

RLC 3699

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



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

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⁽¹⁾, 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⁽²⁾. Les développements qui suivent ont pour objectif 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 et l'obligation précités, notamment en considération du risque d'obstruction à enquête, dont l'actualité récente nous a procuré quelques illustrations.

*Cass. crim., 13 juin 2019, n° 18-08.678, P+B+I ;
Aut. conc., déc. n° 19-D-19, 22 mai 2019*

(1) Cass. crim., 13 juin 2019, n° 18-08.678, sur rejet d'un pourvoi formé contre les ordonnances du premier président de la cour d'appel de Paris du 17 janvier 2018 : CA Paris, 17 janv. 20148, n° 17/06120 (recours de Casino Guichard-Perrachon et EMC Distribution contre les procès-verbaux de visite domiciliaire et de saisies du 20 au 21 février 2017 dans les locaux et dépendances sis à Paris ; recours contre les procès-verbaux de visite domiciliaire et de saisies du 20 au 24 février

2017 dans les locaux et dépendances sis à Vitry-sur-Seine) et CA Paris, 17 janv. 2018, n° 17/11229 (recours de Intermarché Casino Achats contre les conditions de visite domiciliaires et de saisies du 20 au 24 février 2017 dans les locaux et dépendances sis à Rungis, décision rendue le 9 février 2017 par la Commission européenne).

(2) Aut. conc., déc. n° 19-D-09, 22 mai 2019, relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par le groupe Akka.

Signalons à titre liminaire qu'à l'origine, il était question de compléter un bref commentaire⁽³⁾ d'actualité, visant la seule décision de l'Autorité de la concurrence n° 19-D-09 du 22 mai 2019. L'affaire traitait de visites et saisies qui avaient donné lieu à deux inconvénients. La première consistait en un bris de scellés. Nous ne reviendrons pas sur ce comportement, à bannir par-dessus tout, qui conduit directement à la sanction⁽⁴⁾. La deuxième, moins radicale, résidait dans l'altération du fonctionnement d'une messagerie, plus précisément de la réception des courriels. Alors que les technologies de l'immatériel ont ouvert le champ des possibles aussi bien en matière de stockage, de traitement, voire de manipulation de l'information, que d'accès pour les enquêteurs à des données névralgiques et parfois compromettantes pour les entreprises visitées, cette deuxième pratique méritait que l'on y dédie un commentaire.

Mais, trois semaines plus tard, il y eut cet arrêt de la Cour de cassation du 13 juin 2019 destiné à être publié au Bulletin. Cette deuxième affaire, par association d'idée, nous conduisit à élargir le champ de nos réflexions. La chambre criminelle précise en effet à cette occasion 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.

Nous décidions alors de réunir ces sujets interdépendants, avec comme ambition celle d'examiner si, notamment à l'occasion des investigations portant sur les supports nu-

mériques, il pourrait exister un réel équilibre entre le droit (d'opposition) et l'obligation (de se soumettre aux inspections) précités.

Autrement présenté, les entreprises pourraient-elles en pratique, 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 ?

Pour tenter de répondre à cette problématique, intéressons-nous donc d'abord à l'intensité de ce droit, pour ensuite le confronter à 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 ».

Notons que les réflexions d'ordre général ici présentées, en ce qu'elles portent sur l'articulation entre droit d'opposition et obligation de soumission à visite sur fond de risque d'obstruction, sont de notre point de vue transposables au-delà des seules enquêtes menées sur supports numériques.

I. – Droit d'opposition à visite domiciliaire : un droit affaibli par son domaine interstitiel et incertain

Apprécier la portée pratique de la solution de la Cour de cassation dans son arrêt du 13 juin 2019 implique quelques rappels sur le contexte factuel et procédural de l'affaire.

L'entame réside dans un recours contre des visites et saisies décidées par la Commission européenne sur le fondement du droit de l'Union⁽⁵⁾, puis autorisées sur le fondement du droit national⁽⁶⁾ par le juge des libertés et de la détention afin de permettre aux autorités nationales d'apporter, à titre préventif, leur concours aux agents de la Commission, par la mise en œuvre éventuelle de pouvoirs de contraintes en cas d'opposition des entreprises visitées. Mais revenons brièvement ci-après, sur ce mécanisme.

En l'espèce, la Commission européenne, ayant suspecté des échanges d'informations anticoncurrentiels entre l'entreprise Intermarché Casino Achats (Incaa)⁽⁷⁾ et d'autres entreprises, avait informé l'Autorité de la concurrence de son intention de les inspecter. La Commission

(3) Enquête et instructions P.A.C : appréciation extensive de l'obstruction, Lettre de la distribution, juin 2009. V. aussi, Visites et saisies : l'Autorité de la concurrence adopte une définition non restrictive de la pratique d'obstruction durant une visite domiciliaire (Akka), Concurrences, N° 3-2019, n° 91670.

(4) S'agissant du bris de scellé, il est fait renvoi aux points 19 et suivants de la décision 19-D-09 qui explique et illustre ce qu'est de fait un scellé. L'Autorité précisait que « le seul fait du bris de scellé fait disparaître l'effet de sauvegarde de celui-ci et suffit donc à constituer l'infraction » (pt. 63), ou qu'« un bris de scellé entraîne nécessairement un risque de déperdition ou d'altération des preuves et l'Autorité n'est nullement tenue de démontrer une disparition ou une manipulation de preuves dans le local placé sous scellé » (pt. 68). L'efficacité des mesures diligentées et permises par l'effet de surprise de la visite domiciliaire dans l'objectif de réunir des éléments visant à établir des pratiques anticoncurrentielles ne saurait être privée par la remise en cause de l'effet de sauvegarde (sur des précédents de pratiques d'obstruction par bris de scellés lors de procédures d'enquêtes communautaires, v. not. Déc. Comm. CE, 30 janv. 2008, aff. COMP/B-1/39.326, E.ON Energie AG, confirmée par Trib. UE, 15 déc. 2010, aff. T-141/08, E.ON Energie / Commission, ECLI:EU:T:2010:516, et par CJUE, 22 nov. 2012, aff. C-89/11 P, ECLI:EU:C:2012:738 : amende de 38 millions d'euros ; v. aussi Déc. Comm. UE, 24 mai 2011, aff. COMP/39.796, Suez Environnement : amende de 8 millions d'euros). Nous pourrions néanmoins être amusés, voire attendris, par la tentative d'explication donnée par le contrevenant sur ce bris de scellés et qui amène l'Autorité à préciser qu'« il importe ainsi peu que le bris de scellé ait pu être commis par négligence par un salarié à la recherche de friandises, ainsi que le soutien le groupe Akka, dès lors qu'il appartenait à ce dernier de prendre toutes les mesures nécessaires afin de prévenir ce type d'incident » (déc. préc., pt. 64).

(5) Règl. (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, art. 20 §1.

(6) C. com., art. L. 420-4.

(7) Les fonctions de cette centrale ont cessé l'an dernier : « Casino met fin à la centrale d'achat avec Intermarché et négocie avec Auchan », J. Parisi. LSA, 3 avr. 2018. À noter que, selon la presse spécialisée, les pratiques de cette centrale ont à nouveau donné lieu à des enquêtes initiées, comme dans l'affaire ici rapportée, par la Commission européenne. V. not. « Bruxelles a perquisitionné les sièges de Casino et Intermarché », P. Bertrand, Les Echos, 21 mai 2019, ainsi que la fiche d'information du 22 mai 2019 de la Commission (MEMO/19/2689).

a alors ordonné en février 2017 à Incaa, ainsi qu'à toutes les sociétés directement ou indirectement contrôlées par elle, de se soumettre à une inspection conformément à l'article 20 §1 et 4 du règlement 1/2003⁽⁸⁾.

En pareille situation, il s'agit de prévenir toute opposition éventuelle à l'enquête de l'entreprise visitée⁽⁹⁾. Le rapporteur général de l'Autorité a alors présenté par voie de requête au juge des libertés et de la détention, « à titre préventif » et conservatoire pour le cas où l'entreprise visée refuserait de se soumettre à l'inspection des agents de la Commission⁽¹⁰⁾, des demandes d'autorisation de visites et saisies dans les locaux de la société Incaa et des sociétés du même groupe en application de l'article L. 450-4 du code de commerce. Ces autorisations ont été obtenues par ordonnance, rappelant que l'assistance des autorités nationales peut être demandée à titre préventif.

Après notification à Incaa de la décision d'inspection de la Commission, les opérations d'inspection ont pu avoir lieu du 20 au 24 février 2017, sous l'égide des agents de la Commission, mais sans l'assistance des enquêteurs de l'Autorité de la concurrence : en l'absence d'opposition de

l'entreprise visitée à l'enquête des agents de la Commission, ceux-ci n'avaient pas estimé nécessaire de s'assurer du concours coercitif des agents de l'Autorité. Ces derniers n'ont donc pas eu à mettre en œuvre les pouvoirs dont ils étaient investis à titre préventif et à notifier et exécuter l'ordonnance du juge. L'inspection s'est donc déroulée sur le fondement de l'article 20 du règlement 1/2003, mais non sur celui de l'article L. 450-4 du code de commerce.

Critiquant le déroulement de l'inspection, les entreprises visitées ont formé un recours devant le premier président de la cour d'appel de Paris⁽¹¹⁾, qui devait le juger irrecevable à raison de ce que, faute d'opposition de la part des entreprises visitées, les pouvoirs de l'article L. 450-4 du code de commerce n'avaient pas été exercés.⁽¹²⁾

Point besoin de souligner que l'absence d'opposition est rarement due au ravissement d'être visité, comme n'a pas manqué de le rappeler un requérant dans son recours⁽¹³⁾ : le règlement n° 1/2003, outre le mécanisme d'assistance à l'enquête communautaire afin de garantir son efficacité, réserve en effet de lourdes sanctions⁽¹⁴⁾ aux entreprises refusant de se soumettre aux inspections de la Commission – d'ailleurs déjà mis en œuvre à différentes reprises à raison de ces comportements désignés sous le terme assez générique « d'obstruction ». Les ordonnances du premier président déclarant les recours irrecevables ont alors fait l'objet d'un pourvoi.

(8) Le §1 de l'article 20 du règlement 1/2003 est consacré au pouvoirs de la Commission en matière d'inspection. Il dispose : « 1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises » ; le §4 du même article dispose quant à lui : « 4. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues aux articles 23 et 24, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. La Commission prend ces décisions après avoir entendu l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée ».

(9) Cette situation est visée par le §6 de l'article 20 du règlement 1/2003 qui dispose : « 6. Lorsque les agents ou les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article, l'État membre intéressé leur prête l'assistance nécessaire, en requérant au besoin la force publique ou une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection ». Le §7 en complète les modalités : « 7. Si, en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif ». C'est sur cette base légale qu'une autorisation de visite et saisies avait été sollicitée sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce.

(10) Il s'agit d'une « assistance » des agents mandatés par la Commission pour procéder aux inspections, par les autorités nationales du pays dans lequel déroule la visite (ici la France). Le principe de cette assistance est prévu au §5 de l'article 20 du règlement 1/2003 qui dispose : « 5. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée ainsi que les agents mandatés ou désignés par celle-ci doivent, à la demande de cette autorité ou de la Commission, prêter activement assistance aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission. Ils disposent à cette fin des pouvoirs définis au paragraphe 2 ». V. aussi C. com., art. L. 490-9.

(11) L'article L. 450-4 du code de commerce, qui encadre le régime de l'autorisation à visite et saisies ainsi que celui de leur déroulement, dispose « le déroulement des opérations de visite et saisie peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé ces dernières, suivant les règles prévues par le code de procédure pénale ».

(12) L'ordonnance du premier président indique en effet : « Il y a lieu de relever que les pouvoirs de l'article L.450-4 du code de commerce n'ont pas été exercés, que d'une part les ordonnances des JLD de PARIS et de CRÉTEIL n'ont pas été notifiées et que les visites et saisies ont été effectuées exclusivement par les agents de la Commission et non par ceux de l'Autorité de la concurrence qui n'ont procédé à aucune audition, aucune saisie et qu'il n'existe au dossier aucun procès-verbal établi par l'Autorité. En conséquence, le déroulement des inspections s'étant réalisées sur la base de l'article 20 du règlement n° 1/2003 et non sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, le droit national n'a pas vocation à s'appliquer, l'ensemble de ces inspections étant régies par le droit de l'Union européenne » (CA Paris, 17 janv. 2018, n° 17/11229, préc.).

(13) Dans ses conclusions d'appel, la société Incaa faisait ainsi valoir : « En pratique, une attitude d'opposition aux agents de la Commission n'est donc pas une option sérieuse, sauf à se mettre en position d'infraction au droit de l'Union et à risquer une amende très importante » (CA Paris, 17 janv. 2018, n° 17/11229, préc.).

(14) Le point c) du §1 de l'article 23 « Amendes » du règlement 1/2003 dispose : « 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 ».

La Cour de cassation profitera de ce pourvoi pour reconnaître l'existence d'un droit d'opposition, à propos duquel nous présenterons quelques observations quant aux contraintes qui lui font face.

A. – Un droit reconnu

Par-devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, les entreprises soutenaient à nouveau qu'elles avaient été tenues de se soumettre aux inspections ordonnées par la Commission avec impossibilité de s'y opposer, afin de ne pas s'exposer aux peines d'amendes. Ce n'était pas la première fois qu'un tel débat se présentait devant la chambre criminelle : dans un précédent arrêt de 2010⁽¹⁵⁾ relatif à un recours suite à des visites et saisies initiées par la Commission, ayant aussi donné lieu à ordonnance d'autorisation à titre préventif, il avait déjà été jugé de l'irrecevabilité d'un tel recours aux fins d'irrégularité des opérations, faute pour les ordonnances attaquées d'avoir été mises en œuvre, en l'absence, là encore, d'une opposition à visite de la société visitée.

La Cour ne s'était toutefois pas arrêtée sur l'existence éventuelle d'un droit d'opposition, dont il aurait alors été aventureux de conclure au caractère implicite. Pour autant, devait-on *ipso facto* considérer qu'une simple opposition à une inspection ordonnée par la Commission pouvait à la fois déclencher la mise en œuvre de l'ordonnance « préventive » pour contraindre l'entreprise à se soumettre à l'inspection et provoquer l'ouverture d'une procédure visant à la sanctionner pour obstruction ?

Présenté différemment, l'entreprise était-elle fondée, moyennant tout de même respect et courtoisie à l'égard des enquêteurs, à s'opposer à l'inspection, amenant ainsi les autorités nationales à notifier l'ordonnance et à l'exécuter – lui ouvrant ainsi un droit à recours – sans risquer de se voir reprocher une pratique d'obstruction ? Une entreprise visitée aurait-elle encore pu, par exemple, sans risque et avant tout, exiger la notification de l'ordonnance et, par la suite, coopérer comme il se doit avec les enquêteurs ? Voilà autant de questions, parmi d'autres, qui ne manquaient pas de se poser et qui conservent d'ailleurs leurs intérêts pratiques.

En guise de recadrage de nos propos et sous toutes réserves, nous pourrions à ce stade imaginer que les pouvoirs d'enquête de la Commission visés à l'article 20 du

règlement n° 1/2003 obéissent schématiquement en cas d'assistance préventive par les autorités nationales, au séquençage suivant : d'abord, la notification à l'entreprise de la décision d'inspection de la Commission par ses agents⁽¹⁶⁾ ; ensuite et seulement en cas d'opposition de l'entreprise, assistance coercitive par les autorités nationales par la mise en œuvre des ordonnances obtenues de manière préventive⁽¹⁷⁾. Une procédure à double détente en quelque sorte, mais seulement si nécessaire. Selon pareille approche, ce ne serait qu'une fois l'ordonnance notifiée que les pratiques d'opposition⁽¹⁸⁾, en leurs formes diverses et variées, ne seraient punissables en tant que pratiques d'obstruction visées à l'article 23 du règlement précité⁽¹⁹⁾. Mais que de conjectures, alors que ce règlement impose que la décision d'inspection rappelle formellement à l'entreprise les sanctions auxquelles elle s'expose, en cas de refus de se soumettre à l'inspection, marquant ainsi la fermeté du législateur européen!⁽²⁰⁾

À l'occasion de son arrêt du 13 juin 2019, la Cour de cassation va rejeter le pourvoi : il ne peut y avoir de recours contre des ordonnances du juge des libertés et de la détention non mises en œuvre par suite de la décision de l'entreprise de ne pas s'opposer à l'enquête. C'est la même solution qu'en 2010 dans l'affaire « Bureau Veritas »⁽²¹⁾.

Mais un motif retient toutefois plus particulièrement l'attention dans ce nouvel arrêt, à savoir que « **le mécanisme de sanctions prévu par l'article 23 du règlement CE précité ne peut être mis en œuvre qu'en cas d'obstruction évidente ou d'utilisation abusive du droit d'opposition, et non pour réprimer le simple exercice de ce droit** ».

Cet arrêt, tout en renouvelant la solution existante, va donc au-delà du précédent de 2010, par la précision qu'il vient apporter en matière d'enquête décidée par la Commission : l'entreprise se voit ici expressément reconnaître un droit d'opposition, dans certaines limites et mesures que nous proposons de rappeler *infra*. Si l'on tente de traduire cette solution au plan pratique, la manifestation par l'entreprise d'une opposition à visite au point de devoir amener l'autorité nationale d'enquête à mettre en œuvre l'ordonnance obtenue à titre préventif, ne serait donc pas, *ipso facto*, constitutive d'une obstruction passible des sanctions de l'article 23 du règlement. Il convient pourtant de ne pas se griser de cette solution. À la réflexion et à moins d'en apprécier ses effets sur le seul plan de l'ouverture du droit à recours⁽²²⁾ – donc en dehors d'une utilité

(15) Cass. crim., 2 juin 2010, n° 08-87.326, Bull. crim., n° 100 – affaire plus connue sous le nom « Bureau Veritas ». Sur la problématique de l'application des articles L. 450-4 du code de commerce et 20 du règlement 1/2003, il avait alors été jugé que « le juge des libertés et de la détention (...) a justifié sa décision, dès lors qu'il a souverainement constaté que l'ordonnance d'autorisation n'avait pas été mise en œuvre par les enquêteurs de la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes en l'absence d'opposition de la société Bureau Veritas aux opérations de visite et de saisie effectuées par les agents de la Commission européenne ».

(16) Règl. 1/2003, art. 20 §3.

(17) Règl. 1/2003, art. 20 §6 et 7.

(18) A distinguer des simples réserves sans entrave à l'enquête.

(19) Règl. 1/2003, art. 23 §1, c). V. aussi C. com., art. L. 464-2, V, 2° al., et *infra*, II.

(20) Règl. 1/2003, art. 20 §4.

(21) V. note 15.

(22) Ce qui d'un strict point de vue procédural n'est pas sans intérêt.

au plan comportemental pendant l'enquête en vue par exemple d'attenter à la performance des mesures exécutées –, il est possible de considérer que la portée pratique de cette solution soit en fin de compte assez modique, au regard des forces qui contraignent le droit en cause.

B. – Un droit contraint

Ces contraintes sont de deux ordres. Les unes peuvent être liées au droit en lui-même, les autres à des facteurs qui lui sont extérieurs.

→ Contraintes endogènes

Il pourrait être pour l'heure imprudent de généraliser ce droit d'opposition et son exercice sans tenir compte du contexte de l'affaire et donc, au-delà, à tout type d'enquête. Les constantes de cette procédure, à savoir une enquête décidée par la Commission, précédée d'une ordonnance d'autorisation obtenue à titre préventif, invitent à la modération dans la traduction pratique de la solution donnée par l'arrêt.

D'abord, l'arrêt procure une interprétation du mécanisme de sanction prévu à l'article 23 du règlement de 2003, à l'occasion d'un recours contre des inspections de la Commission et dans ce seul cadre. L'existence d'un tel droit d'opposition pour des inspections menées sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, dans le cadre d'une enquête nationale, ne nous semble pas être le sujet de l'arrêt.

Ensuite, la Cour délivre une interprétation que nous dirons « interne » (guillemets rajoutés) du mécanisme de sanction pour obstruction qui pourrait, à circonstance identique, ne pas correspondre à celle qu'en donnerait la Commission ou les juridictions de recours de l'Union. Cet éclairage jurisprudentiel peut au demeurant aussi interroger au plan de la terminologie employée combinant incompetence de la cour d'appel et irrecevabilité du recours. En effet, même si le premier président de la cour d'appel, dans ses ordonnances du 17 janvier 2018, par la suite confortées par la Cour de cassation, s'est dit « *incompétent pour connaître du recours* », il juge ce recours littéralement « *irrecevable* », l'ordonnance obtenue à titre préventif n'ayant pas été notifiée à l'occupant des lieux en l'absence d'opposition, excluant de ce fait l'application du droit national⁽²³⁾. Pourtant, l'incompétence est en principe sanctionnée par une exception de procédure, alors que l'irrecevabilité traduit une fin de non-recevoir et un défaut de pouvoir juridictionnel, comme il semble que ce soit le cas en l'espèce⁽²⁴⁾. Ce point de vocabulaire souligné et bien

que les ordonnances objet du pourvoi aient entériné les moyens présentés par la Commission en sa qualité de partie intervenante, au stade de la procédure d'appel devant le premier président⁽²⁵⁾, il pourrait être audacieux, voire téméraire, d'affirmer pour le futur que la Commission ou ses juridictions de recours, en cas d'opposition, ne pourraient que renouveler la solution de la Cour de cassation⁽²⁶⁾.

Par ailleurs, il était en l'espèce question d'une inspection lourde (sur décision) de la Commission avec sollicitation d'assistance des autorités nationales, à titre préventif et en amont de la visite, comme l'autorise le règlement n° 1/2003. Mais *quid* de l'hypothèse d'une enquête de même nature diligentée sans autorisation obtenue *ex ante* par les autorités nationales⁽²⁷⁾ ? Si le cas peut apparaître assez théorique au vu du risque de dépérissement des preuves recherchées par la Commission lors de son enquête, n'existerait-il pas un réel péril à s'exposer aux sanctions prévues par l'article 23 du règlement n° 1/2003 pour l'entreprise qui, motif pris de l'exercice du droit d'opposition que lui reconnaît l'arrêt de la Cour de cassation, souhaiterait défier la Commission en s'opposant à l'enquête à laquelle devait pourtant se soumettre ? En pareille circonstance, différente de celle de l'arrêt, faut-il craindre qu'un tel comportement puisse être qualifié d'« *obstruction évidente* » ou en « *utilisation abusive* » du droit d'opposition, tous deux répressibles ? Mais alors, à quoi bon proclamer un droit d'opposition dont l'exercice ne saurait être envisageable, sauf peut-être et sous les réserves précitées, si ce n'est pour amener les autorités nationales à devoir mettre en œuvre, si elle existe, l'ordonnance sollicitée à titre préventif⁽²⁸⁾ ? Sur ce dernier plan, on se situe

tiques restrictives de concurrence : Cass. com., 29 mars 2017, n° 15-24.241, ou Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-10.016. Ces deux arrêts ont fait l'objet d'une publication au Bulletin. V. aussi, R. Amaro, Défait de pouvoir juridictionnel du juge non spécialisé pour ordonner des mesures d'instruction in futurum / recevabilité de l'appel devant la cour non spécialisée (arrêt Sud Radio), in *Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles* (sept. 2018 – juin 2019), Concurrences N° 3-2019, pp. 230-246, pts. 29 et s.

(25) « *En l'espèce, la requérante a accepté l'inspection en son principe et n'a, en tout état de cause, pas commis d'obstruction durant ladite instruction. Aucune mesure de contrainte n'a été exercée, ce qui n'est à aucun moment infirmé par la requérante. Par conséquent, c'est l'article 20 du règlement n° 1/2003 ou, en d'autres termes, le droit de l'Union européenne, qui a exclusivement régi le déroulement de l'inspection litigieuse et il est donc exclu qu'une juridiction nationale puisse contrôler ce dernier au regard du droit national. Il est par ailleurs rappelé que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de confirmer la déclaration d'incompétence d'un juge des libertés et de la détention dans le cadre d'une affaire similaire (Cass. crim., 2 juin 2010, n° 08-87.326, Bureau Veritas). Dans ces conditions, le présent recours est manifestement irrecevable* » (CA Paris, 17 janv. 2018, n° 17/11229, préc.).

(26) À rapp. Trib. UE, 25 nov. 2014, aff. T-402/13, Orange, ECLI:EU:T:2014:991, Contrats, conc., conso. 2015, G. Decocq, Le national ne tient pas l'europpéen en état, comm. 41.

(27) Règl. 1/2003, art. 20, §6 et 7. Pour le texte de ces deux §, v. note 9.

(28) A l'effet de voir le droit à recours ouvert.

(23) V. note 12.

(24) Le moyen tiré du pouvoir juridictionnel – pouvoir de juger – constitue une fin de non-recevoir et non une exception d'incompétence (Cass. 2^e civ., 21 avr. 2005, n° 03-15.607, Bull. civ. II, n° 116 ; Cass. 2^e civ., 8 janv. 2015, n° 13-21.044, Bull. civ. II, n° 3). À rapp. en matière de pouvoir des juridictions spécialisées pour l'examen des pra-

déjà dans la perspective de « l'après-visite », entendre par cela le domaine de la procédure de recours, bien après que les visites et saisies aient été effectuées.

De surcroît et sans vouloir nous perdre dans le traitement de cette question au-delà des observations déjà formulées ou de celles *infra* consacrées à l'obstruction dans le cadre de saisies pratiquées sur supports numériques, il pourrait être aussi intéressant que délicat de s'interroger sur la qualification des comportements des entreprises visitées en contemplation du nouveau triptyque « *obstruction évidente* »⁽²⁹⁾, « *utilisation abusive du droit d'opposition* », « *simple exercice du droit d'opposition* ». L'illustration des cas d'obstruction au travers de quelques affaires, quoi que pour l'heure en quantités non pléthoriques, donne déjà quelques repères.

Finalement, il sera selon nous préférable de tempérer le sentiment premier, assez favorable, que peut générer la lecture de l'arrêt rapporté ou de ses abstracts. Il convient donc – à notre avis – de faire preuve de discernement quant à la profitabilité de la solution pour les entreprises confrontées à des investigations, et ce d'autant plus que la portée pratique du droit d'opposition peut être encore atténuée d'autres facteurs contraignants, exogènes cette fois-ci.

→ Contraintes exogènes

À supposer – et nous le souhaiterions – que la solution de l'arrêt du 13 juin 2019 ait une portée plus large que celle que, pour l'heure, il paraît possible de lui prédire, celle-ci risque encore de se heurter à des contraintes externes⁽³⁰⁾. Ces contraintes, selon le contexte de l'enquête, peuvent ressortir de notre droit interne ou de celui de l'Union. Elles sont, elles aussi⁽³¹⁾, de nature à doucher les espoirs que l'arrêt de la chambre criminelle auraient pu précipitamment engendrer. Nous nous contenterons de les rappeler

(29) Une obstruction « non évidente » serait-elle, par exemple, non punissable ?

(30) Nous nous contenterons d'une note de bas de page pour évoquer le bris de scellés, ou de détournements d'objets placés sous-scellés, sanctionné en tant que tel par l'article 434-22 du code pénal qui dispose : « *Le bris de scellés apposés par l'autorité publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. La tentative de bris de scellés est punie des mêmes peines. Est puni des mêmes peines tout détournement d'objet placé sous scellés ou sous-main de justice* ». Le bris de scellés est en outre passible de sanctions au titre de l'obstruction au plan des enquêtes en droit interne (C. com., art. L. 464-2, V, al. 2). Le bris de scellés est même identifié en tant que tel, dans la liste de telles pratiques, dans le cadre des enquêtes de la Commission : Règl. 1/2003, art. 23 §1, point e). V. aussi note 4, et Dir. 2019/1, 11 déc. 2018, ECN+, art. 13 §2, point b).

(31) V. par ex. Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 44, ou le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, Société Brenntag (droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'Économie), p. 6.

à l'attention des entreprises qui, lors de leurs inspections, pourraient se sentir ragillardies à l'excès par cette solution.

En droit national, nous songerons immédiatement au délit d'opposition à fonction réprimé par l'article L. 450-8 du code de commerce qui, en cas d'obstruction à l'investigation de fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie ou d'agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence dispose 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* »⁽³²⁾. Mais il existe d'autres fondements à poursuites, pour des incriminations plus générales, tel le cas échéant

(32) La loi Hamon a augmenté les peines pour de telles pratiques, qui étaient auparavant de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, dans le cadre d'une démarche de renforcement et d'harmonisation des pouvoirs et des moyens d'action communs à la protection économique du consommateur, à la conformité et à la sécurité des produits et à la concurrence. Sur un cas d'opposition à fonction lors d'une visite domiciliaire des agents de la DGCCRF autorisée par ordonnance, tiré d'un refus des prévenus de rester dans l'entreprise et de désigner un mandataire pour les représenter, faisant obstacle au droit de visite des enquêteurs qui ne peut s'exercer, selon l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu L. 450-4 du code de commerce) qu'en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant, v. Cass. crim., 25 février 1992, n° 91-82.731, Bull. crim., n° 86. À rapp. Cass. crim., 24 févr. 2009, n° 08-84.410. En l'espèce, au nombre des moyens développés, le prévenu prétendait que le délit d'opposition aux fonctions prévu et réprimé à l'article L. 450-8 du code de commerce se caractérisait par une attitude d'obstruction brutale et injustifiée mais qu'à l'inverse, ne s'oppose pas à l'exercice des fonctions des agents habilités, la personne qui refuse de leur communiquer les documents demandés en motivant son refus, fût-ce par des motifs qui, à l'analyse, apparaîtraient comme erronés. Ce moyen a été jugé inopérant, les juges relevant que le refus de communiquer les documents contractuels dans leur intégralité, ce qui a empêché les enquêteurs de vérifier l'application de la réglementation en matière de démarchage à domicile, caractérise le délit prévu et réprimé par l'article L. 450-8, lequel consiste en une obstruction, de quelque nature que ce soit, apportée aux demandes d'un fonctionnaire de contrôle tendant à l'empêcher de procéder aux enquêtes dont il est chargé. Sur ce même arrêt, v. Le délit d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteurs des agents de la DGCCRF ne porte pas atteinte au droit au silence, AJ Pénal 2009, p. 226. À rapp. B. Bouloc, Les infractions d'opposition à fonction au regard des droits fondamentaux, RLC 2013/32, n° 2292. V. aussi C. com., art. L. 450-7 qui dispose que les agents mentionnés à l'article L. 450-1 peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'État et des autres collectivités publiques. Pour plus de détails sur les enquêtes sous contrôle judiciaire sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce, Sanction pénale du délit d'opposition à fonction et de délits voisins, in Les inspections de concurrence des autorités françaises, N. Jalabert-Doury, Collection des ouvrages de la Revue Concurrence, n° 305 et s. Dans ce même ouvrage, pour les inspections dites « simples » sur le fondement de l'article L. 450-1 du code de commerce, v. Les sanctions encourues par l'entreprise et ses membres, n° 706 et s.

le délit d'outrage⁽³³⁾ ou celui de destruction ou dissimulation de preuves⁽³⁴⁾. La responsabilité de la personne morale est aussi encourue pour les infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants, et peut conduire à voir quintupler l'amende encourue par la personne physique.⁽³⁵⁾

En droit de l'Union, il faut compter avec le risque de majoration de l'amende infligée par la Commission à l'entreprise en cas d'infraction pour pratique anticoncurrentielle, à titre de circonstance aggravante⁽³⁶⁾, à raison d'un manque de coopération à l'enquête, outre celui d'une éventuelle limitation du bénéfice de la clémence⁽³⁷⁾ le cas échéant ou, plus factuellement, de voir les rapports avec les enquêteurs devenir plus difficiles⁽³⁸⁾.

Ces brefs rappels opérés, nous nous appesantirons davantage sur l'infraction procédurale⁽³⁹⁾ que constitue, tant en droit national que de l'Union, le comportement obstructif, dont la jurisprudence des autorités de concurrence, nationales ou communautaire, nous procure des exemples avec une fréquence accrue. L'intérêt porté à cette infraction est d'autant plus nécessaire que le domaine de l'obstruction s'étend au même rythme que les prérogatives des enquêteurs et du domaine de l'enquête, dont elle donne lieu de corollaire, voire de gardienne. On songe, notamment, aux saisies de fichiers ou documents dématérialisés opérées sur les réseaux informatiques accessibles depuis les ordinateurs présents dans les locaux visités, même si ces fichiers ou documents saisis sont stockés sur des serveurs situés en dehors des locaux physiquement visités, y compris hors de France⁽⁴⁰⁾.

(33) C. pén., art. 433-5 ; à rapp. Cass. crim., 25 févr. 1992, n° 91-82.731, préc.

(34) C. pén., art. 434-4.

(35) C. pén., art. 121-2 et art. 131-38.

(36) Comm. CE, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées, 2006/C 210/02, pt. 28 : « Le montant de base de l'amende peut être augmenté lorsque la Commission constate l'existence de circonstances aggravantes, telles que : (...) – Refus de coopérer ou obstruction pendant le déroulement de l'enquête ».

(37) Comm. CE, Communication sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant, 2006/C 98/11, pt. 12 a) et c).

(38) À rapp. N. Jalabert-Doury, Les inspections de concurrence, Collection Bruylant, 2^e éd., 2013, n° 465 et s.

(39) Sur ce terme, v. Aut. conc., déc. n° 19-D-09 préc., pt. 59. V. aussi le terme « infractions aux règles de procédure » utilisé dans Aut. conc., déc. n° 17-D-27, 21 déc. 2017, pt. 21.

(40) À rapp. Cass. crim., 14 déc. 2011, n° 10-85.293, Bull. crim., n° 259, RLDA 2012/67, n° 3833. V. égal. M. Bomble, Saisie de supports et documents informatiques par les agents de la DGCCRF, Dalloz actualités, 9 janv. 2012. En matière fiscale au titre des enquêtes fondées sur l'article L. 16 B du LPF, v. CA Paris, 31 août 2012, n° 11/13233, RLDA 2012/76, n° 4319, Legalis, brève 3 oct. 2012, « Contrôle fiscal de Google France : l'administration peut contrôler les serveurs à l'étranger ». Dans le même sens, voir Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-14.772, F. Perrotin, Perquisitions fiscales et serveurs en réseaux, LPA 22 mars 2013, p. 4. V. aussi et not. les considérants 30 à 35 de la directive ECN+.

Sans qu'elles ne puissent constituer pour l'heure un inventaire abouti des cas d'obstruction, les procédures en ce domaine, fondées sur les dispositions communautaire ou du Code de commerce⁽⁴¹⁾, se sont multipliées ces dernières années⁽⁴²⁾. Les décisions rendues, au travers des enseignements qu'elles délivrent sur les comportements rencontrés, participent de la délimitation du domaine de l'obstruction.

Ainsi, à titre de synthèse intermédiaire, nous ne pouvons qu'être réservé quant au caractère protecteur du droit à opposition, quand bien 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, nous semble alors 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.

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⁾.

(41) Sur l'obstruction au plan des inspections en droit de l'Union : Règl. 1/2003, art. 23 §1, point c). Sur l'obstruction au plan des enquêtes en droit interne : C. com., art. L. 464-2, V, al. 2.

(42) Même si certaines ont pu, comme récemment, se solder sans qu'une amende ne soit prononcée. V. affaire ZSSK en note 46.

(43) V. par ex., Aut. conc., Communiqué « Opérations de visite et saisie dans le secteur des services d'ingénierie, de maintenance, de

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'années 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 coopéreraient 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'inspec-

tion (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 (ou de son futur territoire pour cause de Brexit) permet aussi d'enrichir le catalogue des pratiques qui pourraient probablement constituer, en France, une obstruction⁽⁴⁷⁾.

(45) Aut. conc., déc. n° 19-D-09, préc., pt. 39.

(46) Comm. UE, communiqué de presse, 25 juill. 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 plus récemment 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.

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.

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

(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 comporte-

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 obs-*

ments 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.

truction 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 transivité, 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⁾.

(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.

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 paramètres 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 « ré-

(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.

ception » 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. ■

(69) V. I. ci-dessus.

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