

Texte anonymisé

Ce texte anonymisé a uniquement une valeur documentaire. Il importe de noter qu'il n'a pas de valeur juridique.

Arrêt N° 61/20 - IX – article 16 (4) de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence

Audience publique du quatorze mai deux mille vingt

Numéro 45291 du rôle

Composition:

MAGISTRAT1.), président de chambre,
MAGISTRAT2.), premier conseiller,
MAGISTRAT3.), premier conseiller,
GREFFIER1.), greffier.

E n t r e :

1) la société anonyme **SOCIETE1.) Luxembourg**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

2) la société anonyme **SOCIETE1.) INTERNATIONAL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelantes aux termes d'un exploit de l'huissier de justice HUISSIER DE JUSTICE1.) de (...) du 2 août 2017,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, demeurant à (...),

e t :

l'autorité administrative indépendante luxembourgeoise **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, siégeant à L-2763 Luxembourg, 43, rue Sainte Zithe, représentée par PERSONNE1.), en sa qualité de conseiller désigné,

intimée aux fins du susdit exploit HUISSIER DE JUSTICE1.) du 2 août 2017,

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, demeurant à (...).

LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance du 8 décembre 2015, le magistrat ayant remplacé le président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par un conseiller délégué du Conseil de la concurrence, a, sur base des dispositions de l'article 16 (3) de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ci-après la loi de 2011, autorisé une perquisition avec saisie au siège de la S.A. SOCIETE1.) LUXEMBOURG et de la S.A. SOCIETE1.) INTERNATIONAL, ci-après les sociétés SOCIETE1.).

Par requête déposée le 12 juin 2017, les sociétés SOCIETE1.) ont, en application de l'article 16 (4) de la loi de 2011, demandé au magistrat qui avait autorisé les mesures pratiquées, de

à titre préliminaire :

rendre une décision intermédiaire ordonnant, conformément à l'article 16(4) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, la suspension de la poursuite des opérations d'extraction jusqu'à ce que les différents recours intentés par les requérantes, et principalement les demandes formulées par les requérantes ci-dessous, aient été toisés ;

à titre principal :

constater l'irrégularité des opérations d'instruction des 13 et 14 mai 2016, et/ou celles des 25 février 2016 et/ou des 11, 12 et 15 mai 2017, et des procès-verbaux de perquisition et de saisie n° 1, 5, 6, 8 du 13 janvier 2016, et n°9 du 14 janvier 2016, du procès-verbal du 25 février 2016 et du procès-verbal du 15 mai 2017,

par conséquent,

- prononcer la nullité sinon constater l'absence de force probante des procès-verbaux de perquisition et de saisie n°1, 5, 6, 8 du 13 janvier 2016, et n°9 du 14 janvier 2016, du procès-verbal du 25 février 2016 et du procès-verbal du 15 mai 2017,

- ordonner la mainlevée des informations saisies sur support papier et/ou informatique, et en particulier des disques durs et de la clé USB sur lesquels ont porté les opérations d'instruction des 25 février 2016 et/ou des 11,12 et 15 mai 2017,

- ordonner leur restitution immédiate aux requérantes sinon leur destruction définitive de manière à empêcher toute reconstitution ou reconstruction, à compter du prononcé à intervenir, sinon sous peine d'astreinte de EUR 1.000,- par jour de retard ;

- ordonner qu'il soit interdit au Conseil de la concurrence de faire usage, à quelque titre que ce soit, de ces informations et documents.

à titre subsidiaire, si Madame le Président estimait que les opérations d'instruction des 12 et 14 mai 2016 n'encourent pas la nullité :

- prononcer la nullité sinon constater l'absence de force probante de la saisie des pièces n°80 à 83 annexées au procès-verbal de perquisition et de saisie n°7 du 13 janvier 2016, ou à tout le moins constater leur absence de force probante, et

- ordonner la mainlevée des pièces n°80 à 83 annexées au procès-verbal de perquisition et de saisie n°7 du 13 janvier 2016,

à titre plus subsidiaire, si Madame le Président se déclarait incompétent pour connaître de la nullité des opérations susvisées :

- dire que les opérations d'instruction conduites les 11, 12 et 17 mai 2017 ont dépassé les termes de l'ordonnance du 8 décembre 2015 sinon n'ont pas été conduites dans les règles de l'art et que les documents et informations informatiques sur lesquels elles ont porté ont été définitivement altérées, de sorte qu'il n'est plus possible au Conseil de la concurrence de les utiliser et de procéder à des opérations de filtrage ultérieures ;

- prononcer l'arrêt définitif des opérations d'instruction prises en exécution de l'ordonnance du 8 décembre 2015,

- ordonner la mainlevée des informations saisies sur support papier et/ou informatique, et en particulier du disque dur externe sur lequel ont porté les opérations d'instruction des 11, 12 et 15 mai 2017,

- ordonner leur restitution immédiate aux requérantes à compter du prononcé à intervenir, sinon sous peine d'astreinte de EUR 1.000,- par jour de retard ;

- ordonner qu'il soit interdit au Conseil de la concurrence de faire usage, à quelque titre que ce soit, de ces informations et documents.

à titre infiniment subsidiaire, si Madame le Président se déclarait incompétent pour connaître de la nullité des opérations susvisées et ne prononçait pas l'arrêt des opérations d'instruction prises en exécution de l'ordonnance du 8 décembre 2015 :

prononcer la suspension des opérations d'instruction prises en exécution de l'ordonnance du 8 décembre 2015 ayant autorisé les opérations de perquisition et de saisie auprès des requérantes, dans l'attente qu'il soit définitivement statué sur le recours en nullité et sur l'appel introduit par ces dernières en date du 19 mai 2017.

Par ordonnance rendue en date du 14 juillet 2017, le magistrat saisi s'est déclaré incompétent pour connaître des différentes demandes qui lui avaient été soumises, au motif qu'elles n'avaient été présentées qu'après l'achèvement de la perquisition et de la saisie.

Par exploit du 2 août 2017, les sociétés SOCIETE1.) ont régulièrement interjeté appel contre l'ordonnance en question, qui ne leur a été signifiée que postérieurement à la date de l'appel.

A l'appui de leur recours, elles font valoir que la décision d'incompétence se heurterait au texte de la loi de 2011.

Le premier juge aurait retenu une interprétation trop restrictive des notions de perquisition et de saisie, et il aurait, en tout état de cause, le pouvoir d'apprécier la régularité des mesures auxquelles il a été procédé.

Le Conseil de la concurrence conclut à la confirmation de la décision entreprise.

Par conclusions du 14 juin 2019, les sociétés SOCIETE1.) ont encore sollicité la suppression d'un passage des conclusions de l'intimé du 27 mars 2019.

I. Quant à la suppression d'un passage des conclusions du Conseil de la concurrence

Dans ses conclusions du 27 mars 2019, le mandataire de l'intimé a fait l'observation suivante :

« La pugnacité des parties appelantes dans la multiplication des procédures de recours, selon le concluant, parfaitement vaine, est d'autant moins compréhensible qu'il ne perçoit pas quel est l'objectif recherché, à part vouloir cacher à tout prix les éléments qui pourraient être à charge au regard des faits poursuivis ».

Les sociétés SOCIETE1.) estiment que cette remarque est attentatoire à leur honneur.

Aux termes de l'article 1263 du nouveau Code de procédure civile, *« les tribunaux, suivant la gravité des circonstances, pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'office, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements ».*

La Cour considère que le passage incriminé, qui ne reflète que l'opinion personnelle de l'auteur des conclusions, ne dépasse pas les bornes de la liberté d'expression de l'avocat, et par voie de conséquence, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de suppression.

II. Quant à la compétence du magistrat ayant ordonné la perquisition avec saisie

L'article 16 (3) alinéa 1^{er}, première phrase, de la loi de 2011 prévoit que *« les enquêteurs [du Conseil de la concurrence] ne peuvent procéder aux perquisitions en tous lieux professionnels, ainsi qu'à la saisie de documents, que sur autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent ratione loci ou le magistrat qui le remplace ».*

L'article 16 (4) de la même loi est libellé comme suit :

« La perquisition et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Si les nécessités de l'enquête l'exigent, le juge peut, après en avoir donné avis au procureur d'Etat de son tribunal, se transporter avec son greffier dans toute l'étendue du territoire national pour assister aux perquisitions.

Le juge assisté de son greffier peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la perquisition ».

L'article 16 (5) de la loi ajoute :

« L'ordonnance visée au premier alinéa du paragraphe 3 est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction. Les voies de recours ne sont pas suspensives ».

L'article 16 (8) de la loi précise :

« Les objets et documents et autres choses saisis sont inventoriés dans le procès-verbal. Si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés jusqu'au moment de leur inventaire, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition ».

L'article 16 (9) de la loi dispose :

« Le procès-verbal des perquisitions et des saisies est signé par le dirigeant de l'entreprise ou l'occupant des lieux ou leur représentant et par les personnes qui y ont assisté ; en cas de refus de signer, le procès-verbal en fait mention. Il leur est laissé copie du procès-verbal ».

L'article 16 (11) de la loi est de la teneur suivante :

« Les objets et documents et autres choses saisis sont déposés au Conseil de la concurrence ou confiés à un gardien de la saisie ».

Enfin, l'article 16 (12) de la loi dit :

« Le conseiller désigné peut ordonner d'office et à tout moment la mainlevée totale ou partielle des saisies effectuées ».

C'est à l'initiative du Conseil d'Etat que le projet de loi initial a été modifié en ce sens.

La motivation qui avait été fournie à l'époque était la suivante :

« Ici se pose la question de l'autorité qui peut délivrer des mandats de perquisitions et ordonner des saisies de documents.

Cette question a fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires au plus haut niveau.

Tant le domicile que les bureaux de l'entreprise que la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg assimile au domicile sont protégés tant par l'article 15 de notre Constitution que par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

S'il est vrai que l'inviolabilité du domicile n'est pas un droit absolu et que la loi peut prévoir les cas où il peut être passé outre, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales cadre cependant très étroitement ces cas.

Il est inconcevable qu'une autorité non indépendante puisse décider et autoriser des mesures aussi incisives qu'une perquisition de domicile avec saisie de documents.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent de faire intervenir à ce stade un juge de l'ordre judiciaire, à l'instar de la législation afférente française. Ce juge jouit de l'indépendance nécessaire.

Comme les enquêteurs en matière pénale, les inspecteurs devront s'adresser par l'intermédiaire du rapporteur au président du tribunal d'arrondissement qui se prononcera par voie d'ordonnance exécutoire par provision.

Le juge judiciaire devra vérifier la demande du rapporteur au vu des éléments qui lui sont soumis par lui. Ainsi toutes les garanties d'impartialité sont données.

La compétence du juge judiciaire devra cependant se limiter à la seule procédure de perquisition et de saisie de documents qu'il pourra même contrôler sur place. Le fond de l'affaire devra lui échapper, afin de ne pas courir le risque que les juridictions des deux ordres soient appelées à se prononcer sur le même problème » (Doc. parl. 5229⁵ Avis du Conseil d'Etat, Considérations générales p. 4).

« Le juge chargé de se prononcer sur la requête présentée devra contrôler si les mesures demandées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'enquête sont conservés dans les locaux désignés dans la requête.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'en raison du fait qu'il n'y a dans les hypothèses prévues pas de danger ni pour l'intégrité physique de l'homme ni pour sa santé, comme par exemple en matière de protection

des salariés, il ne doit toujours s'agir que d'une mesure exceptionnelle. Les mesures doivent donc être contrôlées préalablement avec une grande rigueur, d'autant plus qu'elles ont pour objet non seulement l'accès au site de l'entreprise aux fins de constatations, mais l'accès aux bureaux où se trouvent tous les documents, en partie même confidentiels, aux fins de les perquisitionner et les saisir.

En plus, au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels.

Les dispositions du Règlement reconnaissent d'ailleurs implicitement aux Etats membres le droit de prévoir une procédure plus stricte, alors que son article 20, paragraphe 7 dispose que si, en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée » (Avis du Conseil d'Etat, Examen des articles, article 14, p. 13).

Les passages de ces développements qui s'avèrent pertinents pour la solution du litige dont la Cour est saisie sont

- au niveau des considérations générales

« Il est inconcevable qu'une autorité non indépendante puisse décider et autoriser des mesures aussi incisives qu'une perquisition de domicile avec saisie de documents.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent de faire intervenir à ce stade un juge de l'ordre judiciaire, [...].

Le juge judiciaire devra vérifier la demande du rapporteur au vu des éléments qui lui sont soumis par lui. [...].

La compétence du juge judiciaire devra cependant se limiter à la seule procédure de perquisition et de saisie de documents qu'il pourra même contrôler sur place. Le fond de l'affaire devra lui échapper, afin de ne pas courir le risque que les juridictions des deux ordres soient appelées à se prononcer sur le même problème », et

- au niveau de l'examen des articles

« Le juge chargé de se prononcer sur la requête présentée devra contrôler si les mesures demandées ne sont ni arbitraires ni excessives [...].

[...] *Les mesures doivent donc être contrôlées préalablement avec une grande rigueur, [...] ».*

Plusieurs conséquences en découlent :

- le juge judiciaire saisi par le Conseil de la concurrence exerce, avant tout, un contrôle préalable. Il doit vérifier si les conditions pour autoriser une perquisition avec saisie sont données.
- il est compétent pour contrôler, même sur place, l'exécution des opérations de perquisition et de saisie autorisées, pour s'assurer qu'elles ne dépassent pas le cadre de l'ordonnance qu'il a rendue.
- il ne peut plus intervenir après l'achèvement de ces opérations, afin de ne pas entrer en concurrence avec les juridictions administratives.

En raison du fait que la loi de 2011 n'a pas instauré un régime d'examen immédiat des conditions dans lesquelles la perquisition et la saisie ont été effectuées, tel que ce régime est, en matière pénale, prévu par les articles 48-2 et 126 du Code de procédure pénale, la compétence pour se prononcer à ce sujet revient au juge du fond, c'est-à-dire au juge administratif.

C'est donc à tort que les sociétés SOCIETE1.) se plaignent de ce qu'elles seraient privées de tout recours effectif.

Les intentions du législateur luxembourgeois étant claires, la jurisprudence française invoquée par les appelantes, qui prévoit une voie de recours à part, n'est pas à suivre.

Pour être complète, la Cour relève encore qu'au vu du libellé des textes, le recours prévu par l'article 16 (5) de la loi de 2011 ne devrait, *a priori*, porter que sur l'appréciation de la question si, et dans l'affirmative dans quelle mesure, la délivrance d'une ordonnance accordant l'autorisation de procéder à une perquisition avec saisie était justifiée.

En l'occurrence, il résulte des pièces du dossier, et plus particulièrement du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 1* », du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 2* », du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 5* », du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 6* », du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 7* » et du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 9* », que les opérations de perquisition et de saisie ont commencé le 13 janvier 2016 et qu'elles ont été terminées le 14 janvier 2016.

Il ressort encore du « *procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N° 8* », que le juge qui avait autorisé les opérations, avait marqué son accord à ce qu'elles soient continuées le 14 janvier 2016, de sorte que pour autant qu'un problème se soit posé au niveau de l'exécution de son ordonnance, il aurait pu exercer, en temps utile, le pouvoir de contrôle qui lui est réservé par l'article 16 (4) de la loi de 2011.

En date des 13 et 14 janvier 2016, des données informatiques et des messages électroniques qui se trouvaient sur différents ordinateurs des appelantes, ont été copiés sur disque dur externe et placés sous scellés en attendant leur exploitation ultérieure.

Par ailleurs, différents accords commerciaux et un CD-Rom, qui leur avaient été remis par des membres du personnel des sociétés SOCIETE1.), ont été saisis matériellement par les enquêteurs.

Des procès-verbaux des actes accomplis ont été dressés. Ils ont été signés sans réserves par les représentants des appelantes, respectivement leur mandataire.

Conformément aux prévisions de la loi de 2011, des inventaires des objets saisis ont été établis à ces occasions.

Sous ce rapport, il ne porte pas à conséquence que l'ouverture des scellés et l'extraction des données saisies n'ont eu lieu qu'en février 2016 et en mai 2017.

Contrairement à ce qui est soutenu par le mandataire des sociétés SOCIETE1.), cette façon de procéder ne s'est pas soldée par un allongement des opérations de perquisition et de saisie à proprement parler, et par voie de conséquence elle n'a pas placé les appelantes dans une situation différente de celle de n'importe quelle autre partie qui aurait fait l'objet de mesures de perquisition et de saisie.

La perquisition et la saisie étaient terminées à partir du moment où les enquêteurs du Conseil de la concurrence avaient, en date du 14 janvier 2016, quitté l'enceinte des locaux des sociétés SOCIETE1.).

L'ouverture des scellés et l'extraction des données subséquentes, n'avaient d'autre finalité que de préparer et de faciliter l'analyse et l'exploitation des fichiers et documents qui avaient pu être saisis sur place.

Ce raisonnement vaut également à propos du filtrage des données saisies, auquel il n'a été procédé qu'en septembre 2017, et il est, dans

ce contexte, sans incidence qu'un inventaire supplémentaire a été dressé à l'issue du processus en question.

De même, la circonstance que certains des procès-verbaux dressés lors de l'extraction et du filtrage portent un intitulé comprenant les mots « *procès-verbal de perquisition et de saisie* » et qu'ils se réfèrent tous à l'article 16 (9) de la loi de 2011, importe peu, étant donné qu'elle n'a aucune incidence sur la nature réelle des actes qui ont été posés.

La perquisition et la saisie ayant été achevées plus d'un an avant que les sociétés SOCIETE1.) ne saisissent la justice, c'est à bon droit que le premier juge s'est déclaré incompétent pour connaître de l'ensemble de leurs demandes et par voie de conséquence, l'ordonnance entreprise est à confirmer.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière d'appel contre une ordonnance rendue sur base de l'article 16 (4) de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

dit l'appel recevable,

dit qu'il n'y a pas lieu à suppression du passage incriminé des conclusions de Maître AVOCAT2.) notifiées le 27 mars 2019,

dit l'appel non fondé,

confirme l'ordonnance entreprise,

condamne la S.A. SOCIETE1.) LUXEMBOURG et la S.A. SOCIETE1.) INTERNATIONAL aux dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par MAGISTRAT1.), président de chambre, en présence du greffier GREFFIER1.).