



Concurrences

ANTITRUST PUBLICATIONS & EVENTS

Les inspections de concurrence des autorités françaises

Nouvelle édition

Nathalie Jalabert-Doury

Avant-propos de Laurence Idot

Préface de André Marie

AVANT-PROPOS

Est-il besoin d'insister sur le rôle clef des enquêtes en droit de la concurrence et plus particulièrement en droit des pratiques anticoncurrentielles ? Tous les praticiens, qu'ils soient du côté des entreprises visées ou des autorités, savent que l'affaire se joue souvent à ce moment crucial. Loin d'être une affaire de spécialistes, la maîtrise des règles qui les encadrent s'impose à tous, en particulier aux chefs d'entreprise et à leurs juristes internes ou externes, qui devront dès les premiers moments adopter les bonnes pratiques. Or, force est de constater que, plus que les règles européennes, les règles françaises sont complexes. Le début de rapprochement des législations qu'opère la directive 2019/1 du 11 décembre 2018, dite « ECN + », dont la transposition vient d'intervenir en France, ne change guère la situation. Cette complexité s'explique par de multiples raisons à la fois institutionnelles et procédurales. Les enquêteurs peuvent appartenir à la DGCCRF ou à l'Autorité de la concurrence. Les investigations peuvent être fondées sur le seul droit français, ou viser également des pratiques susceptibles de relever du droit de l'Union. De plus, dans la tradition française, le juge judiciaire a toujours eu un rôle important de contrôle, largement confirmé par l'applicabilité à la matière de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette « complexité structurelle » a encore été accentuée ces dernières années par de nombreuses réformes législatives, la dernière en date résultant de l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021. Il ne faut donc pas s'étonner du fait que le contentieux des enquêtes soit florissant en France et beaucoup plus nourri devant nos juridictions que devant la Cour de justice.

Pour s'y retrouver dans cet ensemble touffu, Nathalie Jalabert-Doury nous avait déjà proposé une nouvelle version de son ouvrage antérieur sur les inspections de concurrence, qui a longtemps fait autorité en France. La matière s'était tellement étoffée ces dernières années que l'ouvrage avait dû être séparé en deux volumes, le premier tome étant uniquement consacré aux inspections de concurrence des autorités françaises, tandis que le second porte sur les inspections de la Commission européenne. Le foisonnement législatif et jurisprudentiel appelait une deuxième édition. Comme dans la première édition, le lecteur peut y trouver une présentation complète, exposée de manière pédagogique, du cadre juridique applicable à cette première phase de toutes les « procédures concurrence », à jour des derniers développements tant législatifs que jurisprudentiels au 30 juin 2021. Nous sommes toujours particulièrement heureux d'accueillir ces ouvrages dans la collection « Concurrences » et ne doutons pas qu'ils connaîtront le même succès que leurs prédécesseurs.

Laurence IDOT

Professeuse à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Présidente du comité scientifique de Concurrences

PRÉFACE

La Commission européenne a adopté en 2018 la directive ECN + afin que les États membres se dotent d'autorités de concurrence indépendantes disposant notamment de pouvoirs d'enquête adéquats. Même si la France n'était pas concernée par cette situation, certaines dispositions innovantes de cette Directive ont toutefois été transposées dans le droit positif par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021.

Plus de trente ans auparavant, entré en vigueur en France l'ordonnance n° 86-1283 du 1^{er} décembre 1986, codifiée dans le Code de commerce en 2000. L'ordonnance de 1986, fondement du droit moderne de la concurrence, mettait fin au régime de la réglementation des prix, créait le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante chargée de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles et dotait la DGCCRF, autre autorité de concurrence, des pouvoirs d'enquête indispensables pour rechercher et constater les infractions au droit de la concurrence afin de les faire sanctionner par le Conseil de la concurrence. L'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a également confié ces mêmes pouvoirs d'enquête aux rapporteurs du Conseil de la concurrence transformé en Autorité de la concurrence (ADLC) par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Des ajustements mineurs ont été introduits par la loi DDADUE n° 2020-1508 du 3 décembre 2020.

L'enquête concurrence a en effet pour but d'apporter les éléments de preuve nécessaires pour qualifier des comportements d'entreprises au regard des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce et 101 et 102 du TFUE.

Deux types d'enquêtes sont conduites par la DGCCRF et l'ADLC, dont la différence résulte des modalités d'investigations plus ou moins étendues qui seront utilisées : visite des entreprises, prise de copie de documents, recueil des déclarations des responsables (L. 450-3 C. com.), le cas échéant par le biais d'opérations de visite et de saisie de documents après autorisation judiciaire (L. 450-4 C. com.). Dans ce cas, les investigations sont réalisées selon des moyens coercitifs devant répondre à de strictes conditions. Ce type d'enquête est qualifiée de « lourde » dans l'ouvrage de Nathalie Jalabert-Doury, par opposition à l'enquête dite « simple » mobilisant les pouvoirs de l'article L. 450-3 du Code de commerce.

Très vite un contentieux nourri s'est noué au sujet des enquêtes « lourdes », utilisées dans environ la moitié des enquêtes conduites par l'ADLC et la DGCCRF, les entreprises utilisant largement les voies de recours qui leur étaient ouvertes lorsqu'elles étaient confrontées à des opérations de visite et saisie : recours en légalité des autorisations données par les juges des libertés et de la détention et contestations du déroulement de ces opérations.

La Cour de cassation principalement, mais également le Conseil constitutionnel, la CJUE et la CEDH, a été amenée à éclairer l'usage de ce pouvoir et à fixer un équilibre entre les nécessités de l'enquête pour assurer le respect de la défense de l'ordre public économique et l'atteinte aux libertés individuelles, aux droits de la défense, que ces contrôles peuvent générer.

De nombreuses décisions de la Cour de cassation sont venues apporter, entre 1986 et la fin des années 1990, des précisions importantes notamment sur le contenu de l'ordonnance d'autorisation des opérations, sujet qui a emporté l'essentiel du contentieux dès l'entrée en vigueur du texte. Toutes les solutions dégagées à l'époque par la Cour de cassation sont encore d'actualité.

Par la suite et jusqu'à ces dernières années, quelques étapes importantes ont marqué ce droit des enquêtes à la mesure du développement des recours en contestation du déroulement des opérations de visite et de saisie dû en grande partie à l'utilisation de moyens d'investigation numériques par les enquêteurs :

1. Du fait de l'imprécision de l'ordonnance de 1986 sur les délais dans lesquels le recours en contestation des opérations de visite et de saisie pouvait être engagé, la Cour de cassation en 1999 (arrêts dits « Bec Frères » – affaires du Pont de Normandie et TGV Nord, n° 98-30.005 et 98-30.002) avait considéré qu'il appartenait au Conseil de la concurrence et, sur recours, à la cour d'appel de Paris d'examiner les recours en contestation du déroulement des opérations de visite et saisie. La loi NRE du 15 mai 2001 a redonné la compétence au JLD en fixant un délai de quinze jours au-delà duquel les recours n'étaient plus recevables.
2. Dans le pourvoi dirigé contre la décision du JLD d'Évreux (Cass. crim., 9 février 2005, *Draka Paricable*, n° 04-83.859), la Cour renverse sa jurisprudence en affirmant la compétence du juge de l'autorisation et non celui de l'ordonnance complémentaire même si la contestation soulevée a trait au déroulement des opérations dans l'entreprise située dans le ressort du juge de la de l'ordonnance complémentaires. Cette jurisprudence est désormais obsolète dans la mesure où la loi DDADUE n°2020-1508 du 3 décembre 2020 prévoit désormais qu'un seul juge des libertés peut autoriser les opérations, sans avoir à délivrer de commission rogatoire au(x) juge(s) territorialement compétent(s) pour l'ensemble des locaux à visiter.
3. Au début des années 2000, la DGCCRF a développé un savoir-faire en matière informatique lui permettant d'opérer des « perquisitions informatiques » notamment sur les messageries électroniques. Cette technique utilisant un logiciel spécifique connecté sur l'ordinateur visité et permettant d'accéder directement au disque dur et de rechercher à partir de mots clés tous éléments susceptibles de se rattacher aux pratiques suspectées a permis d'adapter les techniques d'enquête au développement du numérique. La Cour de cassation a indiqué de manière constante que les messageries informatiques pouvaient faire l'objet d'une saisie globale qui résultait du caractère indissociable du fichier de messagerie.

Cette modalité d'enquête a été adoptée par l'Autorité de la concurrence du fait du transfert en son sein d'enquêteurs spécialisés de la DGCCRF en 2009 après que l'ordonnance du 13 novembre 2008 eut attribué à l'Autorité de la concurrence les mêmes pouvoirs d'enquête que ceux jusque-là mis en œuvre par la DGCCRF.

Entre 2009 et 2021, près de 200 décisions ont été rendues en ce domaine, dont plus de 60 par la Cour de cassation. Dans une décision *Vinci/GTM* du 2 avril 2015 (req. n° 63629/10 et 60567/10), la CEDH valide les techniques d'investigation informatiques mises au point par la DGCCRF. Une autre décision de la CEDH statue dans le même sens (CEDH 13 avril 2017, *Société Janssen Cilag*, req. n° 33931/12).

4. La technique de saisie globale de la messagerie présente l'inconvénient de porter sur des correspondances avocat-client légitimement protégées par la loi. Afin d'assurer cette légitime protection, la DGCCRF et l'ADLC ont adopté en 2015 la technique du « scellé fermé provisoire » afin d'éliminer du scellé définitif toutes les correspondances avocat-client qui s'y trouveraient et cela très vite après les opérations.
5. En 2013, la Cour de cassation dans l'affaire *Avis* a expressément reconnu, par un renversement de jurisprudence, le droit à la présence d'un avocat (Cass. crim., 13 mars 2013, *Société Avis location de voitures*, n° 12-81.495 ; jusque-là Cass. com., 21 janvier 1997, *Société Le Revoir e.a.* (fisc), 5 arrêts, n° 94-18.855 à 94-18.859).
6. Enfin il convient de signaler qu'en 2008 la CEDH a condamné, en matière fiscale, la procédure française des visites domiciliaires (CEDH, 3^e section, 21 février 2008, *Ravon e.a. c./ France*) dans la mesure où l'ordonnance autorisant les opérations de visite et de saisie n'était passible que d'un pourvoi en cassation. La CEDH a dès lors estimé que les personnes concernées devaient bénéficier d'un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit.

Cette décision a justifié, en droit de la concurrence, une modification des dispositions de l'article L. 450-4 du Code de commerce par l'ordonnance du 13 novembre 2008 par l'introduction d'un appel des autorisations de visite et saisie devant le premier président de la cour d'appel dont dépend le JLD.

L'ouvrage de Nathalie Jalabert-Doury est une somme considérable, remarquablement structurée, très didactique, et abondamment documentée par les décisions les plus récentes de la Cour de cassation ou des premiers présidents de cours d'appel. Cet ouvrage vite devenu une référence pour tous les praticiens de la matière, les professeurs de droit et les étudiants en droit de la concurrence, a vocation à conserver cette qualité avec cette 2^{ème} édition enrichie

Il devrait également constituer un document incontournable et très précieux pour les entreprises confrontées à des enquêtes de concurrence. L'expérience de Nathalie Jalabert-Doury tirée de sa pratique quotidienne de l'enquête concurrence lui permet d'illustrer son propos de documents utilisés par les enquêteurs et de livrer de nombreux conseils pour faire face à chaque situation potentiellement délicate lors du déroulement des opérations. Ce genre d'ouvrage est important car il permet aux entreprises de connaître l'état du droit. L'ouvrage consacre des développements abondants sur toutes les questions entourant la mise en œuvre des pouvoirs d'enquête.

Le premier chapitre traite en détail, et sur plus de 110 pages, de l'enquête lourde (L. 450-4 C. com.) ou enquête coercitive. C'est bien normal, car le contentieux qui s'est noué autour de ce type d'enquête, à travers les recours en légalité des autorisations données par les juges des libertés et de la détention et les contestations du déroulement de ces opérations, est particulièrement abondant depuis trente ans compte tenu des enjeux en cause.

En effet une annulation des opérations réalisées par les services enquêteurs, ou une annulation de certaines pièces saisies sont de nature à stopper toute instruction de l'affaire au fond, faute de preuves suffisantes des pratiques anticoncurrentielles recherchées. Or on sait que les sanctions de telles pratiques peuvent être très lourdes, comme l'indique les décisions de l'Autorité de la concurrence.

Au regard des nouveaux pouvoirs reconnus à l'Autorité de la concurrence en 2014, pouvoirs dont disposait la DGCCRF depuis 1986, et alimentés par une actualité judiciaire largement médiatisée à partir de 2018 notamment avec l'affaire des produits électriques, le deuxième chapitre aborde les perquisitions pénales. Ces enquêtes, destinées à mettre en évidence des infractions au droit de la concurrence mais également d'autres infractions de nature pénale (corruption, prise illégale d'intérêts, favoritisme, abus de bien social, faux, etc.), sont confiées sous certaines conditions à l'Autorité de la concurrence et à la DGCCRF sur commission rogatoire délivrée par les juges d'instruction.

Enfin le troisième chapitre examine les conditions de mise en œuvre des pouvoirs simples (L. 450-3 C. com.). L'ouvrage n'omet aucune des modifications importantes et les plus récentes apportées par la loi Hamon en 2014 et par la loi Macron en 2015. Dans cette partie encore, Nathalie Jalabert-Doury s'appuie largement sur la jurisprudence, quoique peu développée, y compris celle du Conseil constitutionnel.

J'espère, amis lecteurs passionnés de droit de la concurrence, que vous prendrez autant de plaisir que moi à parcourir cet ouvrage que vous conserverez à n'en pas douter à portée de mains pour ceux qui auraient à faire face à une enquête concurrence.

André MARIE

Juriste, formateur en droit de la concurrence

*Directeur de la Direction nationale des enquêtes de concurrence de la DGCCRF
entre 2002 et 2006*

*Sous-directeur adjoint et chef du Bureau politique de la concurrence à la DGCCRF
de 2006 à 2019*

*Commissaire du gouvernement devant l'Autorité de la concurrence de 2008 à 2019
et représentant du ministre de l'Économie devant la CA Paris de 2006 à 2019*

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	1
Préface	3
Introduction.....	9
Chapitre 1 L'inspection sur autorisation judiciaire (article L. 450-4).....	15
Section 1	
Définition, autorités compétentes et champ d'application	15
§ 1. Définition et nature du pouvoir d'inspection lourde	16
§ 2. Autorités et agents habilités à réaliser une inspection lourde	17
A. Autorités et administrations habilitées à effectuer des inspections lourdes.....	17
B. Agents compétents.....	22
C. Coordination entre les deux corps d'enquêteurs	22
§ 3. Champ d'intervention des inspections lourdes.....	25
§ 4. Interventions pour le compte ou en appui d'autres autorités	26
A. Intervention pour le compte d'autres autorités du REC	26
1. Intervention sur délégation de la Commission.....	27
2. Intervention sur délégation d'une autre autorité nationale.....	28
B. Assistance dans le cadre des inspections de la Commission européenne	30
§ 5. Directive ECN +.....	31
Section 2	
La conformité aux droits fondamentaux du pouvoir d'inspection lourde.....	33
§ 1. Le droit à l'inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée.....	33
§ 2. Le droit à un procès équitable et les droits de la défense.....	38
Section 3	
L'ordonnance autorisant les visites et saisies	43
§ 1. La demande d'enquête	43
§ 2. La requête établie sur cette base.....	45
§ 3. Le ou les juges compétents.....	48
§ 4. L'ordonnance de visite et saisie : conditions de forme et procédure.....	49
§ 5. Le contrôle du juge en amont de la délivrance de l'ordonnance.....	56
§ 6. Le champ des visites autorisées.....	63
§ 7. Éventuelle ordonnance complémentaire du JLD local rendue sur commission rogatoire.....	66

§ 8. Désignation du chef de service qui devra nommer les officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations.....	68
§ 9. Mentions impératives	69
§ 10. Le contrôle du juge pendant le déroulement de l'inspection	69
§ 11. Le rôle du ou des officiers de police judiciaire	73
Section 4	
L'arrivée des enquêteurs et la notification de l'ordonnance	74
§ 1. L'arrivée des enquêteurs	74
A. La visite est « inopinée » et généralement multisite.....	75
B. Les enquêteurs qui se présentent peuvent être nombreux et ne délivrer que peu d'information aux réceptionnistes.....	76
C. Les enquêteurs ne peuvent démarrer l'inspection dès leur entrée dans les lieux.....	77
D. La capacité de réaction de l'entreprise dépend de sa préparation en amont.....	78
E. Mesures à prendre très rapidement	79
§ 2. La désignation du ou des représentants de l'occupant des lieux	81
§ 3. L'alerte et l'assistance des conseils internes et externes	84
§ 4. La notification de la, ou, des ordonnances	85
§ 5. L'établissement du procès-verbal de notification	93
Section 5	
Les sanctions encourues par l'entreprise et ses membres à compter de la notification de l'ordonnance.....	96
§ 1. Obligation de ne pas s'opposer ou obligation de coopération active ? ...	97
§ 2. Possibilité de mise en œuvre d'une perquisition sous la contrainte.....	97
§ 3. Sanction pénale du délit d'opposition à fonctions et de délits voisins...	98
§ 4. Sanction administrative par l'Autorité d'une éventuelle obstruction...	100
Section 6	
Les locaux et moyens de transport pouvant être contrôlés	101
§ 1. Pouvoir de placer les locaux sous scellés dans l'attente de leur examen	102
§ 2. Pouvoir de fouille des locaux des agents français	103
§ 3. Nature des locaux et moyens de transport pouvant être contrôlés.....	104
§ 4. Pouvoir de fouille dans les limites du champ de l'autorisation	105
§ 5. Obstacles et complications à l'exercice du pouvoir de fouille.....	106
§ 6. Réserves concernant les locaux	107
Section 7	
Les recherches et saisies de documents papier.....	108
§ 1. Pouvoir de fouille des données des agents français.....	109

§ 2. Nature des documents pouvant être contrôlés.....	110
§ 3. Pouvoir de saisie dans les limites du champ de l'autorisation.....	111
§ 4. Obstacles et complications au contrôle et / ou à la saisie de ces documents	114
A. Privilège des correspondances avocat-client	115
B. Autres secrets de nature professionnelle et secrets d'affaires	119
C. Respect de la vie privée	120
D. Documents perdus, détruits ou se trouvant en un autre lieu.....	121
§ 5. Modalités de saisie	122
§ 6. Réserves concernant les documents.....	125
 Section 8	
Les recherches et saisies informatiques.....	126
§ 1. Pouvoir de fouille dans les données informatiques des agents français	127
§ 2. Sécabilité des messageries électroniques et conséquences	128
§ 3. Modalités de saisie	132
§ 4. Réserves concernant les recherches et saisies informatiques	135
 Section 9	
L'audition de l'occupant des lieux.....	136
§ 1. Obligations de l'entreprise, droits et protection des personnes auditionnées	137
§ 2. Modalités des questions et réponses.....	140
§ 3. Réserves concernant l'audition de l'occupant des lieux.....	140
 Section 10	
Les procès-verbaux, réserves et opérations post-inspections.....	142
§ 1. Finalisation des procès-verbaux	142
§ 2. Vérifications de l'exhaustivité des réserves formulées	144
§ 3. Débriefing et organisation des prochaines étapes	145
 Section 11	
Les recours	147
§ 1. Le contentieux de légalité de l'ordonnance.....	147
A. Personnes pouvant agir	148
B. Juridiction compétente.....	149
C. Délai et modalités	149
D. Champ du recours	150
E. Pourvoi	151

§ 2. Le contentieux de l'exécution de l'ordonnance	151
A. Jurisdiction compétente et nature du recours.....	151
B. Personnes pouvant agir.....	152
C. Délai et modalités.....	153
D. Champ du recours	153
E. Absence d'effet suspensif du recours	154
F. Pourvoi	154
§ 3. Le contentieux du fond	154
Chapitre 2 La perquisition pénale de concurrence (article L. 450-1,	
II bis /article 56 CPP).....	157
Section 1	
Définition, autorités compétentes et champ d'application	158
§ 1. La perquisition diligentée dans le cadre d'une information judiciaire ...	159
§ 2. La perquisition diligentée dans le cadre d'une enquête préliminaire	160
§ 3. La perquisition diligentée dans le cadre d'une enquête de flagrance.....	165
Section 2	
La conformité aux droits fondamentaux de l'utilisation aux fins	
d'une procédure de concurrence des preuves ainsi récoltées.....	165
Section 3	
L'arrivée des enquêteurs.....	167
Section 4	
Les sanctions encourues par l'entreprise et ses membres	168
Section 5	
Les locaux et moyens de transport pouvant être contrôlés	168
Section 6	
Les recherches et saisies	168
Section 7	
Les audits	170
Section 8	
Les réserves.....	170
Section 9	
Les recours	172

Chapitre 3 L’inspection simple (article L. 450-3)	173
Section 1	
Définition, autorités compétentes et champ d’application	173
Section 2	
La conformité aux droits fondamentaux	
du pouvoir d’inspection simple.....	174
§ 1. Le droit à l’inviolabilité du domicile et le droit au respect de la vie privée.....	174
§ 2. Le droit à un procès équitable et les droits de la défense.....	176
Section 3	
Conditions d’intervention de l’inspection simple	177
Section 4	
L’arrivée des enquêteurset la notification de l’objet de l’enquête.....	178
§ 1. Présence de l’occupant des lieux	181
§ 2. Notification de l’objet de l’enquête	182
§ 3. Présentation des cartes de service.....	186
§ 4. Mise en place de la procédure	186
Section 5	
Les sanctions encourues par l’entreprise et ses membres	187
Section 6	
L’absence de droit de fouille des enquêteurs.....	189
Section 7	
Les locaux et moyens de transport pouvant être visités	189
Section 8	
Les demandes et copies de documents papier	190
§ 1. Pouvoir de demander tout document « utile » en rapport avec l’objet de l’enquête.....	192
§ 2. Nature des documents pouvant être contrôlés.....	192
§ 3. Obstacles et complication au contrôle de ces documents.....	193
A. Documents couverts par le secret professionnel des professions réglementées	193
B. Documents relevant de la vie privée	193
C. Documents contenant des secrets d’affaires	194
D. Documents perdus, détruits ou se trouvant en un autre lieu.....	195
§ 4. Modalités de copie des documents	196
§ 5. Réserves concernant les copies de documents	196

Section 9	
Les demandes et copies de données informatiques.....	197
Section 10	
Les demandes de renseignements et de justifications.....	199
§ 1. Nature des questions pouvant être posées.....	200
§ 2. Personnes devant répondre aux questions posées.....	201
§ 3. Modalités des questions et réponses.....	202
§ 4. Consultation préalable et présence de l’avocat.....	202
§ 5. Enregistrement des questions et des réponses.....	203
§ 6. Règlement d’éventuelles contestations sur les questions posées.....	204
Section 11	
Les procès-verbaux, réserves et opérations post-inspections.....	204
Section 12	
Les recours.....	205
Chapitre 4 Les demandes d’accès aux données de connexion (article L. 450-3-3).....	207
Index.....	209
Table des matières.....	211