

## **LES VISITES DOMICILIAIRES APRES LA LOI SUR LES NOUVELLES REGULATIONS ECONOMIQUES : EQUILIBRE ENTRE MOYENS DE POURSUITES ET DROITS DE LA DEFENSE ?**

**Elsa BARTOLI**

Doctorante en droit à l'Université d'Aix-Marseille III,  
Elève avocat au Centre de Formation des Barreaux du Sud-Est

Thèmes : Pratiques anticoncurrentielles - Pouvoirs d'enquêtes - Enquête sous contrôle judiciaire – Perquisitions – saisies - Loi sur les nouvelles régulations économiques - Droits de la défense.

1. Dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, des pouvoirs d'enquêtes sont octroyés aux fonctionnaires habilités<sup>i</sup>. Ces prérogatives de « police économique » sont définies aux articles L. 450-2 à L. 450-4 du Code de commerce (articles 46 à 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986). D'une part, les enquêteurs disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour procéder à des opérations de contrôle non coercitives. Ils ont, en application de l'article L. 450-3 du Code de commerce, un droit d'accès aux locaux professionnels, un droit de communication des documents professionnels qui s'accompagne de la possibilité d'en obtenir ou d'en prendre copie et le droit d'obtenir des renseignements et justifications<sup>ii</sup>. D'autre part, des moyens d'action plus étendus sont dévolus aux enquêteurs dans le cadre d'enquêtes sous contrôle judiciaire. Ils peuvent procéder, avec une autorisation judiciaire dans les conditions de l'article L. 450-4 du Code de commerce (article 48 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986), à des perquisitions et saisies de documents professionnels<sup>iii</sup>.
2. Malgré les pouvoirs exorbitants de droit commun dont dispose l'administration dans la procédure de recherche des pratiques anticoncurrentielles, les preuves de ces infractions demeurent difficiles à rapporter. C'est notamment le cas pour les ententes occultes. Face à la difficulté de détecter et établir les pratiques illicites, il est apparu nécessaire lors de la rédaction du projet de loi sur les nouvelles régulations économiques de renforcer les moyens d'enquêtes de l'administration. C'est dans ce contexte que la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 est venue modifier les conditions d'enquêtes sous contrôle judiciaire, afin d'assurer une meilleure efficacité des règles de concurrence. Les modifications ainsi apportées à l'article L.450-4 du Code de commerce ont pour double objectif d'accroître les pouvoirs de l'administration et de renforcer la sécurité juridique de la procédure d'enquête. Cependant, dans cette recherche d'une plus grande efficacité des visites

domiciliaires, il faut s'interroger sur le sort des droits de la défense. L'équilibre est-il réalisé entre les nécessités de l'enquête et la protection des droits de la défense ? Ce sera sous l'angle des droits de la défense que sera examiné le nouveau régime de l'enquête sous contrôle judiciaire : ouverture (I), déroulement (II) et voies de recours (III).

## **I- L'OUVERTURE DE L'ENQUETE SOUS CONTROLE JUDICIAIRE**

3. **Demande d'ouverture de l'enquête.** – Sous le régime de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, l'ouverture d'une enquête sous contrôle judiciaire devait être demandée par le ministre chargé de l'économie ou le Conseil de la concurrence. Depuis l'intervention du législateur en 2001, c'est le rapporteur général du Conseil de la concurrence sur proposition du rapporteur et non plus le Conseil de la concurrence qui est compétent, au même titre que le ministre chargé de l'économie, pour demander l'ouverture d'une enquête.

Cette modification révèle l'influence de la jurisprudence européenne. La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet affirmé à diverses reprises son attachement à la séparation des fonctions d'instruction et de jugement. Force est de constater que ces décisions européennes ont eu récemment un impact certain sur le droit processuel français<sup>iv</sup>.

Dorénavant, seul le rapporteur du Conseil de la concurrence est compétent pour intervenir au stade de l'instruction de l'affaire en demandant l'ouverture de l'enquête, conformément au principe de séparation des pouvoirs d'instruction et de décision. Ainsi, l'article L. 450-5 du Code de commerce prévoit l'information sans délai du rapporteur général du déclenchement de la procédure et de l'issue des investigations diligentées à la demande du ministre de l'économie. Ces nouvelles dispositions qui intègrent les exigences de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, assurent le respect du droit à un tribunal indépendant et impartial.

4. **Autorisation judiciaire.** – Conformément au droit commun de la procédure pénale, le juge doit vérifier le bien fondé de la demande d'autorisation qui lui est soumise<sup>v</sup>. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes, l'autorisation judiciaire est accordée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux visités. A compter du 16 juin 2002, ce sera le juge des libertés et de la détention qui deviendra compétent pour autoriser les visites et saisies de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

Cette procédure nécessite la conciliation de deux exigences contradictoires, d'une part, la nécessaire motivation préalable d'une visite domiciliaire, et d'autre part, l'objet de la visite qui est de mettre en évidence et prouver des pratiques illicites. Or cette conciliation s'avère plus difficile dans des situations d'urgence, comme dans l'hypothèse des infractions « *en train de se commettre* ». En effet, un assouplissement a été expressément prévu par la loi dans l'hypothèse où « *la visite vise à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV du présent code en train de se commettre* ». Dans ce cas, seuls sont exigés des « *indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée* ». Ainsi, en cas de flagrance,

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 10 avril 2002

Citation : Elsa BARTOLI, « Les visites domiciliaires après la loi sur les nouvelles régulations économiques : équilibre entre moyens de poursuites et droits de la défense ? », *Droit 21*, 2002, Chr., AJ 185

Copyright Transactive™ 2000-2002

l'urgence et l'exigence d'efficacité dans l'enquête permettent au demandeur de ne rapporter que de simples indices à l'appui de sa demande. Incontestablement, cette dérogation aux exigences de bien-fondé de la demande affaiblit les garanties du justiciable<sup>vi</sup>.

Ce nouvel alinéa 2 de l'article L. 450-4 est un des apports essentiels du législateur de 2001, car il devrait élargir considérablement le champ d'action de l'administration. Le juge devra cependant préciser si les infractions « *en train de se commettre* » correspondent aux infractions continues ou si, au contraire, les premières s'entendent de manière restrictive par rapport aux secondes. En effet, il est permis d'émettre des réserves quant à l'interprétation de cette notion, la plupart des pratiques illicites concernées étant par nature des infractions continues<sup>vii</sup>. Afin de retreindre les risques d'atteinte injustifiée aux droits de la personne visitée et notamment au principe d'inviolabilité du domicile, la voie vers une interprétation restrictive et éclairée de ces dispositions est souhaitable<sup>viii</sup>.

## II – DEROULEMENT DE LA PROCEDURE

5. **Notification de l'ordonnance.** - « *L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès verbal. En l'absence de l'occupant des lieux, l'ordonnance est notifiée après la visite par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.* » Cette nouvelle disposition est destinée à donner date certaine à la notification de l'ordonnance autorisant les visites, date qui fait courir, à l'égard de l'occupant des lieux, les délais de recours pour contester la légalité de l'ordonnance ou la manière dont s'est déroulée la procédure. Cet ajout, qui permet d'accroître la sécurité juridique de la procédure d'enquête, améliore les droits du justiciable.
6. **Présence de l'occupant lors de la visite.** - L'alinéa 7 de l'article L. 450-4 du Code de commerce dispose que la visite est « effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ». Cette condition de validité des opérations d'enquête, qui correspond au droit commun de la procédure pénale<sup>ix</sup>, se justifie par la protection des droits de la défense. Outre la difficulté d'interprétation des termes « *occupant des lieux* », dans le silence de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 se posait le problème de savoir si les opérations de visites et de saisies demeuraient possibles lorsque l'occupant des lieux était introuvable ou refusait d'y assister personnellement ou par l'intermédiaire d'un représentant. Dans l'hypothèse, d'un refus d'assister à l'opération ou de désigner un représentant, l'occupant des lieux commet un délit d'opposition à l'exercice des fonctions d'enquêteur, il est passible de 6 mois d'emprisonnement et d'une amende, en application de l'article L.450-8 du code de commerce<sup>x</sup>. Cependant, dans le cas où l'occupant des lieux demeurerait introuvable aucune solution n'était prévue par l'ordonnance de 1986. Dans le silence du texte, le droit commun de la procédure pénale semblait devoir trouver application<sup>xi</sup>, ce qui signifiait que les personnes chargées de l'enquête devaient pouvoir procéder à la visite et aux saisies en présence de deux témoins indépendants.

La loi sur les nouvelles régulations économiques est venue compléter cet alinéa en ajoutant qu'« *en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins*

Droit 21 - <http://www.droit21.com>

Date de mise en ligne : 10 avril 2002

Citation : Elsa BARTOLI, « Les visites domiciliaires après la loi sur les nouvelles régulations économiques : équilibre entre moyens de poursuites et droits de la défense ? », *Droit 21*, 2002, Chr., AJ 185

Copyright Transactive™ 2000-2002

*choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de celle de l'administration de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de celle du Conseil de la concurrence* ». Cet ajout a le mérite de combler le silence du texte issu de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 et d'accroître l'efficacité des opérations de visites et de saisies. Reste à déterminer si cette « impossibilité » visée dans le texte fait uniquement référence à l'hypothèse de l'occupant des lieux restant introuvable<sup>xiii</sup> ou si elle concerne également le cas d'un refus de l'occupant des lieux d'assister ou de désigner un représentant. La seconde interprétation semble être la plus judicieuse.

7. **Saisies de documents et de tout support d'information.** - La recherche des preuves a été modernisée par la loi sur les nouvelles régulations économiques puisque la saisie des documents a été élargie à « *tout support d'information* », c'est-à-dire aux indices et preuves de nature électronique<sup>xiii</sup>. Etant donné l'utilisation courante par les entreprises de l'outil informatique et du courrier électronique, cette précision était inévitable et devrait, une nouvelle fois, accroître l'efficacité dans la recherche des preuves.
8. **Restitution des pièces et documents saisis.** - Avant la loi du 15 mai 2001, l'article L. 450-4 en son dernier alinéa, ordonnait la restitution des pièces et documents qui n'étaient « *plus utiles à la manifestation de la vérité* ».

La loi sur les nouvelles régulations économiques a modifié et précisé le régime de restitution des documents saisis. À l'avenir, « *les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des lieux, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision du conseil de la concurrence est devenue définitive. L'occupant des lieux est mis en demeure par lettre recommandée avec avis de réception, de venir les rechercher, dans un délai de deux mois. A l'expiration de ce délai et à défaut de diligences de sa part, les pièces et documents lui sont restituées à ses frais* ». Cette nouvelle disposition représente une avancée dans la protection des droits du justiciable. En effet, elle prévoit la restitution de tous les documents saisis à l'occupant des lieux et pose avec précision les conditions de cette restitution.

### III – Les voies de recours contre les irrégularités dans le déroulement de la procédure

9. L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 disposait que l'ordonnance autorisant la visite domiciliaire pouvait faire l'objet d'un pourvoi en cassation selon les règles du Code de procédure pénale et précisait que ce recours était non suspensif. Cependant, jusqu'à l'intervention de la loi du 15 mai 2001, l'article L. 450-4 C.com. demeurait silencieux sur les modalités de recours contre les irrégularités survenues lors des opérations de visites et saisies domiciliaires. Ces lacunes, notamment quant à l'autorité compétente et aux délais de recours, étaient source d'insécurité juridique pour le justiciable.
10. **Autorité compétente.** - La Cour de cassation avait eu la tâche de préciser quelle était l'autorité compétente en matière de contentieux d'exécution. Durant une décennie, la jurisprudence de la Chambre commerciale avait donné compétence au juge qui avait autorisé les visites domiciliaires pour connaître des irrégularités commises par

l'administration dans le déroulement de l'enquête<sup>xiv</sup>. La Cour de cassation estimait en effet que celui-ci était le mieux placé pour apprécier la légalité des mesures d'exécution de l'autorisation judiciaire qu'il avait lui-même donnée au vu des éléments du dossier. Récemment, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est pourtant revenue sur sa jurisprudence par un arrêt très remarqué du 30 novembre 1999<sup>xv</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que le juge qui a autorisé la visite n'est plus compétent en matière de contentieux d'exécution lorsque les opérations ont pris fin, lors de la remise de la copie du procès verbal et de l'inventaire à l'occupant des lieux ou son représentant. Toute contestation sur la validité des actes accomplis par les enquêteurs est, à l'issue de la procédure, de la compétence de l'autorité appelée à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur la base des documents saisis. Cette solution a été critiquée pour plusieurs raisons. Tout d'abord elle aboutissait à soumettre à l'autorité décisionnelle le contrôle de l'exécution des opérations d'instruction, ce qui était contestable au regard du principe de séparations des pouvoirs d'instruction et de décision. Ensuite elle présentait l'inconvénient de conférer le pouvoir de contrôle de l'exécution des actes autorisés par l'autorité judiciaire à une autorité administrative indépendante<sup>xvi</sup>, « *au mépris du principe fondamental de séparation des autorités judiciaires et administratives* »<sup>xvii</sup>.

La loi sur les nouvelles régulations économiques est venue combler les lacunes de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Une nouvelle disposition revient sur le revirement de jurisprudence du 30 novembre 1999. Le juge qui a autorisé la visite et la saisie est compétent pour connaître des irrégularités qui se seraient produites durant le déroulement de la procédure. Cette disposition marque une avancée des droits du justiciable dans la procédure d'enquête sous contrôle judiciaire<sup>xviii</sup>.

11. **Personnes pouvant former recours.** – Jusqu'à l'intervention de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, les recours étaient ouverts à toute personne intéressée. Dorénavant, les recours sont limités à l'occupant des lieux visités et à toute personne mise en cause sur la base des documents saisis durant la visite<sup>xix</sup>.
12. **Délais de recours.** – Dans le silence des textes, la Cour de cassation avait estimé que les contestations pouvaient être présentées sans aucune condition de délai<sup>xx</sup>. L'article L. 450-4 modifié prévoit que pour les personnes occupant les lieux, le délai de recours est de 2 mois à compter de la notification de l'ordonnance autorisant les visites domiciliaires. Pour les personnes mises en causes ultérieurement grâce aux documents saisis, le délai est de deux mois « *à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification des griefs prévus à l'article L. 463-2* ».
13. **Recours contre l'ordonnance.** - Selon l'article L. 450-4 alinéa 12 seul le pourvoi en cassation est possible contre l'ordonnance statuant sur le recours. La loi nouvelle précise que ce recours est non suspensif, unifiant ainsi les conditions de recours contre l'ordonnance d'ouverture de l'enquête et l'ordonnance statuant sur les irrégularités dans le déroulement de l'enquête. Mais cette règle se justifie par les difficultés d'établir certaines pratiques anticoncurrentielles, le caractère suspensif des recours aurait été un obstacle supplémentaire à l'établissement de ces comportements<sup>xxi</sup>. Force est de constater que le caractère non suspensif des recours privilégie la recherche d'efficacité dans la procédure d'enquête au détriment des droits de la défense des intéressés.

Cependant, en dépit des brefs délais pour former un recours et du caractère non suspensif de celui-ci, le pourvoi s'est révélé être un moyen de contrôle efficace, d'autant que l'annulation de l'ordonnance entraîne celle de la procédure subséquente<sup>xxii</sup>.

<sup>i</sup> L. Vogel, *Traité de Droit commercial*, G. Rippert et R. Roblot, Tome I, L.G.D.J., 2001, n° 957.

<sup>ii</sup> V. Sélinsky, « *Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles* », 1993, J-Cl. Concurrence-Consommation, Fasc. 380, n° 15 s. ; Lamy Droit économique 2002, n° 625 s.

<sup>iii</sup> Lamy Droit économique 2002, n° 650 s. ; V. Sélinsky, préc., n°22 s.

<sup>iv</sup> Pour exemple, l'affaire Oury, Ass.Plén. 5 février 1999, Suite à cet arrêt, la COB a modifié son règlement par une décision du 16 février 1999, JCP, G, 1999, III, n° 20050.

<sup>v</sup> L. Vogel, préc., n°965.

<sup>vi</sup> C. Prieto, « *La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : l'élan donné par la loi sur les nouvelles régulations économiques* », Droit et Patrimoine, déc. 2001, p. 76.

<sup>vii</sup> Cl. Lucas de Leyssac, « *Le nouveau contrôle judiciaire des visites domiciliaires (Com., art. L. 450-4 ; Ord. 1<sup>er</sup> déc. 1986, ex. art. 48) ou la procédure de flagrant délire* », JCP, G, 2001, n° 23, p. 1085.

<sup>viii</sup> J-P. De La Laurencie, L. Givry, « *Loi NRE : régulation de la concurrence* », suppl. Revue Lamy Droit des affaires, juillet 2001, n°40, p.32-33 ; J-P. De La Laurencie, L. Givry, préc., p.1086.

<sup>ix</sup> Article 57 C. Proc. Pén. « *Sous réserve de ce qui est dit à l'article précédent concernant le respect du secret professionnel et des droits de la défense, les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu.* »

<sup>x</sup> Crim. 25 février 1992, Bull. crim. n° 86, p.219 ; L. Vogel, préc., n° 958.

<sup>xi</sup> Lamy Droit économique 2002, n°674.

<sup>xii</sup> Ce que laisse supposer le rapport Marini sur le projet de loi NRE.

<sup>xiii</sup> V. Sélinsky, « *Les pratiques anticoncurrentielles dans la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques* », JCP, 2001, Cahier de l'Ent. n° 4, p. 12.

<sup>xiv</sup> J. Brandeau, « *La contestation des opérations de visite et saisie domiciliaires et l'irritant silence des textes* », Gaz. Pal. 1997, p. 856 s. ; Com. 12 décembre 1989, Bull. civ. IV, n° 313, p. 210.

<sup>xv</sup> A. Mouillard, « *A propos d'un revirement en matière de visites domiciliaires des administrations* », Rapport Cour de cassation pour 1999, [www.courdecassation.fr/rapport/rapport.htm](http://www.courdecassation.fr/rapport/rapport.htm) ; H. Matsopoulou, « *Un revirement regrettable en matière de contrôle de l'exécution d'une visite effectuée par l'administration sur autorisation judiciaire* », D. 2000, n° 11, Jurisp. p. 261 ; E. Claudel, RTD Com 2000, n° 3, p. 625 ; L. Idot (L.), « *L'actualité du droit français de la concurrence : 1<sup>er</sup> novembre 1999 – 30 novembre 2000* », Revue Lamy Droit des affaires, mai 2001, n° 38, p. 2393 § 54 ; V. Boré, « *Les visites domiciliaires à l'épreuve du droit européen* », D. Aff. 2000, p. 491 ; V. Sélinsky, « *Réflexions sur un revirement de jurisprudence en matière de contrôle des opérations de visites et saisies en droit de la concurrence* », Rev. Lamy droit des affaires, fév. 2000.

<sup>xvi</sup> H. Matsopoulou, préc., p. 264.

<sup>xvii</sup> L. Vogel, préc., n°969.

<sup>xviii</sup> C. Prieto, préc., p. 78.

<sup>xix</sup> Lamy Droit économique 2002, n° 664.

<sup>xx</sup> Com. 10 décembre 1996, Bull. civ. IV, n° 311, JCP E 1997, Activité. N° 119 ; Com. 7 octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 247, D. 1997, IR, p. 222.

<sup>xxi</sup> Mousseron et Sélinsky, *Le nouveau droit français de la concurrence*, Litec, p. 180, n° 211.

<sup>xxii</sup> E. Putman, *Contentieux économique*, coll. Thémis, puf 1998, n° 185.