallèle de médicaments au sein de l'Union européenne :

- les systèmes basés sur la part de marché nationale des grossistes répartiteurs. Ces systèmes ont pour effet d'exclure toute vente de médicaments aux grossistes exportateurs, dès lors que les quantités allouées à chaque grossiste sont calculées sur la base de sa part de marché détenue au niveau national et que la part de marché nationale des grossistes exportateurs est par définition égale à zéro ;
- les systèmes plus « souples » basés sur les quantités livrées l'année précédente à chaque grossiste, modulées au vu de l'estimation de l'évolution du marché local. Ces systèmes s'appliquent indistinctement à l'ensemble des grossistes, sans distinguer selon la destination finale du produit vendu qui peut être revendu sur le territoire de l'État-membre d'origine ou exporté vers un autre État-membre.

Les deux types de systèmes ont généré de nombreux contentieux devant les autorités et juridictions nationales des différents États-membres. En France, les principaux contentieux concernent les procédures engagées devant le Conseil de la concurrence contre plusieurs laboratoires par les grossistes exportateurs *Pharma-Lab*² et *Pharmajet*³, en 2002, et par le grossiste national *Phoenix Pharma*, en 2004⁴.

Aucune décision au fond n'a été rendue par le Conseil à ce jour. Toutefois, dans sa décision *Phoenix Pharma*, le Conseil a fourni certaines indications et a semblé subordonner la licéité des systèmes concernés aux conditions cumulatives suivantes :

quota system, the effect of which would not only be to limit parallel trade but also to foreclose access to new entrants on the pharmaceutical wholesale supply market or even to freeze the existing wholesalers' market shares, may raise issues regarding Article 82 EC.

3. Even if the Court Had Endorsed its Advocate General's Opinion, the Court's Judgment Would not Have Completely Validated the Systems Implemented by Pharmaceutical Companies

There are currently two main types of quota systems implemented by pharmaceutical companies, in order to limit parallel trade of medicines within the European Union:

- the systems based on the domestic market share of export wholesalers. The effects of these systems are to exclude any sale of medicine to wholesalers who export, since the quantities allocated to each wholesaler are calculated according to its own domestic market share and since by definition the domestic market shares of wholesalers who export equals to zero;
- more "flexible" systems based on quantities supplied the previous year to each wholesaler, taking into account the anticipated evolution of the domestic market. This system applies indistinctly to all wholesalers, regardless of whether the products are re-sold on the domestic market or on another European market.

These two types of systems have generated numerous litigations before the national authorities and jurisdictions of several Member States. In France, the main proceedings were initiated by two export wholesalers *Pharma-Lab* and *Pharmajet*, in 2002, and a domestic wholesaler *Phoenix Pharma* in 2004 before the *Conseil de la Concurrence* against several pharmaceutical companies.

No decision on the merits has been issued to date. However, in the *Phoenix Pharma* decision, the *Conseil* provided certain indications and seemed to suggest that the legality of the systems at issue would be subject to the following conditions:

- the systems must not foreclose access to new entrants on the pharmaceutical wholesale supply market;

- the systems must not freeze the wholesalers' market shares, "by imposing restrictions which would limit the scope for variation of their market shares in comparison with what they would have been without the implementation of those systems".

On this ground, the *Conseil* expressed several reserves regarding the legality of the systems implemented by certain pharmaceutical companies with respect to Article L. 420-2 of the French Commercial Code. It therefore estimated that the substantial examination of these systems' legality should be pursued.

In the light of the decisions issued until today by the *Conseil de la concurrence*, it has to be noticed that, even if the Court had endorsed the Advocate General Jacobs's conclusion, his judgment would not have completely validated the systems implemented by the pharmaceutical companies.

Indeed, as indicated above, the Advocate General did not exclude that a restriction of supply, which "negative consequences on competition" would go beyond the limitation of parallel trade, could breach Article 82 EC. In the *Phoenix Pharma* decision, the *Conseil de la concurrence* did not exclude that certain quota systems could have the effect to foreclose the access of new entrants on the pharmaceutical wholesale supply market and to freeze the existing wholesalers' market shares. If these objections were well-founded, the "negative consequences" of these systems on competition would go beyond the limitation of parallel trade and thus continue to raise issues regarding Article 82 EC and Article L. 420-2 of the French Commercial Code.

Moreover, the question referred to the Court in the *Glaxo Greece* case did not relate to a total termination of all supplies, but merely to a refusal to "fully meet the orders", which implies that all wholesalers (including those whose activity is exclusively dedicated to exports) are supplied for at least part of their orders. The idea of a total interruption of all supplies to export wholesalers raised, in the *Pharma-Lab* and *Pharmajet* cases, may thus not be covered by the "exemption" proposed by the Advocate General.

I.S.

- ils ne doivent pas empêcher l'accès de nouveaux entrants au marché de l'approvisionnement en gros des médicaments ;

- ils ne doivent pas figer les parts de marché des grossistes déjà présents sur le marché, « en leur imposant des contraintes qui limiteraient l'amplitude des variations de leur parts de marché par rapport à ce qu'elles auraient été sans l'instauration de ces systèmes ».

Sur cette base, le Conseil a exprimé quelques réserves quant à la licéité des systèmes mis en place par certains laboratoires pharmaceutiques au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Il a dès lors estimé qu'il convenait de poursuivre l'examen au fond de la licéité de ces systèmes.

Au vu des décisions rendues à ce jour par le Conseil de la concurrence, force est de constater que, même si la Cour avait suivi les conclusions de son avocat général Jacobs, son arrêt n'aurait pas complètement validé les systèmes mis en place par les laboratoires pharmaceutiques.

Rappelons en effet que l'avocat général n'a pas exclu qu'une restriction de l'approvisionnement, dont les « conséquences négatives sur la concurrence » iraient au-delà d'une limitation du commerce parallèle, puisse être contraire à l'article 82 du Traité CE. Or, dans l'affaire *Phoenix Pharma*, le Conseil de la concurrence n'a pas exclu que certains systèmes de contingentements puissent avoir pour effet de restreindre l'accès de nouveaux entrants au marché de l'approvisionnement en gros des médicaments et de figer les parts de marché des grossistes déjà présents sur le marché. Si ces objections s'avéraient fondées, les « conséquences négatives » de ces systèmes sur la concurrence iraient au-delà d'une limitation du commerce parallèle et ils continueraient donc à soulever des questions au regard des articles 82 du Traité CE et L. 420-2 du Code de commerce.

Par ailleurs, la question posée à la Cour dans l'affaire *Glaxo Grèce* ne portait pas sur une cessation totale de livraison, mais uniquement sur un refus de « satisfaire intégralement des commandes », ce qui implique que tous les grossistes (y compris ceux dont l'activité est exclusivement tournée vers les exportations) seraient approvisionnés pour une partie au moins de leurs commandes. L'hypothèse d'une interruption totale des livraisons aux grossistes exportateurs, soulevée dans les affaires *Pharma-Lab* et *Pharmajet*, pourrait donc ne pas être couverte par l'« exemption » proposée par l'avocat général.

I.S.

I. UNION EUROPÉENNE

Pratiques anticoncurrentielles

AstraZeneca : une forme inédite mais prévisible d'abus de position dominante

La Commission européenne avait déjà énoncé le principe selon lequel des actions judiciaires abusives peuvent être constitutives d'abus de position dominante, tout en l'encadrant de conditions particulièrement strictes, qui n'avaient d'ailleurs à ce jour donné lieu à aucun cas d'application⁵, à la différence de certains droits nationaux⁶.

Depuis une décision *AstraZeneca* du 15 juin 2005, la Commission compte désormais un cas d'application particulièrement significatif puisqu'il a débouché sur une sanction exemplaire (60 millions d'euros) dans un cas qui ne correspondait pas aux hypothèses classiques d'actions judiciaires abusives.

En effet, *AstraZeneca* aurait, selon le communiqué de presse de la Commission⁷, abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché des inhibiteurs de la pompe à protons grâce à son médicament anti-ulcéreux, le Losec en, (i) communiquant des informations trompeuses à plusieurs offices nationaux des brevets de l'EEE, ce qui lui aurait permis d'obtenir une protection étendue pour le Losec grâce à des certificats complémentaires de protection, (ii) en utilisant abusivement les règles et les procédures appliquées par les agences nationales de médicaments qui délivrent les autorisations de mise sur le marché des médicaments en faisant annuler l'enregistrement des autorisations de commercialisation relatives à ses propres produits, dans le but de prévenir ou de retarder l'arrivée des sociétés génériques et des importateurs parallèles.

La qualification d'abus n'allait pas de soi en l'espèce à au moins deux titres.

Tout d'abord, le contexte suscitait de multiples questions : l'interférence entre droits de propriété intellectuelle et droit de la concurrence, évidemment, mais aussi le fait qu'un brevet confère fréquemment mais très temporairement le bénéfice d'une position dominante, ou encore le fait qu'il faille se garder d'appréciations trop rapides sur les effets de mesures visant à limiter les importations parallèles de produits pharmaceutiques (*cf.* commentaire ci-dessus de l'affaire *Glaxo*).

I. THE EUROPEAN UNION

Anticompetitive Practices

AstraZeneca: a Foreseeable but New Type of Dominant Position

The Commission had already set out the principle that abusive judicial proceedings could qualify as an abuse of dominant position, while setting rather strict conditions in that respect, which did not result in a case so far, to the difference of other legal systems within the EU.

With the *AstraZeneca* decision dated 15 June 2005, the Commission now holds a precedent and a rather significant one, if one considers the exemplary fine imposed (60 million euros) in a case which did not clearly fit in with the classic forms of abusive judicial proceedings.

Indeed, according to the Commission's press release, *AstraZeneca* would have abused of the dominant position it holds on the proton pump inhibitor market with its ulcer drug Losec by (i) having given misleading information to several national patent offices in the EEA resulting in *AstraZeneca* gaining extended patent protection for Losec through so-called supplementary protection certificates (SPCs) and (ii) having misused rules and procedures applied by the national medicines agencies which issue market authorisations for medicines by selectively deregistering the market authorisations for its own products with the intent of blocking or delaying entry by generic firms and parallel traders.

The qualification of abuse was not self-evident for at least two reasons.

In the first place, the context entailed several issues: the interference between intellectual property law and competition law of course, but also the fact that a patented drug often benefits from a dominant position for a short period and the fact that one must not make too hastily assessment on the effects of measures which aim to limit parallel imports of pharmaceutical products (see comments above concerning the *Glaxo* case).

Regarding the subject matter of the case, the steps undertaken by the owner of intellectual property rights to protect them appear to be far from the offensive legal actions against competitors usually concerned in this respect. The decision of the Commission which established the principle of abusive use of legal procedures could not be, from this point of view, directly implemented given that it concerned legal actions “(i) which cannot reasonably be considered as an attempt to establish its rights and can therefore only serve to harass the opposite party, and (ii) which is conceived in the framework of a plan whose goal is to eliminate competition”.

The decision (not yet published) sets down new criteria which seem to broaden the scope of actions which are disputable to this extent. AstraZeneca has immediately announced its intention to bring an action before the CFI.

N.J.D.

Mergers

Guidelines on the Withdrawal of Notifications

One may remind the *MCI WorldCom/Sprint* case, where the Commission had issued a prohibition decision whereas MCI, probably aware that the prohibition was ineluctable, had just withdrawn its notification. The CFI had considered that the Commission had been excessively formalist by considering that a statement from the lawyers of the concerned parties was not sufficient to consider that the proposed concentration had been abandoned.

Whereas this case was still *sub judice*, a new paragraph has been added to the EC Merger Regulation n° 139/2004 to provide that the withdrawal of notification is effective in Phase II if the undertakings concerned can demonstrate “to the satisfaction of the Commission that they have abandoned the concentration”.

The generale nature of the terms justified additional explanations provided in an Information note published in July 2005. In this note, the Commission sets out that the satisfactory nature of the abandonment of the concentration must be assessed with respect to a principle of parallelism of forms; the degree of formalism of the abandonment depends from the degree of formalism of the act which has triggered the notification. Thus, when the procedure of notification is based on a formal agreement signed by the

Quant au fond, les démarches entreprises par un détenteur de droits de propriété intellectuelle pour les préserver semblent assez éloignées des actions judiciaires offensives contre des concurrents généralement visées à ce titre. La décision de la Commission qui avait posé le principe d’usage abusif de procédures judiciaires n’était de ce point de vue pas directement transposable puisqu’elle visait des actions en justice « (i) qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits, et ne peuvent dès lors servir qu’à harceler l’opposant, et (ii) qui sont conçues dans le cadre d’un plan ayant pour but d’éliminer la concurrence ».

La décision – à ce jour non publiée – pose donc manifestement de nouveaux critères qui semblent élargir le champ des actions contestables à ce titre. AstraZeneca a pour sa part immédiatement annoncé son intention d’introduire un recours devant le TPI.

N.J.D.

Concentrations

Guidelines sur les retraits de notification

On se souvient de l’affaire *MCI WorldCom/Sprint*, dans laquelle la Commission avait rendu une décision d’interdiction alors même que MCI, constatant vraisemblablement que l’interdiction était inéluctable, venait de retirer sa notification. Le TPI⁸ avait considéré que la Commission avait été excessivement formaliste en considérant qu’une déclaration des avocats des parties concernées n’était pas suffisante pour pouvoir considérer que le projet de fusion était bel et bien abandonné.

Alors que cette affaire était encore *sub judice*, un nouvel alinéa avait été ajouté au Règlement concentrations n° 139/2004 pour prévoir que le retrait de notification n’est effectif en phase II que lorsque les entreprises démontrent « à la satisfaction de la Commission, qu’elles ont abandonné la concentration »⁹.

La généralité des termes justifiait des explications complémentaires, fournies par une note d’informations publiée en juillet 2005¹⁰. La Commission y expose que le caractère satisfaisant de l’abandon de la concentration doit s’apprécier au regard d’un principe de parallélisme des formes : le degré de formalisation de l’abandon dépend du degré de formalisation de l’acte qui a déclenché la notification. Ainsi, lorsque la procédure de notification est fondée sur un accord formel

signé par les parties, il est impératif que l'abandon de la concentration prenne la même forme. Au contraire, une simple annonce publique suffira lorsque la procédure repose sur une annonce d'offre publique d'achat, pour autant que cette annonce prenne la même forme et fasse l'objet d'une diffusion aussi importante.

N.J.D.

Aides d'État

Compensations aux entreprises chargées d'un SIEG

La Commission européenne a publié le 15 juillet 2005 son paquet de mesures concernant la compensation des services d'intérêt économique général (SIEG)¹¹. Annoncées dans le Livre Blanc de mai 2004¹², il s'agit des premières mesures d'application du Plan d'action dans le domaine des aides d'État (voir notre précédente chronique), censées garantir « *une meilleure sécurité juridique pour le financement des services d'intérêt économique général* ». Elles comprennent finalement trois documents : une décision adressée aux États-membres concernant l'application des dispositions de l'article 86 CE aux compensations de service public (la « *décision* »), un *encadrement* communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public, et une Directive modifiant la Directive sur la transparence (80/723/CEE).

La *décision* précise à quelles conditions certaines compensations de service public ne remplissant pas les critères de la jurisprudence *Altmark*¹³, et constituant par conséquent des aides, seront compatibles avec le Marché commun au sens de l'article 86(2) CE et ne devront pas être notifiées préalablement à la Commission. Les compensations dont le montant est inférieur à 30 millions d'euros par an et dont les bénéficiaires réalisent un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'euros au cours des deux exercices précédents celui de l'octroi du service, seront ainsi dispensées de toute notification. Il en ira de même des compensations accordées aux hôpitaux, aux entreprises de logement social ou pour les liaisons aériennes ou maritimes avec des îles, aéroports ou ports ne dépassant pas certains seuils de volume de trafic.

Les compensations doivent toutefois répondre à certaines conditions. D'une part, la responsabilité de la gestion du service d'intérêt économique général doit être confiée à l'entreprise par un acte officiel qui doit notamment indiquer la nature et la durée des obligations de service public, les entreprises et territoire concernés, la nature des droits

parties, the abandonment of the concentration must take the same form. On the contrary, a mere announcement shall suffice when the procedure is based on a takeover bid, insofar as this announcement has the same form and is subject to a circulation as important as for the announcement of the takeover bid.

N.J.D.

State Aids

Compensation in Companies Responsible for Services of General Economic Interest (SGEI)

The European Commission published on July 15th, 2005 its package of measures concerning the compensation of services of general economic interest (SGEI). Announced in the White Paper of May 2004, it is the first series of implementation measures of the State aid action plan for (see our previous column), aimed at guaranteeing “ *greater legal security for the financing of services of general interest*”. In all they contain three documents: a decision addressed to the Member States concerning the application of the provisions of Article 86 EC compensating public service (the “ *decision* ”), a Community *framework* for State aids in the shape of compensation of public services and a Directive amending the Directive on transparency (80/723/EEC).

The *decision* specifies under which conditions certain public service compensations do not fulfill the criteria laid down in the *Altmark* case and consequently constitute an aid, which aid will be compatible with the Common Market in the sense of Article 86 (2) EC and will not have to be notified to the Commission in advance. Compensation which is less than 30 million euros per year and the beneficiaries of which have a turnover less than 100 million euros in the course of both financial years preceding that of the conferment of service, will thus be exempted from any notification requirement. The same goes for compensation granted to hospitals, to social housing companies or for air or maritime links with islands, airports and ports not exceeding certain thresholds of traffic volume.

However, the compensation has to answer certain preconditions: on one hand, the management of the service of general interest must be entrusted to the enterprise by an official act, which must in particular highlight the nature and duration of the public service obligation, the company(/ies) and territory(/ies) concerned, the nature of the exclusive or possible

special rights granted to the company, the parameters of calculation, the control and review of compensation, the terms and conditions of the repayment of possible overcompensations and means to avoid these overcompensations (Article 4). On the other hand, the amount of compensation cannot exceed what is necessary to cover the expenses incurred by the execution of the public service obligations (Article 5).

The compensation which is constitutive of an aid, but is not covered by the *decision*, will have to be notified nonetheless because of important risks of distorting the competition. However, the Commission framework emphasises that it can be compatible with rules on State aids, provided that the above requirements are met.

Finally, the Directive amending the Directive on transparency extends the obligation to keep separate accounts for companies which benefit from public service compensation which also accomplish activities outside the area of services of general interest, in order to be able to calculate the correct amount of compensation.

In the end, apart from the technical specificities which these texts bring, one might be surprised by the impression of *déjà vu* which they evoke, as paradoxically, the conditions set out are closer to those presented in the *Altmark* case law. It is therefore not given that the Commission's target of legal certainty is reached.

L.N.

II. MEMBER STATES OF THE EU

Belgium: Amendment of Merger Notification Thresholds and Projected Overhaul of the Competition Regime

Until now, mergers between companies with a turnover greater than 40 million euros in Belgium, when at least two of the entities concerned have an individual turnover greater than 15 million euros in Belgium, had to be notified to the Belgian Competition Council.

A Royal Order dated July 3rd, 2005, which entered into force on July 19th, raised the aggregate threshold to 100 million euros and the individual threshold to 40 million euros, in order to restrict the application of the regime to the largest mergers.

exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation, les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations (article 4). D'autre part, le montant de la compensation ne peut excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public (article 5).

Les compensations qui constituent des aides d'État mais qui ne sont pas couvertes par la *décision*, devront en revanche être notifiées en raison des risques plus importants de distorsion de la concurrence. L'*encadrement* de la Commission indique qu'elles peuvent cependant être compatibles avec les règles sur les aides d'État, sous réserve que certaines conditions soient remplies, notamment celles précitées (pt 11).

Enfin, la Directive modifiant la Directive sur la transparence étend l'obligation de tenir une comptabilité séparée aux entreprises bénéficiaires de compensations de service public qui réalisent également des activités en dehors du service d'intérêt économique général, afin de pouvoir calculer le montant correct de la compensation.

Au final, ce paquet de mesures très attendu ne manquera pas de soulever de nouvelles interrogations en posant des conditions très similaires à celles retenues par la jurisprudence *Altmark*. Ce paradoxe, qui obscurcit la qualification des compensations, risque de nuire à l'objectif de sécurité juridique affiché par la Commission.

L.N.

II. ÉTATS-MEMBRES DE L'UE

Belgique : modification des seuils concentrations et projet de refonte complète du régime de concurrence

Jusqu'à présent, les concentrations entre entreprises totalisant un chiffre d'affaires supérieur à 40 millions d'euros en Belgique, dès lors qu'au moins deux d'entre elles détenaient individuellement un chiffre d'affaires supérieur à 15 millions d'euros en Belgique, devaient être notifiées au Conseil de la concurrence belge¹⁴.

Un arrêté royal du 3 juillet 2005, entré en vigueur le 19 juillet¹⁵, relève désormais le seuil cumulé à 100 millions d'euros et le seuil individuel à 40 millions d'euros, afin de limiter l'application du régime aux concentrations les plus importantes.

Il s'agit de la première manifestation d'un projet de refonte complète du régime approuvé en Conseil des ministres le 20 mai 2005, visant plus largement à renforcer l'indépendance et les moyens du Conseil de la concurrence.

N.J.D.

France : une réforme de modernisation ?

Le droit français de la concurrence se caractérise – entre autres – par la coexistence de règles de concurrence *stricto sensu* (de la compétence des autorités de concurrence), et de règles relatives à la transparence tarifaire et aux pratiques restrictives de concurrence (relevant de la compétence des tribunaux civils et/ou pénaux).

A l'heure où d'autres États-membres font le constat des effets plus anti- que pro-concurrentiels de telles règles, le législateur français n'en finit pas de retoucher son arsenal en la matière.

Dernière retouche en date, la Loi du 2 août 2005¹⁶ se donne pour objectif de « *moderniser les relations commerciales* » et de fournir les outils d'une baisse des prix à la consommation, dans le prolongement des travaux de la Commission Canivet.

Par une première série de mesures, la Loi renforce les règles relatives aux *conditions générales de vente et accords de coopération commerciale*, dans le sens d'un (encore) plus grand formalisme. Ainsi, les accords de coopération commerciale qui rémunèrent les services propres à favoriser la commercialisation des produits rendus par les distributeurs devront-ils être conclus avant le 15 février de chaque année, et comporter une rémunération exprimée en pourcentage du prix unitaire net du produit auxquels ils se rapportent.

De nombreux opérateurs avaient par ailleurs espéré que cette réforme permettrait d'abaisser le seuil de revente à perte, notamment pour y intégrer les différents avantages tarifaires consentis par les fournisseurs qui ne figurent pas sur la facture d'achat. Le dispositif en définitive adopté n'ouvre cependant une telle possibilité que de manière très limitée, en l'entourant de précautions et de seuils multiples, qui soulèvent au surplus de véritables difficultés d'interprétation.

La Loi comporte également une série de dispositions relatives aux enchères à distance et/ou inversées mais, là encore, la réponse apportée par le législateur est on ne peut plus formaliste. Le préavis de rupture en cas d'enchères

This is the first sign of a complete overhaul of the regime approved by the Council of Ministers on May 20th, 2005, which aims to reinforce the independence and means of the Competition Council.

N.J.D.

France: a Modern Reform?

French competition law is characterized – amongst other things – by the coexistence of competition rules in the strict sense (for which the competition authorities are competent), and rules relating to transparency and restrictive practices (for which the civil and/or criminal courts are competent).

At a time when other Member States are realising the negative effects on competition of such rules, the French legislator keeps adding final touches to this piece of legislation.

The most recent amendment, Law dated August 2nd, 2005, is devoted “to modernising trade relations” and purports to provide the means necessary for a decrease in consumer prices, in line with the report issued by the Canivet Commission.

Through a first series of measures, this Law has added muscle to the provisions relating to the *general conditions of sale and agreements of commercial cooperation*, by way of (even) greater formalism. Thus, the commercial cooperation agreements, which remunerate the services intended to favour the marketing of products returned by the distributors will have to be concluded before February 15th of every year, and include a remuneration set out as a percentage of the net unit price of the product they relate to.

Numerous operators had moreover hoped that this reform would allow for the lowering of the resale at a loss threshold, particularly for the purpose of including the various rebates granted by suppliers which do not appear on sales invoices. The mechanism adopted in the end only allows for such a possibility in limited circumstances, by circumscribing it with precautions and numerous thresholds, which raise further difficulties of interpretation.

This Law also includes a series of provisions relating to distance and/or reversed auctions but, there again, the answer given by the legislator is of the utmost

formalism. The notice of termination in case of remote electronic auction is doubled or at least equal to one year, whatever the circumstances.

On the other hand, the introduction of *criminal composition and transaction mechanisms* in the event that those responsible for the offence recognise the facts and undertake to change their behaviour in future, moves towards greater procedural efficiency. A decree has yet to be adopted to allow these rules to become applicable.

In summary, the Law dated August 2nd, 2005 seems to amend nothing else than the procedural aspects mentioned above. A report made by the Irish competition authority a few days earlier on comparable dispositions rings a bell when it states that: "*The Groceries Order is a relic from an era of protectionism, weak economic performance and national insecurity, when protection from competition was clung to like a safety blanket. This anti-competitive restriction is very costly for consumers and the Irish economy (...). This protectionism also undermines the competitiveness of the Irish food industry and hinders employment. Providing a vibrant and competitive marketplace at home is the best way to ensure that Irish companies are in a position to compete internationally*".

N.J.D.

Italy: Merger Thresholds Updated

As every year, the Italian merger notification thresholds have been updated on June 20th, 2005. They are now set at 421 million euros for the aggregate turnover of the businesses concerned in Italy, and at 42 million euros for the individual turnover of the Target in Italy.

N.J.D.

III. INTERNATIONAL

Merger Control and Third Party Appeals: Examination of Recent Decisions

By a summary proceedings decision of May 19th, 2005 and a judgement dated July 20th, 2005, the French *Conseil d'État*, the highest order of administrative jurisdiction, has enriched merger control litigation case law by opening new avenues for third parties wishing to throw a spanner in the works of such projects.

à distance par voie électronique est ainsi doublé ou à tout le moins égal à un an, quelles que soient les circonstances de cette rupture.

L'introduction de *mécanismes de transaction et de composition pénale* lorsque les auteurs de l'infraction reconnaissent les faits et s'engagent à modifier leur comportement pour l'avenir va en revanche dans le sens d'une simplification et d'une plus grande efficacité des procédures. Un décret doit cependant encore être adopté pour que ces dispositions entrent en vigueur.

Au total, la Loi du 2 août 2005 ne semble guère moderniser autre chose que ces aspects procéduraux et, le rapport rendu par l'autorité de concurrence irlandaise quelques jours auparavant sur des dispositions comparables sonne familièrement lorsqu'il affirme : « *The Groceries Order is a relic from an era of protectionism, weak economic performance and national insecurity, when protection from competition was clung to like a safety blanket. This anti-competitive restriction is very costly for consumers and the Irish economy (...). This protectionism also undermines the competitiveness of the Irish food industry and hinders employment. Providing a vibrant and competitive marketplace at home is the best way to ensure that Irish companies are in a position to compete internationally* »¹⁷.

N.J.D.

Italie : Mise à jour des seuils « concentrations »

Comme chaque année, les seuils italiens de contrôle des concentrations ont été mis à jour au 20 juin 2005. Ils s'établissent désormais à 421 millions d'euros pour le chiffre d'affaires agrégé de l'ensemble des entreprises concernées en Italie, et à 42 millions d'euros pour le chiffre d'affaires individuel de la cible en Italie¹⁸.

N.J.D.

III. INTERNATIONAL

Contrôle des concentrations et recours des tiers : regards croisés sur des décisions récentes¹⁹

Par une ordonnance de référé du 19 mai 2005 et un arrêt du 20 juillet 2005, le Conseil d'État français vient d'enrichir le contentieux du contrôle des concentrations en ouvrant de nouvelles perspectives aux tiers désireux de s'opposer à un projet de concentration.

Le 19 octobre 2004, le Ministre de l'économie avait autorisé la société Cegid à prendre le contrôle exclusif de la société CCMX, sur le marché des progiciels de gestion destinés à la profession comptable libérale (PCL), sans juger utile de saisir pour avis le Conseil de la concurrence comme il le fait pour des dossiers complexes. Fiducial informatique et Fiducial Expertise, respectivement concurrent et client de la nouvelle entité, avaient alors saisi le Conseil d'État d'une demande d'annulation de la décision du Ministre et demandé au juge des référés de prononcer dans l'attente la suspension de son exécution sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative, qui requiert deux conditions, à savoir l'urgence et l'existence d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Pour la première fois, le Conseil d'État a décidé de suspendre une décision d'autorisation ministérielle de concentration, donnant ainsi une nouvelle arme aux concurrents souhaitant bloquer une concentration. Il est intéressant de relever en l'espèce que la condition d'urgence est présumée réalisée du fait que la concentration aurait des effets irréversibles sur le marché. En l'espèce, le rapprochement des deux premiers acteurs leur conférait une part de marché cumulée de plus de 55 %, le concurrent suivant disposant d'une part comprise entre 15 et 25 %, aucun des autres acteurs n'ayant une part supérieure à 7 %. En outre, la condition liée au doute sérieux était également remplie en raison d'une contradiction surprenante des motifs dans la décision. Le Ministre avait en effet autorisé l'opération sans condition, en soulignant l'absence de différence technologique fondamentale entre un progiciel de gestion pour la PCL et un progiciel généraliste et la faiblesse des barrières à l'entrée, alors même qu'il avait pourtant retenu une définition étroite du marché limitée aux progiciels de gestion pour la PCL, et souligné que l'arrivée de concurrents sur le marché serait un processus lent !

Confronté à cette contradiction lors de l'examen au fond de l'affaire, le Conseil d'État, plutôt que de choisir classiquement d'annuler ou de valider la décision, a préféré innover en saisissant pour la première fois le Conseil de la concurrence pour avis, qui doit être rendu dans un délai de trois mois. Or, une telle saisine ne repose sur aucun texte mais représente une mesure d'instruction destinée à éclairer le Conseil d'État. Est-ce à dire que les tiers peuvent désormais y voir une arme pour s'opposer ou ralentir une opération ? Tel ne devrait pas être le cas *a priori*, car c'est seulement en raison de la motivation contradictoire de la

On October 19th, 2004, the Minister for Economics and Finance authorized the company *Cegid* to take exclusive control of *CCMX*, which markets for accountancy management software packages, without seizing the Competition Council for an opinion as is customary in complex cases. Fiducial Informatique and Fiducial Expertise, respectively competitor and customer of the new entity, then seized the *Conseil d'État* with a request for the annulment of the Minister's decision. They asked the summary proceedings judge to pronounce the suspension of the execution on the basis of Article L. 521-1 of the Code of Administrative Justice which sets out two conditions, i.e. an emergency and a serious doubt as to the legality of a decision.

For the first time, the *Conseil d'État* decided to suspend a decision of ministerial approval relating to mergers, thus giving a new course of action to competitors wishing to prevent a merger. It is interesting to note in this respect that the condition of urgency is presumed to be fulfilled given the merger's irreversible effects on the market. In the present affair, the merger of the aforementioned operators would give them an aggregate market share of more than 55 %, the nearest competitor having a share of between 15 and 25 % and none of the remaining actors having a share greater than 7 %. Further, the condition relating to serious doubt was also met following a surprising contradiction in the reasoning behind the decision. Indeed, the Minister had allowed the operation to go ahead unconditionally; he highlighted the absence of fundamental technological differences between accountancy management software packages and generalist software packages and the weakness of the entry barriers, even though he had retained a narrow definition of the market limited to management software for PCL and though he had emphasized that the arrival of competitors on the market would be a slow process!

During an examination of the substance of the case, the *Conseil d'État*, rather than going for the classic alternative of overturning or validating the decision, decided to innovate. It decided to seize the Competition Council for an opinion for the first time, which has to be given within three months. The submission of the case to the Council is not based on a legal requirement, but rather represents an attempt by the *Conseil d'État* to fully grasp the facts before it. Is that to say that third parties can hope to find a new method by which to oppose or slow down an operation? At first sight, this should not be case, as it is only because of contradictory motivations in the

Minister's decision that the *Conseil d'État* judges this submission useful and one can imagine that the State administration will be more prudent subsequently in the drafting of its decisions. The fact remains however, that if the *Conseil d'État* decided, after the submission of the Competition Council, to refuse the approval of the operation, the parties could certainly deposit a new notification to the Minister, but risk lengthening the procedure which could in turn be detrimental to the operation. The latter has the obligation to seize the Competition Council if he wishes to impose conditions on them. Further, it is probable that the Minister will subsequently request submissions from the Competition Council more often before allowing an operation, which will extend the delays for the parties.

This jurisprudential evolution favourable to third parties stands against a recent decision of the Federal Court of Switzerland dated June 14th, 2005, which decided on the contrary that third parties to a merger have no right of appeal against the proposed merger when it has been approved by the Competition Commission. In that affair, this Commission had approved the acquisition of *Imprimerie Corbaz*, editor of daily newspapers, by the group *Edipresse*, which prints newspapers and dailies. *Chérix*, *Edipresse's* competitor, then seized the Appeal Commission with an appeal against the operation. In a decision dated July 15th, 2004, the Appeal Commission declared the appeal inadmissible because *Chérix* was a third party. The latter thus seized the Federal Court with an appeal under administrative law. Unfortunately for the claimant, the Court confirmed the decision of the Appeal Commission, by adding that the recognition of a right of appeal for third parties against planned mergers compromised the principle of a simple and expedient mergers examination procedure.

L.N.

Japan: Significant Increase of JFTC Investigation Powers and Penalties

On April 27th, 2005, Japan passed an *Amended Antimonopoly Act* which considerably reinforces the powers of the *Japanese Fair Trade Commission*. The Commission has just published several implementary texts which should come into force on January 4th, 2006.

décision ministérielle que le Conseil d'État a jugé cette saisine opportune, et on peut imaginer que l'administration sera désormais plus prudente dans la rédaction de ses décisions. Il reste toutefois que si le Conseil d'État décidait dans cette affaire, après avis du Conseil de la concurrence, d'annuler l'autorisation de l'opération, les parties pourraient certes déposer une nouvelle notification au Ministre, mais avec un risque d'allongement de la procédure préjudiciable pour l'opération, ce dernier ayant l'obligation de saisir le Conseil de la concurrence s'il souhaite leur imposer des conditions. En outre, il est probable que le Ministre saisira désormais plus souvent le Conseil de la concurrence avant d'autoriser une opération, ce qui rallongera les délais pour les parties.

Cette évolution jurisprudentielle favorable aux tiers peut être mise en opposition avec un récent arrêt du Tribunal fédéral Suisse du 14 juin 2005, qui a estimé tout au contraire que les tiers à une opération de concentration ne disposent d'aucun droit de recours contre un projet de concentration approuvé par la Commission de la concurrence ! En l'espèce, cette Commission avait approuvé le rachat de la société *Imprimerie Corbaz*, éditeur de quotidiens, par le groupe *Edipresse*, actif dans l'édition de journaux et de quotidiens. La société *Chérix*, concurrente d'*Edipresse*, avait alors saisi la Commission de recours afin de voir annulée l'opération. Or, dans une décision du 15 juillet 2004, cette dernière avait déclaré le recours irrecevable en raison même de la qualité de tiers de la société *Chérix*, qui a alors saisi le Tribunal fédéral par voie de recours du droit administratif. Malheureusement pour la requérante, le Tribunal a confirmé la décision de la Commission de recours, en ajoutant que la reconnaissance d'un droit de recours des tiers contre les projets de concentrations compromettrait le principe d'une procédure d'examen des concentrations simple et rapide !

L.N.

Japon : augmentation significative des pouvoirs d'enquête et de sanction de la JFTC

Le 27 avril 2005, le Japon a promulgué un *Amended Antimonopoly Act* qui renforce considérablement les pouvoirs de la *Japanese Fair Trade Commission*²⁰, qui vient elle-même de rendre publics plusieurs textes d'application. L'ensemble de ces textes devrait entrer en vigueur le 4 janvier 2006.

L'*Amended Antimonopoly Act* dote notamment l'autorité de concurrence de pouvoirs d'investigation criminelle, d'un programme de clémence ainsi que de moyens de sanction renforcés (augmentation du niveau des amendes et élargissement des cas dans lesquels elles peuvent être prononcées).

L'entrée en vigueur de cette réforme permettra à la JFTC de franchir une nouvelle étape dans le renforcement de la lutte contre les cartels et les cas de monopolisation, entamée il y a déjà plusieurs mois.

N.J.D.

Accord de coopération Canada/Japon

Le 6 septembre 2005²¹, les gouvernements canadien et japonais ont conclu un accord de coopération dans le domaine de la concurrence prévoyant un système de notifications, de coopération ainsi qu'une clause de courtoisie active par laquelle l'une des parties peut demander à l'autre de prendre des mesures d'application lorsque des activités anticoncurrentielles émanant du territoire de cette dernière affectent ses intérêts. En revanche, l'échange d'informations confidentielles est exclu du champ de la coopération entre les parties. L'accord est entré en vigueur le 6 octobre 2005.

N.J.D.

OCDE : *Peer Review* du système brésilien

Cinq ans après un premier rapport d'évaluation du régime brésilien, l'OCDE a publié le 6 octobre 2005²² ses conclusions sur les progrès accomplis et sur les modifications qui semblent encore nécessaires.

Sans surprise, les recommandations de l'OCDE portent avant tout sur les aspects institutionnels (pluralité d'organes, manque de moyens etc.) et sur le régime des concentrations, qui fait l'objet de vives critiques au plan international, qu'il s'agisse des seuils, de l'appréciation au fond, ou encore des délais de traitement. Le projet de réforme initié au début de l'année 2005 devrait permettre de répondre à un grand nombre des préoccupations soulevées dans ce *Peer Review*, à supposer que les dispositions les plus réformatrices proposées soient adoptées.

N.J.D.

The *Amended Antimonopoly Act* in particular endows the competition authority with powers of criminal investigation, a leniency program and subjects companies to higher penalties (an increase in the level of penalties and of the range of cases in which they can be pronounced).

The coming into force of this reform will allow the JFTC to enter a new era in the fight against trusts and monopolies, which started already several months ago.

N.J.D.

Canada/Japan Cooperation Agreement

On September 6th, 2005, the Canadian and Japanese governments concluded a cooperation agreement in the field of competition which envisages a system of notifications, and cooperation, as well as a positive comity clause, by which one of the parties may ask the other to take the necessary measures when anticompetitive activities arising from the territory of the latter affect its interests. On the other hand, the exchange of confidential information is excluded from the area of collaboration between the parties. This agreement came into force on October 6th, 2005.

N.J.D.

OECD: *Peer Review* of the Brazilian System

Five years after its original evaluation report of the Brazilian regime, the OECD published its conclusions on the progress accomplished and on the amendments which still appear necessary on October 6th, 2005.

Unsurprisingly, the recommendations of the OECD relate principally to the institutional aspects (multiplicity of organisms, lack of means etc.) and to the merger regime. The latter has been the subject of profound criticism on the international scene, whether as regards its thresholds, the substantial evaluations it makes, or the procedural delays encountered. The reform project undertaken at the beginning of 2005 should allow for a large number of the concerns raised in this *Peer Review* to be addressed, provided that the furthest reaching reform proposals are adopted.

N.J.D.

Notes

1. CJCE, aff. C-53/03 du 31 mai 2005, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e.a. c/ GlaxosmithKline plc et Glaxosmithkline AEVE*.
2. Cons. conc., n° 2000-MC-14 du 23 octobre 2000, relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab, *BOCCRF* n° 14 du 30 décembre 2000, p. 840.
3. Cons. conc., n° 02-MC-09 du 12 juin 2002, relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Pharmajet, *BOCCRF* n° 14 du 30 septembre 2002, p. 921.
4. Cons. conc., n° 04-D-05 du 24 février 2004, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Phoenix Pharma, *BOCCRF* n° 5 du 4 mai 2004, p. 404.
5. Décision de rejet de plainte de la Commission citée dans TPI, 17 juillet 1998, *ITT/Belgacom*, aff. T-111/96.
6. Droit français notamment, *cf.* parmi d'autres les décisions du Conseil de la Concurrence 04-D-23, 03-D-01, ou encore 00-D-23.
7. IP/05/737.
8. TPI, 28 septembre 2004, aff. T-310/00.
9. Article 6(1)c.
10. http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/index_new.html
11. Communiqué de presse IP/05/937, textes disponibles en ligne sur le site de la Commission : http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation
12. Voir communiqué IP/04/638.
13. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, C-280/00.
14. Comme dans l'ensemble des États-membres, ces seuils ne s'appliquent qu'aux concentrations qui ne sont pas de dimension communautaire en application du Règlement CE N°139/2004.
15. Arrêté royal portant majoration des seuils visés à l'article 11, § 1^{er}, de la Loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1^{er} juillet 1999, *Moniteur Belge* 19 juillet 2005.
16. Telle que complétée par l'Ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005.
17. Submission on the Groceries Order (July 2005), <http://www.tca.ie/>
18. Press release de l'Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, 20 juin 2005, <http://www.agcm.it>
19. CE, ord., 19 mai 2005, *Cegid/Fiducial Informatique et Fiducial Expertise*, n° 27997 ; CE, 20 juillet 2005, *Fiducial Informatique et Fiducial Expertise*, n° 279180 ; Tribunal fédéral suisse, 14 juin 2005, *Chérix et Filanosa SA c/ Edipresse SA*, disponible en ligne : http://www.srv.bger.ch/cgi-bin/AZA/JumpCGI?id=14.06.2005_2a.535/2004
20. <http://www.jftc.go.jp/e-page/index.html>
21. Agreement between the Government of Japan and the Government of Canada Concerning Cooperation on Anticompetitive Activities, <http://www.jftc.go.jp/e-page/index.html>
22. http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html