

ACTUALITÉS

1. **DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL**
TRADE LAW
2. **DROIT EUROPÉEN DES AFFAIRES/AUTRES DROITS RÉGIONAUX DES AFFAIRES**
EUROPEAN BUSINESS LAW/BUSINESS LAW REVIEW BY REGION
3. **DROIT MONÉTAIRE, BANCAIRE ET FINANCIER**
MONETARY, BANKING AND FINANCIAL LAW
4. **CONVENTIONS INTERNATIONALES**
INTERNATIONAL CONVENTIONS
5. **ARBITRAGE INTERNATIONAL**
INTERNATIONAL ARBITRATION
6. **FISCALITÉ INTERNATIONALE**
INTERNATIONAL TAXATION

2. **DROIT EUROPÉEN DES AFFAIRES**
EUROPEAN BUSINESS LAW

CONCURRENCE EUROPÉENNE ET INTERNATIONALE

EUROPEAN AND INTERNATIONAL COMPETITION

Nathalie JALABERT-DOURY *

I. DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

Rapport Concurrence 2000 (1)

Le XXX^e Rapport Concurrence publié par la Commission fait état d'une activité intense pendant l'année 2000. Au-delà de l'activité développée au niveau réglementaire (projet de

I. EC COMPETITION LAW

2000 Competition Report

In its XXXth Report on Competition, the Commission states that competition activity ran high in 2000. Beside regulatory activity (draft regulation for the

* Responsable de la chronique : Nathalie Jalabert-Doury, Avocat à la Cour, Cabinet Jeantet et Associés Paris, Chargée d'un enseignement dans le DESS de Droit du Commerce International de Paris X Nanterre.

application of articles 81 and 82, review of rules applying to vertical and horizontal agreements, Merger Review 2000, etc.), cases have this year again been numerous:

– In the merger control field, notifications increased by 18 % and decisions by 28 %.

– State aid cases stayed at the same level.

– Statistics for articles 81 and 82 cases are interesting. The number of new cases has dropped significantly (297 cases against 388 in 1999). If complaints have been less numerous, cases opened by the Commission *ex officio* have increased and now represent some 30 % of new cases.

The Commission attributes this significant reduction in the number of cases to the latest regulatory developments, and notably to the clarification of the framework for the assessment of horizontal and vertical agreements.

The Commission has also imposed fines for a total of 199,5 million euros in 2000, representing an increase of 77,6 % compared to 1999, which was not a record year. On this amount, 110 million euros were inflicted in the lysine case, even though the five undertakings concerned had their fine substantially reduced for their cooperation during the procedure.

Anti-Competitive Practices

Review of the Leniency Programme

On 21 July 2001, the Commission published a draft revised Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases of 1996. This Notice opens a possibility to grant an immunity or a reduction of fine to members of a cartel bringing to the Commission evidence and/or elements reinforcing its capacity to establish the infringement.

The objective of the draft revised Notice is to increase transparency and certainty for companies,

règlement pour l'application des articles 81 et 82, réforme des textes applicables aux accords verticaux et horizontaux, Merger Review 2000 etc.), les dossiers de la Commission ont cette année encore été nombreux :

– En matière de concentrations, la Commission a comptabilisé une augmentation de 18 % pour les notifications et de 28 % pour les décisions rendues.

– Le nombre des affaires d'aides d'État est resté stable.

– L'évolution des statistiques concernant l'application des articles 81 et 82 est intéressante. Le nombre d'affaires nouvelles a diminué de manière impressionnante (297 affaires contre 388 en 1999). Si les plaintes ont été moins nombreuses, les affaires engagées d'office ont elles augmenté et représentent désormais près de 30 % des nouvelles affaires.

La Commission attribue cette nette diminution des nouvelles affaires aux dernières évolutions réglementaires, et notamment à la clarification du cadre d'appréciation des accords horizontaux et verticaux.

La Commission a par ailleurs infligé un total de 199,5 millions d'euros d'amendes en 2000, ce qui représente une augmentation de 77,6 % par rapport à 1999, année pendant laquelle le montant des amendes avait baissé. Sur cette somme, 110 millions d'euros correspondent à la décision rendue dans l'affaire de la lysine, dans laquelle les cinq entreprises ont pourtant bénéficié de substantielles réductions d'amende au titre de leur coopération.

Pratiques Anticoncurrentielles

Révision du programme de clémence (leniency programme) (2)

La Commission a publié, le 21 juillet 2001, un projet de révision de sa Communication de 1996 concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (3). Cette Communication prévoit la possibilité pour les entreprises ayant participé à une entente d'obtenir une immunité ou une réduction d'amende lorsqu'elles apportent à la Commission des preuves et/ou indices renforçant la capacité de la Commission à prouver l'existence des faits en question.

Le projet de nouvelle Communication se donne pour objectif de renforcer la transparence et la prévisibilité du système

pour les entreprises, mais les mécanismes qu'il met en place devraient également contribuer à renforcer son efficacité en tant que moyen d'obtention de preuves pour la Commission.

Immunité conditionnelle pour le «premier arrivé»

Le système prévu par le nouveau texte se rapproche plus que le précédent du système du «*first in the door*», tel qu'il existe par exemple aux États-Unis, où seule la première entreprise à se présenter à l'autorité de concurrence peut bénéficier du programme d'amnistie. Le projet confère désormais une immunité totale lorsque l'entreprise est la première à dénoncer une entente que la Commission ignorait (point 8), alors que le texte précédent prévoyait une réduction comprise entre 75 et 100 %. Dans le même temps, les possibilités de réduction en dehors de cette hypothèse sont sensiblement réduites.

Les conditions auxquelles l'immunité totale est soumise ont été modifiées, globalement dans le sens d'un renforcement (fournir la totalité des informations et des éléments de preuve, apporter une coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure, ne déformer aucun élément de fait, se tenir à la disposition de la Commission pour toute question etc.), si ce n'est sur un point : la condition imposée par le texte précédent de ne pas avoir eu un rôle d'initiation ou un rôle déterminant dans l'activité illicite est supprimée, ce qui permettra désormais aussi à l'entreprise instigatrice de l'entente de bénéficier d'une telle immunité.

Le projet renforce par ailleurs les garanties de l'entreprise qui sollicite une telle immunité en prévoyant qu'elle pourra dans un premier temps présenter les informations « sous forme hypothétique » afin de lui permettre de clarifier avec la Commission dans quelle mesure elle est susceptible de remplir les conditions de l'immunité (point 11). On observera toutefois qu'à partir du moment où les informations auront été ainsi présentées (d'après la Communication par écrit), il sera difficile de maintenir qu'il ne s'agissait que de pures hypothèses dans l'hypothèse où la Commission refuserait l'immunité.

Dès que cette clarification aura pu être opérée, et que l'entreprise aura transmis l'ensemble des éléments de preuve et informations, la Commission délivrera par écrit une immunité d'amende conditionnelle (point 13). Ce n'est cependant qu'à la fin de la procédure que la Commission pourra vérifier que toutes les conditions prévues par le texte

but the new mechanisms it provides will also contribute to increase the effectiveness of this means to obtain evidence.

Conditional Immunity for the "First in the Door"

Compared to the previous one, the proposed system is closer to the "*first in the door system*" as it exists for example in the United States, where only the first company to come to the competition authority is allowed in the amnesty program. The proposed Notice now provides for full immunity when the company is the first one to disclose a cartel the Commission was unaware of (paragraph 8) whereas the existing Notice provides for a reduction between 75 and 100%. Besides immunity, possible reductions are substantially reduced.

Conditions for immunity are modified and strengthened (the company must provide all evidence and information in its possession, cooperate fully on a continuous basis and expeditiously throughout the procedure, refrain from misrepresenting any material facts, remain at the Commission's disposal to answer any request, etc.) with one exception: the condition that the company has not acted as an instigator or played a determining role in the illegal activity will be suppressed, therefore allowing "ring-leaders" to benefit as others of the immunity programme.

The proposed Notice also strengthens the guarantees of the companies requesting immunity by allowing to present the information "in hypothetical terms" in order to clarify with the Commission whether they qualify for immunity (paragraph 11). However, once the information has thus been disclosed (furthermore in writing), it might reveal difficult to maintain that they were pure assumptions in case the Commission does not grant immunity.

Once qualification for immunity has been clarified and after the company has submitted all the evidence and information, the Commission will grant it a condition immunity from fines in writing (paragraph 13). It is only at the end of the procedure that the Commission will be in a position to assess that the company has met the necessary requirements, and

therefore to grant full immunity. This mechanism is new and aims to provide a substitute to a "plea-bargaining system" allowing to negotiate fines early in the process, which does not presently exist in EC law.

Reductions up to 50% for the "Followers" Depending of Their Arrival Rank and Value Added of the Information Submitted

The availability of a reduction between 50 to 75% when the company discloses the cartel after an investigation on the premises of the undertakings concerned is suppressed. The remaining reduction cases are below 50 % and concern cases where the Commission has already granted immunity to an undertaking concerned or already knew about the cartel. The amount of the reduction now depends both on the "added value" of the information provided but also on the rank of arrival of the undertakings: the first one to request a reduction is eligible to a reduction between 30 and 50 %, the second between 20 and 30 %, and the others a maximum reduction of 20 % (paragraph 19).

However, the proposed Notice also provides that when a company submits evidence relating to facts previously unknown by the Commission which have a direct bearing on the gravity or duration of the infringement or constitute aggravating circumstances, the Commission will not take into account these elements when setting its fine (point 20). The combination of these two provisions seem to indicate that higher levels than those listed in paragraph 19 could be obtained: paragraph 19 provides for a direct reduction whereas paragraph 20 provides for the increase of the fine of the other undertakings concerned, which in the end has the same effect as a reduction for the company submitting the information.

This provision will therefore create a much stronger incentive to request a reduction. Indeed, under the present Notice, the cartel member is faced with the problem that disclosing additional facts is likely to raise the level of fine incurred by all cartel members (including itself) before the corresponding reduction

ont bien été remplies par l'entreprise, et qu'elle prendra la décision définitive de ne pas imposer d'amende. Ce mécanisme est totalement nouveau et vise à remédier au fait que le droit communautaire ne comporte aucun système de «plea-bargaining» permettant de négocier en amont avec l'entreprise la réduction d'amende à laquelle elle aura droit.

Réductions jusqu'à 50 % pour les « suivants » en fonction de leur ordre d'arrivée et de la valeur ajoutée des éléments apportés

La possibilité de bénéficier d'une réduction de 50 à 75 % dans le cas où l'entreprise effectue la dénonciation après qu'une vérification ait été effectuée au sein des entreprises concernées est supprimée. Les différents cas de réduction d'amende qui subsistent sont désormais inférieurs à 50 % et visent l'hypothèse où une immunité a déjà été accordée à une autre entreprise et l'hypothèse où la Commission avait déjà connaissance de l'entente présumée. L'importance de la réduction dépend non seulement de la « valeur ajoutée » des éléments rapportés mais aussi désormais de l'ordre d'arrivée des entreprises : la première à présenter une demande de réduction est éligible à une réduction entre 30 et 50 %, la deuxième entre 20 et 30 % et les autres à une réduction maximale de 20 % (point 19).

Ceci étant, le projet de texte prévoit par ailleurs que si une entreprise fournit des éléments de preuve sur des faits précédemment ignorés par la Commission et qui ont une incidence directe sur la gravité ou la durée de l'infraction présumée ou constituent des circonstances aggravantes, la Commission n'en tiendra pas compte à son égard (point 20). La lecture combinée de ces deux dispositions, bien que malaisée, semble indiquer que des réductions en définitive plus importantes que les niveaux énoncés au point 19 pourraient être appliquées, le point 19 prévoyant une réduction « *stricto sensu* » et le point 20 l'augmentation de l'amende des autres, ce qui en définitive revient à une réduction pour l'entreprise qui s'en prévaut.

Cette disposition apporterait donc aux entreprises une incitation beaucoup plus forte à solliciter une réduction d'amende. En effet, dans le système actuel, dans les cas de simple réduction d'amende, le participant à l'entente est confronté au fait que dénoncer des faits additionnels augmentera *a priori* l'amende potentielle encourue par tous les participants (y compris lui-même) avant que sa réduction ne soit appliquée. Pour que la démarche vaille la peine, il faut

donc que le pourcentage de réduction que l'entreprise peut espérer soit au moins équivalent à celui qui correspondra à l'augmentation de la gravité ou de la durée de l'infraction.

Tel que proposé, le système révisé ne produirait plus cet « effet pervers ». Il sera désormais à tout moment possible de fournir des informations à la Commission qui aggraveront potentiellement les amendes des autres parties à la procédure, sans risquer d'augmenter sa propre amende.

En revanche, sur le plan des droits de la défense des autres parties à la procédure, le texte est aussi peu protecteur que le précédent : certes, le nouveau texte précise que l'immunité n'est acquise qu'à condition que l'entreprise ne dénature aucun élément de fait, mais cette condition n'est pas reprise pour les réductions, et elle demeure en tout état de cause insuffisante.

Contrôle des concentrations

La Commission ne procède plus à l'examen des restrictions accessoires (4)

En juillet 2001, la Commission a publié une nouvelle Communication sur les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, destinée à remplacer la précédente Communication de 1990.

L'objet de ce texte est de définir les restrictions de concurrence associées aux concentrations qui peuvent être considérées comme couvertes par la décision d'autorisation de la concentration (accords d'approvisionnement en faveur de l'entreprise commune créée, engagement de non-concurrence du cédant en faveur de l'acquéreur etc.). L'intérêt de ce texte est d'éviter aux parties une double notification : la notification de la concentration elle-même et celle d'accords annexes qui contiendraient des dispositions susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81 et/ou de l'article 82 du Traité, d'autant que ces deux procédures sont difficilement conciliables.

Le nouveau texte est plus détaillé et introduit des modifications sensibles sur les limites dans lesquelles tel ou tel type de restriction peut être jugé « directement liée et nécessaire » à la réalisation d'une opération de concentration, mais il modifie surtout le régime même des restrictions accessoires. Sous l'empire du texte précédent, la décision de la Commission approuvant la concentration mentionnait expressément les restrictions accessoires notifiées par les parties et déci-

is applied. As a result, a disclosure is only interesting where the likely reduction is higher than the likely prior increase in fine.

The proposed Notice would not produce such a "perverse effect". It would now be possible to provide information to the Commission which are likely to aggravate the situation of the other undertakings, without risking to increase its own fine.

But the proposed Notice is not more protective of the rights of the defence of the other parties to the procedure than the existing one: the new text provides that immunity is only granted when the requesting company refrains from misrepresenting any material fact, but this condition is not imposed for mere reductions and it is in any event insufficient to safeguard the rights of the other undertakings in the procedure.

Merger Control

The Commission will Not Clear Ancillary Restraints any More

In July 2001, the Commission published a new Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations replacing a previous 1990 Notice.

This Notice defines the competition restrictions associated with concentrations which are likely to be covered by the decision clearing the concentration (supply agreement needed by the created joint venture, non-compete undertaking towards the acquirer etc.). This avoids a double notification for the parties: the notification of the concentration itself, and the notification of side agreements likely to fall into the scope of article 81 or 82 of the Treaty, these two procedures being moreover hardly consistent with one another.

The new Notice is more detailed and slightly modifies in some instances the limits of the "directly related and necessary" character of a given restriction, but most of all, it reviews the regime applying to ancillary restraints itself. Under the previous Notice, the decision of the Commission approving the merger mentioned the restrictions which qualified as

“directly related and necessary” and those which did not. The ancillary restraints were therefore expressly authorised, while non-ancillary restraints without being forbidden were not protected from being challenged on the ground of article 81 or 82.

From now on, the Commission will not decide any more on ancillary restraints. The Notice defines the conditions under which a restriction may be considered as ancillary or not. Only the restrictions fulfilling the conditions will automatically be covered by the decision. It will therefore belong to the parties to assess themselves if their restrictions are covered or not by the Notice and national Courts will have jurisdiction to rule on any dispute in that respect.

However, one may note that such an assessment is not made easy by the Notice which on numerous occasions provides that the restriction is “generally”, “presumably”, “if required by particular circumstances of the case”, or “in a limited range of circumstances” directly related and necessary. It is indeed difficult to assess an ancillary restraint on a theoretical basis because its directly related and necessary character will depend on the precise circumstances of the case. Self-assessment will therefore reveal difficult in a number of cases, especially considering that existing decisions only dedicate short developments to ancillary restraints. The new system might therefore result in more numerous judicial actions.

II. EC MEMBER STATES' COMPETITION LAWS

UK: Proposals for Reform to Make the UK Regime a “World Class Competition Regime”

On 31 July 2001, the UK Department of Trade and Industry published a White Paper on “*Productivity and Enterprise: a World Class Competition Regime*”, which proposes substantial amendments to the competition regime resulting from the 1998 reform.

Considering the importance of effective competition for economic performance, the reform is based on the following principles:

- decisions should be taken by strong, pro-active and independent competition authorities;

dait de leur caractère « directement lié et nécessaire » au cas par cas. Les restrictions accessoires étaient donc expressément autorisées par la décision et celles qui ne l'étaient pas, sans être interdites, pouvaient éventuellement être remises en cause sur le fondement de l'article 81 du Traité, voire de l'article 82, si les conditions en étaient réunies.

Désormais, la Commission ne procédera plus à l'analyse au cas par cas des restrictions. La Communication définit les principes auxquels une restriction pourra être considérée comme accessoire ou non et toute restriction qui y correspond sera automatiquement couverte par la décision. Il appartiendra donc aux parties elles-mêmes de déterminer si leurs restrictions sont *a priori* couvertes ou non par le texte et, en cas de litige, les juridictions nationales seront compétentes pour trancher.

On observera cependant qu'une telle appréciation par les parties n'est pas facilitée par le texte de la Communication, qui est ponctué de références au fait que la restriction est « en général », « *a priori* », « en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce » ou encore « dans certains cas », directement liée et nécessaire. Il est en effet difficile de détacher l'appréciation du caractère directement lié et nécessaire des circonstances de fait. L'auto-évaluation pourra donc se révéler délicate d'autant que les précédents constitués par les décisions concentrations rendues jusqu'à présent ne consacrent que de très brefs développements aux restrictions accessoires. Il n'est donc pas exclu qu'il en résulte une augmentation des recours juridictionnels.

II. DROITS DE LA CONCURRENCE DES ÉTATS-MEMBRES DE L'UE

RU : propositions de réforme pour constituer « l'un des régimes de concurrence les plus efficaces du monde » (5)

Le 31 juillet 2001, le *Department of Trade and Industry* a publié un Livre Blanc intitulé « *Productivité et Entreprise : un régime de concurrence de rang mondial* » qui propose un certain nombre de modifications du régime de concurrence issu de la réforme de 1998.

Eu égard à l'importance de la concurrence effective pour la performance économique, l'objectif déclaré est de parvenir à un régime dans lequel :

- les décisions seront prises par des autorités indépendantes, fortes et pro-actives ;

- toute forme de comportement anti-concurrentiel devra être éradiquée ;
- l'effet dissuasif sera fort ;
- de véritables remèdes pourront être obtenus par ceux qui ont subi un préjudice du fait d'un comportement anticoncurrentiel ;
- le gouvernement et les autorités rechercheront une plus grande cohérence et une coopération plus étendue au niveau international.

Deux propositions majeures sont notamment soumises : la modernisation du contrôle des concentrations et l'introduction de sanctions pénales.

Modernisation du contrôle des concentrations

Le gouvernement propose tout d'abord d'abandonner son pouvoir de contrôle des concentrations, pour le confier à l'OFT (celui-ci étant néanmoins sous le contrôle du *Department of Trade and Industry*) pour les cas les plus simples, et à la *Competition Commission* pour les cas exigeant un examen approfondi. Le Ministre ne conservera un pouvoir de décision que dans les cas soulevant des questions exceptionnelles d'intérêt public qui seront précisées.

Le test légal sera également modifié : les concentrations seront désormais approuvées si elles ne restreignent pas substantiellement la concurrence, et non plus sur la base de l'intérêt public. Par ailleurs, une concentration qui restreint substantiellement la concurrence pourra exceptionnellement être autorisée ou être soumise à des conditions moins strictes qu'elles devraient l'être, lorsque la concentration apportera globalement un bénéfice aux consommateurs.

Le seuil de contrôle exprimé en valeur des actifs au Royaume-Uni serait remplacé par un seuil en chiffre d'affaires de la cible au Royaume-Uni (£ 45 million), le seuil alternatif en part de marché (25 %) étant par ailleurs maintenu. Le principe de la notification facultative lorsque les seuils sont franchis ne serait pas remis en cause.

Par rapport aux réformes engagées par d'autres États-membres pour rapprocher leurs règles du droit communautaire, le Gouvernement britannique a donc choisi de conserver une spécificité marquée et propose notamment de conserver des particularités rejetées par d'autres (notamment la France), telles que le seuil en parts de marché ou le principe de la notification facultative.

- all forms of anti-competitive behaviour should be rooted out;
- there should be a strong deterrent effect;
- harmed parties should be able to get real redress;
- government and the competition authorities should work for greater international consistency and co-operation.

Two major proposals are the modernisation of merger control and the introduction of criminal sanctions in the fight against cartels.

Modernisation of Merger Control

The Government first proposes to yield its decisional power to the OFT (which is nonetheless under the control of the Department of Trade and Industry) for simple cases, and to the Competition Commission for cases requiring an in-depth investigation. The Minister will only continue to decide cases which raise defined exceptional public interest issues.

The legal test will also be modified: mergers will be approved if they do not result in a substantial lessening of competition, and not any more on the ground of public interest. Furthermore, it will be exceptionally possible to clear a merger which substantially lessens competition, or allow it to proceed with less stringent conditions that would otherwise be the case, when the merger will bring overall benefits to consumers.

The existing UK assets threshold will be replaced by a threshold based on the UK turnover of the target (£45 million). The alternative market share threshold (25 %) is maintained, like the principle of voluntary notification when the thresholds are met.

In comparison to recent reforms engaged by other Member States in order to approximate their merger control to the EC system, the UK Government has chosen to maintain a strong specificity and proposes to preserve particulars which have been rejected by others, such as the market share threshold or the principle of voluntary notification (France notably).

Introduction of Criminal Sanctions to Fight Against Cartels

The most publicised and debated proposal is certainly the introduction of criminal sanctions against individuals who have set up and maintained a hard-core cartel, as well as any senior executives or directors who know about the arrangement and condone it or encourage it. The mere abstention of an executive towards a cartel could therefore lead to criminal proceedings.

This proposal is considered by the Government as the only way to create a sufficient deterrent effect. An increase of the level of corporate fines has been studied but would endanger in some cases the viability of the company to the detriment of shareholders and workers, without necessarily producing a deterrent effect at the level of the individuals concerned. Individual fines do not appear adapted either since it is hardly possible to prevent companies from reimbursing them.

The UK Government is conscious of the difficulties likely to arise in conjunction with EC law: in cases where the existence of the cartel results from a decision by the EC Commission, it might be objected that article 81 of the EC Treaty only applies to undertakings not to individuals. Moreover, procedural safeguards in EC procedures are not of a criminal nature, which could raise an issue in case of subsequent criminal proceedings. However, one may observe that the UK proposal might be more directly challenged under the current process of elaboration of the new regulation for the implementation of articles 81 and 82: the European Parliament has indeed recently proposed to the Council an amendment of the Commission's draft under which national competition authorities could only apply EC sanctions to cases falling into the scope of article 81 or 82.

The Government does not exclude at this stage to extend the new criminal offence to corporate bodies.

Finally, it may be noted that among its proposals to improve redress, the Government also suggests that the OFT should be entitled to seek a court order disqualifying a company director where serious breaches of competition law have been found.

Introduction de sanctions pénales pour lutter contre les cartels

La proposition de réforme la plus remarquable est celle qui consiste à introduire des sanctions pénales à l'égard des individus ayant participé à l'établissement ou à la mise en œuvre d'une entente injustifiable (*hard-core cartel*) ainsi que les dirigeants et administrateurs qui en ont connaissance et qui l'ont tolérée ou encouragée. La seule inaction à l'égard d'une entente pourrait donc entraîner la responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise.

Cette proposition est jugée être la seule permettant d'atteindre un effet dissuasif suffisant : l'éventualité d'une forte augmentation des amendes pesant sur les entreprises a été envisagée mais risquerait dans certains cas de porter atteinte à la viabilité de l'entreprise au détriment des actionnaires et des travailleurs, sans pour autant produire un effet dissuasif à l'égard des individus concernés ; par ailleurs l'imposition d'amendes personnelles ne semble pas non plus atteindre ce but dès lors qu'il apparaît difficile d'empêcher que les entreprises les remboursent aux membres de l'entreprise concernés.

Le gouvernement ne cache pas que ce projet pourrait éventuellement poser des difficultés de coordination avec le droit communautaire : si l'existence du cartel résulte d'une décision de la Commission, l'engagement d'une procédure pénale anglaise contre des individus pourrait se heurter au fait que l'article 81 du Traité CE ne vise que les entreprises ; par ailleurs, les garanties procédurales des entreprises dans les procédures initiées par la Commission des CE ne sont pas de même nature que celles qui s'imposent dans un litige de nature pénale. On observera que, de manière plus directe, le processus d'élaboration du nouveau règlement pour l'application des articles 81 et 82 risque de remettre en cause le projet britannique. Le Parlement européen vient en effet de proposer au Conseil un amendement du projet de règlement proposé par la Commission au terme duquel les autorités nationales devraient appliquer les seules sanctions communautaires dans les cas d'application des articles 81 et 82 (6).

Par ailleurs, le gouvernement n'exclut pas d'établir également une responsabilité pénale des personnes morales.

Enfin, on notera que dans le cadre de l'amélioration des remèdes pour les victimes, figure également une proposition au terme de laquelle l'OFT (Office of Fair Trading) pourrait obtenir en justice que les administrateurs de sociétés ayant commis des infractions sérieuses soient démis de leurs fonctions.

Le DTI attend des commentaires sur ces propositions jusqu'au 5 octobre 2001 et a souligné le caractère prioritaire qu'il accordait à cette réforme. Certaines mesures qui ne nécessitent pas de changements législatifs interviendront dans les prochains mois. Les autres feront rapidement l'objet d'un projet de loi (*Enterprise Bill*).

III. INTERNATIONAL

Autres droits de la concurrence

États-Unis : L'arrêt d'appel dans l'affaire Microsoft précise les limites des injonctions de démantèlement (7)

Le 3 avril 2000, le Juge Thomas Penfield Jackson rendait ses Conclusions en droit dans l'affaire U.S. v. Microsoft et jugeait notamment que ce dernier avait protégé sa position dominante par des moyens anticoncurrentiels. Le 7 juin 2000, il ordonnait les mesures permettant de remédier à l'atteinte à la concurrence ainsi constatée : une injonction de scission de l'entreprise en deux entités distinctes (les systèmes d'exploitation Windows, d'une part, et les applications Office et Internet Explorer, d'autre part) ainsi que des obligations particulièrement strictes de respect du droit de la concurrence pour l'avenir (8).

Le 28 juin 2001, la Cour d'appel du District de Columbia a partiellement révisé l'analyse des comportements constatés au regard du Sherman Act et a annulé dans son intégralité l'injonction de scission. Les développements qui suivent se limitent à cet aspect de la décision, particulièrement instructif dans le contexte communautaire actuel.

En effet, de telles injonctions de scission sont en l'état inconnues du droit communautaire de la concurrence dans le contexte de l'application des articles 81 et 82 du Traité. Quelques rares décisions de la Commission, pour l'essentiel rendues avant la création d'un contrôle des concentrations, ont enjoint de simples cessions de participations. En revanche, nous ne disposons d'aucun précédent de démantèlement tels que ceux ordonnés aux États-Unis dans l'affaire Microsoft, mais aussi bien plus tôt dans les affaires United Shoe (1953) et Standard Oil (1911). Nous n'avons pas non plus de précédent tel que l'affaire AT&T (1982) dans laquelle une mesure identique avait fait l'objet d'une transaction à laquelle l'entreprise avait souscrit.

The DTI invites comments on these proposals by October 5, 2001 and has stressed that it was committed to moving swiftly to implement the reform. Some measures, which do not require legislation, will be implemented in the coming months. The others will be included soon in an "*Enterprise Bill*".

III. INTERNATIONAL

Other Competition Laws

United States: The Appeal Decision in Microsoft Draws the Limits of Breaking-Up Orders

On 3 April 2000, Judge Thomas Penfield Jackson delivered its Conclusions of Law in the case U.S. v. Microsoft, and notably ruled that it had engaged into anticompetitive acts to maintain its monopoly power. On 7 June 2000, the same Judge ordered the measures necessary to remedy the infringement: a divestiture order for the breaking-up of the company into two separate entities (Windows operating systems, on the one hand, and Office and Internet Explorer applications, on the other hand) as well as a particularly strict antitrust compliance program for the future.

On 28 June 2001, the Court of Appeals for the District Court of Columbia partially reversed the Conclusions of Law and annulled the divestiture order. The following developments are limited to this second part of the decision, which is of particular interest in the present EC context.

Indeed, such break-up orders are unknown under EC competition law in the field of articles 81 and 82 of the EC Treaty. Some isolated decisions, for most of them adopted before the creation of a merger control, have ordered limited divestitures of shareholdings. There has been no precedent of breaking-up orders such as those ordered in the United States in the Microsoft case, but also earlier on in the United Shoe case (1953) or in the Standard Oil case (1911). We do not even have a record of settlements for divestiture such as the one in the AT&T case (1982), where the company agreed to the divestiture.

The situation could however change: in its draft regulation for the application of articles 81 and 82 of the Treaty, the Commission has included a provision which would now expressly allow it to order structural remedies in case of infringements to articles 81 and/or 82. This provision might therefore lead to more cases ordering structural remedies and could be used to order remedies similar to those ordered in these American cases.

In this context, the Microsoft case usefully shows that cases where breaking-up orders are justified should be precisely defined.

The first Judge had motivated the breaking-up order by the fact that *“Microsoft, as it is presently organised and led is unwilling to accept the notion that it broke the law or accede to an order amending its conduct”*. According to the judgement, Microsoft has indeed shown no disposition to remedy the situation, has proved untrustworthy in the past, has denied that it broke the law and has announced its intention to appeal. Therefore, the breaking-up order was not really imperative in itself, but rather because it was necessary to guarantee that the order to put an end to the infringement would be effectively applied. The method is rather radical and does not appear fully justified, especially when considering that the judgement did not motivate why the other types of measures would all be ineffective.

The Court of Appeals reminded the purpose and limits of breaking-up orders. The Court found several grounds for annulment and notably failure to provide an adequate explanation for the remedy ordered. It also stressed that the divestiture order, the most important of antitrust remedies, may reveal inappropriate where, as in the present case, the company is organised as a single entity. Finally, the decision stated that a divestiture can be ordered only where a sufficient causal connection between the anti-competitive conduct and the dominant position has been established, i.e. where there is sufficient evidence that absent the anti-competitive behaviour, the company would have lost its dominant position.

The Court of Appeals therefore supported the view that a divestiture order is justified in order to suppress the undue benefit resulting from the unlawful conduct, which is quite a different justification from the ground found by the District Court. Finally, the

La situation pourrait toutefois évoluer : dans son projet de nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 du Traité (9), la Commission a inclus une disposition qui lui permettrait désormais expressément d'ordonner des mesures structurelles en cas d'infraction aux articles 81 et/ou 82 du Traité, ce qui pourrait ouvrir la voie à des injonctions structurelles plus nombreuses voire à des cas d'application comparables aux affaires américaines citées ci-dessus.

Dans ce contexte, l'affaire Microsoft montre utilement que les cas dans lesquels de tels remèdes sont justifiés devraient être précisément définis.

En première instance, l'injonction de scission avait été motivée essentiellement par le fait que *« Microsoft, avec son organisation et sous sa direction actuelle, se refuse à accepter l'idée d'avoir commis une violation de la loi ou de se soumettre à une injonction de modifier son comportement »*. D'après le jugement, Microsoft n'aurait en effet montré aucune disposition à remédier à la situation, se serait révélé indigne de confiance par le passé, se serait défendu d'avoir commis une infraction au cours du procès et aurait déclaré son intention de faire appel. L'injonction de scission ne s'imposait donc pas en tant que telle mais parce qu'elle serait la seule à garantir l'efficacité de l'injonction de cesser le comportement infractionnel. La méthode est pour le moins radicale et difficilement justifiable, d'autant qu'au soutien de cette argumentation on ne trouve aucune démonstration de l'inefficacité de chacune des autres mesures envisageables.

La Cour d'appel a rappelé l'objectif et les limites des injonctions de scission en constatant plusieurs causes de nullité et notamment le défaut de motivation des remèdes ordonnés. Sur le fond, l'arrêt souligne que la mesure de désinvestissement, remède le plus grave en droit de la concurrence, peut se révéler difficilement adapté lorsque, comme en l'espèce, l'entreprise est organisée de façon unitaire. Surtout, l'arrêt rappelle que pour ordonner une mesure de désinvestissement, il faut établir un lien de causalité suffisant entre l'infraction et la position dominante, c'est-à-dire qu'il doit être suffisamment prouvé qu'à défaut du comportement anticoncurrentiel, l'entreprise aurait perdu sa position dominante.

La Cour d'appel a donc considéré qu'un ordre de scission était justifié pour supprimer le bénéfice indu retiré du comportement illicite, ce qui constitue une justification pour le moins différente du motif identifié par le juge de première ins-

tance. Enfin, les décisions européennes anciennes évoquées ci-dessus ont ordonné la cession lorsque l'acquisition de la participation elle-même constituait l'abus de position dominante. Il y a donc au minimum trois séries de motifs envisageables pouvant conduire à l'imposition d'un tel remède : le retour à la situation concurrentielle antérieure (le remède au sens strict), la cessation de l'infraction ou l'outil de coercition.

La Commission n'a cependant pas précisé dans son projet de règlement dans quelles hypothèses le remède structurel serait justifié. Le Parlement européen a récemment suggéré que le pouvoir d'imposer des remèdes, quels qu'ils soient, devrait être limité à la mesure « *nécessaire pour mettre une fin effective à l'infraction* » (10), ce qui constitue un pas dans la bonne direction mais mériterait d'être encore précisé. Il convient en effet que les entreprises ne demeurent pas dans l'incertitude des cas pouvant justifier une telle mesure à leur égard.

Australie : le secret professionnel des communications avocats/clients n'est pas opposable dans les enquêtes de concurrence (11)

Dans un récent arrêt, la Cour Fédérale d'Australie a jugé qu'une entreprise et/ou son conseil (en l'espèce un *solicitor*) ne pouvaient opposer le secret professionnel des communications avocats/clients à une demande de production de documents ou d'informations effectuée par l'*Australian Competition & Consumer Commission (ACCC)* dans le cadre d'une enquête de concurrence.

L'article 155 du *Trade Practices Act (TPA)* autorise l'ACCC à requérir la production d'informations et de documents lorsqu'elle a des raisons de penser qu'une personne est « capable » de fournir des documents ou informations relatifs à des faits constitutifs ou susceptibles de constituer une infraction au TPA. Le texte prévoit que le destinataire d'une telle demande ne peut refuser de s'y soumettre s'il est « capable » de le faire et qu'il ne peut notamment opposer le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Le secret professionnel des communications clients/avocats est reconnu en Australie comme un droit fondamental. Pourtant, la Cour Fédérale a jugé que l'entreprise concernée et son *solicitor* ne pouvaient refuser la production de documents à ce motif dans la mesure où le secret professionnel ne les empêchait pas d'être « capables » de fournir l'information au sens de l'article 155. L'arrêt ne donne pas de précisions sur le contenu de ces documents sinon qu'il s'agissait

early European decisions ordered divestitures where the acquisition of a shareholding itself constituted the abuse of the dominant position. There are therefore at least three possible types of reasons leading to the imposition of such a remedy: the return to the previous competitive situation (the true remedy), termination of the infringement, or coercion measure.

However, in its draft Regulation, the Commission did not precise in which cases structural remedies would be justified. The European Parliament recently suggested that the power to impose remedies should be limited to the extent "*necessary to bring the infringement effectively to an end*", which is a step in the right direction but would need to be more precise. Companies should not be left with the uncertainty of the circumstances which might justify such an order towards them.

Australia: Legal Privilege does Not Justify Withholding Information in Antitrust Investigations

In a recent decision, the Federal Court ruled that a company and/or its solicitor could not oppose *Legal Privilege* when required to produce information or documents by the *Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)* in antitrust investigations.

Section 155 of the *Trade Practices Act (TPA)* entitles the ACCC to require production of information and documents when it has reasons to believe a person is "capable" of furnishing information or documents relating to a matter that constitutes, or may constitute a contravention of the TPA. Section 155 provides that a person cannot refuse to comply if this person is "capable" of complying with the order, and that the right against self-incrimination does not constitute an excuse.

Legal Privilege is protected as a fundamental right in Australia. However, the Federal Court ruled that the company concerned and its solicitor could not withhold documents on that ground since *Legal Privilege* did not make them "incapable" of supplying the information within the meaning of Section 155. The decision does not detail the type of documents concerned

except that they were “communications” between the client and its solicitor. The ruling is expressed in very broad terms and seem to apply to documents the client has communicated to its solicitor, as much as to legal advice provided by the solicitor or even to the content of discussions. There can be cases where *Legal Privilege* should not constitute a sacred sanctuary. However, nothing seems to justify disclosure and use against a company of the content of a legal advice it receives, be it written or oral.

Towards an International Competition Policy?

Antitrust Cooperation Agreement Between Denmark, Iceland and Norway

Denmark, Iceland and Norway have concluded on 16 March 2001 a cooperation agreement in competition fields, which entered into force on April 1st 2001.

The Agreement provides that the Competition Authorities will notify each other of the enforcement measures they adopt and of other administrative or judicial proceedings likely to have a bearing on significant competitive interests that come under the competence of another authority. The agreement does not provide for *positive comity* provisions, allowing one of the parties the right to request assistance from another when measures on the territory of the requested party appear necessary.

However, the agreement provides for a mechanism of exchange of confidential information, which remains exceptional in such cooperation agreements.

The parties have also provided that the agreement could be extended to embrace new contracting parties, provided all parties to the agreement consent.

It is interesting to note that these countries are all members of the European Economic Area Agreement concluded between the EC, the EC Member States and a number of EFTA countries (as of today, Iceland, Norway, Liechtenstein). The EEA agreement itself comprises a cooperation framework in the field of competition but at the level of the EC Commission and its counterpart, the EFTA Surveillance Authority. This new cooperation agreement shows that the EEA framework did not suppress the need for horizontal cooperation at the State level in each structure.

de « communications » entre le client et son *solicitor*. Or, le principe de l'obligation de communication est exprimé de manière très large et semble s'appliquer tout autant à des documents que l'entreprise aurait remis à son conseil, qu'à des consultations ou encore à des échanges verbaux (12). S'il y peut y avoir des hypothèses dans lesquelles le secret professionnel ne doit pas constituer un sanctuaire sacré, rien ne semble justifier que le contenu d'une consultation juridique, qu'elle soit écrite ou orale, doive être dévoilé et utilisé contre l'entreprise qui en est destinataire.

Vers une politique internationale de concurrence ?

Accord de coopération entre le Danemark, l'Islande et la Norvège (13)

Le Danemark, l'Islande et la Norvège ont conclu le 16 mars 2001 un accord de coopération dans les affaires de concurrence, qui est entré en vigueur le 1^{er} avril 2001.

L'accord prévoit que les autorités de concurrence des parties se notifieront mutuellement des mesures d'application qu'elles adoptent ou d'autres procédures administratives ou judiciaires en matière de concurrence qui sont susceptibles d'affecter les intérêts de l'une ou des autres parties. L'accord ne contient cependant pas de disposition de *positive comity*, permettant à l'une des parties de solliciter l'intervention d'une autre lorsque des mesures lui semblent nécessaires sur le territoire de cette dernière.

En revanche, possibilité qui demeure encore peu fréquente, les parties pourront s'échanger des informations confidentielles.

Les parties ont également prévu que l'accord pourrait être étendu à d'autres parties contractantes, avec l'accord de l'ensemble des parties.

Il est intéressant de noter que ces pays sont tous trois parties à l'Accord sur l'Espace Économique Européen conclu entre les CE, les États-membres des CE et un certain nombre d'États de l'AELE (aujourd'hui, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein). L'accord EEE lui-même établit un cadre de coopération dans le domaine de la concurrence, mais au niveau de la Commission européenne et de son homologue, l'Autorité de Surveillance AELE. Ce nouvel accord de coopération montre que le cadre de l'EEE n'a pas pour effet de supprimer les besoins de coopération horizontale au niveau des États appartenant aux deux structures.

Notes

1. XXX^e Rapport sur la Politique de Concurrence, SEC(2001)694final, http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports.
2. JOCE N° C205/18 du 21.07.2001.
3. JOCE N° C 207/4 du 18.7.1996.
4. Communication 2001/C 188/03, JOCE N° C188/5 du 4.7.2001.
5. Department of Trade and Industry, White Paper « Productivity and Enterprise: A World Class Competition Regime », 31 July 2001, <http://www.dti.gov.uk/cp/ukcompref.htm>.
6. Parlement Européen, Textes adoptés le Jeudi 6 septembre 2001, pp. 31 et s.
7. <http://www.microsoft.com/presspass/trial/appeals/06-28opinion.asp>.
8. Voir la présente Chronique, RDAI N° 2000/5, p. 644.
9. Projet de règlement du 27.09.2000, COM(2000)582.
10. Parlement Européen, Textes adoptés le Jeudi 6 septembre 2001, pp. 31 et s.
11. ACCC v. The Daniels Corporation International Pty Ltd [2001]FCA244, http://www.austlii.edu.au/cases/cth/federal_ct/2001/244.htm.
12. L. Menzies, Allen Arthur Robinson, Focus on Trade Practices Issue 2 April 2001.
13. Une version anglaise de l'accord est disponible sur <http://www.ks.dk/eng/regler/Agreement.htm>.