

## AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.265

### Les opérations de visite et de saisie en droit français de la concurrence invalidées, une nouvelle fois, par la Cour européenne des droits de l'Homme

Romain Maulin, Avocat à la Cour

Par son arrêt *Vinci Construction et GTM Génie civil c/ France* du 2 avril 2015<sup>(1)</sup>, la Cour européenne des droits de l'Homme (« CEDH ») juge que la France, par le truchement des agents de la DGCCRF ayant réalisé les opérations de visite et saisie contestées, a violé les articles 6 § 1 et 8 de la Convention EDH. Cet arrêt, rendu près de cinq ans après l'introduction des requêtes et près de huit ans après les faits litigieux, apporte un certain nombre d'enseignements importants pour les opérateurs susceptibles de faire l'objet d'opérations de visite et saisie et laisse augurer d'une meilleure prise en compte de leurs garanties fondamentales.

#### Rappel des faits et du contexte procédural à l'origine de l'arrêt

Après y avoir été autorisés par le juge des libertés et de la détention (« JLD ») le 5 octobre 2007, les agents de la DGCCRF, alors compétents en la matière<sup>(2)</sup>, ont réalisé, le 23 octobre 2007, des opérations de visite et saisie chez Vinci Construction France (« Vinci ») et GTM Génie Civil et Services (« GTM »), deux sociétés intervenant dans le secteur de la construction et de la rénovation d'établissements de santé. À cette occasion, « de nombreux documents et fichiers informatiques furent saisis, ainsi que l'intégralité de la messagerie électronique de certains employés » (point 10 de l'arrêt).

Suite à ces inspections, les sociétés Vinci et GTM ont toutes deux formé un recours contre les modalités de leur déroulement devant le JLD, c'est-à-dire la même juridiction que celle les ayant initialement autorisées. Leurs requêtes faisaient notamment valoir que « les saisies pratiquées avaient été massives et indifférenciées et avaient porté sur plusieurs milliers de documents informatiques, ainsi que sur la messagerie électronique de plusieurs personnes, et que de nombreux documents saisis étaient sans lien avec l'enquête ou étaient couverts par la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client » (pt 11). Par ordonnances des 2 et 9 septembre 2008, le JLD rejeta, en tous points, leurs recours avant que la Cour de cassation ne confirme ces ordonnances par deux arrêts en date du 8 avril 2010<sup>(3)</sup>.

Le 7 octobre 2010, au terme du délai de six mois prévu par l'article 35 § 1 de la Convention EDH, Vinci et GTM ont saisi la CEDH de deux requêtes dirigées contre la France, requêtes qui ont ensuite été jointes « eu égard à leur similitude quant aux faits et aux questions juridiques qu'elles posent » (pt 28).

#### Rappels utiles quant à l'inconventionnalité, au titre de l'article 6 § 1 de la Convention EDH, de l'ancien mécanisme de recours contre l'ordonnance du JLD - absence de recours juridictionnel effectif

L'on sait que l'article 6 § 1 de la Convention EDH, régulièrement invoqué dans les prétoires, dispose que « [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement [...] par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...] ».

Les requérantes soutenaient que le recours formé devant le JLD contre l'ordonnance autorisant les inspections qu'il avait lui-même rendu était, « en l'absence d'impartialité de la juridiction compétente » (pt 32), dépourvu d'effectivité. Pour les requérantes « la juridiction [compétente] est le JLD qui a préalablement autorisé ces opérations » et « en autorisant les mesures de visites et saisies, cette juridiction s'est déjà forgée une opinion et ne peut plus porter sur le déroulement des opérations un regard objectif » (pt 32). Partant, les requérantes faisaient valoir que « cette juridiction ne présente pas l'impartialité objective et plus précisément l'apparence d'objectivité requise » (pt 33).

Cette question a déjà été tranchée par la CEDH dans deux arrêts *Canal Plus*<sup>(4)</sup> et *Primagaz*<sup>(5)</sup> rendus contre la France le 21 décembre 2010. Dans ces arrêts, la CEDH a condamné la France au visa des articles 6 § 1 et 8 de la Convention EDH en estimant que les sociétés ayant fait l'objet d'une inspection ne disposaient pas, sous l'empire de l'ancienne rédaction du code de commerce, d'un recours juridictionnel effectif à l'encontre de la décision d'autorisation de l'inspection. De façon surprenante, le gouvernement a pourtant tenté d'échapper à la condamnation en soutenant que la présente espèce portait sur « l'effectivité des recours existant contre le déroulement des visites domiciliaires » et non pas, comme les arrêts de condamnation *Canal Plus* et *Primagaz*, sur « l'effectivité des voies de recours ouvertes contre la décision autorisant les visites et saisies domiciliaires » (pt 34). Il ajoutait, en outre, qu'en l'espèce « les JLD ayant autorisé les mesures, puis contrôlé leur déroulement, étaient des individus différents » et qu'en tout état de cause, en ce qui concerne le JLD saisi du contrôle des modalités de déroulement de l'inspection, « sa bonne connaissance de l'affaire ne saurait faire présumer un préjugé de sa part » (pt 36).

La CEDH considère qu'elle ne voit aucune raison de s'écarter de sa position dans les arrêts de condamnation *Canal Plus* et *Primagaz* et juge donc, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention EDH (pts 43 et 44). L'élément qui a emporté la conviction de la Cour réside dans le fait que, là encore, c'est la même juridiction, en l'occurrence le JLD, qui s'est prononcée à la fois sur l'autorisation de l'opération de visite et saisie et sur le contrôle de son bon déroulement.

#### Analyse de la pratique des agents de la DGCCRF en matière de saisies électroniques au regard de l'article 8 de la Convention EDH

##### Sur le caractère massif et indifférencié des saisies réalisées en l'espèce

Au visa de l'article 8, les requérantes faisaient valoir que les agents de la DGCCRF avaient procédé à des « saisies massives et indifférenciées de documents informatiques, dont un grand nombre avaient un caractère personnel, en tout cas étranger aux faits qui leur étaient reprochés, et dont certains relevaient de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client » (pt 45). Selon les requérantes, ces éléments caractérisaient « une atteinte disproportionnée au droit au respect du domicile, de la vie privée et des correspondances » (pt 45).

Rappelons que, selon l'article 8 § 1 de la Convention EDH, applicable à la fois pour les particuliers et les entreprises

▣(6), « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

Développant leur argumentation, les requérantes relevaient que des « centaines de milliers de documents informatiques, dont l'intégralité des messageries électroniques de certains de leurs employés et responsables » avaient été saisis (pt 49). Toujours selon elles, « la très grande majorité des dossiers saisis n'avaient pas de rapport avec l'enquête en cause et relevaient de la vie privée des intéressés, du secret des affaires et surtout de la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client » (pt 49). Rappelons sur ce point qu'en droit interne, conformément à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, il ne fait plus de doute que les correspondances entre un avocat et son client sont, par nature, insaisissables ▣(7).

Les requérantes soutenaient que les agents de la DGCCRF « disposaient des moyens juridiques et techniques adéquats pour procéder à la sélection et la saisie des seuls documents utiles à l'enquête » (pt 50). Sur ce point, les requérantes se réfèrent, premièrement, à l'article 56, alinéa 4 du code de procédure pénale qui dispose qu'« [i] est procédé à la saisie des *données informatiques nécessaires à la manifestation de la vérité* » ▣(8) en plaçant sous-main de justice soit le support physique de ces données, soit une copie réalisée en présence des personnes qui assistent à la perquisition ». Par ailleurs, les requérantes avançaient, au moyen d'une référence à la pratique actuelle de la Commission européenne, l'argument de la « sécabilité » des messageries électroniques, qui consiste à opérer une sélection des messages saisis. Souvenons-nous également d'un récent rapport d'un expert informaticien désigné par la cour d'appel de Paris pour déterminer s'il était techniquement possible d'effectuer une saisie sélective des messageries électroniques tout en garantissant l'authenticité des documents. Ce rapport concluait clairement par l'affirmative en considérant notamment que « [q]uel que soit le type de messagerie utilisé [...] il est toujours possible de réaliser une sélection de messages que l'on peut exporter » et que « les démonstrations ont clairement montré que la saisie intégrale d'un fichier de messagerie n'était pas nécessaire » ▣(9). Notons que ce rapport est resté lettre morte après que la Cour de cassation ait jugé que c'était à tort que la cour d'appel avait ordonné la désignation d'un tel expert alors qu'il s'agissait, selon elle, d'« une mesure d'instruction sans rapport concret avec le litige » ▣(10). L'Autorité de la concurrence (« l'Autorité »), visiblement embarrassée par les conclusions de l'expert a toutefois demandé au site Mlex, qui avait mis en ligne ce rapport, de supprimer sa publication ▣(11)...

Relevons, à ce titre, que la CEDH consacre une section de son arrêt à « la pratique de la Commission européenne en matière d'inspections et saisies ordonnées sur le fondement de l'article 20(4) du règlement n° 1/2003 » (pts 25 à 27). Elle y rappelle - et cela prend une résonnance particulière en droit interne où l'Autorité n'a, jusqu'à présent, pas publié de document explicitant sa méthodologie en la matière ▣(12) - que la Commission européenne a publié, le 18 mars 2013, une note révisée dans laquelle est détaillée sa façon de procéder en matière d'inspection ▣(13). La CEDH rappelle également que, par son arrêt *Prysmian* rendu le 14 novembre 2012 ▣(14), le Tribunal de l'Union européenne a jugé que « [...] lorsqu'elle effectue une inspection dans les locaux d'une entreprise [...], la Commission est tenue de limiter ses recherches aux activités de cette entreprise relatives aux secteurs indiqués dans la décision ordonnant l'inspection et, donc, une fois qu'elle a constaté, après examen, qu'un document ou une information ne relevait pas de ces activités, de s'abstenir de l'utiliser aux fins de l'enquête » (pt 27).

Les requérantes, s'appuyant sur une jurisprudence interne déjà abondante sur la question, faisaient également valoir qu'en l'absence d'un « inventaire exhaustif des documents saisis », elles n'avaient pas été en mesure de « connaître avec précision les faits et éléments retenus contre elles afin d'exercer leurs droits de la défense ni de pouvoir faire apprécier par le juge, saisi de la régularité des opérations, l'adéquation des saisies effectuées avec les contours de l'autorisation », (pt 53). Cet argument a été rejeté par la CEDH qui a jugé qu'« un inventaire suffisamment précis, indiquant le nom des fichiers, leur extension, leur provenance et leur empreinte numérique avait été dressé et leur avait été remis, ainsi qu'une copie des documents saisis » (pt 76). Du reste, sans que le lien logique ne soit nécessairement explicite, la CEDH en déduit que « les saisies pratiquées ne pouvaient être qualifiées de « massives et indifférenciées » (pt 76).

### **L'absence d'examen concret de la régularité des opérations de saisie en l'espèce**

De façon astucieuse, les requérantes se plaignaient, par ailleurs, de l'absence de caractère suspensif des voies de recours ouvertes contre le déroulement des opérations de saisie. Selon elles, « même si les services de l'Autorité de la concurrence ne [peuvent] pas faire état de ces pièces en cas d'annulation, ils auront eu le temps d'en connaître le contenu et de se forger une opinion sur les suites à donner à l'enquête, de nature à influencer leur comportement futur [...] ; l'Autorité de la concurrence a par ailleurs la possibilité de s'autosaisir d'une autre affaire sans avoir à justifier cette décision, ce qui la met en mesure d'ouvrir d'autres enquêtes sur la base d'éléments obtenus irrégulièrement » (pt 54). L'argument séduit lorsque l'on sait que les services d'instruction de l'Autorité regroupent, sous la supervision de la même rapporteure générale, à la fois les enquêteurs ou rapporteurs qui diligents ou procèdent à des opérations de visite et de saisie et ceux qui instruisent les dossiers au fond. Ainsi, rien n'empêche qu'un rapporteur désigné pour l'instruction d'un dossier puisse assister à l'opération de visite et saisie réalisée pour les besoins de « son » dossier. En l'espèce, ce risque ne s'est, *a priori*, pas matérialisé puisque, du propre aveu des requérantes, suites aux inspections « aucune enquête n'a encore été ouverte » (pt 54).

Posant les jalons de son analyse, la CEDH rappelle tout d'abord que parmi les garanties de l'article 8 de la Convention EDH figure « l'existence d'un *contrôle efficace* » ▣(15) des mesures attentatoires à l'article 8 » (pt 67). La CEDH insiste ensuite sur le fait que « la protection du secret professionnel attaché aux correspondances échangées entre un avocat et son client est, notamment, le corollaire du droit qu'a ce dernier de ne pas contribuer à sa propre incrimination et, que, dès lors, ces échanges bénéficient d'une protection renforcée » (pt 68).

La CEDH précise également d'emblée que la question qui lui est posée en l'espèce est celle de « savoir si [les garanties prévues par l'article L. 450-4 du code de commerce dans sa version applicable à l'époque des faits] ont été appliquées de manière concrète et effective, et non pas théorique et illusoire, notamment au regard du grand nombre de documents informatiques et messages électroniques saisis, ainsi que de l'exigence renforcée du respect de la confidentialité qui s'attache aux correspondances échangées entre un avocat et son client » (pt 75).

La CEDH relève un certain nombre d'éléments qui la conduisent à juger que tel n'a pas été le cas en l'espèce, à savoir :

- le fait que « les saisies ont porté sur de nombreux documents informatiques, incluant l'intégralité des messageries électroniques professionnelles de certains employés des sociétés requérantes » et que « ces documents et messageries comportaient un certain nombre de fichiers et informations relevant de la confidentialité attachée aux relations entre un avocat et son client » (pt 77) ;

- et le fait que « pendant le déroulement des opérations en cause, les requérantes n'ont pu ni prendre connaissance du contenu des documents saisis, ni discuter de l'opportunité de leur saisie » (pt 78).

La CEDH constate ainsi que « si les requérantes ont exercé le recours que la loi leur ménageait devant le JLD, ce dernier, tout en envisageant la présence d'une correspondance émanant d'un avocat parmi les documents retenus par les enquêteurs, s'est contenté d'apprécier la régularité du cadre formel des saisies litigieuses, sans procéder à l'examen concret qui s'imposait » (16), et, dès lors, juge à l'unanimité que les saisies ont été réalisées en violation de l'article 8 de la Convention EDH (pt 81).

La CEDH considère que le constat de violation des articles 6 § 1 et 8 constitue, pour les requérantes, « une satisfaction équitable suffisante au titre du préjudice moral » (pt 87) et leur accorde 15 000 € chacune au titre des frais et dépens (pt 91).

#### Apports de cet arrêt et questions en suspens

L'on pourrait être tenté de penser - mais cela serait réducteur - que cet arrêt est dépourvu d'intérêt pratique pour les opérations d'inspection réalisées sous l'empire de la rédaction actuelle de l'article L. 450-4 du code de commerce. Il nous semble au contraire que cet arrêt, en ce qu'il prescrit à la France d'accorder aux entreprises inspectées des garanties concrètes et effectives - indépendamment de la question de savoir si c'est au JLD ou au président de la cour d'appel que cette tâche incombe - en assurant notamment une « protection renforcée » aux correspondances avocats/clients, pourra être mobilisé par les opérateurs et leurs conseils. La portée significative de cet arrêt résulte également du fait que, plus que les dispositions légales, c'est bien la pratique des agents de la DGCCRF et/ou des agents de l'Autorité, qui n'a d'ailleurs pas radicalement changé depuis lors, qui a été analysée et sanctionnée. Du reste, il semble que l'article L. 450-4 du code de commerce, dans sa rédaction actuelle, a également été déféré à la CEDH et devrait donc, prochainement (tout du moins dans un « délai raisonnable »), faire l'objet d'une prise de position de la Cour.

Précisons également que si cet arrêt a été rendu à l'unanimité des onze juges, deux d'entre eux, les juges Zuapancic (Slovénie) et Gaetano (Malte) ont souhaité apporter un certain nombre de précisions au moyen de leur opinion concordante, dont la traduction française (de qualité limitée) est jointe à l'arrêt. Pour eux, « les agents de la DGCCRF [désormais les agents de l'Autorité] ne peuvent justifier *a posteriori* leur intrusion dans la sphère privée de la requérante par ce qu'ils auraient trouvé dans les locaux et en conduisant la perquisition et la saisie des pièces à charge. Autrement, nous parlerions d'une "pêche aux informations" (*fishing expedition*) » (p. 20). Relevons également, en écho au rapport d'expert déjà évoqué plus haut, que les juges Zuapancic et Gaetano relèvent qu'« [i]l y a des discussions autour du parfait outil [de programmation], d'une technologie avancée, qui permettrait grâce à un algorithme de déterminer précisément et à l'avance ce qui peut être extrait ou non d'un ordinateur. Malheureusement, un tel outil ne semble pas encore exister, si bien qu'une équipe hautement spécialisée d'experts en informatique peut passer des semaines voire de mois à examiner les données électroniques de tout ordinateur saisi » (p. 22).

Leur opinion, particulièrement riche en ce qu'elle offre une perspective de droit comparé et notamment de droit américain, se conclut, de façon incantatoire : « la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme devrait à nos yeux prendre clairement position sur ces situations où la frontière entre une perquisition légitime fondée sur une autorisation légitime et une "pêche aux informations" reste incertaine et imprécise » (p. 23).

Cette dernière formule raisonne, selon nous, comme une invitation pour l'Autorité à, tout comme l'a fait la Commission européenne encore récemment (17), préciser au moyen d'un instrument de *soft law* son approche en matière de perquisitions. Il sera en effet intéressant de voir de quelle façon les agents de l'Autorité comptent prendre en compte la jurisprudence récente et abondante en la matière (18) qu'elle ait été rendue par le juge national, le juge de l'Union européenne ou la CEDH. Il n'est pas non plus exclu que cet arrêt et l'opinion séparée qu'il comporte inspirent de nouvelles questions prioritaires de constitutionnalité (19) en la matière.

#### Mots clés :

**PROCEDURE** \* Enquêtes de concurrence \* Opérations de visite et saisie \* Droit à un recours juridictionnel effectif \* Messageries électroniques \* Confidentialité des échanges

(1) CEDH 2 avr. 2015, n<sup>os</sup> 63629/10 et 60567/10, *Vinci construction et GTM génie civil c/ France*, disponible à l'adresse suivante : [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-153318#{"itemid":\["001-153318"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-153318#{).

(2) Depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, ce sont « [l]es agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence » qui sont habilités à réaliser les opérations de visite et saisie en application de l'article L. 450-1 du code de commerce.

(3) Crim. 8 avr. 2010, n<sup>os</sup> 08-87.415 et 08-87.416.

(4) CEDH, 21 déc. 2010, n° 29408/08, *Canal Plus (Sté) c/ France* (16).

(5) CEDH 21 déc. 2010, n° 29613/08, *Sté Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz c/ France*.

(6) V. not., parmi de nombreux exemples, CEDH, 16 avr. 2002, n° 37971/97, *Colas Est (Sté) c/ France*, AJDA 2002. 500, chron. J.-F. Flauss (16) ; D. 2003. 527 (16), obs. C. Birsan (16) ; *ibid.* 1541, obs. A. Lepage (16), *Sociétés Colas Est e.a c/ France* et CEDH, 21 févr. 2008, n° 18497/03, *Ravon c/ France* (16).

(7) Ce principe d'insaisissabilité est d'ailleurs rappelé aux articles 2.1 et 2.2 du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat.

(8) Italique ajouté.

(9) Rapport d'expert sur les modalités techniques utilisées par les enquêteurs de l'Autorité en matière de saisie de documents électroniques, 28 août 2011, p. 15 et 28.

(10) Crim. 11 janv. 2012, n° 10-85.452.

(11) On peut lire la chose suivante sur le site Internet de Mlex : « *N.B. 02/05/2012 Following a request from the French competition authority to remove this report, the document has been taken offline pending a review into whether Mlex is within its rights to make the document available* ».

(12) Sauf erreur de notre part, il nous semble qu'à ce jour aucun texte de ce genre n'existe, sauf à considérer que le récent article d'A. Marie (*Les enquêtes réalisées par les agents de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles : point d'actualité après la réforme de l'ordonnance du 13 novembre 2008*, RJDA 10/14, p. 707 [1<sup>re</sup> partie] et 11/14, p. 777 [2<sup>e</sup> partie]) constitue une prise de position « officielle » engageant les services d'enquête de l'Autorité.

(13) Commission européenne, 18 mars 2013, Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation n° 1/2003, disponible à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory\\_note.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf).

(14) Trib. UE, 14 nov. 2012, n° T-140/09, *Prysmian*.

(15) Italique ajouté.

(16) Italique ajouté.

(17) Commission européenne, 18 mars 2013, *Explanatory note to an authorisation to conduct an inspection in execution of a Commission decision under Article 20(4) of Council Regulation n° 1/2003*, disponible à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory\\_note.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf).

(18) Un observateur avisé relevait d'ailleurs récemment que « plus de 300 décisions ont été rendues [en matière d'opérations de visite et saisie en droit de la concurrence], dont les apports sont importants tant en ce qui concerne la légalité des autorisations délivrées par les juges des libertés et de la détention que pour les contestations du déroulement de ces opérations », A. Marie, article préc., note 12.

(19) V. not., pour des exemples de refus de transmission, Crim. 19 oct. 2011, n° 10-88-184 QPC et 27 juin 2012, n° 12-90.028 QPC.