

Newsletter April 2009 European Law & Policy

INSIDE THIS ISSUE

COMPETITION

- Do You *Wanadoo* It Again? A Look at the ECJ's Ruling of Case C-202/07 P *France Telecom v. Commission* 2
- Communication From the Commission Amending the Temporary Community Framework for State Aid Measures to Support Access to Finance in Current Financial and Economic Crisis 3

HEALTH

- Pharmacovigilance of Medicinal Products for Human Use and Data Protection 5

INFORMATION TECHNOLOGY

- The Commission Opens an Infringement Procedure Against the U.K. In the *Phorm* Case 8

SOCIAL POLICY

- Arrêt de la Cour de Justice du 26 Mars 2009 : La République Hellenique Condamnée Pour Discrimination Entre Travailleurs Masculins et Femins 10

STAFF REGULATIONS

- La nomination du chef de la représentation de la Commission dans un Etat-membre ne relève pas du pouvoir de nomination des commissaires : sur les arrêts Menidiatis, Kremlis et Yamoussis du tribunal de la fonction publique du 2 avril 2008 12

SPECIAL REPORT

- Privacy & Competition: Do These Two Concepts Mix? 15





Pappas
&

Attorneys at law

Associates

2

PAPPAS & ASSOCIATES, ATTORNEYS AT LAW, 49-51, Rue Stévin, B-1000 Brussels, Belgium
www.pappaslaw.net, email: info@pappaslaw.net, tel.: 32-2-23 15 704-5

Newsletter April 2009 European Law & Policy

COMPETITION

DO YOU WANADOO IT AGAIN? A LOOK AT THE ECJ'S RULING OF CASE C-202/07 P FRANCE TELECOM v. COMMISSION

by: Stratis G. Camatsos

The European Court of Justice recently upheld the Court of First Instance's 2007 judgment which dismissed the action against the Commission's decision imposing a fine of EUR 10.35 million on France Télécom. The ECJ dismissed, in its entirety, France Télécom's appeal regarding the abuse of its dominant position on the French internet access market.

In 2003, the Commission had fined Wanadoo Interactive S.A., at that time a subsidiary of France Télécom for charging predatory prices for its Pack eXtense and its ADSL services, as part of a plan aimed at excluding competitors from the market for high-speed internet access. This plan worked since its market share rose from 46% to 72% in a period of about one year from 2001 to 2002 and its size increased five-fold. It is also important to note that Wanadoo's policy of keeping prices below cost was a conscious decision, since the company was fully aware of the amount of losses it was incurring during that time period. One of the in-house documents reviewed by the Commission, and eventually the Courts, revealed that the company was anticipating to continue selling at a loss in 2003 and 2004, from the beginning of 2002.

Reviewing the above, and other, evidence, the ECJ held that the CFI was right in confirming that the Commission was not required to prove that Wanadoo had the possibility of recouping its losses. Specifically, on this issue, the ECJ confirmed the test applied in previous case law, *AKZO v. Commission* and *Tetra Pak v. Commission*. More specifically, the ECJ referred to paragraphs 42 and 43 of the *Tetra Pak* judgment and quoted from that case, "...the prices of non-aseptic cartons sold in Italy were considerably lower than average variable costs. Proof of intention to eliminate competitors was therefore not necessary." (paragraph 34 of the current judgment).

The Court also state that such case-law (above) does not preclude the Commission from finding that the possibility of recouping losses may be a relevant factor in assessing whether or not the practice concerned is abusive. This means that it is important to look at all of the likely effects of



Newsletter April 2009 European Law & Policy

the conduct, in order to show consumer harm, and this is in line with the Commission's approach set out in its Guidance on Enforcement Priorities under Article 82 EC.

This judgment is particularly important, especially during this global economic turmoil, because it shows that competition law still remains intact in combating against market abuses. It confirms that dominant operators cannot use their market power to stifle competition, and that markets key to the development of the information society should be free to develop competitively. The Commission will continue to act forcefully against pricing abuses by dominant telecom operations and this also provides clarity for further actions by the national competition authorities in this area.

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION AMENDING THE TEMPORARY COMMUNITY FRAMEWORK FOR STATE AID MEASURES TO SUPPORT ACCESS TO FINANCE IN THE CURRENT FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS

by: George Mavros

According to the European Commission, the temporary Community Framework for State aids measures to support access to finance in the current financial and economic crisis, which applies from 17 December 2008 until 31 December 2010, needs additional clarifications as regards the following points:

- a) the applicability of article 87(3)(b) of the Treaty;
- b) the existing framework for setting the reference and discount rates; and
- c) the application of the aid in the form of guarantees;

Therefore, the Commission introduced several amendments to the said Community Framework taking effect from 25 February 2009.

Firstly, point 4.3.2. is amended as follows:





Newsletter April 2009 European Law & Policy

For *Small and Medium Enterprises* (SMEs), Member States grant a reduction of up to 25% of the annual premium to be paid for new guarantees granted in accordance with the safe harbor provisions as set out in the Annex, while for *large companies*, Member States also grant a reduction of up to 15% of the annual premium for new guarantees calculated on the basis of the same safe harbor provisions.

Moreover, the reduction of the guarantee premium is applied during a maximum period of 2 years following the granting of the guarantee. If the duration of the underlying loan exceeds 2 years, Member States may apply for an additional maximum period of 8 years the safe harbor premiums set out in the Annex without reduction.

Secondly, pursuant to the amended point 4.4.1, the Commission Communication on the revision of the method for setting the reference and discount rates establishes a method for calculation of the reference rate, based on the one-year inter-bank offered rate (IBOR) increased by margins ranging from 60 to 1 000 base points, depending on the creditworthiness of the company and the level of collateral offered.

Hence, if Member States apply the calculation method of the reference and discount rates established in the Commission communication in force at the moment of the grant of the loan and comply with the conditions set out in that communication, the interest rate does not, in principle, contain State aid. Point 4.5.1 is amended accordingly.

For further information contact: G. Mavros +32.2.23.15.704, mavros@pappaslaw.net





Pappas
&

Attorneys at law

Associates

5

PAPPAS & ASSOCIATES, ATTORNEYS AT LAW, 49-51, Rue Stévin, B-1000 Brussels, Belgium
www.pappaslaw.net, email: info@pappaslaw.net, tel.: 32-2-23 15 704-5

Newsletter April 2009 European Law & Policy

HEALTH

PHARMACOVIGILANCE OF MEDICINAL PRODUCTS FOR HUMAN USE AND DATA PROTECTION: *Opinion of the EDPS on the proposal for a Regulation amending, as regards pharmacovigilance, Regulation (EC) No 726/2004¹ and on the proposal for a directive amending, as regards pharmacovigilance, Directive 2001/83/EC²*

by: *George Mavros*

On 10 December 2008, the European Commission adopted two proposals in order to amend, as regards pharmacovigilance, Regulation 726/2004 and Directive 2001/83/EC.

The rationale lies on the fact that the current system suffers from several weaknesses, including a lack of clarity on the roles and responsibilities of the various actors involved, complicated reporting procedures, the need for strengthening medicines safety transparency and communication and, finally, the need for rationalization of the medicines risk management planning.

Pursuant to article 41(2) of Regulation (EC) 45/2001 issued an opinion on 22 April 2009.

A] The EU Pharmacovigilance system

Pharmacovigilance is defined as the science and activities relating to the detection, assessment, understanding and prevention of adverse effects of medicinal products³. It is considered as a necessary supplement to the Community system of authorization of medicinal products.

Within the European Union, a company wishing to bring a medicine to the market may use either the “centralized authorization procedure” which is a Community procedure under the supervision of the European Medicines Agency (“EMA”) or the “national authorization procedures” which

¹ Laying down Community procedures for the authorization and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency.

² On the Community Code relating to medicinal products for human use.

³ Explanatory Memoranda to proposals for the amendment of both Regulation (EC) No 726/2004 and Directive 2001/83/EC.



Newsletter April 2009 European Law & Policy

contain two different routes, namely, the decentralized procedure and the mutual recognition procedure⁴.

At national level, the two main actors in collecting and disseminating information on adverse effects of medicinal products are the Market Authorization Holders, which are companies authorized to market medicinal products, and the National Competent Authorities responsible for the market authorization.

The former ones must operate their own system of pharmacovigilance and all relevant information gathered must be reported electronically to the Competent Authority. The said reports relating to a specific patient are called “Individual Case Safety Reports” (ICSR).

At Community level, EMEA operates a centralized data processing network and management system for suspected adverse reactions of medicinal products, called EudraVigilance.

B) Amendments proposed and data protection considerations

As a preliminary remark, data protection considerations are only marginally taken into account in the said proposals although the impact to data subjects is high.

Firstly, the European Commission aimed at clarifying responsibilities among the actors involved and their respective obligations regarding the reporting of adverse effects.

Secondly, the simplification of the reporting system should be achieved both by the use of national medicines safety web-portals, which are linked to the European safety web-portal, and a standard form for web-based reporting by patients and healthcare professionals. The EDPS, however, considers that the reporting system must be subject to the requirements of data protection law and advocates a decentralized reporting system.

Moreover, the European Commission calls for an increased use of EudraVigilance by the different parties involved. The EDPS stresses the fact that anonymity must be assured in that respect and recommends to include a provision stating that accessibility must comply with the Community legislation on data protection.

⁴ For more information visit the website of EMEA: www.emea.europa.eu



Newsletter April 2009 European Law & Policy

Finally, it is unclear whether or not the proposals envisage traceability. Although the EDPS rejects that traceability is always needed, he argues that in cases in which it is necessary to hold personal data in EudraVigilance, the patient concerned should be enabled to invoke his right to access his personal data in compliance with article 13 of Regulation (EC) No 45/2001.



Newsletter April 2009 European Law & Policy

INFORMATION TECHNOLOGY

THE COMMISSION OPENS AN INFRINGEMENT PROCEDURE AGAINST U.K. IN THE *PHORM* CASE

by: *Damien Thavard*

On 14 April 2009, Viviane Reding, the EU's Commissioner for Information Society and Media, published a video on her personal website discussing the question of the using, and misusing, of personal information. She explained that Europeans must have the right to control over using their personal information.

This question is raised at a time where the European Commission has engaged an action against the United Kingdom, arising from complaints by U.K. citizens, about the use of the Phorm software by British Telecom. This software was used by BT in 2006-2007 in order to provide behavioral advertising services. Phorm has drawn sharp criticism over its advertising platform, which logs user traffic patterns to offer targeted ads. Some argue that the system increases the quality and value of advertisements, while opponents call it a blatant invasion of user privacy. This is where the problem arose; the consent of the users was never asked for. Commissioner Reding makes clear that the "European privacy rules are crystal clear: a person's information can only be used with their prior consent".

The Commission has written several letters to the UK authorities since July 2008 asking how they have implemented relevant EU laws in the context of the *Phorm* case. Following an analysis of the answers received, the Commission has concerns that there are structural problems in the way the UK has implemented EU rules ensuring the confidentiality of communications.

The main concerns of the Commission are that the scope of the U.K. regulation is too restrictive, i.e. it is limited to the intentional interception of data, but also that there is a too large of an exemption – the case where the interceptor can believe that the person has give his consent. In addition, the Commission sites another problem area that there is no independent authority which can deal with these interceptions.

Commissioner Reding stated, "Technologies like internet behavioral advertising can be useful for businesses and consumers, but they must be used in a way that complies with EU rules. These



Newsletter April 2009 European Law & Policy

rules are there to protect the privacy of citizens and must be rigorously enforced by all Member States”.

Therefore, the UK has now two months to reply to this first stage of the infringement proceedings. If the Commission does not receive a reply, or if the observations presented by the UK are not satisfactory, then the Commission may decide to issue a reasoned opinion (the second stage in an infringement proceeding). If the UK still fails to fulfill its obligations under EU law after that, the Commission will refer the case to the European Court of Justice.





Pappas
&

Attorneys at law

Associates

10

PAPPAS & ASSOCIATES, ATTORNEYS AT LAW, 49-51, Rue Stévin, B-1000 Brussels, Belgium
www.pappaslaw.net, email: info@pappaslaw.net, tel.: 32-2-23 15 704-5

Newsletter April 2009 European Law & Policy

SOCIAL POLICY

ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DU 26 MARS 2009 : LA REPUBLIQUE HELLENIQUE CONDAMNEE POUR DISCRIMINATION ENTRE TRAVAILLEURS MASCULINS ET FEMININS

By : Panayota Boussis

La Cour de Justice des Communautés européennes, dans son arrêt rendu le 26 mars 2009, a jugé que la République hellénique, en accordant un traitement différent aux travailleurs masculins et féminins en matière de régime de pension, selon les articles 1^{er}, par.1, 26, par.1 et 56 du code grec des pensions civiles et militaires institué par le décret présidentiel n°166/2000, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 141 TCE.

Dès le début de la procédure, la république hellénique a fait valoir que le régime des pensions litigieux n'entre pas dans le champ d'application de l'article 141 TCE mais relève de la directive 79/7/CEE⁵, laquelle ne fait pas obstacle à la faculté des Etats membres d'exclure de son champ d'application la fixation de l'âge de la retraite pour l'octroi des pensions.

La Cour a cependant rappelé que conformément au 2^e paragraphe de l'article 141, on entend par rémunération, le salaire et tous les autres avantages payés directement ou indirectement par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. C'est donc à juste titre que la Cour considère que les prestations octroyées au titre d'un régime de pension, qui dépendent principalement de l'emploi qu'occupait le travailleur, se rattachent à la rémunération dont bénéficiait ce dernier⁶ et relèvent de l'article 141 TCE.

En l'espèce, la Cour estime que le régime des pensions institué par le code grec des pensions civiles et militaires remplit les trois critères ressortant de sa jurisprudence antérieure⁷ et peut donc être caractérisé de rémunération et ainsi entrer dans le champ d'application de l'article 141 TCE. En effet, le code des pensions civiles et militaires s'applique à une catégorie particulière de travailleurs. De plus, la pension versée à ces travailleurs est calculée sur base du nombre d'années de service accomplies et enfin, cette pension est calculée en fonction de la rémunération de base perçue par le travailleur avant sa retraite.

⁵ Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, JO 1979, L 6, p.24

⁶ Arrêt du 13 Mai 1986, Bilka-Kaufhaus, 170/84, Rec. 1607, p.22 ; arrêt Barber, précité, p.28 ; Arrêt du 28 septembre 1994, Beune, C-7/93, Rec. I-4471, p.46 ; 10 février 2000, Deutsche Telekom, C-234/96 et C-235/96, Rec. I-799, p.32 ; 25 mai 2000, Podesta, C-50/99, Rec. I-4039, p.25

⁷ Arrêt Beune, précité ; arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, C-366/99, Rec. I-9383





Pappas
&

Attorneys at law

Associates

11

PAPPAS & ASSOCIATES, ATTORNEYS AT LAW, 49-51, Rue Stévin, B-1000 Brussels, Belgium
www.pappaslaw.net, email: info@pappaslaw.net, tel.: 32-2-23 15 704-5

Newsletter April 2009 European Law & Policy

L'article 141 TCE interdit toute discrimination en matière de rémunération entre travailleurs masculins et féminins. Or, la fixation d'une condition d'âge et de règles relatives aux périodes de service minimum requis, différentes selon le sexe des travailleurs pour l'octroi d'une pension de retraite, telle que prévue par l'article 56 du code grec des pensions civiles et militaires, est selon la jurisprudence de la Cour⁸ contraire à disposition précitée.

La République hellénique ne conteste pas les différences de traitement alléguées et fait valoir que les dispositions litigieuses du code des pensions sont justifiées par les discriminations au détriment des femmes, conformément aux pratiques sociales courantes. Par ailleurs, la République hellénique soutient que ces mesures compensatrices sont permises conformément à l'article 141, par.4 TCE.

A cet égard, la Cour rappelle que la disposition invoquée par la République hellénique prévoit en effet la possibilité pour un Etat membre d'adopter des mesures compensatrices, mais qu'il doit s'agir de mesures accordant «*des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle ou à prévenir ou à compenser des désavantages dans la carrière professionnelle*». Selon la jurisprudence de la Cour, ces mesures doivent «*contribuer à aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes*»⁹

Or, la Cour constate en l'espèce que les dispositions litigieuses ne sont pas des mesures compensatrices en ce qu'elles n'apportent pas de solution concrète aux problèmes éventuels qu'une femme peut rencontrer durant sa carrière professionnelle¹⁰. Au contraire, ces dispositions se limitent à accorder des conditions plus favorables aux travailleurs féminins qu'aux travailleurs masculins, concernant l'âge de départ à la retraite et le service minimum requis au moment du départ à la retraite.

En outre, la Cour souligne qu'en ce qui concerne la qualité de parent, il s'agit d'une qualité qui peut être attribuée tant aux travailleurs masculins qu'aux travailleurs féminins. Leur situation est donc considérée comparable concernant l'éducation des enfants¹¹.

Au vu de ces constatations, la Cour estime que les dispositions litigieuses créent une discrimination non justifiée, constituant ainsi une violation du droit communautaire et plus particulièrement de l'article 141 TCE.

⁸ Arrêt du 17 Mai 1990, Barber, C-262/88, Rec. I-1889, p.32 et du 12 septembre 2002, Niemi, C-351/00, Rec. I-7007, p.53

⁹ Arrêt Griesmar, précité, p.64 et arrêt du 13 novembre 2008, Commission/Italie, C-46/07, p.57

¹⁰ Arrêt Griesmar, précité, p.65

¹¹ Arrêt du 25 Octobre 1988, Commission/ France, 312/86, Rec.6315, p.14 ; Arrêt Griesmar, précité, p.56





Pappas
&

Attorneys at law

Associates

12

PAPPAS & ASSOCIATES, ATTORNEYS AT LAW, 49-51, Rue Stévin, B-1000 Brussels, Belgium
www.pappaslaw.net, email: info@pappaslaw.net, tel.: 32-2-23 15 704-5

Newsletter April 2009 European Law & Policy

STAFF REGULATIONS

LA NOMINATION DU CHEF DE LA REPRESENTATION DE LA COMMISSION DANS UN ETAT-MEMBRE NE RELEVE PAS DU POUVOIR DE NOMINATION DES COMMISSAIRES : SUR LES ARRETS MENIDIATIS, KREMLIS ET YANOUSIS DU TRIBUNAL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU 2 AVRIL 2008

by : *Damien Thavard*

Le 9 mars 2006, la Commission a publié la vacance de l'emploi de Chef de la Représentation de la Commission à Athènes. A l'issue de la procédure, le panel de sélection finale a conclu que M. P était le candidat le mieux qualifié pour le poste et l'AIPN a officiellement rejeté les candidatures des trois requérants par trois décisions du 21 décembre 2006.

Les requérants ont tous trois introduit une réclamation au titre de l'article 90, §2 du statut des fonctionnaires à l'encontre de ces décisions. La Commission a rejeté ces réclamations par des décisions du 25 septembre 2007.

Suite à ces rejets les requérants ont introduit trois recours devant le tribunal de la fonction publique (F-128/07 ; F-129/07 ; F-143/07) contre les décisions rejetant leurs candidatures au poste de Chef de la Représentation et contre la décision de nomination.

Le Tribunal s'est prononcé par trois arrêts en date du 2 avril 2009. Ceux-ci ont conclu à une illégalité des décisions en cause et subséquemment à leur annulation, ainsi que dans le cadre du la première affaire (F-128/07) à l'annulation de la décision de nomination de M. P., annulation qui devenait dès lors sans objet dans les autres arrêts.

Les requérants avaient soulevé un nombre impressionnant de moyens à l'encontre des décisions de rejet de leurs candidatures, ainsi que de la décision de nomination de M. P. En effet, les requérants alléguaient de l'illégalité et du non-respect de la procédure de sélection, de l'illégalité de l'avis de vacance, du non-respect de l'avis de vacance, de la violation de l'article 11 bis du statut des fonctionnaires, de l'illégalité de l'abaissement du niveau du poste de Chef de Représentation à Athènes et de l'illégalité de la décision du 7 juillet 2004 relative aux modalités de pourvoi des Chefs de Représentation, de la tardiveté de la publication de l'avis de vacance, de la violation des règles relatives à la rotation du personnel occupant des postes dits sensibles, et enfin, selon eux, du fait que plusieurs indices témoignaient d'un détournement de pouvoir.





Newsletter April 2009 European Law & Policy

Le Tribunal ne s'est pas penché sur l'ensemble de ces moyens et s'est contenté du premier moyen, en sa première branche, à savoir l'illégalité de la procédure de sélection pour annuler ces décisions.

En effet, la nomination avait été effectuée par décision du vice-président de la Commission, Commissaire responsable du personnel et de l'administration, en accord avec les cabinets du président de la Commission et du Commissaire, vice-président de la Commission, responsable de la stratégie de la communication, selon la procédure de détachement au sein d'un cabinet d'un Commissaire.

Dans son arrêt, le Tribunal rappelle que « *la finalité du détachement auprès d'un commissaire est, de façon générale, de permettre à des personnes précédemment recrutées en raison de leur mérite, souvent par concours, et qui ont fait la preuve de leurs compétences, d'exercer celles-ci au service des cabinets* »¹². Le tribunal précise également que « *que le recrutement de ces collaborateurs est effectué intuitu personae, c'est-à-dire de manière largement discrétionnaire, les intéressés étant choisis tant pour leurs qualités professionnelles et morales que pour leur aptitude à s'adapter aux méthodes de travail propres du commissaire concerné et à celles de l'ensemble de son cabinet* »¹³.

Après avoir rappelé le but et la démarche suivis par cette procédure, le Tribunal examine la situation de l'espèce. Il commence par constater que le fait que la nature des fonctions exercées par le chef de la Représentation de la Commission dans un Etat membre soit « politique et sensible » ainsi que l'affirme la Commission, ne justifie pas, *per se*, le recours au détachement, car par nature, beaucoup de fonctions exercées par la Commission sont politiques et sensibles, et ce n'est pas pour autant qu'il convient d'abandonner la structure administrative adoptée par la fonction publique communautaire. Le Tribunal constate ensuite que la nature personnelle des rapports entre le chef de la représentation de la Commission et le Commissaire en cause, élément justificatif de l'usage d'une procédure de détachement n'est pas établie. La Commission justifie également le recours à une telle procédure par le fait qu'utiliser une procédure classique aurait mené à des problèmes opérationnels au moment de la fin de la mission au sein de la Représentation. Le tribunal est, sur cet argument, sans appel : même si de telles difficultés existent, l'utilisation de la procédure de détachement ne doit être utilisée que pour les fins qui lui sont propres, car « *toute autre interprétation reviendrait à permettre le recours à [la procédure de*

¹² Point 67 de l'arrêt F-128/07

¹³ Point 67 de l'arrêt F-128/07





Pappas
&

Attorneys at law

Associates

14

PAPPAS & ASSOCIATES, ATTORNEYS AT LAW, 49-51, Rue Stévin, B-1000 Brussels, Belgium
www.pappaslaw.net, email: info@pappaslaw.net, tel.: 32-2-23 15 704-5

Newsletter April 2009 European Law & Policy

détachement] dans un but autre que celui pour lequel [elle] a été [prévue] et donc à légitimer un détournement de procédure »¹⁴.

Le tribunal conclue donc qu' « il découle de tout ce qui précède et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs relevant du premier moyen et les autres moyens soulevés par le requérant que [...] la décision attaquée doit être annulée pour avoir été adoptée sur la base d'une procédure elle-même illégale et, en particulier, pour vice d'incompétence »¹⁵.

Par cet arrêt, le tribunal précise donc quelle est la portée et les limites de la procédure de détachement auprès d'un Commissaire, une procédure qui ne doit être mise en œuvre que dans le cas où le fonctionnaire en cause collabore effectivement avec le Commissaire. S'il en allait autrement, ce sera ouvrir la voie à l'arbitraire et au népotisme, accusations dont la Commission et les institutions européennes en général, souvent accusées d'être des structures opaques manquant de transparence, n'ont vraiment pas besoin dans le contexte politique actuel.

¹⁴ Point 77 de l'arrêt F-128/07

¹⁵ Point 82 de l'arrêt F-128/07

