

PROFESSIONS RÉGLEMENTÉES ET DROIT DE LA CONCURRENCE. La Commission européenne, les autorités françaises et belges de concurrence ont clairement indiqué que le contrôle du respect par les ordres et les associations professionnelles des règles de concurrence était une priorité. S'ajoutent à cette annonce, la prochaine publication par l'Autorité française d'une étude consacrée aux professions réglementées, la prochaine entrée en vigueur de la directive ECN+ qui prévoient des sanctions renforcées, la transposition de la directive proportionnalité et les récentes condamnations prononcées en Belgique contre un ordre de santé. Autant de raisons de rester particulièrement attentifs au droit de la concurrence.

DALDEWOLF dispose d'une expertise approfondie en matière de programmes de compliance concurrence dédiés aux professions réglementées. En cette période particulière de confinement, nous vous proposons de faire régulièrement le point sur des aspects qui doivent retenir l'attention des Ordres professionnels, des associations et des syndicats professionnels.

D'autres sujets seront prochainement évoqués. N'hésitez pas à nous faire part de vos observations ou suggestions.

LE RISQUE CONCURRENCE ET LA RESTRICTION DES DROITS DE LA DÉFENSE DURANT LES OPÉRATIONS D'ENQUÊTES. (15 AVRIL 2020).

La période que nous traversons n'est sans doute guère propice, faible consolation, à la tenue d'enquêtes concurrence dans les locaux professionnels. Ce n'est qu'un répit. Vous ne l'ignorez pas, l'ADLC en France a placé parmi ses priorités pour 2020 le contrôle du respect par les associations, ordres et syndicats professionnels des règles de concurrence. Elle a prévu, toujours en 2020, la publication d'une étude consacrée aux professions réglementées. En Belgique, la condamnation à deux de reprises de l'ordre des pharmaciens témoigne de l'activité de l'autorité belge en la matière. L'entrée en vigueur de la directive de ECN+ qui devra être transposée le 4 février 2021 au plus tard va conduire à exposer les professions réglementées à des sanctions beaucoup plus lourdes et plus dissuasives¹.

Et par ailleurs, c'est l'objet de cette brève communication, les droits de la défense des personnes morales (entreprises comme associations professionnelles) faisant l'objet de mesures d'enquête se réduisent comme peau de chagrin. En témoignent deux actualités importantes en droit français et en droit de l'Union européenne.

Les règles sont a priori claires. Les opérations de perquisitions dans les locaux d'un ordre, d'une association ou d'un syndicat professionnel et la saisine de certains documents doivent respecter les droits de la défense². En théorie, seuls les documents dont il est établi qu'ils sont pertinents pour l'objet et le but de l'enquête peuvent être intégrés dans le dossier. De même, la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client s'oppose à ce que les enquêteurs prennent connaissance du contenu de ces communications.

Pour autant, dès lors qu'ils contiennent des éléments au moins en partie utiles à l'enquête, les enquêteurs peuvent valablement procéder à la saisie globale de fichiers informatiques comme des messageries³. Aussi, certaines perquisitions donnent lieu à des saisies globales et indifférenciées de fichiers hétérogènes, de sorte que l'identification et l'individualisation immédiate de certains documents saisis par l'entreprise visitée devient, en pratique, impossible.

Dans ce cas, le recours à la procédure de scellé provisoire met l'entreprise en mesure de faire connaître aux enquêteurs les pièces qui, d'après elle, ne rentrent pas dans le champ de l'enquête ou sont couvertes par la confidentialité des échanges avec l'avocat et ainsi rapidement extraire les documents ou supprimer les fichiers de messagerie dans lesquels ils figurent⁴.

¹ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, OJ L 11, 14.1.2019, p. 3–33

² Voir en ce sens Cass Crim (fr.) 24 avril 2013, pourvoi n° 12-80331; CJUE, arrêt du 21 septembre 1989, Hoechst/Commission, 46/87, ECLI: ECLI:EU:C:1989:337

³ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 21 mars 2017, Janssen-Cilag c/ France, n° 33931/12
En France : article L450-4 du code de commerce (faisant référence à l'article 56 du code de procédure pénale)

⁴ En France : article L450-4 du code de commerce (faisant référence à l'article 56 du code de procédure pénale); au niveau européen : article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1–25

Un arrêt de récent de la Cour de cassation française et des conclusions de l'avocate générale Kokott dans une affaire pendante devant la Cour de justice viennent à notre sens raboter un peu plus ces droits de la défense.

1. FRANCE : LA DIFFICILE INDIVIDUALISATION DES DOCUMENTS PLACÉS SOUS SCÉLLÉS PROVISOIRES

Dans un arrêt du 4 mars transposable aux enquêtes de concurrence, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation française s'est prononcée sur la constitution de scellés provisoires⁵.

En l'espèce, les autorités françaises avaient saisi plus de 465 000 courriels et 10 giga-octets d'information lors d'opérations de visites dans les locaux de la société Renault. Cette dernière avait alors contesté la saisie de 25 000 courriers électroniques concernant des échanges avec ses avocats ainsi que la procédure de mise sous scellé provisoire de ces documents sans faire procéder à l'inventaire des pièces immédiatement avant leur saisie.

L'entreprise dénonçait notamment l'utilisation de la procédure de scellés provisoires, qui, selon elle, en augmentant considérablement la masse de données appréhendée par les enquêteurs, rendait difficile voire impossible la vérification des pièces devant être distraites de la saisie et ce, tant par la personne visitée que par le juge. Elle soutenait également que le caractère insécable des messageries informatiques rendait matériellement impossible la réalisation d'inventaires sélectifs des correspondances électroniques saisies.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a rejeté l'ensemble des prétentions soulevées et validé la procédure de scellé provisoire utilisée par les enquêteurs. Elle a notamment relevé QUE la société Renault n'avait pas mis les enquêteurs en mesure d'expurger les scellés provisoires puisqu'elle n'avait fourni que partiellement les informations qui lui était demandées d'indiquer dans un tableau numérique mis à sa disposition, dès le jour des opérations. De plus, le juge, a rappelé que les messageries électroniques doivent être considérées comme insécables et indivisibles, afin notamment de préserver l'authenticité et l'intégrité des éléments de preuves saisies⁶. Enfin, il a considéré que, compte tenu des circonstances de l'espèce et notamment de la taille de l'entreprise, les mesures de saisies n'étaient ni massives ni indifférenciées, ni disproportionnées au but recherché.

2. COUR DE JUSTICE : LA POSSIBILITÉ DE CONSTITUER DES SCÉLLÉS PROVISOIRES SANS ANALYSE PRÉALABLE

Au niveau européen, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a récemment été invitée à trancher la question de savoir si les agents de la Commission européenne ont le pouvoir, ou non, de faire des copies des données saisies sur place, puis de rechercher ultérieurement, dans leurs propres locaux à Bruxelles, si elles contiennent des documents pertinents pour l'objet et le but de l'inspection en cause, afin de les verser ensuite au dossier⁷.

Dans l'affaire dites des câbles électriques, la société Nexans ayant fait l'objet d'une inspection reproche en effet à la Commission d'avoir copié des données sans avoir vérifié au préalable si elles étaient pertinentes pour l'objet et le but de l'inspection puis d'avoir emporté ces copies dans ses locaux à Bruxelles pour les analyser ultérieurement, sans autorisation.

Dans ses conclusions rendues le 12 mars 2020, l'Avocate Général Kokott propose à la Cour de distinguer entre la phase de saisie (constitution des scellés provisoires) et la phase d'exploitation des données (versement au dossier). Selon elle, la Commission serait autorisée, à réaliser des copies de données à titre d'étape intermédiaire en vue de l'analyse des données concernées⁸. Cette pratique ne porterait pas atteinte aux droits de la défense dès lors qu'aucune donnée n'est finalement versée au dossier sans que sa pertinence pour l'objet de l'inspection en question ait été vérifiée au préalable et que toutes les autres données sont effacées après ce tri. Aussi, les enquêteurs n'auraient pas à justifier la nécessité d'une telle mesure mais seulement son caractère approprié aux fins de l'inspection en cause⁹.

⁵ Cass. crim. (fr.), 4 mars 2020, pourvoi n° D 18-84.071 F-D

⁶ Voir en ce sens Cass fr., 29 juin 2011, pourvoi n°10-85.479

⁷ CJUE, Concl. AG Kokott, 12 mars 2020, aff. C 606/18 P, Nexans France et Nexans c. Commission, ECLI:EU:C:2020:207

⁸ En vertu du règlement n° 1/2003 précité, Article 20, paragraphe 2

⁹ Voir en ce sens T. BONTINCK et A. GUILLERME, « Janssen Cilag SAS c. France : le faible encadrement des 'perquisitions concurrence' par la Cour européenne des droits de l'homme », Journal de droit européen, 2017 ; et « L'encadrement timide des 'perquisitions concurrence' par la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, n°105/2016, p.261.

Selon l'Avocate Générale, le transport de données sous scellés assurerait la continuité entre l'inspection qui a débuté dans les locaux de l'entreprise et celle qui s'est poursuivie dans les locaux de la Commission. Les enquêteurs n'auraient alors plus l'obligation d'examiner les documents au moment même de la saisie dans les locaux de l'entreprise. Reste à savoir si la cour suivra son avocate générale.

Ainsi, l'actualité jurisprudentielle tant française qu'européenne montre que si la procédure des scellés provisoires permet aux enquêteurs de procéder à des saisies globales et de limiter l'analyse des preuves au moment de l'opération, il revient toujours à l'entreprise visitée d'identifier précisément les éléments dont la saisie est contestée et d'en justifier l'extraction. L'encadrement des modalités d'appréhension et d'analyse des données saisies constitue donc un enjeu primordial pour le respect effectif des droits de la défense dans le cadre de ces procédures.

Personne ne remet en cause que des solutions pratiques doivent être mises au point pour permettre la gestion des flux de données expurgées lors des enquêtes concurrence, mais ces solutions pratiques peuvent-elles se développer au mépris des droits de la défense des organisations qui font l'objet de l'enquête? Peut-on admettre que les procédures de mises sous scellés provisoires ne deviennent que des alibis pour permettre en aval aux enquêteurs d'examiner des documents auxquels le secret professionnel de l'avocat ou le caractère hors champ ne devrait pas leur donner accès?

La reconnaissance par les plus hautes juridictions nationales et internationales, il y a plusieurs années à présent, du caractère non sécable des messageries électroniques reste à cet égard interpellante pour les droits de la défense. Les avocats et les professionnels du droit impliqués dans la défense des organisations professionnelles ou des entreprises faisant l'objet d'enquêtes doivent se donner les moyens d'obtenir, tant durant les opérations de perquisitions que lors de l'ouverture des scellés, de pouvoir participer activement au tri des documents et à l'écartement des pièces hors champ ou couvertes par le secret professionnel. De leur côté, les organisations professionnelles, les ordres et les syndicats doivent acquérir la discipline d'une identification claire de l'objet de leur correspondance et particulièrement lorsque celles-ci préparent un entretien avec un avocat, s'adresse à un avocat ou constitue la consultation d'un cabinet. Ces identifications claires doivent permettre l'écartement immédiat de ces pièces. Ce sont des réflexes à acquérir lors des formations internes devenues de plus en plus indispensables.

THIERRY BONTINCK – THAÏS PAYAN

tbo@daldewolf.com - tpa@daldewolf.com

Avocats aux barreaux de Bruxelles et de Paris