



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France (octobre 2016 – mai 2017)

Pratiques | Concurrences N° 3-2017 | pp. 195-202

Nathalie
Jalabert-Doury
njalabertdoury@mayerbrown.com
Avocat, Mayer Brown, Paris

Nathalie
Jalabert-Doury
njalabertdoury@mayerbrown.com
Avocat, Mayer Brown, Paris

ABSTRACT

Cette revue d'actualité met en perspective huit mois d'actualité des règles applicables aux enquêtes de concurrence réalisées par les agents de la DGCOMP, de l'Autorité de la concurrence française et de la DGCCRF/DIRECCTE. Les nouveaux textes, la jurisprudence et les initiatives des autorités dans ce domaine sont couverts. S'agissant du droit européen, la période a surtout été marquée par la publication de la proposition de directive ECN+ destinée à doter les autorités nationales de moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence. Au niveau français, plusieurs arrêts et décisions méritent d'être signalés, dont la décision Janssen Cilag de la CEDH concernant les saisies informatiques, les suites de l'affaire Brenntag s'agissant de l'absence de recours dans les procédures d'enquête simple, et les arrêts Novartis et Carrefour, tout particulièrement intéressantes par rapport à la procédure des scellés fermés provisoires.

This article provides an update on the rules applying to antitrust investigations carried out by DGCOMP and the French Competition Authorities. The new rules, case law and agency initiatives in that field over the past eight months are covered. At the EU level, the Commission notably published its ECN+ proposal for a directive to empower the national competition authorities to be more effective enforcers. At the French level, a number of decisions of interest have been delivered, including the decision of the ECHR in the Janssen Cilag case concerning IT seizures, the aftermath of the Brenntag case on the absence of judicial review concerning investigation powers exercised without a warrant, and the Novartis and Carrefour judgments, that are of particular interest in relation to the procedure of temporarily closed seals.

Actualité des enquêtes de concurrence dans l'Union européenne et en France (octobre 2016 – mai 2017)

1. Le sujet des pouvoirs d'enquête des autorités de concurrence se renouvelle encore et toujours constamment. Il s'agit d'une source apparemment inépuisable de friction entre droits procéduraux des entreprises et effectivité de l'action des autorités. Les lignes bougent en permanence et cette revue d'actualité ne fait pas exception.

2. Tout d'abord, la Commission a enfin rendu publique sa proposition de directive ECN+ visant à établir un socle procédural commun au niveau des autorités nationales. Intéressante initiative, qui demeure assez décevante sur le terrain des droits procéduraux des entreprises, la Commission s'étant concentrée quasi exclusivement sur les pouvoirs procéduraux des autorités. Aussi incomplète que soit la proposition de directive à cet égard, elle parvient néanmoins à relancer le débat franco-français sur l'absence de voies de recours contre les actes d'enquête simple, qui fait l'unanimité : après le Conseil constitutionnel, ce sont la Cour de cassation et l'Autorité de la concurrence qui ont emboîté le pas et décrété que des pouvoirs non coercitifs n'avaient pas à faire l'objet de voies de recours autonomes.

3. Pour le reste, les décisions de la période ont sensiblement fait bouger les lignes dans les deux sens : fermeté de la Cour de cassation sur le droit à l'assistance juridique dès la notification de l'ordonnance, qui ne saurait souffrir d'être différé, références de plus en plus fréquentes à la nécessité d'assurer la protection des données couvertes par le droit au respect de la vie privée, et non seulement des documents couverts par le privilège avocat-client, et, dans le même temps, d'autres décisions restent très en deçà des attentes, dont notamment l'arrêt d'annulation de la Cour de cassation affaiblissant à notre sens la nécessité pour les agents de mettre en avant des présomptions suffisantes pour chacune des entreprises visées par l'ordonnance de visite et saisie qu'ils sollicitent.

I. Les enquêtes effectuées sur le fondement du droit européen : Proposition de directive visant à doter les autorités de concurrence nationales des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence (ECN+)

4. Nous nous sommes fréquemment fait l'écho dans la présente revue d'actualité de l'incongruité de la situation dans laquelle les principes d'appréciation au fond sont de plus en plus convergents entre autorités européennes qui coopèrent au quotidien tandis que, s'agissant de la procédure, un principe diamétralement opposé d'autonomie procédurale subsiste. À l'heure où les autorités nationales sont celles qui rendent le plus grand nombre de décisions sur le fondement des articles 101 et 102, une telle situation conduit en effet à des divergences de traitement de moins en moins compréhensibles et à une ligne de démarcation entre fond et procédure qui évolue au gré des besoins, dans une insécurité juridique qui n'est clairement plus à la hauteur des enjeux.

5. Le problème est identifié depuis longtemps. Le règlement n° 1/2003 a organisé la décentralisation de l'application du droit européen ainsi que des mécanismes de renvois d'affaires et de coopération entre autorités pour la réalisation d'actes d'enquête mais il n'a pas eu vocation à faire converger les règles procédurales nationales, sujet éminemment complexe et considéré à l'époque comme encore prématuré.

6. Dans le cadre de l'European Competition Network constitué lors de l'adoption du règlement, des groupes de travail ont néanmoins été constitués afin d'échanger les expériences et de promouvoir l'harmonisation progressive et volontaire. Les pouvoirs d'enquête comptent clairement parmi les principaux sujets sur lesquels est intervenu l'ECN à ce titre, avec plusieurs rapports dédiés aux pouvoirs d'inspection des différentes autorités nationales, aux investigations informatiques, aux standards minimum en matière d'inspections, etc.¹.

¹ http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

7. Ces initiatives ont indéniablement conduit à une convergence des pratiques des autorités mais elles s'esoufflent naturellement aujourd'hui et ne semblent plus suffisantes pour traiter efficacement les points de divergences ou simplement de différences de traditions juridiques qui subsistent. À compter des années 2013-2014, la Commission a donc commencé à promouvoir l'idée d'une harmonisation plus directe et, en particulier, celle d'une directive que les États membres devraient mettre en œuvre en droit national. Plusieurs Staff Working Documents, une large consultation et une audition publique plus tard, la Commission a édité sa proposition de directive du Parlement européen et du Conseil destinée à ouvrir l'ère de l'ECN "+"².

8. La proposition de directive ne concerne pas que les pouvoirs d'enquête mais l'ensemble des moyens d'action procéduraux des autorités nationales (amendes, clémence, transaction, etc.), et même au-delà, la proposition de directive évoquant également les ressources ou encore l'indépendance des autorités nationales.

9. L'initiative est plus que justifiée. Il n'y a pas de raison qu'une entreprise fasse l'objet de mesures d'enquête plus ou moins extensives ou plus ou moins protectrices de ses droits sur un sujet d'application du droit européen, suivant que l'inspection est diligentée par la Commission ou une autorité nationale ou par deux autorités nationales différentes. Par ailleurs, une enquête nationale peut déboucher in fine sur une action menée par la Commission et inversement, et le droit applicable au fond est rarement tranché en amont des procédures et en particulier des enquêtes. Les droits procéduraux doivent donc être harmonisés dans toute la mesure du possible et non seulement dans les procédures d'application du droit européen.

10. Si le principe fait plus que sens, la mise en œuvre n'est cependant pas simple à partir du moment où les règles procédurales des autorités nationales sont aussi le reflet de leur droit et des choix qui ont été faits à leur création (autorité judiciaire, administrative, séparation des fonctions, etc.) et à partir du moment où elles n'interagissent pas qu'avec la Commission et les autres autorités nationales, mais aussi avec d'autres autorités administratives et judiciaires (enquêtes pénales, juridictions autorisant les inspections) pour des procédures d'application allant au-delà des interdictions des articles 101 et 102 TFUE.

1. Champ d'application des règles énoncées

11. La proposition de directive s'appliquerait non seulement aux procédures d'application des articles 101 et 102 mais aussi aux dispositions de droit national de la concurrence appliquées parallèlement à ces articles dans la même affaire (art. 1).

² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil visant à doter les autorités de concurrences des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, 22.3.2017, COM(2017)142 final.

12. Par ailleurs, les procédures de clémence et de transaction posent des questions particulières de protection des déclarations rassemblées en dehors de la procédure visée bien plus qu'à l'intérieur de celle-ci. C'est donc à cet égard l'ensemble du champ d'application du droit national qui est visé (art. 1 et 29 (2)). Les rédacteurs de la directive ont pris le soin de préciser que l'objectif dépasse le cadre de l'application des articles 101 et 102 pour renforcer le fonctionnement du marché intérieur, de sorte que *“les consommateurs et les entreprises soient protégés de la même façon, partout en Europe”* (exposé des motifs).

13. Dans ces conditions, il est permis de s'interroger sur le champ qui subsistera pour des règles nationales spécifiques. L'exposé des motifs recommande aux autorités nationales de partir désormais du principe que les deux droits sont toujours susceptibles de s'appliquer. En effet, en particulier au stade de l'enquête, on imagine qu'un seul corpus de règles s'appliquera, composé des règles nationales, telles que complétées ou adaptées à la lumière des principes définis dans la directive, ne serait-ce que pour limiter le risque de remise en cause de points procéduraux sur la base d'un questionnement relatif au droit applicable au fond.

14. Ces risques ne pourront probablement être totalement évacués, en particulier sur les points pour lesquels la directive fournit des prescriptions particulièrement précises. Ainsi, l'article 7 (2) concernant les inspections au sein d'autres locaux que les locaux professionnels dispose que les inspections inopinées menées par exemple au sein de domiciles ne peuvent être effectuées sans l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire nationale. Si cela est le cas en France au titre de l'article L. 450-4 du code de commerce, il n'en va pas de même dans tous les États membres et dans toutes les procédures.

2. Obligation des États membres de veiller à ce que les autorités nationales disposent de pouvoirs d'inspection effectifs

15. S'agissant des pouvoirs d'inspection, le texte de la directive reprend largement la structure et le contenu des articles 20 et 21 du règlement, tout en gommant les spécificités liées à la Commission européenne (inspections diligentes sur décision ou sur mandat) et au mécanisme d'assistance des autorités nationales.

16. En substance, l'article 6 (1) de la directive prévoit que les États membres veillent à ce que les autorités nationales puissent procéder aux inspections nécessaires dans les locaux professionnels et à ce que leurs agents et les personnes qui les accompagnent soient au minimum dotés des pouvoirs énoncés à l'article 20 du règlement n° 1/2003 (accès, consultation des livres et documents, prise de copie, scellés, demandes d'explications), mais il y apporte quelques *“améliorations”*.

17. Le pouvoir de procéder à des inspections est tout d'abord défini par référence à des inspections *“inopinées”* (art. 6 (1)), mention qui ne figure pas à l'article 20 du règlement, sachant que la Commission a toujours procédé sur cette base à des inspections le cas échéant inopinées. La directive ne vise que ces inspections inopinées, le cas échéant autorisées par un juge afin de pouvoir recourir, si besoin est, à la force publique.

18. Autre évolution par rapport au texte de l'article 20 du règlement, le droit de contrôle des livres et documents inclut *“le droit d'accès aux informations auxquelles a accès l'entité faisant l'objet de l'inspection”* (art. 6 (1) b). L'objectif de ce rajout est manifestement d'habiliter les autorités nationales à contrôler toutes les données accessibles depuis les ordinateurs de l'entreprise, quand bien même les données seraient stockées physiquement sur un site situé hors de leur zone de compétence.

19. Enfin, le pouvoir de prise de copie doit inclure la possibilité pour les agents, *“s'ils le jugent nécessaire”*, de *“continuer à consulter ces copies ou ces extraits dans leurs locaux ou dans d'autres locaux désignés”* (art. 6 (1) c). Est ici visée la pratique de *continued inspection* utilisée par la Commission lorsque toutes les données n'ont pu être triées pendant l'inspection, auquel cas le tri peut se poursuivre en présence de l'entreprise, après mise sous enveloppe scellée des supports concernés. Cette procédure s'est étendue progressivement à de nombreuses autorités nationales, dont l'Autorité française (procédure des scellés fermés provisoires).

20. Dans les trois cas, les variations de formulation n'induisent donc pas de réelle nouveauté par rapport à la manière dont les pouvoirs d'inspection de la Commission sont exercés à ce jour ? Il s'agit en outre de points connus de divergence fréquemment rencontrés par la Commission ainsi que par les autorités nationales dans les mécanismes de coopération entre autorités.

21. Par ailleurs, l'article 6 (2) prévoit que les États membres doivent veiller à ce que les entreprises et associations d'entreprises soient tenues de se soumettre à de telles inspections, y compris en habilitant les autorités nationales à obtenir l'assistance de la force publique ou d'un pouvoir de contrainte équivalent.

22. Enfin, l'article 7 est le pendant de l'article 21 du règlement n° 1/2003 sur les inspections réalisées dans des locaux autres que professionnels (et notamment au sein de domiciles). Les conditions sont ici calquées sur le règlement, sans autre ajout : ces inspections supposent qu'un soupçon raisonnable existe que des documents liés à l'inspection s'y trouvent et que la violation suspectée soit grave. Ces inspections ne peuvent par ailleurs être effectuées sans l'autorisation préalable d'une autorité judiciaire.

3. Condition d'exercice des pouvoirs d'inspection, droits fondamentaux et recours

23. Le projet de directive est pour le reste extrêmement bref sur les conditions d'exercice des pouvoirs d'inspection et *a fortiori* sur les droits fondamentaux et les recours.

24. S'agissant des conditions d'exercice des pouvoirs d'inspection, à part la condition de nécessité de l'inspection figurant à l'article 20 du règlement n° 1/2003, rien n'est dit des exigences de motivation, de la délimitation de l'objet et du but de l'inspection, ou encore des voies de recours qui doivent être disponibles.

25. En tout et pour tout, un article 3 dédié aux garanties prévoit que "*l'exercice des pouvoirs prévus dans la présente directive par les autorités nationales de concurrence est subordonné à des garanties appropriées, dont le respect des droits de la défense des entreprises et le droit de recours effectif devant une juridiction, conformément aux principes généraux du droit de l'Union et à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*".

26. Sur ce terrain, qui correspond aux attentes des entreprises, la proposition de directive est très en retrait alors qu'il est important à cette occasion de fixer non seulement les pouvoirs mais aussi les limites et les garanties, la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour de justice permettant tout autant de dégager un socle commun en la matière.

27. À défaut, l'affirmation de l'exposé des motifs selon laquelle l'introduction de moyens et d'instruments essentiels efficaces pour les ANC permettra d'accroître la prévisibilité et la sécurité juridique à l'égard des entreprises (exposé des motifs, p. 14) demeure bien creuse. L'exposé des motifs va jusqu'à indiquer que les entreprises pourront même bénéficier du renforcement des droits procéduraux, en particulier dans les pays où il existe une marge d'amélioration. Mais pour cela, encore faudrait-il que le sujet soit traité dans la proposition de directive, ce qui n'est pas le cas à ce stade...

28. Il n'en reste pas moins que, même aussi laconique, la proposition de directive donne tout de même quelques idées à l'issue des décisions *Brenntag* commentées dans la présente et dans la précédente revue d'actualité³: nonobstant la jurisprudence EDH⁴, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'Autorité elle-même ont

tous trois conclu de manière parfaitement convergente que les pouvoirs prévus à l'article L. 450-3 pouvaient être exercés sans aucun contrôle judiciaire direct, alors même que l'entreprise qui refuse de s'y soumettre s'expose à des sanctions.

29. Or, il n'a pas échappé aux observateurs attentifs⁵ que la directive subordonne l'exercice du pouvoir d'inspection obligatoire pour l'entreprise à des garanties appropriées et notamment au droit à un recours effectif devant une juridiction, tel qu'il est notamment garanti par la charte des droits fondamentaux.

30. La proposition de directive devra-t-elle conduire à modifier sur ce point les règles applicables aux inspections simples françaises? Voilà le débat possiblement renouvelé...

4. Autres règles minimales prévues par la proposition de directive concernant les enquêtes

31. L'article 8 consacré aux demandes de renseignements est particulièrement bref et vise à ce que les autorités nationales aient la possibilité d'ordonner par voie de décision la fourniture des renseignements nécessaires.

32. Sans préjudice de l'existence d'éventuelles sanctions pénales, les pouvoirs d'inspection et de demandes de renseignements doivent en outre être sanctionnés par des amendes administratives ou judiciaires autres que pénales. Les États membres doivent veiller à ce que ces amendes soient effectives, proportionnées, dissuasives, et fixées proportionnellement au chiffre d'affaires total des entreprises et associations d'entreprises concernées (art. 12).

33. Enfin, la directive est l'occasion de régler une difficulté qui a surgi dans certains États membres s'agissant du mécanisme d'assistance mutuelle prévu à l'article 22 du règlement n° 1/2003, afin de prévoir que le droit national autorise la participation à l'inspection des agents de l'autorité requérante quand l'autorité requise effectue pour son compte une inspection sur son territoire.

3 *Concurrences* n° 1-2017, p. 250.

4 Il ressort notamment de la décision *Delta Pekarny* que le recours contre la décision finale de l'autorité de concurrence ne saurait être considéré comme un recours effectif.

5 A. Ronzano, *L'actu-concurrence* n° 44/2017.

II. Les enquêtes effectuées sur le fondement du droit français

1. La CEDH se prononce à nouveau sur une requête concernant des saisies massives et indifférenciées et précise à cette occasion sa jurisprudence *Vinci* sans aller au-delà compte tenu des particularités de l'espèce (aff. *Janssen Cilag*)

34. Les décisions de la CEDH concernant les opérations d'inspection sont toujours attendues avec impatience, mais l'arrêt *Janssen Cilag* du 21 mars 2017⁶ n'apporte pas beaucoup plus à ses décisions existantes sur la question des saisies informatiques, qui avaient déjà été traitées en particulier dans l'affaire *Vinci*⁷.

35. On se souvient que, dans cette affaire *Vinci*, la DGCCRF avait procédé à la saisie de messageries dans leur intégralité et que cela l'avait amenée à saisir des correspondances avocat-client. Sans estimer être en présence de saisies massives et indifférenciées, la Cour EDH avait à cette occasion établi la nécessité d'un contrôle *ex post* effectif pour permettre d'obtenir la restitution des pièces qui n'auraient pas dû être saisies, la Cour relevant en particulier que l'entreprise concernée n'avait pu dans cette affaire discuter de l'opportunité des saisies pratiquées.

36. La Cour relève une situation factuelle qu'elle juge différente dans l'affaire *Janssen Cilag*, les requérantes ayant été assistées de trois avocats pendant les visites et ayant pu faire suivre chaque équipe d'enquêteurs d'un de leurs représentants. La Cour constate que "*tant leur nombre (...) que leur qualité ont permis à ces conseils de prendre connaissance d'au moins une partie des documents saisis et de discuter de l'opportunité de leur saisie*" (pt 21). On a quelque mal à suivre le raisonnement de la Cour sur ce terrain, la capacité de discuter l'opportunité de la saisie de documents contenus dans des messageries sur lesquels les agents de l'Autorité sont en train d'intervenir étant en pratique des plus réduites, pour ne pas dire inexistante. Quoi qu'il en soit, la décision *Janssen Cilag* conduit à réaffirmer le droit à la restitution, même

lorsque la Cour estime que l'entreprise a eu une possibilité de passer en revue les documents saisis et de discuter l'opportunité de leur saisie.

37. Autre différence: dans l'affaire *Vinci*, le magistrat saisi du recours *ex post* avait validé en bloc la saisie d'une messagerie alors que, dans l'affaire *Janssen Cilag*, il s'était déclaré prêt à exercer le contrôle de chaque message susceptible de contenir des données couvertes par le secret avocat-client. La Cour constate en effet qu'il ressort de son ordonnance motivée qu'il "*s'est non seulement livré à un examen effectif des allégations de la requérante, mais qu'il a en outre expressément relevé l'absence de toute identification précise, par la société requérante, d'un document protégé ou même d'indication sur le nombre de documents protégés, cette fois sur support papier*" (pt 22).

38. La Cour EDH estime donc qu'en l'espèce le contrôle *ex post* a été effectif.

39. Le principe est désormais clair: "*(...) à défaut de pouvoir prévenir la saisie de documents étrangers à l'objet de l'enquête et a fortiori de ceux relevant de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client, les personnes concernées devaient pouvoir faire apprécier, a posteriori, de manière concrète et effective, leur régularité. Elle a précisé qu'il appartient dès lors au juge, saisi d'allégations motivées selon lesquelles des documents précisément identifiés ont été appréhendés alors qu'ils étaient sans lien avec l'enquête ou qu'ils relevaient de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client, de statuer sur leur sort au terme d'un contrôle concret de proportionnalité et d'ordonner, le cas échéant, leur restitution*" (pt 19).

40. Il incombe donc aux autorités soit d'écarter elles-mêmes avant saisie les éléments hors champ ou couverts par le privilège des communications avocat-client soit de restituer les pièces concernées à l'occasion du recours contre les conditions de déroulement des visites et saisies.

2. Bilan en demi-teinte des arrêts rendus par la Cour de cassation dans l'affaire de la distribution des produits blancs et bruns (aff. *Samsung et Darty*)

41. Dans l'affaire concernant la distribution des produits blancs et bruns⁸, l'Autorité a procédé en 2013 à des visites et saisies sur la base de présomptions de pratiques d'entente sur les prix de revente. Plusieurs des entreprises visées (des fabricants, quelques grossistes et une grande enseigne de la distribution spécialisée) avaient introduit des recours contre la légalité de l'ordonnance autorisant les visites et saisies et/ou ses conditions d'exécution.

6 CEDH, 21 mars 2017, *Janssen Cilag SAS c/ France*, requête n° 33931/12.

7 CEDH, 20 février 2015, *Vinci Construction et GTM Génie civil et services c/ France*, requêtes n° 63629/10 et 60567/10). cf. la présente revue d'actualité, *Concurrences* n° 4-2015, p. 250.

8 Cass. crim., 4 mai 2017, pourvoi n° 16-81060 (*Darty*), pourvoi n° 16-81071 (*Samsung Electronics France*) e.a.

42. Au niveau de la cour d'appel⁹, l'ordonnance *Darty* avait retenu l'attention en ce que le premier président avait précisément contrôlé si des faisceaux de présomptions d'agissements prohibés suffisants étaient réunis concernant cette enseigne. À la lecture de l'ordonnance, il apparaît que les éléments remis au juge des libertés pour justifier la mesure à son égard se limitaient au fait que les prix pratiqués par cette enseigne étaient utilisés comme étalon sur lequel les autres distributeurs devraient s'aligner.

43. Sur le pourvoi introduit par l'Autorité de la concurrence, la Cour de cassation annule en toutes ses dispositions l'ordonnance au motif qu'elle aurait énoncé qu'il faudrait vérifier si la société en cause a participé à une entente *"alors qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la réalité de pratiques anticoncurrentielles mais de s'assurer qu'il existait des présomptions de telles pratiques"*.

44. Le premier président avait pourtant pris la peine de relever que le juge des libertés doit *"vérifier, en se référant aux éléments d'information fournis par l'Autorité qu'il existait des indices laissant apparaître des faisceaux de présomptions d'agissements prohibés justifiant que soit recherchée leur preuve au moyen d'une visite et saisie"*. Dès lors, avait-il souligné, il incombe au premier président d'examiner suivant la méthode du faisceau d'indices si les éléments d'informations produits au soutien de la demande sont de nature à faire présumer l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Dans ce cadre, *"il revient seulement à la cour d'appel de vérifier, indépendamment de l'examen au fond de l'affaire, et sans que cela implique pour autant une appréciation préalable de sa part sur le bien-fondé des griefs et des sanctions"*, si le juge des libertés a bien opéré ce contrôle. C'est enfin sur la base d'une analyse détaillée des pièces qu'il avait conclu à l'insuffisance de ces présomptions à l'égard de la société concernée.

45. Les motifs de cassation sont donc manifestement plus à rechercher dans un désaccord sur l'appréciation factuelle menée par le premier président que sur l'objet du contrôle... L'exigence de présomptions suffisantes pour chacune des entreprises visées par l'ordonnance ne peut, elle, qu'être approuvée.

46. L'arrêt rendu par la Cour de cassation sur le pourvoi de Samsung est plus protecteur des droits des entreprises visées. Dans cette visite et saisie, les agents avaient recherché de manière prioritaire à sécuriser les locaux qu'ils comptaient visiter et cela les avait amenés à refuser à l'entreprise le droit de contacter l'extérieur pendant la mise sous scellés des bureaux concernés, ce qui n'aurait pris que quelques dizaines de minutes.

47. Si l'article L. 450-4 précise que l'exercice de la faculté de prévenir son avocat n'entraîne pas la suspension des opérations, il ne prévoit cependant pas la possibilité pour l'Autorité de différer l'exercice de la faculté.

48. La Cour de cassation annule dès lors purement et simplement l'ordonnance du premier président qui avait rejeté le moyen et les visites et saisies elles-mêmes au visa d'un attendu de principe particulièrement fort selon lequel il résulte de l'article L. 450-4 que, dans les procédures fondées sur la violation du droit de la concurrence, *"les droits de la défense peuvent être exercés par l'occupant des lieux dès la notification de l'ordonnance autorisant les opérations de visite et saisie"*.

3. La Cour de cassation et l'Autorité de la concurrence estiment à leur tour que l'absence de recours contre les mesures d'enquête portant sur la communication de documents prévues à l'article L. 450-3 du code de commerce n'est pas inconstitutionnelle (aff. *Brenntag* et *EPORA*)

49. Nous avons commenté dans la précédente revue d'actualité la décision du Conseil constitutionnel sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été transmise par la Cour de cassation dans le cadre de recours exercés par Brenntag contre des demandes de renseignements de l'Autorité. Ces recours avaient été rejetés comme irrecevables au motif que les demandes étaient fondées sur les pouvoirs d'enquête simple de l'article L. 450-3, qui ne prévoit aucune voie de recours¹⁰. À l'occasion de son pourvoi, Brenntag a soulevé une question préjudicielle de constitutionnalité, considérée comme sérieuse par la Cour de cassation, qui l'a renvoyée au Conseil constitutionnel. Ce dernier a jugé que l'article L. 450-3 ne confère aux enquêteurs *"ni un pouvoir d'exécution forcée pour obtenir la remise de ces documents, ni un pouvoir général d'audition ou un pouvoir de perquisition"*, ce qui suppose que l'entreprise communique *"volontairement"* les documents demandés et le fait que des sanctions administratives et/ou pénales soient encourues ne confère pas une portée différente à ces pouvoirs. Dans ces conditions, l'article L. 450-3 est conforme à la constitution, nonobstant l'absence de voie de recours immédiate et autonome¹¹.

50. La conventionnalité de l'article L. 450-3 une fois confirmée, il restait à la Cour de cassation à trancher les moyens de Brenntag liés en particulier à la conformité par rapport à la CEDH et à la charte des droits

⁹ La précédente revue d'actualité, *Concurrences* n° 1-2007, p. 250.

¹⁰ *Concurrences* n° 1-2007, p. 250. Contrairement à ce que nous pensions alors, ces recours n'ont pas été exercés dans le cadre de l'affaire d'entente dans le secteur des commodités chimiques mais dans une autre instruction relative à un éventuel abus de position dominante.

¹¹ Cons. const., déc. n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, *Société Brenntag*.

fondamentaux¹². Sa motivation pour rejeter ses moyens s'inscrit directement dans le prolongement de la décision du Conseil constitutionnel.

51. La Cour de cassation a par ailleurs estimé que les questions préjudicielles que Brenntag lui demandait de poser à la Cour de justice n'étaient pas nécessaires. La Cour de cassation approuve en effet la cour d'appel d'avoir considéré que les demandes de renseignements ne faisaient pas grief puisqu'elles n'étaient pas intrusives et qu'elles pouvaient faire l'objet d'autres recours (recours au fond contre la décision de sanction de l'Autorité, recours indemnitaire) assurant dès lors une protection juridictionnelle suffisante.

52. Comme le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation estime que, sur le fondement de l'article L. 450-3, seuls les documents volontairement communiqués peuvent être saisis et que la circonstance que le refus de communiquer les éléments demandés puisse donner lieu à une injonction sous astreinte ou à une amende ne confère pas une portée différente aux pouvoirs d'enquête simple.

53. De son côté, l'Autorité de la concurrence a rejeté dans l'affaire *EPORA* les moyens présentés par une entreprise qui avait fait l'objet d'une enquête simple dans ses locaux sur le fondement de l'article L. 450-3 en reprenant à son compte le raisonnement du Conseil constitutionnel et en l'étendant aux inspections¹³.

54. Dans le cadre d'une enquête simple, les agents ne peuvent en effet qu'accéder aux locaux professionnels et demander communication, de manière non coercitive, de documents professionnels et, le cas échéant, mixtes. Pour l'Autorité, ce droit de communication "*s'exerce en dehors de toute contrainte*" et comme l'a précisé le Conseil constitutionnel les pouvoirs en cause "*ne permettent pas d'exiger la communication de documents protégés par le droit au respect de la vie privée ou par le secret professionnel*". Dans ces conditions, pour l'Autorité, l'article L. 450-3 est conforme tant à l'article 6 qu'à l'article 8 de la CEDH.

55. Ces différentes décisions s'éloignent à notre sens dangereusement de la jurisprudence de la CEDH et de l'évidence de la nécessité d'un recours lorsque l'entreprise risque des sanctions si elle ne met pas à exécution les demandes des agents. Il faudra attendre une initiative malheureuse prise sur le fondement de ces pouvoirs pour voir la situation évoluer. Lorsque le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et l'Autorité sont sur la même ligne pour des raisons d'opportunité évidentes (éviter la multiplication des recours), il y a assez peu de chance d'évolution spontanée...

12 Cass. com., 26 avril 2017, pourvoi n° U 15-25.699 et W 15-25.701.

13 Aut. conc., déc. n° 16-D-28 du 6 décembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assistance foncière de l'établissement public foncier de l'Ouest Rhône-Alpes.

4. La vie privée de plus en plus présente dans les décisions des juridictions (aff. *Novartis*)

56. Dans un pourvoi concernant un recours dirigé contre la légalité et les conditions d'exécution d'une ordonnance de visite et saisie, la Cour de cassation a réaffirmé un certain nombre de principes avec force¹⁴.

57. On signalera notamment le fait que l'absence d'accès au juge ayant autorisé les visites pendant celles-ci ne saurait constituer un motif d'annulation dès lors qu'aucun texte ne prescrit que les parties ou leur avocat puissent accéder personnellement au juge et que cet accès s'est en l'occurrence exercé par le truchement de l'officier de police judiciaire qui a rendu compte au juge.

58. De même, la Cour de cassation estime "*acquis que les enquêteurs de l'Autorité ne sont pas tenus de communiquer avec précision les critères de sélection des données saisies ni de révéler les modalités techniques des saisies, les moteurs de recherche et les mots-clés utilisés*".

59. Mais il est également intéressant de relever la référence à la nécessité d'annuler la saisie et de restituer non seulement les documents couverts par le secret des correspondances avocat-client mais aussi ceux "*de caractère privé sans rapport avec les soupçons d'actes prohibés*".

60. Avec les vérifications aujourd'hui extensives réalisées par les agents des autorités, la saisie de documents de cette nature doit être autant que faire se peut évitée et lorsqu'elle n'a pu l'être, la protection des données et la restitution s'imposent en effet, sans attendre qu'elle soit ordonnée par le premier président.

61. En particulier lorsque la procédure des scellés fermés provisoires est utilisée par les agents, ces éléments devraient à notre sens pouvoir être expurgés en même temps que ceux couverts par le privilège avocat-client.

5. La cour d'appel de Paris fournit des indications utiles sur les scellés fermés provisoires et les procès-verbaux (aff. *Carrefour*)

62. Dans le cadre d'opérations de visite et saisie diligentées par la DIRECCTE, la pratique des scellés fermés provisoires avait été utilisée par les agents afin de sécuriser des données électroniques saisies et placées sur disque dur que les agents n'avaient pas eu le temps de traiter et trier pendant la visite elle-même¹⁵. Les scellés provisoires avaient été brisés quelques semaines plus tard pour

14 Cass. crim., 26 octobre 2016, pourvoi n° 15-83.477.

15 CA Paris, 14 décembre 2016, n° 16/11138, *Carrefour*.

procéder à la poursuite de l'examen de ces données, en présence de l'entreprise, pour lui permettre d'identifier et de faire extraire les données couvertes par le privilège avocat-client avant la saisie définitive des pièces concernées. La lecture de l'ordonnance ne révèle pas l'existence de difficultés particulières dans la mise en place de cette procédure.

63. L'entreprise demandait l'annulation des saisies concernées notamment au motif que la violation du secret professionnel intervient dès que les documents sont saisis par les agents et qu'ils avaient eu la possibilité de prendre connaissance des documents couverts par le privilège avant qu'ils ne soient écartés.

64. Le recours est rejeté au motif que la procédure des scellés fermés provisoires *“ne porte aucune atteinte aux droits fondamentaux, et notamment aux droits de la défense”*.

65. L'argument selon lequel ce processus conduit nécessairement les enquêteurs à prendre connaissance de documents couverts par le privilège, ce qui devrait conduire

dès lors à annuler les opérations, est jugé non pertinent. Le premier président rappelle qu'il en va de même s'agissant des opérations de contrôle des documents papier et que la seule prise de connaissance de documents couverts ne peut avoir comme conséquence que l'interdiction pour l'administration d'en faire état de quelque manière que ce soit. Aller au-delà consisterait à interdire à toute administration ou autorité indépendante de pratiquer toute forme de saisie, juge le premier président.

66. Le principal intérêt de l'arrêt est ailleurs. Pour répondre à l'entreprise visitée sur ce point, le délégué du premier président indique que *«la pratique des scellés provisoires offre une seconde garantie pour les sociétés visitées»*, la première des garanties résidant dans le fait *«à l'aide de mots discriminants, d'expurger une première fois les correspondances protégées par le privilège légal»*. En effet, c'est sur place qu'il convient de demander que les correspondances protégées soient expurgées par une manipulation très simple, l'ouverture des scellés pour débat et examen détaillé des pièces dans les locaux de l'Autorité ou de la DGCCRF n'ayant vocation qu'à concerner les documents qui auraient échappé aux premières opérations d'effacement. ■

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, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

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

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrenceuses, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

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

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUES INTERNATIONALES

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Reuves

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