



L'Autorité de la concurrence : les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense

La dissymétrie entre les moyens et les pouvoirs laissés à la disposition des entreprises, d'une part, et de l'État, d'autre part, est renforcée dans le cadre actuel de la mondialisation. La question des Autorités administratives indépendantes illustre la recherche de cet équilibre délicat qui constitue, en outre, un véritable choix politique.



Par Emmanuel DAOUD

Avocat
Cabinet Vigo



Et Sarah ALBERTIN

Avocat
Cabinet Vigo

→ RLDA 5124

On remarque que les États-Unis, conscients de l'impossibilité financière et structurelle de renforcer les pouvoirs d'enquête des autorités de contrôle ont décidé, en matière économique, de transférer la charge de l'enquête aux entreprises elles-mêmes et de se concentrer uniquement sur la sanction. (depuis une dizaine d'années, les autorités de régulation américaines, afin de traquer efficacement les infractions de type économique chez les entreprises [fraude, blanchiment, entente, corruption] optent pour des procédures négociées. Devant la crainte de sanctions considérables, d'un procès à rallonge susceptible de porter atteinte à leur réputation, voire de les exclure du marché, les entreprises se voient « contraintes » de renoncer à une défense judiciaire, et de coopérer avec le régulateur en mettant en œuvre, à leur charge, des enquêtes internes poussées, des mécanismes de compliance et en s'acquittant d'amendes. Cf. sur ce sujet Deals de Justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée. Sous la direction de Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, éditions PUF 2013).

La France, fidèle à sa conception étatique du pouvoir, continue pour sa part de renforcer les moyens d'investigation des agents administratifs, en particulier dans un domaine comme la concurrence qui, en tant que « facteur de l'allocation optimale des richesses, est au service de l'économie [et] constitue par là un enjeu politique » (L'autorité de la concurrence, Didier Ferrier et Karine Biancone, Recueil Dalloz 2009, p. 1031). Les différentes réformes relatives à l'Autorité de la concurrence (ADLC), à quelques exceptions notables près (programme de clémence, procédure de non contestation des griefs), s'inscrivent dans ce mouvement. On assiste ainsi à un indéniable renforcement des pouvoirs de cette autorité à tous les stades de la procédure.

Mais qu'en est-il des droits de la défense des entreprises dans une matière à caractère quasi-pénal ? Ces pouvoirs attribués à des agents habilités, dépendants d'une autorité extrajudiciaire peuvent-ils être soustraits des principes directeurs et fondamentaux de notre code de procédure pénale, notamment en termes de contradictoire, de droit à un juge indépendant et impartial,

de présomption d'innocence et d'exercice effectif des voies de recours ? Quel système de garanties le législateur a-t-il mis en place ? Est-il proportionnel à la contrainte exercée en la matière ?

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986, JO 9 déc.) a créé le Conseil de la concurrence qualifié d'autorité administrative indépendante par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC) et composé d'un corps de fonctionnaires dotés de pouvoirs spéciaux en matière d'enquête de concurrence. Dès cette époque, est prévue la possibilité pour ces agents d'accéder aux locaux à usage professionnel et de demander la communication de documents professionnels, ainsi que la possibilité d'opérer des visites et saisies sur autorisation judiciaire. Qualifié lors de cette décision de « juridiction imparfaite » par le Conseil constitutionnel, le Conseil de la concurrence sera amené à assurer le respect des droits fondamentaux, tant dans la phase de recherche de preuves que lors de la phase contradictoire des procédures d'instruction et de jugement. Mais cette mise en conformité progressive aux droits de la défense est-elle suffisante ?

Une première réforme procédurale importante intervient avec la loi relative aux Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001 (L. n° 2001-420, 15 mai 2001, JO 16 mai, loi dite NRE). Elle renforce et étend les pouvoirs du Conseil de la concurrence en matière d'enquête avec l'extension de la possibilité pour les enquêteurs d'appréhender les documents au sein de l'entreprise et l'allègement des conditions de déroulement des visites domiciliaires.


En 2008, un nouveau pas est franchi avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (L. n° 2008-776, 4 août 2008, JO 5 août, loi dite LME) et l'ordonnance du 13 novembre 2008 (Ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008, JO 14 nov.), où le Conseil de la concurrence devient l'Autorité de la concurrence. Ses compétences sont alors unifiées puisqu'elle est désormais chargée simultanément du contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations.



L'un des objectifs majeurs de la réforme de 2008 était d'améliorer sensiblement le fonctionnement des services d'instruction de l'ADLC en instaurant notamment une séparation fonctionnelle entre les activités d'instruction d'une part, et la prise de décisions et de sanctions d'autre part, conformément au principe d'impartialité et à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La volonté d'unification et de globalisation des compétences de l'ADLC s'accompagne d'un renforcement corrélatif des moyens d'enquête des services d'instruction en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Les services d'instruction, placés sous l'autorité du Rapporteur Général sont chargés d'assurer une veille du marché, de mener les investigations et d'instruire les affaires. Ils se composent ainsi de cinq services concurrence dédiés à l'instruction des pratiques anticoncurrentielles et à l'activité de veille, d'un service d'investigation, d'un service des concentrations, d'un service économique et d'un conseiller « clémence ». Au total, quatre-vingt-treize personnes en assurent le fonctionnement.

 **L'ouverture d'une enquête n'est, en principe, pas un choix politique mais doit se fonder sur des indices laissant présumer qu'une infraction a été commise ou est sur le point de se commettre.**

Le service des investigations, qui nous intéresse plus particulièrement dans le cadre de cette étude, planifie et coordonne les opérations d'investigation, gère le contentieux lié à ces opérations et analyse les rapports d'enquête transmis par la Direction Générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) afin de proposer au rapporteur général les suites à donner. Il est intéressant de noter que ce service comprend également une cellule « informatique légale » notamment chargée de la mise en œuvre des saisies informatiques qui, nous le verrons, font l'objet d'un contentieux abondant et évolutif.

À ce jour, les enquêtes concurrentielles sont de deux types : des enquêtes dites « simples » sur le fondement de l'article L. 450-3 du code de commerce et les enquêtes dites « lourdes » sur le fondement de l'article L. 450-4 du même code, qui doivent être autorisées par le juge des libertés et de la détention (JLD).

L'objet de cette étude est de présenter l'ensemble des pouvoirs d'enquête et d'investigation des agents de l'ADLC pour l'application du droit français de la concurrence afin, notamment, de déterminer leur impact sur les opérateurs économiques. À partir de ce constat, il s'agira d'évaluer quels sont les droits procéduraux auxquels peuvent prétendre les acteurs économiques, d'analyser s'ils répondent aux standards nationaux et européens et de suggérer des recommandations aux entreprises et à leurs dirigeants pour qu'ils puissent se défendre au mieux face à ce type d'enquêtes.

Après avoir exposé les différents cadres procéduraux des enquêtes de concurrence et les pouvoirs constitutifs, passés au crible des principes fondamentaux de la procédure pénale (I), il s'agira d'étudier la portée de la défense des entreprises en la matière et

de déterminer dans quelle mesure celles-ci peuvent jouer un rôle actif (II).

I. – DES ENQUÊTES « SIMPLS » AUX ENQUÊTES « LOURDES »

Les articles L. 450-1 à L. 450-8 du code de commerce édictent les règles applicables à l'intervention des agents des services d'instruction de l'ADLC et des fonctionnaires de la DGCCRF dans le cadre des enquêtes de concurrence. Les modes de preuves en matière d'infractions au droit de la concurrence (ententes, abus de position dominante...) se déclinent de la façon suivante : preuves matérielles directes ou indirectes, réunion d'indices graves, précis et concordants ou, éventuellement, dans le cas de la pratique concertée, simple parallélisme de comportements d'entreprises qui ne sera probant que si la concertation en constitue la seule explication plausible. Ce dernier mode de preuve est susceptible de poser problème, notamment au regard de l'exigence de preuves certaines de culpabilité en matière pénale.

Organiquement, et ce depuis la réforme de 2008, la compétence en matière d'entente et d'abus de position dominante (C. com., art. L. 420-1 et L. 420-2) est dévolue aux agents des services d'instruction de l'ADLC, habilités à cet effet par le rapporteur général (C. com., art. L. 450-1), sachant que les enquêteurs de la DGCCRF peuvent procéder à des investigations à la demande de l'ADLC (C. com., art. L. 450-6).

Le rapporteur général de l'ADLC peut initier des investigations pour des affaires dont l'Autorité est saisie, mais également, avant même tout contentieux : il s'agit de ce que l'ADLC appelle « les enquêtes exploratoires » qui portent sur des secteurs politiquement et économiquement stratégiques. Les services d'instruction procèdent ainsi de plus en plus, dans un cadre informel, à des enquêtes ciblées d'envergures, en amont de l'ouverture d'une éventuelle procédure contentieuse. Si les premières analyses issues de cette phase « exploratoire » le justifient, le rapporteur général peut alors proposer au collège de l'Autorité de s'autosaisir pour examiner les pratiques en cause, dans un cadre de procédure contentieuse formelle et recourir ainsi aux pouvoirs d'enquête prévus par les articles L. 450-1 à L. 450-8 du code de commerce. Le flou juridique et procédural qui domine concernant ces enquêtes sectorielles d'envergure, notamment sur les justifications d'ouverture d'une telle enquête sur tel ou tel secteur et la nature des investigations mises en œuvre par les agents, ne peut que questionner le praticien au regard des principes directeurs de la procédure pénale : l'ouverture d'une enquête n'est, en principe, pas un choix politique mais doit se fonder sur des indices laissant présumer qu'une infraction a été commise ou est sur le point de se commettre.

Le déroulement des enquêtes et les enjeux procéduraux doivent être bien distingués selon qu'il s'agit d'une enquête simple (A) ou lourde (B).

A. – Enquêtes simples : un cadre souple non sans risques

Autrefois de la compétence des agents de la DGCCRF, les enquêtes simples dépendent désormais des agents de l'ADLC. Bien qu'elles ne soient pas sous les feux des projecteurs de la jurispru-



dence et des commentateurs, elles constituent 60 % des mesures d'enquêtes en matière de concurrence.

Les enquêtes simples, régies par l'article L. 450-3 du code de commerce, bénéficient d'un cadre extrêmement souple. Qualifiées parfois de « non coercitives », il est permis d'insister sur le fait que ce qualificatif s'applique davantage aux enquêteurs qui évoluent dans un formalisme procédural allégé qu'aux entreprises qui y sont soumises.

Utilisées par l'ADLC, tant unitairement pour déceler des infractions anticoncurrentielles, qu'en amont ou en complément d'enquêtes lourdes, elles représentent pour les entreprises des facteurs de risques qu'il est important pour elles d'assimiler afin de les prévenir.

Dans le cadre de l'article L. 450-3, les agents habilités peuvent, de manière contraignante, accéder aux locaux, demander la communication des documents d'entreprise et en prendre copie, demander des renseignements et justification à toute personne de l'entreprise, et procéder à des expertises contradictoires sur désignation de l'ADLC.

L'objet et les motifs de l'enquête – Pour tous types d'enquête, et conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, les agents de concurrence sont tenus de faire connaître clairement aux personnes l'objet de leur enquête. Cependant, dans le cadre des enquêtes simples, l'Administration n'est pas tenue de justifier les raisons pour lesquelles elle intervient, ce qui apparaît contraire au droit pour toute personne de connaître les motifs de son incrimination. Ces enquêtes peuvent d'ailleurs, le cas échéant, être effectuées même en l'absence de soupçon de comportements anti-concurrentiels (Cass. com., 4 févr. 1997, n° 95-10.486, Bull. civ. IV, n° 40), alors même que des pouvoirs coercitifs sont prévus. La jurisprudence a favorisé cette attitude en admettant qu'une simple mention pré-imprimée sur un procès-verbal fait foi de ce que l'objet de l'enquête a bien été indiqué à l'intéressé (Cass. com., 20 nov. 2001, n° 99-16.776, Bull. civ. IV, n° 182).

L'accès aux locaux – Les agents, de façon inopinée ou non et simultanée ou non, peuvent accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport à usage professionnel, et ce, sur l'ensemble du territoire national. L'accès aux locaux ne vise pas seulement l'entrée des enquêteurs dans l'entreprise mais également, si nécessaire, à ses différents services (comptables, commerciaux...). Ils peuvent accéder à ces locaux durant les horaires d'ouverture de l'entreprise ainsi qu'en dehors de ceux-ci, dès lors que le responsable l'accepte. En l'absence de précision légale, la durée des investigations n'est pas strictement encadrée et il a été admis qu'une enquête pouvait durer trois jours « compte tenu du nombre de pièces communiquées, de la nécessité d'en prendre connaissance (...) et de les photocopier » (CA Paris, ch. 1, sect. H, 27 oct. 1993).

Communication de documents et recueil de renseignements – Ce point est ici primordial puisqu'il permet de délimiter les pouvoirs des agents dans le cadre de l'enquête simple. Ceux-ci ne peuvent, dans ce cadre, procéder à des fouilles et saisies mais sont uniquement autorisés à demander communication et obtenir la copie des livres, factures et tout autre document professionnel (ce qui permet de contrôler les documents non officiels ou documents mixtes comme les notes internes, les compte-rendu de réunion, les agendas professionnels, même si ceux-ci comportent des annotations personnelles,

les contrats, les circulaires commerciales...), et ce, sous peine de délit d'opposition à fonction (voir II.A). La demande de communication doit être formulée de façon précise et doit porter sur des documents dont les enquêteurs connaissent l'existence et qu'ils sont en mesure d'identifier. En pratique, la frontière est floue et les entreprises doivent se montrer particulièrement vigilantes puisque les agents peuvent également emporter des documents dès lors que ceux-ci leur ont été donnés en toute liberté et hors de toute contrainte (Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-22.150, Bull. civ. IV, n° 85). Ainsi, la connaissance par l'entreprise du cadre de l'enquête et des pouvoirs des agents en la matière, ainsi qu'un contrôle et une analyse scrupuleuse des pièces susceptibles d'être communiquées dans ce cadre, est primordiale pour sauvegarder ses droits.

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux (PV) et, le cas échéant, de rapports, conformément aux articles L. 450-2 et R. 450-1 du code de commerce. C'est à ce stade que toute difficulté doit être mentionnée par l'entreprise afin, le cas échéant, de pouvoir utilement contester l'utilisation anormale ou contraire aux droits de la défense des pouvoirs d'enquête.

Présence de l'avocat – Contrairement aux enquêtes lourdes où la présence de l'avocat est expressément prévue depuis la loi du 4 août 2008, conformément à la solution dégagée par la CEDH dans son arrêt *Ravon c/ France* (CEDH, 21 févr. 2008, aff. 18497/03, *Ravon et autres c/ France*) en matière fiscale, aucune disposition n'envisage que les personnes entendues puissent être assistées d'un conseil dans le cadre des enquêtes simples. Cependant, cette demande est possible et la présence de l'avocat est en général admise par les agents à condition que cela ne fasse pas obstacle au bon déroulement de l'enquête (Colloque enquêtes de concurrence : quels droits pour les entreprises ? 26 févr. 2013 – propos de la Rapporteur générale de l'ADLC, Mme Virginie Beaumeunier). En tout état de cause, il est opportun, en cas refus de la part des enquêteurs d'autoriser la présence de l'avocat, d'exiger la mention de ce refus sur le procès-verbal.

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (LC) prévoit un renforcement des pouvoirs des agents habilités. En effet, dans le cadre des enquêtes simples, outre le fait que les agents pourront désormais se faire assister par toute personne qualifiée et opérer des relevés d'identités (L. n° 2014-344, 17 mars 2014, art. 112), ceux-ci seront autorisés à ne pas décliner immédiatement leur identité lors des contrôles. Ici encore, l'équilibre entre la liberté individuelle et la nécessité de la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles est fragilisé au détriment du premier principe. Il est en effet inquiétant de voir que des agents habilités puissent effectuer des actes contraignants de contrôle sans décliner leur qualité et fonction. La loi prévoit en outre, que les agents pourront, sur place ou sur convocation, prendre copie de tous documents professionnels, quel qu'en soit le support, et recueillir les observations de toute personne présente susceptible d'apporter des éléments utiles à l'accomplissement de leurs missions.

B. – Enquêtes lourdes : des pouvoirs coercitifs soumis à un contrôle judiciaire perfectible

La cadre procédural de l'article L. 450-4 du code de commerce offre aux enquêteurs de plus larges pouvoirs coercitifs en leur permettant de procéder à des opérations de visite et de saisie (OVS). Pour contrebalancer ces pouvoirs accrus, un contrôle judiciaire est



renforcé et des procédures de recours spécifiques devant l'autorité judiciaire sont prévues au bénéfice des parties soumises à ces opérations.

Requête de l'ADLC et autorisation du Juge des libertés et de la détention (JLD) – Sur le fondement de l'article L. 450-4, l'enquête lourde initiée par l'ADLC exige une requête du Rapporteur général sur proposition du rapporteur désigné pour l'examen de l'affaire, auprès d'un JLD du Tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter.

La requête doit être appuyée par tous les éléments de nature à justifier la visite, caractérisant l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles et permettant au juge de fonder sa décision. Elle peut ainsi s'appuyer sur un PV établi dans le cadre d'une enquête simple, sur la mise en œuvre d'un programme de clémence ou encore sur une déclaration anonyme dès lors qu'elle est présentée au moyen d'un document signé et établi par les agents de l'administration et qu'elle est corroborée par d'autres éléments d'information (Cass. crim., 19 oct. 2011, n° 10-85.269).

La procédure d'autorisation est effectuée sans mise en cause ou information préalable des entreprises concernées, afin notamment de conserver « l'effet de surprise ». De façon peu surprenante, et afin d'assurer l'efficacité de l'enquête, ce non-respect du contradictoire a été déclaré compatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme et avec l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Cass. com., 9 févr. 1993, n° 91-21.700). En revanche, le dossier fourni par l'administration au juge sera transmis aux entreprises après les OVS.

Aux termes de l'article L. 450-4, le JLD doit vérifier le bienfondé de la requête et décrire dans son ordonnance les pièces sur lesquelles il fonde son autorisation. Il doit analyser leur origine licite et le mentionner. Il doit décrire les pratiques dont la preuve est recherchée, désigner précisément les lieux où cette preuve sera recherchée et déterminer le ou les marchés concernés par l'OVS. Il doit, en outre, désigner un officier de police judiciaire chargé d'assister à l'OVS aux côtés des agents de concurrence, de veiller au respect du secret professionnel et des droits de la défense et de tenir informé le JLD durant les opérations.

En pratique, l'administration requérante pré-rédige un projet d'ordonnance d'autorisation d'OVS, que le JLD entérine en bloc de sa signature. Un important contentieux s'est développé sur la question de ces ordonnances pré-rédigées qui instaurent un doute quant à l'impartialité du JLD par rapport à l'administration, ainsi que sur la réalité du contrôle effectif de la justification de l'OVS. Malgré les arguments forts mettant en exergue les risques d'un contrôle juridictionnel purement illusoire et la gravité de l'atteinte aux libertés fondamentales susceptible d'en découler, la Cour de cassation continue de valider cette pratique. Ainsi, de façon laconique, elle estime « que les motifs et le dispositif de l'ordonnance rendue (...) sont réputés être établis par le juge qui l'a rendue et l'a signée ; qu'une telle présomption ne porte atteinte ni au principe de la séparation des pouvoirs, ni à celui de l'indépendance de la magistrature, ni à ceux de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Cass. com., 16 mai 1995, n° 92-20.748 ; Cass. crim., 27 févr. 2013, n° 11-88.471, Bull. crim., n° 51). En outre, « le fait que l'ordonnance du JLD soit pré-rédigée par le requérant et reprenne certaines erreurs matérielles de la requête est sans portée sur la validité de l'ordon-

nance » (CA Aix-en-Provence, Ord. Premier président, 5 sept. 2013, n° RG : 12/12642, Onyx Méditerranée et Sud Est assainissement).

Déroulement de l'opération de visite et de placement sous scellé (OVS) – L'article L. 450-4 permet non seulement d'accéder aux locaux de l'entreprise, mais également de fouiller les meubles, de poser des scellés, et d'emporter les documents originaux. Il vise tant les locaux professionnels que privés ainsi que les véhicules appartenant à l'occupant et se trouvant dans l'enceinte de l'entreprise visitée. L'occupant des lieux (qui n'a pas nécessairement à être une personne ayant le pouvoir de diriger habituellement l'entreprise) doit être présent et plusieurs individus peuvent se succéder au cours de l'opération.

L'arrivée des enquêteurs : Les inspections peuvent démarrer à partir de 6 heures et durer parfois plusieurs jours. L'entreprise doit souvent gérer en parallèle des visites au sein des locaux professionnels et des visites aux domiciles à usage d'habitation des collaborateurs ou dirigeants de celle-ci. Il est donc nécessaire d'avoir désigné au préalable au moins deux référents par site pour prendre la tête des opérations. À leur arrivée, les agents de concurrence doivent notifier l'ordonnance à l'occupant des lieux. Dès ce moment-là, il est conseillé à l'entreprise de prévenir sa Direction générale et de faire appel à son conseil afin que celui-ci assiste au déroulement de l'opération dans son ensemble. À cet égard, sur demande de l'entreprise, les enquêteurs peuvent accepter de retarder, durant un délai raisonnable, le début des opérations, sans pour autant y être tenus.

L'apposition de scellés : Les enquêteurs peuvent décider d'apposer des scellés sur certains locaux, documents et supports d'information de la société avant de les examiner. La pratique des agents de concurrence français consiste à apposer des scellés sur les parties de l'entreprise les plus directement visées et à les briser au fur et à mesure de leur progression. Il faut noter ici que cette apposition de scellés se limite à la durée de la visite. Il est nécessaire pour l'entreprise de s'assurer de leur protection et éviter tout bris de scellés. En effet, des amendes substantielles peuvent être prononcées dans ce cas (C. pén., art. 434-22, punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le bris de scellés). Il est donc conseillé à l'entreprise de faire appel à un gardien de sécurité pour protéger les scellés.

Les documents susceptibles d'être appréhendés : les agents peuvent procéder à la saisie de documents et de tout support d'information en rapport avec les agissements prohibés visés dans l'autorisation judiciaire. Toutefois, il ne leur est pas interdit de saisir des pièces « pour partie utiles » à la preuve des agissements, les documents formant ainsi « un tout indissociable et unique ». En tout état de cause, ils ont en principe l'obligation de provoquer préalablement à toute saisie, toutes mesures utiles pour que soit assuré le respect du secret professionnel et des droits de la défense. En effet, les correspondances protégées sur ce chef sont en principe insaisissables. Elles doivent faire l'objet d'une restitution ou d'une destruction dans le cas où elles auraient été saisies en vertu d'une mesure globale visant d'autres documents entrant dans le champ de l'enquête.

La question des saisies globales : Les messageries électroniques sont considérées par les enquêteurs comme une mine de renseignements puisqu'elles sont susceptibles de renfermer des échanges déterminants (entre concurrents, un dirigeant et son four-



nisseur, des salariés etc...) pour la détermination de pratiques anti-concurrentielles. Ainsi, la saisie de messageries est apparue primordiale pour l'effectivité de l'enquête. Mais ces messageries renferment également des éléments soit couverts par le secret professionnel, soit n'entrant pas dans le champ de l'ordonnance. Jusqu'à présent, était autorisée la saisie indifférenciée de tous ces éléments dès lors que la messagerie recouvrait des pièces utiles à la preuve des agissements objets de l'OVS. Ainsi, cette pratique était devenue quasi systématique. À l'inverse des méthodes utilisées lors des OVS diligentées par la Commission européenne, qui possède un logiciel spécifique capable de réaliser dans les locaux de l'entreprise et au moment de l'OVS, une sélection de messages électroniques, sans mettre en péril leur authenticité, le procédé mis en œuvre par les enquêteurs de l'ADLC ne permet pas d'isoler les documents insaisissables ou n'entrant pas dans le champ de l'autorisation du JLD. Il est donc procédé en deux temps : saisie globale des fichiers, puis restitution au cas par cas de ceux ne pouvant être légalement saisis. Cette situation intenable, tant d'un point de vue légal que technique, a fait l'objet d'un abondant contentieux qui a récemment amené la Cour de cassation à revoir ce dispositif. Cinq arrêts rendus le 24 avril 2013 (Cass. crim., 24 avr. 2013, n° 12-80.331, Bull. crim., n° 102, n° 12-80.332, n° 12-80.335, n° 12-80.336 et n° 12-80.346) sont venus opérer un revirement jurisprudentiel opportun en considérant que « le pouvoir reconnu aux agents de l'Autorité de la concurrence (...) de saisir des documents et supports informatiques, trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense » et qu'il appartient au Premier président de la cour d'appel, qui constate que les pièces et supports informatiques saisis relèvent de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client, d'annuler la saisie de ces correspondances. La Cour précise à ce sujet que la violation dudit secret intervient dès que le document est saisi par les enquêteurs.

Si le principe de la nullité des correspondances ainsi saisies est à ce stade louablement consacré par la Haute juridiction, l'arrêt laissait en suspens la question du périmètre de la nullité : doit-elle porter uniquement sur les fichiers couverts par le secret professionnel ou couvrir l'ensemble de la messagerie ? Un arrêt récent du 27 novembre 2013 est venu préciser dans un sens impropre à garantir aux droits de la défense leur plein effet utile. La Cour de cassation a ainsi retenu que « dès lors que des fichiers informatiques sont susceptibles de contenir des éléments intéressant l'enquête, la présence parmi eux de pièces insaisissables ne saurait avoir pour effet d'invalidier la saisie de tous les autres documents » (Cass. crim., 27 nov. 2013, n° 12-85.830, P+B).

Le volet de « l'insécabilité » des saisies globales n'est ainsi toujours pas refermé.

Auditions – Il est expressément prévu que les agents de concurrence peuvent procéder, au cours de la visite, à des auditions de l'occupant des lieux ou de son représentant, en vue de recueillir les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête. En outre, en application du droit commun, l'officier de police judiciaire désigné par l'ordonnance du JLD, en vertu de l'article 56 du code de procédure pénale, peut retenir les personnes présentes lors des OVS, pour le temps strictement nécessaire à l'accomplissement des opérations, dès lors qu'elle sont susceptibles de fournir des renseignements sur les documents et données saisis. Ici, la

contrainte est donc soumise au contrôle d'un magistrat du siège, seul garant de la protection des libertés individuelles.

II. – LA DÉFENSE DES ENTREPRISES : DES MOYENS PRÉVENTIFS AUX RECOURS EFFICACES

Une connaissance rigoureuse des règles de l'enquête ainsi qu'une préparation en amont à ce type d'opération permet à l'entreprise d'en réduire ou d'en limiter les conséquences néfastes (A) et de répondre efficacement en cas d'atteinte à ses droits (B).

A. – Recommandations aux entreprises : se préparer pour mieux s'armer

Se préparer aux enquêtes – La préparation aux enquêtes est le seul moyen d'éviter des sanctions lourdes en cas d'obstruction, y compris relevant de la simple négligence. De plus, la préparation aux enquêtes peut permettre, en amont, de décider de la collaboration avec l'ADLC dans le cadre, par exemple, d'un programme de clémence. Enfin, si les agents sont de plus en plus enclins à reconnaître que la préparation aux enquêtes facilite plutôt leur travail et ne doit pas être considérée comme un aveu de culpabilité, elle assure un plus grand respect des droits de l'entreprise et une procédure plus fluide pour les suites de l'instruction. Dès lors que les entreprises sont informées des pouvoirs des enquêteurs et de leurs limites, elles sont plus à même de formuler, au cours des opérations, des griefs ou des contestations. Cette capacité est désormais primordiale, puisque, à défaut, cela pourra leur être reproché dans les phases ultérieures de recours et de jugement (cf. sur ce point Trib. UE, 6 sept. 2013, aff. T-289/11, Deutsche Bahn, qui, pour en partie justifier le rejet de leur recours contre une mesure d'instruction de la Commission, reproche à l'entreprise de n'avoir, à aucun moment, fait opposition ou fait enregistrer formellement un grief. Ce raisonnement a été transposé par la Cour de cassation, cf. par exemple l'arrêt du 27 nov. 2013 préc.). Si la nécessité d'une préparation n'est pas contestable, la question de la nature de celle-ci reste entière. Il faut d'abord que l'entreprise soit capable de mettre en place une organisation adaptable à chaque type d'enquête, simple ou lourde. La formation de certains membres de l'entreprise peut s'avérer utile, d'autant que ceux-ci pourront ensuite diffuser des notes spécifiques de préparation en fonction des postes de chacun. Notamment, à l'arrivée des enquêteurs, les réceptionnistes et assistantes doivent être informées et des instructions adaptées doivent être données afin de trouver un équilibre entre la nécessité de ne pas gêner le travail des enquêteurs (pour éviter tout délit d'opposition) et le risque de s'auto-incriminer ou de donner accès à des documents couverts par le secret professionnel ou ne rentrant pas dans le champ de l'ordonnance.

Programmes de conformité – Sous l'influence des procédures anglo-saxonnes, l'ADLC a publié, le 10 février 2012, un guide des « bonnes pratiques » en matière de programmes de conformité aux règles de concurrence. Ce document, dont la mise en œuvre est opposable à l'ADLC, prévoit que les programmes de conformité des entreprises doivent avoir pour objectif de prévenir les risques d'infractions aux règles de concurrence et se donner les moyens de les détecter et de les traiter. Le programme, pour être efficace, doit contenir une prise de position claire et publique des dirigeants en faveur du respect des règles de concurrence ; la désignation de personnes chargées du programme de conformité,



de sa mise en œuvre et de son suivi ; la mise en place de mesures effectives d'information, de formation et de sensibilisation en matière de règles de concurrence, et enfin, des mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte.

On peut craindre ici que la mise en place ce type de programme soit davantage perçue comme une « *extension des missions du régulateur sectoriel* », plutôt que comme la mise en place d'un « *outil intégré du processus productif* », condition nécessaire à son acceptation d'un bout à l'autre de l'organisation de l'entreprise (Hubert de Vauplane, Une nouvelle géopolitique de la norme dans Deals de Justice, préc.).

Il faut souligner que la démarche de conformité mise en place par les entreprises n'a pas pour effet, à elle seule, d'atténuer la sanction applicable aux entreprises dès lors que l'entreprise n'a pas empêché ou remédié à des pratiques répréhensibles. En effet, l'Autorité considère à ce titre que « *cet élément ne mérite pas d'être pris en considération dans le cadre de l'individualisation de sa sanction, dès lors qu'il n'a pas empêché l'infraction d'advenir* ».

Cependant, dans l'hypothèse où une entreprise qui s'est dotée d'un programme de conformité répondant aux bonnes pratiques décrites dans le document-cadre découvrirait d'elle-même, avant toute ouverture d'une enquête ou d'une procédure, l'existence d'une infraction non éligible à la procédure de clémence, l'Autorité estime qu'il est de la responsabilité de l'intéressée d'y mettre fin en remédiant sans délai à ce comportement. Dans ce cas, si l'Autorité est conduite à examiner la légalité des pratiques en cause au regard des règles de concurrence et que l'entreprise est en mesure de lui démontrer qu'elle a effectivement mis fin à l'infraction et remédié à son comportement de sa propre initiative, avant toute ouverture d'enquête ou de procédure, elle pourra bénéficier à ce titre d'une circonstance atténuante dans le cadre de la détermination de sa sanction (pt. 28 du document-cadre).

Ainsi, la détection des infractions aux règles de concurrence est transférée, dans une certaine mesure, sur les épaules de l'entreprise.

Éviter tout délit d'obstruction et d'opposition – Au cours de l'enquête, la coopération des entreprises est obligatoire. L'article L. 450-8 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi sur la consommation du 17 mars 2014 punit désormais de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende (!) le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions des enquêteurs. En outre, l'article L. 464-2 du même code prévoit que lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents habilités, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte. De même, lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements et documents incomplets ou inexacts, l'Autorité peut décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Face à ces risques, il est primordial pour l'entreprise d'informer son personnel que lors de l'enquête, les collaborateurs doivent coopérer complètement avec les enquêteurs (en prenant garde de ne pas être instrumentalisé ou manipulé par les agents de contrôle en dehors du cadre

strict de l'enquête), ne contacter personne en dehors de l'entreprise et ne jamais laisser les enquêteurs seuls.

B. – Les recours : un système de garanties susceptible d'améliorations

Enquêtes simples – Du fait de la souplesse du cadre procédural, aucun recours spécifique n'a été prévu. La contestation du déroulement des enquêtes ou des PV s'effectue devant l'ADLC dans le cadre de l'instance. En cas de contestation de la décision de l'Autorité, selon les règles communes en matière de concurrence, la cour d'appel de Paris est compétente pour connaître de l'appel du recours contre les actes d'enquêtes simples. Le recours en cassation peut ensuite être envisagé.

Dans le cas où des documents originaux auraient été saisis par les agents agissant dans le cadre de l'article L. 450-3 du code de commerce, qui auraient ainsi outrepassé leurs pouvoirs, l'autorité ou la juridiction saisie est à même de constater un détournement de procédure.

Enquête lourde – Depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008, un système de voies de recours *sui generis* a été mis en place concernant le contentieux des OVS, assurant un recours effectif au bénéfice des entreprises. Les contestations relatives aux ordonnances du JLD et au déroulement des opérations de saisie sont désormais portées devant le premier Président de la cour d'appel dans le ressort du JLD ayant autorisé la saisie, puis, éventuellement, soumise à la Cour de cassation. Cette solution constitue l'exacte application de l'arrêt *Ravon c/ France* précité, qui a estimé que les voies de recours ouvertes aux contribuables (en l'occurrence le simple pourvoi en cassation) n'étaient pas conformes à l'article 6 § 1 de la Convention EDH. On ne peut que se réjouir de cette avancée qui renforce la protection contre d'éventuelles interventions arbitraires et disproportionnées de la puissance publique sur la sphère privée.

L'appel de l'ordonnance du JLD (C. com., art. L. 450-4, al. 6) doit être formé par déclaration au greffe de la cour d'appel dans les dix jours suivant la notification de l'ordonnance. Elle n'a point d'effet suspensif de l'exécution de la perquisition.

Concernant le déroulement des opérations de saisie, il faut d'emblée préciser que le JLD qui a autorisé l'opération est compétent pour en contrôler le déroulement. À ce titre, il peut se rendre dans les locaux au moment de la perquisition et décider, le cas échéant de sa suspension ou de son arrêt. Cependant, s'agissant de la contestation *stricto sensu*, le recours n'est envisageable que devant le Premier président de la cour d'appel (C. com., art. L. 450-4, al. 12), dans les mêmes conditions que pour la contestation de l'ordonnance, à la différence que le délai de recours court à compter de la remise ou de la réception du PV et de l'inventaire.



Il est à conseiller aux entreprises de faire acter toute contestation au cours de la perquisition, en vue d'un recours contre l'ordonnance ou contre le déroulement de l'opération de visite et de placement sous scellé.

Impartialité – Si la réforme de 2008 a permis aux entreprises d'accéder à un juge compétent pour se prononcer sur les OVS, des



questions relatives au principe d'impartialité étaient toujours en suspens puisque le même juge pouvait examiner successivement la régularité de l'ordonnance du JLD, puis le bien-fondé de la décision au fond sans que cela ne soit estimé contraire audit principe. Par deux arrêts en date du 21 juin 2011, *Colas Midi-Méditerranée* et du 2 novembre 2011 *Colas Rail*, la Cour de cassation a jugé que cette situation était contraire à l'article 6-1 de la Convention EDH, mettant ainsi un terme au risque d'impartialité du magistrat (Cass. com., 21 juin 2011, n° 09-67.793, Bull. civ. IV, n° 101, Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-21.103, Bull. civ. IV, n° 177).

La question de l'effet suspensif des recours contre les actes d'enquête

– La possibilité pour l'ADLC de prendre connaissance et d'exploiter les pièces saisies, avant même que le juge ait statué sur la validité de l'ordonnance d'autorisation de visite et le déroulement de la saisie, a été contestée devant la Cour de cassation aux termes d'une question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci n'a pas été transmise au Conseil constitutionnel au motif que « les dispositions contestées de l'article L. 450-4 du code de commerce assurent un contrôle effectif, par le juge, de la nécessité de chaque visite et lui donnent les pouvoirs d'en suivre effectivement le cours, de régler les éventuels incidents portant notamment sur la saisie, par l'administration, de documents de nature personnelle, confidentielle ou couverts par le secret professionnel et, le cas échéant, de mettre fin à la visite à tout moment » (Cass. crim., 27 juin 2012, n° 12-90.028, Bull. crim., n° 123). Comme le soulignaient les requérants, l'absence de procédure d'urgence pour examiner le recours

contre l'ordonnance d'autorisation de visite ou la contestation du déroulement de la saisie met à mal le principe d'un recours effectif pour les entreprises. Si l'on ne peut que regretter cette décision, il reste à conseiller aux entreprises de faire acter toute contestation au cours de la perquisition, en vue d'un recours contre l'ordonnance ou contre le déroulement de l'OVS. C'est d'ailleurs ce que souligne la Cour de cassation en rappelant que « il appartient à la société objet d'une OVS et à ses conseils (d'autant plus lorsque ceux-ci interviennent dès le début des opérations de visite) qui ont nécessairement connaissance des documents susceptibles d'être appréhendés, de soulever toute contestation utile sur les documents qui leur paraissent devoir être exclus de la saisie. En cas de défaut de toute contestation, l'OVS n'encourt pas la censure » (Cass. crim., 27 nov. 2013, préc.).

CONCLUSION

L'autorité de la concurrence, en tant qu'autorité administrative indépendante dotée d'attributions répressives est l'une de celle qui a le périmètre d'action le plus large. Elle dispose ainsi de pouvoirs de plus en plus étendus en matière d'enquête, mais également en matière de sanctions. Si l'efficacité dirige son évolution, la conformité au respect des droits de la défense doit être plus affirmée. Dans cette perspective, l'accroissement des droits de la défense ne fera que conforter sa légitimité et la confiance que les entreprises pourront avoir en elle. ■