

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/25146/droit-d-opposition-en-matiere-de-visites-domiciliaires-versus-obligation-de-soumission-aux-inspections-l-improbable-conciliation-a-l-aune-de-l-obstruction>

Droit d'opposition en matière de visites domiciliaires versus obligation de soumission aux inspections : l'improbable conciliation à l'aune de l'obstruction

19 décembre 2019

Un article de Revue Lamy de la Concurrence

Lorsqu'elles font l'objet de visites domiciliaires inopinées à raison de suspicion de pratiques anticoncurrentielles, les entreprises ont l'obligation de collaborer avec les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence ou ceux de la Commission de l'Union européenne. À cette occasion, elles disposeraient néanmoins, à s'en tenir à un récent arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, d'un droit d'opposition. Son domaine, aussi restreint qu'incertain, questionne sur l'effectivité d'un tel droit, au regard notamment d'une affaire récente ayant donné lieu à sanction au titre de l'obstruction à enquête par utilisation inappropriée de l'outil informatique, en l'espèce une messagerie électronique, durant l'investigation.

Dans une analyse à paraître à la Revue Lamy Concurrence n° 89 du mois de décembre 2019, Jean-Michel Vertut, Avocat au barreau de Montpellier et Chargé d'enseignement à l'Université, se propose d'examiner si en pratique et notamment à l'occasion des investigations portant sur les supports numériques, il pourrait exister un réel point d'équilibre entre le droit (d'opposition) et l'obligation (de se soumettre aux inspections) précités, notamment en considération du risque d'obstruction à enquête, dont l'actualité récente nous a procuré quelques illustrations. Autrement présenté, les entreprises pourraient-elles, sans trop risquer la sanction au titre de l'obstruction, faire sereinement valoir leur droit d'opposition, voire adopter certains comportements qui ne seraient finalement que l'expression de ce droit ?

•



• • •
Jean-Michel VERTUT, Avocat au barreau de Montpellier et Chargé d'enseignement à l'Université

Dans un arrêt du 13 juin 2019 destiné à être publié au Bulletin, la chambre criminelle a précisé que les personnes visitées sont dotées d'un droit d'opposition, dont le simple exercice, dans un certain contexte et une certaine mesure, n'est pas sanctionnable au titre de l'obstruction.

A peine un mois plus tôt, dans une espèce que les praticiens désignent comme l'affaire « Akka » (décision n°19-D-09 du 22 mai 2019), l'Autorité sanctionnait une entreprise pour, en

cours d'une enquête lourde, avoir entre autres provoqué l'altération du fonctionnement d'une messagerie, plus précisément de la réception des courriels.

Pour tenter de répondre à la problématique de l'équilibre éventuel entre les droit et obligations en présence, Jean-Michel Vertut s'intéresse d'abord dans une première partie de son analyse ici non reproduite, à l'intensité du droit d'opposition évoqué par la Cour de cassation, pour ensuite imaginer s'il est envisageable d'articuler ce droit avec la jurisprudence récente rendue en matière d'obstruction à raison de manquements à l'obligation de soumission lors des inspections, essentiellement sur le terrain des saisies « informatiques ».

A titre de synthèse intermédiaire des développements spécifiquement consacrés au droit d'opposition et qui tiennent lieu de I. de l'analyse parue en version intégrale à la Revue Lamy Concurrence, l'auteur se dit réservé quant au caractère protecteur du droit à opposition, même exercé de manière non abusive et/ou sans obstruction évidente, par référence à l'arrêt du 13 juin précité.

L'opposabilité aux enquêteurs de ce droit en méconnaissance des subtilités tenant à sa mise en œuvre, à l'effet par exemple de s'opposer carrément à la visite, de la contrarier ou de distraire de son périmètre certaines informations notamment sur supports informatiques, lui apparaît comme une option des plus aventureuse au regard de l'obligation qu'ont les entreprises de se soumettre aux enquêtes.

Car l'approche extensive de l'obstruction se confirme, notamment en droit national, comme à l'occasion de la récente décision n°19-D-09 de l'Autorité de la concurrence rapportée ci-dessous, qui réduit considérablement la marge de manœuvre des entreprises enquêtées et qui semble confiner le droit d'opposition dans un registre assez virtuel : c'est l'objet de la deuxième partie de sa chronique, ci-dessous reproduite.

II. – Obligation de soumission à visite domiciliaire et risque d'obstruction.

L'appréciation de ce qui relève d'une correcte exécution de l'obligation de soumission ne va pas toujours de soi, alors que les pratiques d'obstruction aux investigations ou à l'instruction de procédures ouvertes devant les autorités de concurrence sont de nature à les mettre en échec et sanctionnables en elles-mêmes en tant qu'infractions procédurales, tant en droit de l'Union qu'en droit interne.

Ce n'est toutefois pas, bien évidemment, l'aveu ou le *mea culpa* qui est attendu de l'entreprise visitée : les visites et saisies inopinées auprès des entreprises suspectées d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ne préjugent pas de la culpabilité des entreprises concernées par les pratiques présumées, que seule une instruction au fond permettra le cas échéant d'établir.[\[43\]](#)

Pourtant, sous le poids de la menace de possibles griefs et moyennant des comportements que l'on pourrait mettre sur le compte d'un réflexe de protection ou de dissimulation, certaines entreprises pourraient avoir tendance à adopter des pratiques qui pourront par la suite leur être reprochées, car constitutives de manquements à l'obligation de se soumettre aux exigences de la visite domiciliaire. Elles s'exposent ainsi et immédiatement à des déboires au seul plan de la procédure d'enquête, avant même tout traitement au fond de leur dossier.

À défaut d'une délimitation précise et concrète du périmètre de l'obligation de soumission ou de coopération à la charge de l'entreprise lors des visites, nous opterons pour une approche de son périmètre adjacent ou d'un « co-périmètre ». Entendre par cette expression assez peu heureuse le domaine de l'obstruction, qui stigmatise déjà plus précisément les comportements à éviter. Quel est au plan théorique ce domaine ? Comment se voit-il abondé en pratique ? Voyons cela.

A. – Un domaine extensible

Au niveau des enquêtes en droit de l'Union et bien qu'ancien[\[44\]](#), le dispositif de sanction de

l'obstruction s'est vu considérablement alourdi il y a une bonne quinzaine d'année avec le règlement 1/2003.

L'article 23 §1 de ce règlement a en effet prévu la possibilité pour la Commission de sanctionner les entreprises qui ne coopèreraient pas dans le cadre d'inspections. Le point c) du §1 de l'article 23 « Amendes » du règlement 1/2003 dispose que « *1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque, de propos délibéré ou par négligence : (...) c) elles (...) ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4* ». Certaines entreprises ont eu depuis lors l'occasion d'expérimenter le dispositif en matière d'enquête visant, entre autres, les supports informatiques.

Outre l'affaire *EPH* brièvement évoquée ci-dessous, traitant du refus d'immobilisation des messageries ou de détournements de courriels « entrants » pendant l'inspection (courriels arrivés pendant l'inspection)[\[45\]](#), la Commission a récemment ouvert, en septembre 2018, une procédure pour obstruction à l'encontre d'une entreprise du secteur ferroviaire slovaque. Il était reproché à cette dernière d'avoir fourni, durant l'inspection, des informations inexactes sur l'emplacement de l'ordinateur portable de l'un de ses salariés, de même que de n'avoir pas fourni les données requises provenant de cet ordinateur portable, du fait qu'elle aurait autorisé que ce dernier fasse l'objet d'une réinstallation, ce qui avait conduit à une perte irrémédiable des données stockées[\[46\]](#). Un regard furtif sur les procédures engagées au-delà des frontières de l'Union permet aussi d'enrichir le catalogue des pratiques qui pourraient probablement constituer, en France, une obstruction[\[47\]](#).

Au plan des investigations sur le fondement de notre droit national et jusqu'à l'intervention de l'ordonnance de 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence[\[48\]](#), l'obstruction à instruction faisait l'objet d'une sanction de nature pénale dont les montants s'avéraient peu dissuasifs[\[49\]](#). L'ordonnance précitée a alors modernisé le dispositif applicable en cas d'obstruction prévu à l'article L. 450-8 du code de commerce, en le dépénalisant et en l'alignant sur celui prévu par le droit communautaire. Une telle approche a ainsi rendu possible un traitement direct des cas d'obstruction, tout en proportionnant la sanction encourue à la nature du manquement commis, au lieu d'avoir à recourir en toute hypothèse à l'arme lourde du délit d'opposition à fonction, qui imposait auparavant l'ouverture d'une enquête pénale et la saisine du parquet, le juge n'ayant dorénavant vocation à intervenir que lorsque l'obstruction persisterait[\[50\]](#). Ainsi, le deuxième alinéa du point V de l'article L. 464-2 du code de commerce instaure une sanction pécuniaire pouvant atteindre 1 % du chiffre d'affaires, « *lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées (...)* ». À notre connaissance, il aura toutefois fallu attendre fin 2017 pour voir ce dispositif appliqué par l'Autorité de la concurrence. Sa mise en œuvre s'est d'abord effectuée en dehors de visites domiciliaires et hors saisies informatiques[\[51\]](#) puis, en mai 2019, à raison de pratiques d'obstruction visant le fonctionnement de la messagerie électronique d'une entreprise visitée[\[52\]](#). Cette deuxième application du dispositif découle d'événements intervenus à l'occasion du déroulement de visites et saisies ordonnées fin octobre 2018 sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, par le juge des libertés et de la détention du TGI de Nanterre. Ce dernier avait autorisé le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence à faire procéder à des visites sur un site à Boulogne-Billancourt et, moyennant délivrance d'une commission rogatoire au juge des libertés et de la détention du TGI de Bordeaux, sur un site à

Mérignac. Les visites autorisées ont été marquées par deux incidents : un bris de scellés sur le site de Boulogne et une altération du fonctionnement d'une messagerie, plus précisément de la réception des courriels[53]. L'Autorité y donne une délimitation selon nous assez extensive de la pratique d'obstruction, ce qui ne va pas sans poser quelques fiévreuses questions sur le comportement – adéquat ou non – des entreprises à l'occasion notamment d'enquêtes « informatiques ».

B. – Un domaine étendu

Au plan des principes, l'Autorité rappelle en l'espèce que l'infraction d'obstruction est une « *infraction autonome* », définie par la loi, sanctionnant le non-respect des obligations qui pèsent sur l'entreprise faisant l'objet d'une investigation ou d'une instruction. En cas de méconnaissance de ces obligations procédurales, l'entreprise s'expose à une sanction qui tend à garantir l'efficacité des pouvoirs d'enquête dévolus aux services d'instruction par les articles L. 450-1 et suivants du code de commerce, aux fins de rechercher et de constater, notamment, les infractions aux dispositions des articles 101 et 102 TFUE et L. 420-1 et L. 420-2 dudit code[54].

Selon l'Autorité, l'obstruction visée par l'article L. 464-2 du code de commerce « (...) *peut "notamment" résulter de la fourniture par l'entreprise de renseignements incomplets ou inexacts, ou de la communication de pièces incomplètes ou dénaturées* »[55].

Mais, comme rappelé par l'Autorité, le domaine de l'obstruction ne se réduit pas aux seules situations visées dans l'article : « *Dans un souci d'explicitation, le législateur a estimé utile de préciser certains des cas dans lesquels une obstruction pourrait être, le cas échéant, constatée par l'Autorité. Cette énumération n'est toutefois pas limitative et l'obstruction recouvre tout comportement de l'entreprise tendant, de propos délibéré ou par négligence, à faire obstacle ou à retarder, par quelque moyen que ce soit, le déroulement des investigations ou de l'instruction. Tel est bien le cas, sans contestation possible, des pratiques visées en l'espèce, qu'il s'agisse du bris de scellé ou de l'altération de réception de courriels sur le compte d'un salarié au cours d'une OVS* »[56].

Le domaine de l'obstruction est donc interprété de façon large, à partir d'un cas d'espèce de dissimulations qui, selon l'Autorité, ont été constitutives d'une altération du fonctionnement d'une messagerie qu'elle a d'ailleurs qualifié de « *manœuvres* »[57]. De quoi était-il question, précisément, pour que l'Autorité en vienne à employer ce qualificatif ?

Les agents de l'Autorité avaient relevé durant la visite que des salariés avaient fait obstacle à la réception de courriels sur la messagerie d'un de leurs collègues, notamment pendant la fouille sommaire de son ordinateur, le faisant ainsi sortir de la « *chaîne de courriels active au moment de l'opération* »[58] ou de « *la chaîne active des destinataires au moment de l'opération* », afin de ne pas attirer l'attention des agents sur ces messages[59]. Concrètement et sur les consignes du salarié visité, responsable hiérarchique[60], il avait été question pour un salarié présent dans les lieux visités mais non personnellement visé par les recherches des enquêteurs et autorisé à conserver et utiliser son ordinateur, de convenir avec d'autres salariés situés sur d'autres sites, de ne plus mettre en copie de leurs échanges la personne dont l'ordinateur faisait l'objet d'une fouille sommaire, alors que ce dernier l'avait été depuis le début des investigations.

À la différence d'un bris de scellé, le comportement des personnels de cette entreprise, bien qu'inapproprié avec le recul, pourrait se comprendre : on imagine mal ces salariés, en connaissance de cause, continuer à adresser à leur collègue visité des messages à caractère le cas échéant anticoncurrentiel. La coopération à l'enquête peut-elle tout de même avoir quelques limites ou faut-il commettre ou continuer à commettre, sous les yeux mêmes des enquêteurs, ce qui pourrait le cas échéant, après analyse au fond des données saisies, s'apparenter à un flagrant délit de pratique anticoncurrentielle ? Mais il y eu là, tout de même,

obstruction. En outre et si en l'espèce l'incident d'altération s'est rapporté au seul compte de messagerie du salarié visité et donc aux seuls courriels entrants dans sa boîte aux lettres électronique, ou qui auraient dû y entrer s'ils y avaient été adressés en l'absence des manœuvres[61], l'on peut toutefois s'inquiéter, au détour d'un passage de la décision, de relever qu'« *il est par conséquent établi que ces comportements constituent une entrave volontaire au bon déroulement de l'OVS qui se déroulait sur le site de Mérignac* »[62]. La nécessité d'un « *bon déroulement de l'OVS (...) sur le site* » et l'impératif d'efficacité des pouvoirs d'enquêtes, combinés à une définition accueillante de la pratique d'obstruction, peuvent-elles – voire doivent-elle – conduire à l'immobilisation par ailleurs, durant toute la visite, de la totalité des moyens et ressources de l'entreprise, quand bien même ces derniers n'auraient-ils pas été ciblés et jusqu'à ce qu'ils le soient le cas échéant ?

La question peut se poser sous l'angle de la protection du droit à ne pas s'auto-incriminer, à tout le moins s'agissant du comportement des salariés émetteurs de courriels qui ne seront pas parvenus à un collègue visité, faute de lui avoir été adressés.

Par transitivité, la notion « *chaîne de courriels active au moment de l'opération* » transforme ces salariés, pourtant non personnellement concernés par la visite, en maillons de ladite chaîne et ce faisant en acteurs, voire co-auteurs, de l'obstruction. La sanction du détournement délibéré du « *fonctionnement d'une messagerie dans le but avoué d'en limiter l'accès aux enquêteurs, alors même que cette messagerie était en cours d'investigation* »[63], pour une « *chaîne de courriel active au moment de l'opération* »[64], laquelle comprend tous les courriels échangés (expédiés ou réceptionnés) par un groupe de salariés pendant la visite, ne conduit-il pas à devoir entendre qu'il y a aussi obstruction en cas de suppression de tout élément de cette chaîne de courriels contenus dans la boîte des courriels envoyés depuis la messagerie « *sortante* » (voire même ceux qui auraient été placés dans la boîte des éléments supprimés avant même la visite) ? Il y a là matière à préoccupation.

L'approche de l'Autorité ne va certes pas sans rappeler celle de la Commission dans l'affaire *EPH*. Il était en l'espèce question de pratiques de défaut du maintien des blocages de comptes de messageries pour en garantir l'accès exclusif aux inspecteurs pendant l'inspection, mais aussi de détournement des courriels entrants vers un serveur[65].

Pourtant, la proximité des reproches adressés aux entreprises impliquées dans les deux affaires, respectivement par la Commission d'une part, l'Autorité d'autre part, tient à des faits qui ne nous semblent pas si identiques. Dans cette précédente affaire communautaire, il était en effet question d'une obstruction au regard de la définition qu'en donne le règlement 1/2003. Le Tribunal de l'Union, rappelant le devoir de coopération de l'entreprise visitée lors d'une inspection, décidait qu'« *il suffit, aux fins de l'application de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 1/2003, que les courriels détournés soient couverts par la décision d'inspection* »[66]. Mais à mieux se pencher sur les pratiques relevées, celles de l'affaire communautaire divergent de celles examinées plus récemment par l'Autorité de la concurrence. En effet, dans la procédure de la Commission, ce sont les flux « *entrants* » qui, après une émission vers les comptes « *saisis* », en ont été distraits moyennant modification des paramétrages de comptes de messageries temporairement mis sous le contrôle exclusif des inspecteurs de la Commission, afin que les courriels adressés à leur destinataire ne soient plus mis à la disposition des inspecteurs[67]. Or, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 19-D-09, les messages n'ont pas été adressés au sujet personnellement désigné par les enquêteurs à l'occasion de la recherche, suite à la décision des émetteurs des messages de cesser de lui adresser des courriels[68]. Bien que l'Autorité n'ait pas manqué de souligner que « *même si l'infraction notifiée n'a pas pour fondement le règlement n° 1/2003 mais le*

*deuxième alinéa du V de l'article L. 464-2 du code de commerce, rien n'interdit de se référer à la pratique de la Commission européenne, telle que validée par les juridictions européennes, celle-ci poursuivant les mêmes objectifs que l'Autorité », les deux affaires ne se distinguaient-elles pas suffisamment à raison de ce que l'une traitait de l'altération de la continuité d'une « réception » des courriels par leur détournement (affaire *EPH*), alors que l'autre (affaire *Akka*) traite de la continuité d'une « émission » à l'attention d'un destinataire donné. Cette distinction est-elle si insignifiante au point de devoir transposer la solution communautaire ou de ne pouvoir interrompre un flux d'émission afin de ne pas encourir l'obstruction ? Si l'on tentait le rapprochement avec la solution de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 juin dernier[69], y aurait-il assurément, dans l'affaire *Akka* une obstruction « évidente » ou serait-il permis d'en douter ? Il y a matière à réflexion.*

Toujours est-il que l'affaire n° 19-D-09, s'agissant des investigations menées sur les outils informatiques utilisés par les entreprises, traduit une approche extensive du domaine de l'obstruction en droit national. Pourtant, malgré une définition qu'elle veut très accueillante des pratiques d'obstruction, l'Autorité cantonnera en l'espèce son reproche à la réception des courriels sur le compte de messagerie du salarié ciblé lors de l'engagement des visites[70]. En sera-t-il toujours ainsi ? L'infraction est, quoi qu'il en soit, retenue.

Remarques conclusives

Les deux décisions visées en tête de commentaire, issues d'une actualité récente, donnent le sentiment de souffler le chaud et le froid sur l'épineuse question de la marge de manœuvre dont disposent les entreprises – entendre par cela leur degré de collaboration – à l'occasion d'investigations visant notamment leurs supports informatiques ou ceux mis à leur disposition par leur groupe d'appartenance.

Droit d'opposition ou pas, la montée en puissance dans l'application du dispositif de lutte contre l'obstruction, rapproché à des réactions inappropriées et non maîtrisées lors des visites domiciliaires afin de dissimuler des éléments potentiellement compromettants et saisissables, fera toujours craindre l'irritation des enquêteurs et une éventuelle qualification en comportement obstructif.

Pour l'heure, les entreprises souhaitant se préparer à l'éventualité d'une visite domiciliaire pourront, à la faveur de la grille d'analyse procurée par les affaires ici évoquées, affiner la teneur des directives délivrées à leurs personnels quant aux comportements à adopter en cas d'investigations. Tenant la montée en puissance dans l'application du dispositif, il semble à tout le moins qu'il soit souhaitable de rajouter dans la liste des réflexes à développer au sein des entreprises, celui d'éviter de jouer au plus rusé avec les enquêteurs.

Jean-Michel VERTUT

[43] V. par ex., Aut. conc., Communiqué « Opérations de visite et saisie dans le secteur des services d'ingénierie, de maintenance, de démantèlement et de traitement des déchets d'installations nucléaires », 13 févr. 2019.

[44] Sous l'empire du règlement 17/62, premier règlement d'application des articles 101 et 102 (alors articles 85 et 86), le montant de la sanction au titre de l'obstruction était prévu par l'article 15 §1. Il était compris entre 100 à 5 000 écus (à ce jour euros), lorsque, de propos délibéré ou par négligence, les entreprises ou associations d'entreprises ne se soumettaient pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prises en application de l'article 14 §3 du

règlement (*i.e.* aux inspections). Le montant des sanctions a donc été considérablement revu à la hausse avec le règlement 1/2003.

[45] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 39.

[46] Comm. UE, communiqué de presse, 25 juillet 2019, n° IP/19/4671. La clôture de cette procédure est intervenue à l'issue d'un examen approfondi de l'ensemble des éléments de preuve, y compris la réponse de ZSSK à la communication des griefs et l'audition (v. sur la communication des griefs, v. Comm. UE, communiqué de presse, 25 sept. 2018, n° IP/18/5905).

[47] Bien que non fondée sur la réglementation européenne en matière d'enquête et que la pratique incriminée ne mette pas en jeu les supports informatiques, nous signalerons à titre d'illustration supplémentaire de comportements qualifiables en obstruction, une décision de mars 2019 de l'autorité nationale de concurrence britannique (CMA), à raison de dissimulation de documents réclamés par les enquêteurs (des carnets de notes plus anciens que ceux remis lors de la visite et dont il avait été indiqué qu'ils avaient été détruits, alors que tel n'était pas le cas puisque ces documents avaient été extraits des lieux visités, durant les inspections – en l'occurrence au domicile d'un autre employé – à la demande d'un salarié visité) : <https://www.gov.uk/cma-cases/musical-instruments-and-equipment-suspected-anti-competitive-agreements-50565-3>. Dans cette même affaire, v. « *Penalty notice under section 40A of the Competition Act 1998, Musical instruments and equipment: suspected anti-competitive agreements, Case: 50565-3 addressed to : Fender Musical Instruments Europe Limited – 20 March 2019* ». La dissimulation pourrait aussi probablement, en d'autres situations, concerner des supports numériques, indépendamment du support sur lequel les informations sont stockées, qu'il s'agisse d'ordinateurs portables, de téléphones mobiles, d'autres dispositifs mobiles ou de stockage en nuage. À rapp. Dir. ECN+, consid. 30. V. aussi une information diffusée le 12 août 2019 : « [Colombia fines Uber more than \\$629,000 for obstructing regulatory visit](#) », J. Symmes Cobb, L. J. Acosta, L. Adler : comportements obstructifs de la société face aux demandes d'informations des enquêteurs (demande faite par l'entreprise Uber à ses employés de ne pas communiquer d'informations aux enquêteurs et blocage de l'accès aux ordinateurs de la société, durant des visites intervenues en octobre 2017). Deux employés du service juridique et un directeur se sont vus reprocher d'avoir collaboré à l'obstruction en l'ayant mise en œuvre ; ils se sont également vu reprocher une incomplétude dans l'exécution des demandes et des instructions formulées par les enquêteurs (déclarations évasives et incomplètes à propos de leurs rôles et de leurs fonctions dans l'entreprise, de leur connaissance de la structure sociétaire de Uber Colombia). Ces derniers sont donc personnellement sanctionnés, aux côtés de l'entreprise, en application de la réglementation locale. V. aussi « [Colombia antitrust regulator fines Uber for blocking probe](#) », Associated Press.

V. enfin, une publication du 11 décembre 2019 de l'autorité nationale de concurrence néerlandaise (ACM), annonçant une amende de 1,84 millions d'euros prononcée à l'encontre d'une entreprise visitée, dont les employés, en cours d'investigation, avaient quitté un groupe de discussion constitué sur le système de messagerie instantanée WhatsApp et effacé leurs conversations, qui auraient pu contenir des preuves en relation avec les investigations. Dans cette affaire, l'entreprise ayant reconnu les faits et pleinement coopéré aux investigations au sein du « matériel » effacé, et cela dans une mesure allant au-delà des exigences, la sanction initialement fixée à 2,3 millions a été diminuée de vingt pour cent :

<https://www.acm.nl/en/publications/acm-has-imposed-fine-184-million-euros-deleting-whatsapp-chat-conversations-during-dawn-raid>.

[48] Ord. n° 2008-1161, 13 nov. 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence.

[49] Dans sa version en vigueur avant l'ordonnance précitée, il était prévu : « *Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre* ».

[50] V. Cons. conc., avis n° 08-A-05, 18 avr. 2008, relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence, pt. 66. Signalons néanmoins que l'article L. 450-8 du code de commerce n'envisage pas le délit d'opposition à fonction en tant que subsidiaire de l'infraction procédurale d'obstruction au point V de l'article L. 464-2 du code de commerce. L'article L. 450-8 dispose en effet qu'« *est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents mentionnés à l'article L. 450-1 sont chargés en application du présent livre* ». En outre, le dispositif de sanction de l'article L. 464-2, V s'applique aussi dans le cadre d'enquêtes fondées sur l'article L. 450-3 du code de commerce.

[51] Obstruction tenant au manque de coopération et de fourniture des informations demandées par les rapporteurs en charge d'une instruction. Aut. conc., déc. n° 17-D-27, 21 déc. 2017 (Brenntag) ; recours pendant devant la cour d'appel de Paris. La sanction avait en l'espèce été lourde (30 millions d'euros). L'entreprise avait en effet transmis, avec des retards et délais conséquents, des informations incomplètes ou imprécises avant de refuser de communiquer les informations qui lui avaient été demandées à plusieurs reprises et qui étaient indispensables à la réalisation de l'enquête. Cette affaire illustre le fait que les pratiques d'obstructions visées à l'article L. 464-2, V, alinéa 2, ne se limitent pas aux comportements dans le cadre des seules enquêtes simples ou sous contrôle judiciaire, mais visent l'ensemble des investigations et instructions diligentées dans le cadre des procédures ouvertes devant l'Autorité.

[52] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc.

[53] L'entreprise s'est vue infliger une amende de 900 000 euros. La décision fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (source : site de l'Autorité de la concurrence).

[54] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 36.

[55] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 48.

[56] V. note ci-dessus.

[57] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 70.

[58] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 13.

[59] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 16.

[60] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 70.

[61] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pts. 18, 69 à 71.

[62] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 73.

[63] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 71.

[64] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 13.

[65] Déc. Comm. UE, 28 mars 2012, COMP/39793, EPH e.a., confirmée par Trib. UE, aff. T-272/12, 26 nov. 2014, EPH e.a./Commission, ECLI:EU:T:2014:995, pt. 53. Les pratiques constatées ont valu à l'entreprise une amende de 2,5 millions d'euros. V. Contrats, conc., conso. 2015, G. Decocq, Sanction d'une entrave aux inspections, comm. 42.

[66] Arrêt EPH préc., pt. 53.

[67] « *En ce qui concerne le détournement des courriels entrants (courriels arrivés pendant l'inspection) depuis les comptes de messagerie vers le serveur de J&T FG, la Commission estime que tant M. [J.] que M. [H.] savaient qu'ils devaient garantir aux inspecteurs de la Commission un accès exclusif aux quatre comptes de messagerie indiqués et qu'ils n'étaient donc pas autorisés à modifier les paramètres des comptes de messagerie pendant la durée de l'inspection. Aucune exception n'était prévue pour les courriels entrants qui seraient arrivés*

normalement sur les comptes ; ces courriels entrants étaient soumis à l'inspection en cours ainsi qu'aux instructions la concernant. M. [J.], qui a demandé à M. [H.] de donner ordre au département informatique de détourner les courriels entrants adressés à certains comptes de messagerie, et M. [H.] lui-même devaient savoir que cet acte constituait une violation des obligations qui incombent à EPIA et à EPH pendant l'inspection. Les courriels entrants ont donc été détournés (du moins en ce qui concerne le compte de messagerie de M. [J.]) de propos délibéré » (arrêt EPH préc., pt. 57, par référence au pt. 75 de la décision de la Commission).

[68] Il aurait été, peut-être, simplement préférable entre les autres participants à la chaîne de courriels et, au moins pendant la visite, de cesser sur le champ tout échange (sans autre manœuvre ou comportement. V. notamm. note 47 *in fine*, à propos des agissements sur une messagerie WhatsApp, en cours de visite).

[69] Voir I dans la version de l'article disponible sur Lamyline.

[70] Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pts. 70 et 71.