

CHAPITRE III Enquête préalable

SECTION 1

Enquêtes sectorielles

SECTION 2

Demande de renseignements

- I. Demande de la Commission
- II. Réponse de l'entreprise

SECTION 3

Inspection

- I. Inspection sur mandat
- II. Décision d'inspection
- III. Assistance des autorités nationales
- IV. Pouvoirs d'investigation
- V. Inspection d'autres locaux
- VI. Sanctions

SECTION 4

Droits de la défense

- I. Droit d'être entendu
- II. Obligation de loyauté
- III. Droit de ne pas témoigner contre soi-même
- IV. Principe de proportionnalité
- V. Principe d'inviolabilité du domicile
- VI. Secret professionnel
- VII. Transmission d'informations aux autorités nationales
- VIII. Transmission d'informations aux juridictions nationales

CHAPITRE III Enquête préalable

Aux termes de l'article 337 TFUE, la Commission peut, pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, recueillir toutes les informations et procéder à toutes les vérifications nécessaires. Ainsi, pour contrôler l'application des articles 101 et 102 TFUE, la Commission est habilitée à mener une enquête préalable à l'engagement d'une procédure (Règl. 1-2003, art. 18, 19 et 20). L'objet de cette enquête est d'établir l'existence ou non d'une infraction aux règles européennes de concurrence. L'exercice des pouvoirs d'enquête concourt au maintien du régime concurrentiel voulu par le Traité dont le respect s'impose impérativement aux entreprises. Le règlement 17 avait doté la Commission de larges pouvoirs d'investigation afin de lui permettre d'assurer une surveillance efficace des infractions aux règles européennes de concurrence. Elle disposait de la faculté de demander des renseignements et de procéder à des vérifications. Ces pouvoirs sont renforcés et complétés par le règlement 1-2003 (possibilité d'interroger les personnes détenant des informations utiles, d'apposer des scellés, d'accéder à tous locaux où des documents professionnels sont détenus, etc.). La Commission dispose, dans toute l'étendue de l'Union européenne, du pouvoir d'exiger les renseignements et de procéder aux inspections qu'elle juge nécessaires pour déceler les infractions aux articles 101 et 102 TFUE.

A RETENIR

En application du principe de l'opportunité des poursuites, la Commission décide seule de déclencher une enquête. Elle a, en outre, le libre choix de la mesure d'investigation.

La Commission peut procéder à des **enquêtes par secteurs économiques** (Règl. 1-2003, art. 17). Elle utilise de plus en plus cette mesure, qui lui permet, en fait, de recueillir des informations avant de se saisir d'office des infractions présumées. Elle peut adresser une **demande de renseignements** aux gouvernements et autorités compétentes des États membres, ainsi qu'aux entreprises et associations d'entreprises (Règl. 1-2003, art. 18). Elle peut, enfin, procéder à toutes les **inspections** nécessaires auprès des entreprises ou associations d'entreprises (Règl. 1-2003, art. 20). La Commission peut, en raison de l'autonomie de ces mesures, les utiliser dans l'ordre qu'elle souhaite. Elle peut recourir à l'une et/ou à l'autre dans l'ordre qui, à son avis, convient le mieux à la recherche des preuves de l'infraction présumée. La demande de renseignements et l'inspection sont des procédures d'investigation indépendantes. Même si elle dispose déjà d'indices, voire d'éléments de preuve relatifs à l'existence d'une infraction, la Commission peut légitimement estimer nécessaire de demander des renseignements supplémentaires lui permettant de mieux cerner l'étendue de l'infraction, sa durée ou le cercle des entreprises impliquées. Elle peut également ouvrir une nouvelle procédure d'enquête afin de compléter ou de vérifier l'exactitude des informations dont elle a eu connaissance incidemment lors d'une précédente inspection.

La Commission est dotée d'un véritable pouvoir d'information. La **demande de renseignements** a pour objet non seulement la preuve de l'existence d'une infraction aux articles 101 et 102 TFUE, mais aussi la fourniture d'informations sur des pratiques susceptibles d'être exonérées. Le caractère précis des informations que la Commission

juge opportun de connaître implique une collaboration préalable des entreprises ou associations d'entreprises sans laquelle les renseignements ne pourraient pas être recueillis.

Elle peut également, par le biais de l'échange d'informations prévu à l'article 12 du règlement 1-2003, se faire communiquer et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit recueilli pour l'application de l'article 101 ou 102 TFUE par les autorités des États membres. Ces informations ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que dans deux hypothèses : (i) la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation des articles 101 ou 102 TFUE ou, si ce n'est pas le cas, (ii) les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Il ne peut toutefois pas s'agir de peines privatives de liberté.

Le **pouvoir de recueillir des déclarations** fixé à l'article 19 du règlement 1-2003 constitue un nouveau pouvoir d'enquête de la Commission par rapport au dispositif du règlement 17. Dès les considérants, le règlement 1-2003 souligne l'importance pour la Commission de pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et d'enregistrer ses déclarations. La Commission peut donc interroger toute personne physique ou morale qui accepte de l'être aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. Lorsque les déclarations sont recueillies dans les locaux d'une entreprise, la Commission doit en informer l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'entretien a lieu. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné peuvent, si celle-ci le demande, prêter assistance aux agents, et aux autres personnes les accompagnant, mandatés par la Commission pour conduire l'entretien (Règl. 1-2003, art. 19).

Les dispositions du Traité confèrent aux entreprises le droit de contester en justice les décisions rendues par la Commission au cours de l'enquête préalable. L'entreprise, dont la situation juridique risque d'être modifiée par l'effet de la décision d'inspection ou exigeant la fourniture de renseignements, a en effet un intérêt à agir pour préserver ses droits. Elle dispose pour cela de deux voies de recours. Elle peut soit intenter un recours en annulation, soit un recours en référé en vue d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision. Ces recours sont cependant strictement réglementés et ne peuvent pas être exercés dans tous les cas où l'entreprise serait en désaccord avec la décision de la Commission.

PLAN

Au titre de l'enquête préalable, nous examinerons successivement :

- les enquêtes sectorielles ;
- la demande de renseignements ;
- l'inspection ;
- les droits de la défense des entreprises.

SECTION 1**Enquêtes sectorielles**

L'article 17 du règlement 1-2003 dispose :

«1. Lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du Marché commun, la Commission peut mener son enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, la Commission peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 81 et 82 [devenus art. 101 et 102 TFUE] du Traité et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

La Commission peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

La Commission peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations.»

Le Comité consultatif en matière d'ententes et de position dominante doit être consulté préalablement à l'ouverture de l'enquête.

Par ailleurs, l'article 17 précise que les articles 14, 18, 19, 20, 22, 23 et 24 sont applicables par analogie lorsque la Commission procède à une enquête par secteurs économiques. Ainsi, la Commission pourra demander tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de sa mission aux gouvernements et autorités compétentes des États membres, ainsi qu'aux entreprises et associations d'entreprises. Elle est également habilitée, lors de l'enquête sectorielle, à faire procéder à toutes inspections nécessaires soit par ses agents (art. 18), soit par les autorités des États membres (art. 22).

SECTION 2**Demande de renseignements****I. Demande de la Commission**

L'article 18 du règlement 1-2003, sans établir de hiérarchie entre les demandes, précise uniquement que «pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires».

A RETENIR

Désormais, il n'est plus nécessaire, pour effectuer une demande par voie de décision, que la Commission ait préalablement adressé une demande simple à l'entreprise. La Commission reste cependant soumise au principe de proportionnalité qui lui impose, lorsqu'un choix est offert entre deux mesures, de recourir à la moins contraignante.

La demande de renseignement est envoyée à l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée. L'article 18 du règlement 1-2003 précise, au paragraphe 4, que «sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants». Selon le Tribunal, la demande de renseignements peut donc être adressée à une holding financière dès lors qu'il est probable qu'elle-même ou des sociétés qu'elle contrôle soient en possession des informations recherchées. Lorsque l'entreprise destinataire d'une demande de renseignement a son siège social dans un pays tiers, le choix de la langue officielle de la décision attaquée doit tenir compte du rapport établi entre cette entreprise et un État membre de l'Union. Lorsque l'entreprise demande à la Commission une version linguistique de la décision en sa possession, l'autorité est tenue de déférer à cette requête.

La **demande simple** est adressée à l'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception signée par un fonctionnaire habilité de la Commission. Celle-ci doit simultanément transmettre copie de cette demande à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises. Elle doit indiquer la base juridique et le but de la demande, préciser les renseignements demandés et fixer le délai dans lequel ils doivent être fournis, ainsi que les sanctions encourues en cas de fourniture d'un renseignement inexact ou dénaturé.

La Commission peut également demander les informations requises **par voie de décision**. Comme toute décision, elle doit être notifiée à son destinataire et ne prend effet qu'à compter de cette notification. Simultanément à la notification, copie de la demande doit être adressée à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises.

La demande de renseignement par décision doit indiquer :

- la base juridique et le but de la demande ;
- les sanctions encourues en cas de fourniture de renseignements inexacts ;
- les voies de recours ouvertes à l'entreprise en cause sur le fondement des articles 263 et 278 TFUE.

La demande formelle de renseignements doit, comme toute décision de la Commission, être motivée (TFUE, art. 296). Elle doit ainsi indiquer la finalité de l'enquête. Cette obligation constitue une exigence fondamentale : elle fait apparaître le caractère justifié des informations sollicitées auprès des entreprises concernées et permet aux entreprises d'apprécier les présomptions que la Commission entend vérifier. La demande doit préciser avec suffisamment de clarté les présomptions d'infraction que la Commission entend vérifier, mais non les indices qu'elle détient déjà. En outre, lorsque la demande par voie de décision fait suite à une demande simple de renseignements, elle est soumise à une obligation de motivation alléguée. Elle peut ainsi reprendre les mêmes arguments que la demande simple à laquelle l'entreprise n'aurait pas répondu. La Commission n'est pas contrainte de communiquer toutes les informations dont elle dispose à propos des infractions présumées ni de procéder à une qualification juridique rigoureuse de ces infractions. Cependant, la motivation de la demande de renseignements ne doit pas être excessivement succincte, vague et générique, voire ambiguë, à plus forte raison lorsque

la décision est adoptée plus de deux années après les premières inspections, alors que la Commission dispose déjà d'informations qui lui permettent d'exposer avec davantage de précision les soupçons d'infraction qui pèsent sur les entreprises en cause.

Il appartient à la Commission de décider si un renseignement est nécessaire pour déceler l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence. Elle n'est ainsi pas tenue de motiver spécialement sa décision quant à la nécessité des documents sollicités. La Commission ne peut toutefois exiger que la communication d'informations lui permettant de vérifier les présomptions susceptibles de justifier la conduite de l'enquête et indiquées dans la demande. **La demande de renseignement doit, en effet, établir une corrélation entre les renseignements demandés et l'infraction présumée.** Les renseignements demandés par la Commission doivent avoir un lien avec les infractions présumées, et ne pas représenter pour l'entreprise une charge disproportionnée par rapport aux nécessités de l'enquête. Le caractère nécessaire des renseignements demandés s'apprécie en fonction de la finalité de l'enquête, telle qu'elle est obligatoirement précisée dans la demande. Le fait que la demande présente une large portée, que la Commission n'ait pas au préalable procédé à des inspections dans les locaux de l'entreprise, ni adressé de demande simple de renseignements ne présume pas du caractère exploratoire de sa requête («*fishing expedition*»). En revanche, une décision par laquelle la Commission demande à une entreprise de fournir à nouveau des renseignements antérieurement demandés, au motif que certains d'entre eux seulement seraient incorrects, est susceptible d'imposer à celle-ci une charge démesurée par rapport aux nécessités de l'enquête et n'est conforme ni au principe de proportionnalité ni à l'exigence de nécessité. De même, la recherche d'une facilité de traitement des réponses fournies par les entreprises ne saurait justifier qu'il leur soit imposé de fournir sous un nouveau format des renseignements déjà en possession de la Commission. Cependant, la Commission ne viole pas les principes de nécessité ou de proportionnalité lorsqu'elle demande la fourniture de renseignements plus précis que ceux transmis jusqu'alors.

II. Réponse de l'entreprise

L'obligation de fournir les renseignements demandés par la Commission pèse sur les propriétaires des entreprises concernées ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les informations peuvent également être communiquées à la Commission par les avocats dûment mandatés au nom de leurs mandants, qui demeurent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.

A RETENIR

L'entreprise est soumise à l'obligation de répondre dès l'envoi de la demande simple de renseignements. Une réaction passive ou la fourniture d'une partie seulement des renseignements demandés caractérisent un refus de collaborer.

Eu égard aux sanctions pécuniaires applicables en cas de réponse tardive ou inexacte, le délai accordé aux entreprises doit leur permettre non seulement de fournir matérielle-

ment une réponse, mais également de s'assurer du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements communiqués. L'étendue du devoir de collaboration dépend de la finalité de l'enquête telle que précisée dans la demande. Aussi, pour apprécier la portée de son obligation de répondre, l'entreprise devra-t-elle se référer aux bases juridiques et au but de la demande mentionnés par la Commission. L'entreprise doit non seulement fournir les renseignements requis dans le délai imparti par la Commission, mais aussi fournir des informations complètes.

La réponse de l'entreprise doit être appréciée dans son ensemble. En effet, cette appréciation ne saurait se limiter aux seules réponses aux questions posées. Ainsi, doivent être considérés comme une réponse à une demande de renseignements non seulement les réponses aux questions précises de la Commission, mais aussi les renseignements qui dépassent le cadre spécifique de ces questions, dans la mesure où ils entrent dans l'objet de la demande de la Commission.

L'entreprise ou l'association d'entreprises doit fournir des renseignements exacts et non dénaturés (Règl. 1-2003, art. 18). La fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés l'expose au paiement d'une amende qui peut s'élever à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent, que l'infraction soit commise de propos délibéré ou par négligence (Règl. 1-2003, art. 23). Ainsi, l'entreprise interrogée qui fournit, par négligence, des renseignements inexacts, en réponse à une demande formelle de la Commission, s'expose à une amende. Il importe peu que les renseignements aient été fournis spontanément ou sur demande de la Commission. La Commission peut en outre infliger à l'entreprise une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard pour l'obliger à fournir de manière complète les renseignements demandés (Règl. 1-2003, art. 23).

A RETENIR

En cas de demande simple, seule l'inexactitude du renseignement expose l'entreprise à une sanction pécuniaire, alors que le refus de répondre suffit à sanctionner l'entreprise interrogée par voie de décision.

Tout renseignement qui donne de la situation sur laquelle porte la question une image déformée qui s'écarte considérablement de la réalité sur des points importants, notamment un renseignement faux ou à tel point incomplet que la réponse dans son ensemble est de nature à induire la Commission en erreur sur la situation véritable, est inexact. Ainsi, l'entreprise qui, en réponse à une demande de renseignements de la Commission, ne lui communique pas les documents qui permettraient d'identifier le nombre et la nature des contrats concernés par une recommandation d'association d'entreprises, fournit des renseignements incomplets qui justifient une injonction de fourniture d'informations précises dans le délai de deux mois sous peine de sanctions. De même, la communication d'un chiffre d'affaires erroné est qualifiée par le juge européen de négligence grave fondant une majoration du montant de l'amende. Enfin, les réponses aux questions précises de la Commission, comme les renseignements qui dépassent le cadre spécifique de ces questions, constituent, selon le juge européen, une réponse dans la mesure où ils entrent

dans l'objet de la demande de la Commission. Dès lors, l'inexactitude des renseignements fournis peut être révélée par des inspections postérieures.

SECTION 3

Inspection

A RETENIR

L'article 20 du règlement 1-2003 autorise la Commission à «procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises». Les agents habilités procèdent à l'inspection par voie de mandat ou de décision, et sont assistés par les agents de l'autorité de l'État membre sur le territoire duquel se déroulent les opérations d'investigations.

La Commission peut, également, aux termes de l'article 22, paragraphe 2, du même texte, demander aux autorités compétentes des États membres de procéder sur leur territoire aux inspections qu'elle juge indiquées ou qu'elle a ordonnées par voie de décision.

La Commission peut choisir librement de procéder par mandat et/ou par décision, en fonction des seules nécessités de l'instruction. L'autorité européenne n'est pas tenue d'effectuer une inspection par simple mandat avant de recourir à une inspection par voie de décision. Cette solution est justifiée par l'objet même de l'inspection, qui tend à permettre à la Commission de recueillir la documentation nécessaire pour contrôler la réalité et la portée d'une situation de fait ou de droit déterminée. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission ne se limite pas en la matière au seul choix de la forme de l'inspection. Elle peut ainsi procéder à une inspection «surprise» ou «dawn raid» sans en avertir au préalable les entreprises concernées. Elle prend alors une décision ordonnant à l'entreprise ou l'association d'entreprises de se soumettre à l'inspection.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'inspection sur mandat ;
- l'inspection par voie de décision ;
- l'assistance des autorités nationales ;
- les pouvoirs d'investigation des agents habilités ;
- l'inspection d'autres locaux que ceux de l'entreprise ;
- les sanctions.

I. Inspection sur mandat

A RETENIR

L'inspection peut se dérouler sur simple mandat (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 3). Le mandat doit être écrit et préciser l'objet et le but de l'inspection ainsi que la sanction prévue en cas de non-collaboration de l'entreprise inspectée. Ce mandat doit être produit par les agents habilités.

Préalablement à l'inspection et «en temps utile», la Commission doit informer l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure va avoir lieu non seulement de la mission de la vérification (objet et but), mais aussi de l'identité des agents mandatés.

Si les entreprises ne sont pas tenues de se soumettre à une inspection par voie de mandat, elles doivent, aux termes de l'article 20, paragraphe 3, fournir une information complète, ainsi que des réponses exactes et non dénaturées sous peine de sanctions, lorsqu'elles l'acceptent. L'obligation de présenter d'une manière complète les documents requis par les agents de la Commission doit s'entendre non seulement comme la possibilité d'accès à l'ensemble de ceux-ci, mais aussi comme l'obligation de présenter effectivement les documents précisément demandés. La Commission est en effet seul juge de la pertinence ou non d'un document. Il n'appartient pas aux entreprises soumises à l'inspection de juger du bien-fondé de la demande de documents ou de leur caractère utile, ni d'invoquer leur caractère confidentiel pour se dérober à l'exécution de cette obligation. Une mise à disposition, d'une manière générale et globale, de toutes les archives de l'entreprise concernée ne suffit pas à remplir cette obligation. En outre, l'entreprise, informée préalablement de l'inspection à laquelle elle s'est volontairement soumise, ne peut, pour justifier une présentation incomplète, se prévaloir de l'ignorance de son représentant alors qu'il lui appartient de le choisir elle-même et sous sa propre responsabilité.

II. Décision d'inspection

A RETENIR

Les agents habilités peuvent procéder à l'inspection par voie de décision formelle (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 4). Dans ce cas, la Commission peut adopter une décision dès lors qu'elle dispose d'éléments et d'indices matériels sérieux la conduisant à suspecter l'existence d'une infraction. Il n'est pas nécessaire que les documents qui lui sont soumis soient de nature à établir sans doute raisonnable l'existence de l'infraction constatée dans la décision finale, mais seulement qu'ils soient de nature à créer un commencement de soupçon de comportement anticoncurrentiel.

La décision est généralement adoptée selon le système de l'habilitation. Ce système est compatible avec le principe de collégialité qui régit le fonctionnement de la Commission, dès lors que les décisions prises sur habilitation le sont au nom de la Commission, qui en assume la pleine responsabilité et que le système se limite aux actes d'administration ou de gestion. La Commission prend la décision de procéder à l'inspection après avoir entendu l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée. Cette audition peut être informelle, notamment en cas de vérification surprise ou «dawn raid».

La décision d'inspection doit indiquer l'objet et le but de l'inspection, fixer la date à laquelle elle commence et mentionner les sanctions encourues en cas de non-collaboration des entreprises, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. Elle n'a pas à contenir de mesures de protection spécifiques relatives à la consultation des correspondances entre l'entreprise et ses avocats, dès lors que le respect de la confidentialité s'impose aux agents de la Commission indépendamment de la portée de leur

mandat. Même si elle doit clairement indiquer les présomptions d'infraction qu'elle entend vérifier, la décision n'a pas besoin d'indiquer les indices sur lesquels la Commission se fonde ni de comporter la délimitation précise du marché et la qualification juridique exacte des infractions. La décision peut être motivée en termes très généraux dès lors qu'elle désigne l'infraction recherchée et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection.

Néanmoins, la motivation de la décision d'inspection doit demeurer suffisamment précise pour éviter le reproche de «*fishing expedition*», pratique qui consiste à se livrer à des investigations indéterminées, afin de recueillir, le cas échéant, des informations sur des comportements dont la Commission n'a pas connaissance. Le Tribunal a récemment modifié sa position à l'égard des «*fishing expeditions*». Après avoir posé en principe que «les facultés d'enquête de la Commission seraient dépourvues d'utilité si elle devait se limiter à demander la production de documents qu'elle serait à même d'identifier au préalable de façon précise», ce qui implique qu'elle puisse rechercher «des éléments d'information divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés», le juge européen a, d'abord, déclaré que «lorsqu'elle effectue une inspection dans les locaux d'une entreprise en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1-2003, la Commission est tenue de limiter ses recherches aux activités de cette entreprise relatives aux secteurs indiqués dans la décision ordonnant l'inspection». Le Tribunal a par conséquent annulé des décisions d'inspection qui portaient sur un marché beaucoup plus étendu que celui pour lequel la Commission disposait d'indices sérieux d'infraction. Par la suite, le Tribunal s'est montré plus compréhensif en admettant que la Commission pouvait décider de nouvelles investigations afin d'obtenir copie des documents dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours de saisies sans rapport avec l'objet de l'enquête initiale ou de mieux cerner l'infraction et sa durée, même si elle dispose déjà d'indices, voire d'éléments de preuve, relatifs à l'existence d'une infraction. La Cour de justice considère, en revanche, que n'étant pas tenue de procéder à une délimitation précise du marché en cause, puisque l'inspection a précisément pour objet de recueillir des preuves de l'infraction présumée, la Commission ne porte pas atteinte aux droits de la défense lorsqu'elle n'indique pas précisément le marché géographique concerné, ni les types de comportements soupçonnés. Toutefois, les termes de la décision d'inspection ne doivent pas, sous peine d'annulation, excéder la portée de l'infraction qui peut être suspectée sur le fondement des indices détenus par la Commission.

Lorsqu'une décision d'inspection motivée a été correctement notifiée à une personne qualifiée au sein de l'entreprise, la Commission doit être en mesure d'effectuer ses inspections sans être soumise à une obligation d'informer chaque membre du personnel concerné de ses droits et devoirs dans les circonstances de l'espèce. Les entreprises concernées par l'inspection ont l'obligation de se soumettre aux opérations d'investigation et leur comportement ne doit pas compromettre l'exécution de l'inspection. Tel est le cas lorsque l'entreprise fait des déclarations inexactes sur la situation du bureau de son dirigeant ou n'accorde pas aux inspecteurs un accès exclusif aux comptes de messagerie demandés, sans qu'il y ait lieu de vérifier si des messages ont été manipulés ou supprimés ou si la personne concernée avait personnellement connaissance de la mesure. Le refus de se soumettre à l'inspection par voie de décision, même temporaire, expose l'entreprise au paiement d'une amende. L'infraction procédurale est caractérisée même si, par

la suite, aucune violation du droit matériel n'est imputée à l'entreprise. Le fait qu'une association d'entreprises comporte des membres qui ne sont pas établis dans un État de l'Union ne l'exonère pas de l'obligation de se soumettre à l'inspection, dès lors que ses activités ont lieu à partir ou à destination du territoire de l'Union européenne.

La Commission a publié une note d'information qui détaille l'étendue et les limites des pouvoirs d'investigation des agents habilités, ainsi que les droits et obligations des entreprises concernées. Elle rappelle notamment l'obligation des entreprises de se soumettre à l'inspection par voie de décision et celle pour les enquêteurs de leur remettre une copie certifiée conforme de la décision.

III. Assistance des autorités nationales

A RETENIR

L'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection sera effectuée est soit avertie au préalable, s'il s'agit d'une inspection par voie de mandat, soit entendue, si la Commission adopte une décision formelle. En contrepartie, les autorités nationales concernées doivent prêter assistance à la Commission dans l'exécution de sa mission.

Les agents nationaux prêtent activement leur assistance aux agents de la Commission à la demande de celle-ci ou de l'autorité nationale (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 5). Ils disposent des mêmes pouvoirs que les agents habilités. Lorsqu'une entreprise s'oppose à l'inspection, cette assistance est nécessaire pour exécuter, au besoin en recourant à la force publique ou à une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, les opérations d'enquête (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 6). Le concours de l'autorité nationale n'est pas subordonné au refus de coopération de l'entreprise, objet de l'inspection. La simple éventualité d'une opposition suffit.

Chaque État membre règle les conditions dans lesquelles l'assistance des autorités nationales est fournie aux agents de la Commission. Si le droit national soumet l'octroi d'une assistance à une autorisation judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée, même à titre préventif (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 7). Lorsqu'une autorisation est nécessaire, le juge national contrôle l'authenticité de la décision de la Commission et la proportionnalité des mesures coercitives demandées par rapport à l'objet de l'inspection (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 8). Le juge vérifie si les mesures de contrainte demandées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Il peut également demander à la Commission des explications détaillées sur les motifs de présumer une infraction, ainsi que sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée (art. 20, paragr. 8). Il ne peut, en revanche, ni apprécier le caractère nécessaire de l'inspection voulue par la Commission, ni substituer sa propre appréciation à celle de la Commission, ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission (art. 20, paragr. 8). Le contrôle de légalité relève de la compétence de la Cour de justice. Mais les décisions prises par l'autorité judiciaire nationale, dans le cadre de l'assistance prêtée aux agents de la Commission confrontés à une opposition de l'entreprise inspectée, ne peuvent être contrôlées par le juge européen.

IV. Pouvoirs d'investigation

Les agents habilités disposent d'importants pouvoirs d'investigation, qui ont été notamment renforcés par le règlement 1-2003. Ils sont autorisés par l'article 20, paragraphe 2, à :

- accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;
- contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support ;
- prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents ; la Commission détermine les documents professionnels qui doivent être présentés et dont elle souhaite prendre copie ; elle doit pouvoir recueillir tous les éléments nécessaires à l'inspection sans avoir à identifier au préalable de façon précise les documents nécessaires, tout en limitant ses investigations aux activités visées par la décision d'enquête et en s'abstenant d'utiliser les documents qu'elle a consultés qui ne relèvent pas de ce cadre ; en revanche, le fait que les documents saisis concernent un tiers à la mesure d'inspection ne remet pas en cause la légalité des opérations, dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application de l'enquête ; les entreprises peuvent à tout moment demander la restitution des documents professionnels dont la copie est sans rapport avec l'objet de l'inspection ; enfin, il ne peut être reproché aux agents de la Commission de ne pas s'être limités à demander la production de documents relevant très clairement et à l'évidence de l'objet de l'enquête, en l'absence de preuve qu'ils ont effectué des recherches ciblées en dehors de celui-ci ;
- apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci ;
- demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses ; cette demande d'explications orales ne peut être assimilée à une demande de renseignements au sens de l'article 18 ; dès lors, le procès-verbal dressé par les agents mandatés de la Commission et retraçant les explications orales fournies par l'entreprise s'étant volontairement soumise à une vérification ne peut faire l'objet d'un recours en annulation.

La Commission a publié le 11 septembre 2015 une note explicative révisée relative aux inspections menées en application de l'article 20, paragraphe 4, du Règlement 1-2003, où elle précise les droits et obligations des entreprises soumises à une inspection. L'entreprise peut consulter un avocat, mais l'absence de l'avocat n'est pas susceptible d'invalidier l'inspection. Les inspecteurs peuvent commencer l'inspection sans attendre la venue de ce dernier. Un court délai peut toutefois être accordé à l'entreprise pour lui permettre avant le début des opérations de consulter son conseil. Lorsque l'entreprise ou les membres de son personnel fournissent des explications orales sur place à la demande des inspecteurs, elles doivent être enregistrées sous quelque forme que ce soit, copie de cet enregistrement étant fournie à l'entreprise après l'inspection. La Commission est tenue de procéder à l'enregistrement de tout entretien effectué dans le cadre de ses pouvoirs d'inspection, sans distinguer selon qu'elle les estime formels ou informels.

Si une personne non autorisée par l'entreprise à la représenter donne des explications orales au cours de l'inspection, l'entreprise peut se voir accorder un délai pour amender ou corriger ces explications. Les inspecteurs sont autorisés à procéder aux visites et saisies, et par conséquent à prendre copies de documents ou extraits de documents quel que soit le support sur lequel ils sont stockés. Ils peuvent inspecter l'ensemble des supports informatiques et supports d'archivage de l'entreprise (ordinateurs portables, ordinateurs de bureau, téléphones mobiles, clés USB, DVD, etc.) et peuvent utiliser leur matériel et logiciels dédiés pour récolter les informations contenus dans ces supports («Forensic IT tools»). L'entreprise doit apporter sa collaboration à l'inspection, notamment en permettant le blocage temporaire des comptes email, la déconnexion des ordinateurs du réseau, la désinstallation et réinstallation des disques durs, etc. Elle ne doit pas s'opposer à ces actions et doit en avertir les salariés concernés. Une copie de l'ensemble des documents papiers et informatiques saisis est remise à l'entreprise, qui bénéficiera de la protection du secret professionnel, le cas échéant. Les scellés apposés par les inspecteurs ne doivent pas être rompus.

V. Inspection d'autres locaux

A RETENIR

L'article 21 du règlement 1-2003 autorise la recherche de la preuve dans tous les locaux où la Commission soupçonne la détention de livres ou autres documents professionnels en rapport avec l'objet de l'inspection, qui pourraient être pertinents pour prouver une infraction grave. Dans ce cas, l'inspection peut avoir lieu dans tous les locaux, terrains et moyens de transport, où sont détenus ces documents, y compris au domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées. L'inspection doit prendre la forme d'une décision formelle, qui doit être motivée.

Elle précise l'objet et le but de l'inspection, notamment en détaillant les motifs qui font soupçonner à la Commission l'existence d'une infraction grave. La décision doit en outre fixer la date à laquelle elle commence et indiquer la possibilité d'introduire un recours contre la décision devant le Tribunal. La Commission doit au préalable consulter l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée. En outre, l'exécution de la décision ne peut avoir lieu sans avoir fait l'objet d'une autorisation judiciaire du juge national selon les mêmes modalités que l'inspection par voie de décision.

VI. Sanctions

A RETENIR

Les entreprises s'exposent au paiement d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque délibérément ou par négligence, elles ne respectent pas leurs obligations en matière d'inspection (Règl. 1-2003, art. 23).

Tel est le cas lorsqu'elles présentent de façon incomplète les livres ou autres documents

professionnels requis ou ne se soumettent pas aux inspections par voie de décision, en particulier en refusant l'accès à leurs locaux des inspecteurs de la Commission avant l'arrivée de leurs avocats. Ainsi, le refus temporaire des avocats d'accorder aux agents enquêteurs l'accès au bureau de l'un des directeurs suffit à considérer que l'entreprise en cause a refusé de se soumettre à la décision de vérification, sans que la Commission soit tenue d'établir que le retard engendré par ce refus a pu provoquer la destruction ou la dissimulation de documents. Il en va de même lorsque les entreprises fournissent une réponse incorrecte ou dénaturée lors d'une demande d'explication orale, omettent de corriger cette réponse dans le délai fixé, omettent ou refusent de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but de l'inspection ordonnée par voie de décision, ou brisent les scellés apposés par les agents de la Commission.

La Commission peut par ailleurs infliger à l'entreprise une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard pour la contraindre à se soumettre à l'inspection (Règl. 1-2003, art. 24, paragr. 1, e)).

SECTION 4

Droits de la défense

La Commission dispose d'importantes prérogatives en matière d'enquête. Dans la recherche de la preuve des infractions suspectées, l'autorité européenne recourt à des moyens d'investigation qui relèvent normalement de la procédure pénale : interrogatoire (pouvoir de recueillir des déclarations, demande de renseignements) ; perquisition (inspections).

Cependant, les règles du droit judiciaire ne s'appliquent pas en matière de concurrence, et les textes qui gouvernent la procédure d'application des règles de concurrence sont quasiment muets sur les droits des entreprises lors de l'enquête préalable.

Aussi la Cour de justice, pour interpréter les dispositions applicables aux procédures d'enquête préalable, a-t-elle eu recours aux principes généraux du droit européen, dont elle doit assurer le respect conformément aux traditions constitutionnelles des États membres ainsi qu'aux textes internationaux auxquels ces États ont coopéré ou adhèrent. Sur le fondement des principes et conceptions juridiques communs aux États membres, elle a posé le principe selon lequel les entreprises bénéficient, dès le stade de l'enquête préalable, de droits fondamentaux, qui font partie intégrante des principes généraux précédemment évoqués. Le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental de l'ordre juridique européen qui s'impose tant aux institutions européennes qu'aux autorités nationales chargées d'appliquer les règles du droit européen.

A RETENIR

Dans la procédure d'application des règles de concurrence, les droits de la défense ne peuvent en principe être invoqués que postérieurement à la communication des griefs, conformément aux dispositions du règlement 773-2004.

Les procédures d'information et d'inspection peuvent avoir un caractère déterminant pour établir la preuve du caractère illégal du comportement d'entreprises de nature à engager leur responsabilité. Aussi convient-il «d'éviter que les droits de la défense de l'entreprise soupçonnée d'infraction aux règles de la concurrence soient irrémédiablement compromis dans le cadre de l'enquête préalable».

Il est néanmoins apparu nécessaire de reconnaître des droits de la défense à l'entreprise poursuivie en contrepartie des pouvoirs d'enquête exorbitants de la Commission. Les juridictions européennes refusent d'apprécier directement au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) la légalité d'une procédure d'enquête au motif que ces dispositions ne font pas partie intégrante du droit européen. Cependant, elles reconnaissent la signification particulière de ce texte au sein des droits fondamentaux. L'article 6, paragraphe 2, du Traité UE précise ainsi que l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Depuis le 1er décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée au Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, fait partie intégrante du bloc de légalité de l'Union. En effet, aux termes de l'article 6, paragraphe 1, TUE, «l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités». Négligée par les juridictions de l'Union avant qu'elle n'acquière force contraignante, la Charte est aujourd'hui fréquemment invoquée par les justiciables, en complément de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont elle reproduit certaines dispositions.

PLAN

Les droits de la défense comprennent :

- le droit d'être entendu ;
- l'obligation de loyauté ;
- le droit de ne pas témoigner contre soi-même ;
- le principe de proportionnalité ;
- le principe d'inviolabilité du domicile ;
- le secret professionnel ;
- les droits des entreprises en cas de transmission d'informations aux autorités nationales ;
- les droits des entreprises en cas de transmission d'informations aux juridictions nationales.

I. Droit d'être entendu

A RETENIR

Le droit de l'entreprise, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction au Traité est un principe fondamental du droit européen.

La Commission doit, aux termes de l'article 27, paragraphe 1, du règlement 1-2003, entendre l'intéressée avant de prendre une décision lui faisant grief. Le texte énumère limitativement les décisions de la Commission qui ne peuvent être prises sans avoir donné la possibilité aux intéressés d'exprimer leur point de vue. Ni l'article 18 ni l'article 20 ne font partie de cette énumération. Le droit d'être entendu ne concerne que les décisions prises dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative visant à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale, telle la communication des griefs. Ainsi, le fait que la Commission n'ait pas diligenté d'enquête auprès d'une entreprise, qui n'a été informée de sa mise en cause qu'au moment de la communication des griefs, n'entache pas la procédure d'irrégularité, dès lors qu'elle lui a donné la possibilité de faire connaître utilement son point de vue au cours de la procédure administrative. En effet, la Commission n'est tenue à aucune obligation générale d'informer personnellement chaque entreprise de la procédure qui la concerne dès le premier stade de l'enquête, le principe du contradictoire ne s'appliquant pas avant la communication des griefs : elle doit donc seulement les informer des premières mesures d'investigation qui les concernent spécifiquement.

La Commission doit cependant toujours entendre l'entreprise avant de lui infliger une amende sur le fondement de l'article 23 ou une astreinte sur le fondement de l'article 24. Cette audition n'est obligatoire, en ce qui concerne les astreintes, que préalablement à la décision en fixant définitivement le montant. En effet, la procédure d'adoption des décisions infligeant des astreintes se déroule en deux phases. Lors de la première phase, la Commission fixe une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard. Cette décision n'est cependant pas exécutoire à défaut de déterminer le montant total de l'astreinte, qui sera fixé définitivement par une autre décision. Dès lors, au cours de la première phase, une entreprise ne peut faire grief à la Commission de ne pas l'avoir entendue.

II. Obligation de loyauté

A RETENIR

La Commission est soumise à une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve. Elle doit faire connaître à l'entreprise concernée l'objet de l'enquête, notamment en indiquant clairement les présomptions qu'elle entend vérifier, afin que les personnes interrogées ne se méprennent pas sur la portée des déclarations qu'elles pourraient faire et qui pourraient être utilisées contre elles.

La Commission doit ainsi préciser dans sa décision ordonnant l'inspection ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection. L'autorité européenne n'est toutefois pas tenue de communiquer toutes les informations dont elle dispose à propos d'infractions présumées, ni de procéder à une qualification juridique rigoureuse de ces infractions. Elle peut, également, sans violer l'obligation de loyauté, utiliser comme indices pour ouvrir une nouvelle procédure les documents obtenus dans une première affaire, en demander une nouvelle fois communication, et les utiliser comme moyens de preuve dans cette seconde affaire. En revanche, elle ne saurait, préalablement à la conduite d'une inspection, informer ses agents de l'existence d'une autre plainte concernant une filiale de l'entreprise visitée, et les inciter ainsi à saisir des documents étrangers à l'objet de la mesure tel que délimité par sa décision. Par ailleurs, il n'existe pas, en droit de l'Union, de dispositions qui interdiraient à la Commission d'utiliser des informations et des éléments de preuve soumis par une entreprise dans le cadre d'une demande d'immunité, même si l'avocat qui a assisté cette dernière a violé l'interdiction de double représentation ou l'obligation de loyauté à l'égard de ses anciens clients. Enfin, contrairement aux autorités françaises, le juge de l'Union admet l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu par un tiers en violation des exigences de l'article 8 CEDH, lorsque la partie en cause n'a été privée ni d'un procès équitable, ni de ses droits de la défense et que cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour fonder la condamnation.

III. Droit de ne pas témoigner contre soi-même

Aux termes de l'article 2 du règlement 1-2003, la charge de la preuve d'une violation des articles 101 et 102 TFUE pèse sur la Commission ou l'autorité qui l'allègue. La recherche de cette preuve est d'ailleurs la raison d'être de la procédure d'enquête préalable. Si les droits de la défense ne concernent en principe que les procédures contradictoires, qui font suite à une communication de griefs et sont susceptibles d'aboutir à une sanction, ils ne doivent pas être irrémédiablement compromis lors de la procédure d'enquête préalable. Tel est le cas du droit de ne pas témoigner contre soi-même.

A RETENIR

La preuve de l'infraction pesant sur le demandeur, le défendeur ne peut pas être obligé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable selon l'art. 14, paragr. 2, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Commission ne saurait donc imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses qui l'amèneraient à admettre l'existence de l'infraction dont il lui appartient d'établir la preuve.

Le règlement 1-2003 consacre, dès l'exposé des motifs, le droit de ne pas témoigner contre soi-même : « les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, «auquel il fixe une limite : « mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction». Ainsi, une entreprise ne peut invoquer le droit de ne pas témoigner contre soi-même à l'encontre d'une demande de renseignements. En effet, l'entreprise qui fait l'objet d'une mesure d'investigation est tenue de collaborer active-

ment et ne peut invoquer un droit au silence absolu. Elle doit en outre établir qu'elle a été contrainte par la Commission de contribuer à sa propre incrimination et que ses droits ont subi une atteinte effective. Ainsi, la Commission ne viole pas le droit de ne pas s'auto-incriminer lorsqu'elle utilise contre une entreprise non des informations que celle-ci a été contrainte de fournir, mais des déclarations faites volontairement dans le cadre de négociations de transaction ultérieurement abandonnées. Enfin, le droit de ne pas témoigner contre soi-même n'empêche pas la Commission d'interroger une association d'entreprises sur le comportement individuel de ses membres.

Le droit de ne pas s'auto-incriminer ne peut pas être invoqué dans une procédure civile d'application du droit européen par les juridictions nationales. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, lorsque les autorités ou juridictions nationales appliquent les règles européennes de concurrence, la procédure est par principe régie par les règles de procédure interne en vertu du principe d'autonomie procédurale. Il appartient alors au droit national de prévoir les garanties appropriées pour assurer les droits de la défense, ces garanties pouvant être différentes de celles accordées par le droit européen. Ensuite, le droit au silence constitue une garantie destinée à protéger les personnes privées contre des mesures d'instruction ordonnées par l'autorité publique pour les obliger à admettre l'existence de comportements les exposant à des sanctions édictées par cette autorité. Tel n'est pas le cas de la procédure civile nationale d'application des articles 101 et 102 TFUE qui concerne uniquement des rapports entre particuliers et qui ne peut aboutir directement ou indirectement au prononcé d'une sanction par une autorité publique.

IV. Principe de proportionnalité

La protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique constitue un principe général du droit européen. L'intervention de l'autorité publique dans la sphère privée de toute personne, physique ou morale, doit avoir un fondement légal et être justifiée par les raisons prévues par la loi. Dans le cadre de l'enquête préalable, le respect de ce principe interdit à la Commission d'avoir des exigences disproportionnées par rapport à ce qui est nécessaire à l'exercice efficace de sa mission.

A RETENIR

Le respect du principe de proportionnalité implique l'obligation pour la Commission de motiver ses décisions. Elle doit ainsi indiquer le but et l'objet de l'enquête préalable.

L'obligation de motivation constitue une exigence fondamentale dans la mesure où la décision de la Commission engendre dans le chef des entreprises des obligations (collaboration ; obligation de se soumettre à la vérification) dont elles doivent être à même d'apprécier la portée. La motivation doit permettre à l'entreprise de déterminer l'étendue de ses obligations, tout en préservant ses droits. La Commission doit donc indiquer clairement les présomptions qu'elle entend vérifier. En d'autres termes l'entreprise doit savoir ce dont on l'accuse pour pouvoir y répondre de manière complète et exacte. Par ailleurs, l'obligation de motivation impose à la Commission de n'exiger la communication de la part de l'entreprise que des renseignements susceptibles de lui permettre

de vérifier les présomptions d'infractions qui justifient la conduite de l'enquête et qui sont obligatoirement indiquées dans la demande. Une nécessaire corrélation doit exister entre l'information recherchée par la Commission et l'infraction présumée. En outre, l'entreprise ne peut être contrainte, en vertu de son obligation de collaboration active, de collecter des informations auprès de tiers. Une telle charge serait disproportionnée.

A RETENIR

En revanche, à ce stade de la procédure, la Commission n'est nullement obligée de communiquer à l'entreprise toutes les informations dont elle dispose sur l'infraction présumée.

L'entreprise ne peut donc pas demander à avoir accès au dossier, droit qui ne lui est reconnu que lors de la procédure administrative. Elle ne peut pas non plus reprocher à la Commission d'avoir agi de manière disproportionnée et excessive, lorsque le comportement de celle-ci est justifié en raison de la violation par l'entreprise de son obligation de collaborer activement à l'enquête. De même, une entreprise ne saurait, pour refuser de fournir les renseignements demandés par la Commission, invoquer la violation du principe de proportionnalité résultant du risque de circulation entre diverses administrations d'un État membre qui pourraient faire un usage contraire à ses intérêts commerciaux des documents qui lui sont réclamés. L'entreprise ne peut pas davantage s'opposer à une mesure d'enquête en soutenant que la Commission dispose déjà d'indices suffisants, ni exiger que celle-ci justifie la nécessité d'un complément d'enquête par l'existence de raisons particulièrement graves.

A RETENIR

Le principe de proportionnalité oblige la Commission, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, à recourir à la moins contraignante, les inconvénients causés ne devant pas être démesurés par rapport aux buts visés.

Cette obligation ne concerne pas le choix entre inspection par voie de mandat et inspection par voie de décision, car il dépend non pas de la gravité particulière de la situation, de l'extrême urgence ou de la nécessité d'une discrétion absolue, mais des nécessités d'une instruction adéquate.

V. Principe d'inviolabilité du domicile

A RETENIR

Dans l'ordre juridique européen, la reconnaissance d'un tel droit s'impose pour le domicile privé des personnes physiques en tant que principe commun au droit des États membres. Pour s'opposer au droit d'accès dans leurs locaux des agents de la Commission, des entreprises ont tenté d'invoquer ce droit fondamental de la défense. La Cour de justice a refusé d'étendre aux locaux commerciaux le principe de l'inviolabilité du domicile.

Tout d'abord, elle a estimé que l'inviolabilité des locaux commerciaux ne constitue pas

un principe commun aux États membres, dès lors que les différents systèmes juridiques divergent quant à la nature et au degré de protection des locaux des entreprises face aux interventions des autorités publiques. Ensuite, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, également invoqué par les requérants, qui ne concerne que l'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme, ne peut pas s'appliquer aux locaux commerciaux. La Cour n'a donc pas admis l'existence d'un droit fondamental à l'inviolabilité du domicile en ce qui concerne les entreprises. Elle ne reconnaît qu'un droit à la protection des locaux commerciaux contre les interventions de l'autorité publique qui seraient arbitraires ou disproportionnées. Le règlement 1-2003 consacre indirectement cette jurisprudence en autorisant désormais les inspections dans tous les locaux où la Commission soupçonne la détention de livres ou autres documents professionnels, y compris le domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel.

L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le bloc de légalité de l'Union a paru offrir aux entreprises un nouveau fondement pour s'opposer aux intrusions domiciliaires. En effet, selon l'article 7 de la Charte, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». Cependant, dans une affaire où des entreprises soutenaient que les visites effectuées sans mandat judiciaire préalable violaient ce texte, ainsi que l'article 8 CEDH, le juge européen a, tout en retenant que les inspections constituaient une ingérence « évidente » dans le respect de la vie privée, du domicile et des correspondances, estimé qu'elles ne portaient pas atteinte aux principes fondamentaux dès lors que la Commission est soumise à l'obligation de motiver sa décision d'inspection et qu'il existe des voies de recours a posteriori.

En pratique, l'accès aux locaux n'est source de conflit que lorsque l'entreprise s'oppose à l'inspection. Dans cette hypothèse, les agents de la Commission peuvent en effet rechercher, sans la collaboration des entreprises, les éléments d'information nécessaires avec le concours des autorités nationales, qui sont tenues de fournir leur assistance. Les droits de la défense de l'entreprise sont alors régis par le droit national qui détermine les modalités procédurales appropriées. La Commission doit respecter ces règles nationales et fournir à l'instance compétente tous les éléments nécessaires pour exercer le contrôle qui lui est propre. Ce contrôle est cependant limité. En effet, s'il appartient à l'instance nationale de vérifier que les mesures de contrainte envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification, elle ne peut en aucun cas substituer sa propre appréciation du caractère nécessaire de la procédure d'investigation à celle de la Commission.

Cette limitation du rôle du juge judiciaire national dans sa mission de contrôle va à l'encontre de la conception de certains droits internes des États membres, tels que la France. En effet, les articles L. 450-3 et L. 450-4 du Code de commerce exigent préalablement à toute visite domiciliaire une autorisation judiciaire impliquant une vérification du bien-fondé de la demande. Il apparaît dès lors difficile d'imposer au juge national de se limiter au seul examen du caractère arbitraire ou disproportionné de la mesure demandée par la Commission, sans contrôler le caractère suffisant des présomptions.

VI. Secret professionnel

Le secret professionnel est expressément protégé par l'article 28 du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002. Il prohibe, d'une part, l'utilisation d'informations concernées par le secret professionnel dans un but autre que celui pour lequel elles ont été demandées et, d'autre part, la communication d'informations confidentielles par nature. Cette obligation au secret, qui trouve son fondement juridique dans l'article 339 TFUE, s'impose aux fonctionnaires de l'Union, à la Commission, ainsi qu'aux autorités compétentes des États membres et à leurs fonctionnaires et agents. Elle couvre tant les informations confidentielles que les secrets d'affaires. Des droits tels que le droit à l'assistance juridique sont couverts dès l'enquête préalable.

A RETENIR

Le secret professionnel ne couvre, selon le juge de l'Union, que des informations qui remplissent trois conditions cumulatives : i) elles ne sont connues que par un nombre restreint de personnes ; ii) leur divulgation est susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers ; iii) les intérêts susceptibles d'être lésés par leur divulgation sont objectivement dignes de protection.

Certaines informations présentent un caractère confidentiel en raison de leur source. Tel est le cas de la correspondance entre l'avocat et son client, dès lors qu'elle est échangée dans le cadre et aux fins des droits de la défense et émane d'avocats structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement indépendants. Cette protection repose sur le droit fondamental pour tout justiciable d'avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat. Dans la mesure où le respect de la confidentialité de ce type de communications obéit à des principes et des conceptions juridiques communs aux États membres, il constitue un principe général du droit européen.

La protection du principe de confidentialité couvre tant la correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 101 et 102 TFUE ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire, que la correspondance antérieure à l'ouverture de la procédure administrative. Le simple fait qu'un document ait été l'objet de discussions avec un avocat ne suffit toutefois pas à lui conférer le bénéfice de la protection, qui est réservée aux seuls documents faisant état du besoin ou de l'opportunité de demander un avis juridique sur les comportements examinés ou sur les actions à entreprendre, par exemple une demande de clémence.

La protection concerne également les notes internes qui reprennent le texte de la correspondance pour le diffuser au sein de l'entreprise et le soumettre à la réflexion des responsables. En revanche, les notes internes des juristes de l'entreprise ou les échanges au sein d'une entreprise avec des avocats, même inscrits au barreau, liés par un rapport d'emploi avec celle-ci ne sont pas couverts par la confidentialité (CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550-07 P, Akzo Nobel Chemicals, LawLex101023).

VII. Transmission d'informations aux autorités nationales

La transmission aux autorités des États membres des pièces les plus importantes de la procédure devant la Commission doit s'effectuer dans le respect de l'intérêt légitime de l'entreprise à ce que ses secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

A RETENIR

Selon l'article 12 du règlement 1-2003, qui fixe le régime des échanges d'informations entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, la Commission et les autorités de concurrence des États membres peuvent se communiquer et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles, à la condition que ces informations ne soient utilisées qu'aux fins de l'application des articles 101 et 102 TFUE et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information.

Une dérogation à l'utilisation exclusive des informations dans le cadre des articles 101 et 102 est prévue lorsque le droit national de la concurrence est appliqué dans la même affaire et parallèlement au droit européen de la concurrence, si cette application aboutit au même résultat. Les informations transmises ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 101 ou 102 TFUE ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté.

L'article 28 du règlement 1-2003 impose par ailleurs à la Commission et aux autorités de concurrence des États membres, à leurs fonctionnaires, agents et aux autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités, ainsi qu'aux agents et fonctionnaires d'autres autorités des États membres, de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel. Cependant, l'interdiction de divulguer ne permet pas de garantir que ces informations ne seront pas utilisées par les autorités destinataires. Les informations transmises par la Commission ne peuvent donc ni être invoquées lors d'une enquête préalable, ni justifier une décision sur le fondement du droit de la concurrence. Toutefois, les autorités des États membres pourraient tenir compte de ces informations à titre d'indice pour l'ouverture d'une nouvelle procédure nationale d'application des règles européennes. De même, lorsque la Commission souhaite transmettre un document, dont la confidentialité est alléguée, à des autorités nationales, elle doit apprécier s'il contient effectivement des secrets d'affaires et, après avoir recueilli les observations de l'entreprise, prendre une décision motivée susceptible de recours en annulation. Si la confidentialité est reconnue, la communication aux autorités nationales ne peut avoir lieu (Règl. 1-2003, art. 28).

VIII. Transmission d'informations aux juridictions nationales

A RETENIR

En vertu de l'article 15 du règlement 1-2003, les juridictions des États membres peuvent, dans les procédures d'application des articles 101 ou 102 TFUE, demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession. En dépit de son intérêt pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles qui souhaitent exercer une action en réparation, ce texte est rarement, sinon jamais, invoqué devant les juridictions nationales.

Néanmoins, le développement du «*private enforcement*» a entraîné, ces dernières années, une augmentation significative des demandes de communication de documents de la procédure, mais sur le fondement du règlement 1049-2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents de la Commission. De telles demandes se heurtent le plus souvent à un refus catégorique de la Commission qui invoque les impératifs supérieurs du «*public enforcement*», et notamment la nécessité de protéger efficacement les demandeurs de clémence. Le Tribunal de l'Union s'est dans un premier temps opposé à cette tendance, en posant en principe que le maintien d'une concurrence effective dans l'Union peut être garanti par d'autres moyens que les programmes de clémence et de coopération, tels que les actions en dommages-intérêts formées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Par conséquent, il a estimé que la Commission ne pouvait se retrancher derrière le seul risque d'atteinte à l'efficacité de ces programmes pour refuser la communication de documents en sa possession, à plus forte raison lorsqu'elle a rendu sa décision depuis de longues années et que l'intérêt d'une entreprise ayant participé à une entente d'éviter une action en dommages et intérêts n'est pas digne de protection. La Cour de justice a estimé, au contraire, qu'il y a lieu de reconnaître l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents recueillis par la Commission dans le cadre d'une procédure d'application de l'article 101 TFUE porterait, en principe, atteinte tant à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit des institutions de l'Union qu'à celle des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans une telle procédure, même si la demande d'accès concerne une procédure déjà clôturée. Le juge européen a néanmoins admis que la présomption générale peut être renversée par la preuve qu'elle ne couvre pas un document dont la divulgation est demandée ou qu'il existe un intérêt public supérieur justifiant sa divulgation, tout en précisant que l'intérêt d'un État membre à obtenir réparation du préjudice subi du fait d'un comportement anticoncurrentiel ne constitue pas un intérêt public supérieur, mais un intérêt privé.

La demande de transmission peut également être présentée à une autorité nationale. Saisie de questions préjudicielles portant sur les conditions dans lesquelles une autorité nationale peut refuser l'accès aux documents obtenus dans le cadre d'une procédure de clémence, la Cour de justice a estimé que le juge national doit, au cas par cas, mettre en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union, l'effectivité de la réparation et l'efficacité des programmes de clémence. En application de ce principe, une législation nationale ne saurait subordonner l'accès au dossier de tiers qui souhaitent exercer une action en dommages-intérêts à la suite d'une procédure nationale fondée sur l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de

clémence, au consentement de l'ensemble des parties à la procédure.

La directive 2014-104 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne se montre plus favorable au «public enforcement» qu'au «private enforcement». En effet, si ce texte préconise que tous les États membres accordent un accès effectif minimal aux éléments de preuve dont les demandeurs et/ou défendeurs ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande de dommages et intérêts pour infraction aux pratiques anticoncurrentielles et/ou pour étayer un moyen de défense, il écarte expressément de ce dispositif les documents communiqués par un demandeur de clémence ou le bénéficiaire d'une transaction.

La Commission a publié le 5 août 2015 une série de textes dans lesquels elle consolide sa politique relative à la protection des demandeurs de clémence et des participants à une procédure de transaction.

Consacrant pour la première fois dans un texte dotée de force contraignante les principes directeurs de son programme de clémence, elle précise que dorénavant, les informations obtenues en vertu du règlement 773-2004 du 7 avril 2004 seront exclusivement utilisées aux fins des procédures judiciaires ou administratives qui ont pour objet l'application des articles 101 et 102 TFUE. En particulier, l'accès aux déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ou aux propositions de transaction ne pourra plus être accordé qu'aux seules fins de l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée devant la Commission.

En outre, les informations tirées de ces déclarations et propositions ne pourront être utilisées par la partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'une action introduite devant les juridictions de l'Union contre une décision de la Commission ou devant les juridictions des États membres dans une affaire directement liée à celle pour laquelle l'accès a été accordé. Dans cette dernière hypothèse, l'affaire ne peut avoir pour objet que la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par la Commission ou le contrôle juridictionnel d'une décision par laquelle une autorité de concurrence d'un État membre a constaté une infraction à l'article 101 TFUE.

Plus généralement, la Commission précise que les informations préparées par d'autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure engagée devant la Commission et celles établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure ne pourront être utilisées dans les procédures engagées devant les juridictions nationales qu'une fois que la Commission aura clos sa procédure contre toutes les parties qui font l'objet de l'enquête en adoptant une décision en vertu des articles 7, 9 ou 10 du règlement 1-2003, ou d'une autre manière.

La Commission a pris soin d'assurer la cohérence de ces dispositions avec d'autres règles procédurales. Elle insère ainsi un point 35 bis au sein de la Communication sur la clémence aux termes duquel elle s'engage à ne pas transmettre les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence à des juridictions nationales aux fins de leur utilisation dans des actions en dommages et intérêts pour violation des dispositions du Traité. Des règles similaires relatives aux propositions de transaction sont insérées dans la Communication

relative aux procédures de transaction. Enfin, le point 34 de la Communication sur la clémence précise désormais que le non-respect, par une entreprise, des dispositions du règlement 773-2004 relatives à l'utilisation des pièces du dossier, pourra être considéré comme un manque de coopération faisant tomber le bénéfice de la clémence. Des sanctions pécuniaires et disciplinaires pourront être prononcées par les juridictions nationales et les barreaux nationaux à l'encontre de l'entreprise et de ses conseils.

CHAPITRE I Enquête

SECTION 1

Règles communes

I. Conditions d'ouverture

- A. Pouvoir spécial ou général d'enquête
- B. Demande d'enquête
- C. Opportunité de l'enquête
- D. Fonctionnaires habilités
- E. Administration de la preuve
- F. Délit d'opposition

II. Procès-verbal

- A. Obligation générale
- B. Rapport d'enquête
- C. Mentions
- D. Formalisme

III. Collaboration des entreprises

IV. Droits de la défense

- A. Principe du contradictoire
- B. Obligation de loyauté
- C. Secret professionnel
- D. Droit à l'assistance d'un conseil
- E. Droit d'accès au dossier

SECTION 2

Enquête simple

I. Objet de l'enquête

- A. Obligation de communication
- B. Preuve de la communication

II. Pouvoirs des enquêteurs

- A. Mandat spécial
- B. Communication de pièces
- C. Accès aux locaux
- D. Auditions
- E. Expertise

III. Voies de recours

SECTION 3**Enquête lourde****I. Demande d'autorisation judiciaire**

- A. Personnes habilitées
- B. Ministère d'avocat
- C. Contenu de la demande

II. Ordonnance d'autorisation judiciaire

- A. Bien-fondé de la demande
- B. Conditions de validité
- C. Objet de l'enquête
- D. Portée de l'autorisation
- E. Exécution de l'autorisation de visite et de saisie

III. Visites et saisies

- A. Officiers de police judiciaire
- B. Pouvoirs des enquêteurs
- C. Commissions rogatoires
- D. Contrôles de régularité
- E. Assistance des autorités européennes ou nationales

CHAPITRE | Enquête

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les règles communes applicables à tous les types d'enquêtes ;
- les règles applicables en cas d'enquête simple ;
- les règles applicables en cas d'enquête lourde.

SECTION 1

Règles communes

PLAN

Parmi les règles communes applicables à tous les types d'enquête, seront envisagées :

- les conditions d'ouverture de l'enquête ;
- le procès-verbal ;
- l'obligation de collaboration des entreprises ;
- les droits de la défense.

I. Conditions d'ouverture

PLAN

Seront successivement examinés :

- la portée du pouvoir d'enquête ;
- la demande d'enquête ;
- le principe d'opportunité de l'enquête ;
- les fonctionnaires habilités ;
- l'administration de la preuve ;
- le délit d'opposition.

A. Pouvoir spécial ou général d'enquête

A RETENIR

Les enquêtes nécessaires à la mise en œuvre des règles de concurrence sont menées soit par les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général, soit par des fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie (art. L. 450-1 C. com.). La compétence des agents de l'Autorité de la concurrence est limitée aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations. Les fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie ont une compétence élargie puisque celui-ci dispose d'un pouvoir général d'enquête qui comprend l'ensemble des règles de concurrence : pratiques anticoncurrentielles, contrôle des concentrations, transparence tarifaire, pratiques restrictives, etc.

Enfin, des fonctionnaires de catégorie A des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ou des fonctionnaires de même catégorie relevant du ministre de l'Économie, spécialement habilités à cet effet par le ministre de la Justice, sur proposition du ministre de l'Économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires. Les agents et fonctionnaires habilités exercent leurs pouvoirs d'enquête sur l'ensemble du territoire national (art. L. 450-1 in fine). Ces agents agissent donc soit dans l'ensemble du département où ils exercent leurs fonctions, soit, lorsqu'il est plus étendu, dans le ressort territorial du service auquel ils sont affectés, soit sur tout le territoire national.

Les pouvoirs d'enquête des enquêteurs dépendent du cadre légal dans lequel ils opèrent. Ainsi, l'article L. 450-3 définit limitativement les investigations auxquelles ils peuvent procéder sans intrusion ni recherche forcée dans les locaux professionnels des particuliers ou des entreprises. Si une visite des locaux ou une saisie de documents s'avère nécessaire, une autorisation judiciaire préalable doit être demandée en application de l'article L. 450-4.

Le règlement 1-2003 du 16 décembre 2002 a mis sur pied un régime de compétences parallèles par lequel toutes les autorités nationales de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Une autorité nationale de concurrence peut, selon l'article 22 du règlement, demander à une autre autorité nationale de concurrence de lui prêter assistance en vue de recueillir des informations ou d'exécuter des mesures d'enquête en son nom et pour son compte. À cette fin, l'ordonnance du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit européen de la concurrence a complété l'article L. 450-1. Celui-ci prévoit que lorsque les enquêtes sont menées au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence autorise des agents de cette autorité à assister ses agents.

B. Demande d'enquête

A RETENIR

L'initiative de l'enquête appartient concurremment à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie et/ou au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sur indices de pratiques illicites ou de plaintes.

Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence doit être informé, avant leur déclenchement, des investigations concernant des cas d'ententes ou d'abus de domination que les services du ministre souhaitent mettre en œuvre et peut en prendre la direction. Les services du ministre sont, en outre, tenus d'informer, sans délai, du résultat de leurs investigations le rapporteur général qui peut proposer à l'Autorité de se saisir d'office. L'Administration peut également procéder à des enquêtes complémentaires sur demande de la Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence. Le cadre général de la demande d'enquête ne fait pas obstacle à sa validité. La Cour de cassation estime que la demande d'enquête qui vise la recherche de la preuve d'une infraction à l'article L. 420-1 sur un marché déterminé n'est pas limitée à l'article L. 450-4 (enquête lourde) mais répond aux prescriptions de l'article L. 450-3 (enquête

simple). En revanche, le ministre de l'Économie ne peut procéder à des enquêtes postérieurement à la décision de l'Autorité de la concurrence portant sur le fond du débat porté devant la cour d'appel.

C. Opportunité de l'enquête

A RETENIR

Les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence comme les services du ministre de l'Économie disposent du pouvoir discrétionnaire d'engager une procédure d'enquête.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne leur impose de justifier leur décision d'ouverture d'une enquête. Le principe de l'opportunité d'enquêter, d'abord limité aux investigations menées dans le cadre de l'article L. 450-3, a été étendu, par la suite, aux visites et saisies de l'article L. 450-4. Cette solution a été dégagée par la jurisprudence afin de mettre un terme aux demandes des entreprises visant à la communication de notes internes de l'Administration, au motif qu'elles bénéficient d'un droit d'accès aux pièces sur lesquelles le juge s'est fondé pour autoriser l'enquête. L'opportunité des poursuites reçoit une consécration particulière au travers de l'ordonnance du 13 novembre 2008. Le texte confère au rapporteur général le pouvoir de prendre la direction des enquêtes initiées par les services du ministre de l'Économie ou de proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office eu égard aux résultats des investigations menées par la direction de la concurrence. Enfin, à l'instar du droit européen, l'Autorité de la concurrence a le libre choix de la mesure d'investigation. L'Administration n'a ainsi pas à rendre compte de son choix de recourir à la procédure de l'article L. 450-4 du Code de commerce qui n'a pas un caractère subsidiaire par rapport aux autres procédures qui peuvent être utilisées et dont le déroulement est de nature à assurer la préservation des preuves. Néanmoins, l'absence totale de traces écrites de la pratique recherchée et l'urgence d'éviter le dépérissement des preuves peuvent toujours être invoquées pour justifier le recours à l'enquête lourde plutôt qu'à l'enquête simple.

D. Fonctionnaires habilités

A RETENIR

Les agents de la Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités, en application de l'article L. 450-1, à procéder aux enquêtes de concurrence. Néanmoins, seuls des fonctionnaires de catégorie A et de catégorie B sont habilités à procéder aux visites et saisies prévues par l'article L. 450-4 du Code de commerce (C. com., art. A. 450-2).

De même, en vertu de l'article L. 450-1, II bis, seuls des fonctionnaires de catégorie A spécialement habilités à cet effet par le ministre de la Justice, sur la proposition, selon le cas, du ministre chargé de l'Économie ou du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, peuvent recevoir des commissions rogatoires des juges d'instruction. Enfin, depuis l'arrêt du 18 mars 2015, tant les agents de catégorie B que ceux de catégorie A peuvent effectuer les visites et saisies de l'article L. 450-4 pour la recherche des infrac-

tions aux règles françaises ou européennes de concurrence (art. L. 490-9 et A. 450-3).

L'exigence selon laquelle les fonctionnaires désignés pour pratiquer une visite domiciliaire sont choisis parmi les agents enquêteurs habilités, selon les prescriptions de l'article L. 450-1, ne concerne pas le chef de service sous l'autorité administrative duquel ils sont placés et dont le rôle n'est pas de procéder lui-même aux opérations de visite. Le juge peut autoriser des agents de l'Administration autres que ceux qui présentent la demande à procéder aux investigations dès lors qu'ils sont habilités. Il peut en outre déléguer au chef de service ayant sollicité l'autorisation d'effectuer une enquête le soin de désigner les agents habilités placés sous son autorité qui exécuteront les visites. Enfin, bien qu'ils doivent être habilités, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux enquêteurs de produire une habilitation nominative lorsqu'ils se présentent dans les locaux de l'entreprise.

Les enquêteurs doivent mener les opérations d'investigation de manière impartiale et objective. L'intervention volontaire du ministre de l'Économie devant un tribunal de grande instance en faveur de la victime de pratiques anticoncurrentielles ne remet pas en cause l'impartialité de l'enquête.

L'article L. 450-3-1 autorise, depuis l'entrée en vigueur de la loi Hamon, les agents habilités à relever l'identité de la personne qu'ils contrôlent. En cas de refus, ou si cette personne est dans l'incapacité de prouver son identité, les agents en rendent compte à tout officier de police judiciaire territorialement compétent, qui peut alors procéder à une vérification d'identité dans les conditions prévues à l'article 78-3 du Code de procédure pénale. Les agents habilités peuvent également recourir à toute personne qualifiée, désignée par l'autorité administrative dont ils dépendent, qui peut les accompagner lors de leurs contrôles et prendre connaissance de tout document ou élément nécessaire à la réalisation de sa mission ou de son expertise. Cependant, cette personne ne peut ni utiliser les informations dont elle prend connaissance à cette occasion pour la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle dont elle dispose, le cas échéant, en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires, ni divulguer les informations dont elle a eu connaissance dans ce cadre.

E. Administration de la preuve

A RETENIR

L'enquête a pour objet la recherche des preuves. Les divers documents, constatations et pièces récoltés au cours de ces investigations constituent dans la grande majorité des cas les éléments permettant d'établir des comportements anticoncurrentiels que l'Autorité de la concurrence utilise.

Toutefois, celle-ci s'estime libre d'administrer la preuve en se fondant sur tout élément objectif, dont la valeur probante relève de son appréciation.

La preuve peut être administrée au moyen de documents qui établissent à suffisance la pratique anticoncurrentielle. D'autres moyens de preuve peuvent être retenus : un constat d'huissier annexé à une plainte pénale, des enregistrements téléphoniques... L'Autorité peut aussi se référer à un faisceau d'indices graves, précis et concordants. La preuve

résulte alors de la concordance de ces indices, peu important la valeur de chacun pris isolément. L'exigence de la concordance des indices exclut de retenir des témoignages dont la valeur probante est incertaine en raison de leur contradiction.

F. Délit d'opposition

A RETENIR

Les personnes physiques ou morales concernées doivent se soumettre à l'enquête sous peine de sanctions pénales. En effet, quiconque s'oppose de quelque façon que ce soit à l'exercice des fonctions des agents enquêteurs est passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euro ou de l'une de ces deux peines seulement (art. L. 450-8 C. com.).

Le délit d'opposition à enquête peut être diversement caractérisé. La personne enquêtée peut avoir refusé de rester dans l'entreprise et de désigner un représentant pour faire obstacle au droit de visite des enquêteurs qui ne peuvent exercer ce droit qu'en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ou de se rendre, sur convocation, dans les locaux de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) pour procéder à la vérification des factures qui n'avaient pu être présentées sur place. Le délit d'opposition est également constitué lorsque le responsable d'une entreprise pose des conditions à la communication de documents, objet du contrôle, alors qu'il les a en sa possession ou lorsque les documents ne sont pas communiqués dans leur intégralité. En revanche, il ne peut être fait grief à un gérant succursaliste de ne pas avoir obtenu les documents sollicités par les agents enquêteurs et conservés au siège social, auquel il les a réclamés en vain. L'opposition à une enquête ne peut être justifiée par de prétendues irrégularités de l'ordonnance ayant autorisé la visite et la saisie. Les agents habilités sont en effet réputés agir dans les conditions prévues par la loi ; tout obstacle posé à l'exercice de leur fonction constitue donc le délit d'opposition réprimé par l'article L. 450-8. Le délit d'opposition peut être constaté par tout agent habilité au sens de l'article L. 450-1 du Code de commerce.

II. Procès-verbal

PLAN

Nous évoquerons successivement :

- l'obligation générale de dresser procès-verbal ;
- le rapport d'enquête ;
- les mentions obligatoires ;
- le formalisme du procès-verbal.

A. Obligation générale

A RETENIR

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Jusqu'à la loi Ha-

mon du 17 mars 2014, les parties intéressées en obtenaient un double. Désormais, elles ne s'en font transmettre qu'une copie. Ils font foi jusqu'à preuve du contraire (art. L. 450-2).

Cette dernière précision souligne l'importance du contenu du procès-verbal et justifie le formalisme auquel le Code de commerce soumet leur rédaction. Il ne peut être dérogé à l'obligation de dresser un procès-verbal pour chaque acte d'enquête, même si la rédaction d'un procès-verbal commun à deux entreprises visitées ne porte pas atteinte aux droits de la défense dès lors qu'elles appartiennent au même groupe. Toutefois, le non-respect des formalités prévues aux articles R. 450-1 et R. 450-2 produit des conséquences limitées. En effet, la nullité du procès-verbal peut être prononcée, mais n'implique pas celle de l'ensemble de la procédure. Les procès-verbaux sont alors écartés du dossier, car ils ne permettent pas de vérifier la régularité des opérations menées par les enquêteurs et le respect des droits des entreprises. L'absence de procès-verbal régulier en la forme n'empêche pas le juge de se prononcer sur l'infraction économique en cause, au vu des éléments du dossier soumis au débat contradictoire.

Les prescriptions relatives à la rédaction et au contenu des procès-verbaux diffèrent selon qu'il s'agit d'une enquête simple (art. R. 450-1 C. com.) ou d'une visite et saisie (art. R. 450-2 C. com.).

B. Rapport d'enquête

L'article L. 450-2 prévoit la rédaction, le cas échéant, d'un rapport d'enquête. Ce rapport est facultatif. Il est donc dépourvu de force probante.

C. Mentions

A RETENIR

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-2 du Code de commerce énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ces mentions ne sont pas édictées à peine de nullité.

La Cour d'appel de Paris estime qu'il est suffisant de mentionner le fait que des personnes aient été entendues, leur qualité et l'adresse des bureaux où l'audition s'est déroulée. En revanche, il ne résulte d'aucune disposition légale que le procès-verbal doit spécifier les bureaux précis dans lesquels des documents saisis ont été découverts. Les questions posées aux personnes interrogées n'ont pas à être portées sur le procès-verbal contrairement aux dispositions de l'article 429 du Code de procédure pénale. Selon l'Autorité de la concurrence, l'entrée en vigueur de ce texte n'a pas eu pour effet de modifier les règles spécifiques applicables aux procès-verbaux dressés en application des articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce. Le nom des personnes ayant remis les documents et les conditions de cette remise doivent en revanche être indiqués. Cette obligation ne concerne pas les documents librement accessibles au public. Enfin, lorsque les enquêteurs sont assistés d'un agent d'une autorité de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne, les procès-verbaux en font mention. Ils indiquent l'identité de cet agent et la date de la décision l'autorisant à assister les enquêteurs (art.

R. 450-1 C. com.). En revanche, l'habilitation de l'enquêteur par le ministre n'a pas à être mentionnée.

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 relatent le déroulement de l'enquête et consignent les constatations effectuées. L'inventaire des pièces et documents saisis est annexé au procès-verbal. Aucune disposition n'impose cependant que le procès-verbal comporte des mentions précisant la liste des documents demandés par les enquêteurs ou indiquant que les enquêteurs auraient demandé de façon précise des livres, factures et autres documents professionnels. Il n'est pas non plus imposé de mentionner les éventuelles réserves émises par l'occupant des lieux lors des opérations de visite et saisies. Même si le procès-verbal ne constitue pas un acte dont la rédaction est soumise au principe du contradictoire, l'occupant des lieux a néanmoins la faculté de porter ses observations en annexe.

D. Formalisme

A RETENIR

Dans tous les cas, l'article L. 450-2 prévoit la remise d'une copie du procès-verbal aux parties intéressées. Toutefois, aucune disposition ne prescrit la mention de cette remise sur le procès-verbal, ni ne sanctionne son absence.

Cette mention ne constitue qu'un élément de preuve pour le cas où l'intéressé contesterait la remise effective. En cas de contestation, lorsqu'il n'est pas établi qu'une copie a été remise ou que cette mention n'apparaît pas sur le procès-verbal, celui-ci sera écarté du dossier. Les procès-verbaux doivent être signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus, mention en est faite sur l'acte. Il n'est plus exigé que les procès-verbaux d'une enquête visée par l'article L. 450-3 soient rédigés dans le plus court délai, dont le point de départ était fixé à la date de l'accomplissement de la dernière diligence utile à l'enquête.

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 sont dressés sur-le-champ. Les signatures de l'occupant des lieux ou de son représentant ou, en leur absence, des deux témoins visés au 7^e alinéa de l'article L. 450-4, des enquêteurs et de l'officier de police judiciaire doivent y figurer. Il n'est cependant pas nécessaire que le procès-verbal soit signé par la personne ayant assisté aux investigations, lorsqu'il revêt la signature de l'enquêteur et de l'occupant des lieux ou que le signataire a été présent dès le début des opérations. Les pièces et documents ne peuvent être opposés aux intéressés qu'après leur restitution ou lorsqu'ils ont été en mesure d'en prendre connaissance (C. com., art. R. 450-2).

III. Collaboration des entreprises

À l'instar du droit européen, le droit français impose désormais expressément une obligation de coopération aux entreprises soumises à enquête. L'article L. 464-2 du Code de commerce a été complété en ce sens par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

A RETENIR

L'entreprise doit déférer aux convocations ou demandes de renseignements ou com-

munication de pièces qui lui sont adressées par les agents habilités. Dans le cas contraire, le rapporteur général peut demander à l'Autorité de la concurrence de prononcer une injonction sous astreinte dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe.

Les entreprises doivent également se soumettre aux opérations d'enquête. L'obstruction à l'investigation ou l'instruction est punie d'une sanction pécuniaire qui peut s'élever à 1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Les rapporteurs ne sont pas tenus de faire mention de ces sanctions dans leurs demandes de renseignements ou de mettre l'entreprise en demeure de s'exécuter avant d'engager des poursuites. Selon le texte, l'obstruction vise notamment la fourniture de renseignements inexacts ou incomplets ou la communication de pièces incomplètes ou dénaturées. En droit européen, tout renseignement qui donne de la situation sur laquelle porte la question une image déformée qui s'écarte considérablement de la réalité sur des points importants, notamment un renseignement faux ou à tel point incomplet que la réponse dans son ensemble est de nature à induire en erreur sur la situation véritable, est inexact. L'Autorité de la concurrence a estimé que l'obstruction, dont les formes ne sont pas limitativement définies par le V de l'article L. 464-2 du Code de commerce, couvre tout comportement de l'entreprise tendant, de propos délibéré ou par négligence, à faire obstacle ou à retarder, par quelque moyen que ce soit, le déroulement de l'enquête ou de l'instruction et peut viser le refus de communiquer les renseignements ou les documents demandés dans le délai prescrit l'omission de rectifier une réponse incorrecte ou incomplète (Aut. conc., 21 déc. 2017, n° 17-D-27, Brenntag, LawLex172124), le bris de scellés ou encore l'altération de la réception de courriels au cours des opérations (Aut. conc., 22 mai 2019, n° 19-D09, Groupe Akka, LawLex19669).

IV. Droits de la défense

PLAN

Les entreprises peuvent invoquer les droits de la défense suivants :

- le principe du contradictoire ;
- l'obligation de loyauté ;
- le secret professionnel ;
- le droit à l'assistance d'un conseil ;
- le droit d'accès au dossier.

A. Principe du contradictoire

A RETENIR

Le respect du principe du contradictoire doit être assuré lors de l'instruction et de la procédure devant l'Autorité de la concurrence, sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 relatives au secret des affaires. L'enquête administrative n'est pas soumise à ce principe, car la recherche de la preuve d'infractions présumées ne préjuge pas

de la culpabilité des entreprises. En outre, que les opérations soient menées dans le cadre de l'article L. 450-3 (enquête simple) ou de l'article L. 450-4 (enquête lourde), le formalisme imposé par le Code de commerce tend à garantir les droits des entreprises soumises à enquête, notamment en écartant du dossier ou des débats les pièces ou documents irrégulièrement obtenus.

Toutefois, eu égard aux pouvoirs d'enquête de l'Administration, la question se pose de savoir si les entreprises peuvent bénéficier de droits de la défense au cours de cette phase de la procédure. Il faut rappeler que le déclenchement de l'enquête relève du pouvoir discrétionnaire de l'Autorité de la concurrence ou de la DGCCRF. Les mesures de visite ou de saisie sont toutefois subordonnées à autorisation et contrôle judiciaires. Dans tous les cas, l'Administration peut procéder à la recherche et la vérification des pratiques incriminées sans communication préalable du dossier de la procédure aux personnes entendues. **Il suffit pour considérer que le principe du contradictoire a été respecté au cours de l'enquête préalable que les parties soient à même de présenter des observations en temps utile à la notification des griefs et au rapport, ainsi que devant l'Autorité de la concurrence.** Le fait qu'elles n'aient pas été entendues durant la phase d'enquête n'a aucune incidence sur la régularité de la procédure. De même, les documents régulièrement saisis sont opposables à l'entreprise en cause, même s'ils émanent de tiers. Enfin, il importe peu que les enquêteurs ou le rapporteur n'aient pas confronté les responsables d'entreprises impliquées avec les auteurs de déclarations les mettant en cause ou ne les aient pas interrogés sur les pièces appréhendées chez des tiers. L'Administration peut également se fonder sur des documents anonymisés qui émanent d'une procédure de clémence, sans violer le principe du contradictoire, inapplicable à ce stade. En revanche, le juge des libertés et de la détention doit vérifier l'existence d'indices de pratiques anticoncurrentielles sur le seul fondement d'éléments qui seront ensuite soumis au débat contradictoire et non de pièces partiellement ou totalement occultées que lui seul a pu consulter en version originale. A défaut, l'ordonnance d'autorisation doit être annulée et les opérations correspondantes invalidées, avec interdiction pour l'Autorité de la concurrence d'utiliser par la suite le procès-verbal ou les pièces saisies.

B. Obligation de loyauté

A RETENIR

L'enquête préalable ne doit pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense. Aussi, les enquêteurs sont-ils soumis à une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve. À cette fin, ils doivent clairement informer les entreprises de l'objet de leur enquête.

En effet, quel que soit le cadre légal (art. L. 450-3 ou L. 450-4), les personnes interrogées ne peuvent être conduites à faire des déclarations sur la portée desquelles elles se méprendraient et qui pourraient être utilisées contre elles. Cette jurisprudence s'inspire du **droit de ne pas témoigner contre soi-même** ou de ne pas s'avouer coupable contenu dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ainsi, la reconnaissance par une personne de sa participation à une pratique anticoncurrentielle est dépourvue de portée si l'objet de l'enquête ne lui a pas clairement été communiqué. Il faut et il suffit

que l'objet de la saisine soit communiqué pour que l'obligation de loyauté soit remplie.

EXEMPLES

Que peuvent faire les enquêteurs dans le respect du principe de loyauté ?

- poser les mêmes questions à tous les acteurs du secteur et de communiquer les réponses de tiers ou de transmettre la lettre de saisine du ministre préalablement à une audition ;
- demander des explications au responsable d'une entreprise sur les mots «ententes majors» figurant, barrés, sur une feuille de tableau papier saisie dans ses locaux sans pour autant le contraindre à s'auto-incriminer ;
- utiliser des documents spontanément communiqués ;
- entendre la personne soupçonnée d'infraction, la demande d'explications au cours de l'enquête ne pouvant être assimilée à un interrogatoire ;
- entendre des personnes à titre de témoins, et non comme accusées d'une infraction, sans que l'objet de l'enquête leur soit indiqué ;
- demander la communication de documents au cours de leurs investigations, dès lors que la demande de communication n'est ni générale ni imprécise et qu'elle identifie les documents visés et la période considérée ;
- rappeler à l'entreprise son obligation de coopération renforcée en sa qualité de demandeur de clémence même si celle-ci est en même temps l'objet d'une autre instruction dans le cadre d'une procédure jointe, dès lors que ce rappel se rapporte très spécifiquement et sans ambiguïté aux seules pratiques révélées à l'occasion de sa demande de clémence.

L'Autorité de la concurrence, avec l'approbation de la Cour d'appel de Paris, a d'abord affirmé que l'obligation de loyauté dans la recherche de la preuve ne concernant que les enquêteurs ou le rapporteur, les parties saisissantes ou mises en cause en application du principe de liberté de la preuve énoncé à l'article 427 du Code de procédure pénale, pouvaient user de tous moyens pour étayer les faits qu'elles dénoncent ou défendent, sous le contrôle de l'Autorité et des juridictions appelées à statuer sur sa décision. Toutefois, une telle position ne correspondait pas à la jurisprudence commerciale qui écarte les preuves obtenues par voie d'**enregistrement clandestin** en raison de leur obtention déloyale. La Cour de cassation a étendu cette jurisprudence au droit des pratiques anticoncurrentielles en cassant l'arrêt de la cour d'appel : des enregistrements de communication téléphoniques obtenus de façon déloyale ne peuvent être retenus à titre de preuve et le fait qu'ils aient été soumis à la contradiction ne les rend pas recevables.

La Cour d'appel de Paris ayant, sur renvoi, maintenu que les enregistrements recueillis à l'insu des interlocuteurs peuvent servir de preuve dès lors que le procédé n'a porté atteinte ni au droit à un procès équitable, ni au principe du contradictoire, ni aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés, l'Assemblée plénière a finalement considéré que, conformément aux règles du Code de procédure civile, l'enregistrement d'une

communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constituait un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve (Ass. plén., 7 janv 2011, Philips, LawLex1131).

Ces solutions tranchent avec celles retenues en droit européen : le Tribunal de l'Union estime en effet que l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal ne se heurte pas en soi au principe d'équité consacré par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu en violation des exigences de l'article 8 de la CEDH, lorsque la partie en cause n'a été privée ni d'un procès équitable, ni de ses droits de la défense et que cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation. En revanche, la retranscription d'un message téléphonique laissé sur le répondeur d'une entreprise n'a pas été qualifié de procédé de preuve déloyal par la Cour d'appel de Paris. Par ailleurs, une ordonnance d'autorisation doit être annulée lorsqu'elle repose sur des données informatiques volées ou sur des pièces communiquées en exécution d'ordonnances ultérieurement rétractées et obtenues de manière déloyale.

C. Secret professionnel

A RETENIR

Il faut distinguer entre les informations particulièrement sensibles pour l'entreprise, couvertes par le secret d'affaires, et les renseignements confidentiels en raison de leur source, couverts par le secret professionnel. Tel est le cas de la correspondance entre un avocat et son client.

Il est, en effet, traditionnellement reconnu qu'un justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son conseil. La Cour d'appel de Paris, tentant de définir le principe du secret de cette correspondance («*legal privilege*»), a souligné que l'activité de consultation, antérieure à l'ouverture de l'enquête et à la saisine de l'Autorité de la concurrence, est protégée par le secret professionnel, dès lors qu'elle se rapporte directement aux pratiques sanctionnées. Selon la Cour, seules sont couvertes par le secret les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères et non celles échangées entre un avocat et un expert-comptable ou directement adressées à la partie adverse. De même, il ne suffit pas de mettre un avocat en copie jointe des échanges électroniques entre deux correspondants pour les faire bénéficier de la protection des correspondances avocat-client. En revanche, un courriel entre deux juristes d'entreprise peut bénéficier du *legal privilege* même s'il n'émane pas ou n'est pas adressé à l'avocat de celle-ci, dès lors qu'il reprend une stratégie de défense mise en place par ce dernier.

La Cour de cassation, sans remettre en cause la protection du secret des correspondances avocat-client, a restreint l'étendue de la sanction. Elle a considéré que la nullité doit être limitée par les éléments objectifs retenus par ailleurs par l'Autorité, alors que la cour d'appel avait jugé que la violation du secret impliquait, soit la nullité de l'ensemble de la procédure eu égard au caractère essentiel de la pièce dans la poursuite des pratiques en cause, soit la nullité de la partie de la décision relative au grief concerné par la correspondance. La seule saisie de documents couverts par le secret des correspondances avocat/

client suffit à caractériser une violation des droits de la défense. Elle n'entraîne qu'une nullité partielle qui n'atteint pas les autres saisies effectuées par l'Administration. Après l'annulation de la saisie de ces documents, le premier président ne peut pas imposer à l'Autorité de la concurrence de désigner un nouveau rapporteur pour garantir l'impartialité de l'instruction.

Le secret professionnel recouvre également le secret des sources journalistiques. Néanmoins, un fournisseur d'accès à internet, en sa qualité d'entreprise de communication, ne peut prétendre, lorsqu'il est soumis à une enquête diligentée en vertu de l'article L. 450-4 du Code de commerce, aux garanties procédurales prévues par l'article 56-2 du Code de procédure pénale relatif aux perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse, dès lors que celles-ci ne s'appliquent pas aux enquêtes administratives. La Cour d'appel de Paris estime que l'article 56-3 du Code de procédure pénale, qui prévoit la présence obligatoire d'un magistrat lors d'une perquisition pénale dans le cabinet d'un notaire n'est pas applicable aux enquêtes de concurrence. Par ailleurs, le juge considère que des perquisitions effectuées dans les locaux du Conseil supérieur du notariat ne portent pas atteinte au secret professionnel des notaires, dès lors que ces locaux ne sont pas en eux-mêmes le siège d'une activité notariale.

D. Droit à l'assistance d'un conseil

A RETENIR

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008, l'assistance d'un conseil n'était pas prévue par les textes lors de l'exécution des opérations de visites et saisies. Celles-ci devant se dérouler rapidement, seule la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant était requise. En règle générale, il était d'usage que les enquêteurs acceptent la présence des avocats de l'entreprise lors des opérations d'investigation. Il n'était pas non plus obligatoire d'avertir les personnes entendues de la possibilité de se faire assister d'un conseil. L'article L. 450-4, alinéa 5, mentionne depuis la faculté d'être assisté d'un conseil dans l'ordonnance d'autorisation.

Il suffit que cette mention figure dans l'ordonnance : l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de rappeler oralement la faculté de se faire assister d'un conseil. Selon la Cour de cassation, les prescriptions du texte sont respectées dès lors que le procès-verbal mentionne que l'entreprise a verbalement été avisée de la possibilité de faire appel au conseil de son choix.

L'exercice de cette faculté n'implique pas la suspension des opérations de visite et saisies en l'absence du conseil. En revanche, les enquêteurs ne peuvent refuser d'autoriser l'entreprise à se faire assister d'un avocat. Ce refus constitue une violation du principe des droits de la défense tel que consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme, même sous l'empire de l'article L. 450-4, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 13 novembre 2008.

Les opérations de visites et saisies doivent être annulées lorsque les agents de l'Administration ont fait obstacle à la présence des avocats des entreprises visitées. Le principe du droit à une assistance juridique est violé lorsque l'avocat se voit interdire d'accéder aux bureaux visités et de prendre la parole ou lorsque les agents de l'Administration em-

pêchent l'occupant des lieux de communiquer avec ses avocats avant que les bureaux ne soient scellés, mais non lorsqu'il est fait injonction à l'entreprise de se limiter à un seul avocat par équipe de rapporteurs. De même, les agents de l'Administration ne portent pas atteinte aux droits de la défense lorsqu'ils exigent que l'entreprise qui appelle son avocat mette le début de la communication sur haut-parleur, afin de vérifier l'identité du correspondant. L'avocat peut, comme les représentants de l'entreprise, prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie. La présence du conseil est généralement utile à la préservation du secret de la correspondance avocat/client et au plein exercice par l'avocat de la mission d'assistance qui lui est confiée par la loi. En revanche, sa présence ne peut avoir pour objet de soumettre les saisies effectuées à sa validation.

E. Droit d'accès au dossier

A RETENIR

La Cour de cassation reconnaît le droit pour toute personne intéressée d'avoir accès aux pièces sur lesquelles le juge s'est fondé pour accorder l'autorisation de visite et de saisie. Ce droit d'accès s'applique à toutes les pièces, y compris celles couvertes par le secret des affaires ou l'anonymat, dès lors que l'Administration les produit à l'appui de sa demande d'autorisation et que l'ordonnance fait droit à cette demande en visant et analysant ces pièces.

Celles-ci ne peuvent alors être soustraites à l'examen contradictoire des parties nécessaire à l'exercice du recours qu'elles sont en droit d'intenter contre l'ordonnance autorisant l'enquête. Ce droit légalement reconnu aux parties ne peut être soumis à contestation ; l'organisation matérielle de la communication de ces pièces est une mesure d'administration judiciaire et ne relève pas de la procédure instituée par l'article L. 450-4. Dès lors, le juge ayant autorisé l'enquête ne peut, sans excéder ses pouvoirs, rejeter une requête en communication de pièces produites par l'Administration au soutien de sa demande d'autorisation de visite. Toutefois, lorsque ces pièces ne figurent pas au dossier déposé au greffe de la Cour de cassation, il appartient aux parties de mettre en demeure l'Administration ayant obtenu l'autorisation de leur communiquer ces documents.

SECTION 2

Enquête simple

A RETENIR

L'article L. 450-3 autorise les agents habilités à procéder, sans autorisation judiciaire préalable, à un certain nombre d'investigations limitativement énumérées afin de rechercher et de vérifier l'existence de pratiques contraires aux règles de la concurrence. Ils peuvent ainsi opérer sur la voie publique, accéder à tous lieux utilisés à des fins professionnelles ou d'exécution d'une prestation de services, ainsi qu'à tous moyens de transport à usage professionnel, exiger la communication des livres, factures et autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications nécessaires au contrôle.

La visite peut avoir lieu de manière inopinée. Aucun mandat spécifiant l'objet de l'enquête n'est nécessaire. Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de commerce ne viole ni le droit au secret des correspondances, ni le respect de la vie privée, ni le principe d'inviolabilité du domicile dès lors qu'il ne permet pas d'obtenir des documents autres que professionnels et ne prévoit pas l'entrée dans des lieux à usage d'habitation.

Au contraire des enquêtes menées dans le cadre de l'article L. 450-4, celles de l'article L. 450-3 ne sont soumises à aucun contrôle a priori, dans la mesure où l'énumération limitative des pouvoirs d'investigation des agents garantit suffisamment les droits des particuliers ou des entreprises suspectés. La loi Hamon du 17 mars 2014 a néanmoins introduit une exception en prévoyant qu'une autorisation judiciaire est requise lorsque les locaux visités sont également à usage d'habitation et que l'occupant s'oppose à la mesure. Dans les autres cas, l'Administration n'a donc pas à produire les notes internes échangées préalablement à l'enquête entre ses services extérieurs et sa direction générale.

PLAN

Nous distinguerons :

- l'objet de l'enquête ;
- les pouvoirs des enquêteurs ;
- les voies de recours.

I. Objet de l'enquête

A. Obligation de communication

A RETENIR

Les enquêteurs sont tenus de faire connaître aux personnes interrogées l'objet de leur enquête de manière suffisamment claire et précise.

En effet, si les agents habilités peuvent procéder aux recherches et vérifications sans communication préalable de la procédure aux personnes concernées, leurs démarches ne doivent pas conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre et qui seraient ensuite utilisées contre elles. Une obligation de loyauté doit ainsi présider à la recherche de la preuve en application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'objet de l'enquête n'a pas à être communiqué aux personnes entendues à titre de témoins.

Les enquêtes sont menées à la discrétion de l'Administration qui n'a pas à en indiquer les motifs. Si les enquêteurs sont tenus au respect d'une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve, qui leur impose de préciser l'objet de l'enquête, cette obligation n'implique pas que l'autorité prescrivant l'enquête doive au préalable délimiter le cadre de l'enquête, c'est-à-dire le marché sur lequel les investigations pourront porter. Aucune disposition ne soumet la faculté de procéder à une enquête simple à l'obligation de se limiter à un marché préalablement désigné sans pouvoir en modifier l'étendue et une

décision antérieure de la Commission ne peut avoir pour effet de limiter le champ des investigations des autorités françaises saisies par le ministre de l'Économie. La qualification du marché relève des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence et, en cas de recours, de la Cour d'appel de Paris.

B. Preuve de la communication

L'Autorité a d'abord estimé qu'il suffisait que les enquêteurs mentionnent dans le procès-verbal que l'objet de l'enquête a été indiqué aux personnes entendues. La multiplication du contentieux lié à la connaissance de l'objet de l'enquête l'avait par la suite conduite à une plus grande rigueur. Elle décidait ainsi que la mention du procès-verbal «après avoir indiqué l'objet de l'enquête» est insuffisante en l'absence d'élément intrinsèque ou extrinsèque permettant de conclure que les personnes entendues ne pouvaient ignorer qu'elles devaient s'expliquer sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Mettant fin à cette jurisprudence, la Cour de cassation est revenue, dans un arrêt du 20 novembre 2001, à la position initiale de l'Autorité : **la mention pré-imprimée sur le procès-verbal indiquant que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue est suffisante, à moins que celle-ci apporte la preuve contraire.** Cette solution est peu protectrice des droits de la personne entendue. La mention pré-imprimée ne donne en effet aucune garantie sur la communication réelle de l'objet de l'enquête et ne permet aucun contrôle du périmètre de cette communication.

La preuve de la connaissance de l'objet de l'enquête peut résulter des mentions mêmes du procès-verbal :

- mention de l'article L. 450-3 et demande de précisions à propos de documents régulièrement saisis ;
- visa des textes applicables ;
- mention univoque de l'objet de l'enquête, du cadre légal et du secteur concerné ;
- déclarations des personnes entendues consignées dans le procès-verbal.

La connaissance de l'objet de l'enquête peut également être inférée d'éléments extérieurs au procès-verbal :

- lettre adressée aux personnes interrogées par la DGCCRF ;
- déclarations des personnes entendues, corroborées par les procès-verbaux d'inventaire des documents communiqués ;
- termes des déclarations des personnes interrogées ;
- déclarations de la personne à l'origine d'une plainte.

Ces déclarations ne se voient attribuer valeur probante qu'à la condition que les personnes aient déposé comme témoins, l'absence de mention de l'objet de l'enquête ne leur faisant pas grief ; il en va autrement lorsque les personnes sont accusées d'une infraction.

Dans le cas d'une demande de précisions à la suite d'opérations de visites et saisies, l'obligation d'indiquer l'objet de l'enquête est allégée. En effet, cette demande de précisions est généralement précédée de la notification de l'ordonnance autorisant les opéra-

tions d'investigation, qui identifie les pratiques recherchées et le marché concerné : les personnes entendues peuvent donc difficilement se méprendre sur l'objet de l'enquête.

II. Pouvoirs des enquêteurs

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le mandat spécial ;
- la communication de pièces ;
- l'accès aux locaux ;
- les auditions ;
- l'expertise.

A. Mandat spécial

A RETENIR

L'article L. 450-3 qui définit les pouvoirs des agents habilités dans le cadre de l'enquête ne comporte aucune exigence formelle quant aux conditions d'exercice de leurs pouvoirs.

Dès lors, hormis l'hypothèse de la visite de locaux en partie à usage d'habitation, ils n'ont pas l'obligation de produire un mandat spécial spécifiant l'objet de leur enquête, contrairement aux agents habilités de la Commission qui doivent, pour effectuer une inspection dans des locaux professionnels, présenter un mandat ou une décision formelle.

B. Communication de pièces

A RETENIR

L'article L. 450-3 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi Macron du 6 août 2015, autorise les enquêteurs à demander communication et obtenir ou prendre copie des livres, factures ou tous autres documents professionnels «de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission». Cette demande ne doit pas être imprécise et générale.

Le seul fait que des demandes visent «tous documents» permettant aux services d'instruction d'identifier le montant annuel total des ventes de l'entreprise ne leur confère pas un caractère imprécis et général, dès lors qu'elles visent ainsi des documents parfaitement identifiables, dont la conservation pendant dix ans est imposée par la loi. Par ailleurs, des demandes portant sur un volume conséquent de documents ne font pas peser sur l'entreprise une charge disproportionnée lorsque les infractions recherchées sont d'une particulière gravité et que les services d'instruction, sans y être tenus, ont proposé d'assurer eux-mêmes le retraitement des informations sollicitées. Après avoir exigé que les enquêteurs connaissent au moins l'existence des documents demandés et qu'ils soient en mesure de les identifier, les juges se contentent aujourd'hui de vérifier qu'ils se rapportent à l'objet de l'enquête.

La remise des documents doit en principe être spontanée. Mais la Cour d'appel de Paris a précisé que la remise de documents aux enquêteurs s'inscrivant dans le cadre de leurs pouvoirs, peu importe qu'elle soit spontanée ou sollicitée dès lors que les documents se rapportent à l'objet de l'enquête.

L'article L. 450-3 du Code de commerce modifié par la loi NRE du 15 mai 2001 précise que la copie peut être prise ou obtenue, «par tous moyens et sur tous supports», ce qui conforte le pouvoir reconnu aux enquêteurs par la jurisprudence. Rien n'interdit notamment aux agents de la DGCCRF de demander à une secrétaire présente dans les locaux qu'elle leur communique les pièces visées à l'article L. 450-3. Les personnes en cause peuvent refuser de communiquer des documents couverts par le secret professionnel.

Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de commerce ne permet la saisie que des documents volontairement communiqués par l'entreprise, même si en cas de refus de communication, l'Autorité peut ultérieurement enjoindre à l'entreprise de les fournir. Par ailleurs, le pouvoir des agents habilités d'exiger la communication d'informations et de certains documents ne viole pas le principe selon lequel nul ne peut être tenu de s'auto-accuser, dès lors qu'un tel pouvoir ne tend pas à obtenir les aveux de la personne contrôlée, mais des pièces nécessaires à la conduite de l'enquête.

Depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, l'article L. 450-3 permet aux agents d'accéder, pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle. La loi Macron a renforcé les pouvoirs des agents qui peuvent désormais exiger que les moyens indispensables pour «effectuer leurs vérifications» soient mis à leur disposition.

Enfin, depuis la loi PACTE du 22 mai 2019, les enquêteurs peuvent, sur autorisation du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ou de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, demander l'accès aux données des entreprises conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication (fadettes). La requête est déposée auprès d'un contrôleur des demandes de données de connexion. Elle doit mentionner les éléments recueillis par les agents qui laissent présumer l'existence d'une infraction ou d'un manquement aux règles de concurrence et qui justifient l'accès aux données de connexion pour les besoins de l'enquête. Les données consultées doivent être exclusivement utilisées dans le cadre de l'enquête et être détruites à l'expiration d'un délai de six mois à compter d'une décision définitive de l'Autorité de la concurrence, de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation ou de la juridiction judiciaire ou administrative. La procédure applicable aux demandes d'accès à ces données et à leur destruction est régie par les articles R. 450-4 à R. 450-8 du Code de commerce.

C. Accès aux locaux

A RETENIR

Les enquêteurs accèdent, conformément à l'article L. 450-3, à tous locaux ou moyens de transport à usage professionnel.

Le pouvoir d'accéder aux locaux ne caractérise pas une ingérence au sens des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les enquêteurs peuvent ainsi intervenir dans les locaux de manière inopinée, entre 8 heures et 20 heures et, en dehors de ces heures, lorsque ceux-ci sont ouverts au public ou qu'à l'intérieur de ceux-ci des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation sont en cours. Lorsque les lieux visités sont également à usage d'habitation, les contrôles ne peuvent être effectués qu'entre 8 heures et 20 heures et avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils sont situés, si l'occupant s'y oppose. Aucune autorisation n'est nécessaire pour effectuer des opérations d'enquête simultanément dans plusieurs entreprises dès lors qu'elles ne sont assorties d'aucune perquisition ou saisie.

D. Auditions

A RETENIR

Les agents habilités ont le pouvoir de recueillir sur place ou sur convocation les renseignements et justifications.

Les demandes d'explications ne sont pas assimilables à un interrogatoire, car elles ne tendent pas directement à établir une éventuelle infraction. Les enquêteurs ne sont donc pas obligés de confronter les responsables des entreprises avec les auteurs de déclarations les mettant en cause, ni de les interroger sur les pièces saisies chez des tiers, dont le contenu peut être discuté contradictoirement. Ils ne sont pas davantage tenus d'interroger plusieurs fois les personnes qu'ils ont entendues. Ils peuvent également évoquer, au cours de l'audition, des discussions des personnes interrogées avec un tiers dès lors qu'elles ont eu lieu en dehors de l'enquête. Lorsque les déclarations ne sont pas recueillies dans des conditions loyales, elles sont écartées des débats, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'un préjudice particulier a été subi par la personne intéressée.

E. Expertise

A RETENIR

Le nouvel article L. 450-3-1 du Code de commerce, inséré par la loi Hamon du 17 mars 2014, autorise les agents de l'Administration à recourir à toute personne qualifiée, désignée par l'autorité administrative dont ils dépendent.

Cette personne peut les accompagner lors de leurs contrôles et prendre connaissance de tout document ou élément nécessaire à la réalisation de sa mission ou de son expertise. En revanche, elle ne peut effectuer aucun acte de procédure pénale ou de police administrative, ni utiliser les informations dont elle prend connaissance à cette occasion pour la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle dont elle dispose, le cas échéant, en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires. Elle ne peut pas davantage divulguer les informations dont elle a eu connaissance dans ce cadre.

III. Voies de recours

A RETENIR

Il n'existe pas de voie de recours autonome contre le déroulement des enquêtes simples, puisque celles-ci, contrairement aux enquêtes lourdes, ne font pas l'objet d'une autorisation préalable. Toute contestation doit donc être portée devant l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de la procédure administrative.

Plus exceptionnellement, les entreprises peuvent saisir le Conseil d'Etat pour obtenir que le ministre de l'Economie leur communique les procès-verbaux et le rapport d'enquête de la DGCCRF afin de pouvoir apprécier les éléments qui ont permis à l'Administration de forger sa décision de ne pas poursuivre ses investigations. Des entreprises ont contesté la constitutionnalité de l'absence de voie de recours immédiate et autonome contre les mesures d'enquête simple. La Cour de cassation a transmis la question au Conseil constitutionnel, qui a, sans surprise, validé le système français.

Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de commerce ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif, dès lors que les entreprises peuvent contester la légalité de l'enquête par voie d'exception en cas de procédure ouverte par l'Autorité de la concurrence ou d'astreinte prononcée par cette dernière, ou exercer un recours indemnitaire. L'Autorité de la concurrence a très vite appliqué cette règle, en retenant que l'entreprise qui met en cause la légalité d'une demande de communication de pièces peut porter sa contestation par voie d'exception devant la Cour d'appel de Paris. De même, selon la Cour de cassation, il n'existe pas de recours judiciaire autonome et immédiat contre une demande de renseignements formulée sur le fondement de l'article L. 450-3 du Code de commerce dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte contraignant qui fait grief à l'entreprise et que des recours ultérieurs, susceptibles de lui garantir une protection juridictionnelle suffisante, sont disponibles.

SECTION 3

Enquête lourde

A RETENIR

Lorsque la recherche de la preuve rend nécessaires des investigations approfondies, comme la visite de tous lieux ou la saisie de documents, les enquêteurs doivent préalablement à ces opérations obtenir une autorisation judiciaire de procéder à ces mesures coercitives (art. L. 450-4, C. com.).

Seules les enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre de l'Économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peuvent donner lieu à la visite et à la saisie judiciairement autorisées. En outre, le juge, qui ordonne l'enquête, doit respecter les prescriptions de l'article L. 450-4, la régularité de sa décision étant soumise au contrôle de la cour d'appel dans le ressort de laquelle il a statué.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la demande d'autorisation judiciaire ;
- l'ordonnance d'autorisation judiciaire ;
- les visites et saisies.

I. Demande d'autorisation judiciaire

A. Personnes habilitées

A RETENIR

La demande d'autorisation doit en principe émaner soit de la Commission européenne, soit du ministre de l'Économie, soit du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur.

Toutefois, il n'est pas interdit au ministre de l'Économie de déléguer ses pouvoirs conformément aux lois et règlements. La délégation permanente de signature au profit du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, publiée au Journal Officiel, permet au délégataire de prendre au nom du ministre les décisions qui relèvent de la compétence de ce dernier, dans la limite de ses attributions. Elle n'implique pas l'abandon par le ministre de la possibilité d'exercer personnellement ses pouvoirs. Dès lors, la demande d'autorisation est valablement présentée par le directeur de la DGCCRF ayant reçu délégation de signature, même si le signataire omet de signaler qu'il agit en vertu de cette délégation.

L'exigence selon laquelle l'autorisation ne peut être donnée que dans le cadre d'une enquête ordonnée par le ministre de l'Économie ou l'Autorité de la concurrence n'implique pas que la demande de mise en œuvre des dispositions de l'article L. 450-4 soit adressée au juge par le ministre ou une personne ayant reçu délégation de signature du ministre. Ainsi, la requête peut être présentée par un chef de service en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par le directeur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes agissant par délégation de signature.

B. Ministère d'avocat

La présentation de la requête aux fins d'autorisation de visites et saisies ne requiert pas le ministère d'un avocat ou d'un officier public ministériel.

C. Contenu de la demande

A RETENIR

La demande d'autorisation judiciaire est présentée au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Elle doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

L'Administration n'est toutefois pas tenue de soumettre au juge l'intégralité des docu-

ments dont elle dispose, a fortiori lorsqu'il n'est pas établi qu'elle a caché des éléments à décharge. Ces éléments doivent avoir une origine licite. Il peut s'agir d'une déclaration anonyme constatée dans un document établi et signé par les enquêteurs et corroborée par d'autres éléments ou de documents régulièrement saisis dans une autre affaire ou dans le cadre d'une saisine pour avis. Néanmoins, une ordonnance d'autorisation en partie fondée sur des pièces obtenues dans le cadre d'une autre investigation n'est pas nulle du seul fait que la saisie de ces pièces a ultérieurement été annulée par la Cour de cassation, à plus forte raison lorsque le juge des libertés et de la détention s'est également appuyé sur d'autres éléments d'information. L'article L. 450-4 assouplit cette exigence pour permettre le «flagrant délit». Ainsi, lorsque la demande porte sur des infractions en train de se commettre, elle peut ne comporter que des indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

II. Ordonnance d'autorisation judiciaire

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'obligation de vérifier le bien-fondé de la demande ;
- les conditions de validité de l'ordonnance ;
- l'obligation d'indiquer l'objet de l'enquête ;
- la portée de l'autorisation judiciaire ;
- l'exécution de l'autorisation.

A. Bien-fondé de la demande

A RETENIR

Avant de délivrer l'autorisation de procéder aux opérations d'enquête, le juge doit vérifier le bien-fondé de la demande qui lui est soumise. Cette vérification doit être effectuée de manière concrète par l'appréciation des éléments d'information que l'Administration doit lui fournir.

À cette fin, le juge se réfère, en les analysant ne fût-ce que succinctement, aux documents produits par l'Administration et détenus de manière apparemment licite. Cette analyse peut être établie par la mention dans l'ordonnance de l'origine licite des documents fournis par l'autorité requérante. Le juge doit, en outre, relever les faits résultant des éléments fournis sur lesquels il fonde son appréciation. Il ne peut être reproché à l'Administration de n'avoir soumis au juge que les éléments de nature à garantir le succès de sa requête dès lors qu'il n'est pas établi que certains éléments dont elle disposait et n'a pas fournis au juge auraient pu modifier l'appréciation de ce dernier ou d'avoir soumis des documents obtenus au cours d'autres investigations, dès lors qu'ils ont une origine licite. La faible quantité des pièces se rapportant à une entreprise déterminée ou le fait que l'ordonnance de fonde sur des documents n'émanant pas d'elle ne suffit pas à exclure la pertinence d'une opération de visite et saisie dans ses locaux.

A RETENIR

Le juge peut se fonder sur de simples présomptions de pratiques anticoncurrentielles.

Contrairement à ce que qu'avait jugé la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation considère que les présomptions qui fondent la demande d'autorisation ne doivent pas être graves, précises et concordantes au sens de l'article 1353 du Code civil, ni permettre d'établir la réalité d'un fait inconnu à partir de faits connus au sens de l'article 1349 du même code. La seule existence de présomptions simples susceptibles de constituer des indices de participation d'une entreprise à l'entente suspectée suffit : l'appréciation de leur bien-fondé relève de la juridiction qui statuera au fond. Le premier président de la cour d'appel ne peut donc infirmer l'ordonnance d'autorisation de visites et saisies au motif que celle-ci ne permettrait pas de déterminer si l'entreprise visitée a participé à l'entente dénoncée. En outre, les engagements pris par une entreprise devant l'Autorité de la concurrence ne sont pas de nature à éviter le déclenchement d'une enquête lourde en présence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors qu'il existe des présomptions de pratiques anticoncurrentielles, une entreprise ne peut, par sa seule nature d'entreprise de presse, être exonérée de toute visite domiciliaire. Dans tous les cas, l'ordonnance doit par sa motivation établir sa régularité au regard des exigences de l'article L. 450-4. Enfin, lorsqu'il étend une autorisation, le juge n'est pas obligé de mentionner de nouveaux agissements, s'il se réfère à sa précédente décision, et peut se contenter de vérifier le bien-fondé de la demande d'extension.

Le nombre important de pièces produites et la pré-rédaction de l'ordonnance d'autorisation par l'Administration ne présument pas de l'impossibilité pour le juge des libertés et de la détention de les examiner et d'en déduire l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles. En effet, pour la Cour de cassation, la pratique des ordonnances pré-rédigées par l'Administration ne remet pas en cause le principe d'impartialité, dès lors que les motifs et le dispositif d'une ordonnance sur requête sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée. Le juge peut aussi, sans violer les droits de la défense, reprendre à son compte les arguments d'une des parties pour motiver sa décision.

B. Conditions de validité**A RETENIR**

L'ordonnance autorisant la visite et la saisie est prononcée par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou un juge délégué.

Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents. L'ordonnance n'a pas à être rendue en audience publique et sa régularité ne dépend pas non plus de l'assistance du juge par un secrétaire ni de la signature d'un greffier. La présence du Ministère public n'est pas davantage requise.

La décision d'autorisation doit préciser que la demande a été présentée dans le cadre

d'une enquête initiée par le ministre de l'Économie ou par le rapporteur général et que les agents désignés ont qualité pour effectuer l'enquête. Elle mentionne le nom du juge qui l'a rendue, ainsi que le bénéficiaire par le magistrat délégué d'une délégation régulière. Elle doit également indiquer les voies et délais de recours dont dispose l'occupant des lieux ou son représentant (C. com., art. R. 450-2), sans toutefois que les coordonnées et le numéro de téléphone portable du juge des libertés et de la détention aient à être mentionnés.

L'ordonnance n'a pas à rappeler les conditions et modalités de la saisine du juge en cas de contestation relative au déroulement de l'enquête autorisée, ni que l'officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations doit rendre compte au juge à tout moment. De fait, l'article L. 450-4 du Code de commerce n'impose pas que les occupants des lieux soient informés de la possibilité de recourir au juge des libertés et de la détention qui a autorisé les opérations de visite et saisie pour qu'il exerce son contrôle sur la régularité des mesures en cours, car la faculté de contester les opérations devant le premier président de la cour d'appel leur garantit un recours juridictionnel effectif. L'ordonnance n'a pas non plus à être revêtue de la formule exécutoire.

Lorsque les investigations des agents du ministre de l'Économie concernent des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, le rapporteur général en est informé sans délai avant leur déclenchement. Il peut décider, dans un délai qui sera fixé par décret, de prendre la direction des opérations. Le rapporteur doit également être informé sans délai du résultat des investigations et peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office (C. com., art. L. 450-5). Le défaut de mention dans l'ordonnance de l'information préalable du rapporteur général par le ministre de l'Économie n'a aucune incidence sur sa validité dès lors qu'il s'agit d'une mesure interne qui ne fait pas grief à l'entreprise visitée.

L'ordonnance ne doit pas exposer les prétentions de l'Administration dès lors qu'elles ressortent des énonciations de la décision. L'ordonnance précise enfin la possibilité pour l'occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil. L'exercice de cette faculté n'empêche pas la poursuite des opérations.

Il n'est pas nécessaire que l'ordonnance soit notifiée avant la pénétration des enquêteurs dans les lieux : la visite peut être effectuée par surprise, afin de garantir l'efficacité des opérations d'investigation. L'alinéa 5 de l'article L. 450-4 précise que l'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. En leur absence ou lorsque la visite a lieu en dehors des lieux visés, l'ordonnance est notifiée, après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception.

C. Objet de l'enquête

A RETENIR

L'objet de l'enquête doit être indiqué dans l'ordonnance d'autorisation. Pour satisfaire à cette exigence, le juge doit identifier le marché concerné et caractériser les pratiques anticoncurrentielles présumées.

L'objet ne doit pas être général quant à la détermination du marché et indéterminé quant aux agissements visés. Toutefois, le fait que le secteur sur lequel les investigations doivent porter ne soit pas précisé dans le dispositif de l'ordonnance, ne confère pas à celle-ci un caractère général et indéterminé, dès lors que le dispositif n'est pas détachable des motifs et que ceux-ci visent expressément un secteur particulier. Le juge peut aussi étendre le champ d'application de l'autorisation à tous les produits de la gamme d'un fournisseur, alors que les exemples donnés par l'Administration n'en visent qu'un seul type, dès lors que des PV d'audition annexés à la demande font état de la généralisation des pratiques présumées, ou à d'autres marchés que ceux pour lesquels il dispose d'indices, lorsqu'il estime qu'ils ne constituent que des illustrations de pratiques plus larges.

L'enquête administrative ayant pour finalité de rechercher la preuve de pratiques prétendument anticoncurrentielles, l'autorisation peut être fondée sur des présomptions d'agissements réprimés par la loi, le juge disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation. Les présomptions peuvent être caractérisées par la comparaison des pratiques de l'espèce à des comportements similaires qualifiés d'infractions par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris. La loi NRE du 15 mai 2001 consacre ce tempérament jurisprudentiel : lorsque la visite doit permettre la constatation d'infractions en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que des indices laissant présumer l'existence de pratiques dont la preuve est recherchée (art. L. 450-4, al. 2, in fine). Une cour d'appel ne peut ainsi annuler une autorisation de visite et saisie au motif qu'elle serait fondée sur de simples indices faisant présumer l'existence des agissements dénoncés alors que l'autorisation judiciaire repose sur une demande de clémence portant sur des faits en cours à l'époque de leur dénonciation. Il suffit que les indices relevés par l'Administration ne permettent pas *prima facie* d'exclure l'existence de pratiques anticoncurrentielles.

L'ordonnance du juge doit permettre de s'assurer que la personne intéressée a été informée de l'objet des mesures autorisées, des pratiques anticoncurrentielles présumées et du secteur concerné. La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que le juge des libertés n'est pas tenu de préciser la nature des investigations domiciliaires qu'il autorise ; il suffit que les marchés, pour lesquels la recherche de tous documents nécessaires à la preuve d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles est autorisée, soient identifiés. Lorsque l'ordonnance étend à de nouveaux locaux l'autorisation de visite, elle peut se contenter de viser la première ordonnance. Enfin, il n'est pas nécessaire que l'objet de l'enquête soit indiqué dans le procès-verbal de visite et saisie, lorsqu'il est mentionné dans l'ordonnance notifiée à l'occupant des lieux ou à son représentant.

D. Portée de l'autorisation

L'ordonnance par laquelle le juge autorise une visite domiciliaire n'emporte pas déclaration de culpabilité et ne préjuge pas de l'appréciation, par la juridiction du fond, des éléments de preuve trouvés, puisqu'elle a uniquement pour objet la recherche d'infractions présumées en tous lieux et la saisie des documents s'y rapportant. L'autorisation de visite n'a pas pour autant une portée illimitée.

A RETENIR

Ainsi, les lieux où les visites sont autorisées doivent être énumérés dans l'ordonnance.

Le juge des libertés et de la détention est, en effet, tenu d'identifier expressément ces lieux, sauf à renvoyer les agents de l'Administration à solliciter, au cours des opérations, les autorisations supplémentaires qui leur semblent nécessaires. Lorsqu'une action simultanée dans plusieurs lieux est nécessaire, le juge des libertés et de la détention désigné par celui ayant délivré l'ordonnance d'autorisation judiciaire n'a ni à réexaminer le dossier au fond, ni à modifier l'étendue du secteur économique considéré, ni à motiver son ordonnance qui constitue un simple acte d'exécution de l'ordonnance d'autorisation. Dans ce cas, seule l'ordonnance principale autorisant les visites et saisies est susceptible d'appel et non celle rendue sur commission rogatoire. L'extension des opérations de visite et saisies à des locaux non visés dans l'ordonnance initiale peut être sollicitée auprès du juge des libertés et de la détention par le rapporteur des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, habilité par le rapporteur général.

A RETENIR

Le juge des libertés et de la détention n'a pas, en revanche, à désigner de manière expresse l'ensemble des entreprises domiciliées à l'adresse visée dans l'ordonnance et qui devront être visitées, ni les documents, qui constituent la preuve recherchée.

Toutefois, l'autorisation de saisie de «tous documents utiles» ne permet de saisir que les documents se rapportant aux agissements retenus pour accueillir la demande de visite. Aussi la saisie de fichiers informatiques dont l'intitulé n'est pas suffisamment explicite pour convaincre le juge qu'ils contiennent des documents en rapport avec l'autorisation doit-elle être annulée.

E. Exécution de l'autorisation de visite et de saisie

A RETENIR

La visite et la saisie s'effectuent sous le contrôle du juge qui les a autorisées ou sous celui du juge des libertés et de la détention du tribunal dans le ressort duquel la visite a lieu et auquel le juge ayant autorisé les opérations aura délivré une commission rogatoire pour exercer ce contrôle.

Il désigne le chef du service qui devra nommer les officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations, d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires et de le tenir informé de leur déroulement (art. L. 450-4, al. 3). Le contrôle juridictionnel du déroulement des opérations de visite et saisie doit s'effectuer par le truchement de l'officier de police judiciaire : le fait que les entreprises ou leur conseil n'aient pas accès personnellement au juge des libertés et de la détention n'est pas contraire aux droits de la défense. Le juge des libertés et de la détention chargé du contrôle du déroulement de l'enquête est autorisé à se rendre personnellement sur les lieux pendant l'intervention et peut décider d'office ou à la requête des parties de la

suspension ou de l'arrêt de la visite.

L'ordonnance autorisant les visites et saisies n'est pas caduque du seul fait qu'à la date fixée par le juge pour son exécution, elle n'a été exécutée que partiellement.

III. Visites et saisies

PLAN

Seront envisagés successivement :

- la désignation des officiers de police judiciaire ;
- les pouvoirs des enquêteurs ;
- les commissions rogatoires ;
- le contrôle de régularité.

A. Officiers de police judiciaire

A RETENIR

La désignation d'un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations de visites et saisies et de l'informer de leur déroulement relève de la compétence exclusive du juge des libertés et de la détention.

Il ne peut notamment s'en remettre au chef de service de police judiciaire territorialement compétent pour procéder à cette désignation. Il lui est en revanche loisible de désigner deux officiers de police judiciaire, en les chargeant l'un ou l'autre d'assister aux opérations.

Un officier de police judiciaire peut venir instrumenter dans un lieu pour lequel il aura été désigné avec d'autres officiers de police judiciaire. Il est chargé d'assister au déroulement des opérations en veillant notamment au respect du secret professionnel et des droits de la défense, mais ne peut en aucun cas y participer activement. Depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, il peut en outre apporter son concours en procédant, le cas échéant, aux réquisitions nécessaires pour la désignation de témoins.

Le ou les officiers de police judiciaire présents au cours des inspections sont chargés de tenir le juge des libertés informé du déroulement des opérations, en particulier d'éventuels incidents. La Cour de cassation estime que cette absence d'accès direct au juge au cours des investigations ne porte pas atteinte aux droits de la défense des entreprises. Seuls les officiers de police judiciaire qui assistent aux opérations d'enquête ont en effet le pouvoir discrétionnaire de saisir directement le juge des libertés et de la détention des difficultés éventuelles, sans qu'un débat contradictoire avec l'entreprise soit nécessaire.

B. Pouvoirs des enquêteurs

A RETENIR

L'ordonnance autorise les enquêteurs à procéder aux visites en tous lieux, même privés, où sont susceptibles d'être détenus des documents se rapportant aux pratiques anticoncurrentielles ou restrictives dont la preuve est recherchée.

L'article 8 CEDH admet en effet les intrusions dans les locaux d'une entreprise lorsque, comme dans le système français, elles sont prévues par la loi, visent un but légitime et présentent un caractère nécessaire. Il peut s'agir des locaux de l'entreprise à laquelle la société soupçonnée d'infraction a apporté ses actifs, dès lors que des pièces ou documents se rapportant aux agissements frauduleux peuvent s'y trouver. La visite ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, mais peut s'étendre au-delà de ces horaires ; elle est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Celui-ci peut être assisté d'un conseil, cette faculté devant être mentionnée dans l'ordonnance d'autorisation. La condition de **présence dans les lieux de l'occupant ou de son représentant** ne s'interprète pas comme l'obligation pour un mandataire social d'être présent au moment de la visite : une telle exigence priverait la mesure d'investigation de toute efficacité. Ainsi, une ordonnance d'autorisation est valablement notifiée à une secrétaire de direction intérimaire, dès lors que l'occupant des lieux, arrivé après le commencement des opérations, a accepté d'être représenté par elle, en apposant sa signature à côté de la sienne sur le procès-verbal. En l'absence de l'occupant des lieux, les enquêteurs peuvent néanmoins procéder à la visite, accompagnés des deux témoins requis par l'officier de police judiciaire. Les agents habilités peuvent, au cours des opérations de visite, procéder à l'audition de l'occupant des lieux ou de son représentant afin de recueillir auprès d'eux les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête. Ils ne sont pas tenus d'informer l'occupant des lieux de la possibilité de désigner un ou plusieurs représentants pour le remplacer lorsque les opérations de visite se prolongent tardivement.

Les enquêteurs, l'occupant des lieux ou son représentant, ainsi que l'officier de police judiciaire, et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatées par la Commission européenne sont seuls autorisés à prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie. Pour autant, le droit de prendre connaissance des documents saisis ne signifie pas que l'occupant des lieux et son conseil ont le droit de visualiser la totalité des documents au fur et à mesure de leur consultation par les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence, mais seulement ceux qu'ils s'approprient à saisir à la fin des opérations de fouille, de tri et de sélection. Les documents sont présumés détenus dans les lieux où la visite est autorisée et a lieu de manière inopinée. L'Administration ne peut en principe appréhender que les documents se rapportant aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation, mais il ne lui est pas interdit de saisir les documents pour partie utiles à la preuve de l'infraction présumée, même s'ils n'ont pas été expressément visés par le juge. Dès lors qu'il s'agit de documents professionnels, le support sur lequel ils sont reproduits importe peu.

Puisqu'il ne lui est pas interdit de saisir des pièces pour partie utiles à la preuve des agissements visés par l'ordonnance d'autorisation dès lors que le juge chargé du contrôle a

souverainement estimé que ces pièces n'étaient pas divisibles, sans avoir à justifier des contraintes techniques existantes, **l'Administration peut saisir des parties entières de messagerie** sans individualiser sur place les seuls messages électroniques entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire. Il ne peut être reproché aux enquêteurs une saisie massive et indifférenciée des messageries électroniques lorsque seuls cinq ordinateurs sur la centaine possédée par l'entreprise ont été ciblés ou que la saisie ne porte que sur quelques milliers de documents sur les millions de fichiers stockés sur les serveurs de l'entreprise et ne concerne que les ordinateurs d'un nombre limité de collaborateurs. Le procès-verbal qui relate la saisie de données informatiques n'a pas non plus à préciser le matériel et le logiciel utilisés par les enquêteurs, ni les mots-clés choisis par l'Administration pour sélectionner les fichiers saisis, sur la pertinence desquels le juge n'est pas tenu de se prononcer. Le juge n'est pas davantage tenu d'apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder selon des modalités moins invasives.

Selon la Chambre criminelle, le fait que les enquêteurs aient eu accès à des documents couverts par le *legal privilege* lors de la saisie globale de messageries électroniques n'exerce aucune influence sur la régularité des opérations, dès lors que les agents de l'Administration sont soumis au principe du secret de la correspondance. Seule l'utilisation de tels documents est prohibée. Aussi, la Haute juridiction considère-t-elle que la saisie de documents qui relèvent de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client doit être annulée, sans toutefois que les effets de l'annulation s'étendent aux autres pièces saisies. Les documents couverts par le secret professionnel éventuellement saisis doivent être placés sous scellés afin que le juge puisse ultérieurement procéder à leur restitution, qui s'effectue par destruction. Dans un premier temps, plus exigeante, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que le juge saisi du recours contre le déroulement de visites et saisies devait se livrer à un contrôle concret de la proportionnalité des saisies effectuées, qu'elles concernent des documents couverts par la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client ou des pièces sans lien avec l'enquête, et ordonner, le cas échéant, leur restitution. Elle a dans un second temps réduit la portée de la protection accordée au secret professionnel et retenu que la saisie de messageries électroniques comprenant en partie des correspondances entre un avocat et son client ne présente pas de caractère disproportionné lorsqu'elle s'inscrit dans une procédure relative à la recherche de la preuve de pratiques anticoncurrentielles, assortie de garanties comme l'assistance d'avocats au cours des opérations et la présence de représentants de l'entreprise.

Les fichiers informatiques présents dans les locaux de l'entreprise visitée peuvent être saisis, même s'ils concernent une autre personne que le titulaire de l'ordinateur sur lequel ils sont stockés ou des archives relatives à l'ancien employeur de ce dernier, dès lors qu'ils sont susceptibles d'être en relation avec l'enquête. L'entreprise dont les fichiers ou documents ont été saisis chez un tiers ne peut invoquer l'irrégularité de la saisie lorsque ce tiers n'a pas exercé son droit de recours contre le déroulement des opérations, le recours étant personnel à chaque partie. Par ailleurs, l'annulation de la saisie de données informatiques stockées à l'étranger ne peut être prononcée lorsqu'elle est intervenue à la suite d'une remise spontanée par l'entreprise de leur support, dans ses locaux.

Les pièces et documents saisis font l'objet d'un **inventaire** et d'une **mise sous scellés**

conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale. La confection de scellés provisoires, en cas de difficultés pour procéder à l'inventaire sur place, ne constitue en revanche qu'une faculté, laissée à l'appréciation des enquêteurs, qui ne peut être refusée par l'entreprise. Ni l'occupant des lieux, ni ses avocats ne sont autorisés à assister à la sélection des documents placés sous scellés provisoires en vue de leur inventaire ultérieur. Aucun texte n'exige qu'à la seule lecture de l'inventaire l'on puisse vérifier que les pièces saisies entrent dans le cadre de l'autorisation donnée. Ainsi, le fait que la liste des documents et fichiers informatiques appréhendés comporte des descriptions ou libellés insuffisamment explicites ne justifie pas, en l'absence de forme imposée pour la réalisation des inventaires, l'annulation de l'ensemble des saisies, dès lors que l'entreprise a pu en connaître la teneur et invoquer, dans le cadre de son recours, les éléments de nature à établir que certaines pièces saisies ne pouvaient l'être. Du reste, il n'appartient pas au juge de vérifier si chacun des éléments saisis entre dans le champ de l'autorisation mais il revient à l'entreprise, qui détient une copie de l'inventaire, d'invoquer les éléments de nature à établir que certaines d'entre elles ne pouvaient être appréhendées. Dès lors, l'entreprise qui se contente de présenter au juge un fichier excel sans indication de l'objet ni du contenu des courriels dont elle invoque le caractère privilégié ne permet pas au juge de vérifier l'atteinte aux droits de la défense alléguée. La Cour européenne des droits de l'Homme estime également qu'il appartient à l'entreprise qui invoque une ingérence disproportionnée de l'Administration d'identifier précisément les documents qu'elle considère protégés. Enfin, l'article L. 450-4 du Code de commerce n'impose pas une remise à l'occupant des lieux d'une copie complète des documents saisis, même s'il s'agit des originaux, dès lors qu'il a été en mesure d'en prendre connaissance au cours des opérations.

Les documents saisis par l'Administration qui sont étrangers à l'autorisation judiciaire de visite et saisie doivent être restitués. Néanmoins, le premier président de la cour d'appel qui infirme l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ne peut ordonner la restitution des documents saisis tant que sa décision est susceptible de pourvoi.

Enfin, les agents enquêteurs peuvent procéder au cours de la visite à des **auditions** de l'occupant des lieux ou de son représentant afin de recueillir les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête. A cette fin, depuis la loi du 3 juin 2016, les agents doivent, conformément à l'article 61-1 du Code de procédure pénale, s'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, préalablement informer ces personnes de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elles sont soupçonnées avoir commise ou tenté de commettre ; le cas échéant, du droit d'être assistées par un interprète ; du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui leur sont posées ou de se taire ; si l'infraction pour laquelle elles sont entendues est punie d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistées au cours de leur audition ou de leur confrontation par un avocat ; de la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

C. Commissions rogatoires

A RETENIR

Les visites et saisies ayant lieu en dehors du ressort du juge doivent faire l'objet d'une commission rogatoire au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge désigné par la commission rogatoire n'est pas habilité à examiner le bien-fondé de la demande et ne peut que s'assurer de l'authenticité de la décision. Il est compétent pour apprécier l'adéquation des documents saisis au champ de l'ordonnance d'autorisation lorsqu'il en contrôle la régularité.

D. Contrôles de régularité

Le contrôle de régularité porte, d'une part, sur l'ordonnance d'autorisation et, d'autre part, sur l'exécution de l'ordonnance. Leurs régimes respectifs ont été alignés par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

1. Contrôle de l'ordonnance d'autorisation

Avant l'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008, l'article L. 450-4 du Code de commerce ne prévoyait qu'un pourvoi en cassation, dénué de caractère suspensif, contre les ordonnances d'autorisation. Ce régime a été condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui, par plusieurs arrêts successifs, d'abord en matière d'enquêtes fiscales (CEDH, 21 févr. 2008, n° 18497-03, Ravon, LawLex08327), puis d'enquêtes de concurrence, a déclaré la loi française contraire à l'article 6, paragraphe 1, CEDH (CEDH, 21 déc. 2010, n° 29408-08, Canal+, LawLex101496 et n° 29613-08, Prima-gaz, LawLex1130). En effet, le pourvoi en cassation n'autorisait pas un examen en fait et en droit de la régularité de l'ordonnance et n'offrait donc pas au justiciable un recours juridictionnel effectif.

A RETENIR

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a modifié l'article L. 450-4 pour instituer un appel devant le premier président de la cour d'appel du ressort du juge ayant autorisé les opérations et un pourvoi en cassation contre l'ordonnance rendue en appel.

L'article 5, IV, de l'ordonnance du 13 novembre 2008 a néanmoins prévu des dispositions transitoires pour les recours contre les ordonnances judiciaires, en distinguant selon qu'elles ont fait l'objet ou non d'un pourvoi en cassation, seule voie de recours possible avant son entrée en vigueur :

- i) lorsque le pourvoi est pendant devant la Cour de cassation, un appel peut être formé contre l'ordonnance d'autorisation, dans un délai d'un mois à compter de la publication de l'ordonnance du 13 novembre 2008. L'appel vaut désistement du pourvoi.
- ii) si l'ordonnance d'autorisation n'a fait l'objet d'aucun pourvoi ou si le pourvoi formé contre elle a été rejeté, un recours en contestation est possible. La contestation est portée devant la Cour d'appel de Paris dans le cadre d'un recours contre la décision de l'Autorité

de la concurrence, sauf s'il s'agit d'affaires ayant fait l'objet d'une décision irrévocable à la date de publication de l'ordonnance du 13 novembre 2008.

iii) si un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris statuant sur une décision de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'article L. 464-8 est pendant devant la Cour de cassation, les parties peuvent demander le renvoi à la Cour d'appel de Paris pour l'examen d'un recours en contestation de l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention.

Toutefois, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le dispositif transitoire prévu par l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne répond pas davantage aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, car, dans l'hypothèse où un pourvoi a été rejeté, la condition préalable d'une décision au fond et d'un recours contre cette décision rend l'accessibilité du recours en contestation incertaine et sa mise en œuvre tardive (CEDH, 2 arrêts du 21 déc. 2010, préc.). La Cour de cassation s'est alignée sur la position de la Cour européenne et considère qu'une même juridiction ne peut examiner l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant la visite et la saisie et statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction infligée au titre de ces pratiques, sans faire naître un doute raisonnable sur son impartialité. Un tel écueil peut toutefois être évité si la juridiction se prononce sur les deux recours dans une composition différente.

2. Contrôle du déroulement des opérations

A RETENIR

L'exécution des opérations a lieu sous le contrôle du juge qui les a autorisées (art. L. 450-4, al. 3).

Aussi, la jurisprudence décidait-elle que toute personne qui entendait contester la régularité de la visite et de la saisie devait saisir ce magistrat d'une requête à cette fin, en mettant en cause l'Administration concernée. Faute d'avoir ainsi procédé, le demandeur en cassation n'était pas recevable à invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation des moyens critiquant l'exécution des opérations. Cette jurisprudence avait été remise en cause par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. La Haute juridiction considérait que la mission du juge ayant autorisé les opérations d'investigation cessait avec ces opérations, lors de la remise de la copie du procès-verbal. Il ne pouvait donc être saisi a posteriori d'une éventuelle irrégularité de l'enquête, cette contestation relevant de la compétence des autorités de décision, c'est-à-dire de l'Autorité de la concurrence et, sur recours, de la Cour d'appel de Paris. Ce revirement avait fait l'objet de vives critiques doctrinales. La majorité des auteurs contestaient la compétence d'une autorité administrative, même indépendante comme l'Autorité de la concurrence, pour connaître de la décision d'un juge, au mépris du principe fondamental de la séparation des autorités judiciaires et administratives. La loi NRE avait mis fin à cette polémique, en prévoyant que le recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie pouvait faire l'objet d'un recours auprès du juge qui les a autorisées dans un délai de deux mois. L'ordonnance du juge n'était susceptible que d'un recours en cassation.

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a modifié l'article L. 450-4 sur ce point. Désor-

mais, le recours contre le déroulement des opérations de visite ou saisie peut être exercé devant le premier président de la cour d'appel du ressort du juge les ayant autorisées. Selon la Chambre criminelle, le fait que le recours intenté contre les opérations de visite soit porté devant le même juge que l'appel contre l'ordonnance qui autorise la visite ne porte pas atteinte au principe du procès équitable. Néanmoins, l'entreprise ne peut, dans le cadre de la contestation du déroulement des opérations de visite et saisie, mettre en cause la validité de l'ordonnance qui les a autorisées. En outre, lorsqu'un recours est pendant contre la régularité de l'ordonnance d'autorisation, il y a lieu de surseoir à statuer sur celui relatif au déroulement des opérations.

3. Procédure d'appel

A RETENIR

L'appel contre les ordonnances d'autorisation ou le déroulement des opérations devant le premier président de la cour d'appel s'effectue selon les règles prévues par le Code de procédure pénale, par déclaration au greffe. Le délai d'appel est de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance ou de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire.

En principe seules les personnes visées par l'ordonnance ayant autorisé la saisie peuvent former un appel contre celle-ci. Cependant, les personnes qui n'ont pas fait l'objet de visite ou de saisie mais qui sont mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, peuvent aussi exercer un recours contre ces dernières à compter de la date à laquelle elles en ont eu connaissance et au plus tard de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. La Cour d'appel de Paris estime que l'Autorité de la concurrence ne viole pas le droit à un recours effectif en ne notifiant pas à une entreprise la saisie de pièces la concernant au sein des locaux d'une autre, dès lors qu'elle n'a pas été mise en cause à l'occasion de cette procédure.

Le juge compétent pour statuer tant sur l'appel de l'ordonnance d'autorisation initiale que sur celle, complémentaire, rendue sur commission rogatoire, est le premier président de la cour dans le ressort de laquelle l'ordonnance initiale a été rendue. Le premier président de la cour d'appel ne peut cependant connaître que de l'appel formé contre l'ordonnance : l'appel de la décision se prononçant sur la requête en rétractation d'une ordonnance ou une demande de communication de pièces présentée par l'entreprise pour vérifier le bien-fondé d'une ordonnance d'autorisation de visite et saisie ne relèvent pas de sa compétence.

L'appel n'est pas suspensif. Dès lors, l'Autorité de la concurrence n'a pas l'obligation de surseoir à statuer. En effet, le fait qu'elle soit incompétente pour apprécier la validité de l'autorisation de visite n'impose nullement d'attendre que le contentieux soumis à la Cour de cassation soit définitivement réglé pour qu'il soit statué sur les griefs imputés aux requérants.

Lorsque le premier président de la cour d'appel considère que l'ordonnance d'autorisation n'est pas valable, il ne peut se contenter de prononcer l'annulation mais doit également examiner les pièces produites et se prononcer sur le bien-fondé de la requête.

L'annulation de l'ordonnance d'autorisation est susceptible de produire plusieurs effets. D'abord, elle entraîne l'annulation des poursuites ayant pour unique fondement l'autorisation de visite domiciliaire. En effet, l'annulation remet les parties et la cause dans l'état où elles étaient avant la décision annulée ; elle vise tout ce qui a été la suite ou l'exécution des dispositions censurées. Ensuite, les pièces irrégulièrement saisies, les procès-verbaux s'y référant directement ou indirectement, les passages du rapport administratif et de la notification des griefs rédigés par référence à ces pièces doivent être disjoints de la procédure engagée devant l'Autorité.

4. Procédure de cassation

A RETENIR

L'ordonnance du premier président peut faire l'objet d'un pourvoi dans un délai de cinq jours qui doit respecter les règles du Code de procédure pénale.

Le pourvoi peut être formé par le rapporteur général, comme par toute partie à l'instance qui a donné lieu à la décision attaquée, lorsque cette dernière contient des dispositions qui lui font grief. Le pourvoi formé par le rapporteur général plus de cinq jours francs après le prononcé de l'arrêt est irrecevable s'il était présent ou représenté à l'audience au cours de laquelle les parties ont été averties de la date du prononcé.

E. Assistance des autorités européennes ou nationales

A RETENIR

Afin de faciliter le déroulement des enquêtes de concurrence engagées par la Commission, l'article 20 du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002 institue un devoir d'assistance des enquêteurs européens, à la charge des autorités nationales, «lorsqu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article».

En droit interne, ce concours est organisé par l'article L. 490-9 du Code de commerce. Selon la Cour de justice, le texte est applicable alors même qu'aucun obstacle n'aurait été posé par l'entreprise, la simple éventualité d'une opposition étant suffisante. La Cour de cassation, saisie pour la première fois de la question, s'est prononcée dans le même sens. En pratique, la Commission demande le plus souvent aux autorités nationales, à titre préventif, de solliciter les autorisations judiciaires nécessaires auprès du juge des libertés et de la détention, afin de surmonter l'opposition éventuelle de l'entreprise. Lorsque cette dernière n'oppose aucune résistance, l'assistance des autorités nationales n'est pas nécessaire et les enquêtes sont conduites sous l'égide des seuls agents de la Commission. Dans cette hypothèse, la jurisprudence estime que l'ordonnance n'a pas à être notifiée à l'entreprise et que le juge français n'est pas compétent pour statuer sur la régularité des opérations de visite et de saisie, dès lors que l'ordonnance d'autorisation délivrée aux enquêteurs français à titre préventif n'a pas été mise en oeuvre. Il est nécessaire, pour refuser de faire droit à la demande d'assistance émanant de la Commission, d'introduire un renvoi préjudiciel.

Cette assistance n'est cependant pas inconditionnelle. Le juge national conserve une

prérogative essentielle : il apprécie souverainement l'opportunité des moyens de contrainte envisagés et s'assure de leur proportionnalité avec l'objet de l'enquête. Le juge ayant autorisé la visite et saisie peut donc, sans excéder sa compétence, accorder aux agents français des pouvoirs supérieurs à ceux dont disposent les agents de la Commission, après avoir vérifié qu'ils n'étaient pas disproportionnés par rapport aux mesures envisagées, et qu'ils étaient seuls de nature à garantir l'accomplissement de leur mission. En revanche, il ne lui est pas possible d'apprécier le caractère nécessaire des vérifications qui relève de la Commission sous le contrôle des juridictions européennes. De même, il doit se contenter de constater l'origine apparemment licite des documents présentés par la Commission à l'appui de sa demande et n'est pas tenu de s'expliquer sur le caractère confidentiel de ces documents.

Dans le cadre du réseau d'autorités de concurrence, lorsqu'une autorité nationale accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête initiée par l'autorité d'un autre État membre, l'article 22 du règlement 1-2003 prévoit qu'elle y procède en appliquant son droit national et non celui de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée, de sorte que le contrôle de l'autorisation et du déroulement de la mesure relève des juridictions compétentes de cet État.