



# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

## Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France (Mai - Décembre 2014)

Pratiques | Concurrences N° 2-2015 | pp. 225-231

---

**Nathalie Jalabert-Doury**

[njalabertdoury@mayerbrown.com](mailto:njalabertdoury@mayerbrown.com)

Avocat à la Cour, Mayer Brown, Paris

---

Nathalie  
Jalabert-Doury

[njalabertdoury@mayerbrown.com](mailto:njalabertdoury@mayerbrown.com)

Avocat à la Cour, Mayer Brown, Paris

---

**ABSTRACT**

Au cours de la période couverte par cet article, plusieurs arrêts européens peuvent être signalés, dont les arrêts Orange, Nexans et EPH. La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée sur l'affaire Delta Pekarny concernant l'exigence de voies de recours suffisantes. Sur le plan français, la nouvelle la plus importante réside dans l'annonce de l'adaptation de la pratique des autorités pour procéder à des mises sous scellés provisoires en cas de risque sérieux d'atteinte à la confidentialité entre échanges avocat/client. L'article recense également les arrêts de la Cour de cassation de la période (Saint Gobain, Silim, Fleury Michon) de même que les principaux arrêts d'appel publiés (SRR).

*In the period covered by the present article, several European court cases may be mentioned, including the Orange, Nexans and EPH court decisions. The European Court for Human Rights also delivered a ruling in the Delta Pekarny case concerning the requirement of judicial review. In France, the most important recent development is the announcement that the practice of authorities has been adapted to place under provisional seals information gathered containing information covered by the legal professional privilege. The article also reports on a number of Supreme Court decisions (Saint Gobain, Silim, Fleury Michon) and published appeal rulings (SRR).*

---

**VOIR AUSSI** sur

**Concurrences +**

[www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

“Antitrust in  
wonderland:  
Trade defense through  
the competition  
looking-glass”

François-Charles Laprêvote

# Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France (Mai - Décembre 2014)

1. Il y aura indéniablement un avant et un après 2014 dans les visites et saisies de concurrence en France.

2. L'évolution que nous avons appelée de nos vœux pendant de nombreuses années<sup>1</sup> et que nous croyions enfin voir se dessiner dans notre précédente revue d'actualité<sup>2</sup> est désormais pleinement confirmée: l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF ont publiquement annoncé qu'elles accepteraient une mise sous scellés fermés provisoires lorsque les données saisies au cours d'une visite sont susceptibles de contenir des informations relevant du privilège avocat/client<sup>3</sup>.

3. Cela permettra de mettre un terme aux saisies de données couvertes par le privilège des correspondances avocat/client – fréquentes dans le cadre des saisies informatiques – hors tout contrôle et sous la seule “sanction” de devoir restituer les pièces aux entreprises après qu'elles aient passé de nombreux mois dans les armoires de l'Autorité.

4. L'annonce aura pu passer inaperçue tant elle a été discrète alors qu'elle a vocation à mettre un terme à plus de dix ans de batailles judiciaires par une simple évolution de la pratique des deux corps d'enquêteurs français, consistant à utiliser les mécanismes de notre droit processuel qui existent de longue date pour rejoindre la pratique d'un certain nombre d'autorités, dont la Commission européenne.

5. L'actualité de la période a également été riche à d'autres titres, au niveau européen (I.) comme au niveau français (II.).

---

1 Les saisies informatiques en France après l'évolution de la méthodologie de la Commission: Enfin un peu de lumière au bout du tunnel ? *Concurrences* n° 2-2013, p. 216.

2 Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France (Septembre 2013 - Avril 2014), *Concurrences* n° 3-2014, p. 237.

3 A. Marie, Les enquêtes réalisées par les agents de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles: point d'actualité après la réforme de l'ordonnance du 13 novembre 2008, *RJDA* Novembre 2014, p. 785.

# I. Les enquêtes effectuées sur le fondement du droit européen

## 1. La Cour européenne des droits de l'homme revient sur l'exigence d'un recours juridictionnel effectif (affaire *Delta Pekarny*)

6. Le 2 octobre 2014, la Cour européenne des droits de l'homme a statué sur le recours d'une entreprise tchèque, *Delta Pekarny*, qui contestait une inspection diligentée par l'autorité de la concurrence tchèque<sup>4</sup>.

7. Le régime d'inspection applicable reposait sur une décision interne non motivée de l'autorité tchèque, sans contrôle judiciaire préalable, qui avait force obligatoire pour l'entreprise, mais ne donnait à l'autorité aucun pouvoir de fouille ou de saisie. Les règles applicables ne permettaient par ailleurs pas à l'autorité de passer outre une éventuelle obstruction de l'entreprise, l'autorité ne pouvant qu'infliger une amende, ce qu'elle avait fait en l'espèce.

8. Après avoir exercé un certain nombre de recours au niveau national contre la décision qui lui avait infligé une amende pour obstruction ainsi que contre la décision au fond de l'autorité de la concurrence (faute de recours ouvert contre l'inspection elle-même), l'entreprise contestait devant la Cour européenne l'absence de contrôle judiciaire *ex ante* et l'insuffisance du contrôle judiciaire *ex post* dans le cadre des recours prévus par le droit tchèque.

9. Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour<sup>5</sup> qu'une ingérence dans le droit au respect du domicile et de la correspondance des entreprises suppose (i) une mesure prévue par la loi, (ii) un but légitime et (iii) une mesure nécessaire dans une société démocratique, ce qui suppose à son tour des motifs suffisants pour justifier la mesure et le respect du principe de proportionnalité.

10. Le contrôle que réalise la Cour dans ce cadre est par ailleurs renforcé lorsque la mesure n'a pas été soumise à un contrôle judiciaire préalable, comme cela était le cas en l'espèce.

11. Au titre du principe de proportionnalité, la Cour contrôle en effet que la législation et la pratique prévoient des garanties adéquates contre les abus, ce qui inclut le fait que les inspections puissent faire l'objet d'un contrôle effectif *ex ante* et/ou *ex post*, en fait et en droit, de la régularité de la décision d'inspection ainsi que de son déroulement. Ces recours doivent par ailleurs permettre de fournir un redressement approprié en cas d'irrégularité.

12. L'arrêt *Delta Pekarny* s'inscrit dans la droite ligne de cette jurisprudence, mais l'applique à notre connaissance pour la première fois à une inspection obligatoire pour l'entreprise mais ne comportant aucun droit de fouille ou de saisie et ne permettant pas d'opérer le cas échéant l'inspection sous la contrainte.

13. Or, la Cour conclut que ce type d'inspection caractérise une ingérence dans le droit au respect du domicile et de la correspondance dans les mêmes termes qu'elle l'avait fait s'agissant de régimes beaucoup plus coercitifs. En outre, la Cour constate à une faible majorité, avec une opinion dissidente, que les voies de recours dont a disposé l'entreprise en l'espèce n'étaient pas suffisamment effectives pour prévenir le risque d'abus. La Cour se fonde notamment sur l'absence de recours direct en contestation du déroulement de l'inspection et sur le fait qu'aucun des recours indirects que l'entreprise a pu exercer n'a permis de contrôler l'exercice par l'autorité de son pouvoir d'apprécier l'opportunité, la durée et l'ampleur de l'inspection.

14. Cela conduit assez naturellement à s'interroger sur la conformité aux prescriptions ici posées par la Cour européenne des droits de l'homme de régimes plus proches de nous et de même nature, à commencer par les régimes d'inspection sur décision de la Commission européenne et d'inspection simple française (sur ce dernier point, v. II. ci-dessous).

15. Or, en droit de l'Union, les décisions d'inspection de la Commission font assurément l'objet d'un contrôle de légalité *ex post* particulièrement étroit, mais les mesures d'exécution des décisions d'inspection ne peuvent faire l'objet d'un recours immédiat que par exception, lorsqu'elles "*produisent des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de l'entreprise en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique*"<sup>6</sup>.

16. Les autres conditions d'exécution de l'inspection ne peuvent faire l'objet d'un recours que dans le cadre de la décision au fond, que la Cour européenne des droits de l'homme considère classiquement comme ne pouvant par définition pas offrir un redressement approprié compte tenu de son incertitude et du délai dans lequel il peut intervenir<sup>7</sup>.

4 CEDH, 2 octobre 2014, *Delta Pekarny c/ République tchèque*, req. n° 97/11.

5 V. not. CEDH, 16 juillet 2002, *Colas Est*, req. n° 37971/97 et 7 juin 2007, *Canal Plus*, req. n° 29408/08.

6 TUE, 9 juin 1997, *Elf Atochem*, aff. T-9/97.

7 CEDH, *Colas Est* précité.

17. Cet arrêt de la CEDH conforte et prolonge la jurisprudence du Tribunal de l'UE, qui admet ces derniers temps assez largement les recours dirigés contre les décisions d'inspection, qu'ils se fondent *stricto sensu* sur des moyens de légalité de la décision d'inspection et/ou sur des moyens s'appuyant dans une large mesure sur ses conditions de mise en œuvre.

18. Mais la Commission peut également diligenter une inspection sur la base d'un simple mandat, sans décision motivée, auquel cas l'entreprise peut accepter ou refuser l'inspection, mais, en cas d'acceptation, elle supporte la même obligation de coopération qu'en cas d'inspection sur décision. Ces inspections sur mandat sont rares et le plus souvent mises en œuvre en marge de décisions d'inspection pour permettre d'étendre les opérations à des sociétés liées non identifiées dans la décision. Quoi qu'il en soit, les inspections sur mandat ne peuvent faire l'objet d'aucun recours immédiat...<sup>8</sup>

## 2. Le Tribunal statue sur le cas d'une inspection diligentée postérieurement à une procédure nationale et prend à cette occasion une distance troublante sur l'exigence d'indices suffisamment sérieux (affaire *Orange*)

19. Sur plainte d'un concurrent, l'Autorité française de la concurrence avait ouvert une enquête concernant Orange dans le secteur des prestations d'interconnexions réciproques en matière de connectivité Internet. Sur cette base, elle avait rendu une décision considérant que les pratiques dénoncées n'étaient pour l'essentiel pas établies et que la seule préoccupation de concurrence qui pouvait exister faisait l'objet d'engagements de la part d'Orange, rendus obligatoires par la décision.

20. Quelques mois plus tard, la Commission déclenchait une inspection concernant le même secteur et des pratiques suspectées largement identiques à celles qui avaient été examinées par l'Autorité de la concurrence. Le Tribunal lui-même relève que l'enquête de la Commission se distinguait de celle diligentée par l'Autorité essentiellement par ses dimensions géographique et temporelle plus larges.

21. Orange a introduit un recours contestant la légalité de la décision d'inspection, notamment fondé sur le respect des principes de proportionnalité et de bonne administration.

22. Son recours est rejeté au motif que la Commission est en droit de prendre à tout moment des décisions individuelles pour l'application des articles 101 et 102 TFUE même lorsqu'un accord ou une pratique fait déjà l'objet d'une décision d'une juridiction ou d'une autorité nationale et que la décision envisagée par la Commission est en contradiction avec ladite décision nationale<sup>9</sup>. L'existence d'une décision préalable d'une autorité nationale ne limite donc pas, en tant que telle, la possibilité pour la Commission d'opérer une inspection.

23. Quant au principe *ne bis in idem*, le Tribunal rappelle qu'une décision d'acceptation d'engagements ne constitue pas une décision concluant à l'absence de violation des articles 101 et 102 qu'une autorité nationale n'est d'ailleurs pas habilitée à prendre. Rien ne permet donc de conclure qu'il serait inapproprié pour la Commission de conduire une mesure d'inspection dans un tel contexte.

24. Le Tribunal précise encore que la possibilité pour la Commission d'ouvrir une procédure pour dessaisir l'autorité nationale dont elle a reçu le projet de décision n'est qu'une faculté. Le fait qu'elle n'en ait pas fait usage ne saurait dès lors limiter sa faculté de diligenter une enquête.

25. Mais l'inspection pouvait-elle être considérée comme nécessaire, et donc proportionnée, alors que la Commission n'avait même pas sollicité au préalable l'accès au dossier de l'Autorité de la concurrence ? Le Tribunal concède qu'il peut apparaître "*pour le moins regrettable*" que la Commission ait, d'emblée, opté pour une mesure d'inspection, mais que cela ne saurait entacher sa décision d'illégalité dès lors que l'Autorité n'avait conduit aucune inspection dans les locaux d'Orange.

26. L'affirmation peine à convaincre, mais le plus étonnant concerne la partie du jugement dédiée à l'exigence d'indices suffisamment sérieux. Le Tribunal rappelle que les mesures d'instruction prises par la Commission "*impliquent par nature le reproche d'une infraction*" et que le principe de proportionnalité impose de vérifier que la Commission disposait d'indices suffisamment sérieux permettant de suspecter une infraction aux règles de concurrence. Mais ce rappel le conduit à la conclusion que si la décision expose les présomptions que la Commission entend vérifier avec suffisamment de précision, il n'est pas nécessaire de vérifier matériellement la teneur des indices en possession de la Commission.

27. En somme, l'obligation de détenir des indices suffisamment sérieux serait à géométrie variable en fonction de la précision des présomptions que la Commission entend vérifier...

<sup>8</sup> TPICE, 20 avril 1999, *LVM e.a.*, aff. T-305/94.

<sup>9</sup> TUE, 25 novembre 2014, aff. T-402/13.

28. Certes, la jurisprudence sur l'obligation de la Commission de disposer d'indices suffisamment sérieux s'est forgée progressivement<sup>10</sup>. Certes, on ne peut par ailleurs écarter d'emblée l'éventualité qu'une motivation permette par elle-même de faire émerger des indices sérieux<sup>11</sup>. Certes, l'existence d'une procédure devant l'Autorité française, donnant lieu à des engagements, laissait également supposer à tout le moins des présomptions de préoccupations de concurrence sérieuses.

29. Mais, la proportionnalité d'une inspection ne saurait résulter de la précision de la motivation de la décision d'inspection. En pratique, il va de soi que plus le champ de l'inspection est large et la motivation de la décision imprécise, plus la démonstration de l'existence d'indices suffisants est malaisée, mais le cas d'espèce montre bien les dangers d'une affirmation de la proportionnalité d'une inspection en l'absence d'indices suffisamment sérieux : l'inspection est ici justifiée par le droit de la Commission de vérifier le travail réalisé par une autorité nationale sans avoir pris aucune des mesures préalables à sa disposition (demande de pièces auprès de l'autorité concernée, auto-saisine dans les délais ou encore recherches complémentaires pour faire émerger des indices que l'autorité nationale n'aurait pas pris en compte).

30. Rappelons comme le Tribunal qu'en l'occurrence cette inspection a duré 4 jours, a concerné 4 sites, 18 bureaux, a donné lieu à des recherches extensives sur 11 ordinateurs, 5 smartphones, à l'analyse et l'indexation de 34 messageries de membres de l'entreprise, à la copie image de disques durs dont l'examen s'est poursuivi dans les locaux de la Commission en présence de représentants de l'entreprise...

### 3. La Cour approuve la motivation du Tribunal sur la portée géographique d'une décision d'inspection (affaire *Nexans*)

31. La Cour de justice a suivi l'avis de son avocat général, rapporté dans notre précédente revue d'actualité<sup>12</sup>, et rejeté le recours introduit par Nexans contre l'arrêt du Tribunal qui ne lui avait que partiellement donné satisfaction dans son recours contre une décision d'inspection de la Commission dans le domaine des câbles électriques<sup>13</sup>.

10 V. not. TUE 18 mars 2007, *France Telecom*, aff. T-339/04; TUE, 14 novembre 2012, *Nexans*, aff. T-135/09, pt 43; CJUE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, pts 54 et 55.

11 En ce sens, P. Cardonnel, Inspection : Le Tribunal de l'Union européenne rejette un recours contre une décision d'inspection de la Commission européenne consécutive à une enquête nationale ayant conclu à l'absence d'infraction (*Orange*), janvier 2015, *Concurrences* n° 1-2015, art. n° 71381, pp. 171-173

12 *Concurrences* n° 3-2004, p. 240.

13 CJUE, 25 juin 2014, *Nexans*, aff. C-37/13 P.

32. La Cour a tout d'abord écarté sur le fond les arguments de l'entreprise dirigés contre la motivation du Tribunal concernant la portée géographique des pratiques concernées. Pour la Cour, le Tribunal a exposé à suffisance de droit les raisons pour lesquelles il a considéré que la Commission avait décrit de façon circonstanciée le champ d'action de l'entente suspectée en indiquant que celle-ci avait "*probablement une portée mondiale*". Par ailleurs, la Commission n'était pas tenue de limiter ses recherches à des documents relatifs à des projets ayant une incidence sur le marché commun : dès lors que ses soupçons portaient sur une infraction de portée probablement mondiale, même des documents liés à des projets situés en dehors de l'Union étaient susceptibles d'apporter des informations pertinentes.

33. La Cour a par ailleurs jugé irrecevable l'argumentation relative à l'absence d'indices suffisamment sérieux pour considérer que le comportement des entreprises hors de l'Union européenne était susceptible d'avoir une incidence au sein de l'EEE, ce moyen n'ayant pas été soulevé en première instance.

34. C'est regrettable à tous égards parce que cet arrêt aurait fourni l'occasion à la Cour de préciser les contours de l'exigence d'indices suffisamment sérieux, ce qu'elle n'a pas eu l'occasion de faire depuis la structuration de la jurisprudence rappelée sous le commentaire concernant l'affaire *Orange* ci-dessus.

## 4. La Commission rend publique sa position sur sa capacité de prendre copie d'échanges entre avocats dans le cadre de ses inspections (affaire *Servier*)

35. La Commission a saisi l'occasion du prononcé de sa décision dans l'affaire du périndopril de juillet 2014 pour rendre publique sa décision du 23 juillet 2010 concernant une demande de *Servier* au titre du privilège avocat/client et de la confidentialité des échanges entre avocats<sup>14</sup>.

36. Le document contesté avait été placé sous enveloppe scellée à l'occasion de l'inspection réalisée dans les locaux de *Servier* en novembre 2008. Il s'agissait d'un document émanant de l'avocat d'un tiers adressé à l'avocat de *Servier* menaçant d'une plainte auprès de la Commission si les deux parties ne parvenaient pas à un accord.

37. À la suite de ses échanges avec l'entreprise, la Commission a résolu de rejeter la demande de protection et d'ouvrir l'enveloppe scellée par une décision susceptible de recours, que *Servier* ne semble pas avoir fait le choix de contester.

14 Décision n° COMP/E-1/39.612.

38. C'est l'occasion pour la Commission d'exposer une analyse qu'elle est susceptible d'appliquer à d'autres cas.

39. S'agissant tout d'abord du privilège des communications avocat/client, elle rappelle que ce document ne relève d'aucune des catégories de documents que la jurisprudence a pour l'heure protégées à ce titre, qu'il s'agisse de communications émanant de l'avocat externe de l'entreprise en vue de l'exercice des droits de la défense, de documents résumant l'avis juridique fourni par un avocat externe ou encore de documents préparés au sein de l'entreprise dans le but d'obtenir un tel avis juridique.

40. S'agissant ensuite de la confidentialité des échanges entre conseils externes, la Commission rappelle qu'elle résulte de réglementations ou règles ordinales nationales qui ne s'appliquent pas directement dans le cadre de ses procédures et qui ont d'ailleurs un objectif autre que la protection des droits fondamentaux (comme favoriser la résolution de contentieux de nature commerciale).

41. La Commission relève en toutes hypothèses qu'aucun principe de droit de l'Union ne limite sa capacité de prendre copie de tels documents lorsqu'ils sont trouvés dans les locaux de l'entreprise parce que l'avocat s'est en réalité affranchi de ces règles nationales ou ordinales pour communiquer le document à son client. À bon entendre...

## 5. Le Tribunal rejette le recours d'une entreprise sanctionnée pour obstruction dans le cadre de recherches informatiques (affaire *EPH*)

42. Par décision du 16 novembre 2009, la Commission avait ordonné une inspection dans les locaux d'EPH et de ses filiales. Ces entreprises ont accepté l'inspection, mais, pendant son déroulement, la Commission a constaté différents problèmes concernant les messageries électroniques qu'elle avait demandé à bloquer et à examiner. Le 28 mars 2012, la Commission a adopté une décision constatant le refus de se soumettre à l'inspection d'EPH et d'une de ses filiales, d'une part en autorisant par négligence l'accès à un compte de messagerie bloqué et, d'autre part, en détournant de propos délibéré des courriels vers un serveur. Cette décision condamnait en conséquence les deux sociétés conjointement et solidairement à une amende de 2,5 millions d'euros.

43. Le recours des deux sociétés a été rejeté par une motivation très ancrée dans les faits de l'espèce<sup>15</sup>. On en retiendra néanmoins que le simple fait que les inspecteurs n'ont pas obtenu, comme ils l'avaient demandé, un accès exclusif au compte de messagerie d'un des représentants de l'entreprise suffit pour caractériser le refus de se soumettre à l'inspection.

15 TUE, 26 novembre 2014, *EPH et EPIA c/ Commission*, aff. T-272/12.

44. Par ailleurs, le Tribunal a estimé que ce refus résultait bien d'une négligence et non d'une simple inadvertance (qui ne conduirait pas à une sanction aux termes de l'article 23[1] du règlement n° 1/2003) quand bien même les inspecteurs n'avaient pas eux-mêmes informé la personne visée par la mesure (le détenteur du compte de messagerie), mais avaient notifié la personne désignée par l'entreprise comme le responsable informatique qu'il lui incombait de prévenir ses subordonnés des obligations de l'entreprise découlant du blocage des comptes de messagerie.

45. Pour le Tribunal, il suffit en effet que la décision d'inspection et la note explicative soient correctement notifiées à des personnes qualifiées au sein des entreprises. Le devoir de coopération s'applique dès ce moment et dans les mêmes termes, qu'il s'agisse de scellés physiques (visibles) ou de "scellés" informatiques par blocage de comptes de messagerie (non visibles) et que le responsable désigné par l'entreprise soit son salarié ou celui d'une société prestataire de services.

46. Par ailleurs, le Tribunal a estimé que la sanction en l'espèce était proportionnée. Il a d'ailleurs relevé que la Commission était d'autant plus fondée à prendre en compte la nécessité d'assurer un effet dissuasif aux sanctions que les fichiers électroniques se prêtaient plus facilement et plus rapidement à être manipulés que les dossiers sur papier.

47. Si la notice accompagnant les décisions d'inspection vise aujourd'hui nommément ces mesures de blocage de comptes de messageries, tel n'était cependant pas le cas à l'époque de l'inspection contestée.

## II. Les enquêtes effectuées sur le fondement du droit français

### 1. Une jurisprudence toujours en demi-teinte sur les saisies informatiques (affaires *Saint-Gobain*, *Silim*, *SRR*, *Fleury Michon*)...

48. Dans un arrêt *Saint-Gobain* du 6 août 2014<sup>16</sup>, la Cour de cassation a tout d'abord jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité concernant la conformité aux droits fondamentaux de l'article L. 450-4 du code de commerce au motif qu'il

16 Pourvoi n° 14-81.204.

ne prévoit pas de recours suspensif dans le cas de violation du principe de confidentialité des échanges avocat/client à l'occasion de visites et saisies et que la seule sanction de cette violation réside dans la restitution des pièces concernées.

**49.** La Cour de cassation rejette cette question en rappelant que *“la disposition contestée assure un contrôle effectif du juge tout au long de la visite et lui permet de régler les éventuels incidents portant notamment sur la saisie par l'administration de documents protégés par le secret des correspondances entre avocat et client”*.

**50.** En effet, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'affaire *Schering-Plough*<sup>17</sup>, il appartient dans ce cas à l'entreprise et à ses conseils de demander de placer les données sous scellés fermés provisoires.

**51.** Dans une affaire *Silim* du 17 décembre 2014<sup>18</sup>, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi mettant en avant le fait que la restitution des pièces couvertes par le privilège avocat/client saisies par l'administration ne permettait pas de remédier à la violation du privilège ainsi commise du fait même de leur saisie. Cet arrêt tranche avec des prises de position de la Cour qui avaient été plus marquées, comme dans l'affaire *Medtronic*, où elle avait considéré que la saisie des documents portait en elle-même atteinte au secret professionnel<sup>19</sup>.

**52.** La Cour rappelle à cette occasion, d'une part, qu'un fichier informatique indivisible peut être saisi dans son entier s'il est susceptible de contenir des éléments intéressant l'enquête et, d'autre part, que la confection de scellés provisoires est une faculté laissée à l'appréciation des enquêteurs agissant sous le contrôle du juge. Faute d'avoir sollicité des tels scellés pendant la visite, les entreprises sont dès lors privées d'autre remède que la restitution.

**53.** Encore faut-il que le juge des libertés puisse être saisi par l'entreprise si les enquêteurs refusent de mettre en œuvre une telle modalité de protection. Une affaire jugée par la cour d'appel de Saint-Denis de La Réunion le 13 juin 2014 démontre une nouvelle fois que cela n'est pas toujours aisé. Il faut pouvoir identifier et contacter un service de permanence qui n'est pas identifié dans les ordonnances de visite et saisie et pouvoir s'entretenir avec le magistrat avant la clôture des opérations qui le dessaisit. Dans cette affaire, la cour d'appel a estimé que l'entreprise avait été privée de cette garantie fondamentale et a dès lors annulé les opérations dans leur totalité<sup>20</sup>.

**54.** C'est de manière extrêmement catégorique que la cour d'appel de Paris a pour sa part réaffirmé l'insécabilité des fichiers informatiques dans une affaire *Fleury Michon*, où l'entreprise n'avait pas formé une telle requête et n'avait

pas non plus mis en avant d'exemple concret de pièce saisie de nature à établir une violation du privilège des correspondances avocat/client ou du droit au respect de la vie privée<sup>21</sup>.

**55.** En pratique, il n'est cependant pas rare que des inspections donnent désormais lieu à des saisies informatiques sélectives des seuls emails entrant dans le champ de l'ordonnance de visite et saisie...

## 2. ... néanmoins parfaitement entendue et intégrée par l'Autorité et la DGCCRF

**56.** Cette jurisprudence est néanmoins très claire et désormais constante s'agissant de la marche à suivre en cas d'identification par l'entreprise d'un risque de saisie d'échanges couverts par la confidentialité des échanges avec ses conseils : il s'agit de demander le placement sous scellés fermés provisoires<sup>22</sup> et la Cour de cassation n'a pas eu pour l'heure à connaître d'un cas dans lequel une telle demande aurait été formée et refusée par les enquêteurs.

**57.** Un refus paraît aujourd'hui d'autant moins à craindre que les deux autorités se sont déclarées prêtes à mettre en œuvre une telle protection par la voix d'André Marie, sous-directeur adjoint de la DGCCRF et chef du bureau de la politique de la concurrence.

**58.** Dans un article consacré à un point d'actualité sur les enquêtes, M. Marie indique en effet que, conscients des difficultés soulevées par la saisie globale, *“la DGCCRF et l'ADLC sont disposées à recourir à la technique des scellés fermés provisoires”*<sup>23</sup>.

**59.** En effet, l'article 56 du code de procédure pénale – auquel renvoie l'article L. 450-4 du code de commerce – prévoit que *“tous les objets et documents saisis sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés. Cependant, si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés fermés provisoires jusqu'au moment de leur inventaire et de leur mise sous scellés définitifs et ce, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition”*.

**60.** Pendant longtemps, certains représentants de la DGCCRF et de l'Autorité ont exprimé leurs réserves sur un tel mécanisme qui oblige à remobiliser l'ensemble des intervenants (officiers de police judiciaire compris) après coup et a pour effet de prolonger la visite jusqu'à l'apposition des scellés définitifs. En parallèle de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation rappelée ci-dessus, ces obstacles semblent désormais avoir été surmontés.

17 Cass. crim., 29 juin 2011, pourvoi n° 10-85479.

18 Pourvoi n° 13-87.276, 6749.

19 Cass. crim., 24 avril 2013, pourvoi n° 12-80.331, 1858.

20 CA Saint-Denis, 13 juin 2014, *SRR*, RG n° 13/1879.

21 CA Paris, 29 octobre 2014, RG n° 13/11141 e.a.

22 Voir sur ce point l'analyse fine de la jurisprudence proposée par T. Fossier, *Déroulement des visites domiciliaires : la balle dans le camp des entreprises... RLC 2015/42 p. 3.*

23 Article *RJDA* précité.

**61.** M. Marie précise que cette procédure – qui demeure une faculté laissée à l’appréciation des enquêteurs selon la jurisprudence – n’aura vocation à être utilisée que pour permettre d’éliminer des fichiers saisis les correspondances avocat/client, non les documents hors champ. En pratique, toutefois, dès lors que des scellés provisoires seront apposés, on ne voit pas ce qui s’opposerait à l’extraction parallèle des documents que l’entreprise signalerait comme relevant manifestement de la vie privée ou particulièrement sensibles alors qu’ils sont sans aucun lien avec l’inspection en cours.

### 3. L’exigence d’un recours juridictionnel effectif par rapport aux inspections simples (affaire *Delta Pekarny*)

**62.** L’arrêt *Delta Pekarny* de la Cour européenne des droits de l’homme évoqué ci-dessus est également instructif s’agissant des enquêtes françaises et il l’est même très directement par rapport au pouvoir d’enquête simple de l’article L. 450-3 du code de commerce compte tenu de sa proximité avec le régime tchèque soumis à la Cour.

**63.** L’enquête simple s’impose à l’entreprise et à ses salariés, sous peine d’ailleurs de sanctions administratives et pénales. Elle suppose uniquement la notification par oral de l’objet de l’enquête. Elle permet aux agents de solliciter un certain nombre d’informations et de demander copie de documents, sans pouvoir pour autant exercer de droit de fouille ni saisir les originaux. L’article L. 450-3 a par ailleurs été entièrement réécrit à l’occasion de la loi Hamon dans le sens d’une extension des pouvoirs des agents<sup>24</sup>.

**64.** Cette forme d’enquête est assez peu utilisée à ce jour par l’Autorité de la concurrence, mais elle l’a beaucoup été par la DGCCRF. Dans le même esprit que l’inspection européenne sur mandat, elle permet notamment d’étendre les mesures à des sociétés ou locaux non identifiés dans l’ordonnance de visite et saisie. Elle a pu également être utilisée dans le cas où l’administration n’avait pas réuni suffisamment d’indices pour solliciter une ordonnance de visite et saisie.

**65.** Or, aucun recours n’est possible contre une mesure d’enquête simple et ses conditions de mise en œuvre, si ce n’est le recours contre la décision finale de l’Autorité, sur la base des pièces rassemblées au cours de celle-ci, qui ne saurait constituer un recours effectif aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, comme rappelé ci-dessus. ■

---

<sup>24</sup> Actualité des enquêtes de concurrence dans l’Union européenne et en France (Septembre 2013 - Avril 2014), *Concurrences* n° 3-2014, p. 237.



**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Sheridan Scott, Christine Varney...

## Dossier

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Théophile, Joseph Vogel, Wouter Wils...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

## International

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...

## Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, François Lévêque, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

## Chroniques

### ENTENTES

Martine Behar-Touchais, Ludovic Bernardeau, Michel Debroux

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

### CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, David Tayar

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphael Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

### SECTEUR PUBLIC

Centre de Recherche en Droit Public, Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

### JURISPRUDENCES

### EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel-Kahn, François Souty, Stéphanie Yon

## Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

## Livres

Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

## > Revue Concurrences | Journal Concurrences

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	490,00 €	588,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	512,00 €	614,40 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + e-archives)</i>	766,00 €	919,20 €

## > e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	678,00 €	813,60 €
--	----------	----------

## > Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions | Journal Concurrences + e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	876,00 €	1051,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (print &amp; electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	986,00 €	1183,20 €

### Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

e-mail .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

Code postal | *Zip Code* ..... Pays | *Country* .....

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* .....

### Formulaire à retourner à | Send your order to:

#### Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

#### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France**