

Competition News

January 2011

The ECHR reminds the French State of its duty to guarantee undertakings whose premises are searched during a competition enquiry an effective judicial review

In two recent judgments of December 21, 2010, the European Court of Human Rights (ECHR) gave a clear reminder to the French legislator that undertakings in whose premises searches and seizures are conducted during competition enquiries must be guaranteed effective judicial recourse.

Already under the Court's scrutiny with the Ravon judgment, the French Government is facing the same rebuke as in the procedure under Article L.16 B of the Tax Procedures Book.

Compagnies des Gaz de Pétrole Primagaz and Canal Plus complained that **the remedies available to contest the decision authorizing the searches and seizures were contrary to the provisions of Article 6§1 of the European Convention on the Rights of Man and the Citizen**, since they were not able to appeal to a court which could make an effective factual and legal review of the validity of the decision.

As the Court recalled, persons concerned by on the spot searches must have the right to an effective factual and legal review of the validity of the decision ordering the search, which should if an irregularity is found *"either prevent the search being made or, if a deemed irregular search has already taken place, provide the interested person with appropriate redress"*. **Under Article L.450-4 of the Commercial Code**, as worded prior to the Ordinance No. 2008-1161 of November 13, 2008, **there is no option of an appeal to the French Supreme Court, which in any case would not have suspended the searches and which by its very nature would not lead to a factual review.**

The French Government tried ineffectively to explain that the retroactive transitional provisions of the new Ordinance did away with this procedural defect. Applicants could now lodge an appeal against the authorization to conduct an on the spot enquiry, even if their appeals before the French Supreme Court had been dismissed. However, the Court judged that this adjustment did not guarantee the effectiveness of the judicial review since the appeal could be lodged only if an appeal on the merits had also been filed, so that this remedy was still uncertain.

The Court in these two judgments therefore concluded that the French procedure was unlawful, but apart from the expenses and procedural costs, it did not award the applicants any compensation for the fees they had incurred, which were not held to be excessive, or for the moral harm they had suffered, which was deemed to have been compensated by the simple acknowledgment of the alleged breach.

Still, the applicants had the satisfaction of a judgment favourable to them based on grounds drawn from the ECHR, which is often, although rarely successfully, asserted incidentally.

Most of all, with this acknowledgment by the European Court, Canal Plus and Primagaz will most likely rely on these judgments to try to have the seized exhibits set aside from the proceeding. These two judgment have already prompted an initial reaction in the still pending ready-mixed concrete case since the Paris Court of Appeal has just ordered the proceedings to be reopened to allow the parties to submit pleadings on their scope. It will be interesting to see what the practical consequences are of these judgments in all the still pending cases which were initiated on the grounds of the former provisions.



"...persons concerned by on the spot searches must have the right to an effective factual and legal review of the validity of the decision ordering the search..."

The LPG enquiry: the Competition Authority confronted with the falsification of incriminating emails in a leniency procedure

The LPG sector enquiry is a good illustration of the leniency procedure's potential for abuses. Evidence of a low level of competition in the LPG sector prompted the DGCCRF to conduct searches and seizures in various undertakings. One of the undertakings, forewarned, filed an application for leniency, supported by emails and other documents, alleging the existence of a cartel among competitors, the aim of which was to prevent supermarket distributors from penetrating the market. It was only when the statement of objections had been notified and another undertaking targeted by the enquiry contested the accusations that the **falsification of the emails was discovered by an expert appointed by the Authority's Senior Case Handler.**

This **unprecedented** incident obviously led to the documents on which the leniency application was based being set aside and the case ended with the decision that there were no grounds for prosecution of the undertakings concerned, in the absence of any other compelling evidence in the file.

However, the case might not be closed for the undertaking which applied for leniency since it is now exposed to two risks:

- a maximum fine of 1% of its worldwide turnover for not respecting its obligation of full and genuine cooperation during the leniency procedure because it produced falsified documents (the Senior Case Handler must now evaluate the facts and can refer the matter to the Authority to request a sanction);
- criminal prosecution for forgery, if the Authority's Chairman decides to forward the file to the Public Prosecutor, which is within his competence.

But the case has revealed the leniency system's limitations. The very heavy potential fines and the uncertainty as to how the other undertakings involved will react may encourage some to believe that making an accusation of a cartel, whether or not founded or substantiated, is the best defence. Because of the considerable economic benefits when total or partial immunity is granted, and the potential distortion of competition to which it may lead when one undertaking has total immunity and the other competing undertakings have to pay heavy fines, the leniency procedure can be an incentive to commit abuses. The Authority is aware of this since its objective is now to increase the number of enquiries conducted on its own initiative without relying on the help of an undertaking applying for leniency.

A merger in Ireland declared void for failure to submit a prior notification

On December 22, 2010, the Irish Competition Authority declared that a merger between Stena AB and DFDS was void due to the parties' infringement of Irish legislation because they had completed the merger before notifying it to the Authority. Stena AB notified the Irish Competition Authority of the merger two weeks after it had actually been completed.

The Authority is now assessing the notified transaction and its decision is expected for February 8, 2011. By declaring that the merger was void even before assessing it, as is authorized by some national merger control regulations, which include the Irish regulations, the Irish Competition Authority has sent a strong message to warn undertakings of the prejudicial consequences of closing a transaction before it has been authorized by the Competition Authority.

“Because of the considerable economic benefits when total or partial immunity is granted, and the potential distortion of competition to which it may lead when one undertaking has total immunity and the other competing undertakings have to pay heavy fines, the leniency procedure can be an incentive to commit abuses.”

Contacts

Salans Paris

Emmanuelle van den Broucke

Tel: +33 1 42 68 49 45
evandenbroucke@salans.com

Jean-Cyril Bermond

Tel: +33 1 42 68 91 13
jbermond@salans.com

Christoph Herrmann

Tel: +33 1 42 68 49 21
cherrmann@salans.com

For additional information on Salans' "EU & Competition" activities:

www.salans.com/Competition



SALANS

www.salans.com

Actualités Concurrence

Janvier 2011

La CEDH rappelle à l'Etat français la nécessité de garantir un recours effectif au juge pour les entreprises soumises aux visites domiciliaires dans les enquêtes de concurrence

Par deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 21 décembre dernier, le législateur français a été rappelé à l'ordre concernant la nécessité de garantir un recours effectif au juge pour les entreprises faisant l'objet de perquisitions et de saisies dans le cadre d'enquêtes de concurrence.

Déjà averti lors de l'arrêt Ravon, le gouvernement français subit aujourd'hui exactement le même reproche que celui qui lui avait déjà été adressé à propos de la procédure de l'article L.16 B du livre des procédures fiscales.

Les compagnies des gaz de pétrole PRIMAGAZ et CANAL PLUS ont fait valoir que **les voies de droit ouvertes pour contester la décision autorisant les opérations de visite et de saisie, contrevenaient aux dispositions de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen** car elles n'avaient pas la possibilité d'accéder à un tribunal susceptible d'exercer un contrôle en fait et en droit.

Or, ainsi que le rappelle la Cour, les personnes concernées par des visites domiciliaires doivent pouvoir bénéficier d'un contrôle juridictionnel, en fait et en droit, de la régularité de la décision ordonnant la visite, ce qui, en cas d'irrégularité doit permettre *« soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié »*. Dans sa rédaction applicable antérieurement à l'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008, **l'article L.450-4 du code de commerce ne prévoyait que la possibilité d'un pourvoi en cassation, lequel d'ailleurs n'était pas suspensif des opérations en cours et qui, par essence, ne revient pas sur l'examen des faits.**

Le gouvernement français a vainement tenté d'expliquer que les dispositions transitoires rétroactives de la nouvelle ordonnance supprimaient ce défaut de la procédure. Les requérantes pouvaient désormais exercer un recours en appel contre l'autorisation d'enquêter sur place, même si leurs pourvois avaient été rejetés. Cependant, la Cour a jugé que, malgré cet aménagement, l'effectivité du contrôle juridictionnel n'était pas garanti car, une telle action ne pouvant être exercée que si un recours au fond était également formé, cette voie de recours demeurait incertaine.

Ces deux arrêts ont donc conclu au caractère irrégulier de la procédure française mais hormis les frais et dépens, il n'a été pas accordé de réparation aux requérantes ni pour les honoraires engagés, lesquels n'ont pas été jugés excessifs, ni pour le préjudice moral, lequel a été considéré comme étant réparé par le simple constat de la violation alléguée.

Néanmoins, les requérantes ont la satisfaction d'avoir obtenu gain de cause sur des moyens tirés de la CEDH qui, souvent invoqués de manière accessoire, n'aboutissent que rarement.

Surtout, on peut imaginer qu'au-delà du constat opéré par la Cour européenne, CANAL PLUS et PRIMAGAZ s'appuieront maintenant sur ces arrêts pour tâcher d'obtenir que les pièces saisies en vertu de cette procédure décriée, soient écartées des débats. Au-delà, ces deux arrêts ont déjà entraîné une première réaction dans l'affaire du béton prêt à l'emploi puisque la Cour d'appel de Paris vient d'ordonner la réouverture des débats pour permettre aux parties de conclure sur leur portée dans ce litige toujours pendant. Il sera donc intéressant de suivre les conséquences pratiques de cet arrêt de la CEDH pour toutes les affaires encore en cours initiées sur la base des anciennes dispositions.



« ... les personnes concernées par des visites domiciliaires doivent pouvoir bénéficier d'un contrôle juridictionnel, en fait et en droit, de la régularité de la décision ordonnant la visite... ».

Enquête du GPL: L'Autorité de la concurrence confrontée à une falsification d'emails à charge lors d'une demande de clémence

L'enquête dans le secteur du GPL illustre les abus auxquels la procédure de clémence peut donner lieu. Sur la base d'indices tirés du faible niveau de concurrence dans le secteur du GPL, la DGCCRF avait effectué des visites et saisies auprès de différentes entreprises du secteur. Avertie, l'une des entreprises concernées a déposé une demande de clémence dans laquelle elle a allégué, emails et autres documents à l'appui, l'existence d'une entente entre concurrents visant à entraver l'entrée de la grande distribution sur le marché. Ce n'est qu'après la notification des griefs, et grâce aux contestations d'une autre entreprise visée par l'enquête, que **la falsification des emails a été découverte et constatée par un expert désigné par la Rapporteuse Générale de l'Autorité**.

Cet incident **sans précédent** a évidemment conduit à écarter les documents de la demande de clémence et l'affaire s'est terminée par un non-lieu pour les entreprises visitées, en l'absence d'autres éléments probants dans le dossier.

L'affaire n'est en revanche peut-être pas close pour l'entreprise ayant demandé la clémence qui encourt désormais deux risques :

- une amende jusqu'à 1% de son chiffre d'affaires mondial pour avoir manqué à son obligation de coopération entière et loyale dans la procédure de clémence, en fournissant des pièces dénaturées (c'est désormais à la Rapporteuse Générale d'apprécier les faits et de saisir s'il y a lieu l'Autorité pour demander une sanction);
- des poursuites pénales pour faux et usage de faux, si le Président de l'Autorité choisit de transmettre le dossier au Procureur, comme il a le pouvoir de le faire.

Quoi qu'il en soit, l'affaire montre les limites du système de clémence. Compte tenu du montant très important des amendes qui peuvent être en jeu et face à l'incertitude sur le comportement des autres entreprises visées par une enquête, l'incrimination de l'entente, qu'elle soit ou non fondée ou étayée, peut apparaître à certains comme la meilleure défense. Par les avantages économiques importants que peuvent générer une exonération totale ou partielle d'amende et des éventuelles distorsions de concurrence qu'elle peut induire dans le cas d'une immunité totale pour l'une et de fortes amendes pour les autres entreprises concurrentes, la procédure de clémence peut inciter à des abus. L'Autorité en est consciente puisqu'elle a pour objectif d'augmenter le nombre d'enquêtes sur auto-saisine de l'Autorité, sans l'aide d'un demandeur en clémence.

Nullité d'une opération de concentration prononcée en Irlande pour absence de notification préalable

L'Autorité de la concurrence irlandaise a prononcé le 22 décembre 2010 la nullité d'une opération de concentration réalisée entre Stena AB et DFDS au motif que les parties avaient violé la législation irlandaise en réalisant l'opération préalablement à toute notification auprès de l'Autorité. En l'espèce, Stena AB a informé l'Autorité de la concurrence irlandaise de l'opération deux semaines après sa réalisation effective.

L'Autorité examine actuellement l'opération notifiée avec une décision attendue pour le 8 février 2011. En déclarant l'opération nulle avant même de l'examiner, comme le permettent certaines réglementations nationales sur le contrôle des concentrations, dont la réglementation irlandaise, l'Autorité de la concurrence irlandaise adresse un message fort, mettant en garde les entreprises des conséquences dommageables résultant du closing d'une opération avant son autorisation par l'Autorité de concurrence.

« Par les avantages économiques importants que peuvent générer une exonération totale ou partielle d'amende et des éventuelles distorsions de concurrence qu'elle peut induire dans le cas d'une immunité totale pour l'une et de fortes amendes pour les autres entreprises concurrentes, la procédure de clémence peut inciter à des abus. ».

Contacts

Salans Paris

Emmanuelle van den Broucke

Tel: +33 1 42 68 49 45
evandenbroucke@salans.com

Jean-Cyril Bermond

Tel: +33 1 42 68 91 13
jbermond@salans.com

Christoph Herrmann

Tel: +33 1 42 68 49 21
cherrmann@salans.com

Pour plus d'informations sur l'activité Salans « EU & Competition » :

www.salans.com/Competition