WILHELM
& ASSOCIÉS

Décembre 2010

N° 15

LETTRE DU DROIT ECONOMIQUE

du cabinet WILHELM & ASSOCIÉS

Le département Régulation et Concurrence constitue un axe majeur de l'activité du cabinet WILHELM & ASSOCIES. Il intervient tant en conseil qu'en contentieux auprès des entreprises, devant les autorités de régulation comme devant les juridictions françaises et communautaires. Les avocats du département Régulation et Concurrence disposent ainsi d'une expertise particulière dans tous types de dossiers relatifs aux concentrations, aux pratiques anticoncurrentielles, aux dommages concurrentiels ou relevant de la régulation sectorielle, interviennent sur les différents aspects des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs et assurent des prestations d'analyse et d'assistance pour le respect des réglementations applicables dans les rapports avec les consommateurs.

Focus
La protection des secrets d'affaires en droit de la concurrence

Pour mener à bien leurs missions, les autorités de concurrence et de régulation disposent de larges pouvoirs d'investigation qui leur permettent de recueillir auprès des entreprises, un nombre considérable de documents.

Or, nombre d'informations dans ces documents sont sensibles et confidentielles. Si elles venaient à être communiquées aux autres parties en cause dans une procédure, ou à être publiées dans une décision des autorités de concurrence ou de régulation, elles léseraient gravement les intérêts du, ou des entreprise(s) en cause.

Pour pallier ce risque, des dispositifs de protection des secrets d'affaires des entreprises sont prévus par les textes qui encadrent les procédures devant les autorités française et communautaire de concurrence et les juridictions de contrôle. Si ces procédures se sont progressivement développées pour assurer une bonne protection des secrets d'affaires des entreprises, elles comportent encore quelques lacunes.

Rattachés au secret professionnel par l'article 339 du traité FUE, les secrets d'affaires sont définis par les juridictions européennes comme *« des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci »* (TPICE, 18 septembre 1996, *Postbanke*). Cette définition jurisprudentielle a ensuite été reprise et complétée par la Communication de la Commission européenne sur l'accès au dossier publiée le 22 décembre 2005.

Au niveau français, le Conseil de la concurrence, dans son rapport d'activité 2001, a défini ce qui relève des secrets d'affaires, au moyen d'une liste non exhaustive, Il s'agit des informations *« tenant à la rentabilité de l'entreprise, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à la structure de ses coûts, à ses prix, à ses secrets et procédés de fabrication, à ses sources d'approvisionnement, à son organisation interne, à sa part de marché ainsi qu'à toutes données sensibles d'ordre commercial »*.

En droit communautaire comme en droit français, de telles données, sauf cas excep-

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS

Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

Avec le concours de l'équipe Droit Economique du cabinet WILHELM & ASSOCIÉS

Pascal WILHELM
Avocat Associé
pwilhelm@wilhelmassocies.com

Anne-Sophie DELHAISE
Avocat
asdelhaise@wilhelmassocies.com

Lila FERCHICHE
Avocat
lferchiche@wilhelmassocies.com

Aymeric GAULTIER
Avocat
agaultier@wilhelmassocies.com

Morgane LELUHERNE
Avocat
mleluherne@wilhelmassocies.com

Vincent LORIEUL
Avocat
vlorieul@wilhelmassocies.com

tionnels, perdent leur caractère secret s'ils ont plus de cinq ans. Il est évident par ailleurs, qu'une information perd sa qualité de secrets d'affaires, si elle a déjà été rendue publique.

I. Des procédures organisées de protection des secrets d'affaires devant les autorités de concurrence européennes et françaises

Si les procédures de protection des secrets d'affaires devant l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne sont l'objet d'évidentes similitudes, il reste toutefois nécessaire de les envisager de manière distincte.

A. La protection des secrets d'affaires devant la Commission européenne

Le Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002, relatif aux pratiques anticoncurrentielles, le règlement 773/2004, relatif au contrôle des concentrations, et leurs Règlements d'application assurent **un accès au dossier par les parties sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués**. Une Communication de la Commission européenne publiée le 22 décembre 2005, détaille les conditions d'accès aux informations réunies par la Commission européenne dans le cadre des affaires qu'elle traite. Les règles sont proches en matière de pratiques anticoncurrentielles et en matière de contrôle des concentrations.

Les secrets d'affaires contenus dans les documents communiqués à la Commission européenne par une entreprise, ou saisis chez cette dernière, peuvent être protégés à sa demande. Si l'entreprise ne fait pas cette démarche, la Commission peut l'y inviter.

La demande doit être **motivée** et être accompagnée d'une **version non confidentielle** ainsi que, en matière de pratiques anticoncurrentielles, d'une **description succincte** de chaque passage supprimé.

Lorsque la demande qui lui est présentée apparait justifiée, la Commission **accepte la demande de confidentialité**. Elle peut cependant ultérieurement revenir sur cette acceptation provisoire, en tout ou partie.

Il faut noter, en effet, que le principe de la protection des secrets d'affaires peut céder devant la nécessité de préserver les droits de la défense des parties, dans les procédures ouvertes en matière de pratiques anticoncurrentielles, et céder devant les besoins de la procédure, en matière de contrôle des concentrations. Dans ces conditions, la Commission européenne peut lever la confidentialité de sa propre initiative, ou à la demande de certaines parties.

Dans une telle hypothèse, l'entreprise en cause peut présenter des observations. En cas de différend, il appartient au **conseiller-auditeur** de trancher la question, et ce, **avant toute divulgation des secrets.**

La Cour de justice de l'Union européenne avait, à cet égard, souligné la nécessité que les décisions de la Commission relatives aux secrets d'affaires puissent faire l'objet d'un recours indépendamment de la procédure sur le fond, et avant toute communication des documents confidentiels (CJCE, arrêt n°53/85, du 24 juin 1986, « AKZO », §20).

Contrairement à ce qui est prévu en droit français (voir infra), la Commission, en matière de pratiques anticoncurrentielles, n'accorde pas au plaignant un droit d'accès au dossier. Ce n'est que dans le cas où la Commission prévoit de rejeter la plainte, que le plaignant peut avoir accès aux documents sur lesquels la Commission s'est fondée, et ce sans que des secrets d'affaires soient dévoilés.

B. La protection des secrets d'affaires devant l'Autorité de la concurrence

La protection des secrets d'affaires devant l'Autorité de la concurrence a connu une évolution à la suite de l'adoption de l'ordonnance du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence et du décret du 27 décembre 2005 puis de l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et du décret du 10 février 2009. La pratique en la matière a également été précisée par la publication d'un jeu de questions-réponses sur le site de l'Autorité de la concurrence en février 2010.

Cette protection connait un régime différencié selon que sont en cause des pratiques anticoncurrentielles ou le contrôle des concentrations. Aucune protection n'est en revanche prévue dans le cadre de la procédure consultative de l'Autorité.

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS
Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

1. En matière de pratiques anticoncurrentielles

Les articles L.463-4, R.463-13 à R.463-15 du Code de commerce décrivent la procédure applicable en matière de protection des secrets d'affaires dans le cadre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

L'entreprise qui souhaite obtenir la protection des secrets d'affaires contenus dans les documents qu'elle communique à l'Autorité de la concurrence, ou qui ont été saisis auprès d'elle par cette même autorité, doit présenter une **demande motivée** dans le **délai d'un mois,** par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Ce délai peut être réduit par le Rapporteur général notamment dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires. La demande doit être accompagnée d'une **version non confidentielle** des documents ainsi que d'un **résumé** des éléments dont elle demande la protection.

Le contrôle de cette demande, effectué par le Rapporteur général, est relativement léger puisqu'il se limite à la vérification des conditions fixées par les textes et au caractère manifestement fondé de la demande.

Comme en droit communautaire, la protection des secrets d'affaires n'est cependant pas absolue. Dans le cadre de cette procédure contentieuse, le principe de protection des secrets d'affaires peut céder face à la nécessité de garantir les droits de la défense.

La levée de la confidentialité de secrets d'affaires que l'Autorité avait initialement acceptée de protéger peut alors intervenir au cours de l'instruction du dossier. Elle peut intervenir à la suite d'une demande expresse, soit par le rapporteur en charge de l'instruction, soit par une partie « mise en cause ».

On précisera à cet égard, que contrairement à ce qui est prévu dans le cadre de la procédure devant la Commission européenne, **la partie plaignante, dite « saisissante », bénéficie d'un droit d'accès au dossier. Elle peut ainsi consulter les informations relevant des secrets d'affaires qui seraient divulguées à la demande du Rapporteur ou d'une entreprise mise en cause. Elle ne peut pas en revanche solliciter une telle divulgation (Cons. conc. 08-D-31, 10 décembre 2008, « Sté Concurrence »)**.

L'entreprise dont il est demandé la révélation des secrets d'affaires peut exprimer son opposition par écrit. La levée ne peut être décidée par le Rapporteur général que s'il est démontré que la prise de connaissance de l'information en cause est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties en cause, ou répond aux besoins du débat devant l'Autorité.

Le Rapporteur général peut aller outre l'opposition de l'entreprise en cause, et adopter une décision autorisant la divulgation des secrets d'affaires.

Cependant, alors que dans le cadre de la procédure communautaire, une contestation de l'entreprise peut être portée devant le conseiller-auditeur, et être réglée par ce dernier avant toute divulgation, par essence irréversible, des secrets d'affaires, dans le cadre de la procédure française, l'entreprise mécontente ne peut introduire un recours contre la décision de l'Autorité de divulguer les secrets d'affaires, qu'après que les informations confidentielles aient été dévoilées.

En effet, l'article R.464-29 du Code de commerce dispose que les décisions du Rapporteur général se prononçant sur les demandes de protection des secrets d'affaires ou de levée de la confidentialité de ceux-ci *« ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision de l'Autorité sur le fond »*.

Ainsi, ce n'est que devant la Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre la décision rendue par l'Autorité de la concurrence sur le fond de l'affaire, que l'entreprise, estimant que la confidentialité de ses secrets d'affaires a été violée à cette occasion, pourra tenter d'obtenir une réparation. Entretemps les autres parties en cause dans la procédure, dont la partie saisissante qui peut être un concurrent direct, auront pu prendre connaissance des informations en cause.

Les entreprises sont donc privées d'une voie de recours effective pour protéger leurs secrets d'affaires.

Par ailleurs, la communication des secrets d'affaires peut être particulièrement préjudiciable à l'entreprise concernée, lorsque l'on sait que la partie saisissante, qui très souvent est un concurrent direct, peut en bénéficier suite à la décision du Rapporteur général. Cela ouvre le risque qu'un concurrent instrumentalise la procédure devant l'Autorité de la concurrence dans le but d'accéder aux secrets d'affaires de ses concurrents.

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS

Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

Dans tous les cas, en guise de réparation, l'entreprise victime d'une violation de ses secrets d'affaires, peut espérer le versement d'une indemnité pécuniaire. Elle dispose de la possibilité d'obtenir la nullité de la procédure, mais cela suppose que soit démontré que la violation des secrets d'affaires a *« porté atteinte aux droits de la défense [de l'entreprise] en l'empêchant de répondre de manière efficace aux griefs qui lui avaient été notifiés »* (Cour d'appel de Paris, 23 septembre 2010 « Orange Caraïbes » ; ADLC, 10-D-32, du 16 novembre 2010, secteur de la TV payante).

2. En matière de contrôle des concentrations

Le régime précédemment décrit pour protéger les secrets d'affaires ne s'applique pas en matière de contrôle des concentrations. En effet, l'article R.463-15-1 du Code de commerce prévoit un dispositif simplifié dans ce cas, puisque les personnes qui apportent à l'Autorité de la concurrence des informations doivent simplement préciser celles qui relèvent des secrets d'affaires.

Ces informations sont alors réservées à l'Autorité de la concurrence et au Commissaire du gouvernement et des versions non confidentielles sont réalisées si nécessaires.

Ce dispositif est ouvert aussi bien aux parties à l'opération de concentration qu'aux tiers ayant répondu à des questionnaires de l'Autorité ou lui ayant adressé des observations spontanées (article L.430-10 c.com).

Par ailleurs, lorsqu'elle(s) reçoi(ven)t la décision de l'Autorité, la (ou les) entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours pour indiquer au service des concentrations les mentions qui relèvent des secrets d'affaires et qui doivent être occultées à ce titre dans la décision qui sera publiée (article R. 430-7 c.com). Les entreprises doivent motiver leur demande et proposer une version de la décision pouvant être publiée.

La procédure de contrôle des opérations de concentration n'étant pas de nature contentieuse, aucun texte ne prévoit l'hypothèse où une partie ou un rapporteur de l'Autorité demanderait la levée de la confidentialité d'un secret d'affaires protégé à la demande de l'entreprise notifiante ou d'un tiers ayant répondu à un questionnaire de l'Autorité. La confidentialité accordée par l'Autorité de la concurrence d'une information relevant des secrets d'affaires devrait donc être toujours assurée.

3. Dans le cadre de la procédure d'avis

L'Autorité de la concurrence dispose de la faculté de rendre des avis sur toute question de concurrence et d'émettre des recommandations générales sur un marché ou un secteur particulier.

Dans ce cadre, elle peut être amenée à interroger des acteurs économiques sur leurs activités, et à solliciter auprès de ces derniers la communication de documents, dont certains relevant des secrets d'affaires. Rien n'exclut alors que l'Autorité puisse être tentée d'exploiter de telles données et les fasse figurer dans les éventuels questionnaires adressés aux tiers par exemple, ou en fasse mention lors de la séance organisée devant le Collège de l'Autorité, ou encore, les mentionne dans l'avis définitif publié.

Or, on peut regretter qu'aucun texte ne prévoie expressément une protection des secrets d'affaires communiqués à l'Autorité dans le cadre spécifique de cette procédure d'avis.

Dans ces conditions, il convient de faire application du dispositif prévu par les articles précités L.463-4, R.463-13 à R.463-15 du Code de commerce.

II. La protection des secrets d'affaires devant les juridictions en cas de recours contre les décisions des autorités de concurrence

En **droit français de la concurrence**, les décisions de l'Autorité de la concurrence rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles ou de contrôle des concentrations peuvent faire l'objet d'un recours, respectivement devant la Cour d'appel de Paris et le Conseil d'Etat.

Or, aucune disposition n'est prévue pour s'assurer, à l'occasion de cette nouvelle étape de la procédure, que les secrets d'affaires des entreprises qui ont bénéficié d'une protection devant l'Autorité de la concurrence le seront à nouveau.

Comment donner leur pleine efficacité aux protections des secrets d'affaires accordées devant les autorités de concurrence, si celles-ci peuvent être remises en cause devant la Cour d'appel de Paris ou le Conseil d'Etat ? De manière opportune, nonobstant l'absen-

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS
Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

ce de texte spécifique, la jurisprudence rendue par ces Cours suprêmes semblent indiquer que ces juridictions garantissent la pleine protection des secrets d'affaires.

S'agissant des **recours introduits à l'encontre des décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles**, certains auteurs s'appuient sur un arrêt rendu par la Cour de cassation à la suite d'une procédure menée devant le Conseil des marchés financiers (désormais Autorité des marchés financiers) pour considérer que la Cour d'appel de Paris pourrait refuser la communication des documents ayant bénéficié d'une protection au titre des secrets d'affaires devant l'Autorité de la concurrence à une partie qui n'en aurait pas besoin pour sa défense (Cass. Com. 7 janvier 2004, n°23, Adma/Sté Financière Pinault).

S'agissant du **recours porté devant le Conseil d'Etat à l'encontre des décisions d'autorisation de concentration** de l'Autorité de la concurrence, la jurisprudence du Conseil laisse supposer que ce dernier est attentif au respect des secrets d'affaires (voir notamment arrêts du 9 mai 2001, n° 231320 et du 10 décembre 1999, n°192453).

Devant les **juridictions européennes**, la protection des secrets d'affaires est définie par les textes. Rien n'indique que les secrets d'affaires protégés au stade de la procédure devant la Commission européenne, le sont encore dans les mêmes conditions devant les juridictions de contrôle. Cependant, comme en droit français, le TPIUE et la CJUE sont attentifs à l'exigence de respect des secrets d'affaires.

Le règlement de procédure du TPIUE envisage la protection des secrets d'affaires à l'occasion de la consultation des pièces par les parties aux affaires jointes, au stade des mesures d'instruction ainsi qu'en cas de demande d'intervention d'un tiers à un litige. En revanche, le règlement de procédure de la CJUE n'aborde cette question que dans le cadre de l'intervention d'un tiers au litige.

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS

Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

Brèves...
Pratiques anticoncurrentielles

Autorité de la concurrence, décision n°10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante

Dans une décision en date du 16 novembre 2010, l'Autorité de la concurrence a précisé sa compétence pour connaître de clauses d'exclusivité et de non concurrence contenues dans des accords ayant préalablement fait l'objet d'un examen au titre du contrôle des concentrations. Il s'agissait en l'espèce d'accords conclus dans le cadre de l'opération de concentration CanalSat/TPS autorisée par le Ministre de l'économie le 30 août 2006.

L'analyse menée par l'Autorité la conduit à opérer une distinction entre les clauses qui ont été notifiées au Ministre et celles qui ne l'ont pas été.

S'agissant des clauses notifiées, l'Autorité de la concurrence a estimé que le Ministre n'avait pas fait application de la notion des restrictions accessoires dans la décision du 30 août 2006, ce qui aurait pu les soustraire à un contrôle au titre des pratiques anticoncurrentielles effectué *a posteriori* par l'Autorité.

Cette circonstance n'excluait pas que les parties puissent faire valoir devant l'Autorité que les clauses litigieuses étaient effectivement directement liées et nécessaires à l'opération de concentration.

Cette démonstration n'a cependant pas été nécessaire en l'espèce puisque c'est sur le fondement des droits acquis à mettre en œuvre les accords notifiés créés au profit des bénéficiaires de la décision du 30 août 2006 que l'Autorité de la concurrence a conclu qu'elle n'était pas compétente pour examiner les accords notifiés au Ministre.

En revanche, l'Autorité de la concurrence s'est estimée pleinement compétente pour examiner les clauses qui n'avaient pas été notifiées au Ministre et dont elle a estimé que les parties n'avaient pas démontré qu'elles étaient directement liées et nécessaires à l'opération de concentration. Tel est le cas des clauses d'exclusivité conclues par Groupe Canal Plus avec les éditeurs indépendants ainsi que celles conclues avec ses actionnaires minoritaires lors de la concentration qui

portent sur le réseau de fibre optique, et sur la distribution de services de télévision de rattrapage. C'est le cas également des clauses de premier regard.

Pour autant, si l'Autorité s'est estimée compétente pour les examiner, elle ne s'est pas prononcée sur ces clauses, préférant opérer un renvoi à l'instruction.

CJUE, aff. C-550/07, 14 septembre 2010, AKZO : pas de « legal privilege » pour les avocats internes

Dans l'arrêt *AKZO* du 14 septembre 2010, la Cour de justice a confirmé que dans le domaine du droit de la concurrence, les échanges au sein d'une entreprise avec un avocat interne ne bénéficient pas de la confidentialité des communications entre clients et avocats. Elle a ainsi réitéré son refus énoncé dans l'arrêt *AM & S* de 1982. Elle y subordonnait la protection de la confidentialité des communications à deux conditions cumulatives : l'échange avec l'avocat doit être lié à l'exercice du *« droit de la défense du client »* et l'échange doit émaner *« d'avocats indépendants »*, c'est-à-dire *« d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi »*.

Selon la Cour, l'avocat interne, en dépit du fait qu'il soit inscrit au barreau et soumis aux règles professionnelles, ne jouit pas d'une indépendance professionnelle comparable à celle d'un avocat externe, tant du fait de sa dépendance économique que des liens étroits avec son employeur. Il est ainsi affirmé que *« par sa nature même »*, la situation de l'avocat salarié ne lui permet pas de s'écarter des stratégies commerciales poursuivies par son employeur et met ainsi en cause son indépendance. Par ailleurs, cette interprétation ne viole pas le principe d'égalité de traitement dans la mesure où les avocats internes et les avocats externes à l'entreprise se trouvent dans une position fondamentalement différente.

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de distinction entre l'avocat d'entreprise et l'avocat externe, la confidentialité des échanges entre un avocat et son client relevant d'une règle procédurale appelée « *legal privilege* ». Cette règle de preuve permet à l'entreprise de demander que ces communications ne soient pas dévoilées lors d'une procédure judiciaire. Rappelant que seule une minorité d'Etat membres de l'Union Européenne avaient opté pour une protection plus étendue de la confidentialité, la Cour a estimé que la situation juridique au sein des Etats membres n'avait pas évolué dans une mesure justifiant un développement de la jurisprudence.

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS

Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

Ordonnances du 1er Président CA Paris, 2 novembre 2010 : interrogation du juge sur la méthode de saisie globale des messageries

Lorsqu'ils procèdent à des opérations de visites et saisies dans les locaux d'entreprises, les agents de concurrence procèdent très souvent, entre autre, à des saisies globales des messageries informatiques. Or, en procédant de la sorte, les agents saisissent des informations qui n'ont aucun lien avec l'enquête, qui relèvent de la vie privée, ou qui bénéficie de la protection au titre du secret des correspondances entre avocats et clients.

Le Juge des libertés et de la détention autrefois, le Premier Président de la Cour d'appel aujourd'hui, et la Cour de cassation, valident néanmoins très souvent ces méthodes de saisies globales, en affirmant qu'une sélection *a priori* des messages est impossible et risque de compromettre la conformité et la fiabilité des documents saisis. Ces juridictions considèrent ainsi que *« la messagerie électronique est dite « insécable » par sa nature »*. Cette solution a été retenue encore récemment par la Cour d'appel de Paris dans une ordonnance du 14 septembre 2010.

Par des ordonnances rendues le 2 novembre 2010 (n°365, 366, 369), la Cour d'appel de Paris a cependant montré des signes d'évolution dans l'appréciation de ce type de saisies. Constatant en l'espèce, que les inventaires des messageries étaient très sommaires sur les méthodes suivies et sur l'inventaire des messages, ce qui ne permettait pas l'identification des messages sans erreur, et leur analyse afin de déterminer quels messages entraient dans le champ de l'autorisation de perquisition, le magistrat a considéré que le procès-verbal pouvait être annulé sauf à ce qu'il soit démontré que les méthodes de saisies globales des enquêteurs étaient les seules à garantir la sécurité et l'efficacité.

Le magistrat a donc ordonné, après avoir sursis à statuer, une expertise visant à lui fournir tous les éléments lui permettant d'évaluer, techniquement, la possibilité d'une saisie sélective de messages dans la messagerie électronique, sans compromettre l'authenticité de ceux-ci. Il a été sensible à l'argumentaire technique produit par l'une des parties et par la mention, dans les débats, d'autres méthodes de saisies utilisées par des autorités de concurrence étrangères.

Cour d'appel de Paris, 23 septembre 2010, « Orange Caraïbe ». Appréciation stricte des conditions requises pour l'application du droit de l'Union européenne

Par un arrêt du 23 septembre 2010, la Cour d'appel de Paris a annulé la décision de l'Autorité de la concurrence du 9 décembre 2009 condamnant Orange Caraïbe et France Télécom à hauteur de 63 millions d'euros pour des pratiques mises en œuvre dans la zone Antilles-Guyane, au motif que la condamnation ne pouvait être fondée sur une violation du droit de l'Union Européenne.

On rappellera à cet égard, que le droit communautaire s'applique dans le cas où il y a affectation du commerce intracommunautaire. Prenant le contre-pied de l'Autorité, la Cour d'appel de Paris énonce que les conditions définies dans les lignes directrices de la Commission sur la notion d'affectation du commerce intracommunautaire doivent s'apprécier strictement dans la mesure où leur accomplissement peut conduire à *« un renforcement possible de la répression »*. Cette appréciation stricte conduit les juges parisiens à constater en l'espèce que les conditions fixées par ce texte ne sont pas remplies.

Pour autant, France Télécom ne bénéficie pas des conséquences pratiques de cette annulation. D'une part, la Cour d'appel de Paris n'a pas révisé le montant des sanctions infligées pour les pratiques constatées. La réduction d'un quart de la sanction infligée à France Télécom tient au seul constat que le grief de ciseau tarifaire n'a pas être retenu. Par ailleurs, si France Télécom invoquait l'inapplicabilité du droit européen, c'est qu'elle espérait en voir rejaillir les conséquences sur l'imputabilité des pratiques en considérant que seule la jurisprudence française était applicable et non la jurisprudence communautaire qui lui était moins favorable (arrêt CJCE du 10 septembre 2009, «Akzo »). Or, s'écartant de la pratique décisionnelle qui prévoit que la filiale doit être en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière ou technique, la Cour d'appel a confirmé l'imputabilité des pratiques à France Télécom en relevant notamment que cette dernière détenait, à l'époque des faits, la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe ou encore qu'elle agissait parfois en tant que commissionnaire de sa filiale pour la conclusion de contrats de distribution.

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS

Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles de Messieurs Folz, Raysseguier et Schaub, 20 septembre 2010

Le débat sur les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence a connu une nouvelle étape le 20 septembre dernier avec la remise à Madame la Ministre de l'économie d'un Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ce dernier intervient à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 janvier 2010 dans l'affaire du cartel de l'acier qui a montré des divergences importantes entre la Cour d'appel de Paris et l'Autorité de la concurrence sur la question de la détermination de la sanction pécuniaire.

Après avoir rappelé la théorie économique relative aux sanctions de même que le droit positif en la matière et les principales critiques qu'il suscite, le Rapport énonce des recommandations visant à améliorer la prévisibilité, la proportionnalité et la transparence des sanctions.

Le rapport propose d'abord d'améliorer la procédure de fixation de la sanction en organisant un débat contradictoire sur cette sanction au stade du rapport rédigé par les services d'instruction. Il envisage également de renforcer le rôle du conseiller-auditeur voire même d'instituer une Commission des sanctions séparée du Collège de l'Autorité de la concurrence.

S'agissant du mode de calcul de la sanction, le Rapport propose de prévoir un montant

de base correspondant à un pourcentage de la valeur des ventes des produits ou services affectés par la pratique anticoncurrentielle (entre 5% et 15%) et de le pondérer ensuite par des circonstances atténuantes ou aggravantes (durée, marge du secteur en cause, mise en place de programmes de conformité par les entreprises, dommage à l'économie s'il peut être quantifié, indemnisation des victimes, etc.).

Par ailleurs, le Rapport suggère d'introduire un sursis mise à l'épreuve en cas de première infraction et de développer les sanctions individuelles (sanction pénale, interdiction de gérer, etc.).

Le Rapport considère que l'intégration de ses recommandations peut être réalisée par la publication de lignes directrices sur les sanctions par l'Autorité de la concurrence.

Leur prochaine adoption devrait donc à nouveau relancer le débat sur les sanctions.

Brèves... Concentrations

DOM-COM : Abaissement du seuil de contrôlabilité des opérations dans le secteur du commerce de détail

L'article 41 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services a récemment élargi le champ du contrôle des opérations de concentration exercé par l'Autorité de la concurrence dans les départements et collectivités d'outre mer (DOM-COM) en abaissant le seuil de contrôlabilité des rapprochements réalisés dans le commerce de détail.

Ainsi, aux termes de l'article L. 430-2, III du Code de commerce, relèvent désormais du contrôle des concentrations les opérations dans le cadre desquelles le chiffre d'affaires total hors taxe réalisé individuellement par deux parties au moins à la concentration dans au moins un des départements ou collectivités territoriales concernés est supérieur à 7,5 millions d'euros dans le secteur du commerce de détail. Le précédent seuil était fixé à 15 millions d'euros. Cette spécificité du secteur du commerce de détail, déjà consacrée par la LME en France métropolitaine, est donc également admise dans les DOM-COM.

WILHELM & ASSOCIÉS
Avocats à la Cour
70, Bd de Courcelles
75017 PARIS

Tél : 33 (0) 1 53 93 92 30
Fax : 33 (0) 1 53 93 92 31
www.wilhelmassocies.com

Directeur de la publication :
Pascal Wilhelm

Directeur de la rédaction :
Pascal Wilhelm

Tous droits réservés.
Toute reproduction même partielle est interdite sauf accord spécial.
Dépôt légal - à parution.
ISSN : 1771-7906

La Lettre du Droit Economique est publiée par le cabinet WILHELM & ASSOCIÉS aux fins d'information des clients et autres partenaires. Les informations contenues dans cette publication ne peuvent pas être interprétées comme des conseils juridiques. Pour toute analyse ou explication approfondie de l'un des sujets traités, vous pouvez contacter l'un des avocats dont le nom est mentionné en première page ci-dessus ou l'avocat que vous consultez généralement.

Les autres Lettres du Droit Economique du cabinet WILHELM & ASSOCIÉS peuvent être consultées sur notre site Internet à l'adresse suivante : www.wilhelmassocies.com.