

Competition News

December 2010



A significant first in electronic data seizures: the Paris Court of Appeal orders an appraisal of the technical methods used to select documents within the scope of the investigation

In three orders of November 2, 2010 rendered in the same case, the magistrate delegated by the First President of the Paris Court of Appeal decided to defer his ruling on the validity of the electronic data seizures carried out by Competition Authority investigators until he received the results of the appraisal he had requested.

So far the Court of Appeal had always unquestioningly accepted the Competition Authority's explanations when it justified the **seizure of complete** computer hard disks and e-mail letterboxes by the need to guarantee the authenticity and integrity of the documents. This was once again the situation recently in the Janssen-Cilag case of February 19, 2010 which we had commented upon.

In this case, the magistrate expressed doubts for the first time about the method used for the on-site collection of information relating to the investigation.

First he found that the reasons given in the seizure reports for the refusal to place certain documents under seal were rudimentary if not non-existent. He also noted that an electronic mail system was being operated at the time of the investigators' inspection "*without any technical explanations*" being given in this respect.

The inventory of seized messages was synthetic and difficult to read so that the seized evidence could not be identified precisely, thereby not only preventing the judge from determining whether or not these fell within the scope of the authorized search, but also not ruling out the risk that an error might have been made by the investigators which could prove to be prejudicial to the undertakings concerned.

Finally, in the three cases submitted to his appreciation, the magistrate mentioned "*specialist literature*" which had drawn his attention to the seizure and inventory-taking methods developed by other competition authorities, such as the European Commission itself or the Netherlands or American national authorities, which seemingly allowed only evidence relevant for the investigation to be seized, rather than indiscriminately seizing everything.

On that basis, the Paris Court of Appeal decided to accept the applicants' request for the appointment of an expert to discover whether a selective seizure of messages and documents was possible without harming the integrity of the content.

The appraisal report will be filed in the next six months. It is to be hoped that it will open the way for a radical change in the usual practice in these matters. It is essential that in the end undertakings have some guarantee against seizures not falling strictly within the scope of the investigation or which infringe the confidentiality of their communications with their lawyers.

"...the magistrate expressed doubts for the first time about the method used for the collection of information during the investigation."

The Competition Authority's opinion of supermarket distributors' practices: the walls are closing in

First there were the many laws enacted to regulate supermarket distributors' commercial practices, then the DGCCRF's numerous litigation or pre-litigation procedures against the major supermarket distributors to sanction the practices it considered abusive, and now it is the turn of the Competition Authority to take up the fight against the restrictions on competition in this sector, through its publication on December 7 of two opinions: **an opinion on affiliation agreements and the conditions for acquiring commercial real estate** in the food distribution sector and **an opinion on so-called "category management" agreements** concluded between supermarket distributors and some of their suppliers.

In the first opinion, the Authority expresses concern at the insufficient competition in certain catchment areas: not only is it very difficult for a new operator to become established (significant regulatory restrictions but also lengthy non-competition clauses imposed by the distribution groups in land sale and purchase deeds), but competition is also weakened by the fact that independent stores affiliated to one supermarket distributor can only with great difficulty change to another because of the many contractual clauses restricting their mobility (very long period of engagement, non-competition and non-reaffiliation clauses, admission fee and a payment when withdrawing, etc.). The Authority therefore recommends that the profession take various measures to **remove the contractual clauses holding back the development of competition** and concludes that if its recommendations are not acted upon, new legislation might then be necessary. Pouring scorn on the opinion's terms and findings, the *Association des Centres E Leclerc* introduced a recourse before the *Conseil d'Etat* to have it annulled on the grounds of abuse of power: Leclerc is claiming that the Authority "hijacked" the opinion procedure to issue instructions which can only be prejudicial.

In the second opinion, the Authority highlights the potential risks for competition of the category management agreements (a marketing practice where a selected supplier organizes the merchandising plan of a product category): risk of shelf-space foreclosure of competitors (the selected supplier, often one of the leaders on its market, can naturally try to privilege its own products) and risk of unlawful agreements among distributors (if the same supplier is chosen, it can be the centre pin of an unlawful agreement by facilitating exchanges of information among distributors). The Authority calls for greater transparency in this kind of practice by encouraging the selection of this supplier, the "category captain", via a call for bidders and contractualizing the respective obligations of the supplier and the distributor in this area. As the Authority points out, the CEPC (Commercial Practices Review Commission) is certainly destined to play its part by issuing a best practices code over time as these category management agreements become increasingly used in France.

The fledgling Namibian Competition Commission prohibits a cement concentration

For the first time since its creation in December of last year, the Namibian Competition Commission (NCC) has refused to authorize a proposed concentration involving two undertakings specializing in cement in Namibia, namely Afrisam and Ohorongo, the latter undertaking being wholly owned by the German group Schwenk Zement KG. Lucius Mururua, the Commission's Chairman, considered that the risk was too high of creating a monopoly or at the very least a dominant position in the Namibian cement sector. Henceforth, the fledgling Namibian Competition Authority's existence and the effectiveness of its power of paralysis must be taken seriously.

"The Authority recommends that the profession take various measures to remove the contractual clauses holding back the development of competition."

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

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

www.salans.com/Competition



www.salans.com

Actualités Concurrence

Décembre 2010



Grande première en matière de saisie informatique : la Cour d'appel de Paris ordonne une expertise sur les modalités techniques de sélection des documents en rapport avec l'enquête

A l'occasion de trois ordonnances rendues le 2 novembre 2010 dans la même affaire, le magistrat délégué par le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a décidé de surseoir à statuer sur la question de la validité des saisies informatiques opérées par les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence dans l'attente des résultats de l'expertise qu'il a sollicitée.

Jusqu'à présent, la Cour d'appel avait toujours accueilli, sans la remettre en cause, l'explication donnée par l'Autorité de la concurrence qui justifiait de procéder à la **saisie globale** des disques durs d'ordinateurs et des messageries électroniques par la nécessité de garantir l'authenticité et l'intégrité des documents. Ce fut encore récemment le cas dans l'affaire Janssen-Cilag du 19 février 2010 que nous avons commentée.

Dans la présente espèce, pour la première fois, le magistrat a exprimé des doutes sur les méthodes de collecte sur place des informations relatives à l'enquête.

S'agissant tout d'abord des procès-verbaux de saisie, il considère que les motivations qui ont conduit à refuser le placement de certains documents sous scellés, sont rudimentaires voire inexistantes. Il relève également qu'une messagerie informatique aurait été exploitée lors de la visite des enquêteurs sur place « *sans qu'il soit donné de précisions techniques* » à ce sujet.

Quant à l'inventaire des messages saisis, son caractère synthétique et peu lisible ne permet pas l'identification précise des éléments saisis et empêche non seulement le contrôle du juge pour savoir s'ils entrent ou non dans le champ de la perquisition autorisée mais n'écarte pas non plus un risque d'erreur de la part des enquêteurs qui peut s'avérer préjudiciable aux entreprises concernées.

Enfin, dans les trois espèces soumises à son appréciation, le magistrat fait valoir que « *la littérature spécialisée* » a attiré son attention sur les modalités de saisies et d'inventaire développées par d'autres autorités de la concurrence, que ce soit la Commission européenne elle-même ou les autorités nationales néerlandaise ou américaine et qui permettrait de ne saisir que les éléments pertinents en lien avec l'enquête plutôt que de procéder de manière indifférenciée.

C'est en s'appuyant sur ces éléments que la Cour d'appel de Paris a décidé de faire droit à la demande des requérantes en désignation d'expert aux fins de savoir s'il est ou non possible d'effectuer une saisie sélective des messages et documents sans en altérer le contenu.

Le rapport d'expertise sera remis dans six mois. Gageons qu'il permettra d'ouvrir la voie à un changement radical des habitudes en la matière. Il est impératif qu'enfin les entreprises se voient garantir contre toute saisie qui ne relève pas strictement du champ de l'enquête ou qui porte atteinte à la confidentialité de leurs échanges avec leurs avocats.

« ...pour la première fois, le magistrat a exprimé des doutes sur les méthodes de collecte des informations pendant l'enquête ».

Avis de l'Autorité de la concurrence sur les pratiques de la grande distribution : l'étau se resserre

Alors que les lois se succèdent pour encadrer les pratiques commerciales de la grande distribution et que la DGCCRF mène de multiples actions contentieuses ou précontentieuses à l'encontre des grandes enseignes pour sanctionner des pratiques qu'elle considère abusives, c'est au tour maintenant de l'Autorité de la concurrence de s'attaquer aux restrictions de concurrence existant dans ce secteur en publiant le 7 décembre deux avis : **un avis sur les contrats d'affiliation et modalités d'acquisition de foncier commercial** dans le secteur de la distribution alimentaire et **un avis sur les contrats de management catégoriel** entre la grande distribution et certains de leur fournisseurs.

Dans le premier avis, l'Autorité fait le constat d'une concurrence insuffisante dans certaines zones de chalandise : non seulement il est très difficile à un nouvel opérateur de s'implanter (fortes contraintes réglementaires mais aussi présence dans les contrats de vente et d'achat de terrain de clauses de non-concurrence très longues imposées par les groupes de distribution) mais la concurrence est également affaiblie par le fait que les magasins indépendants affiliés à une enseigne peuvent très difficilement changer d'enseigne en raison de nombreuses clauses contractuelles freinant leur mobilité (durée d'engagement très longue, clause de non-concurrence et de non-réaffiliation, droit d'entrée avec paiement à la sortie...). L'Autorité recommande par conséquent à la profession de prendre diverses mesures pour **supprimer les clauses contractuelles freinant le développement de la concurrence** et conclut que si ses recommandations ne sont pas suivies d'effet, une intervention législative serait alors nécessaire. Fustigeant le contenu et les conclusions de cet avis, l'Association des Centres E Leclerc a engagé un recours auprès du Conseil d'Etat pour obtenir son annulation au motif qu'il serait entaché d'excès de pouvoir : l'Autorité aurait, selon Leclerc, détourné la procédure d'avis pour prononcer des injonctions portant préjudice.

Quant au deuxième avis, l'Autorité souligne les risques que les contrats de management catégoriel (pratique marketing qui consiste à ce qu'un fournisseur soit choisi pour organiser le plan merchandising d'une catégorie de produits) peuvent poser en terme de concurrence : risque d'éviction des concurrents du linéaire (le fournisseur sélectionné, souvent choisi dans les leaders de son marché, peut naturellement chercher à favoriser ses produits) et risque d'ententes entre distributeurs (si le même fournisseur est choisi, il peut servir de pivot à une entente en facilitant la transmission d'informations entre distributeurs). L'Autorité appelle à plus de transparence sur ce type de pratiques en encourageant la sélection de ce fournisseur « capitaine de catégorie » par le biais d'un appel à candidatures et en appelant à la formalisation des services rendus respectivement par le fournisseur et le distributeur dans un contrat. Comme le souligne l'Autorité, la CEPC (Commission d'Examen des Pratiques Commerciales) est certainement appelée à jouer un rôle dans l'édiction de bonnes pratiques au fur et à mesure que ces accords de management catégoriel se développeront en France.

La toute jeune autorité de concurrence namibienne interdit une concentration dans le ciment

Pour la première fois, depuis son lancement en décembre dernier, l'Autorité de concurrence namibienne (NCC) s'est opposée à un projet de concentration concernant deux entreprises spécialisées dans le ciment en Namibie, Afrisam et Ohorongo, entreprise détenue à 100 % par le groupe allemand Schwenk Zement KG. Lucius Murorua, Président de l'Autorité, a estimé qu'il existait un risque trop important de création d'un monopole ou, à tout le moins, de domination dans le secteur du ciment en Namibie. Il convient donc de prendre au sérieux l'existence et l'effectivité du pouvoir de paralysie de la toute jeune Autorité de concurrence namibienne.

« L'Autorité recommande à la profession de prendre diverses mesures pour supprimer les clauses contractuelles freinant le développement de la concurrence ».

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

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

www.salans.com/Competition



www.salans.com