

# La Lettre du Cabinet

Mai 2009

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE

**Admissibilité à titre de preuve devant l'Autorité de la concurrence d'enregistrements sonores réalisés à l'insu des interlocuteurs dont les propos sont retenus : la Cour d'appel de Paris persiste et signe.**

*Par Nathalia Kouchnir-Cargill*

La Cour d'appel de Paris, en formation solennelle présidée par son Premier Président, a décidé, dans un arrêt du 29 avril 2009, de résister à la Cour de cassation en considérant comme recevables devant le Conseil de la concurrence, aujourd'hui Autorité de la concurrence, les moyens de preuve qui ont pu être obtenus de façon déloyale dès lors que ceux-ci sont soumis à la contradiction.

Il s'agissait en l'occurrence d'enregistrements sur cassettes audio de conversations téléphoniques qu'un distributeur de produits d'électronique grand public avait eues avec les différents représentants de ses fournisseurs et grossistes, conversations dont le distributeur avait assuré une retranscription écrite approximative pour ensuite remettre l'ensemble de ces éléments au Conseil de la concurrence aux fins d'étayer la plainte qu'il avait déposée à l'encontre des principaux fournisseurs de ce secteur, à savoir notamment les sociétés Philips France, Sony France et Panasonic.

En partie sur la base de ces éléments de preuve, le Conseil de la concurrence avait sanctionné les sociétés précitées pour avoir mis en place en 1997 et 1998 des ententes verticales sur les prix avec leurs distributeurs (décision n° 05-D-66 du 5 décembre 2005).

Un débat s'était instauré devant le Conseil, puis devant la Cour d'appel de Paris, sur la légitimité et la recevabilité de tels moyens de preuve constitués d'enregistrements téléphoniques effectués à l'insu des correspondants concernés.

Par un arrêt en date du 3 juin 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait, pensait-on, clos le débat en jugeant de manière catégorique, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus cons-

*titue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve. »*

Or, la Cour d'appel de Paris ne l'entend pas de cette oreille (sans mauvais jeu de mots) et valide à nouveau, comme elle l'avait fait dans sa précédente décision du 19 juin 2007, le raisonnement tenu par le Conseil de la concurrence aboutissant à admettre la recevabilité des enregistrements précités à titre de preuve.

Nous rappellerons que ce débat tient au fait qu'il n'existe aucun texte dans le Code de commerce traitant de la question de la preuve devant l'Autorité de la concurrence.

Aussi deux conceptions différentes s'affrontent-elles, l'une tendant à considérer qu'il convient de s'inspirer des règles qui gouvernent la preuve devant le juge répressif, notamment en raison de la mission spécifique de l'Autorité de la concurrence s'érigeant en défenseur de l'ordre public économique, l'autre considérant qu'il faut au contraire s'inspirer des règles de la procédure civile, lesquelles écartent les preuves déloyalement obtenues.

Il est vrai que dans sa décision précitée, la Cour de cassation n'avait pas tranché ce débat, ce que l'on avait pu regretter, alors que cette affaire était précisément l'occasion de préciser clairement quelles sont les règles devant guider la preuve devant l'Autorité de la concurrence.

La Cour de cassation avait statué au seul visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur lequel elle est ouvertement contredite par la Cour d'appel de Paris qui reprend à cet égard la démonstration qui avait été celle du Conseil de la concurrence.

La Cour d'appel de Paris expose ainsi que l'article 6 § 1 précité implique que chaque partie dispose de la faculté, non seulement de faire connaître les éléments nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toutes pièces ou observations présentées au juge en vue d'influer sa décision ; cela n'emporterait en revanche aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves qui demeurerait régie par le droit national.

Ainsi, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'imposerait que le principe de la contradiction, dans le cadre plus général d'un droit à un procès équitable.

Mais précisément, le droit à un procès équitable ne permet-il pas de sanctionner tout procédé qui retire au procès ce caractère d'équité : est-ce que dissimuler un dictaphone pendant une conversation de visu ou par téléphone donne à la preuve ainsi obtenue et donc au procès qui s'ensuit un caractère équitable ?

Pour notre part, nous en doutons fortement et ne souscrivons pas à cet égard à la position de la Cour d'appel de Paris qui considère que les enregistrements en cause, et ce sont les termes mêmes de la Cour, s'ils ont été « *insidieusement captés* », ne devraient pas pour autant être exclus du débat et ainsi privés de toute valeur probante « *par la seule application d'un principe énoncé abstraitement* ».

Le droit à un procès équitable et à la loyauté des preuves n'est pas un principe abstrait mais un principe nécessaire au respect des droits de la défense devant une autorité qui n'est pas, et qui ne s'assimile pas, au juge pénal.

Pour le reste, la Cour d'appel de Paris reprend l'essentiel de ce qui était la motivation de la décision du Conseil de la concurrence, motivation qui était au demeurant extrêmement bien construite et motivée.

Ainsi, le Conseil, au-delà de l'acceptation des enregistrements en cause à titre de preuve, avait pris le soin de poser quelques limites telles que l'obligation de respecter le principe de loyauté dans la recherche des preuves pour les enquêteurs et le rapporteur en charge de l'instruction, le fait de ne reconnaître dans les enregistrements sonores que des indices ou des commencements de preuve pouvant être contredits et enfin la nécessaire soumission de ces éléments de preuve au débat contradictoire.

Et de fait, dans sa décision, le Conseil avait rejeté les enregistrements sonores de divers représentants dont ceux de la société Sony.

Permettons-nous simplement de nous étonner de la méthode qui consiste à citer de longs passages de ces enregistrements sonores dans la décision, ce qui « colore » nécessairement le dossier, pour ensuite considérer qu'ils n'ont pas de valeur probante et qu'ils ne peuvent être utilisés dans la procédure...

La Cour d'appel de Paris a, de son côté, relevé que les enregistrements qui avaient été retenus à la charge des sociétés Philips France et Sony France étaient les seuls enregistrements de conversations téléphoniques passées entre le plaignant et les représentants de deux sociétés grossistes des fournisseurs.

Ainsi, aucun des enregistrements émanant d'un représentant des fournisseurs eux-mêmes n'avait été expressément retenu à charge, ce qui permet à la Cour

d'appel de rejeter l'argument des requérantes se prévalant du principe garantissant à toute personne le droit de ne pas s'auto-incriminer.

La Cour d'appel répond en effet que les propos concernés n'émanant pas de représentants des fournisseurs, ce principe ne pouvait être invoqué.

Est-ce à dire que si les enregistrements pris en considération avaient concerné des représentants des fournisseurs condamnés, ils auraient pu valablement se prévaloir du principe précité ? Sur ce point, la porte reste manifestement ouverte à la discussion.

On remarquera également que la Cour d'appel de Paris insiste sur le fait que les propos enregistrés portaient uniquement sur des sujets professionnels, à l'exclusion de toute allusion touchant à l'intimité de la vie privée et que les personnes dont les propos avaient été enregistrés et qui avaient été retenus à charge, avaient au cours de l'enquête, si ce n'est confirmé leurs propos, du moins ne les avaient pas reniés, et n'avaient pas affirmé qu'ils avaient été obtenus sous la pression d'une contrainte quelconque et n'avaient pas insinué qu'elles en auraient tenus d'autres si elles avaient pu être enregistrées.

Ainsi, les enregistrements seuls ne seraient pas valables si les propos ainsi tenus lors des conversations enregistrées n'étaient pas confirmés ensuite dans le cadre de l'enquête. Et c'est ce qui justifie d'ailleurs que les enregistrements sonores des représentants des sociétés Sony, Pioneer, Yamaha et Toshiba aient été considérés comme dépourvus de valeur probante.

On ne peut que se féliciter de ce tempérament apporté à la recevabilité des preuves en cause.

Mais alors la situation se rapproche en tout état de cause de l'existence de témoignages obtenus dans le cadre d'auditions lors de la phase d'instruction.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris souhaite que les preuves, même déloyalement obtenues, ne soient pas, par principe, rejetées mais examinées au cas par cas pour en déterminer, en fonction des éléments du dossier, la valeur probante.

Il n'en reste pas moins que cette possibilité d'appréciation au cas par cas laisse la porte ouverte à des dérives potentielles et qu'il est souhaitable qu'on en revienne à des principes clairs de loyauté et d'équité dans la collecte des preuves, tels qu'édictés par la Cour de cassation.

#### **Quelques informations :**

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation du plan d'affaires annuel 2009 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;
- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au**

**droit de la concurrence et de la distribution ;**

- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - **Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**
  - **Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** installée le 13 janvier 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification dans le cadre de la LME du 4 août 2008 et de l'ordonnance du 13 novembre 2008, etc.] ;**
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du règlement 1/2003 :** incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 81 et 82 du Traité CE et indirectement des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination ;
- ☞ **A la définition des pratiques anti-concurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 81 et 82 TCE **[ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence après les décisions Jouet du 20 décembre 2007, Sanitaire - Chauffage et parfums des 9 et 13 mars 2006 du Conseil de la concurrence, etc.] ;**
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires**

[droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008** ;

- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].

\* \* \*

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services**

**de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;**

- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2009, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;**
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

\* \* \*

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur  
notre site [www.mgavocats.fr](http://www.mgavocats.fr)**