



14e édition

CAMPUS AFJE 2023

Se préparer aux opérations de visites et saisies des autorités administratives indépendantes

Clara INGEN-HOUSZ & Joseph VOGEL

CAMPUS | AFJE



Clara INGEN-HOUSZ

Directrice Juridique (Concurrence, Regulatory), Directrice Ethique et Conformité - SAINT-GOBAIN



Joseph VOGEL

Avocat fondateur du cabinet VOGEL & VOGEL

Introduction

I. Avant l'opération de visites et saisies

II. Durant l'opération

III. Après l'opération

Questions

PLAN

Lexique

AAI : Autorité Administrative Indépendante

ADLC : Autorité de la Concurrence

CE : Commission européenne

CJIP : Convention judiciaire d'intérêt public

DGCCRF : Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

JLD : Juge des Libertés et de la Détention

OVS : Opération de Visites et Saisies (aussi appelée perquisition)

OPJ : Officier de Police Judiciaire

PNF : Parquet National financier

INTRODUCTION

❖ L'évolution de l'environnement juridique

1. La multiplication du nombre d'Autorités Administratives Indépendantes (AAI)
2. La multiplication des pouvoirs d'enquête des AAI, et la fréquence de leur utilisation
3. Focus en droit de la concurrence
4. Aperçu des risques et faibles garanties pour les entreprises et personnes physiques

1. La multiplication du nombre d'AAI

1970

- **Création des premières AAI** (CADA, CNIL...)
- Compétences limitées à l'égard de l'administration uniquement, et pouvoirs limités

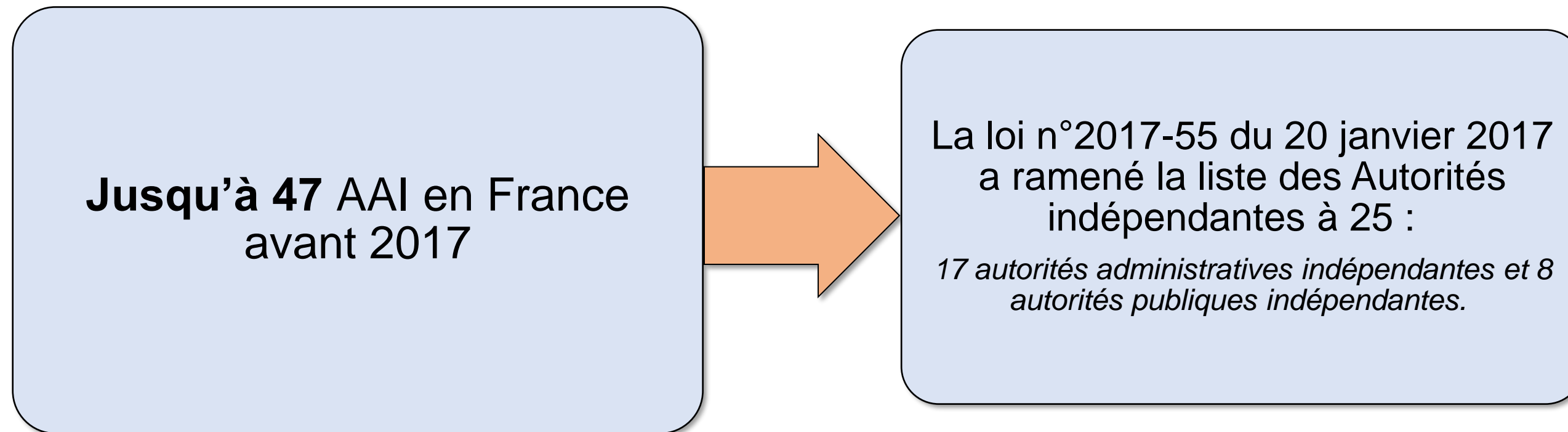
1980

- Transfert de certains pouvoirs exercés par des administrations centrales ou organismes professionnels à des AAI dotées de pouvoirs de sanctions administratives, *(face au constat des limites de la réponse pénale dans certains domaines)*

1990

- **Création d'AAI dans le cadre de l'ouverture progressive à la concurrence de certains marchés**
- **Pouvoirs d'enquête et/ou de contrôle** dérivés de ceux attribués aux rapporteurs du Conseil de la concurrence et aux agents de la DGCCRF par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

1. La multiplication du nombre d'AAI



Rapport de la commission d'enquête du Sénat n°126 de 2015 mise en place sur le thème des AAI intitulé:

« *Les autorités administratives indépendantes (AAI), un État dans l'État* », dont le thème était de: « **Canaliser la prolifération des AAI pour mieux les contrôler** ».

2. La multiplication des pouvoirs d'enquête des AAI

Visites	Auditions	Saisies (et copie)
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Dès lors que des documents se rapportant aux pratiques sont susceptibles de s'y trouver. ✓ Possibilité de fouille très étendue : bureau, dossier, ordinateur, téléphones... ✓ Parfois jusqu'au domicile des salariés (subordonnée à une autorisation judiciaire) ✓ Accroissement des visites domiciliaires, facilitées depuis la crise sanitaire du COVID-19. ✓ Effet de surprise (absence d'information préalable) ✓ Possibilité pour les enquêteurs de solliciter des OVS complémentaires s'ils découvrent au cours d'une première visite des indices relatifs à une autre infraction non visée par l'autorisation qu'ils détiennent (hypothèses de « <i>flagrance</i> »). 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Droit de poser des questions concernant des documents spécifiques. ✓ Droit de rencontrer certaines personnes. ✓ Limite: principe de non auto incrimination 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Accès à de nombreux documents (papiers et informatique) ✓ Depuis la loi Pacte, accès aux données des entreprises conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication (fadette). ✓ Saisies sur l'ensemble des documents se rapportant à l'objet de l'enquête : <ul style="list-style-type: none"> ✓ messageries électroniques, même contenant des éléments de la vie privée. Exemple: Saisie informatique globale ✓ ou éléments couverts par le <i>legal privilege</i>, dès lors que la saisie porte :« <i>sur des documents au moins pour parties utiles à l'enquête</i> ». (Cass. crim., 11 juill. 2017, n° 16-81.037) ✓ Scellés: dont le bris peut être sévèrement réprimé (Aut.Conc., Déc. N°19-D-09, 22 mai 2019 : Condamnation du groupe Akka Technologies à hauteur de 900.000 €.), même sans qu'un élément intentionnel ne soit démontré. Le bris du scellé par un salarié pouvant engager l'entreprise, qu'il ait agi pour le compte de cette dernière ou à titre individuel.

2. Un usage accru par certaines AAI des pouvoirs de visites et saisies

Opération de visite et saisie (OVS) ou visites domiciliaires	2018	2019
Douanes (article 64 du code des douanes)	498	408
<i>dont flagrant délit</i>	422	322
<i>dont autorisation du JLD</i>	76	76
Douanes (article 38 du LPF)	16	27
<i>dont flagrant délit</i>	3	5
<i>dont autorisation du JLD</i>	13	22
Total douanes	514	435
Impôts (article 16 du LPF)	201	185
DGCCRF	74	45
<i>dont article L. 450-4 du code de commerce</i>	66	23
<i>dont article L. 512-51 du code de la consommation</i>	8	22
AMF (article L. 621-12 du code monétaire et financier)	10	16
ADLC (article L. 450-4 du code de commerce)	4	7

Etude du Conseil d'Etat – Avril 2021

3. La multiplication des pouvoirs d'enquête en droit de la concurrence

Création du Conseil de la concurrence

→ L'un des premiers textes à employer le terme de « **pouvoirs d'enquête** » pour désigner les pouvoirs d'investigation (dans les locaux, demande de documents, recueil sur place, visite et saisie), qu'elle attribue aux agents de AAI.

Loi NRE n°2001-420

Organisation d'une coopération entre les autorités de concurrence des Etats membres

→ L'article 22, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 offre donc la possibilité pour une autorité nationale de concurrence d'effectuer sur son territoire toute mesure d'enquête pour le compte de l'autorité d'un autre État membre.

Règlement n°1/2003

Modifie les règles de procédure en matière de concurrence, en les confiant à l'ADLC (qui peut sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, et contrôler les opérations de concentration).

Ordonnance n°2004-1173

Loi de modernisation de l'économie n°2008/776 du 4 août 2008 (loi LME)

Fixe le montant maximum de la sanction **pécuniaire à 10%** du **chiffre d'affaires HT mondiale**.

Permet l'application des **articles 101 et 102 TFUE** et permet d'imposer des **astreintes jusqu'à 5%** du CA journalier moyen

Renforce les pouvoirs de l'ADLC, notamment sur ses opportunités de poursuite, les mesures conservatoires, et instaure un régime de sanction encore plus dissuasif

Directive (UE) 2019/1 ECN+, transposée par l'ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021

Donne à la Commission européenne des pouvoirs d'enquêtes supplémentaires

→ Outils de signalement et d'enquête, comble un vide juridique concernant les subventions étrangères qui faussent le marché intérieur

Règlement (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur

3. La multiplication des pouvoirs de l'ADLC – Illustrations avec la transposition de la directive ECN+ *(par un décret n°2021-568 du 10 mai 2021 relatif à la procédure de clémence et par une ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021.)*

Modifications apportées lors de la transposition de la directive ECN+		
Domaines	Modifications apportées	Dispositions modifiées
Dispositions relatives aux enquêtes	Possibilité d'obtenir les moyens de déchiffrement des supports numériques	Articles L. 450-3 alinéa 4 et L. 450-4 alinéa 1 du code de commerce
	OVS : recours du ministre de l'économie ou de l'ADLC	Article L. 450-4 alinéa 6 du code de commerce
	Accès aux informations détenues par des autorités publiques	Article L. 450-7 du code de commerce
	Entrave aux contrôles : nouvelle définition des infractions	Articles L. 450-8, L. 450-9, L. 450-10 et L. 464-2 et du code de commerce

3. La multiplication des pouvoirs de l'ADLC – Illustrations avec la transposition de la directive ECN+ *(par un décret n°2021-568 du 10 mai 2021 relatif à la procédure de clémence et par une ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021.)*

Modifications apportées lors de la transposition de la directive ECN+		
Domaines	Modifications apportées	Dispositions modifiées
Pouvoirs de l'ADLC	Introduction du principe d'opportunité des poursuites	Article L. 462-8 alinéa 2 du code de commerce
	Possibilité de publier des informations succinctes sur des affaires en cours	Article L. 463-6 alinéa 3 du code de commerce
	Faculté d'imposer des mesures conservatoires de sa propre initiative	Article L. 464-1 alinéas 1 et 2 du code de commerce
	Faculté d'imposer des mesures correctives de nature structurelle	Article L. 464-2 I alinéa 1 du code de commerce
	Possibilité de modifier ou compléter des engagements acceptés	Article L. 462 I alinéas 1 et 2 du code de commerce

3. La multiplication des pouvoirs de l'ADLC – Illustrations avec la transposition de la directive ECN+ *(par un décret n°2021-568 du 10 mai 2021 relatif à la procédure de clémence et par une ordonnance n°2021-649 du 26 mai 2021.)*

Modifications apportées lors de la transposition de la directive ECN+		
Domaines	Modifications apportées	Dispositions modifiées
Renforcement de la coopération entre les ANC	Autorisation d'assistance par des agents lors d'investigations au nom et pour le compte d'une ANC d'un autre Etat membre de l'UE	Article L. 450-1, I alinéa 3 du code de commerce
	Information d'une décision de non-lieu	Article L. 450-1, I alinéa 3 du code de commerce
	Echanges avec les ANC dans l'établissement d'un refus de se soumettre aux mesures d'enquête et décisions prises par une ANC	Article L. 462-9-1, I du code de commerce
	Assistance dans la notification d'actes	Articles L. 462-9-1, III et IV du code de commerce
	Assistance dans l'exécution des décisions infligeant une sanction pécuniaire ou une astreinte adoptée en application des articles 101 et 102 du TFUE	Article L. 462-9-1, V du code de commerce
	Transmission à une ANC d'une déclaration effectuée pour obtenir le bénéfice d'une procédure de clémence	Article L. 464-9-1, VI du code de commerce

3. Utilisation des pouvoirs d'enquêtes en droit de la concurrence – Rappels

Trois types d'enquêtes en France sont possibles (*la Commission européenne dispose également de droits similaires s'agissant des deux premières*) :

- l'enquête « simple » : **article L.450-3 du code de commerce**
- l'enquête « lourde » : **article L.450-4 du code de commerce**
- l'enquête « pénale » : **article 40 du code de procédure pénale**

Principale différence : l'**enquête lourde** suppose une **autorisation judiciaire** préalable (il s'agit d'une véritable perquisition).

Le choix des autorités compétentes est **discrétionnaire**.

Les deux enquêtes ne sont pas exclusives l'une de l'autre : la mise en œuvre d'une enquête simple peut déboucher sur une enquête lourde et inversement.

3. Utilisation des pouvoirs d'enquête lourde en droit de la concurrence

ADLC

Elle effectue en moyenne **4-5 par an** (50 OVS entre 2009 et 2019), selon l'annexe au rapport annuel 2022 de l'ADLC

Tableau 9 : Opérations de visite et saisie (article L. 450-4)

2016	4
2017	3
2018	5
2019	8
2020	1
2021	4
2022	5

Commission Européenne

Elle en effectue en moyenne **4 par an** (avec au moins 9 enquêtes diligentées entre novembre 2021 et avril 2023).

Selon Margrethe Vestager (vice-présidente de la CE) dans un discours du 22 octobre 2021 précisait que ce n'était :

« que le début d'une série de dawn raids [prévus] pour les mois à venir » dans les pays de l'Union Européenne.

4. Aperçu des risques : économiques, réputationnels...

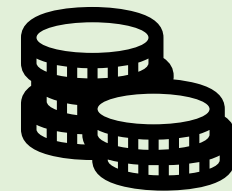
Facilité d'enclenchement des enquêtes en droit de la concurrence

Il suffit d'une :

- ✓ Dénonciation d'un tiers (Client, concurrent, fournisseur, etc...); corroborée par d'autres éléments.
- ✓ Suspicion de l'ADLC;
- ✓ Suite à une procédure de clémence.

L'ADLC choisit **de manière discrétionnaire** le type d'enquête (simple ou lourde) qu'elle souhaite mettre en œuvre. Des enquêtes simples qui s'apparentent de plus en plus à des enquêtes lourdes (cas français)

Sanctions en cas d'obstruction à l'enquête (et risques d'amende élevée en cas de condamnation).



Exemple en cas d'obstruction :

- **Sanction pénale: 2 ans d'emprisonnement et 300 000€ d'amende**
- **Sanction administrative : 1% du chiffre d'affaires mondial HT le plus élevé**

En 2017, l'Autorité de la concurrence a sanctionné une société à hauteur de 30 millions d'euros **pour obstruction**, soit 0,3 % de son CA mondial total (ADLC, Déc., n°17-D-27),

Risques réputationnels



RISQUE INTERNE → Auprès des salariés, syndicats...

RISQUE EXTERNE → Auprès de la clientèle, des investisseurs, de la presse ...

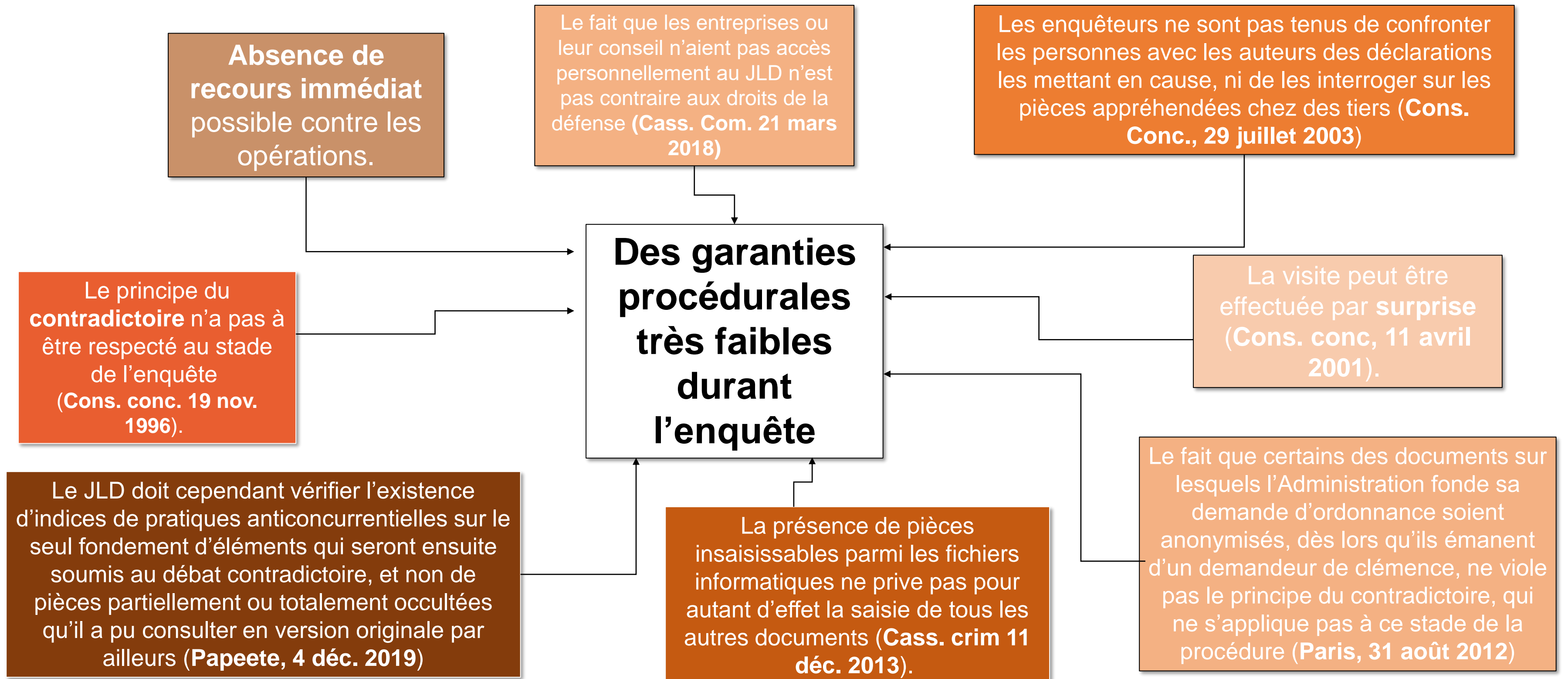
Exemple de publication d'un communiqué par l'Autorité de la concurrence (12 mai 2023)

Les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ont procédé hier, après autorisation d'un juge des libertés et de la détention, à des opérations de visite et saisie inopinées auprès d'entreprises suspectées d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans les secteurs du transport ferroviaire de voyageurs, de la distribution de services et produits d'agence de voyages et des systèmes et outils numériques de mobilité.

A ce stade, ces interventions ne préjugent bien évidemment pas de la culpabilité des entreprises concernées par les pratiques présumées, que seule une instruction au fond permettra le cas échéant d'établir.

L'Autorité de la concurrence ne fera aucun autre commentaire ni sur l'identité des entreprises visitées ni sur les pratiques visées

4. Aperçu des risques – De faibles garanties durant l'enquête lourde



I. Avant une opération de visites et saisies

- A. L'information et la formation
- B. L'anticipation
- C. L'importance du legal privilege
- D. Les particularités des procédures pénales
- E. Récapitulatif

01

I. Avant une opération de visites et saisies

A. L'information et la formation

01

A. L'information et la formation – Les fondements du programme de conformité

Informer & Former

- Corpus documentaire :**
 - Politiques, procédures et fiches pratiques
 - Les enjeux d'une documentation accessible

- Formations au droit de la concurrence :**
 - Dans les grandes entreprises > e-learning
 - Dans toutes les entreprises > ateliers
 - Quels thèmes (analyse par les risques)
 - Quels formateurs (réseau et compétences)
 - Quels publics

- Systeme d'alerte efficace et qui inspire la confiance :**
libération de la parole sur tous les enjeux



Former aux OVS (spécifiquement)

- Former l'accueil / la réception** (fiche pratique)
- Former les dirigeants** (impacts communication)
- Former les collaborateurs** (gestion du stress)
- Former les juristes internes** (gestion des risques)

A. L'information et la formation – Audits internes surprise ou « mock dawn raids »

A distinguer de

- L'audit par le département d'audit interne
- L'audit « collaboratif »

Formation en format « grandeur nature » :

- Une formation qui prend la forme d'une visite des autorités
- Cabinet d'avocat intervient
- Récupération de données (PC, téléphones) et revue documentaire (mots clés)
- Entretiens de personnes clés + savoir répondre aux demandes d'information
- Restitution au service juridique et au business concerné

Les enjeux :

- Difficultés d'exécution (modes de travail post-COVID, défis organisationnels)
- La culture d'entreprise: communiquer sur ce pan du programme de conformité
- Consentement, données personnelles, droit du travail
- Ressources
- Préservation de la preuve
- Quelles suites (plans d'actions, partage d'expérience, mesures correctives internes comme externes)

I. Avant une opération de visites et saisies

B. L'anticipation

01

B. L'anticipation - L'utilité d'un programme de conformité

C. Faciliter la détection des infractions pour se mettre en conformité

14. La double fonction des programmes de conformité est de diffuser une culture de respect des règles et de faciliter la détection des infractions à ces règles lorsqu'elles adviennent. C'est ainsi que les programmes de conformité permettent d'assurer non seulement le respect des règles mais également la mise en conformité aux règles en cas de manquement constaté.
15. La détection est essentielle car elle va permettre à l'entreprise ou l'association d'entreprises d'identifier les faits potentiellement contraires au droit de la concurrence. C'est au regard de l'analyse des faits, et des textes juridiques applicables, que l'entreprise sera en mesure de décider de la réponse à apporter afin de se mettre en conformité.
16. Les règles de concurrence offrent aux entreprises et associations d'entreprises le choix, selon les circonstances de l'espèce, entre différentes options afin de se mettre en conformité. Le recours aux procédures de transaction et de clémence, qui ont déjà été citées, constitue un exemple de réponses possibles.

B. L'anticipation - L'utilité d'un programme de conformité

Permet de détecter plus tôt les pratiques anticoncurrentielles et :

- D'adopter le comportement** adapté pour remédier à ces comportements.
- Permet une auto-régulation des entreprises**, qui peuvent par elles-mêmes promouvoir le respect des règles de concurrence.
- Une détection anticipée de comportements** anticoncurrentiels permet de recourir à **la clémence par exemple**.



L'autorité a plusieurs fois souligné que **le programme de conformité**, s'il a vocation à éviter les comportements illicites comme les pratiques anticoncurrentielles, **n'a pas vocation à justifier d'une atténuation des sanctions encourues**.

(ADLC, 18 octobre 2017, n°17-D-20, aff. Revêtements de sols résilients, § 464).

B. L'anticipation - Les audits

Les audits de concurrence interne

- **Audit « simple » (a minima)**
 - ✓ **Entretien avec certaines personnes stratégiques** (directeur des ventes, directeur commercial, directeur des opérations ...)
 - ✓ Demande de consultations de documents dans le cadre/et ou à la suite de l'entretien.
- **Audit « lourd »**
 - ✓ Interview des **salariés / dirigeants** susceptibles de disposer d'informations concernant des faits litigieux ;
 - ✓ **Investigations complémentaires approfondies :**
 - Demande de documents ;
 - Analyse des ordinateurs et messageries électroniques (**audit informatique**).

B. L'anticipation - Les audits

Les audits de concurrence interne

Audit informatique :

- ✓ Recours à des outils informatiques proches de ceux des autorités de concurrence (ADLC et Commission).
- ✓ Assistance possible de sociétés spécialisées dans les audits informatiques (implique la copie intégrale du contenu des ordinateurs et messageries électroniques, mise à disposition pour une durée déterminée).
- ✓ Filtre des documents :
 - Par mots-clés : définis en commun par le cabinet et le service juridiques de l'entreprise.
 - Dans le temps : correspondant généralement au délai de prescription.
 - Usage possible d'outil d'intelligence artificielle.

B. L'anticipation - Les audits

Les audits de concurrence interne

Précaution à prendre :

▪ Précautions en droit du travail

- Information préalable des salariés ;
- Règles relatives aux procédures consultatives des instances représentatives du personnel : consultation du comité d'entreprise, du CHSCT, des délégués d'entreprise...
- Respect de la vie privée du salarié : évolution de la jurisprudence à prendre en compte.

▪ Précaution de RGPD

- Loi relative à l'informatique, aux fichiers et à la vie privée du 6 janvier 1978, à l'égard des salariés de l'entreprise.
- Déclaration préalable à la CNIL en cas de traitement de données à caractère personnel, sauf désignation d'un correspondant informatique et libertés (CIL) au sein de l'entreprise ;
- Consultation du CIL préalablement à la mise en œuvre des traitements automatisés mis en place après sa désignation.

▪ Autres précautions

- Mesure extrême à n'utiliser qu'en situation de crise (ex. suspicion de pratiques anticoncurrentielles, perquisition concurrence) :
 - Outil intrusif, générateur de tensions dans l'entreprise.
 - Outil coûteux :
 - Intervention d'une société spécialisée dans les audits informatiques et des avocats (sauf si investigation réalisée en interne) ;
 - Tri des documents ;
 - Analyse des résultats

B. L'anticipation - Définir et connaître la procédure de management de crise

Former et sensibiliser tous les membres de l'entreprise

- **La direction, le service juridique et les salariés occupant une fonction stratégique** au sein de l'entreprise recevront la formation nécessaire en droit de la concurrence afin de connaître les pouvoirs des autorités nationales et européennes et les règles qu'elles appliquent. Ils seront ainsi formés sur le déroulement des enquêtes lourdes pour connaître leurs droits et obligations.
- L'entreprise a tout intérêt à simuler « à froid » une opération de visites et de saisies, si possible en présence d'un avocat spécialisé et expérimenté.
- Les agents d'accueils, les services informatiques et autres **employés de première ligne** seront également **formés et sensibilisés**.



Les formations dispensées permettront une **actualisation des connaissances** des membres de l'entreprise, notamment au regard de l'état du droit et de la jurisprudence, sur les enjeux de confidentialité (juridique, secret des affaires...)

B. L'anticipation - Définir et connaître la procédure de management de crise

Définir un process clair et précis en cas d'inspection

- Contenu et distribution de **fiches et livrets pratiques** pour les différents services (et notamment à l'accueil).
- Désignation d'un responsable qui recevra le PV de notification.
- Désignation de suppléants pour suivre les équipes d'inspecteurs.
- Prévenir les dirigeants et/ou les juristes présents.
- Avertir les conseils extérieurs.

I. Avant une opération de visites et saisies

C. L'importance du legal privilege

01

C. L'importance du legal privilege – Éléments de contexte

- Profession de JE reconnue par art. 58 loi 31/12/1971 (modifiée par loi 31/12/1990), portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. On estime aujourd'hui à 20 000 le nombre de juristes d'entreprise en France
- Legal privilege (système common law) vs. « secret professionnel » (pays de droit civil) >> en France, pas d'extension du secret professionnel aux juristes d'entreprise. Idem procédures EU droit de la concurrence (en raison principalement du manque structurel d'indépendance du JE > *CJUE Akzo Nobel, 14/09/2010*)
- Evolutions depuis 10 ans: Logique de responsabilité accrue de l'entreprise (RSE) + « choc de compliance » + affaires USA ayant touché des entreprises françaises (BNP Paribas) >> rôle crucial du JE pour accompagner l'entreprise et fournir les garanties aux individus
- Les enjeux:
 - Opposition historique de avocats >> évolution (le secret des avocats étant aussi érodé)
 - Equilibre délicat entre mission du JE de gestion (proactive) du risque juridique et éviter l'auto-incrimination
- Un véritable tournant cet été (sur fondements de compliance + enjeux souveraineté)
- Le diable sera dans les détails: protection *in rem consacrée*, mais mise en œuvre complexe sans une référence au statut des JE

C. L'importance du legal privilege – Le régime à venir - LOPMJ (2023-2027)

- Article 19 Loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 consacre le principe de la confidentialité des consultations juridiques
- Il modifie l'article 11 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 (modifiée par la loi du 31 décembre 1990) portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques
- A venir: validation par le Conseil constitutionnel + adoption d'un décret en Conseil d'Etat

II. – Après l'article 58 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 précitée, il est inséré un article 58-1 ainsi rédigé :

« Art. 58-1. – I. – Les consultations juridiques rédigées par un juriste d'entreprise ou, à sa demande et sous son contrôle, par un membre de son équipe placé sous son autorité, au profit de son employeur, sont confidentielles.

« II. – Pour être couvertes par la confidentialité prévue au I, les consultations juridiques doivent satisfaire les conditions suivantes :

« 1° Le juriste d'entreprise ou le membre de son équipe placé sous son autorité est titulaire d'un master en droit ou d'un diplôme équivalent français ou étranger ;

« 2° Le juriste d'entreprise justifie du suivi de formations initiale et continue en déontologie.

« Ces formations sont conformes à un référentiel défini par arrêté conjoint du ministre de la justice et du ministre chargé de l'économie, sur proposition d'une commission dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par décret ;

Principe : *confidentialité des « consultations juridiques » faites au profit « de l'employeur »*

Conditions (1/2)

- Juriste d'entreprise = mission principale (non accessoire)
- Niveau de formation (master) +
- Déontologie (formation initiale et continue, à définir en décret) > Code de déontologie + Corpus explicatif (AFJE+CM+ANJB)

Questions

- Mise en œuvre des formations, certification, sanction
- Quid d'un organisme de régulation (profession non (encore) réglementée)

C. L'importance du legal privilege – Le régime à venir (suite)

« 3° Ces consultations sont destinées **exclusivement au représentant légal**, à son délégataire, à tout autre organe de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise qui l'emploie, à toute entité ayant à émettre des avis auxdits organes, aux organes de direction, d'administration ou de surveillance de l'entreprise qui, le cas échéant, contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce l'entreprise **qui emploie le juriste** d'entreprise ainsi qu'aux organes de direction, d'administration ou de surveillance **des filiales contrôlées**, au sens du même article L. 233-3, par l'entreprise qui emploie le juriste d'entreprise ;

« 4° Ces consultations portent la mention "**confidentiel – consultation juridique – juriste d'entreprise**" et font l'objet, à ce titre, d'une **identification et d'une traçabilité particulières** dans les dossiers de l'entreprise et, le cas échéant, dans les dossiers de l'entreprise membre du groupe qui est destinataire desdites consultations.

Conditions (2/2)

- Destinataires de la consultation = cercle restreint
- Notion de groupe consacrée
- Protection « in rem » >> Condition de forme (sanctionnée en cas d'abus)
- Identification / traçabilité > « audit trail »

C. L'importance du legal privilege – Le régime à venir (suite)

« III. – Les documents couverts par la confidentialité en application du présent article ne peuvent, dans le cadre d'une procédure ou d'un litige en matière civile, commerciale ou administrative, faire l'objet d'une saisie ou d'une obligation de remise à un tiers, y compris à une autorité administrative française ou étrangère. Dans ce même cadre, ils ne peuvent davantage être opposés à l'entreprise qui emploie le juriste d'entreprise ou aux entreprises du groupe auquel elle appartient.

« La confidentialité n'est pas opposable dans le cadre d'une procédure pénale ou fiscale.

Champ d'application

- Civil, commercial, *administratif*
- Pas saisissable par un tiers ou une *AAI (française ou étrangère)*, pas opposable à l'entreprise
- *Pénal et fiscal*: art. 19 pas applicable

Questions

- Validité au regard du droit européen notamment en droit de la concurrence? (*JP CJUE Akzo Nobel 14 sept. 2010*)
- Quid lorsque recours à art. 40CPP par une AAI

... Une affaire à suivre ...

I. Avant une opération de visites et saisies

D. Les particularités des procédures pénales

01

D. Les particularités de la procédure pénale – Le contexte

- ❑ L'Autorité de la concurrence a fait part de son **intérêt pour l'utilisation de la procédure pénale.**

(Fin 2018, déclaration du rapporteur général de l'ADLC mettant en avant les avantages de l'utilisation de l'article 40 du code de procédure pénale.)

- ❑ Plusieurs entreprises ont fait l'objet de perquisitions et saisies en application de la procédure pénale récemment.
- ❑ **Plusieurs affaires ont une origine pénale** : l'affaire des marchés publics d'Ile de-France en 2006 ou celle de la signalisation routière en 2010.



Article 40 al. 2 du Code de procédure pénale

*"Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, **acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République** et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs."*

- Personnes pouvant saisir le parquet sur le fondement de cette disposition:
 - Rapporteur général
 - Rapporteur général adjoint
 - Rapporteur
- Délit : problème de la notion → Suppose que le délit soit constitué: « *d'acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit* »

D. Les particularités de la procédure pénale – Le contexte

En matière de droit de la concurrence, l'article L.462-6 al.2 du code de commerce indique que **le collège de l'Autorité peut transmettre le dossier au parquet :**

"L'Autorité de la concurrence examine si les pratiques dont elle est saisie entrent dans le champ des articles L. 420-1 à L. 420-2-2 ou L. 420-5, sont contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4.

Elle prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions.

Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, elle adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique. »

D. Les particularités de la procédure pénale – Le contexte

L'article L.420-6 du code de commerce vise un cas très précis :

*"Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, **pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2.***

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

Les actes interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique. »



En 2018, le rapporteur général de l'ADLC a signalé, pour la première fois, au Procureur de la République sur ce fondement, des pratiques d'ententes, sans que l'ADLC n'ait au préalable enquêté.

D. Les particularités de la procédure pénale – Le contexte

Cet article a rarement été appliqué puisque'il nécessite de prouver que la participation de son auteur ait respecté les 3 critères suivants:

- Personnelle**: par exemple dans la mise en œuvre de l'entente orientant, dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés publics, l'une des entreprises vers l'organisateur de l'entente, et en acceptant divers avantages accordés en exécution d'une part de corruption.
- Déterminante**: incidence causale sur la décision.
- Frauduleuse** : tout acte de mauvaise foi ou de tromperie d'une personne à une infraction de concurrence (**Cass crim. 19 dec. 2018, n°18-82.746**)

L'application de ce texte est prévue pour les personnes physiques mais la doctrine est divisée sur son application aux personnes morales.

D. Les particularités de la procédure pénale - L'importance de connaître le fonctionnement des investigations pénales en amont

Bien que le recours aux investigations pénales en droit de la concurrence ne soit pas fréquent, il est important de s'y préparer au mieux. Il faut ainsi connaître **les particularités de la procédure pénale (laquelle peut être particulièrement intrusive)**.

Investigation pénale
Absence d'autorisation du JLD
Absence de l'avocat au cours des perquisitions pénales
Absence d'assistance d'un avocat lors des auditions de témoins
Impossibilité d'obtenir les pièces saisies
Absence d'organisation de la protection du secret des affaires
Conception très restrictive de la protection des correspondances avocats-clients en matière pénale
Absence de recours contre le déroulement de la perquisition tant que l'entreprise n'est pas sous le statut de mis en examen ou de témoin assisté

D. Les particularités de la procédure pénale - L'importance de connaître le fonctionnement des investigations pénales en amont

1. En cas de perquisition pénale, toute la procédure de requête motivée auprès du JLD et d'autorisation du JLD ne s'applique pas.
2. De même, il n'existe aucun recours immédiat similaire à ceux existant en cas d'enquête administrative lourde contre la régularité de l'ordonnance et son déroulement.
3. Puis, la présence des avocats n'est pas prévue en cas de perquisition pénale alors qu'elle est de droit en cas d'enquête administrative lourde dès la notification de l'ordonnance sans que les enquêteurs ne puissent retarder l'appel aux avocats. *On comprend donc la préférence des enquêteurs pour les perquisitions pénales.*
4. L'ADLC a la possibilité de demander la **communication des pièces obtenues dans le cadre de l'enquête pénale** (Article L. 463-5 du code de commerce). Le magistrat apprécie les pièces du dossier d'instruction ayant un lien direct avec les faits dont est saisie l'ADLC à transmettre à l'Autorité (Cass. Com., 15 janvier 2008, n°07-11.677).
5. Pour la Cour de cassation, le fait que l'ADLC ait accès aux PV, rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale **ne porte pas atteinte aux droits de la défense** dès lors que les entreprises mises en cause peuvent en **débattre contradictoirement** après la notification des griefs (Cass, Com. 13 octobre 2009 n°08-17.269).

D. Les particularités de la procédure pénale - L'importance de connaître le fonctionnement des investigations pénales en amont

→ Une procédure qui porte atteinte aux droits de la défense

Les autorités d'enquête pénale ont des **pouvoirs quasiment illimités** :

- interceptions téléphoniques,
- vidéo-surveillance,
- garde à vue.

L'assistance d'un avocat n'est pas un droit lors d'une perquisition (contrairement aux enquêtes administratives de concurrence lourdes et simples) (Cass. Crim., 3 avril 2013, 12-88.428).

→ Atteinte au droit à un recours

Pas de voie de recours immédiate avant la fin de l'instruction

La chambre de l'instruction peut être saisie d'un recours en nullité **lorsqu'une information judiciaire est ouverte** (article 170 du Code de procédure pénale) ou une **mise en examen prononcée**.

→ Cela peut prendre des mois ou des années

La requête doit être présentée dans un **délai de 6 mois** à compter du dernier acte de la procédure (article 173-1 du Code de procédure pénale) et doit présenter tous les moyens de nullité connus au moment du dépôt de la requête.

Dans l'hypothèse où l'Autorité de la Concurrence rend une décision, il sera possible de contester par un recours la valeur probante des pièces collectées au cours de la perquisition.

E. Récapitulatif

Ce qu'il faut retenir pour être au mieux préparé à une OVS

- Développer / cultiver une forte culture de conformité au sein de l'entreprise (formations, contrôles, système d'alerte) >> les collaborateurs doivent être familiers des enjeux, sur le fond comme sur la forme
- Management de crise:
 - Former toutes les personnes concernées (ca commence à la réception!!)
 - Etre capable de réagir au mieux >> capital pour la suite de la procédure
- Connaitre ses vulnérabilités, les traiter
- Comprendre les enjeux de procédure, notamment protection des avis juridiques, enjeux liés à la procédure pénale

II. Durant l'opération

- A. Ce qu'il faut savoir
- B. DO & DONT'S
- C. Les principales zones de conflits et de risques
- D. Les particularités des procédures pénales
- E. Récapitulatif

02

II. Durant l'opération

A. Ce qu'il faut savoir

A. Ce qu'il faut savoir – Notions

- Fondement : Article L. 450-4 du code de commerce
- Aussi appelée : **l'inspection sur autorisation judiciaire** ou **l'opération de visites et saisies (OVS)**
- Champ d'intervention : totalité des pratiques anticoncurrentielles – ententes, abus de position dominante, abus de dépendance économique, contrôle des concentrations (plus rare).
- Peut intervenir sur délégation de la Commission européenne ou d'une autorité nationale de la concurrence membre de l'Union.
- Difficultés : quelle est l'étendue des droits des enquêteurs et quelles sont les obligations de l'entreprise faisant l'objet d'un OVS ?

A. Ce qu'il faut savoir – Notions

- Il s'agit des inspections réalisées par les agents de l'ADLC ou la DGCCRF sur autorisation judiciaire préalable du Juge des libertés et de la détention (JLD).
- L'inspection est **inopinée**.
- L'inspection commence généralement tôt le matin (**à partir de 6h**) et dure généralement **une journée entière**.
 - La poursuite d'investigations, commencées à 10 heures du matin, sans interruption jusqu'aux environs de 15 heures (incluant l'heure du déjeuner pendant laquelle l'entreprise est fermée au public), ne traduit aucun excès de pouvoir. (CA, Paris , 27 janvier 2011, n°2010-04297)
 - L'article L. 450-4 du Code de commerce ne fixe pas de limite temporelle à la durée des opérations de visite et saisie mais exige seulement qu'elles débutent entre 6 heures et 21 heures. (CA, Paris, 19 avril 2017, n°16-18055).
- Dans la pratique cependant, les inspections commencent **vers 9 heures** pour s'assurer de la présence d'un minimum de personnes dans les locaux.
- Les agents sont généralement nombreux et **accompagnés d'officiers de police judiciaire (OPJ)**.
- L'inspection a généralement lieu de manière simultanée dans plusieurs locaux (autres sites de l'entreprise et/ou locaux de plusieurs concurrents, fournisseurs et/ou clients).

A. Ce qu'il faut savoir - Facilité d'enclenchement des enquêtes lourdes en droit de la concurrence

Il suffit d'une :

- ✓ Dénonciation d'un tiers (Client, concurrent, fournisseur, etc...); corroborée par d'autres éléments.
- ✓ Suspicion de l'ADLC;
- ✓ Suite à une procédure de clémence.



La demande d'enquête formée par la Commission, le ministre de l'Economie ou le rapporteur général de l'ADLC doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

Toutefois, lorsque la demande porte sur des infractions en train de se commettre, elle peut ne contenir que des éléments permettant de présumer l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

L'Administration n'est pas tenue de soumettre au juge l'intégralité des documents dont elle dispose, a fortiori, lorsqu'il n'est pas établi qu'elle a caché des éléments à décharge. Les éléments doivent avoir une origine licite.

A. Ce qu'il faut savoir- Facilité d'enclenchement des enquêtes lourdes en droit de la concurrence

- ❖ Avant de délivrer l'autorisation de procéder aux perquisitions, le juge vérifie le bien fondé de la demande d'autorisation judiciaire. Il se prononce au vu des éléments d'information que l'Administration lui a fournis.
- ❖ Le contrôle judiciaire du bien-fondé des ordonnances d'autorisation est souvent ténu. Une présentation des faits qui apparait plausible peut suffire à justifier une demande d'autorisation judiciaire de visite et saisie.
- ❖ L'ADLC choisit **de manière discrétionnaire** le type d'enquête qu'elle souhaite mettre en œuvre: enquête simple (450-3 du code de commerce), **enquête lourde (L. 450-4 du code de commerce)**.
- ❖ Ainsi, la jurisprudence a tendance à admettre largement le recours aux enquêtes lourdes **même lorsque les entreprises font valoir que des moyens moins attentatoires aux libertés offerts par l'enquête simple auraient suffi.** (Versailles, 28 nov. 2019; Bordeaux, 28 janv. 2020).
- ❖ Aucune disposition législative ou réglementaire ne leur impose de justifier leur décision d'engager une procédure d'enquête.

A. Ce qu'il faut savoir - L'enquête lourde - Comment ça marche?

	FRANCE
Document présenté	✓ Ordonnance judiciaire du JLD
Horaires	✓ Commence entre 6h et 21h, mais peut se poursuivre au-delà. (Paris, 19 avril 2017, 16-18055 : le fait que les opérations se soient poursuivies sans interruption pendant 22 heures ne porte pas atteinte au principe de proportionnalité dès lors que les représentants de l'occupant des lieux ont pu se faire remplacer et se relayer.)
Qui mène l'enquête?	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Services habilités de l'ADLC ou de la DGCCRF ✓ Assistance obligatoire d'un OPJ ✓ Présence obligatoire de l'occupant/représentant des lieux ✓ Possibilité d'intervention du JLD
Caractère obligatoire	✓ Obligation de se soumettre à l'enquête et possibilité de fouille partout (bureau, dossier, ordinateur, téléphones...)
Où peut se passer l'enquête?	✓ Locaux professionnels et personnels (domicile, voiture, ...) visés par l'ordonnance judiciaire.
Que peuvent faire les inspecteurs?	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Droit de consulter et de saisir sur l'ensemble des documents se rapportant à l'objet de l'enquête. ✓ Droit de consulter, de faire des copies intégrales voire de saisir tous les outils informatiques (ordinateurs individuels, messagerie, téléphones professionnels et autre). ✓ Droit d'apposer des scellés. ✓ Droit de poser des questions concernant des documents spécifiques. ✓ Droit de rencontrer certaines personnes.

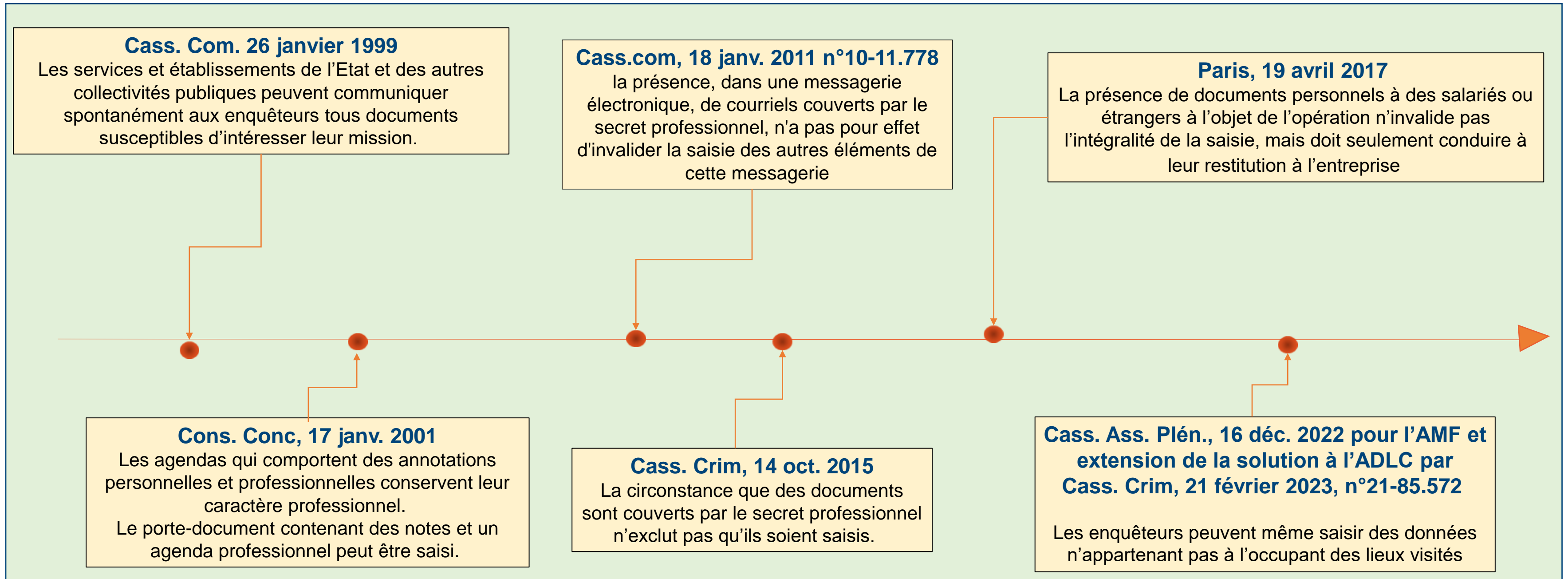
A. Ce qu'il faut savoir - L'enquête lourde - Comment ça marche?

	UNION EUROPEENNE
Document présenté	✓ Démarche de la Commission sur présentation d'une décision formelle (parfois accompagnée d'une ordonnance judiciaire du JLD destinée à contraindre l'entreprise)
Horaires	➤ Entre 6h et 21h , mais peut se poursuivre au-delà.
Personnes présentes	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Services habilités de la Commission. ✓ Accompagnés d'agents de l'ADLC ou de la DGCCRF. ✓ Présence d'un OPJ en cas de refus de se soumettre à l'enquête.
Caractère obligatoire	✓ Obligation de se soumettre à l'enquête mais absence de fouille (qui peut toutefois être contournée)
Accès	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Locaux professionnels et mixtes visés par la décision d'inspection ✓ Visites d'autres locaux (domicile par exemple) subordonnées à une autorisation judiciaire.
Saisie	✓ Droit de saisie sur l'ensemble des documents se rapportant à l'objet de l'enquête
Autres droits	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Droit d'apposer des scellés sur des meubles, pièces, comptes de messagerie, etc... ✓ Droit de poser des questions factuelles sur l'objet de l'enquête et des questions ayant trait à la localisation et aux difficultés de lecture des documents.

A. Ce qu'il faut savoir - Les visites

- Le juge peut autoriser des perquisitions et saisies dans tous lieux qu'il estime nécessaire (Cass.com 10 oct. 2000 n°99-30.087)
- 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 (Paris, 6 janvier 2016, 13-24472 ; Versailles, 28 novembre 2019, 6414-17, 6417-17, 6416-17, 6415-17).
- Les visites et saisies peuvent avoir lieu dans les locaux de l'entreprise à laquelle la société présumée en infraction a apporté ses actifs (Cass. com 1er juin 1999 n°98-30.010).
- Les enquêteurs qui peuvent accéder à tout moyen de transport à usage professionnel, ne commettent pas d'irrégularité en se faisant ouvrir les **véhicules**, pour partie à usage professionnel (Paris, 25 mars 2008 n°2007-04789).
- En principe, la visite est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. En pratique, la jurisprudence a précisé qu'il n'était nullement imposé la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer, ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise.

A. Ce qu'il faut savoir – La saisie



A. Ce qu'il faut savoir – La saisie



A retenir:

- La **saisie irrégulière** de certains fichiers ou documents est sans effet sur la validité de l'ensemble des opérations de visite et des autres saisies.

(Cass. Crim, 20 décembre, 2017 n°16-83.468, F-D sté Apple France et Cass. Crim, 20 décembre 2017 n°16-83.469, Sté tech data France.)

A. Ce qu'il faut savoir – La saisie

Focus : l'étendue des saisies et le respect de la vie privée – Tribunal général de l'UE, Meta , affaire n° T-451/20 du 24 mai 2023

- ❖ Le Tribunal était amené, pour la première fois, à se prononcer sur la **légalité d'une demande de renseignements effectuée par mots-clés**, ainsi que sur la **légalité de la procédure de salle de données virtuelle pour le traitement de documents contenant des données à caractère personnel sensibles**.
- ❖ Le Tribunal a considéré que Meta **n'était pas parvenu à démontrer que la demande de la Commission** (fondée sur l'article 18, § 3, du règlement n° 1/2003), **allait au-delà de ce qui était nécessaire** et que la **protection de données à caractère personnel sensibles n'était pas suffisamment assurée par la mise en place d'une salle de données virtuelle**.
- ❖ META a fait valoir que la Commission, en exigeant la production de nombreux documents privés et dénués de pertinence, **aurait violé le droit au respect de la vie privée**:
 - Or, le Tribunal indique que dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations peuvent être apportées à ce principe, uniquement si elles sont **nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui** (§182).
 - Le Tribunal a confirmé le fait qu'une demande de renseignements (au titre de l'article 18, § 3, du règlement n° 1/2003) constitue une **mesure appropriée pour atteindre les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Commission** (Aff. T-451/20, pt. 202), à savoir le **maintien du régime concurrentiel voulu par les traités**(§197)
 - Le Tribunal a également, après avoir détaillé les modalités de la procédure de la salle de données virtuelles, considéré **que cette procédure n'excédait pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt général poursuivi** (concourir au maintien du régime concurrentiel voulu par les traités), dont le respect s'impose impérativement aux entreprises (§219) et a indiqué que **les inconvénients de cette procédure n'étaient pas non plus démesurés par rapport aux buts visés** (§218).

→Le Tribunal rejette donc le moyen tiré d'une violation du droit au respect de la vie privée.

A. Ce qu'il faut savoir – La saisie



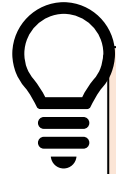
Focus : l'étendue des saisies, et la protection de la vie privée

L'article 18, §3 du Règlement 1/2003 confère à la Commission Européenne, le pouvoir de demander des informations aux entreprises en cas d'enquête pour pratiques anticoncurrentielles.

Ces questions, sous la forme d'un document nommé RFI (request for information, RFI), sont **limitées aux informations nécessaires dans le cadre de l'enquête en question.**

T 39/90, SEP v. Commission ; T-34/93 Société générale v. Commission ; et C-267/14 Buzzi Unicem SpA v. Commission

A. Ce qu'il faut savoir – La saisie



Focus : Le caractère insécable des messageries électroniques (et la restitution a posteriori des documents)

(Cass. Crim, 12 déc. 2007, n°06-81.907 et Cass. Crim, 20 mai 2009, n°07-86.437).

- « les enquêteurs peuvent saisir [...] **tous supports d'information** en rapport avec les agissements prohibés visés par l'autorisation judiciaire ».
- « **l'administration n'a pas à individualiser, sur place, les seuls messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire** »,

→ **Même si les données saisies contiennent des éléments couverts par le secret des correspondances avocat/client, ou des éléments ne se rattachant pas à l'objet des visites autorisées.**

→ Le caractère insécable des messages ressort de l'ensemble de la jurisprudence, laquelle a pu préciser que les messages pouvaient être:

« **saisis globalement pour en respecter l'origine, l'authenticité et l'intégrité, en raison de contraintes techniques** »

(Cass. Crim., 8 mars 2017, n°15-87.011).

Vs

En droit européen : La sélection préalable des documents utiles à l'enquête

« Si la sélection des documents utiles à l'enquête n'est pas encore terminée à la fin envisagée de l'inspection sur place dans les locaux de l'entreprise, une copie des données restant à examiner peut être recueillie en vue de poursuivre ultérieurement l'inspection. **Cette copie sera sécurisée par une mise sous enveloppe scellée. L'entreprise peut en demander un double.**

La Commission invitera l'entreprise à être présente lors l'ouverture de l'enveloppe scellée et de la poursuite de la procédure d'inspection dans les locaux de la Commission. Elle peut aussi décider de restituer l'enveloppe scellée à l'entreprise sans l'ouvrir. La Commission peut également demander à l'entreprise de conserver l'enveloppe scellée dans un endroit sûr pour lui permettre de poursuivre son travail de recherche dans les locaux de l'entreprise au cours d'une nouvelle visite annoncée »

Note explicative concernant les inspections menées par la Commission en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 (§14)

A. Ce qu'il faut savoir – Les scellés

❖ **Première affaire de bris de scellés en droit français** : Aut. Conc., Déc. n° 19-D-09, 22 mai 2019 (confirmée par CA de Paris, 26 mai 2020 n°19/11880 et Cass. Com., 1^{er} déc. 2021) :

Condamnation du groupe Akka technologies à hauteur de **900 000 euros** → 2 griefs :

1°) **Bris de scellés**

L'infraction d'obstruction revêt un **caractère objectif** qui ne nécessite pas la preuve d'un élément intentionnel.

Les actes d'un salarié engagent l'entreprise, qu'il ait agi pour le compte de cette dernière ou à titre individuel.

Le bris de scellés est **punissable même s'il n'a pas empêché les agents enquêteurs de procéder aux opérations de visite et saisie et si aucune preuve de disparition ou de manipulation des preuves** dans le local scellé n'est apportée. (*dans le même sens : Trib. UE, 15 déc. 2010, n T-141/08, E.ON*)

2°) **L'altération du fonctionnement d'une messagerie afin d'en limiter l'accès aux enquêteurs** au cours des investigations, réalise l'infraction d'obstruction (même si les messages détournés leur ont ultérieurement été communiqués).

A. Ce qu'il faut savoir – Les scellés

☛ **Le refus de pose de scellés fermés provisoires est définitif, on ne peut pas y revenir:**

Cour d'Appel Versailles, 28 novembre 2019, n°17/06429.

☛ **La procédure du scellé provisoire ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux et notamment au droit de la défense (elle protège la confidentialité des correspondances avocat-client) :**

Cour d'Appel Versailles, 28 novembre 2019, n°17/06429.

Cass. Crim. 4 mars 2020 n°18-84.071, Renault.

A. Ce qu'il faut savoir – Les scellés

Quelques conseils

- Prendre une photo** du scellé lorsque celui-ci a été posé.
- Prévenir les équipes** (sécurité/nettoyage), de leur présence, et de l'interdiction formelle d'y toucher/ouvrir.
- Si possible, **filmer** les zones dans lesquelles des scellés ont été posés afin de s'assurer de l'absence d'ouverture par des employés, ou faire surveiller ces zones par un membre de la sécurité.

A SAVOIR



Le scellé utilisé par l'Autorité de la concurrence est un **adhésif rouge indécollable** avec l'inscription « **SCELLÉ** » en noir, dénommé Sirchmark, de marque Sirchie.

II. Durant l'opération

B. DO & DONT'S

02

C. Dos & Dents



Do's

- ✓ Coopérer avec les inspecteurs (*en fournissant accès aux systems informatiques, bureau, collaborateurs, et en répondant aux questions*)
- ✓ Assurer qu'une personne accompagne chaque inspecteur à chaque étape (shadower) pour garder la trace de ce qui est fait
- ✓ Comprendre les limites des pouvoirs des inspecteurs. Affirmer, poliment mais fermement:
 - Que les inspecteurs ne peuvent ni revoir ni saisir des éléments **hors du champ de l'ordonnance d'autorisation**, ou qui sont protégés par la **confidentialité** des avis juridiques
 - Les inspecteurs ne peuvent exiger d'une personne qu'elle **s'auto-incrimine**
- ✓ Questionner l'équipe Juridique à tout moment en cas d'incertitude quant à vos droits et obligations



Don'ts

- × Ne pas **obstruer** l'inspection ni **induire en erreur** les inspecteurs
- × Ne pas détruire ni effacer des documents ou données électroniques, incluant des notes vocales, SMS ou autre messagerie instantanée (*les procédures normales de retention / effacement des données doivent être suspendues*)
- × Ne pas fournir d'information ou de documents qui ne vous sont **pas demandés**
- × Ne signer aucun document sans avoir recueilli un **avis juridique au préalable**
- × **Ne communiquer à personne en externe** l'existence de l'inspection. **En interne**, n'en parler qu'avec les membres de l'équipe restreinte

II. Durant l'opération

C. Les principales zones de conflits et de risques

02

C. Les principales zones de conflit et de risque

1. La protection des correspondances avocat/client
2. La conduite à tenir
3. Le contrôle des PV et les réserves
4. La protection et les incidents liés à la confidentialité

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Principe posé par **Cour de Justice dans l'arrêt *Hoechst* de la CJCE en date du 21 sept. 1989, aff C-46/87 et 227/88)**

Rappel du principe du secret des correspondances avocat-client :

- Ce n'est pas un principe absolu.
- En droit européen, bénéficiant de la protection au titre du secret professionnel, à l'égard des enquêteurs européens, non seulement les **échanges avocats-clients *stricto sensu***, mais également les **notes internes** de l'entreprise qui en reprennent le contenu, ou encore les **documents internes préparatoires** élaborés afin de solliciter l'avis juridique d'un avocat extérieur.

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

❖ Limites?

Le principe de libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client **lorsqu'elles sont liées à l'exercice des droits de la défense.**

Exemples: CA Paris, Pôle 5 ch. 15, 10 avril 2019, n° 18-05973

*« le fait de mettre un avocat en copie des échanges intervenant entre les fournisseurs et les entités du groupe E. Leclerc, **sans que ces échanges présentent un lien avec l'exercice des droits de la défense**, n'est pas de nature à interdire leur saisie au titre de la protection accordée au secret des correspondances entre un avocat et son client. »* et

« la protection d'un message au titre du secret des correspondances avocat client suppose que le message concerné intéresse la défense élaborée par une entité et son avocat dans le cadre d'une procédure particulière. », et encore:

*« ne sont couvertes par le secret des correspondances entre un avocat et son client **que les pièces afférentes à l'exercice des droits de la défense des entités visitées, hors le cas d'une participation de l'avocat à la fraude présumée.** »*

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Arrêt récent de la Cour de Cassation, **Cass. Crim, 25 novembre 2020, Au vieux Campeur, n°19-84.304:**

«les correspondances échangées entre le client et son avocat sont, en toutes matières, couvertes par le secret professionnel », mais ces correspondances *« peuvent être saisies dans le cadre d'opération de visite prévues par l'article L. 450-4 **dès lors qu'elles ne concernent pas l'exercice des droits de la défense** »*.

→ Autrement dit, **seules les correspondances concernant l'exercice des droits de la défense sont insaisissables.**

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Conséquences:

Des correspondances entre l'avocat et son client qui sont saisies au cours d'une inspection, ne doivent être restituées à l'entreprise que si celle-ci établit que ces pièces sont en lien avec l'exercice des droits de la défense (Cass, Crim., 25 novembre 2020, n°19-84.304).

Lorsque les saisies litigieuses ont bien porté atteinte aux droits de la défense, **l'annulation est limitée à ces seules saisies sans affecter la validité des opérations.** (Cour d'appel de Paris, 8 novembre 2017, Whirpool France, n°14/13384)

→ Sanction qui ne **dissuade pas** les autorités de prendre connaissance des pièces couvertes par le secret professionnel.

→ Violation **sans sanction effective.**

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Conséquences:

- ❖ Le fait que les enquêteurs aient eu accès à des documents couverts par le legal privilege lors de la saisie globale de messageries électroniques est **sans influence sur la régularité des opérations.**
- ❖ Seule l'utilisation de tels documents est prohibée.
- ❖ Les enquêteurs doivent donc **placer ces données sous scellés** afin que le juge puisse ultérieurement procéder à leur restitution.
- ❖ Les messages électroniques irrégulièrement saisis doivent être restitués sans pour autant porter atteinte à la validité des autres saisies.

C. Les principales zones de conflit et de risque- La protection des correspondances avocat/client

Cass. Crim, 20 janvier 2021, EDF Dalkia, n°19-84.292

La protection des correspondances avocat-client **s'étend à l'ensemble des documents liés à l'exercice des droits de la défense et non aux seules pièces relatives au dossier de concurrence en cause.**

Ce n'est pas au JLD d'en contrôler le caractère saisissable mais au premier président de la Cour d'appel.

C. Les principales zones de conflit et de risque- La protection des correspondances avocat/client

Jurisprudences récentes

- **Cass. crim., 4 janvier 2022, n° 20-83.813** (rendu après CA Versailles 17/06429 du 28 nov. 2019)

« 20. Pour rejeter le recours de la société contre les opérations de visite et saisie, le premier président relève que l'insaisissabilité ne porte que **sur les consultations adressées par un avocat à son client et les correspondances échangées entre eux dans le cadre des droits de la défense, ou en lien avec eux, dans un dossier de concurrence.**

21. C'est à tort que le premier président retient que seuls sont insaisissables les documents qui relèvent de l'exercice des droits de la défense dans un dossier de concurrence, alors que **c'est dans toutes les procédures où un avocat assure la défense de son client qu'est protégé le secret** des correspondances échangées entre eux et qui y sont liées. »

- **Cass. crim., 21 avril 2022, n°20-87.248**

« 22. C'est à tort que le premier président retient que seuls sont insaisissables les documents qui relèvent de l'exercice des droits de la défense dans un dossier de concurrence, alors que c'est **dans toutes les procédures où un avocat assure la défense de son client qu'est protégé le secret** des correspondances échangées entre eux et qui y sont liées. »

(aucune des sociétés n'avait dénoncé une atteinte aux droits de la défense en dehors de la seule procédure concernée).

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

CONSEILS PRATIQUES



- Contrôler les documents consultés par les enquêteurs
 - Contrôler la pertinence des documents demandés/consultés
- Demander le placement sous scellés des documents couverts par le secret professionnel
- Ne pas hésiter à demander des délais de réflexion
 - Vérifier l'inventaire des documents saisis.

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Focus : Le respect du secret des correspondances avocat/client face aux saisies informatiques

- **Cass. crim. 24 avril 2013, 12-80.332, aff. Société Medtronic France :**
En 2013, la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence en affirmant que **le pouvoir de saisir des messageries informatiques des enquêteurs est limité par le secret des correspondances avocats-clients.**

Illustration récente :

- **Cass crim. 26 janvier 2022, n°17-87.359 (§19):**
Au visa des articles 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 et de l'article 450-4 du Code de commerce, la Cour de cassation a retenu que des documents qui n'émanent pas d'un avocat ou qui ne lui sont pas adressés demeurent couverts par le secret professionnel **lorsqu'ils reprennent une stratégie de défense élaborée par ce dernier.**

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Focus : Le respect du secret des correspondances avocat/client face aux saisies informatiques

La CEDH a notamment confirmé en 2017 qu'il était possible de protéger a posteriori le secret des correspondances avocats-clients en raison d'une violation par l'ADLC lors d'une OVS.

La Cour a en effet jugé que les **mécanismes de recours interne étaient suffisants au regard de l'objectif poursuivi par l'ingérence des enquêteurs de l'ADLC.**

De ce fait, le principe de proportionnalité est respecté et la restitution des documents saisis en violation de la protection de la confidentialité des correspondances suffit.

(CEDH du 21 mars 2017, Janssen Cilag SAS contre France, n°33931/12).

C. Les principales zones de conflit et de risque - La protection des correspondances avocat/client

Comment réagir en cas de saisie de documents couverts par le secret de la correspondance avocat / client?

- Principe → le secret des correspondances avocat-client s'applique notamment à toute correspondance, note d'entretien ou de réunion entre l'avocat et son client et à tout courrier entre avocats (Fondement : loi du 31 décembre 1971).
- Les documents les plus sensibles devront faire l'objet d'une demande de traitement confidentiel de manière immédiate, en demandant le retrait de la pièce.
- Si la discussion n'aboutit pas, **la difficulté doit être signalée sur le champ à l'OPJ en demandant que le juge ayant autorisé l'inspection soit immédiatement saisi de la question.**
- En cas de maintien par les enquêteurs de leur intention de saisir le document, demander la mise en place de scellés « fermés ».
- En tout état de cause, il convient **d'inscrire des réserves au procès-verbal** afin d'appuyer une demande de restitution après l'inspection.

C. Les principales zones de conflit et de risque - La conduite à tenir

Les règles d'or

1

Se préparer à une perquisition éventuelle.

L'entreprise devra désigner et former les personnes qui interviendront lors des perquisitions ainsi que l'interlocuteur privilégié des agents de l'administration.

2

Accueillir au mieux les enquêteurs et réagir efficacement

Prévenu par le personnel à l'accueil, l'interlocuteur privilégié recevra les enquêteurs, contrôlera leur carte professionnelle, leur proposera une salle de travail, prendra en note un certain nombre d'informations, et préviendra les personnes préalablement désignées.

3

Prévenir son ou ses avocat(s).

Le responsable désigné dans l'entreprise entrera en contact avec le ou les avocats spécialisés en droit de la concurrence au plus vite, afin qu'il(s) veille(nt) au respect des droits de l'entreprise.

4

Se comporter avec prudence et rigueur lors de la perquisition.

Le responsable et son avocat se feront expliquer avec précision l'objet et le but de l'enquête, et montreront que l'entreprise accepte de coopérer. Ils indiqueront rapidement aux enquêteurs les documents jugés confidentiels et veilleront au bon déroulement des opérations. En outre, il est important de s'assurer que les agents de l'administration soient toujours accompagnés d'un membre de l'entreprise.

C. Les principales zones de conflit et de risque - La conduite à tenir

5

Maitriser les entretiens avec les enquêteurs.

Il convient à ce que les questions entrent dans le champ d'application de l'enquête, et que celles-ci et leurs réponses soient bien retranscrites par l'enquêteur. Les réponses aux questions devront être prudentes et ne jamais devancer les questions.

Principe de non auto-incrimination : s'il est obligatoire de coopérer, il n'est en revanche pas obligatoire pour l'entreprise ou la personne physique interrogée de répondre à des questions qui pourraient l'incriminer et entraîner un aveu de sa violation des règles de concurrence.

6

Contrôler les documents réclamés par les enquêteurs.

Le responsable et son avocat contrôleront la pertinence des documents réclamés et l'inventaire des documents saisis. Ils veilleront également à ce que les correspondances client/avocat couvertes par le secret professionnel ne soient pas saisies ou, au moins, qu'elles soient placées sous scellés.

7

Vérifier attentivement le contenu du procès-verbal.

Le responsable et l'avocat compareront le contenu du procès-verbal aux notes prises en interne. Des réserves pourront également être formulées.

C. Les principales zones de conflit et de risque - La conduite à tenir

Ne pas laisser les agents seuls, éviter de les laisser circuler librement dans l'entreprise.

Eviter de perdre son sang-froid et, dans la panique, refuser l'accès des locaux de l'entreprise aux agents, ou, au contraire, répondre avec empressement aux demandes des enquêteurs et prendre des initiatives avant l'arrivée du responsable

Ne pas tarder à prévenir l'avocat ou l'informer de façon incomplète en ne lui donnant pas très rapidement la copie du document autorisant l'inspection, le nombre d'enquêteurs présents, la nature et l'objet de l'enquête en cours ainsi que son état d'avancement. Laisser un message sur le portable de l'avocat sans être certain qu'il en aura rapidement connaissance.

Ne pas entraver l'action des enquêteurs, leur refuser certains documents ou renseignements, fournir des documents contenant des informations inexacts ou incomplètes. Refuser de donner aux enquêteurs badges, codes, clés, accès aux meubles, aux armoires et au matériel (imprimantes, etc.). Utiliser une boîte mail « interdite » par les enquêteurs

S'assurer de l'exactitude des informations inscrites sur le procès-verbal et de la retranscription fidèle et objective des propos tenus

Emettre des réserves, notamment si les enquêteurs demandent tous les documents présents dans l'entreprise sans précision et sans lien avec les agissements retenus (« fishing expedition »)

Ne pas répondre aux questions posées de manière inexacte ou approximative. La fourniture de renseignements inexacts ou incomplets caractérise, aux termes de L. 464-2 du Code de commerce, l'**obstruction à investigation.**

C. Les principales zones de conflit et de risque - Le contrôle des PV

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de PV et de rapports.

Il s'agit d'un **principe indérogeable** (Paris, 26 sept. 2000 n°2000-03141).

Cependant, le non-respect des formalités (**R.450-1 et R. 450-2 du c.com**) produit des conséquences limitées:

- Nullité du PV** (mais pas de l'ensemble de la procédure)
- PV irréguliers= **écartés du dossier**
- L'absence de PV régulier n'empêche pas le juge de se prononcer sur l'infraction économique

C. Les principales zones de conflit et de risque - Le contrôle des PV

CONSEILS PRATIQUES :

- **Désigner le représentant / référent pour qu'il signe le procès-verbal** de notification après y avoir intégré toutes les réserves utiles
- **Relire attentivement le PV de saisie** – ne pas céder à la pression des enquêteurs
 - ✓ Prendre le temps de **comparer la rédaction du PV de saisie** dressé par les enquêteurs **avec les notes prises en interne.**
 - ✓ Faire des **réserves** le cas échéant (exemple : saisie ou lecture d'échanges avocats – clients, extension de la perquisition sans autorisation, désignation du mauvais responsable divergence entre les notes internes et le PV). Notamment afin de pouvoir contester ledit PV de saisie par la suite.
- **Ne pas refuser de signer le PV de notification** (n'emporte pas acceptation), sous peine d'un risque de poursuites pour obstruction à l'enquête.

C. Les principales zones de conflit et de risque - Le contrôle des PV

CONSEILS PRATIQUES :

Exemple de réserves : difficulté de lecture ou pages manquantes, désignation incorrecte de l'entreprise ou de ses locaux concernés, absence de qualité éventuelle de la personne, refus d'assistance de l'avocat etc...

- En cas de refus des réserves par les enquêteurs, remettre les réserves aux officiers de police judiciaire afin qu'il les transmette au JLD.

C. Les principales zones de conflit et de risque - Le contrôle des PV

Vérification du PV de retranscription de l'entretien :

En cas d'interrogatoire, **exiger la présence d'une personne qui prendra note de toutes les questions et réponses.**

Vérifier avec soin la retranscription effectuée par les enquêteurs dans le PV :

- Demander toute **correction, suppression ou addition utile** ;
- En cas de refus, formuler des **réserves** sur le procès-verbal ;
- En cas de refus des enquêteurs de mentionner des réserves sur le PV, **formuler ces réserves auprès de l'OPJ** afin d'en informer immédiatement le magistrat ayant autorisé la perquisition.

C. Les principales zones de conflit et de risque – Les réserves

Exemple n°1 de réserves
sur la saisie de
données électroniques

**E
X
E
M
P
L
E**

Réserves au PV ou remises aux OPJ concernant la saisie de données électroniques

La société formule toutes réserves pour son compte ainsi que pour le compte de ses salariés concernés sur les données électroniques placées sous scellés 4,5 et 6 dans la mesure où ces données contiennent des éléments hors champ d'enquête et possiblement couvertes par le secret professionnel ou le secret des correspondances privées.

La société précise que sa demande de placement sous scellés fermés a notamment été rejetée.

Fait à Paris, le

[signature]

C. Les principales zones de conflit et de risque – Les réserves

Exemple n°2 de réserves sur la saisie de données électroniques

Émargement avec réserves du PV concernant les documents contrôlés et copiés

Je soussigné, -----, Directeur Juridique de la société XXX, formule toutes réserves concernant la consultation et la prise de copie par les agents de la Commission d'une note interne rédigée par moi-même à l'intention de mon Président, après avoir consulté nos avocats sur une question directement liée au secteur d'activité concerné l'inspection en cours.

Les agents n'ont pas accepté de placer le document concerné sous enveloppe scellée.

Averti par les agents du fait qu'un refus de leur laisser prendre copie de ce document serait considéré comme une obstruction à l'enquête, j'ai remis ce document aux agents.

Cette remise du document ne constitue cependant pas une acceptation et je réserve au contraire tous les droits de la société XXX de contester ultérieurement l'inspection sur ce fondement.

Fait à Paris, le -----

[signature]

C. Les principales zones de conflit et de risque – La protection et les incidents liés à la confidentialité

Le principe

L'article L. 463-4 du code de commerce pose le principe selon lequel les parties peuvent demander au rapporteur général d'accorder une protection aux pièces mettant en jeu le secret des affaires.

Dans quels cas peut-on demander la protection au titre du secret des affaires ?

L'article R. 463-13 alinéa 1 prévoit qu'une personne peut demander la protection du secret des affaires **à l'égard d'éléments** communiqués par elle à l'Autorité de la concurrence ou **saisis auprès d'elle par cette dernière**.

Quelles sont les informations qui relèvent du secret des affaires ?

- Informations dont la **divulcation ou la transmission à un tiers peuvent gravement léser les intérêts** de l'entreprise concernée (informations relatives à la clientèle, aux pratiques commerciales, aux prix, aux secrets et procédés de fabrication, *etc.*) ;
- Les éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires **de plus de cinq ans** au moment où il est statué sur la demande sont **présumés ne pas relever du secret des affaires**.

C. Les principales zones de conflit et de risque – La protection et les incidents liés à la confidentialité

La demande

- L'entreprise doit faire la demande auprès de l'Autorité dans un délai d'un mois, sauf urgence, à compter de la date à laquelle ces éléments ont été obtenus par l'Autorité (à défaut, les informations et documents en cause sont réputés ne pas mettre en jeu le secret des affaires)
- Pour l'application de l'article L463-4 lorsqu'une personne demande la protection du secret des affaires à l'égard d'éléments communiqués par elle à l'Autorité de la concurrence ou saisis auprès d'elle par cette dernière, elle indique soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par l'intermédiaire d'une plateforme d'échanges sécurisés de documents électroniques, pour chaque information, document ou partie de document en cause, l'objet et les motifs de sa demande. Elle fournit séparément une **version non confidentielle et un résumé de chacun de ces éléments. Cette demande doit parvenir à l'Autorité dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle lesdits éléments ont été obtenus par l'Autorité.** En cas d'urgence, ce délai peut être réduit par le rapporteur général, notamment afin de permettre l'examen d'une demande de mesures conservatoires par l'Autorité, sans pouvoir être inférieur à quarante-huit heures. Dans ce cas, la demande de protection peut être présentée par tout moyen. **(R. 463-13 alinéa 1 du code de commerce)**.
- « *Lorsque l'instruction de l'affaire par l'Autorité de la concurrence fait apparaître que des informations, documents ou parties de documents pouvant mettre en jeu le secret des affaires **n'ont pas pu faire l'objet d'une demande de protection par une personne susceptible de se prévaloir de ce secret, le rapporteur général invite cette personne à présenter, si elle le souhaite, une demande dans les conditions de forme et de délai mentionnées au premier alinéa pour bénéficier de la protection du secret des affaires*** ». **(R. 463-13 alinéa 3 du code de commerce)**.

La décision

- Le rapporteur général de l'Autorité va **prendre une décision** par laquelle il accorde ou non le secret des affaires aux informations qui lui sont soumises. Si la protection est accordée, seules les versions non-confidentielles seront accessibles par les autres parties.
- Toutefois, le rapporteur ou les parties peuvent demander la **levée de la protection du secret des affaires dans deux hypothèses** : pour les besoins des débats ou en cas de nécessité pour l'exercice des droits de la défense. Si le rapporteur accorde cette levée du secret, sa décision doit être **spécialement motivée**.

Recours éventuel

- Les décisions qui refusent la protection du secret des affaires ou qui lèvent la protection accordée peuvent faire l'objet d'un **recours** en réformation ou en annulation devant le premier président de la cour d'appel de Paris, dans un délai de 10 jours à compter de la décision du rapporteur général.

E. Récapitulatif

Enquêtes lourdes
Autorisation préalable du JLD
Présence d'un avocat
Présence d'un avocat lors des auditions par les rapporteurs de l'ADLC
Copie des pièces saisies
Droit à la protection du secret des affaires très organisé
Droit à la protection de la correspondance entre l'avocat et son client
Recours possible devant la CA de Paris contre l'ordonnance du JLD et contre le déroulement de l'OVS

E. Récapitulatif - Déroulement type d'une journée

Arrivée entre 6h et 21h.
Composition de l'équipe :
les enquêteurs, un OPJ par
site, éventuellement des
experts informatiques

**Rencontre avec le
responsable** : Notification de
la décision du juge autorisant les
saisies ou la décision de la
commission

Demande d'accéder à des bureaux
(apposition de **scellés/fouille**) et d'avoir
accès aux ordinateurs, téléphones,
boîtes mails, etc. de personnes
généralement dénommées dont
les enquêteurs ont la liste

**Demande de mise à
disposition** d'une
pièce pour y
travailler (pas
d'accès à cette pièce
pour l'entreprise)

Clôture de la saisie : La
perquisition peut durer
une journée en France
(et au-delà de minuit),
ou plusieurs jours si elle
est menée par la CE. Un
PV de clôture est émis.

En cours d'investigations :
**demandes additionnelles
possibles** (bureaux/matériels
informatiques de personnes non
initialement concernées).

Possibilité de
**demander à
entendre des
personnes** ou d'avoir
des explications sur
les documents

Copie et (pour la
Commission) **analyse**
des supports
informatiques.

III. Après l'opération

- A. Les actions à mener
- B. Les recours possibles
- C. Les particularités du pénal
- D. Récapitulatif

03

III. Après l'opération

A. Les actions à mener

03

A. Les actions à mener (1/3)

Actions immédiates

- Demander aux inspecteurs de confirmer leur coopération
 - S'assurer d'avoir des copies de tous les documents (y compris électroniques) saisis.
Comparer les demandes des inspecteurs avec les mots clés utilisés
 - Établir un rapport complet des événements et vérifier les registres créés par les inspecteurs
 - Debrief avec tous les acteurs de l'inspection (avocats, service juridique, collaborateurs)
- >> permet de déterminer si recours nécessaires + prochaines étapes d'enquête

A. Les actions à mener (2/3)

Communication

- Interne
 - Management informe les collaborateurs du business concerné: Qui parle? Quels destinataires? Quid dans un groupe multi-activités et multi-pays? Comment communiquer? (email, meeting, videoconference...)
- Externe
 - Communiqué de presse: pro-actif? Réactif?
 - Veille sur les réseaux sociaux
 - Communication financière

A. Les actions à mener (3/3)

Suites de l'OVS – quelle stratégie

- Entreprendre l'enquête interne
 - Champ d'application?
 - Modalités? (entretiens, revues documentaires...)
 - Stratégie d'enquête: en cercles concentriques? Comment gérer l'urgence?
- Relation avec les autorités
 - Défense ou coopération
 - Considérer la demande de clémence

III. Après l'opération

B. Les recours possibles

03

B. Les recours possibles

Deux types de recours,
devant le 1^{er} Président de
la Cour d'appel du ressort
du JLD

Recours contre l'ordonnance d'autorisation

10 jours à compter de la notification de
l'ordonnance

5 jours pour former pourvoi en cassation après
l'ordonnance du Premier Président

Recours contre l'exécution de la perquisition

10 jours à compter de la remise ou la notification
du PV de notification et de l'inventaire, et au plus
tard à compter de la notification des griefs

L'entreprise portera les questions devant la CEDH
après avoir épuisé les voies de recours interne.

B. Les recours possibles

- **Cass. Com., 23 septembre 2020 n°17-87.359 Whirlpool France**

Le juge qui statue sur la régularité du déroulement des opérations de visites et saisies, doit surseoir à statuer s'il existe un recours contre la validité de l'ordonnance d'autorisation.

- **Cass. Crim, 26 octobre 2016, Novartis, n°15-83.477.**

Seul le premier président de la Cour d'appel peut être saisi et non le JLD:

« l'occupant des lieux ne dispose pas du droit de saisir lui-même le juge qui a autorisé la visite et la saisie, les officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations devant, au cours de la visite, tenir ce magistrat informé des difficultés rencontrées »

- Selon la Cour de Cassation, la faculté de contester le déroulement des **opérations devant le premier président de la cour d'appel suffit à garantir un recours effectif**, (Cass. Crim, 9 mars 2016, n°14-85.325)

B. Les recours possibles

EN PRATIQUE

Si, selon la Cour de cassation, la faculté de contester le déroulement des opérations devant le premier président de la cour d'appel suffit à garantir un recours effectif (**Cass. Crim, 9 mars 2016, n°14-85.325**), **les recours sont peu efficaces contre :**

- Le déroulement des enquêtes lourdes.** Il s'agit d'une simple restitution de documents, par exemple, des documents couverts par le secret professionnel une fois que le secret a été violé.
- Les autorisations de perquisitions,** qui sont presque toujours rejetées

B. Les recours possibles

EN PRATIQUE

Faible encadrement des perquisitions concurrence par la CEDH :

Affaire Janssen Citag SAS c/ France, 21 mars 2017, 33931/12 : analyse des saisies massives et indifférenciées de documents informatiques étrangers au cadre de l'enquête et relevant, pour certains, du secret professionnel de l'avocat.

Le cadre légal français entourant les opérations de visites et saisies est jugé compatible avec l'article 8 de la CEDH pour autant que les personnes concernées puissent faire apprécier de manière concrète et effective la régularité des saisies, via un contrôle de proportionnalité du juge.

Vision française peu protectrice de la problématique du respect de la confidentialité des échanges avocats-clients et des droits de la défense des sociétés faisant l'objet d'une OVS dans le cadre d'une enquête de droit de la concurrence.

B. Les recours possibles

1

RECOURS CONTRE L'ORDONNANCE D'AUTORISATION

Absence / insuffisance d'indices permettant d'établir une présomption de pratiques anticoncurrentielles	Pratique généralisée des ordonnances pré-rédigées et non contrôlées	Difficulté de mettre en œuvre la proportionnalité
<ul style="list-style-type: none"> • Possibilité de se fonder sur des déclarations anonymes (Cass. Crim. 27 février 2013) • Pas de standard différent en fonction du secteur concerné (Cass, crim. 11 janvier 2012 – secteur de la presse) • Le JLD doit seulement vérifier que la demande de l'administration est fondée : pas de conditions de présomptions graves, précises et concordantes conformément aux articles 1349 et 1353 du Code civil (Cass crim. 22 janvier 2014). 	<ul style="list-style-type: none"> • Pratique constante des autorités de concurrence, contraire aux droits des justiciables (droits de la défense en droit interne, et CEDH 21 février 2008, RAVON) • Incompatible avec l'exigence d'un contrôle effectif par le JLD (CA Orléans, Ordonnance du 8 novembre 2011) • Toutefois, selon la Cour de cassation : les motifs et le dispositif de l'ordonnance sont réputés avoir été établis par le juge l'ayant rendue et signée (Cass crim. 27 février 2013 et cass. Crim 27 novembre 2013, Boston Scientific) 	<ul style="list-style-type: none"> • Les Etats doivent avoir suffisamment de garanties, (CEDH, 16 octobre 2008, Maschino c/ France) • La Cour contrôle les motifs à l'appui de l'ingérence en cause pour décider au cas par cas de la validité d'une visite domiciliaire, notamment concernant la proportionnalité : (Article 8 CEDH et CEDH 2 avril 2015, Vinci construction et GRTM c/ France) • Précision suffisante des secteurs couverts par la prétendue infraction, (TPICE, 14 novembre 2012, Nexans xc/ Commission, T 135/09) • Conditions de validité de l'ordonnance : possession d'indices, motivation, respect des droits fondamentaux et principes généraux, (TUE 20 juin 2008, aff. T. 325/16 et T. 625/16, Ceske drahy)

B. Les recours possibles

FOCUS Cass. Crim. 19 octobre 2021, n°20-85.644, Swarovski France (1/2) 🔍

La société Swarovski France a fait l'objet d'une **opération de visite et de saisie** au sein de ses locaux parisiens conformément à une ordonnance du juge des libertés et de la détention rendue le 1^{er} juillet 2019.

La société a fait appel de cette décision.

L'administration, lorsqu'elle fait une demande de visite et saisie d'une entreprise auprès du JLD conformément à **l'article L. 450-4 alinéa 2 du Code de commerce**, produit des documents mais **n'est pas tenue de transmettre au juge chargé de vérifier le bien-fondé de ladite demande, l'ensemble des pièces en sa position, fussent-elles annexées à des procès-verbaux faisant l'objet d'une transmission.**

C'est en considération des seules pièces produites devant lui, qu'il appartient au JLD d'apprécier, si il est établi ou non l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles.

B. Les recours possibles

FOCUS Cass. Crim. 19 octobre 2021, n°20-85.644, Swarovski France (2/2)



SELON LA COUR DE CASSATION :

C'est à tort que les juges d'appel ont estimé que la position dominante de la société aurait dû résulter des éléments produits par l'Autorité de la concurrence, quand il suffisait, au stade de la demande d'ordonnance, que soit caractérisée la présomption d'une telle position sur le marché concerné.

De plus, **le juge ne peut s'abstenir d'analyser des contrats de distribution entre les sociétés concernées au motif qu'ils contiennent une clause de confidentialité dès lors que lesdits documents ont été obtenus de manière régulière par l'ADLC** dans le cadre des pouvoirs d'enquête qu'elle tient de **l'article L. 450-3 du Code de commerce**.

Enfin, il ne résulte pas de la motivation de l'ordonnance que le premier président ait procédé lui-même à une réelle analyse des pièces produites par l'ADLC au soutien de sa requête, en particulier des courriels à partir desquels le JLD avait retenu l'existence de présomptions d'ententes prohibées sur les prix, présomptions sur lesquelles l'ordonnance attaquée omet de se prononcer.

L'accès au complet dossier et la discussion des pièces produites pourra s'exercer en cas d'engagement des poursuites pendant la phase juridictionnelle, lors de laquelle le principe du contradictoire est garanti.

B. Les recours possibles

1

RECOURS CONTRE L'ORDONNANCE D'AUTORISATION

A NOTER : CA Paris, Pôle 5 ch. 15, 7 octobre 2020, RG n°19/12686 , 19/12699, 19/15586

Ces décisions montrent qu'il peut exister, mais uniquement dans certains cas, un intérêt pour les entreprises à contester les ordonnances d'autorisation (notamment pour défaut de présomptions suffisantes et possibilité, récemment reconnue par la jurisprudence, de discuter la valeur de pièces anonymisées présentées au soutien de la requête, lorsque celles-ci ne sont corroborées par aucun autre élément (V. Cass. crim., 18 décembre 2019).

B. Les recours possibles

A SAVOIR : 

Les garanties supplémentaires des enquêtes effectuées sur le fondement du **droit européen**:

- ✓ Saisies plus ciblées, contrôle contradictoire des résultats des saisies

B. Les recours possibles

A SAVOIR : 

Aff. C-413/14, Intel, 6 septembre 2017 : cette affaire appuie sur la **nécessité pour la Commission de procéder à l'enregistrement de ses auditions dans l'intérêt des personnes entendues et de des autres parties à la procédure** :

"tout entretien portant sur l'affaire en cause doit faire l'objet d'un enregistrement afin de préserver les droits de la défense."

- ✓ Transparence accrue
- ✓ Renforcement des garanties procédurales de l'entreprise

B. Les recours possibles

2

RECOURS CONTRE L'EXECUTION

L'irrégularité de l'occupant/représentant des lieux.

✓ Ordonnance valablement notifiée à une secrétaire de direction dès lors que le PV a été signé par elle et par l'occupant des lieux, arrivé après le commencement des opérations (**Cass. Crim 27 février 2013 n°11-82.447**)

En droit de l'UE : pas de recours autonome relatif au déroulement de l'inspection, le recours est irrecevable. (**Aff T-274/15, Alcogroup and Alcodis, 10 avril 2018**).

B. Les recours possibles

2

RECOURS CONTRE L'EXECUTION

Difficultés de la contester

En droit UE, pas de recours autonome relatif au déroulement de l'inspection => recours irrecevable : (V. Alcogroup Trib. UE 10 avr. 2018, aff. T-274/15)

- Irrégularité sur la **désignation de l'occupant/représentant des lieux.**

- Ordonnance valablement notifiée à une secrétaire de direction **dès lors que le PV a été signé par elle et par l'occupant des lieux, arrivé après le commencement des opérations** (Crim., 27 février 2013).

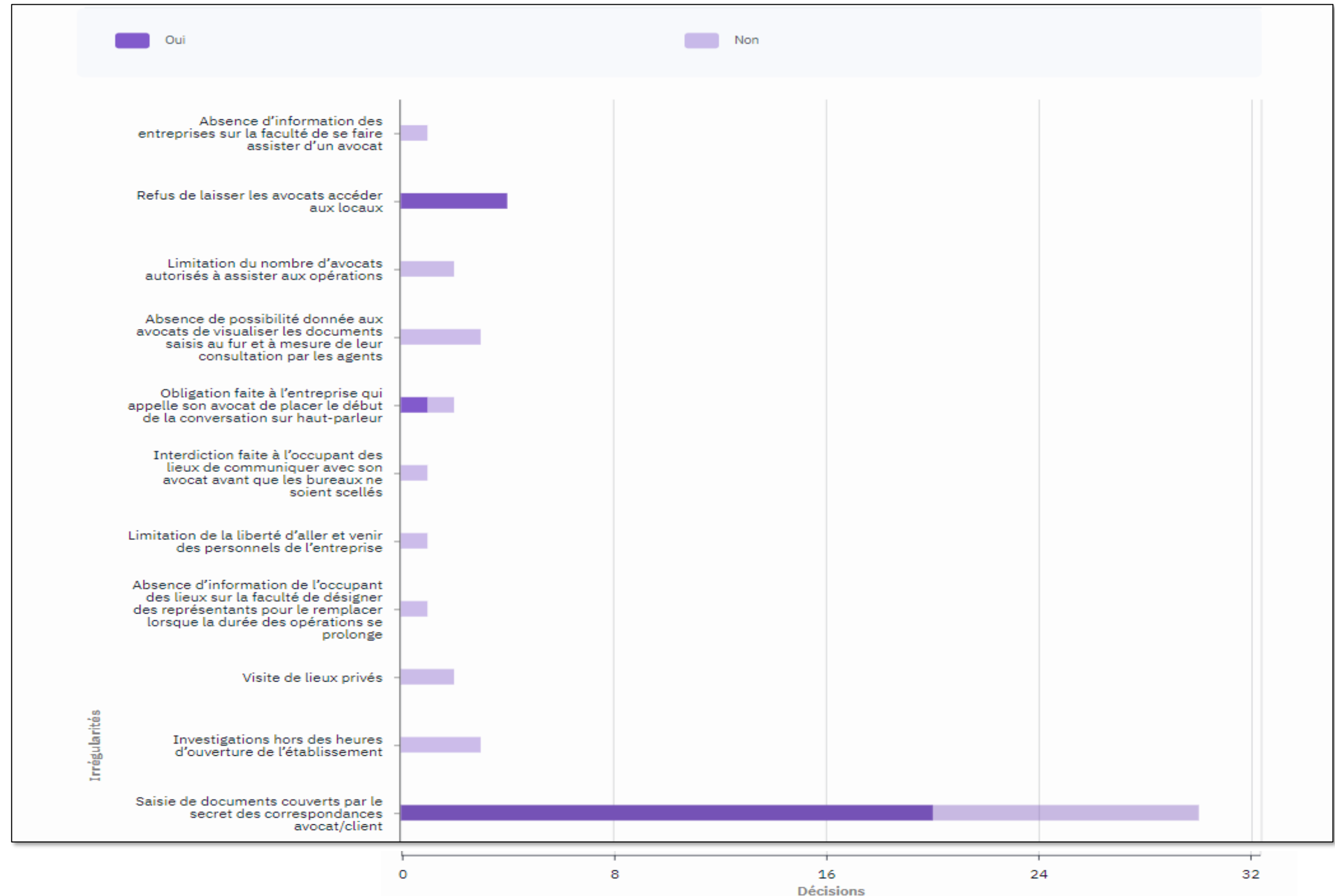
(V. Aussi Crim. 12 sept. 2018, n°17-81.189 : Justifie sa décision le premier président qui refuse d'annuler le procès-verbal de visite domiciliaire, **nullité fondée sur l'absence de signature sur ce procès-verbal d'une personne présente au cours de la visite**, dès lors que celle-ci n'a assisté à une partie des opérations qu'en qualité de représentante de l'occupante des lieux, laquelle était également présente sans interruption et a signé le procès-verbal)

B. Les recours possibles

Exemples de succès	Exemples d'échecs
<p>☛ Personnes mises en cause au moyen de pièces saisies lors d'opération chez des tiers (Cass. crim., 13 juin 2019, n° 17-87.364, Whirpool)</p> <ul style="list-style-type: none"> • La personne, qui n'a pas fait l'objet de visite et de saisie, se trouve « mise en cause » dès lors qu'elle est visée par une demande d'autorisation de procéder dans ses locaux à de telles opérations sur le fondement de pièces saisies au cours d'une précédente visite domiciliaire effectuée chez un tiers. • Le procès-verbal et l'inventaire dressés à l'issue de cette dernière opération doivent donc être annexés tant à la requête formulée par l'administration qu'à l'ordonnance d'autorisation du juge des libertés et de la détention, afin d'assurer l'exercice du droit à un recours effectif de la personne mise en cause. 	<ul style="list-style-type: none"> ☛ Le refus de pose de scellés fermés provisoires est définitif, on ne peut pas y revenir (Cour d'Appel Versailles, 28 novembre 2019, n°17/06429). ☛ La procédure du scellé provisoire ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux et notamment au droit de la défense (elle protège la confidentialité des correspondances avocat-client) (Cour d'Appel Versailles, 28 novembre 2019, n°17/06429 et Cass. Crim. 4 mars 2020 n°18-84.071, Renault.) ☛ La saisie informatique globale – beaucoup de jurisprudence, mais peu de résultats (Cass. Crim., 29 juin 2011, n°10-85.479 et Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2011, 5-7 n°09-14462) ☛ La société visitée doit apporter la preuve selon laquelle la saisie de documents a été opérée de nature à porter atteinte au principe de confidentialité des correspondances entre un avocat et son client non expurgés (Cass. Crim. 4 mars 2020 n°18-84.071, Renault.) ☛ La saisie de données stockées à l'étranger ne peut être annulée lorsqu'elle intervient à la suite de la remise spontanée par l'entreprise de leur support, dans ses locaux. Les enquêteurs n'ont l'obligation de révéler à la personne visitée ni les modalités techniques des saisies, ni les moteurs de recherche ou mots-clefs utilisés. (Cass. Crim., 24 avril 2013, n°12-80.331)

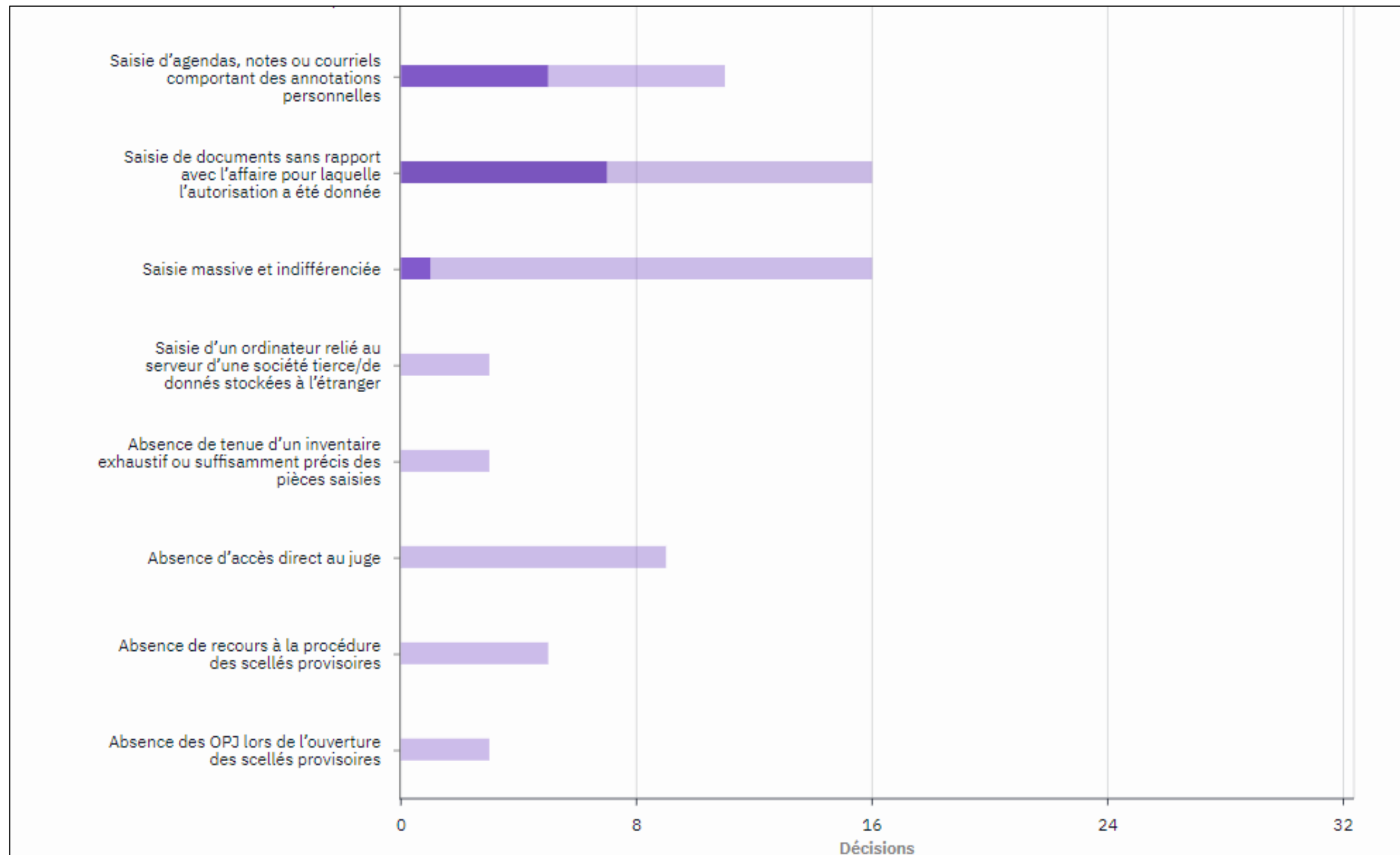
B. Les recours possibles

Irrégularités dans le déroulement d'une opération de visite et saisies justifiant l'annulation de la mesure (depuis 2007).



B. Les recours possibles

Irrégularités dans le déroulement d'une opération de visite et saisies justifiant l'annulation de la mesure (depuis 2007).



B. Les recours possibles

Envisager de recourir à la **procédure de clémence**.

Une **exonération totale ou partielle de sanction** peut être octroyée à l'entreprise qui a **contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs**.

L'entreprise peut **cumuler les procédures de clémence** et de **transaction**.

L'application conjointe des deux ne permet toutefois pas un cumul des taux de réduction, mais seulement une application en cascade de ceux-ci.

Si la perquisition et l'audit interne mené montrent que l'Autorité de la concurrence dispose de la preuve avérée d'infractions conduisant à une condamnation certaine, l'entreprise tentera d'en amoindrir la sanction.

Même en cas de perquisition, une clémence, encore possible, donne droit à une exonération partielle de sanction en présence d'une plus-value apportée aux enquêteurs

Eviter d'attendre que l'enquête ait avancé pour se prévaloir de la procédure de clémence et prendre le risque que d'autres entreprises en aient déjà sollicité l'application (**Cf III.A. Actions à mener**)



B. Les recours possibles

Envisager de recourir à la procédure de clémence.

La clémence représente un enjeu considérable notamment par son articulation avec la procédure pénale :

Le point 53 du communiqué de procédure du 3 avril 2015 relatif au programme de clémence français indique :

*« L'Autorité considère que la **clémence est au nombre des motifs légitimes qui justifient la non-transmission au parquet d'un dossier** dans lequel les personnes physiques, appartenant à l'entreprise qui a bénéficié d'une exonération de sanctions pécuniaires, seraient susceptibles de faire aussi l'objet de telles poursuites. »*

La **Directive ECN+** consacre toutefois la prééminence de l'action administrative sur le droit pénal des pratiques anticoncurrentielles en son **article 23§2**



Qu'en sera-t-il des demandes de clémence après une perquisition pénale ?

- **Confidentialité de la clémence** : impossibilité, sauf accord de l'ADLC d'en informer le juge d'instruction.
- **Secret de l'instruction** : impossibilité pour l'entreprise de transmettre à l'ADLC des informations sur l'instruction pénale.

III. Après l'opération

C. Les particularités du pénal

03

C. Les particularités du pénal

- **Pas de voie de recours immédiate** avant la fin de l’instruction.
- La chambre de l’instruction peut être saisie d’un recours en nullité **lorsqu’une information judiciaire est ouverte** (Article 170 du Code de procédure pénale) ou une **mise en examen prononcée**.
- Cela peut prendre **des mois ou des années**.
- La requête doit être présentée dans un **délai de 6 mois** à compter du dernier acte de la procédure (**article 173-1 du Code de procédure pénale**) et **doit présenter tous les moyens de nullité** connus au moment du dépôt de la requête.
- Dans l’hypothèse où l’Autorité de la Concurrence rend une décision, il sera possible de contester par un recours la valeur probante des pièces collectées au cours de la perquisition.

C. Les particularités du pénal

CONSEIL PRATIQUE : LE PROCES VERBAL

Le PV est rédigé sur le champ et présenté pour signature :

- ✗ Difficile de faire des réserves.
- ✓ Conseil : notifier ces réserves par e-mail ou par remise contre émargement à l'officier de police judiciaire.
- ✗ Aucune copie n'est laissée à l'intéressé.
 - ✓ Seule la personne concernée, peut prendre connaissance des documents et données avant leur mise sous scellés.

CONSEIL PRATIQUE :

Désigner un avocat pour l'entreprise **et un avocat différent pour les dirigeants.**

Les intérêts de l'entreprise et des dirigeants peuvent être différents !

C. Les particularités du pénal

CONSEIL PRATIQUE :

Penser à la **CJIP (Convention judiciaire d'intérêt public)**, créée par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016:

- Procédure permettant au procureur de la République de conclure une CJIP avec une personne morale mise en cause pour des faits d'atteintes à la probité.
- Cette mesure alternative aux poursuites est applicable aux entreprises, associations, collectivités territoriales, etc. mises en causes pour des faits de corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et toute infraction connexe.

Elle a pour effet d'éteindre l'action publique si la personne morale mise en cause exécute les obligations auxquelles elle s'est engagée dans la convention. Ces **obligations, alternatives ou cumulatives, peuvent consister** :

- dans le versement d'une **amende d'intérêt public à l'Etat**, dont le montant ne peut excéder 30% du chiffre d'affaires moyen annuel ;
- dans la mise en œuvre, sous le contrôle de l'AFA, **d'un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de lutte contre la corruption, pour une durée maximale de 3 ans** ;
- dans la **réparation du dommage de la victime**.

C. Les particularités du pénal

CONSEIL PRATIQUE :

Penser à la **CRPC (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité)**

La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) est une procédure qui permet de juger **rapidement** l'auteur de l'infraction à condition qu'il **reconnaisse** les faits reprochés.

Elle est appliquée pour certains délits à la demande du procureur de la République, de l'auteur des faits ou de son avocat.

Cette procédure se déroule en **2 étapes obligatoires** : la proposition de peine par le procureur et l'audience d'homologation.

La peine proposée par le procureur peut être **acceptée ou refusée** par l'auteur de l'infraction.

1. **Si la peine est acceptée**, l'affaire est transmise au juge pour homologation
2. **Si l'auteur la refuse**, il reçoit une nouvelle convocation pour être jugé lors d'un procès devant le tribunal correctionnel.

La victime de l'infraction est informée de cette procédure. Elle est **avisée de la date d'audience** afin de lui permettre de se constituer partie civile.

La personne mise en cause **doit obligatoirement se faire assister par un avocat.**

E. Récapitulatif

Après l'inspection

Maitrise de la Communication (interne/externe)

Détermination de la stratégie d'Enquête interne (voire de clémence)

Recours éventuels

- contre la décision d'autorisation et/ou
- contre l'exécution même de l'OVS

Si dimension pénale, explorer l'opportunité d'une CJIP

Considérer les droits des personnes concernées (avocat dédié, CRPC)

MERCI !

