

N° Q 12-80.331 F-P+B

N° 1858

CV

24 AVRIL 2013

CASSATION PARTIELLE**M. LOUVEL président,**

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

- La société Medtronic France,

contre l'ordonnance n° 111 du premier président de la cour d'appel de PARIS, en date du 15 novembre 2011, qui a prononcé sur la régularité des opérations de visite et saisie de documents effectuées par l'Autorité de la concurrence, en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 27 mars 2013 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 conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Couffrant ;

Sur le rapport de Mme le conseiller RACT-MADOUX, les observations de la société civile professionnelle PIWNICA et MOLINIÉ, de la société civile professionnelle BARADUC et DUHAMEL, avocats en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général BONNET ;

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

Attendu qu'il résulte de l'ordonnance attaquée et des pièces de procédure que les services du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ont procédé, les 9 et 10 novembre 2010, à des opérations de visite et saisie dans les locaux de la société Medtronic, autorisées par ordonnance du juge des libertés et de la détention, en date du 15 octobre 2010 ; que la société visitée a saisi le premier président de la cour d'appel, aux fins d'annulation de ces opérations et de restitution de la totalité des documents et fichiers saisis ;

En cet état ;

Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 101 du TFUE, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne, L. 420-1, L. 450-4 du code de commerce, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'ordonnance attaquée a rejeté toutes les demandes d'annulation de la société Medtronic dirigées contre le déroulement des opérations de visite et saisies, constaté l'accord de l'Autorité de la concurrence pour restituer, après vérification, les pièces dont il serait démontré qu'elles sont véritablement couvertes par le secret de la correspondance avocat client ou qui relèveraient exclusivement de la vie privée des salariés, sous réserve que la société Medtronic en fournisse une liste exhaustive permettant leur identification et constaté à cet égard que l'Autorité de la concurrence ne s'oppose pas la restitution par destruction des messages listés par la société Medtronic en pièce n° 7 qui relèvent véritablement de la correspondance avocat client mais précise ne pas être en mesure de se prononcer sur le contenu des documents listés en pièce n° 8 par la société Medtronic ;

“aux motifs que sur la visite du bureau de Mme Fily, le procès-verbal des OVS ne fait nullement état d'une fouille de sac à main, pas plus que les observations qui y ont été annexées ; que la société Medtronic produit cependant une attestation de Mme Fily responsable du service des appels d'offre de la société, datée du 27 avril 2011, indiquant qu'elle a demandé, avant de quitter son bureau pour l'apposition des scellés, si elle pouvait emporter quelques documents, ce qui avait été accepté sous réserve de pouvoir en vérifier le contenu, et que les rapporteurs ont exigé de pouvoir fouiller son sac à main, avant de le lui laisser, et n'y ont rien trouvé ; que l'intéressée n'a pas cru devoir dénoncer les faits ainsi relatés pendant les OVS, qui ont cependant perduré plusieurs heures ; que certes elle a estimé devoir en attester, plusieurs mois après, sans autrement préciser en quoi l'inspection a consisté, alors qu'elle ne s'y est pas opposée, et que celle-ci faisait suite à une recommandation de n'emporter aucun document non préalablement soumis aux rapporteurs, lesquels devaient, pour les nécessités de l'enquête, de nature à garantir le bien être économique du pays, s'assurer que tous les documents utiles demeureraient en place le temps de réaliser les opérations autorisées ; qu'une ingérence injustifiée, contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne s'avère pas en l'état de ces éléments suffisamment caractérisée, et ne saurait invalider les OVS, étant observé que les faits ainsi invoqués n'ont eu aucune incidence sur les saisies réalisées ;

“alors qu'à défaut d'autorisation spéciale du juge des libertés et de la détention, les agents de l'administration qui instrumentent n'ont pas le pouvoir de fouiller un sac à main d'une salariée présente dans les locaux de l'entreprise visitée ; qu'en considérant au contraire que cette fouille était régulière dans la mesure où elle faisait suite à une recommandation de n'emporter aucun document non préalablement soumis aux rapporteurs, ce qui imposait aux enquêteurs, pour les nécessités de l'enquête, de nature à garantir le bien être économique du pays, de s'assurer que tous les documents utiles demeureraient en place le temps de réaliser les opérations autorisées, bien que l'ordonnance d'autorisation de visite était limitée aux seuls locaux de la société Medtronic, le délégué a méconnu les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne et L. 450-4 du code de commerce” ;

Attendu que le moyen est irrecevable dès lors que la société demanderesse n'est pas personnellement intéressée par l'irrégularité alléguée, l'ordonnance attaquée relevant que le fait invoqué n'a eu aucune incidence sur les saisies réalisées ;

Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 101 du TFUE, 7, 47, 48 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne, L. 420-1, L. 450-4 du code de commerce, 56, 57, 57-1, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

“en ce que l'ordonnance attaquée a rejeté toutes les demandes d'annulation de la société Medtronic dirigées contre le déroulement des opérations de visite et saisies, constaté l'accord de l'Autorité de la concurrence pour restituer, après vérification, les pièces dont il serait démontré qu'elles sont véritablement couvertes par le secret de la correspondance avocat client ou qui relèveraient exclusivement de la vie privée des salariés, sous réserve que la société Medtronic en fournisse une liste exhaustive permettant leur identification et constaté à cet égard que l'Autorité de la concurrence ne s'oppose pas la restitution par destruction des messages listés par la société Medtronic en pièce n° 7 qui relèvent véritablement de la correspondance avocat client mais précise ne pas être en mesure de se prononcer sur le contenu des documents listés en pièce n° 8 par la société Medtronic ;

“aux motifs que sur la saisie des données stockées à l'étranger, le procès verbal mentionne qu'il a été demandé à M. Meyer responsable informatique de la société Medtronic de donner accès aux fichiers messageries professionnelles de MM. Bernasconi et Candelon et de Mmes Fily, Pelade, Caballol et Laborde, lequel a précisé que ces messageries étaient archivées par le centre informatique de la société aux Pays-Bas et les difficultés de mise à disposition ont été consignées dans un procès-verbal d'audition constituant l'annexe n° 4 du procès-verbal ; que les fichiers de messageries de M. Bernasconi et de Mme Fily ont été effectivement mis à disposition sur un disque dur externe dans les locaux de la société Medtronic et après constat de la présence de documents entrant dans le champ de l'autorisation, extraction et authentification numérique, les fichiers informatiques issus de ce disque dur ont été saisis ; que la société Medtronic soutient que ces données auraient été saisies, en violation de l'article 57-1 du code de procédure pénale, faute d'être accessibles au sens de cet article à partir d'un système informatique situé en France, compte tenu de moyens exorbitants mis en oeuvre pour les rendre accessibles, eu égard à son obligation de coopération, d'avoir été saisies par un officier de police judiciaire (OPJ), nonobstant la présence de trois officier de police judiciaire ; que l'autorité conteste cette analyse, relevant pertinemment que l'article L. 450-4 du code de commerce ne se réfère pas à l'article 57-1 du code de procédure pénale, lequel ne saurait en conséquence s'appliquer, étant observé que si à l'audience l'Autorité a relevé incidemment que cet article réserve le cas d'engagements

internationaux, au nombre desquels se trouverait la convention sur la cybercriminalité, point ayant fait l'objet de notes en délibéré autorisées, il est admis que cette convention n'est pas applicable en l'espèce, seule la portée du consentement donné par le représentant de l'occupant des lieux étant litigieuse ; qu'à cet égard, il résulte du procès-verbal d'audition, dressé en présence constante d'un officier de police judiciaire, que le responsable informatique de la société Medtronic a déclaré que les messageries actives correspondent à peu près aux trente derniers jours de messages, que pour récupérer "en local" la totalité des archives de messagerie une restauration, permettant de les consulter, devait être demandée mais prendrait, selon lui, un temps considérable et ralentirait les accès réseau des employés par la monopolisation des ressources informatiques ; que c'est, dans ces conditions, qu'il a proposé une autre solution, lui paraissant plus rapide, consistant à faire transporter les fichiers copiés sur un disque dur externe par coursier des Pays-Bas ; qu'en fait l'organisation informatique des messageries mise en place par la société saisie en 2008 n'excluait pas le rapatriement des données en local par le réseau informatique de la société, permettant aux utilisateurs de voir leurs archives de messagerie à partir du système informatique à leur disposition, mais la solution alternative proposée par la société tendait à réduire les contraintes résultant du nombre important de giga octets de données à rapatrier ; que la proposition de l'entreprise de mettre à disposition un disque dur les contenant ne saurait dans ces conditions avoir pour effet, d'invalider la saisie, réalisée à l'aide de ce disque dur, étant observé que le devoir de coopération n'exclut pas que l'entreprise a, en l'espèce, préféré, en pleine connaissance de cause, substituer cette solution au rapatriement par voie informatiques des données ; qu'il ne saurait être retenu une cause de nullité de ce chef ;

"aux motifs que, sur la saisie intégrale des messageries de MM. Bernasconi et Candelon et de Mme Fily, l'Autorité précise simplement, sans que soit, en fait, apporté d'élément contraire, que l'obligation de ne pas altérer les métadonnées des fichiers impose une saisie intégrale de ces fichiers messageries ; qu'il en résulte que seule la saisie des fichiers messagerie en leur entier apparaît donner actuellement une garantie d'origine, d'intégrité et d'authenticité, des données ; qu'il ne peut, dans ces circonstances, être admis qu'il serait disproportionné, compte tenu de la nécessité de préserver l'authenticité des données au jour de la saisie, tant pour l'efficacité de l'enquête que la garantie des droits de l'entreprise saisie, d'avoir procédé à la copie intégrale des fichiers de messageries, sans individualisation, surplace, des seuls messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire, alors que ces fichiers présentent des éléments intéressant l'enquête, ce qui exclut un dépassement manifeste et préjudiciable de l'objet des investigations autorisées, et que par ailleurs, la copie remise à la société saisie lui permet d'assurer effectivement sa défense :

“1) alors que les opérations de visites et saisies ne sont régulières que si elles ne dépassent pas le cadre fixé par l'ordonnance d'autorisation de visite ; qu'en considérant au contraire que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement saisir un disque dur externe livré par coursier rassemblant des données stockées à l'étranger hors des locaux visités, quand l'autorisation de visite était limitée aux seuls locaux de la société Medtronic situés à Boulogne-Billancourt, le premier président a méconnu les articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne et L. 450-4 du code de commerce ;

“2) alors que le délégué du premier président n'a pu sans se contredire retenir que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement saisir un disque dur externe rassemblant des données stockées à l'étranger de plusieurs messageries électroniques dont celles de Mme Fily, et de M. Bernasconi qu'elle n'avait pas elle-même sélectionnées et justifier par ailleurs la saisie en bloc des messageries électroniques de ces mêmes personnes par la nécessité de garantir l'origine, l'intégrité et l'authenticité des données ;

“3) alors que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au coeur de la notion de procès équitable ; qu'en retenant, pour valider la méthode de saisie alternative de fichiers informatiques stockés à l'étranger proposée par le responsable informatique de la société que cette proposition avait été faite dans le cadre du devoir de coopération de la société, le délégué du premier président a méconnu les articles 6, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47, 48 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne et L. 450-4 du code de commerce” ;

Attendu que, pour rejeter la demande d'annulation de la saisie d'un disque dur externe contenant des données stockées à l'étranger, l'ordonnance prononcée par les motifs repris au moyen ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, le juge, sans se contredire, a justifié sa décision dès lors qu'il a constaté que le support des données avait été remis spontanément aux enquêteurs, dans les locaux de la société visitée, par le représentant de celle-ci ;

Qu'ainsi, le moyen ne saurait être admis ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 66 de la Constitution, 2, 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 101 du TFUE, 7, 47 et 52 de la charte des droits

fondamentaux de l'union européenne, L. 420-1, L. 450-4 du code de commerce, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

“en ce que l'ordonnance attaquée a rejeté toutes les demandes d'annulation de la société Medtronic ;

“aux motifs que sur la restitution, la société Medtronic prétend qu'une simple restitution ne suffirait pas à régulariser les saisies, alors que le secret professionnel et le caractère confidentiel des données personnelles seraient irrémédiablement compromis et que le cadre procédural délimitant l'enquête n'aurait pas été respecté ; qu'il sera relevé que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) présentée dans un mémoire distinct (déposé le 2 mai 2011) également évoquée par la société Medtronic a depuis fait l'objet d'une ordonnance de refus de transmission le 4 octobre 2011 ; qu'il ne saurait être retenu que la restitution de documents protégés serait insuffisante, alors qu'elle aura nécessairement pour effet, comme une annulation, laquelle ne peut porter que sur les seuls documents appréhendés irrégulièrement, d'exclure l'utilisation de données relevant du secret de la correspondance avocat-client ou de la vie privée, rétablissant, le cas échéant, les droits de la société saisie, ce qui constitue incontestablement un redressement approprié des droits protégés, la copie de ces données ne pouvant dès lors faire grief ;

1°) “alors que, les droits constitutionnels à un recours juridictionnel effectif, les droits de la défense, et l'équilibre des droits des parties garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que le respect de la vie privée garanti par les articles 2 et 4 du même texte, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 66 de la Constitution s'opposent à ce qu'une autorité de poursuite puisse prendre connaissance et exploiter les pièces saisies, avant même que le juge ait statué en fait et en droit sur la validité de l'ordonnance d'autorisation de visite et sur le déroulement de la saisie sans même prévoir la moindre procédure d'urgence pour examiner le recours contre l'ordonnance d'autorisation de visite ou la contestation du déroulement de la saisie, ni même enfermer l'examen de ces recours dans une condition de délai : qu'ainsi les dispositions de l'article L. 450-4 du code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance n ° 2008-1161 du 13 novembre 2008 ne sauraient, sans méconnaître les droits constitutionnels susvisés, autoriser l'Autorité de la concurrence à prendre connaissance et à exploiter les pièces saisies sans prévoir la moindre procédure d'urgence pour examiner le recours contre l'ordonnance d'autorisation de visite ou la contestation du déroulement de la saisie ; qu'à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité qui

interviendra, l'arrêt attaqué se trouvera privé de base légale au regard des textes susvisés ;

2°) "alors qu'en matière de visites domiciliaires, les personnes concernées doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel effectif en fait comme en droit de la régularité de la décision prescrivant la visite dans des conditions leur permettant d'obtenir un redressement approprié ; que le redressement n'est approprié que si l'examen des recours est concomitant à la saisie ; qu'en affirmant que la restitution de documents irrégulièrement saisis aura nécessairement pour effet, comme une annulation de rétablir, le cas échéant, les droits de la société saisie, ce qui constitue incontestablement un redressement approprié de ses droits protégés, bien que l'examen tardif de ces recours non suspensifs permette à l'Autorité de la concurrence de tenir compte des pièces irrégulièrement saisies dans la conduite de l'enquête sur une longue période, le premier président a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 101 du TFUE, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 450-4 et L. 420-1 du code de commerce" ;

Sur le quatrième moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 101 du TFUE, 7, 47, 48 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne, L. 420-1, L. 450-4 du code de commerce, 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, 56, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'ordonnance attaquée a rejeté toutes les demandes d'annulation de la société Medtronic dirigées contre le déroulement des opérations de visite et saisies, constaté l'accord de l'Autorité de la concurrence pour restituer, après vérification, les pièces dont il serait démontré qu'elles sont véritablement couvertes par le secret de la correspondance avocat client ou qui relèveraient exclusivement de la vie privée des salariés, sous réserve que la société Medtronic en fournisse une liste exhaustive permettant leur identification et constaté à cet égard que l'Autorité de la concurrence ne s'oppose pas la restitution par destruction des messages listés par la société Medtronic en pièce n° 7 qui relèvent véritablement de la correspondance avocat client mais précise ne pas être en mesure de se prononcer sur le contenu des documents listés en pièce n° 8 par la société Medtronic ;

"aux motifs que sur la saisie intégrale des messageries de MM. Bernasconi et Candelon et de Mme Fily, il n'est pas sérieusement contesté que les fichiers informatiques saisis contiennent des éléments d'information entrant dans le champ de l'autorisation, mais la société

Medtronic soutient, s'agissant de la saisie des messageries de MM. Bernasconi et Candelon et de Mme Fily, que le procédé utilisé aboutirait à une saisie massive et indifférenciée d'un nombre exorbitant de pièces, s'établissant, selon elle, à plus de 100 000 documents, ce qui caractériserait une absence de tri préalable, irrégulière de documents couverts par le secret des correspondances avocat/client (qui s'élèverait à près d'un millier selon liste produite, alors même que M. Bernasconi a émis des réserves à cet égard et que la simple prise de connaissance compromettrait le secret), contenant des données à caractère personnel (invoquant une liste non exhaustive de 343 documents contenant les termes "personnel" ; "perso", "privé" ; "personal" ou "private") ou sans rapport avec l'objet de l'enquête (estimant potentiellement que presque 75% des documents seraient concernés), ne serait pas indispensable en l'état de méthodes alternatives plus appropriées (identification de messages par mots clés, scellé fermé avant tri en présence de l'entreprise), contreviendrait à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que l'Autorité relève qu'en réalité ont été saisis un total de 241 fichiers et que des sélections ont été opérées ; qu'il résulte effectivement du procès-verbal dressé le 9 novembre 2010 que les saisies informatiques critiquées ne sont intervenues que lorsqu'une analyse approfondie du support informatique a dû être effectuée et alors qu'il était constaté la présence de documents entrant dans le champ de l'autorisation ; qu'ainsi aucun document informatique n'a été saisi après accès à un serveur de fichiers "parmlbfile 01 01" mis à disposition ; qu'à l'évidence, alors que les enquêteurs peuvent saisir tous supports d'information, ils ont choisi de procéder à la saisie, par voie de copie, sur trois ordinateurs portables, de fichiers apparaissant présenter des données pour partie utiles à l'enquête ; qu'il ne s'agit donc pas d'une opération massive, ni indifférenciée, même si elle porte sur de nombreuses données et sur l'intégralité des messageries du type Microsoft Outlook ; que si la société Medtronic dénonce l'insuffisance du tri opéré et la saisie globale de fichiers, elle ne produit aucun élément réellement susceptible de contredire les indications techniques, quant au caractère insécable de l'ensemble indivisible formé par les fichiers messageries, fournies par l'Autorité, qui précise que :

- au regard de leur particularité ces fichiers ne peuvent en l'état actuel de la technique être saisis que dans leur globalité, dès lors qu'ils contiennent des éléments pour partie utiles à la preuve des agissements suspectés,
- chaque messagerie du type Microsoft Outlook est stockée dans un fichier conteneur unique, un tel mode de stockage, préexistant, ne pouvant être changé par l'utilisateur ou l'administrateur réseau, seul endroit du stockage pouvant être choisi,
- le fait d'individualiser les messages en les extrayant est de nature à modifier l'état de l'ordinateur visité et des attributs des fichiers,

- il en est ainsi des messageries de M. Bernasconi et de Mme Fily mis à la disposition des enquêteurs sous la forme de fichiers "pst" ; qu'il n'est pas discuté que chaque message peut être extrait, quoique ne figurant pas comme un fichier distinct dans le matériel informatique, l'Autorité précisant simplement, sans que soit, en fait, apporté d'élément contraire, que l'obligation de ne pas altérer les métadonnées des fichiers impose une saisie intégrale de ces fichiers messageries ; qu'il en résulte que seule la saisie des fichiers messagerie en leur entier apparaît donner actuellement une garantie d'origine, d'intégrité et d'authenticité, des données ; qu'il ne peut, dans ces circonstances, être admis qu'il serait disproportionné, compte tenu de la nécessité de préserver l'authenticité des données au jour de la saisie, tant pour l'efficacité de l'enquête que la garantie des droits de l'entreprise saisie, d'avoir procédé à la copie intégrale des fichiers de messageries, sans individualisation, surplace, des seuls messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire, alors que ces fichiers présentent des éléments intéressant l'enquête, ce qui exclut un dépassement manifeste et préjudiciable de l'objet des investigations autorisées, et que par ailleurs, la copie remise à la société saisie lui permet d'assurer effectivement sa défense ; qu'il sera ajouté que si des correspondances échangées par la société Medtronic avec des avocats, des éléments à caractère personnel, ou hors champ d'enquête, ont pu être saisis, c'est exclusivement à raison du caractère composite des contenus des fichiers de messageries professionnelles et de leur copie en intégralité, dont il a été relevé qu'elle constituait une garantie de fiabilité ; qu'aucun moyen illicite n'a été mis en oeuvre pour saisir des pièces ou documents susceptibles d'être protégés, étant observé que si le président directeur-général de la société Medtronic a signalé aux rapporteurs que sa messagerie contenait des documents couverts par le secret de la correspondance avocat-client et proposé d'en éviter la saisie par la fourniture de noms d'avocats, il a bien été informé que chaque fichier de messagerie de type "pst" devait être saisi dans son intégralité ; que, par ailleurs, la fonction habituelle de telles messageries étant, par nature, professionnelle, le seul choix de regroupements ou qualifications de messages, effectués par l'utilisateur ne saurait suffire à l'exclure et démontrer qu'il s'agit d'évidence d'éléments à caractère personnel ; qu'enfin seule une divulgation, inexistante en la cause, violerait la confidentialité ; que la société Medtronic ne démontre pas la nécessité de modifier les modalités de la saisie, dès lors que les rapporteurs ont pu inventorier informatiquement les fichiers saisis en la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant, après avoir eu accès aux données informatiques, qu'ils ne sont pas tenus d'individualiser sur place les messages entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire, que la présence de courriels protégés ou hors champ n'apparaît pas disproportionnée au regard du but légitime et nécessaire de recherche autorisée d'éléments de preuve de pratiques illicites, alors que des

pièces entrant dans le champ de l'autorisation sont incluses dans les messageries copiées, que l'Autorité ne s'oppose pas à la restitution des pièces listées en pièce 7 qui relèveraient véritablement de la correspondance avocat-client et auraient trait à l'exercice des droits de la défense ni de messages qui relèveraient exclusivement de la vie privée des salariés, précisant simplement que la liste produite en pièce 8 ne la met pas en mesure d'en vérifier le contenu et relevant, à juste titre, que la présence de documents sans rapport avec l'enquête ne saurait faire grief, faute de pouvoir être utilisés ou d'être protégés ; qu'en définitive, les données saisies n'apparaissant pas techniquement divisibles, au regard des impératifs de leur préservation, ni étrangères au but de l'autorisation accordée, les OVS ne sauraient être invalidées, pas plus que la saisie de tout ou partie des messageries concernées ; que sur la vérification des documents saisis la société Medtronic soutient que l'occupant des lieux (ou son représentant) n'aurait pas été effectivement mis en mesure de vérifier les documents au fur et à mesure de leur saisies, que l'inventaire des fichiers saisis serait insuffisant et que toutes les précautions nécessaires au respect de ses droits ne seraient pas respectées ; que cependant les rapporteurs ne sauraient être tenus dans le cadre de l'enquête de s'expliquer sur les moyens de sélection leur permettant, en présence de l'occupant, de déterminer les fichiers paraissant pertinents, au regard du nombre de documents contenus dans chacun d'eux et de la nécessaire efficacité de la recherche légitime d'éléments susceptibles d'intéresser l'enquête, alors qu'aucune disposition légale n'impose cette communication ; que la recherche ainsi effectuée ne saurait être préjudiciable à la partie saisie qui est en mesure de contester l'étendue des saisies réalisées et d'obtenir ainsi un contrôle juridictionnel effectif des mesures ; que si les fichiers de messageries ont été inventoriés informatiquement, ils sont suffisamment identifiés par leur nom, taille, empreinte numérique et chemins d'accès, et authentifiés numériquement selon leur emplacement d'origine; que cet inventaire des fichiers saisis a été réalisé sur place, le jour des opérations, en la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant, après accès aux données informatiques et les scellés mentionnent l'origine de la copie, et l'établissement détaillé de l'intégralité des données ne saurait être exigé au regard de leur quantité, alors que la description exhaustive des pièces mises sous scellés n'est pas légalement imposée et qu'un inventaire sous forme informatique des fichiers saisis n'est pas interdit ; qu'enfin, les informations saisies ont fait l'objet d'une copie remise à la société Medtronic lui permettant de connaître précisément les données contenues dans chacun des fichiers saisis ainsi inventoriés, et, partant, de vérifier de manière, en fait, parfaitement fiable et exhaustive, ce qui n'est contredit par aucun élément, toutes les données ainsi appréhendées contenues dans ces fichiers, garantissant les droits de la défense, qu'au demeurant la société Medtronic a pu effectivement exercer le présent recours sur la base de ces copies, dont

la remise a été dûment actée au procès-verbal de visite et saisie ; que le moyen de nullité tiré d'un non-respect effectif de droits de vérification doit donc être rejeté ; que sur la loi Informatique et Libertés, la société Medtronic soutient encore que les prescriptions de la loi Informatique et Libertés n° 78-17 du 6 janvier 1978 n'auraient pas été respectées alors que l'autorité procéderait à un traitement de données à caractère personnel au sens de l'article 2 de cette loi en réalisant les opérations de saisies dans les locaux d'une entreprise ; que cependant le traitement reproché ne s'applique pas à un ensemble de données à caractère personnel, alors que les éléments sont organisés en fichiers d'entreprise, par nature professionnels et ne contiennent normalement que des messages échangés dans le cadre des activités de la société Medtronic ; que, même si des courriels à caractère personnel peuvent y être inclus, il ne peut pour autant être valablement admis que les outils mis par l'entreprise à la disposition de ses collaborateurs pour les besoins de l'activité sociale, seuls visités, perdent leur caractère professionnel ; que les fichiers de messageries constituant un tout indivisible et comportant pour partie des éléments utiles, il ne peut être considéré que les saisies ainsi réalisées, dûment autorisées, visant une personne morale, sont susceptibles d'enfreindre la loi Informatique et Libertés et d'être annulées en tout, ou partie, à ce titre ; que sur la restitution, la société Medtronic prétend qu'une simple restitution ne suffirait pas à régulariser les saisies, alors que le secret professionnel et le caractère confidentiel des données personnelles seraient irrémédiablement compromis et que le cadre procédural délimitant l'enquête n'aurait pas été respecté ; qu'il sera relevé que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) présentée dans un mémoire distinct (déposé le 2 mai 2011) également évoquée par la société Medtronic a depuis fait l'objet d'une ordonnance de refus de transmission le 4 octobre 2011 ; qu'il ne saurait être retenu que la restitution de documents protégés serait insuffisante, alors qu'elle aura nécessairement pour effet, comme une annulation, laquelle ne peut porter que sur les seuls documents appréhendés irrégulièrement, d'exclure l'utilisation de données relevant du secret de la correspondance avocat-client ou de la vie privée, rétablissant, le cas échéant, les droits de la société saisie, ce qui constitue incontestablement un redressement approprié des droits protégés, la copie de ces données ne pouvant dès lors faire grief; qu'en l'espèce, ainsi que précédemment rappelé, l'Autorité ne s'oppose pas à la restitution des documents protégés ; que le simple fait que ces données ont néanmoins été copiées par celle-ci ne saurait constituer une atteinte disproportionnée au regard des intérêts en présence alors que les nécessités de l'enquête judiciairement autorisée de recherche de preuves de pratiques illicites justifient la saisie de messageries intégrales, laquelle préserve le saisi de toute altération des données pouvant lui être opposées ; que, par ailleurs, le fait qu'il incombe à l'entreprise saisie d'établir la réalité de la protection invoquée ne

constitue pas une rupture dans l'égalité des armes, alors que la copie remise lui permet de vérifier précisément toutes les données appréhendées et que s'agissant de ses propres données elle peut les identifier et les caractériser, étant observé que la pertinence de la saisie d'un document ne peut s'apprécier que par la prise de connaissance de son contenu ; qu'aucune atteinte disproportionnée au regard des intérêts en présence, y compris en terme de coût, ou de l'objet de l'enquête autorisée n'est caractérisée, alors qu'il n'est pas dénié que les fichiers saisis contiennent pour partie des pièces entrant dans le champ de l'autorisation, et que la restitution des éléments protégés qu'elles sont susceptibles de contenir, est de nature à exclure tout grief ; que les OVS réalisées ne sauraient donc être invalidées ; qu'en conséquence, les demandes de la société Medtronic, tant principale d'annulation de la totalité des opérations avec toutes conséquences de droit, que subsidiaires d'annulation de la saisie des fichiers électroniques placés sous scellés n° 10 ou de la saisie des documents listés en pièce n° 7 seront rejetées ; qu'il sera par contre pris acte de l'accord de restitution de l'Autorité :

1°) "alors que l'ingérence portée au domicile des intéressés par la saisie doit être limitée à ce qui est strictement et évidemment nécessaire ; que toute saisie doit être strictement proportionnée au but poursuivi ; qu'en reprochant à la société Medtronic de dénoncer l'insuffisance du tri opéré et la saisie globale de fichiers, sans produire le moindre élément réellement susceptible de contredire les indications techniques, quant au caractère insécable de l'ensemble indivisible formé par les fichiers messageries, fournies par l'Autorité de la concurrence tout en lui refusant toute possibilité concrète de rapporter cette preuve, le premier président a méconnu les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 450-4 du code de commerce ;

2°) "alors que l'ingérence portée au domicile des intéressés par la saisie doit être limitée qu'à ce qui est strictement et évidemment nécessaire ; que toute saisie doit être strictement proportionnée au but poursuivi ; que le juge doit exercer un contrôle en fait et en droit sur la concordance entre les opérations menées et l'autorisation consentie à l'Autorité de la concurrence ; qu'en se bornant à affirmer que l'absence d'explication de l'Autorité de la concurrence sur les méthodes de sélection de fichiers qu'elle utilise ne serait pas préjudiciable à la partie saisie dans la mesure où celle-ci bénéficie d'un recours juridictionnel effectif lui permettant de contester l'étendue des saisies réalisées, sans disposer du moindre élément technique lui permettant d'apprécier elle-même l'adéquation des moyens techniques mis en oeuvre au regard du but poursuivi, le premier président qui n'a pas mis la société Medtronic en mesure de bénéficier d'un véritable recours effectif de

pleine juridiction quant à la proportionnalité de la saisie effectuée, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles 6 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et L. 450-4 du code de commerce ;

3°) "alors que le juge exerce a posteriori un contrôle de pleine juridiction en fait et en droit sur les opérations de visite et saisie ; que les pièces saisies doivent être inventoriées ; qu'en affirmant que la description exhaustive dans l'inventaire des pièces mises sous scellés n'est pas imposée, le délégué du premier président qui a méconnu l'étendue de son contrôle a violé les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47 et 52 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 56 du code de procédure pénale, et L 450-4 du code de commerce ;

4°) "alors que quelle qu'en soit la forme, les correspondances échangées entre un avocat et son client sont insaisissables ce qui interdit à l'administration de prendre connaissance de tels documents ; que la saisie de correspondances couvertes par le secret professionnel concernant directement l'enquête en cours porte une atteinte irréversible aux droits de la défense devant être sanctionnée par la nullité de la procédure ; qu'en décidant que la saisie de courriels couverts par le secret professionnel n'a pas pour effet d'invalider la totalité des opérations mais entraîne seulement la restitution a posteriori de ces documents, le délégué du premier président a méconnu les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article L. 450-4 du code de commerce ;

5) "alors que la saisie doit être strictement limitée à ce qui est évidemment nécessaire et ne doit pas dépasser les limites strictes fixées par l'autorisation de visite ; que les fichiers créés par un salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail ne sont présumés avoir un caractère professionnel que si le salarié ne les identifie pas comme étant personnels ; qu'en considérant que le seul fait que l'ordinateur contenant des fichiers relevant de la vie privée des salariés, soit à usage professionnel suffit à justifier leur saisie par l'Autorité de la concurrence, le délégué du premier président a méconnu les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 7, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article L. 450-4 du code de commerce" ;

Les moyens étant réunis ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que le grief est devenu inopérant, dès lors que, par arrêt du 27 juin 2012, la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée ;

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche et le quatrième moyen, pris en ses trois premières et en sa cinquième branches :

Attendu que, pour rejeter le surplus des demandes d'annulation et de restitution présentées par la société Medtronic, l'ordonnance prononcée par les motifs repris aux moyens ;

Attendu qu'en statuant ainsi, le premier président, qui n'était pas tenu de se fonder sur les modalités techniques des saisies, les moteurs de recherche et les mots-clefs utilisés, que les enquêteurs n'ont pas l'obligation de révéler à la personne visitée, et dès lors que les parties ont eu la possibilité d'établir que les fichiers entraient ou non dans les prévisions de l'autorisation, a, sans méconnaître les textes légaux et conventionnels et européens invoqués, justifié sa décision ;

D'où il suit que le grief ne saurait être admis ;

Mais sur le quatrième moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles L. 450-4 du code de commerce et 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 ;

Attendu que le pouvoir reconnu aux agents de l'Autorité de la concurrence par l'article L. 450-4 du code de commerce, de saisir des documents et supports informatiques, trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense ;

Attendu que, pour refuser de se prononcer sur le contenu des documents listés en pièce n° 8 par la société Medtronic et refuser d'annuler la saisie de la pièce n° 7 dont il admet qu'elle relève véritablement de la correspondance entre avocat et client, le premier président énonce que l'Autorité ne s'oppose pas à la restitution de ce document protégé et que la simple copie réalisée par celle-ci ne saurait constituer une atteinte disproportionnée au regard des intérêts en présence, la pertinence de la saisie ne pouvant s'apprécier que par la prise de connaissance de son contenu ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher si les pièces et supports informatiques dont la saisie était contestée par la société étaient ou non couverts par le secret professionnel

entre un avocat et son client, et sans annuler la saisie de correspondances dont il a constaté qu'elles relevaient de la protection de ce secret et alors enfin que la violation dudit secret intervient dès que le document est saisi par les enquêteurs, le premier président a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelés ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, l'ordonnance n° 111 du premier président de la cour d'appel de Paris, en date du 15 novembre 2011, mais seulement en ce qu'elle a rejeté la demande d'annulation de la saisie des pièces relevant de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client et des droits de la défense, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu' il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans la limite de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la juridiction du premier président de la cour d' appel de Versailles, 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 partiellement annulée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le vingt-quatre avril deux mille treize ;

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