



# ENQUÊTES DE CONCURRENCE : QUELS DROITS ET DEVOIRS POUR LES ENTREPRISES ?

26 février 2013 | Hogan Lovells, Paris



e-COMPETITIONS



## LE POINT DE VUE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Virginie Beaumeunier\*

Rapporteuse générale  
Autorité de la concurrence

**L**a réforme introduite par la LME et l'ordonnance du 13 novembre 2008 a conduit au développement de l'activité d'enquête des rapporteurs de l'Autorité de la concurrence qui consiste principalement en la surveillance directe du marché et le recueil de preuve de pratiques anticoncurrentielles. Aux enquêtes lancées à l'initiative du rapporteur général (près d'une dizaine) et celles faisant suite à des demandes de clémence, s'ajoutent celles qui sont retenues par l'Autorité (une vingtaine par an) à la suite de propositions de la DGCCRF issues du réseau territorial (une soixantaine).

Ces investigations sont conduites par les rapporteurs des services d'instruction qui dans la très grande majorité des cas interviennent sur la base des pouvoirs de l'article L.450-3 du code de commerce ; le recours à ceux du L.450-4 (opérations de visite et saisie)

étant tout à fait modeste eu égard au volume des affaires dont l'Autorité à la charge (1 opération en 2012, 3 à 5 les années précédentes).

Les entreprises peuvent ainsi s'attendre à des interventions plus fréquentes dans leurs locaux de rapporteurs de l'Autorité aux fins de recueillir les informations utiles à leur enquête.

Aussi, s'agissant des pouvoirs « simples » de l'article L. 450-3 qui permettent aux enquêteurs d'accéder à tous locaux, terrains et moyens de transport à usage professionnel, de demander communication de documents professionnels et d'en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, convient-il de préciser que :

- l'accès aux locaux ne vise pas seulement à permettre l'entrée des enquêteurs dans l'entreprise mais également, si nécessaire, à ses différents services (comptables, commerciaux...);

- la notion de documents professionnels couvre non seulement les documents dont la détention est expres-

sément prévue par des textes législatifs ou réglementaires (factures, conditions de ventes,...) mais également ceux en relation avec l'activité de l'entreprise (contrats, circulaires commerciales, etc.).

L'entreprise a la possibilité de se faire assister d'un avocat au cours des enquêtes, mais la présence de celui-ci ne doit pas faire obstacle au bon déroulement de l'enquête, étant souligné que la procédure contradictoire ne débute qu'à compter de la notification de griefs. Il est rappelé que ce sont les déclarations de responsables d'entreprises qui sont recueillies et non celles de l'avocat.

L'impossibilité d'obtenir avec les pouvoirs « simples » les preuves nécessaires à la démonstration de pratiques anticoncurrentielles du fait de leur caractère occulte et d'accéder à certaines informations, ou le risque de les voir disparaître, peut toutefois conduire l'Autorité à demander la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 450-4 du code de commerce (visites et saisies) ; étant rappelé que l'administration n'a pas à rendre compte de ce choix (Cass. Crim. 21 sept. 2011 n°10-85477). ▶▶

\* Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur et ne sauraient en aucun cas être assimilées à une position officielle de l'Autorité de la concurrence.

## ENQUÊTES DE CONCURRENCE :

QUELS DROITS ET DEVOIRS POUR LES ENTREPRISES ?

26 février 2013 | Hogan Lovells, Paris



”

...IL PEUT ÊTRE FAIT APPEL À UN CONSEIL MAIS CE CHOIX NE SAURAIT ENTRAÎNER LA SUSPENSION DES OPÉRATIONS.“

► Cette mise en œuvre exige toutefois une demande d'enquête du Rapporteur général, une requête de celui-ci auprès d'un juge de la liberté et de la détention (JLD) (à laquelle seront joints tous les éléments de nature à justifier la visite) qui, s'il autorise la visite, désigne un ou plusieurs chefs de police ou de gendarmerie qui nommeront les officiers de police judiciaire chargés de le tenir informé du déroulement de la visite ; le JLD pouvant, en cas d'interventions simultanées dans des locaux dont certains sont situés en dehors de son ressort, donner commission rogatoire à d'autres JLD des tribunaux de grande instance concernés.

Il appartient alors au juge de vérifier l'origine apparemment licite des pièces remises et d'apprécier par une analyse de ces pièces que la demande est bien fondée sur des présomptions de pratiques anticoncurrentielles ; il ne peut en effet être exigé à ce stade des éléments de preuve puisque l'autorisation demandée a justement pour objet de permettre de les recueillir (Cass. Crim. 4 avr. 2012 n°10-88192).

Il est désormais de jurisprudence constante que le JLD peut reprendre à son compte un projet d'ordonnance qui lui a été présenté par l'administration (dernièrement Cass. Crim. 19 déc. 2012 n°12-82270) et qu'il ne délivre pas une autorisation indéterminée en autorisant des visites et saisies en vue de rechercher la preuve des pratiques dans un secteur de l'économie (Cass. Crim. 25 janv. 2012 n°10-85476), la définition du marché pertinent relevant de l'autorité appelée à se prononcer ultérieurement sur les pratiques.

La visite peut être autorisée dans tous les locaux susceptibles d'abriter des preuves de la pratique présumée (y compris des domiciles privés) et pas seulement dans ceux des entreprises présumées avoir mis en œuvre la pratique.

Elle s'effectue sous le contrôle du juge en présence d'un ou de plusieurs officier(s) de police judiciaire et de

l'occupant des lieux (ou de son représentant si sont présentes plusieurs équipes de rapporteurs) à qui est notifiée l'ordonnance d'autorisation par procès-verbal et dont il reçoit copie. Il peut être fait appel à un conseil mais ce choix ne saurait entraîner la suspension des opérations.

Lors de la visite peuvent être saisis tous documents et supports d'information (y compris donc les clés USB, CD, DVD, voire ordinateurs eux-mêmes si cela s'avérait nécessaire) qui entrent dans le champ de l'autorisation judiciaire ou qui peuvent être considérés comme « pour partie utile » (cahiers, notes, fichiers informatiques, ...) ; tel est le cas d'un fichier de messagerie professionnelle.

S'agissant des saisies informatiques, l'Autorité après prise de contrôle des ordinateurs retenus (blocage en écriture) procède à une authentification des fichiers (empreintes numériques) puis à un filtrage et une recherche par mots clés qui conduisent à une sélection de fichiers qui feront l'objet d'une copie authentique et d'un inventaire informatique. Il s'agit donc d'une saisie ciblée, non disproportionnée qui vise à assurer l'intangibilité des données et à garantir leur authenticité, validée à de multiples reprises par la Cour de cassation (notamment Cass. crim. 8 avril 2010 n°0887416 ; 1er juil. 2009 n°07-87080) ; l'administration n'ayant par ailleurs pas à communiquer les mots clés utilisés (notamment Cass. Crim. 14 déc. 2011 n°10-85292).

Dans l'hypothèse où des éléments relevant de la correspondance avocat-client ou de la vie privée viendraient à se trouver dans les fichiers saisis, ceci ne saurait entraîner la nullité de la totalité de la saisie mais seulement celle des pièces concernées qui doivent être restituées (notamment Cass. Crim. 11 janv. 2012 n°10-87087 ; 14 déc. 2011 n°10-85293).

Les pièces saisies font l'objet d'un inventaire et d'une mise sous scellé conformément aux dispositions de

l'article 56 du code de procédure pénale. Les copies des fichiers saisis font l'objet d'un inventaire informatique indiquant pour chacun d'eux sa taille, son nom, son chemin et son empreinte numérique (validation notamment par Cass crim 11 janvier 2012 n°10-87087 ; 29 juin 2011 n°10-85479). Bien que non prévue par l'article L. 450-4, une copie des pièces est remise à l'occupant des lieux y compris pour les saisies informatiques (dont un exemplaire est mis sous scellé et un autre emporté par l'administration).

En fin d'opération, un procès-verbal relatant la visite et comportant l'inventaire des saisies est établi par les enquêteurs ; il est signé par ces derniers, le ou les OPJ et l'occupant des lieux (ou son représentant) qui en reçoit une copie. A noter que les dispositions des articles L.450-4 et R.450-2 du code de commerce ne prévoient pas que les éventuelles réserves formulées par l'occupant des lieux soient intégrées au procès-verbal (Premier président cour d'appel Paris 1er avril 2010 confirmé Cass. Crim. 14 déc. 2011 n°10-85294) qui n'est pas un document établi de manière contradictoire entre les parties (Premier président cour d'appel Paris 4 et 11 octobre 2011).

L'ordonnance d'autorisation de visite et saisie peut être contestée devant le Premier président de la CA du juge de l'autorisation par déclaration au greffe du tribunal de grande instance dans un délai de 10 jours à compter de sa notification. Il en est de même pour le déroulement des opérations qui peut être contesté devant le même Premier président dans le même délai de 10 jours à compter de la remise du procès-verbal de visite et saisie ; les ordonnances du premier président pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation selon les règles du code de procédure pénale. Les pièces saisies sont conservées par l'Autorité jusqu'à ce que la ou les décisions soient devenues définitives. ■



## LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT

Pierre de Montalembert

Avocat à la Cour. Hogan Lovells



**LA PRATIQUE DE L'AUTORITÉ EN MATIÈRE D'ENQUÊTE LOURDE EST GLOBALEMENT SATISFAISANTE. DES PROGRÈS POURRAIENT CEPENDANT ÊTRE RÉALISÉS...**

**L**a pratique de l'Autorité en matière d'enquête lourde est globalement satisfaisante. Des progrès pourraient cependant être réalisés sur lesquels nous souhaiterions revenir.

Aucun texte ne définit clairement les facteurs permettant de déclencher une enquête lourde. En réalité, les autorités disposent d'un large pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de recourir à une enquête lourde plutôt qu'à une enquête simple ou une simple demande de renseignements. Pourtant, l'enquête lourde s'assimile à une violation de domicile et il est nécessaire dans un état de droit de respecter une proportionnalité des moyens utilisés par rapport aux présomptions.

En droit européen, il n'existe pas de contrôle *ex ante* de l'initiative de la Commission européenne de recourir à une enquête dans les locaux d'une entreprise. Il est seulement possible pour l'entreprise visitée de faire contrôler *ex post* le bien fondé et la proportionnalité de la décision de la Commission.

Le droit français est plus protecteur puisqu'il oblige l'Autorité de la concurrence à obtenir une ordonnance du Juge des libertés et de la détention («JLD») avant de pouvoir pénétrer dans les locaux de l'entreprise et de pouvoir effectuer des opérations de visite et saisie. L'administration doit prouver qu'elle a des présomptions sérieuses. Ces présomptions n'ont pas à être graves, précises et concordantes : l'administration devra prouver qu'elle a des motifs et indices suf-

fisants pour suspecter l'existence de pratiques anticoncurrentielles mais le JLD ne pourra se prononcer sur leur réalité effective.

Lorsque la Commission européenne souhaite être accompagnée de la force publique pour pouvoir pénétrer dans les locaux d'une entreprise française, elle doit elle aussi en faire la demande au JLD qui examine la nature des présomptions de la Commission avant la réalisation de l'enquête. A ces fins, le JLD peut notamment demander à la Commission les motifs qui l'incitent à suspecter une violation des règles de concurrence, la gravité de la violation ainsi que la nature de l'implication de l'entreprise. Il ne peut cependant pas remettre en cause la nécessité de l'inspection ni exiger la communication d'informations figurant dans le dossier de la Commission.

La pratique des ordonnances pré-rédigées retient également l'attention. L'exigence d'impartialité nous apparaît en effet difficilement remplie lorsqu'un juge se borne à signer un document pré-rédigé et qu'il a pris sa décision dans un laps de temps très restreint. La Cour de cassation a cependant encore confirmé récemment cette pratique en retenant même que des erreurs matérielles ou des inexactitudes ne sont pas suffisantes pour prouver la partialité du juge et conduire à l'annulation de l'ordonnance (Cass. Crim., 18 décembre 2012).

L'interdiction des enquêtes incidentes, ou «fishing expeditions» est en revanche à saluer. Dans deux arrêts récents, le Tribunal de l'Union (T-135/09 et T-140/09, 14 novembre 2012) a considéré que la Commission avait procédé à une extension injustifiée du domaine de

l'inspection en l'étendant à l'ensemble des activités de câbles électriques alors que les indices dont disposait la Commission se limitaient au secteur particulier des câbles sous-marins et souterrains de haute tension et au matériel associé.

Sont alors surprenantes et contestables les inspections surprises de la Commission européenne dans les locaux de plusieurs entreprises dans le cadre d'une enquête sectorielle. Elles posent la question de la pertinence, de la légitimité et de la proportionnalité de telles pratiques. En effet, les entreprises visitées ne sont suspectées d'aucune infraction qui leur soit propre au moment de l'enquête. L'Autorité française de la concurrence pourrait théoriquement exercer de tels pouvoirs, mais n'y a jamais eu recours.

Les enquêtes s'opèrent dans un cadre particulièrement contraignant. Il n'existe aucune possibilité pour l'entreprise de s'y opposer. Pour autant, les enquêteurs ne peuvent pas effectuer une inspection générale et doivent respecter le cadre de l'enquête conformément à l'ordonnance du JLD. Toute saisie opérée en dehors de ce cadre sera considérée comme irrégulière et devra être annulée. L'entreprise doit donc être attentive et procéder à une vérification des éléments du cadre de l'enquête et en particulier son objet, le secteur concerné, les produits et entreprises visés ainsi que l'adresse des locaux visités. Ce dernier point a fait l'objet d'un contentieux récent puisque la Cour de cassation (Cass. Crim., 4 avril 2012) a retenu que le juge qui autorise les opérations de visite et saisie dans les locaux d'une ►►

## ENQUÊTES DE CONCURRENCE : QUELS DROITS ET DEVOIRS POUR LES ENTREPRISES ?

26 février 2013 | Hogan Lovells, Paris



LA NOTION  
D'OBSTRUCTION  
À UNE ENQUÊTE  
DE CONCURRENCE  
A UN CHAMP TRÈS  
LARGE"

► société n'était pas tenu d'identifier toutes les sociétés du même groupe, domiciliées à la même adresse.

La notion d'obstruction à une enquête de concurrence a un champ très large: barrage physique, refus de communication ou communication tardive des documents, dissimulation ou bris de scellés. La Commission a longtemps considéré l'obstruction à l'enquête comme une circonstance aggravante conduisant à une majoration de l'amende au fond. On assiste cependant depuis quelques années au développement du prononcé d'amendes procédurales distinctes sanctionnant l'entreprise indépendamment de toute décision qualifiant une pratique anticoncurrentielle.

A notre connaissance, trois amendes procédurales pour bris de scellés physiques et informatiques ont été prononcées à ce jour (Décision de la Commission du 22 Novembre 2012 infligeant une amende de 38 millions d'euros pour bris de scellés dans l'affaire E.ON a été confirmée par la CJUE, C-89/11 P; Décision de la Commission du 24 mai 2011 infligeant une amende de 8 millions d'euros pour bris de scellés dans l'affaire Suez Environnement, C-251/04. Décision de la Commission du 28 mars 2012 infligeant une amende de 2.5 millions d'euros aux entreprises tchèques Energetický a prmyslový et EP Investment Advisors pour bris de scellés informatiques). La Commission peut en effet prononcer des amendes pouvant atteindre 1% du chiffre d'affaires et des astreintes allant jusqu'à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard.

En France, l'obstruction à l'enquête de l'Autorité est passible d'une sanction pénale sous forme d'une amende de 7.500€ à l'encontre d'une personne

physique, rarement mise en œuvre, à laquelle peut s'ajouter une peine d'emprisonnement de six mois. Depuis la Loi sur la Modernisation de l'Economie de 2008, l'Autorité dispose également d'un pouvoir de sanction administrative similaire à celui de la Commission puisque l'entreprise ayant fait obstruction à l'enquête est passible d'une amende pouvant s'élever à 1% du chiffre d'affaires.

Un point majeur pour les avocats et les entreprises réside dans le fait que la pratique française actuelle de saisie des correspondances telle que validée par la Cour de cassation n'est pas assez protectrice des droits de la défense. En effet, l'administration n'est pas tenue de communiquer les critères à partir desquels les documents sont sélectionnés. Elle peut également saisir des pièces pour partie utiles à la preuve d'agissements dès lors que les écrits, supports et données saisis ne sont ni «sécables» ni étrangers au but de l'autorisation accordée. La Cour a annulé à plusieurs reprises les mesures d'expertises ordonnées visant à démontrer le caractère sécable d'une messagerie électronique en se fondant sur l'absence de rapport concret entre la mesure d'instruction et le litige (Cass. Crim., 16 juin 2011, Cass. Crim., 11 janvier 2012).

La faible protection des correspondances par la pratique française frappe par comparaison avec la pratique de la Commission européenne, qui procède à une sélection sur place des documents pertinents. Ce faisant, elle opère une exclusion immédiate des documents couverts par la confidentialité et les documents litigieux sont placés dans des enveloppes scellées. Leur sélection sera achevée ultérieurement en présence de l'entreprise. La pratique européenne prévoit également le recours à un conseiller-auditeur dès

la phase d'enquête en cas de contestation sur un document, qui pourra émettre une recommandation motivée au membre compétent de la Commission tout en préservant la confidentialité dudit document.

Certes les enquêteurs de l'Autorité ne peuvent utiliser les documents saisis qui sont couverts par la confidentialité mais la pratique française semble être en violation de la jurisprudence européenne dans son arrêt Akzo (T-125/03 et T-253/03, 17 septembre 2007). Le TPI a, en effet, retenu que le simple fait pour les inspecteurs de prendre connaissance du contenu des documents couverts par la confidentialité portait atteinte aux droits de la défense. L'obligation française de restitution des documents confidentiels n'empêche cependant pas les inspecteurs d'en avoir pris connaissance et de s'être forgé une intime conviction. La chambre criminelle de la Cour de cassation ayant récemment validé à plusieurs reprises la pratique de l'Autorité, on ne peut qu'aspirer à un changement législatif afin de remédier à ces carences de notre système.

Une telle modification du régime en vigueur ne paraît malheureusement pas être à l'ordre du jour des pouvoirs publics si l'on en juge par une réponse récente du garde des sceaux à une question parlementaire (Réponse du 14 février 2012 à la question du député D. Bussereau). La solution passera-t-elle par un recours auprès de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ? Dans son arrêt Robathin c/ Autriche (CEDH, requête n° 30457/06), cette dernière a condamné une pratique de saisie globale de données électroniques pour violation de l'article 8 de la CESDH en se fondant sur le défaut de proportionnalité entre le but à atteindre et les moyens mis en œuvre. Un espoir s'ouvre. ■



## LE POINT DE VUE DE L'UNIVERSITAIRE

### Muriel Chagny

Directeur du master de droit des contrats et de la concurrence  
Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

**E** Si l'on évoque, le plus souvent, les inspections, dans le cas de la Commission, ou bien les opérations de visites et saisies, s'agissant de la procédure française, la réalité des enquêtes de concurrence ne s'y limite certes pas, spécialement si l'on se réfère aux statistiques. Les demandes de renseignements ainsi que les enquêtes dites simples, par opposition à la première catégorie qui focalise (trop ?) souvent l'attention, sont bien plus fréquemment mises en œuvre par les autorités titulaires de ces pouvoirs et méritent par conséquent tout autant l'attention des entreprises ainsi que de leurs conseils.

Les enjeux en ce domaine sont cruciaux de part et d'autre, puisqu'il en va, d'un côté et dans l'intérêt général, de l'effectivité du droit de la concurrence, dans une matière où les difficultés de détection des pratiques déviantes sont légion, et de l'autre côté, des garanties que tout Etat de droit doit assurer, à raison de la nécessaire protection des droits de la défense, aux entreprises qui en font l'objet.

Comme l'a montré l'affaire dont a eu à connaître la Cour de cassation dans le secteur de la presse (Cass. com., 11 janvier 2012, n° 10-85446), en France, aucune entreprise, quel que soit son secteur d'activité, n'est à l'abri du dispositif d'enquêtes de droit commun, dont il faut rappeler qu'au-delà du droit des pratiques anticoncurrentielles - seul envisagé

au titre de la conférence -, il concerne aussi les dispositions rassemblées au sein du Titre IV du Livre IV du code de commerce et constitutives du droit français des pratiques restrictives de concurrence.

Dès lors, il convient, dans la perspective du présent Séminaire de s'interroger sur les conseils susceptibles d'être prodigués à destination des entreprises pouvant être soumises à l'un ou l'autre des types d'enquêtes, mais aussi, dans une optique plus prospective, sur les progrès à réaliser afin d'améliorer la conciliation entre effectivité et droits de la défense, l'accent étant délibérément mis, à raison de la participation du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, sur le dispositif français.

### QUELS CONSEILS POUR LES ENTREPRISES ?

Les conseils susceptibles d'être dispensés au bénéfice des entreprises doivent l'être bien évidemment à la lumière du cadre légal constitué par les articles L. 450-1 à 8 du Code de commerce et de la jurisprudence rendue sur leur fondement, mais également en tenant compte de la mise en œuvre concrète de ces préceptes par les autorités de contrôle.

Bien connaître ses droits comme ses devoirs est indispensable pour les entreprises, que ce soit en amont, afin d'anticiper des éventuelles enquêtes ou, au même moment même où une enquête survient de façon à la gérer au mieux.

Effectivement se pose, tout d'abord, la question de savoir dans quelle mesure il est possible d'anticiper la survenance d'une enquête dans le futur, à la fois, d'un point de vue matériel et en effectuant une sensibilisation du personnel, au-delà du cercle des juristes, en incluant les opérationnels.

Ensuite et surtout, il est des plus utiles d'être éclairé sur « la bonne gestion d'une enquête », les comportements à adopter ou, à l'inverse, à proscrire à cette occasion. D'un côté, pèse sur l'entreprise faisant l'objet d'une enquête une obligation de coopération active, son attitude devant être telle que celle-ci échappe au risque de commettre le délit d'opposition assorti de sanctions déjà importantes (art. L. 450-8 C. com.) et que le projet de loi consommation devrait significativement alourdir. Cependant, de l'autre côté, il importe aussi que l'entreprise ne soit pas non plus proactive et aille au-delà de ce qui est exigé par le dispositif légal.

Ces impératifs concernent indistinctement les deux types d'enquêtes, mais se présentent sous des jours différents dans les deux cas.

Non sans quelque paradoxe, les enquêtes dites simples, même si elles offrent moins de prérogatives aux enquêteurs, présentent de sérieux risques pour les entreprises. S'il est vrai que les investigations susceptibles d'être conduites à ces occasions sont limitativement énumérées et doivent être effectuées sans intrusion ni recherche forcée, il reste que la spontanéité, dont peuvent faire preuve certains préposés ou dirigeants, est porteuse en pareil cas de bien des dangers. La jurisprudence en comporte ►►



AUCUNE ENTREPRISE, QUEL QUE SOIT SON SECTEUR D'ACTIVITÉ, N'EST À L'ABRI DU DISPOSITIF D'ENQUÊTES DE DROIT COMMUN"



IL IMPORTE AUSSI QUE L'ENTREPRISE ... N'AILLE AU-DELÀ DE CE QUI EST EXIGÉ PAR LE DISPOSITIF LÉGAL"

# ENQUÊTES DE CONCURRENCE : QUELS DROITS ET DEVOIRS POUR LES ENTREPRISES ?

26 février 2013 | Hogan Lovells, Paris



... LA QUESTION  
LANCINANTE DE  
LA SAISIE EN BLOC  
DES MESSAGERIES  
ÉLECTRONIQUES...  
FOCALISE  
L'ATTENTION."

► des exemples saisissants à l'instar du dossier dans lequel il avait été procédé à la remise spontanée des enregistrements sonores d'une intervention d'un président de fédération professionnelle lors d'une assemblée générale.

Du côté des opérations de visite et saisie, ce sont deux questions qui se présentent tout particulièrement en liaison avec des modifications intervenues dans la législation récente pour consacrer expressément la présence de l'avocat au cours de ces opérations et pour renforcer le contrôle juridictionnel. Ces interrogations se rapportent respectivement au rôle que l'avocat peut effectivement jouer au cours de ces opérations et aux attentes que l'on peut avoir à l'égard des contrôles exercés par le juge en ce domaine.

## LES PROGRÈS À RÉALISER

Les progrès réalisés dans la période récente, spontanément ou sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, peuvent inciter à envisager, dans une perspective prospective, quels progrès devraient ou pourraient encore être réalisés.

Du côté des enquêtes simples, tout d'abord, il a été considéré que la mention pré-imprimée sur le procès-verbal suffit à établir que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue, sauf preuve contraire. Cependant se pose la question de savoir comment la preuve contraire peut être administrée par l'entreprise à partir du moment où les attestations du personnel ne suffisent pas. Par ailleurs, il est permis de souhaiter voir améliorer la protection offerte aux entreprises, notamment quant au rappel de leurs droits.

S'agissant, ensuite, des opérations de visites et saisies, des progrès pourraient être réalisés en ce qui concerne le contrôle exercé au titre de l'autorisation judiciaire. En ce qui concerne le niveau de contrôle des indices nécessaires pour justifier une perquisition, il convient de rappeler que la Cour de cassation a censuré, pour



Jurriel Chagny  
Professeur, Université de  
Saint-Quentin en Yvelines

avoir ajouté des conditions non prévues par la loi, une ordonnance ayant exigé des présomptions précises, graves et concordantes, conformément aux articles 1349 et 1353 du code civil (Cass. Crim. 19 décembre 2012).

De même, s'il est admis que des déclarations anonymes puissent être utilisées à l'appui de la demande d'autorisation présentée par l'Administration, à la condition d'être soumises au moyen de documents établis et signés par l'agent de l'Administration et d'être corroborées par d'autres éléments d'information, il peut sembler contestable que ces éléments de corroboration concernent seulement certaines entreprises, comme dans l'affaire des banques. C'est également la pratique des ordonnances pré-rédigées qui retient l'attention et pourrait conduire à mettre en doute le contrôle effectué sur le bien-fondé de la demande, au moins en présence d'erreurs grossières.

Cependant, il est là encore considéré, en jurisprudence, que les « motifs et dispositifs de l'ordonnance sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée » et si l'existence d'erreurs grossières a pu conduire des juges du fond à conclure à l'absence de contrôle réel et effectif, la jurisprudence de la Cour de cassation, dans le domaine voisin de la fiscalité, ne semble guère incliner à emprunter le même raisonnement (Cass. crim 18 décembre 2012).

Au stade du déroulement des opérations de visites et saisies, c'est surtout la question lancinante de la saisie en bloc des messageries électroniques qui focalise l'attention, comme en témoigne d'ailleurs les développements qui lui sont consacrés par ailleurs au cours de cette manifestation.

Il ne suffit cependant pas de mentionner quels progrès pourraient être réalisés dans le futur, il faut aussi s'interroger sur les voies que ces progrès pourraient emprunter. Il semble qu'il ne faille guère nourrir d'espoirs du côté des questions prioritaires de constitutionnalité, au regard de la position adoptée jusqu'à présent par la Cour de cassation qui a systématiquement

refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions posées sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce.

Une évolution de la jurisprudence française serait-elle possible en ce qui concerne la pratique des ordonnances pré-rédigées ? La réponse n'est pas nécessairement négative, du moins si l'on considère la solution retenue par la Cour de cassation en présence d'une reprise fidèle des conclusions d'une partie : la troisième Chambre civile a considéré, sous le visa de l'article 6 § 1 CEDH, qu'il y avait là une apparence de motivation pouvant faire peser un doute légitime sur l'impartialité (Cass. Civ. 3e 18 novembre 2009).

Si une intervention législative pourrait apparaître comme souhaitable, au moins en ce qui concerne la saisie en bloc des messageries, elle n'apparaît guère probable, du moins pour l'instant. Tout au contraire, le projet de loi consommation le législateur se préoccupe davantage de renforcer l'efficacité des enquêtes de concurrence, non seulement en augmentant les sanctions prévues en cas d'entrave, mais aussi en étendant les prérogatives conférées par les enquêtes simples qui seront donc plus périlleuses encore à l'avenir.

En fin de compte, et comme cela s'est déjà produit dans le cas des dispositions françaises applicables aux opérations de visites et saisies, l'évolution souhaitable quant aux saisies informatiques pourrait intervenir sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme (rapp. CEDH, 3 octobre 2012, Robathin c/ Autriche).

Evoquer la perspective d'évolutions législatives et/ou jurisprudentielles n'interdit d'envisager d'autres vecteurs de progrès. A droit et jurisprudence constants, la pratique pourrait évoluer à l'imitation, soit de celle de la Commission européenne, soit encore de celle existant en France dans d'autres domaines que le droit de la concurrence. A cet égard, la charte de l'enquête publiée par l'AMF, le 10 septembre 2012, pourrait constituer une base de réflexion. Exemple à suivre ? L'avenir le dira. ■



# CONCURRENCES :

## REVUE TRIMESTRIELLE DÉDIÉE AUX DROITS INTERNE ET EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE



**C** Concurrences est une revue universitaire trimestrielle dédiée aux droits interne et européen de la concurrence. Créée en 2004 par Laurence Idot, Frédéric Jenny et Nicolas Charbit, la revue est un forum de discussions entre universitaires, magistrats et praticiens du droit de la concurrence. En quelques années, Concurrences est devenue une revue de référence en matière de droit et politique de la concurrence et de la régulation, tant en France qu'à l'international. Ses analyses et opinions ont apporté une contribution décisive à certains débats et réformes. Son rayonnement en dehors du champ des spécialistes est tel que plusieurs personnalités publiques de premier plan ont publié des points de vue dans ses colonnes : Jacques Barrot, Pervenche Berès, François Hollande, Christine Lagarde, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy... Depuis octobre 2007, la revue Concurrences figure dans le classement du CNRS des revues à comité de lecture dans le champ de l'économie et de la gestion (section 37). ■

DEPUIS 2004

36

Numéros publiés

7000

Articles publiés

250

Pages en moyenne par N°

800

Auteurs nouveaux chaque année



# INSTITUT DE DROIT DE LA CONCURRENCE :

## EDITEUR SPÉCIALISÉ INDÉPENDANT

**L'**Institut de droit de la concurrence est une maison d'édition dédiée au droit de la concurrence et à la régulation économique et l'économie industrielle. Il a été créé en 2004 par Nicolas Charbit. L'objectif de l'Institut est de promouvoir la recherche en droit de la concurrence et de la régulation. L'Institut organise à cette fin des séminaires en Europe et aux Etats Unis et édite des revues et bases de données en langues française et anglaise. Afin d'assurer indépendance, rigueur et objectivité, chacun de ces séminaires et publications est placé sous la supervision d'un comité scientifique et/ou d'un comité éditorial. Grâce à ses travaux, l'Institut est devenu en quelques années un groupe de réflexion et un centre de recherches de référence en droit de la concurrence et de la régulation.

L'Institut organise de manière régulière des conférences et séminaires à Paris, Bruxelles, Londres et, plus récemment, New York et Washington. Depuis 2004, plus de 150 événements ont eu lieu, réunissant un total de plus de 6000 personnes. La plupart de ces événements ont donné lieu à publication dans la revue Concurrences. Ces séminaires peuvent prendre différents formats : conférences annuelles, déjeuners débats, cycles de conférences, ou, dîners.

### INTERVENANTS

Joaquin Almunia, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bill Kovacic, Kai-Uwe Kuhn, Bruno Lasserre, Cecilio Madero, Carles Esteva Mosso... ■

DEPUIS 2004

150

Conférences et séminaires : Paris, Bruxelles, Londres, New York, Washington

100

Actes publiés

550

Intervenants

6000

Participants