

La Lettre du Cabinet

Novembre 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

FLASH CONCURRENCE N° 14

La remise en question par la Cour d'appel de Paris de la méthode de saisie globale des messageries électroniques employée par l'Autorité de la concurrence dans le cadre des opérations de visites et saisies.

Par Jean-Christophe Grall et Peggy Tourret

Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris a rendu le 2 novembre dernier trois ordonnances¹ dans lesquelles il s'interroge fortement sur la méthode de saisie globale des messageries électroniques employée par les agents de l'Autorité de la concurrence ou de la DGCCRF.

Saisi de recours formés par trois entreprises ayant fait l'objet d'opération de visites et de saisies autorisées par le Juge des Libertés et de la Détenzione (JLD) du Tribunal de Grande Instance de Paris, le magistrat a décidé de surseoir à statuer et d'ordonner une expertise ayant pour objet de déterminer s'il est possible ou non d'effectuer **une saisie sélective de messages dans la messagerie électronique sans pour autant compromettre l'authenticité de ceux-ci** !

Ces trois entreprises dénonçaient, en effet, les modalités de saisies des messageries électroniques qui auraient été effectuées, en violation des droits de la défense, du se-

cret des correspondances avocat-client et du droit à la vie privée. Il était notamment reproché aux agents de l'Autorité de la concurrence de ne pas avoir procédé au ciblage de leurs saisies, ce qui aurait conduit à la saisie de documents hors du champ de l'autorisation judiciaire. En conséquence, elles demandaient l'annulation pure et simple des saisies et des procès-verbaux les relatant, et, pour deux d'entre elles, une expertise sur les modalités de saisie de documents informatiques et de messageries, et d'inventaire informatique.

Les trois ordonnances prononcées par le délégué du Premier Président de la Cour d'appel étaient inattendues. C'est la première fois que le Premier Président de la Cour d'appel de Paris remet en question la méthode de saisie globale des messageries électroniques.

Il convient, en effet, de rappeler que, s'agissant des saisies informatiques effectuées dans le cadre d'enquêtes lourdes prévues par l'article L.450-4 du Code de commerce, l'administration use du principe se-

¹ Cour d'appel de Paris, ordonnances du 2 novembre 2010, n°365, 366, 369

lon lequel les documents informatiques sont **insécables** et qu'ils doivent donc faire l'objet d'une **saisie globale**.

Ce principe est largement repris par la jurisprudence qui considère également qu'il n'est pas interdit à l'administration de saisir des pièces pour partie utiles, seulement, à la preuve desdits agissements.

La Cour de cassation s'est ainsi prononcée en ce sens dans l'arrêt SITA du 12 décembre 2007² considérant que pour que la saisie des messageries informatiques soit licite, elles doivent viser « **au moins en partie** » les pratiques anticoncurrentielles suspectées.

La Cour de cassation est allée plus loin s'agissant du contenu des documents saisis dans deux arrêts du 13 janvier 2010³, en confirmant la décision du JLD estimant que l'article L.450-4 du Code de commerce n'exclut pas du champ des documents pouvant faire l'objet d'une saisie, ceux qui seraient de nature à porter atteinte à la protection du secret des affaires. La Cour de cassation estime en effet que, conformément à l'article L.463-4 du Code de commerce, la partie mise en cause a la possibilité, en cas de contentieux devant l'Autorité de la concurrence, de demander le retrait ou l'occultation partielle des pièces mettant en jeu ledit secret. En l'espèce, le JLD a considéré la saisie régulière puisque la société demanderesse a sollicité la restitution de l'intégralité des données saisis, mais n'a pas précisé les fichiers dont l'ensemble des documents contenus étaient hors du champ de l'autorisation.

Jusque là, le Premier Président de la Cour d'appel de Paris avait toujours partagé cette position. Récemment encore, il a refusé de faire droit aux demandes d'annulation d'opérations de saisie, en rappelant le principe d'insécabilité des documents informatiques en ces termes⁴ :

² Cass. crim, 12 décembre 2007, n°06-81.907

³ Cass.crim, 13 janvier 2010, n°07-86228 et n°07-86229

⁴ Cour d'appel de Paris, ordonnance du 4 mars 2010, Schering-Plough, n°09/14362. Pour un autre exemple : Cour d'appel de Paris, ordon-

« Qu'il est désormais de jurisprudence que d'une part, si l'administration ne peut appréhender que des documents se rapportant aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie, il ne lui est pas interdit de saisir les pièces pour partie utiles à la preuve desdits agissements ; que les fichiers informatiques copiés doivent seulement faire l'objet d'un inventaire, dont la mention est portée au procès verbal relatant les opérations ; que, dans le cas des courriels, le fait que la saisie a été pratiquée après une fouille sommaire de cette messagerie, sans autre inventaire que la liste des fichiers figurant dans le procès-verbal des opérations et que la saisie de documents pour parties utiles ne saurait permettre de saisir indistinctement la totalité d'une messagerie comprenant principalement des documents étrangers à l'administration de la preuve de pratiques anticoncurrentielles, n'empêche nullement que la totalité de fichiers saisis figure intégralement dans la copie effectuée en présence de l'occupant des lieux et remise à la société ; qu'ainsi, l'administration n'a pas à individualiser, sur place, les seuls messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire. »

Le maintien d'une telle position était pourtant largement critiqué par la doctrine et les entreprises elles-mêmes dès lors que cette saisie en masse peut conduire à la saisie de documents hors du champ de l'enquête, couverts par le secret professionnel ressortant de la relation avocat/client ou encore de documents relevant de la vie privée des dirigeants et des salariés de manière plus générale.

Ces pratiques vont donc à l'encontre des principes admis en matière de saisies de documents sur support papier, à savoir le principe de spécialité des visites domiciliaires en vertu duquel ne peuvent être appréhendés que les seuls documents en rapport avec la pratique anticoncurrentielle

nance du 14 septembre 2010, n°09/17586, Luxotica.

dont la preuve est recherchée, ainsi que le principe d'insaisissabilité des documents couverts par le « **legal privilege** » dont bénéficient les avocats⁵.

La décision du délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris est donc particulièrement surprenante, mais tout aussi heureuse ; l'on peut toutefois s'interroger sur les raisons qui l'ont poussé dans ces affaires à adopter une position différente.

A la lecture des trois ordonnances du 2 novembre 2010, et plus particulièrement de l'ordonnance n°369 qui est la plus développée, l'on comprend que le Premier Président de la Cour d'appel de Paris considère en réalité que ces ordonnances se distinguent des autres précédents et ce, pour trois raisons :

- Le magistrat précise tout d'abord qu'a été rapportée au débat l'existence d'une autre méthode de saisie de documents informatiques et de messagerie, qui permettrait de concilier les droits effectifs de la défense avec une lecture au premier degré des articles 56 du Code de procédure pénale, et L.450-4 du Code de commerce.

Il précise, s'agissant de cette méthode, qu'elle ressort d'« **un argumentaire technique, écrit et oral, qui se différencie des notices générales ou études établies sans contradiction qui avaient pu être produites dans les autres espèces invoquées** » ;

- La deuxième raison qui semble avoir poussé le délégué du Premier Président à remettre en question la méthode de saisie globale des messageries pourrait résulter du fait que les saisies opérées par les agents de l'Autorité de la concurrence ont

⁵ Principe prévu par l'article 66-5 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ; voir CJUE, 14 Septembre 2010, n° C-550-07, Akzo Nobel Chemicals Ltd. e.a. c/ Commission européenne refusant le « **legal privilege** » aux juristes d'entreprises.

duit à la saisie de messages évidemment couverts par le secret de la correspondance entre un avocat et son client ;

- Enfin, le Premier Président a également soulevé le caractère insuffisamment explicite du procès-verbal de saisie qui apparaît selon lui « **sommaire sur les modalités techniques des opérations de saisies de documents et de messagerie ; notamment, les opérations de sélection des documents et des messages, le transfèrement des fichiers sur le DVD-R vierge, les modalités successives de copie et d'inventaire, enfin les raisons qu'il y avait de ne pas recourir aux scellés semblent rudimentaires ou inexistante, en comparaison des énonciations qui sous-tendaient les autres espèces invoquées** ». De la même façon, l'inventaire des messages est jugé peu précis et permettant donc difficilement l'identification de ces messages par le juge, par l'entreprise contrôlée ou les enquêteurs.

Telles sont les raisons qui ont manifestement poussé le délégué du Premier Président de la Cour d'appel de Paris à surseoir à statuer et à désigner un expert chargé d'établir un rapport permettant de déterminer s'il est techniquement possible d'effectuer une saisie sélective des messageries, tout en garantissant l'authenticité et l'intégrité des documents.

Si une telle méthode de sélection des messages pouvait effectivement être utilisée par les agents de l'Autorité de la concurrence, celle-ci permettrait certainement de mieux garantir les entreprises visitées contre les saisies illicites de documents relevant du *legal privilege*, de la protection de la vie privée ou ne faisant pas partie du champ de l'enquête.

Le Premier Président de la Cour d'appel de Paris recommande d'ailleurs à l'expert désigné, afin d'élaborer son rapport, de confronter la pratique actuelle de l'Autorité de la concurrence aux procédures utilisées par la

Commission européenne, par les autorités néerlandaises ou encore de prendre connaissance des recommandations de l'International Competition Network.

Ces différentes autorités sont en effet connues pour utiliser des procédures de saisies considérées comme étant plus respectueuses des intérêts en présence.

Ainsi, par d'exemple, la Commission européenne n'a pas pour pratique d'effectuer des saisies en masse. Elle procède, en effet, à une véritable sélection préalable sur site. Une saisie en masse n'interviendra que dans l'hypothèse où la sélection ne peut être achevée sur place. Par ailleurs et dans une telle hypothèse, cette saisie sans sélection préalable est placée sous une enveloppe scellée qui ne sera ouverte qu'en présence de l'entreprise.

Il semble donc opportun que l'Autorité de la concurrence s'inspire de ces autres pratiques.

Le rapport de l'expert devrait être rendu au Premier Président de la Cour d'appel de Paris d'ici six mois.

S'il s'avérait qu'au vu de ce rapport, la saisie sélective de messages dans la messagerie électronique est techniquement réalisable, sans pour autant compromettre l'authenticité de ceux-ci, c'est-à-dire, ainsi que le précise le magistrat « *s'il n'était démontré que les méthodes des enquêteurs étaient les seules qui garantissent la sécurité et l'efficacité des opérations* », les saisies réalisées des messageries en cause pourraient être tout simplement annulées, ce qui constituerait alors une première !!!

Affaire à suivre ...



Quelques informations :

Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :

☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : né-**

gociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2011 : conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier 2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;

☞ **A la mise en place de Programme de « *compliance* » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution** ;

☞ **Au contrôle des concentrations**

▫ Contrôle communautaire des concentrations : **[règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]**

▫ Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : **[détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009]** ;

☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive]** ;

☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre du nouveau Règlement 330/2010 du 10 avril 2010 et de ses lignes directrices du 10 mai 2010** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais – marché de l'approvisionnement ; *Dual pricing* ; Prix imposés ; vente sur internet ; etc. ;

☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2

du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;

- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence par la LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 + loi du 12 mai 2009** ;
- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics** ;
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008**, et de la **jurisprudence communautaire de 2009 et 2010** : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsa-

bilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.

* * *

- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires** : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2011**, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site www.mgavocat