

LES ENQUÊTES DE CONCURRENCE

A magnifying glass with a silver handle and a clear lens is positioned on the right side of the page. The lens is focused on the word 'ENQUÊTES' in the title, making it appear larger and more prominent. The rest of the title, 'LES' and 'DE CONCURRENCE', is in a smaller font.

Lundi 27 février 2017 - Mayer Brown, Paris

PROGRAMME

08:30 INSCRIPTIONS ET PETIT-DÉJEUNER

08:55 ACCUEIL ET REMARQUES INTRODUCTIVES

Nathalie JALABERT DOURY | Associée,
Mayer Brown, Paris

09:00 ALLOCUTION D'OUVERTURE

Thierry DAHAN | Vice-président,
Autorité de la concurrence, Paris

09:30 VADE-MECUM DES ENQUÊTES
DE CONCURRENCE :
LE B.A.-BA

André MARIE | Sous-Directeur adjoint,
Chef du bureau Politique
de la concurrence à la DGCCRF, Paris

Nathalie JALABERT DOURY | Associée,
Mayer Brown, Paris

10:30 PAUSE CAFÉ

11:00 LA LOYAUTÉ DANS LES
ENQUÊTES DE CONCURRENCE

Irène LUC | Présidente de la Chambre 5-4,
Cour d'appel de Paris, Paris

Sophie BRESNY | Chef du service investigations,
Autorité de la concurrence, Paris

Marc BARENNE | Référendaire, Tribunal de l'Union
européenne, Luxembourg

Modérateur : Laurence IDOT | Professeur, Université Paris II
Panthéon-Assas | Membre, Autorité de la concurrence,
Paris | Président, Comité scientifique de la Revue
Concurrences

12:00 RETOUR D'EXPÉRIENCE :
LES ENQUÊTES INTERNES

Elisabeth AVRIL | Associée Forensic,
Litiges et Investigations, Deloitte, Paris

Modérateur : Nathalie JALABERT DOURY | Associée,
Mayer Brown, Paris

13:00 BUFFET DÉJEUNER

70 PARTICIPANTS

46 ENTREPRISES

AFEP

Amynos

Angellillo

Bouygues Telecom

Capgemini France

CSDEM

EDF

Enedis

Engie

Esso SAF/ExxonMobil

GE Alstom

Gel Finances

GlaxoSmithKline Santé

Grand Public

GRDF

Guerlain

IBM

Janssen Cilag

Khuene + Nagel

La Poste

Lafarge France

Lagardère active

LG Electronics

Manpower France

Novartis

Orange

Pages Jaunes

Pernod Ricard

Powernext

Presstalis

PSA

Ranstad

RATP

SCA Hygiene products

Showroomprive

SNCF

Société Générale

Sonepar France

Strategis Group

TDF

Terreal

Thales

Total

Total Marketing Services

Vallourec Groupe

Veolia

Vivartes Services

ACCUEIL ET OUVERTURE

NATHALIE JALABERT DOURY

Le sujet des enquêtes mobilise encore et toujours les praticiens et ce n'est pas surprenant. Les pouvoirs d'investigation des autorités de concurrence sont en place depuis longtemps mais ils sont régulièrement modifiés et remodelés par la jurisprudence. Une enquête de concurrence reste par ailleurs toujours un événement mobilisateur et perturbateur pour l'entreprise, avec le potentiel d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence ou la Commission, avec tout ce que cela comporte comme risque

pour l'entreprise (amende, action civile, implication des personnes, aspects médiatiques...). Il est donc important d'avoir les bons réflexes.

Nous ferons un point sur la pratique des autorités avec André Marie avant de bénéficier de l'éclairage d'un panel plus que distingué sur la loyauté de la preuve en matière d'enquêtes de concurrence. Enfin nous aborderons le sujet des enquêtes internes, qui sont de plus en plus fréquentes

sur ces sujets et soulèvent des problématiques particulières. Mais avant cela, nous avons l'honneur et le plaisir d'accueillir Thierry Dahan pour introduire notre matinée. Je me réjouis tout particulièrement de sa participation à notre événement. Si les enquêtes ne relèvent pas du collège de l'Autorité mais de ses services d'instruction, il est important que le collège suive de près ce sujet compte tenu de son importance pour le respect des droits de la défense, ce qui est manifestement le cas. ■

THIERRY DAHAN

S'agissant de l'évolution des pratiques de nos enquêteurs, j'ai déjà eu l'occasion de souligner que le tri des documents dans les opérations de visites et saisies était la voie à privilégier car il est important de rapidement identifier et mettre à l'écart les pièces protégées par le secret des correspondances avocats-clients. Ce point a été, par le passé, trop souvent négligé par certains agents qui pensaient que cela pouvait être réglé plus tard dans la procédure. Ce qui n'est pas le cas. De manière générale, il est important que les avocats soient présents lors des visites et saisies. L'avocat est un auxiliaire de justice. Souvent il consolide la procédure. Mon passage à la Chancellerie m'a appris qu'un bon moyen de susciter des objections d'un magistrat, c'est d'évoquer devant lui un possible développement des procédures sans avocat...

La culture de la relation entre une administration et un usager a cédé la place, et c'est heureux, à la culture de la contradiction entre deux parties en présence des avocats. Cette présence peut parfois être moins confortable pour les enquêteurs, voire un peu chahutée, mais elle est toujours très utile. Je constate d'ailleurs que les seules opérations de l'Autorité qui ont été contestées avec succès sont celles où les choses se sont mal passées avec les avocats durant les opérations. Chaque fois que la question de l'avocat, que ce soit pour la sélection des documents saisis

ou sa simple présence auprès de son client, a été correctement traitée nous avons gagné nos contentieux.

S'agissant du second sujet, celui de la loyauté de la preuve et notamment celui des enregistrements clandestins, il s'agit moins d'une appréciation de fait que du choix du terrain sur lequel on se place. Si on se place sur terrain pénal, caractérisé par la liberté de la preuve, la seule limite est la loyauté de la procédure et donc des enquêteurs (position qu'avait initialement retenue la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Philips*). Si on se place sur le terrain civil, on doit apprécier la loyauté de la preuve du point de vue de la partie mise en cause sans considération du comportement loyal des enquêteurs, position malheureusement retenue par la Cour de cassation pour les enquêtes de concurrence. L'argument principal de la Cour est qu'en matière de concurrence le code de commerce ne permet pas d'appliquer la procédure pénale sans mention expresse. Cet argument pourrait donc être levé par la loi. Enfin, on pourrait imaginer une position intermédiaire qui puiserait des éléments dans la procédure civile tout se préoccupant de l'effet utile des enquêtes comme le fait la procédure pénale, notamment en tenant compte de la loyauté des enquêteurs. Le sujet n'est d'ailleurs pas stabilisé au niveau européen. Dans sa décision « crevettes » (*Goldfish*), le Tribunal

a pris une position contraire à celle de la Cour de cassation française en validant des enregistrements clandestins, dans des circonstances de fait, il est vrai, assez différentes puisqu'on ne parlait pas du comportement d'un plaignant mais de celui d'un demandeur de clémence. Le sujet reste donc d'actualité.

Enfin, les enquêtes internes sont de fausses visites que les avocats effectuent parfois à la demande des clients et j'en ai fait l'expérience personnelle lors de ma courte carrière d'avocat. Elles se font souvent assez loin des sièges sociaux et peuvent être assez drôles à réaliser. Il s'agit, en prétextant une enquête, de vérifier que les filiales ou les établissements respectent les recommandations du siège, par exemple prévenir les avocats et la hiérarchie en cas de raid inopiné. Dans mon cas, la filiale ne l'avait pas fait. Les pratiques de terrain dans l'entreprise sont parfois éloignées ce que recommandent le *top management* et la direction juridique. La question est importante puisqu'une entreprise est responsable de toutes ses pratiques internes jusqu'à celles du plus ignorant de ses employés. Dans la réalité, les directions générales des grands groupes ont rarement une vision complète de ce qui se passe dans l'entreprise.

Voilà donc trois beaux sujets et de beaux débats en perspective. ■





PANEL 1

VADE-MECUM DES ENQUÊTES DE CONCURRENCE : LE B.A.-BA

ANDRÉ MARIE

Le dispositif français de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (pac) est mature depuis 2008. L'Autorité de la concurrence (ADLC) exerce la plénitude des pouvoirs, mais la DGCCRF conserve un rôle important qui n'est pas limité à la sanction des pac locales. Elle détecte les indices de pac plus larges et réalise les enquêtes. Ainsi en 2016, 10 des 12 décisions de l'ADLC sanctionnant des pac sont issues d'une enquête entièrement réalisée par la DGCCRF. Huit unités (BIEC) sont réparties sur le territoire et regroupent des spécialistes de l'enquête. L'écoute des professionnels est cruciale car c'est d'eux que viennent souvent les indices les plus précieux, notamment par les plaintes déposées. Les indices filtrés par les BIEC sont proposés par la DGCCRF au Rapporteur général de l'Autorité, qui prend la direction de l'enquête, ou la laisse à la DGCCRF. Une fois l'enquête terminée, le Rapporteur général propose à l'Autorité de s'autosaisir lorsqu'il s'agit de pratiques nationales, ou laisse le soin à la DGCCRF de sanctionner les pratiques locales. La DGCCRF réalise une cinquantaine d'enquêtes par an, et parvient à caractériser des pratiques dans 44% des cas, ce qui montre la qualité du travail d'enquête.

Les preuves présentes dans les rapports d'enquête sont issues des recherches effectuées sur le fondement de l'article L450-3

(pouvoirs simples) ou L450-4 (pouvoirs coercitifs) du Code de commerce, beaucoup plus rarement de dénonciations de faits dans le cadre de procédures de clémence, comme c'est la majorité des cas pour la Commission. Le système de clémence national nécessite toujours une enquête.

Plus de 80% des enquêtes PAC sont réalisées avec des pouvoirs simples, qui comprennent : le droit d'accéder aux locaux (8-20h, ou la nuit en cas d'ouverture), de demander la communication de documents professionnels (c'est-à-dire ceux dont l'établissement est obligatoire ou indispensable à l'activité de l'entreprise), en obtenir ou prendre copie par tous moyens, recueillir sur convocation ou sur place renseignements et informations nécessaires au contrôle. Dans sa décision *Brenntag* du 8 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a jugé qu'un recours immédiat contre une demande d'accès ou de communication n'était pas nécessaire car il s'agit de pouvoirs non coercitifs, qui ne sont pas susceptibles en eux-mêmes de faire grief aux entreprises.

NATHALIE JALABERT DOURY

L'enquête simple peut cependant être lourde et frustrante pour l'entreprise. Le maintien du statu quo établi par le Conseil constitutionnel invite les autorités de concurrence à la modération quand elles agissent sur le fondement de l'article L450-3.

ANDRÉ MARIE

En effet il ne s'agit pas de demander aux entreprises un travail qui revient aux enquêteurs. Le Conseil constitutionnel a rappelé que des voies de recours indirectes (excès de pouvoir, recours indemnitaire) existent toujours en cas de demande abusive. Si des recours immédiats étaient institués, il y aurait rupture de l'équilibre entre le respect des règles établies par le législateur pour la défense de l'ordre public économique et la protection du consommateur et l'atteinte aux libertés individuelles que ces contrôles non coercitifs sont éventuellement susceptibles de générer. La décision *Brenntag* est donc raisonnable.

NATHALIE JALABERT DOURY

En cas d'enquête, les entreprises doivent donc identifier le fondement du contrôle : en 450-3, l'entreprise est tenue par une obligation de coopération mais il n'y a pas d'obligation de répondre aux questions de fond des enquêteurs ou de devoir compiler et trier des documents volumineux.

ANDRÉ MARIE

Les pouvoirs simples ont été renforcés par la loi du 17 mars 2014, et incluent désormais : l'accès aux logiciels (qui n'est pas une perquisition informatique mais une adapta-



tion des pouvoirs au monde moderne où tout est informatisé et de nombreux documents traditionnels inexistant en papier), relever l'identité des personnes contrôlées, recourir à toute personne qualifiée, différer la révélation de leur qualité ou prendre des identités d'emprunt (rare en matière de PAC).

Les OVS fondées sur les pouvoirs coercitifs de l'article L450-4 sont beaucoup plus rares mais concentrent les discussions car elles posent des problèmes particuliers et suscitent plus d'émotion. Une décision d'enquête du ministre de l'économie, du Rapporteur général de l'Autorité, ou de la Commission est nécessaire, ainsi qu'une autorisation par le JLD. Ce dernier est représenté par un OPJ durant les opérations, qui commencent entre 6 et 21 heures. Elles ont lieu dans des locaux professionnels ou privés, impliquent un droit de fouille et de saisie, la pose de scellés. Les pouvoirs de la Commission européenne se situent entre les articles L450-3 et L450-4 car ils incluent l'examen de tous les documents présents dans un bureau mais pas de droit de fouille, le droit d'obtenir une copie des documents mais pas de les saisir. Aucune autorisation judiciaire n'est nécessaire. Souvent des agents de l'Autorité munis d'une autorisation judiciaire sont présents pour réaliser une OVS en cas de blocage, mais ce n'est jamais mis en œuvre en pratique.

NATHALIE JALABERT DOURY

Dans mon expérience, l'ordonnance judiciaire est systématiquement obtenue et il n'est pas nécessaire de la mettre en œuvre, la menace est très efficace, ce qui signifie en pratique que les pouvoirs sont les mêmes, mais pas les recours...

ANDRÉ MARIE

La nature des pouvoirs d'enquête à mettre en œuvre relève d'un choix discrétionnaire de l'Autorité ou de la DGCCRF. L'administration peut avoir recours aux pouvoirs de l'article L450-4 si elle obtient une autorisation à cette fin, une enquête préalable en L450-3 n'est pas nécessaire. Une enquête commencée en L450-4 peut par ailleurs se poursuivre en L450-3. Le fait pour la DGCCRF d'avoir informé l'ADLC de l'ouverture d'une enquête (L.450-5) n'a pas à figurer dans l'ordonnance d'autorisation du juge, pas plus que ce dernier ne doit en contrôler l'effectivité, il s'agit d'une mesure purement interne aux 2 institutions et qui ne fait pas grief. Pour justifier le recours à L450-4, les présomptions de pac ne sont pas celles du Code civil (1349 et suivants) qui constituent un mode de preuve d'un fait. Les indices sont appréciés globalement par le juge et il n'est pas nécessaire à

ce stade de discerner un marché pertinent, que l'enquête doit justement déterminer.

Les conditions du déroulement d'une OVS sont bien fixées par la jurisprudence. Le droit d'accès au JLD n'a pas à être mentionné dans l'ordonnance. L'OPJ ne réalise pas les fouilles, il est l'intermédiaire entre les parties et le juge et doit donc décider des incidents qui méritent d'être portés à la connaissance du juge. Le débat contradictoire sur la légalité de la saisie de telle ou telle pièce n'a pas sa place pendant les OVS. En effet la loi a prévu des recours spécifiques pour cela. Les perquisitions informatiques peuvent donner lieu à la saisie de correspondances clients/avocats. Le scellé fermé provisoire mis en place en 2015 (et validé par la cour d'appel de Paris) permet justement d'écarter ces pièces de la saisie quelques jours après les opérations et d'en assurer pleinement la protection conformément à la loi. Nathalie Jalabert Doury

Selon l'arrêt Carrefour, le recours aux scellés provisoires n'est que le second moyen de protection, le premier repose sur l'indication aux enquêteurs des mots clefs qui leur permettront d'identifier les correspondances avocat/client afin qu'elles soient immédiatement écartées du champ de la saisie. ■



PANEL 2

LA LOYAUTÉ DANS LES ENQUÊTES DE CONCUSSION

LAURENCE IDOT

En matière d'obtention des preuves, un juste équilibre est à trouver entre les pouvoirs des autorités et les droits des entreprises. Du côté des autorités, un double mouvement peut être identifié : on constate à la fois un accroissement des pouvoirs d'enquête (aussi bien en droit de l'Union qu'en droit français) et une diversification des moyens de preuve en raison notamment du rôle joué par les demandes de clémence. Parallèlement, un renforcement des droits des entreprises est nécessaire. Il s'est d'abord traduit par une intensification du contrôle de légalité des enquêtes (arrêt *Ravon* de la CEDH notamment), qui reste un sujet débattu comme l'a montré récemment la décision *Brenntag* du Conseil Constitutionnel. Mais au-delà du contrôle de légalité, on peut se demander s'il ne faut pas aussi introduire un contrôle sur la loyauté. Le récent arrêt du Tribunal de l'Union dans l'affaire des « crevettes » (*Goldfish*) relance le débat. Sa portée sur la jurisprudence française prête à discussion.

Je ne suis pas sûre qu'il bouleverse la position de la Cour de Cassation. Il convient notamment de distinguer entre les documents préconstitués à dessein par la « victime », comme dans l'arrêt *Phillips*, et les documents préexistants trouvés par l'autorité à l'occasion d'une enquête dont la légalité n'est pas contestée.

SOPHIE BRESNY

Le principe de loyauté est un instrument important de moralisation de la procédure. En pouvoirs simples, les rapporteurs sont soumis au principe de non-incrimination des entreprises, qui ne sont pas obligées de fournir des réponses qui conduisent à reconnaître une infraction. En conséquence, les enquêteurs ont l'obligation de s'identifier et de préciser l'objet de l'enquête (entendu de manière large). La requête présentée au JLD pour une opération fondée sur l'article L450-4 doit être fondée sur des documents ayant une origine apparemment licite (souvent obtenus avec pouvoirs simples, ou des données publiques). Le principe de loyauté n'impose pas de présenter à l'entre-

prise l'ensemble des documents en la possession des enquêteurs (mais celle-ci doit pouvoir consulter chacune des pièces mentionnées dans la requête), ni de produire des documents à décharge à ce stade. Des documents anonymisés, mais pas anonymes, peuvent être versés au dossier. La loyauté est encore garantie par la présence de l'OPJ et la possible saisine du JLD pendant l'opération de visite et de saisies. Quant à l'influence de l'arrêt *Goldfish*, elle peut se percevoir dans la décision de l'Autorité relative aux titres restaurant, où ont été admis comme preuve des documents remis par d'anciens salariés, sans transmission illégale manifeste.

IRÈNE LUC

L'origine de certaines pièces est moins claire et peut poser problème. Dans sa décision *Avantage* de 2005, le Conseil avait soigné ses motivations pour établir l'admissibilité d'un enregistrement clandestin réalisé par un tiers, en mettant en avant la proximité de la matière concurrentielle avec la matière



pénale. Il s'était inspiré de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur la question, retenant que la preuve était recevable à condition qu'elle n'émane pas des enquêteurs, que la preuve soit particulièrement difficile à rapporter, que la preuve déloyalement obtenue fasse l'objet d'un large débat contradictoire permettant aux accusés d'en contester l'exactitude, qu'elle ne constitue qu'un élément d'un faisceau de preuves. La cour d'appel de Paris a fait sien ce raisonnement, que l'Assemblée Plénière a repoussé : sauf disposition expresse du code de commerce, c'est bien le CPC qui s'applique, pas des principes tirés de la matière pénale. La solution rend plus difficile le travail des autorités et laisse démunies les victimes de certaines pratiques pourtant graves. L'affaire *Goldfish* ne présente pas la même situation qu'*Avantage*. Dans le cas français il y a un élément de provocation, alors que le Tribunal précise dans son arrêt que les enregistrements ne sont une preuve pas préconstituée et que l'entreprise n'avait pas un intérêt personnel à enregistrer les propos en cause.

MARC BARENNES

À la différence des juridictions françaises, les juridictions de l'Union n'ont jamais consacré l'existence d'un principe de loyauté dans l'administration de la preuve pour établir une infraction de concurrence. Toutefois, dans deux arrêts récents (*Goldfish* et *FSL Holding*), le Tribunal a rappelé sans ambiguïté possible que le droit de l'Union ne saurait admettre des preuves recueillies en méconnaissance totale de la procédure prévue pour leur établissement et visant à protéger les droits fondamentaux des intéressés. En la matière, le Tribunal tend à s'appuyer sur la jurisprudence de la CEDH. Dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt *Goldfish*, des inspections aux Pays-Bas avaient permis la saisie d'enregistrements d'écoutes téléphoniques. Ces enregistrements avaient été réalisés par un employé et concernaient des conversations avec ses concurrents permettant d'établir des pratiques anticoncurrentielles. La question juridique posée était

donc celle de savoir si ces enregistrements illégalement réalisés par l'entreprise, mais qui avaient été légalement saisis par la Commission dans le cadre de ses inspections, pouvaient être utilisés par la Commission pour établir une infraction à l'article 101 TFUE. Dans son arrêt, qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi, le Tribunal a répondu de manière positive à cette question. Il a en effet considéré que ces enregistrements étaient recevables, à la double condition qu'ils puissent être contestés dans le cadre d'un procès équitable et corroborés par d'autres preuves. Pour parvenir à ce résultat, le Tribunal s'appuie très largement sur les solutions adoptées par la Cour de Strasbourg dans les arrêts *Shenckel* et *Popescu*. Les récents arrêts *Goldfish* et *FSL Holding* sont également particulièrement intéressants en ce qu'ils reflètent le souci du Tribunal de trouver un juste équilibre entre la protection, d'une part, de l'efficacité des enquêtes de concurrence et, d'autre part, des droits des entreprises. ■



PANEL 3

RETOUR D'EXPÉRIENCE : LES ENQUÊTES INTERNES

ELISABETH AVRIL

Les enquêtes internes peuvent intervenir dans différents contextes : en prévention afin notamment de permettre aux sièges de mesurer les risques et de construire l'avenir à partir d'une bonne vision de la réalité des opérations sur le terrain, ou en réaction à une situation de crise.

Trois axes retiennent particulièrement notre attention : la gestion du temps (les délais peuvent être essentiels et sur ce thème, nous notons qu'il est très différent d'intervenir sur un terrain où les modalités d'action d'une enquête interne ont été anticipées), la fiabilité des résultats (la décision d'engager une procédure de clémence doit être prise rapidement sur la base d'informations jugées suffisamment fiables, et les opérations de terrain doivent donc impérativement

être conduites par des professionnels expérimentés), la valeur de l'enquête (quelles que soient ses conditions, elle est l'occasion de créer de la valeur : mieux faire comprendre l'importance du sujet, écouter, améliorer les processus, voire limiter les dommages en situation de crise).

Sur le plan méthodologique, la phase de préparation est essentielle, même en cas d'urgence : la compréhension des enjeux, du contexte, la prise en compte de la stratégie envisagée et enfin, le plan de communication envers les parties visitées méritent une attention particulière. L'élucidation des questions posées pourra être conduite de différentes manières et pourra être impactée, dans son mode opératoire, par certains enjeux politiques ou stratégiques au sein du groupe. Les méthodes d'intervention

incluent des entretiens, notamment informels, qui permettent d'établir des relations de confiance et d'accéder à un dialogue de bonne qualité, l'intelligence économique, qui contribue à la compréhension des liens entre les parties prenantes, et enfin l'examen de documents.

Les outils technologiques aujourd'hui à notre disposition permettent d'intervenir plus vite, plus intelligemment et d'obtenir des résultats de belle qualité.

Au stade premier du tri des documents sous scellé provisoire par exemple, l'application d'un protocole convenu pourra être gérée et documentée dans des délais très courts.

Puis les données collectées pourront faire l'objet de techniques de *Data analytics* permettant d'appréhender globalement des



volumes parfois gigantesques d'informations disponibles et de repérer les données pertinentes ainsi que certains signaux non identifiés au préalable. Il existe aujourd'hui d'une part des outils prédictifs qui accélèrent le processus de revue des documents, et d'autre part des outils puissants d'aide à la visualisation qui permettent de travailler dans l'incertitude, et d'orienter intelligemment la revue à un stade où les paramètres de l'enquête n'ont pas été encore établis .

NATHALIE JALABERT DOURY

L'enquête interne est un outil central dans un programme de conformité et les autorités de concurrence l'évoquent très directement dans leurs recommandations en la matière. Dans ce contexte, il peut arriver que les premières investigations internes

soient menées dans un premier temps sans que les collaborateurs concernés en soient informés. Mais une telle démarche peut vite faire problème si les entreprises n'ont pas une charte informatique et des déclarations CNIL qui leur permettent de consulter les messageries des salariés. De manière générale le respect du droit du travail est une vraie préoccupation dans la mise en œuvre d'une enquête interne.

L'organisation d'interviews est assez classique après les inspections des autorités ou en dehors de toute procédure. Les faire mener par un conseil externe permet une mise à distance entre l'entreprise et les collaborateurs, ce qui peut permettre de rendre les choses moins difficile. Une annexe au règlement intérieur du barreau

de Paris a été ajoutée récemment afin de préconiser un certain nombre de mesures de précaution dans un tel contexte que nous étions déjà nombreux à appliquer en pratique. Dans ce cadre en effet, l'avocat est le conseil de l'entreprise et non celui du salarié.

Une autre difficulté réside dans le fait que le *legal privilege* fasse l'objet de définitions divergentes en Europe. Dans une enquête interne, le sort des conclusions et des notes prises diffère généralement des retranscriptions d'entretiens: les conclusions et notes d'avocats sont protégées par le privilège avocat/client, les secondes ne sont pas protégées si elles doivent être considérées comme des entretiens avec un tiers par rapport à l'entreprise client de l'avocat. ■

ENTRETIEN AVEC ANDRÉ MARIE, DGCCRF, PAR NATHALIE JALABERT-DOURY, MAYER BROWN



La loi Sapin 2 a expressément prévu que les autorités comme l'ARJEL, l'AMF ou l'ACPR peuvent désormais communiquer les éléments pertinents rassemblés au cours de leurs enquêtes. Pensez-vous que cela va conduire à des enquêtes supplémentaires ?

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin 2), modifiant la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, prévoit dans son article 76 que :

« L'Autorité de régulation des jeux en ligne et l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation coopèrent entre elles. Elles peuvent se communiquer les renseignements et documents utiles à l'accomplissement de leurs missions respectives, y compris ceux couverts par le secret professionnel. Les renseignements et documents recueillis conformément au premier alinéa sont couverts par le secret professionnel en vigueur dans les conditions applicables à l'autorité qui les a communiqués et à l'autorité destinataire. »

S'il est prévu dans le texte une coopération entre l'ARJEL et l'AMF, et l'ARJEL et l'ACPR, rien n'est expressément prévu entre la DGCCRF et l'AMF ou l'ACPR.

Toutefois, leur collaboration est déjà effective puisque, à titre d'exemple, ces quatre autorités et le Parquet de Paris ont dressé, le 31 mars 2016 un bilan sans appel du danger que

constituent les propositions d'investissement visant le grand public sur Internet, en indiquant, chacune de leur côté les moyens qu'elles mettent en œuvre pour lutter contre des pratiques mais également les initiatives de lutte et d'investigations conjointes qu'elles entendaient appliquer : transmission des plaintes et des signalements, collaboration dans le cadre d'enquêtes.

La loi Sapin 2 prévoit aussi que : « *Les agents de la direction générale des douanes et droits indirects, les agents de la direction générale des finances publiques et les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peuvent se communiquer spontanément ou sur demande tous documents et renseignements détenus ou recueillis dans le cadre de l'ensemble de leurs missions respectives.* »

Il existe déjà dans le code de commerce (article L.450-7) la disposition suivante : « *Les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques.* »

La DGCCRF est donc déjà en mesure d'obtenir, à sa demande, des documents ou des informations susceptibles de l'aider à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, la communication spontanée d'éléments utiles à l'accomplissement de ses missions sera sans aucun doute une source supplémentaire de détection de dysfonctionnement de concurrence, gage de l'efficacité de la lutte contre de telles pratiques.

La pratique des scellés fermés provisoires est maintenant en place depuis de nombreux mois. Quel bilan en faites-vous à ce stade ? Des évolutions vous paraissent-elles nécessaires ?

La procédure du scellé fermé provisoire (SFP) a été mise en place par la DGCCRF et l'ADLC en 2015 avec pour objectif d'écartier les consultations d'avocats des documents saisis dans les messageries des entreprises. Il convient de rappeler que la position de la Cour de cassation est constante sur la question de la saisie de messagerie depuis ses premières décisions en 2009 qui, désormais, sont au nombre d'une vingtaine. De plus, par un arrêt du 2 avril 2015, la Cour européenne des droits de l'homme a validé les méthodes de perquisition informatique mises en place par l'Administration^[1].

Le juge constate que les enquêteurs ont bien effectué des recherches sur les messageries afin de vérifier que celles-ci contiennent des documents entrant dans le champ de l'autorisation donnée avant de procéder à leur saisie globale. Il valide la saisie en confirmant que les fichiers de messagerie sont insécables, et peuvent être saisis dans leur intégralité. Leur contenu est garanti par une empreinte numérique donnée par le système informatique, toutes modifications étant ainsi décelables. Néanmoins, l'Administration a souhaité mettre en place la procédure dite du scellé provisoire pour mieux assurer encore la protection des pièces saisies, écartier rapidement certaines pièces des scellés constitués et permettre aux entreprises de se concentrer sur les autres aspects du dossier.

Dans les décisions les plus récentes, les juges du fond adoptent la même position que la Cour de cassation, à savoir que la saisie de la totalité de la messagerie s'impose dès lors qu'il a été constaté que, pour partie, elle contient des fichiers ou documents qui entrent dans le champ de l'autorisation donnée par le juge des libertés. Cela étant, si une correspondance avocat/client se trouve dans la messagerie, la saisie de cette pièce est annulée et devra être expurgée du scellé.

Ainsi, au cours de l'enquête et en cas de saisie de documents numériques, la question est systématiquement posée à l'entreprise (l'occupant des lieux) de la présence dans la messagerie de documents relevant du secret de la correspondance avocat-client.

La procédure se déroule ainsi :

1. Les fichiers retenus par les enquêteurs sont copiés sur un support numérique ; ils sont mis sous scellés provisoires et conservés (fermés) par la DGCCRF. Aucune copie de fichiers n'est réalisée, seul est établi le support faisant l'objet du SFP ;

2. En fin d'opération une date d'ouverture du SFP est fixée avec l'occupant des lieux ou en cas de difficulté les jours suivants par lettre recommandée avec accusé de réception. La date retenue est fixée à deux ou trois semaines suivant l'opération.

Depuis la mise en place du SFP, la DGCCRF a réalisé plus de vingt opérations dans lesquelles elle a utilisé le SFP sans que cette procédure n'ait conduit à de réelles difficultés, même si elles nécessitent un temps d'opération supplémentaire et mobilise donc l'occupant des lieux, l'officier de police judiciaire et les enquêteurs.

Une première décision intéressante a été rendue par la Cour d'appel de Paris le 16 décembre 2017 dans une affaire Carrefour en matière de pratiques commerciales restrictives (PCR). Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

L'entreprise soutenait que la pratique du SFP serait, par essence, insuffisante et inefficace dans la mesure où les enquêteurs auraient eu la possibilité d'accéder et de prendre connaissance du contenu des documents relevant de la protection accordée par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971.

La Cour d'appel de Paris a tout d'abord validé la procédure de SFP en indiquant qu'elle permettait à l'entreprise de faire connaître aux enquêteurs les pièces qui, d'après elle, pourraient bénéficier de la protection liée à la confidentialité des correspondances avocat-client. Ainsi, ces documents peuvent être rapidement supprimés des fichiers de messagerie dans lesquels ils figurent, étant précisé que la société visitée peut refuser

d'utiliser cette procédure qui lui est proposée. La Cour en conclut que cette procédure ne porte aucune atteinte aux droits fondamentaux, et notamment aux droits de la défense.

La Cour précise également que l'argument selon lequel la prise de connaissance par les enquêteurs des documents relevant du privilège légal devait entraîner l'annulation des opérations, n'est pas pertinent. En effet, la Cour indique que les enquêteurs sont amenés, lors des opérations de visite et saisie à prendre connaissance de documents « papiers » pour décider ou non de les appréhender. D'ailleurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 11 juin 2013 (n° 12-21944) relatif à la procédure de visites et saisies prévue par l'article L. 16B du livre des procédures fiscales, qu'« *il ne résulte ni de ce texte ni d'aucun autre texte que seul l'officier de police judiciaire peut appréhender des documents couverts par le secret professionnel, en prendre connaissance ou les lire* ». Cette décision est parfaitement transposable à la procédure de visite et saisie prévue par l'article L. 450-4 du code de commerce. C'est bien ce qu'a déjà décidé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt Electrolux France du 6 janvier 2016 n° 13/23293: « *S'il est établi que le secret professionnel sus-mentionné doit être respecté de manière stricte, il est certain que les agents peuvent prendre connaissance des documents afin de juger s'ils doivent ou non les saisir et qu'il n'est nullement discuté que les documents couverts par le secret professionnel de l'avocat ne sont pas saisissables* ».

Quels sont les secteurs économiques/questions de concurrence prioritaires pour les enquêtes de concurrence de la DGCCRF en 2017 ?

Chaque année, les priorités ministérielles sont définies et les orientations de contrôle sont engagées sous forme d'enquêtes thématiques ou sectorielles.

Le Plan national d'enquête de la DGCCRF, ainsi que les secteurs et les questions prioritaires de concurrence ne sont pas rendus publics pour des raisons évidentes de préservation de la preuve d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. La DGCCRF s'intéressera aux secteurs émergents, tels que ceux liés à l'économie collaborative mais également à la commande publique et aux secteurs qui restent encore sources de dysfonctionnement comme le secteur de la construction par exemple.

La DGCCRF contribue par ailleurs de manière déterminante à la détection des pratiques anticoncurrentielles en mobilisant son réseau territorial qui s'appuie, depuis le 1^{er} janvier 2010, sur les services déconcentrés issus de la Réforme de l'administration territoriale de l'État : les DIRECCTE (directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la

consommation, du travail et de l'emploi) ou les DIECCTE (directions des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) pour les régions ultramarines monodépartementales, les directions départementales interministérielles (DDI) dont les directions départementales de la protection des populations (DDPP) ou directions départementales de la cohésion sociale et de la protection des populations.

La détection des indices PAC est une mission transversale au titre de la veille concurrentielle et qui concerne donc toutes les divisions de ces unités quelle que soit leur organisation.

Cette détection peut ainsi résulter de plusieurs sources : le traitement des plaintes (des professionnels ou des consommateurs), la réalisation de tâches spécifiques (enquêtes sectorielles) en matière de recherche d'indices PAC (nationales ou régionales), la veille concurrentielle au titre de la commande publique, d'informations économiques reprises par les médias ou encore de signalements recueillis à l'occasion d'enquêtes hors concurrence.

Le traitement des indices doit réunir toutes les informations nécessaires pour lancer une enquête. L'article L. 450-5 du Code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence est informée avant leur déclenchement des investigations que la DGCCRF envisage de mener pour rapporter les preuves d'une pratique anticoncurrentielle et peut alors prendre l'enquête à sa charge. Si l'Autorité de la concurrence ne prend pas l'indice en charge, la DGCCRF réalise elle-même l'enquête.

Lorsque l'enquête est réalisée par la DGCCRF, l'article L. 450-5 du Code de commerce prévoit que celle-ci en informe l'Autorité de la concurrence qui dispose alors d'un délai de 2 mois pour s'autosaisir du rapport d'enquête.

Il est à noter qu'en 2016, les rapports d'enquêtes réalisés entièrement par la DGCCRF, et qui ont fait l'objet d'une autosaisine par l'ADLC, représentent 10 des 12 décisions prononcées par l'ADLC ayant sanctionnées des pratiques anticoncurrentielles, soit plus de 80%. Il en est ainsi des décisions suivantes : transports scolaires dans le Bas-Rhin (16-D-02), fourniture et maintenance de cuisines professionnelles (16-D-05, 16-D-06 et 16-D-26), treillis soudés à La Réunion (16-D-09), produits en zinc (16-D-14), appareils de chauffage mobiles (16-D-17), agences de mannequins (16-D-20), marchés de l'assistance foncière Epora à Lyon (16-D-27 et 16-D-28).

La diversité des secteurs qui ont fait l'objet de sanctions indique que la vigilance de la DGCCRF s'exerce pleinement grâce à sa présence sur tout le territoire et à la réactivité de son réseau ce qui traduit une très étroite coopération avec l'ADLC. ■

VIDÉOS

Pendant la conférence, les intervenants ont résumé leurs propos dans des courtes vidéos. Vous pouvez les consulter sur le site de la Revue Concurrences (Séminaires > Les enquêtes de concurrence Paris, 27 février 2017).



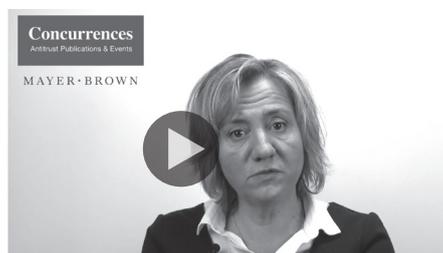
Elisabeth AVRIL
Associée Forensic, Litiges et Investigations,
Deloitte, Paris



Marc BARENNE
Référéndaire, Tribunal de l'Union
européenne, Luxembourg



Sophie BRESNY
Chef du service investigations,
Autorité de la concurrence, Paris



Nathalie JALABERT DOURY
Associée, Mayer Brown, Paris



Irène LUC
Présidente de la Chambre 5-4, Cour
d'appel de Paris, Paris



André MARIE
Sous-Directeur adjoint, Chef du bureau
Politique de la concurrence à la DGCCRF,
Paris

TÉMOIGNAGES



“Excellent panorama des pratiques en la matière très complet et surtout très concret.”

BERNARD LESAGE, La Poste



“Des présentations très claires sur des sujets pointus de la part d’experts reconnus. Un vrai atout pour les entreprises soucieuses d’appréhender le risque des enquêtes concurrence.”

ROLAND GALINIER, Enedis



“Matinée dédiée aux enquêtes : extrêmement enrichissante par la qualité de chacun des intervenants. Chaque sujet a été traité dans son intégralité, sans avoir des redondances. Pratique et pointu.”

BLANCA CECILIA TAPIAS RIVIÈRE, GE Alstom



“Interventions très claires et complètes sur les pratiques d’enquêtes qui permet d’appréhender ce point sous un angle pragmatique”

PAULINE ROSTAND, SCA



“Des présentations très claires, très riches, dans le vif du sujet. Un rendez-vous à ne pas manquer.”

ELISABETH AVRIL, Deloitte



“Ces interventions m’ont permis de mesurer la complexité des situations au regard de la loi et donc de reconnaître la nécessité de se faire accompagner par des experts compétents en la matière ”

GÉRY-EDOUARD LANTHIER, Gel Finances



“L’essentiel a été dit et abordé avec clarté, par des intervenants de grande qualité.”

SYLVIE AUFFRAY, GE Alstom



Concurrences Review

CONCURRENCES REVIEW

Concurrences is a print and online quarterly peer-reviewed journal dedicated to EU and national competitions laws. Launched in 2004 as the flagship of the Institute of Competition Law, the journal provides a forum for both practitioners and academics to shape national and EU competitions policy. Print and online versions.

As a publication by an independent publisher, Concurrences enjoys unmatched editorial freedom. The Scientific Committee sets up the Editorial Policy and ensures rigorous peer-review in order to achieve the highest academic standards. The International Committee actively promotes Concurrences abroad and in the US by organizing conferences, workshops and in-house seminars. ■

www.concurrences.com

45
Issues released

15000
Articles

260
Pages per issue

1500
Authors

Concurrences Conferences

CONFERENCES, WORKSHOPS, LUNCH TALKS, DINNERS

SINCE 2004

300

EVENTS 5 cities: Brussels, Paris, London, New York, Singapore, Washington DC



Concurrences holds events in Paris, Brussels, London, New York, Washington and Singapore. Since 2004, more than 300 events took place, gathering over 9000 attendees. Some of these events have helped shaping antitrust policies. Most have been published. Concurrences events partners are leading antitrust universities (New York University, George Washington University, George Mason University, Northwestern University, Paris Sorbonne-Assas University, King's College of London) international law firms and economic consulting firms.

Speakers

Frédéric Jenny, Bill Kovacic, Bruno Lasserre, Massimo Motta, Margrethe Vestager... ■

175

CONFERENCE PAPERS
Conference papers published online

1200

SPEAKERS Enforcers, Judges, Lawyers, Economists, Academics

9000

ATTENDEES 1/3 in-house counsels, 1/3 private practice lawyers, 1/3 enforcers & academics