

**Cour de cassation**

**chambre criminelle**

**Audience publique du 11 janvier 2012**

**N° de pourvoi: 10-85446**

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Louvel (président), président**

SCP Baraduc et Duhamel, SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur les pourvois formés par :

- Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence,
- La société 10 Médias,

contre l'ordonnance n° 243 du premier président de la cour d'appel de PARIS, en date du 17 juin 2010, qui a infirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant les opérations de visite et saisie de documents en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 14 décembre 2011 où étaient présents, dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Louvel président, Mme Ract-Madoux conseiller rapporteur, M. Dulin, Mme Desgrange, M. Rognon, Mme Nocquet, M. Bayet, Mme Canivet-Beuzit, M. Bloch conseillers de la chambre, Mmes Labrousse, Moreau conseillers référendaires ;

Avocat général : Mme Zientara-Logeay ;

Greffier de chambre : M. Bétron ;

Sur le rapport de Mme le conseiller RACT-MADOUX, les observations de la société civile professionnelle BARADUC et DUHAMEL, de la société civile professionnelle CÉLICE, BLANCPAIN et SOLTNER, avocats en la Cour, et les conclusions de Mme l'avocat général référendaire ZIENTARA-LOGEAY, l'avocat des demandeurs ayant eu la parole en dernier ;

Joignant les pourvois en raison de la connexité ;

I-Sur le pourvoi de la société 10 Medias :

Attendu que, n'ayant pas été partie à l'instance d'appel, la demanderesse n'a pas qualité pour se pourvoir en cassation contre l'ordonnance du premier président ;

Que, dès lors, le pourvoi n'est pas recevable ;

II-Sur le pourvoi du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence :

Vu les mémoires en demande, en défense, en réplique et les observations complémentaires produits ;

Sur la recevabilité du pourvoi contestée en défense :

Attendu que bien que la déclaration de pourvoi contestée mentionne que celui-ci a été formé par le président de l'Autorité de la concurrence, représentée par M. X..., chef de service adjoint, dûment mandaté, il résulte du pouvoir annexé à cette déclaration que celui-ci émanait du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ;

D'où il suit que le pourvoi du rapporteur général est recevable ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 450-4 et L. 420-2 du code de commerce, 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, 56, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

” en ce que l'ordonnance infirmative attaquée a rejeté la requête du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence aux fins de visites domiciliaires et saisies dans les locaux des

sociétés Aujourd'hui sport, Le Parisien Libéré, Editions P. Amaury, Amaury Medias et L'Equipe, et a dit que la commission rogatoire donnée au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Nanterre était nulle et que toutes les pièces saisies devaient être restituées ;

” aux motifs que le juge qui autorise des opérations de visite et saisie sur le fondement de l'article L. 450-4 du code de commerce est tenu de vérifier si la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; que cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite ; que par suite, le juge doit s'assurer que les éléments produits par l'administration sont suffisants pour justifier que la mesure intrusive de visite et saisie soit autorisée ; qu'à cette fin, le juge des libertés et de la détention doit vérifier, en se référant aux éléments d'information fournis par l'Administration ou par l'Autorité, qu'il existait des présomptions d'agissements visés par la loi justifiant que soit recherchée leur preuve au moyen d'une visite et de saisie de documents s'y rapportant ; que les présomptions sont appréciées par le juge en proportion de l'atteinte aux libertés individuelles que sont susceptibles de comporter la visite et les saisies envisagées ; qu'il s'en évince que les présomptions dont le juge des libertés du tribunal de grande instance de Bobigny aurait dû exiger la présentation devaient être d'autant plus précises, graves et concordantes qu'il s'agissait d'autoriser des opérations de visite et saisie dans les locaux d'entreprises de presse ; qu'en pareil cas, en effet, un Etat de droit s'honore, pour reprendre une expression avancée par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, point 45) à faire pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique ; que le droit reconnu à un journaliste de ne pas révéler l'origine de ses informations, corollaire de la liberté de la presse issu de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, impose la plus grande circonspection de la part du juge amené à autoriser des opérations de visite et saisie dans une entreprise de presse ; que le législateur national impose aussi depuis de nombreuses années, dans l'article 56-2 du code de procédure pénale, qu'une visite ou perquisition ne puisse porter atteinte au libre exercice de la profession de journaliste ; que sans conférer une valeur expressément interprétative de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence européenne ou nationale y afférente, au nouvel article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, introduit par la loi du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes, il n'est pas inutile de relever que ce texte énonce : “ Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi “ ; qu'il faut ajouter autant que de besoin, et comme le rappellent les requérantes sans pouvoir être contredites, que la Cour de cassation a jugé que des perquisitions dans les entreprises de presse sont des actes d'une extrême gravité ; que de telles mesures ne sauraient être justifiées que si la juridiction les autorisant s'est expliquée sans insuffisance ni contradiction sur le caractère nécessaire et proportionné aux buts poursuivis des perquisitions ainsi effectuées et si de telles ingérences respectent les principes de subsidiarité et de proportionnalité ; qu'enfin, le principe de proportionnalité devait encore être mis en rapport par le juge des libertés avec les missions dont l'Administration ou l'Autorité qui sollicite le droit de visite et de saisie a la charge légale ; que si la poursuite d'infractions pénales, qui constituent les bornes dont la société ne permet en aucune circonstance le dépassement, est par essence un impératif prépondérant d'intérêt public et peut conduire le juge des libertés à apprécier en conséquence les présomptions qui lui sont soumises, en revanche la recherche de preuves de pratiques anticoncurrentielles indépendamment d'une qualification pénale ne peut justifier des visites et saisies,

notamment dans des locaux de presse, qu'en présence d'indices particulièrement troublants de ces pratiques ; qu'en vérifiant le bien-fondé de la requête qui lui était soumise, en application de l'article L. 450-4 du code de commerce, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bobigny ne s'est nulle part attaché à vérifier si, dans la circonstance et en fonction de l'avancement de l'enquête de concurrence, les opérations de visite et saisie étaient nécessaires ni si elles étaient justifiées par un impératif prépondérant d'intérêt public et proportionnées entre cet impératif et l'atteinte envisagée aux libertés ; - que sur la nécessité de la mesure autorisée, l'ordonnance déférée se contente d'affirmer que l'utilisation des pouvoirs définis à l'article L. 450-3 du code de commerce " ne paraît pas suffisante pour permettre à l'Autorité de la concurrence de corroborer ses soupçons " et que le recours aux pouvoirs de l'article L. 450-4 du code de commerce constitue le seul moyen d'atteindre les objectifs recherchés ; qu'une telle formulation, une fois négative et une fois positive, faite sans aucune motivation spéciale ni référence aux éléments dont l'Autorité disposait alors et aux éléments qu'elle espérait découvrir, ne constitue pas une démonstration de la nécessité de visiter des locaux de presse ; - que, sur la proportionnalité de la mesure autorisée et sa justification, l'ordonnance recourt d'abord à des motifs hypothétiques en évoquant des agissements dont l'énumération n'est probablement pas exhaustive, laissant ainsi entendre que sa motivation n'est pas complètement relatée dans la décision, ou que les présomptions qu'il a retenues ne sont pas suffisantes en elles-mêmes, alors que le juge de l'apparence qu'est le juge des libertés et de la détention peut se satisfaire de présomptions mais pas de probabilité de présomptions et doit faire état de tout ce qui l'a amené à autoriser l'atteinte aux libertés qu'est une perquisition ; que pour le surplus, ladite ordonnance retient des présomptions qui ne sont suffisantes ni isolément ni en faisceau ; que, d'abord élément par élément, les principales pièces annexées à la requête au juge des libertés étaient les suivantes :

- \* la note et la demande d'enquête de la rapporteure générale (pièce n° 1) ;
- \* la lettre des conseils du plaignant en date du 10 décembre 2008 (pièce n° 2) ;
- \* les annexes de cette lettre, non inventoriées dans l'ordonnance mais qui sont retenues essentiellement pour relater la mauvaise situation financière du 10- Sport à l'époque de la création d'Aujourd'hui sport, et la pratique de couplages publicitaires ;
- \* le procès-verbal de déclaration du plaignant du 13 février 2009 (pièce n° 3) ;
- \* une dizaine d'articles de presse concernant les lancements de 10. Sport. com et Aujourd'hui sport (pièce n° 4) ;
- \* deux constats d'huissiers établis les 20 novembre 2008 et 13 janvier 2009 faisant état du fait que le 10. Sport. com n'était pas exposé sur les présentoirs de certains kiosquiers (pièces n° 5 et 6) ;
- \* des pièces formelles (n° 7 à 9) ;
- \* la pièce n° 10, dite " documents concernant le groupe Amaury ", dont la dénomination générique ne permet pas au premier président d'exercer son contrôle ; que, sur la lettre des conseils du plaignant Z..., les déclarations de sa salariée et de son avocat placées en annexes et le procès-verbal de déclaration du même plaignant, ces pièces émanaient de M. Z...lui-même ou de ses obligés ; que la saisine de l'Autorité par la société Le Journal du sport et les déclarations de son dirigeant auraient dû être examinées avec la plus grande

prudence par le juge, qui aurait dû s'assurer que les allégations qu'elles contenaient étaient corroborées par les éléments émanant de tiers avant d'autoriser l'atteinte considérable au domicile et à la liberté de la presse qu'il a permise dans l'ordonnance critiquée ; que, sur l'annexe relative à la description de la situation financière du 10- Sport, de novembre 2008 à janvier 2009 qui montre une baisse significative du chiffre d'affaires du titre au cours de ce trimestre, (annexe 2 à l'audition de M. Z..., plaignant), aucun lien n'a été établi dans l'ordonnance entre la situation financière du 10- Sport et les prétendues pratiques commerciales du groupe Amaury ; que d'autres explications parfaitement plausibles auraient pu, sinon retenir l'Autorité, en tout cas l'inciter à la prudence, et le juge des libertés à sa suite, notamment les difficultés générales de la presse écrite, spécialement de la presse sportive, dont a souffert Aujourd'hui sport autant que Le 10- Sport ou l'impréparation du lancement du 10- Sport ; que, sur l'annexe relative aux couplages publicitaires, un courriel d'un tiers, M. Christophe A..., à Mme Michèle B..., salariée du groupe Moulins participations, en date du 28 novembre 2008 (annexe 1 à l'audition de M. Z..., plaignant) indique que Médias, régie publicitaire du groupe Amaury) du fait de ses tarifs publicitaires attractifs et d'une prétendue offre couplée pour une annonce dans Aujourd'hui sport et L'Équipe ; que comme le font observer les sociétés du groupe Amaury, l'Autorité n'a pas vérifié la teneur exacte des conditions proposées Manchette publicité et le caractère généralisé ou isolé des pratiques auxquelles il est fait référence ; qu'il semble qu'en réalité, l'offre tarifaire faite à Fedex pour des annonces dans Aujourd'hui sport et dans L'Équipe était légèrement supérieure à celles accordées aux annonceurs s'adressant à l'une de ces publications de manière exclusive ; que l'Autorité aurait pu en déduire que l'offre faite à Fedex n'était pas particulièrement incitative, ne relevait pas d'une pratique de couplage anticoncurrentielle et que, dès lors, les affirmations contenues dans cette pièce ne pouvaient justifier une perquisition dans des locaux de presse ; que, sur les constats d'huissier relatifs à l'attitude des kiosquiers, que les 20 novembre 2008 et 13 janvier 2009, le 10- Sport n'a pas été exposé sur les présentoirs à journaux ; que le marchand cherche sous son comptoir ce dernier et le remet contre paiement ; que ces énonciations ne précisent pas si le journal Aujourd'hui sport était, quant à lui, exposé dans les points de vente visités ; que comme le font observer les requérantes, aussi bien le 10- Sport que Aujourd'hui sport avaient une diffusion très limitée (20 à 30 000 exemplaires) et ayant choisi une distribution via les NMPP, celles-ci ont distribué ces publications sur la totalité de son réseau de points de vente, à savoir environ 30 000 kiosques en France ; que compte tenu de la place limitée dont disposent ces points de vente, il n'était pas rationnel pour eux d'exposer ces titres, au détriment de journaux à plus fort tirage ; qu'en somme, le soupçon de pressions exercées par le groupe Amaury sur les kiosquiers était singulièrement fragile ; qu'en l'état de ces explications diverses sur les raisons d'un phénomène décrit de manière très sommaire par les huissiers de justice, l'Autorité de la concurrence ne pouvait s'en contenter pour requérir le droit de visiter des locaux de presse ;

- que sur le faisceau de présomptions présentées au juge des libertés, l'enquête de concurrence visait un abus de position dominante ; que l'ensemble des indices d'un tel abus devait être clairement distingué des comportements commerciaux qui n'auraient pas relevé de l'article L. 420-2 du code de commerce ni de la compétence de l'Autorité requérante, mais de celle des juridictions de droit commun ; que de ce point de vue, l'ordonnance critiquée présente d'abord les conditions de naissance d'un journal baptisé " Aujourd'hui sport ", concurrent du journal " 10- Sport " fondé par le plaignant ; que le juge y relève, à titre de présomption de comportement illicite, que les deux journaux concurrents se présentent similairement, alors qu'un tel élément de fait ne saurait relever du droit de la concurrence ; qu'ensuite, toujours selon le juge, la création du journal " Aujourd'hui sport " a été présentée par le milieu comme une riposte à la création de " 10- Sport ", alors qu'une

telle opération pourrait constituer en soi un événement proconcurrentiel ; que “ Aujourd’hui sport “ bénéficie, encore selon l’ordonnance critiquée, des moyens matériels et humains du groupe Amaury, et semble (sic) pouvoir bénéficier de ses moyens commerciaux et techniques, alors que de telles affirmations ne relatent pas en elles-mêmes un fait anticoncurrentiel ; qu’une entreprise disposant d’une position dominante est en droit de défendre ou de développer sa part de marché lorsqu’elle est confrontée à l’arrivée d’un concurrent ; qu’elle doit seulement le faire dans les limites d’un comportement loyal et légitime (Com. 14 février 1995, pourvoi n° 93-18. 178), autrement dit s’abstenir de limiter l’accès du marché à son concurrent en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d’une concurrence par les mérites ; qu’en l’espèce, le juge des libertés ne disposait pas d’indices d’un tel comportement déloyal ou illicite, puisque comme il a été dit (supra, les pressions sur les kiosquiers n’étaient nullement avérées et les autres éléments du dossier présenté à ce juge manquaient de pertinence ; que suivent les déclarations du plaignant, que le juge adopte sans explication particulière ni mention d’indices objectifs et concrets, en sorte qu’elles ne peuvent constituer un élément crédible d’un faisceau de présomptions ; qu’enfin, le juge résume sous forme d’indices les éléments susdits, qu’il baptise finalement “ nos (sic) présomptions “, mais sans rien y ajouter ; que certes, les écritures de l’Autorité de la concurrence devant le premier président explicitent d’autres éléments réunis tout au long, de l’enquête ; que cependant, elles ne peuvent pas éclairer le premier président, qui statué au jour où le juge des libertés lui-même a statué ; que du tout, il résulte que l’Autorité de la concurrence ne disposait pas d’un faisceau de présomptions suffisant pour solliciter une visite dans des locaux de presse aux fins d’établir la preuve d’un comportement anticoncurrentiel relevant de sa compétence et constituant un impératif prépondérant d’intérêt public ; que fondée en première part sur ce faisceau prétendu, la mesure autorisée par le juge n’apparaît pas proportionnée à l’atteinte envisagée aux libertés ; que le recours des sociétés Amaury et autres apparaît recevable et bien fondé ; que l’ordonnance critiquée doit être non point annulée mais infirmée, conformément aux règles du code de procédure pénale applicables au présent appel ;

1°) “ alors que l’article L. 450-4 du code de commerce permet au juge des libertés et de la détention d’autoriser les visites et saisies domiciliaires dès lors que la demande est fondée et comporte les indices permettant de présumer l’existence des pratiques dont la preuve est recherchée ; qu’il n’est pas nécessaire que soient caractérisées des présomptions précises, graves et concordantes ou des indices particulièrement troublants des pratiques, même si l’entreprise visée est une entreprise de presse ; qu’en décidant le contraire, le premier président de la cour d’appel a ajouté à la loi une condition qu’elle ne comporte pas, violant ainsi les textes susvisés ;

2°) “ alors que les visites et saisies de l’article L. 450-4 du code de commerce, destinées à permettre la constatation de pratiques anticoncurrentielles commises par les entreprises visitées, ne sont pas de nature, lorsque ces visites et saisies ont lieu dans des entreprises de presse, à porter atteinte au secret des sources d’information des journalistes ; qu’en soumettant l’autorisation du juge des libertés et de la détention à l’exigence exorbitante de présomptions précises, graves et concordantes ou indices particulièrement troublants des pratiques reprochées aux sociétés du groupe Amaury, sans préciser en quoi les visites et saisies litigieuses, sollicitées dans le cadre d’une enquête de concurrence pour abus de position dominante, pouvaient porter atteinte au secret des sources des journalistes des entreprises concernées, par nature non concernés par lesdites mesures, la cour d’appel a privé sa décision de base légale ;

3°) “ alors que le respect de la liberté de la presse dans une société démocratique dépend notamment de la garantie du pluralisme et de la libre concurrence, à laquelle veille l’Autorité de la concurrence, en conséquence de quoi, loin de porter atteinte à l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme, les visites et saisies litigieuses étaient au contraire de nature à en assurer le respect “ ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 450-4 et L. 420-2 du code de commerce, 10 de la Convention européenne des droits de l’homme, 56, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

” en ce que l’ordonnance infirmative attaquée a rejeté la requête du rapporteur général de l’Autorité de la concurrence aux fins de visites domiciliaires et saisies dans les locaux des sociétés Aujourd’hui sport, Le Parisien Libéré, Editions P. Amaury, Amaury Medias et L’Equipe, et a dit que la commission rogatoire donnée au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Nanterre était nulle et que toutes les pièces saisies devaient être restituées ;

” aux motifs que le juge qui autorise des opérations de visite et saisie sur le fondement de l’article L. 450-4 du code de commerce est tenu de vérifier si la demande d’autorisation qui lui est soumise est fondée ; que cette demande doit comporter tous les éléments d’information en possession du demandeur de nature à justifier la visite ; que par suite, le juge doit s’assurer que les éléments produits par l’administration sont suffisants pour justifier que la mesure intrusive de visite et saisie soit autorisée ; qu’à cette fin, le juge des libertés et de la détention doit vérifier, en se référant aux éléments d’information fournis par l’Administration ou par l’Autorité, qu’il existait des présomptions d’agissements visés par la loi justifiant que soit recherchée leur preuve au moyen d’une visite et de saisie de documents s’y rapportant ; que les présomptions sont appréciées par le juge en proportion de l’atteinte aux libertés individuelles que sont susceptibles de comporter la visite et les saisies envisagées ; qu’il s’en évince que les présomptions dont le juge des libertés du tribunal de grande instance de Bobigny aurait dû exiger la présentation devaient être d’autant plus précises, graves et concordantes qu’il s’agissait d’autoriser des opérations de visite et saisie dans les locaux d’entreprises de presse ; qu’en pareil cas, en effet, un Etat de droit s’honore, pour reprendre une expression avancée par la Cour européenne des droits de l’homme (CEDH, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, point 45) à “ faire pencher la balance des intérêts en présence en faveur de celui de la défense de la liberté de la presse dans une société démocratique “ ; que le droit reconnu à un journaliste de ne pas révéler l’origine de ses informations, corollaire de la liberté de la presse issu de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme, impose la plus grande circonspection de la part du juge amené à autoriser des opérations de visite et saisie dans une entreprise de presse ; que le législateur national impose aussi depuis de nombreuses années, dans l’article 56-2 du code de procédure pénale, qu’une visite ou perquisition ne puisse porter atteinte au libre exercice de la profession de journaliste ; que sans conférer une valeur expressément interprétative de la Convention européenne des droits de l’homme et de la jurisprudence européenne ou nationale y afférente, au nouvel article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, introduit par la loi du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes, il n’est pas inutile de relever que ce texte énonce : “ Il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d’intérêt public le justifie et si les mesures

envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi “ ; qu’il faut ajouter autant que de besoin, et comme le rappellent les requérantes sans pouvoir être contredites, que la Cour de cassation a jugé que des perquisitions dans les entreprises de presse sont des actes d’une extrême gravité ; que de telles mesures ne sauraient être justifiées que si la juridiction les autorisant s’est expliquée sans insuffisance ni contradiction sur le caractère nécessaire et proportionné aux buts poursuivis des perquisitions ainsi effectuées et si de telles ingérences respectent les principes de subsidiarité et de proportionnalité ; qu’enfin, le principe de proportionnalité devait encore être mis en rapport par le juge des libertés avec les missions dont l’administration ou l’Autorité qui sollicite le droit de visite et de saisie a la charge légale ; que si la poursuite d’infractions pénales, qui constituent les bornes dont la société ne permet en aucune circonstance le dépassement, est par essence un impératif prépondérant d’intérêt public et peut conduire le juge des libertés à apprécier en conséquence les présomptions qui lui sont soumises, en revanche la recherche de preuves de pratiques anticoncurrentielles indépendamment d’une qualification pénale ne peut justifier des visites et saisies, notamment dans des locaux de presse, qu’en présence d’indices particulièrement troublants de ces pratiques ; qu’en vérifiant le bien-fondé de la requête qui lui était soumise, en application de l’article L. 450-4 du code de commerce, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bobigny ne s’est nulle part attaché à vérifier si, dans la circonstance et en fonction de l’avancement de l’enquête de concurrence, les opérations de visite et saisie étaient nécessaires ni si elles étaient justifiées par un impératif prépondérant d’intérêt public et proportionnées entre cet impératif et l’atteinte envisagée aux libertés ;

- que sur la nécessité de la mesure autorisée, l’ordonnance déferée se contente d’affirmer que l’utilisation des pouvoirs définis à l’article L. 450-3 du code de commerce “ ne paraît pas suffisante pour permettre à l’Autorité de la concurrence de corroborer ses soupçons “ et que le recours aux pouvoirs de l’article L. 450-4 du code de commerce constitue “ le seul moyen d’atteindre les objectifs recherchés “ ; qu’une telle formulation, une fois négative et une fois positive, faite sans aucune motivation spéciale ni référence aux éléments dont l’Autorité disposait alors et aux éléments qu’elle espérait découvrir, ne constitue pas une démonstration de la nécessité de visiter des locaux de presse ;

- que, sur la proportionnalité de la mesure autorisée et sa justification, l’ordonnance recourt d’abord à des motifs hypothétiques en évoquant des agissements dont l’énumération n’est probablement pas exhaustive, laissant ainsi entendre que sa motivation n’est pas complètement relatée dans la décision, ou que les présomptions qu’il a retenues ne sont pas suffisantes en elles-mêmes, alors que le juge de l’apparence qu’est le juge des libertés et de la détention peut se satisfaire de présomptions mais pas de probabilité de présomptions et doit faire état de tout ce qui l’a amené à autoriser l’atteinte aux libertés qu’est une perquisition ; que pour le surplus, ladite ordonnance retient des présomptions qui ne sont suffisantes ni isolément ni en faisceau ;

que, d’abord élément par élément, les principales pièces annexées à la requête au juge des libertés étaient les suivantes :

\* la note et la demande d’enquête de la rapporteure générale (pièce n° 1) ;

\* la lettre des conseils du plaignant en date du 10 décembre 2008 (pièce n° 2) ;

\* les annexes de cette lettre, non inventoriées dans l’ordonnance mais qui sont retenues essentiellement pour relater la mauvaise situation financière du 10- Sport à l’époque de la

création d'Aujourd'hui sport, et la pratique de couplages publicitaires ;

\* le procès-verbal de déclaration du plaignant du 13 février 2009 (pièce n° 3) ;

\* une dizaine d'articles de presse concernant les lancements de 10. Sport. com et Aujourd'hui sport (pièce n° 4) ;

\* deux constats d'huissiers établis les 20 novembre 2008 et 13 janvier 2009 faisant état du fait que le 10. Sport. com n'était pas exposé sur les présentoirs de certains kiosquiers (pièces n° 5 et 6) ;

\* des pièces formelles (n° 7 à 9) ;

\* la pièce n° 10, dite " documents concernant le groupe Amaury ", dont la dénomination générique ne permet pas au premier président d'exercer son contrôle ;

- que, sur la lettre des conseils du plaignant Z..., les déclarations de sa salariée et de son avocat placées en annexes et le procès-verbal de déclaration du même plaignant, ces pièces émanaient de M. Z...lui-même ou de ses obligés ; que la saisine de l'Autorité par la société Le Journal du sport et les déclarations de son dirigeant auraient dû être examinées avec la plus grande prudence par le juge, qui aurait dû s'assurer que les allégations qu'elles contenaient étaient corroborées par les éléments émanant de tiers avant d'autoriser l'atteinte considérable au domicile et à la liberté de la presse qu'il a permise dans l'ordonnance critiquée ; que, sur l'annexe relative à la description de la situation financière du 10- Sport, de novembre 2008 à janvier 2009 qui montre une baisse significative du chiffre d'affaires du titre au cours de ce trimestre, (annexe 2 à l'audition de M. Z..., plaignant), aucun lien n'a été établi dans l'ordonnance entre la situation financière du 10- Sport et les prétendues pratiques commerciales du groupe Amaury ; que d'autres explications parfaitement plausibles auraient pu, sinon retenir l'Autorité, en tout cas l'inciter à la prudence, et le juge des libertés à sa suite, notamment les difficultés générales de la presse écrite, spécialement de la presse sportive, dont a souffert Aujourd'hui sport autant que Le 10- Sport ou l'impréparation du lancement du 10- Sport ; que, sur l'annexe relative aux couplages publicitaires, un courriel d'un tiers, M. Christophe A..., à Mme Michèle B..., salariée du groupe Moulins participations, en date du 28 novembre 2008 (annexe 1 à l'audition de M. Z..., plaignant) indique que Médias, régie publicitaire du groupe Amaury du fait de ses tarifs publicitaires attractifs et d'une prétendue offre couplée pour une annonce dans Aujourd'hui sport et L'Équipe ; que comme le font observer les sociétés du groupe Amaury, l'Autorité n'a pas vérifié la teneur exacte des conditions proposées Manchette publicité et le caractère généralisé ou isolé des pratiques auxquelles il est fait référence ; qu'il semble qu'en réalité, l'offre tarifaire faite à Fedex pour des annonces dans Aujourd'hui sport et dans L'Équipe était légèrement supérieure à celles accordées aux annonceurs s'adressant à l'une de ces publications de manière exclusive ; que l'Autorité aurait pu en déduire que l'offre faite à Fedex n'était pas particulièrement incitative, ne relevait pas d'une pratique de couplage anticoncurrentielle et que, dès lors, les affirmations contenues dans cette pièce ne pouvaient justifier une perquisition dans des locaux de presse ; que, sur les constats d'huissier relatifs à l'attitude des kiosquiers, que les 20 novembre 2008 et 13 janvier 2009, " le 10- Sport n'a pas été exposé sur les présentoirs à journaux ; que le marchand cherche sous son comptoir ce dernier et le remet contre paiement " ; que ces énonciations ne précisent pas si le journal Aujourd'hui sport était, quant à lui, exposé dans les points de vente visités ; que comme le font observer les requérantes, aussi bien le 10- Sport que Aujourd'hui sport avaient une diffusion très limitée (20 à 30 000 exemplaires) et ayant choisi une distribution via les NMPP, celles-ci ont

distribué ces publications sur la totalité de son réseau de points de vente, à savoir environ 30 000 kiosques en France ; que compte tenu de la place limitée dont disposent ces points de vente, il n'était pas rationnel pour eux d'exposer ces titres, au détriment de journaux à plus fort tirage ; qu'en somme, le soupçon de pressions exercées par le groupe Amaury sur les kiosquiers était singulièrement fragile ; qu'en l'état de ces explications diverses sur les raisons d'un phénomène décrit de manière très sommaire par les huissiers de justice, l'autorité de la concurrence ne pouvait s'en contenter pour requérir le droit de visiter des locaux de presse ; que sur le faisceau de présomptions présentées au juge des libertés, l'enquête de concurrence visait un abus de position dominante ; que l'ensemble des indices d'un tel abus devait être clairement distingué des comportements commerciaux qui n'auraient pas relevé de l'article L. 420-2 du code de commerce ni de la compétence de l'autorité requérante, mais de celle des juridictions de droit commun ; que de ce point de vue, l'ordonnance critiquée présente d'abord les conditions de naissance d'un journal baptisé " Aujourd'hui sport ", concurrent du journal " 10- Sport " fondé par le plaignant ; que le juge y relève, à titre de présomption de comportement illicite, que les deux journaux concurrents se présentent similairement, alors qu'un tel élément de fait ne saurait relever du droit de la concurrence ; qu'ensuite, toujours selon le juge, la création du journal " Aujourd'hui Sport " a été présentée par le milieu comme une riposte à la création de " 10- Sport ", alors qu'une telle opération pourrait constituer en soi un événement proconcurrentiel ; que " Aujourd'hui sport " bénéficie, encore selon l'ordonnance critiquée, des moyens matériels et humains du groupe Amaury, et semble (sic) pouvoir bénéficier de ses moyens commerciaux et techniques, alors que de telles affirmations ne relatent pas en elles-mêmes un fait anticoncurrentiel ; qu'une entreprise disposant d'une position dominante est en droit de défendre ou de développer sa part de marché lorsqu'elle est confrontée à l'arrivée d'un concurrent ; qu'elle doit seulement le faire dans les limites d'un comportement loyal et légitime (Com. 14 février 1995, pourvoi n° 93-18. 178), autrement dit s'abstenir de limiter l'accès du marché à son concurrent en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites ; qu'en l'espèce, le juge des libertés ne disposait pas d'indices d'un tel comportement déloyal ou illicite, puisque comme il a été dit (supra, les pressions sur les kiosquiers n'étaient nullement avérées et les autres éléments du dossier présenté à ce juge manquaient de pertinence ; que suivent les déclarations du plaignant, que le juge adopte sans explication particulière ni mention d'indices objectifs et concrets, en sorte qu'elles ne peuvent constituer un élément crédible d'un faisceau de présomptions ; qu'enfin, le juge résume sous forme d'indices les éléments susdits, qu'il baptise finalement " nos (sic) présomptions ", mais sans rien y ajouter ; que certes, les écritures de l'Autorité de la concurrence devant le premier président explicitent d'autres éléments réunis tout au long, de l'enquête ; que cependant, elles ne peuvent pas éclairer le premier président, qui statué au jour où le juge des libertés lui-même a statué ; que du tout, il résulte que l'Autorité de la concurrence ne disposait pas d'un faisceau de présomptions suffisant pour solliciter une visite dans des locaux de presse aux fins d'établir la preuve d'un comportement anticoncurrentiel relevant de sa compétence et constituant un impératif prépondérant d'intérêt public ; que fondée en première part sur ce faisceau prétendu, la mesure autorisée par le juge n'apparaît pas proportionnée à l'atteinte envisagée aux libertés ; que le recours des sociétés Amaury et autres apparaît recevable et bien fondé ; que l'ordonnance critiquée doit être non point annulée mais infirmée, conformément aux règles du code de procédure pénale applicables au présent appel ;

" alors que, pour apprécier si la demande d'autorisation de visites et saisies est fondée, le juge doit examiner, suivant la méthode du faisceau d'indices, si les éléments d'information produits par le requérant, pris en leur ensemble et non pas individuellement, sont de

nature à faire présumer l'existence de pratiques anticoncurrentielles dont la preuve est recherchée ; qu'en l'espèce, le délégué du premier président a examiné isolément les pièces produites par le rapporteur général de l'autorité de la concurrence pour démontrer l'existence de présomptions d'abus de position dominante (note du rapporteur général, lettre des conseils du plaignant, déclarations du plaignant, de sa salariée et de son avocat, description de la situation financière du 10- Sport, couplages publicitaires offerts par le groupe Amaury, constats d'huissier relatifs à l'attitude des kiosquiers), et a affirmé que chaque indice ne pouvait, à lui seul, justifier les visites et saisies, au lieu d'analyser ce faisceau d'indices en son ensemble ; qu'il s'est borné à utiliser la méthode du faisceau d'indices pour apprécier d'autres éléments, retenus par le juge des libertés et de la détention, qu'il estimait relever de la concurrence déloyale ; qu'en statuant ainsi, il a violé les textes susvisés “ ;

Les moyens étant réunis ;

Vu l'article L. 450-4 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de ce texte qu'après avoir vérifié que la demande qui lui est soumise est fondée, le juge des libertés et de la détention peut autoriser des opérations de visite et saisie dans toute entreprise, quelle que soit son activité ;

Attendu que le juge des libertés et de la détention a autorisé le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence à faire procéder à des opérations de visite et saisie dans les locaux de différentes sociétés du groupe Amaury, en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la presse quotidienne sportive ;

Attendu que, pour infirmer cette décision, l'ordonnance attaquée énonce que les présomptions doivent être d'autant plus précises, graves et concordantes, qu'il s'agit d'autoriser des opérations de visite et saisie dans les locaux d'entreprises de presse, les perquisitions dans ces lieux étant en outre soumises aux exigences de l'article 56-2 du code de procédure pénale ; qu'après avoir analysé les indices recueillis, le juge en déduit que l'Autorité de la concurrence n'a pas rapporté la preuve d'un faisceau de présomptions suffisant pour justifier une visite dans les locaux de presse ; qu'il ajoute que la mesure autorisée n'apparaît pas proportionnée à l'atteinte aux libertés qu'elle implique ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, le juge a ajouté à la loi des conditions qu'elle ne comporte pas ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs :

I-Sur le pourvoi de la société 10 Médias :

Le déclare IRRECEVABLE ;

II-Sur le pourvoi du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'ordonnance n° 243 susvisée du premier président de la cour d'appel de Paris, en date du 17 juin 2010, et pour qu'il soit à nouveau jugé, conformément à la loi,

RENVOIE la cause et les parties devant la juridiction du premier président de la cour d'appel de Paris, autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la cour d'appel de Paris et sa mention en marge ou à la suite de l'ordonnance annulée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le onze janvier deux mille douze ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre ;

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Paris du 17 juin 2010