

N° 1-2022

Investigations and confidentiality: The French Supreme Court considers that the confidentiality of contracts accessed during an investigation and used as a support of the request for an authorization to conduct a dawn raid investigation does not allow to cancel the authorization thus given (*Autorité de la concurrence / Swarovski France*)

DISTRIBUTION, FRANCE, DOMINANCE (ABUSE), DISTRIBUTION/RETAIL, AGREEMENT (NOTION), BUSINESS SECRETS, INVESTIGATIONS / INQUIRIES, PRICE FIXING, PRICE COORDINATION, RIGHTS OF DEFENCE, PUBLIC ORDER, LEGAL PRIVILEGE

Cass. crim., 19 oct. 2021, Autorité de la concurrence c/ Swarovski France, n° 20-85.644, ECLI:FR:CCASS:2021:CR01242
www.concurrences.com #

Jean-Michel Vertut | Jean-Michel Vertut - Avocat (Montpellier)

Concurrences N° 1-2022 | Alertes | Distribution

Faits et procédure. Aux fins d'établir si la société Swarovski France et des sociétés du même groupe se livraient à des pratiques anticoncurrentielles, le rapporteur général de l'ADLC a saisi sur requête en juin 2019, le JLD en application de l'article L. 450-4 du code de commerce (enquête dite « lourde »), d'une demande aux fins d'autorisation d'opérations de visite et de saisie dans les locaux des sociétés précitées. Le JLD a autorisé la mesure et les opérations sont intervenues. Swarovski France a fait appel de l'ordonnance autorisant ces mesures et a formé un recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie devant le premier président de la Cour d'appel de Paris. Celui-ci a annulé l'ordonnance du JLD, autres motifs, entre autres, qu'il avait été transmis par l'ADLC à l'appui de la demande d'ordonnance aux fins de visite et saisie, un contrat contenant une clause de confidentialité, obtenu par l'ADLC dans le cadre des pouvoirs d'enquête qu'elle tient de l'article L. 450-3 du code de commerce (enquête dite « simple »). Sur pourvoi de l'ADLC, la Cour de cassation casse et annule l'ordonnance du premier président.

Problème. Lorsqu'il examine le bien-fondé d'une demande d'autorisation aux fins de visite et saisie, le juge doit-il s'abstenir d'analyser des contrats obtenus par les enquêteurs dans le cadre d'une enquête simple et pouvant laisser présumer une infraction aux règles de concurrences, au motif que ces contrats comportent une clause de confidentialité ?

Solution. Selon la Cour de cassation « *le juge ne pouvait s'abstenir d'analyser les contrats de distribution (...) au motif qu'ils contiennent une clause de confidentialité, dès lors que ces documents ont été régulièrement obtenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des pouvoirs d'enquête qu'elle tient de l'article L. 450-3 du code de commerce.* » (arrêt, pt. 23).

Observations. Toutes les confidentialités n'ont pas le même degré de valeur à l'occasion ou en suite d'une enquête et l'on aurait pu anticiper, sans trop se risquer, la réponse donnée par la Cour de cassation dans cette affaire étrangère à la thématique de la confidentialité dans la relation avocat/client (Rappr. Visites domiciliaires, saisies et pratiques anticoncurrentielles : scellés fermés provisoires et autres problématiques de déroulement des opérations, Rev. Lamy dr. conc. n° 96, Juillet-Août 2020 [¶], nos obs. ; Crim., 4 mars 2020, n° 18-84.071, Lettre distrib. 05/2020, nos obs.). La solution rapportée méritait-elle vraiment d'ailleurs le présent commentaire, tant elle paraissait devoir s'imposer ? Pourtant et pour dire mal fondée l'autorisation des opérations de visite et de saisie et annuler l'ordonnance initiale du JLD, l'ordonnance du Premier président indiquait, entre autres motifs, que « *la légalité de la production, par l'Autorité de la concurrence, des contrats entre (...) interroge dès lors que ces documents comportent une clause de confidentialité* ». Par ce motif, l'ordonnance fleurait avec la solution, bien que non formellement exprimée, d'une confidentialité s'imposant entre les parties et primant sur le droit pour l'autorité poursuivante, de faire état des pièces recueillies dans l'exercice régulier et légalement organisé de ses prérogatives d'enquête. La motivation était d'autant plus surprenante, à tout le moins selon l'éclairage procuré par le moyen du pourvoi. Selon ce moyen, pour écarter la présomption d'abus de position dominante retenue par le JLD sur le fondement de contrats litigieux et annuler l'autorisation, le premier président avait relevé que lesdits contrats comportaient une clause de confidentialité, en sorte que « *la légalité de [leur] production (...) sans l'accord de la société Swarovski France interroge[ait]* ». Fallait-il alors entendre par cela qu'il eut été nécessaire de solliciter l'accord de la partie à visiter - motifs pris de la confidentialité en cause - avant de divulguer le contenu du document litigieux au JLD, afin d'obtenir de sa part une ordonnance autorisant la mesure d'enquête lourde dans les locaux de la société visitée ? L'approche reviendrait à avoir doté les enquêteurs de pouvoirs d'enquête forts dont l'entrave est sanctionnée à divers titres et, dans le même temps, à permettre aux auteurs présumés de pratiques anticoncurrentielles visées par les mesures d'enquête de refuser, pour des motifs de confidentialité tels ceux ici rapportés, que lesdits enquêteurs fassent usage des pièces recueillies, comme ici dans le cadre d'une enquête simple. L'observation vaut tout autant pour les enquêtes lourdes. Pour mémoire et afin de garantir l'effectivité de ces enquêtes, les personnes enquêtées ne peuvent s'y opposer sauf, notamment, à risquer la sanction pour obstruction à l'enquête (Rappr. Droit d'opposition en matière de visites domiciliaires versus obligation de soumission aux inspections : l'improbable conciliation à l'aune de l'obstruction, Rev. Lamy dr. conc. n° 89, décembre 2019 [¶], nos obs. ; ADLC, 22 mai 2019, n° 19-D-09, Lettre distrib. 06/2019, nos obs.). L'impératif d'effectivité de l'enquête vise aussi à garantir l'effectivité de la procédure qui lui est subséquente. Ainsi, la confidentialité ici invoquée en tant que parade aux pouvoirs d'enquête et à l'utilisation des éléments qui en sont issus, n'est qu'un moyen de défense illusoire.