



Par Nathalie JALABERT-DOURY

Associée, Mayer Brown

→ RLC 2698

L'affaire Delta Pekarny : nouvelle pierre à l'édifice des garanties fondamentales auxquelles sont soumises les inspections de concurrence

L'arrêt Delta Pekarny était à notre connaissance la première occasion pour la CEDH de se prononcer sur les garanties qui doivent entourer les inspections dites « simples », qui sont obligatoires pour les entreprises sans pour autant habiliter les enquêteurs à opérer une véritable perquisition et l'arrêt du 2 octobre 2014 impose un niveau élevé de garanties en la matière.

CEDH, 2 oct. 2014, aff. 97/11, Delta Pekarny

Les faits à la base de l'arrêt concernent une inspection de l'Autorité de la concurrence tchèque menée dans les locaux de la société Delta Pekarny en 2003. Cette inspection avait été autorisée par l'Autorité de la concurrence elle-même sous la forme d'un mandat comportant les noms des agents chargés de l'inspection dans le cadre d'une procédure administrative à l'encontre de la société Delta Pekarny et d'autres sociétés pour une éventuelle violation de l'interdiction des ententes dans le domaine des produits boulangers.

Le droit tchèque habilite en effet l'Autorité à procéder à des inspections au sein des entreprises. À cette occasion, l'Autorité informe l'entreprise par remise écrite d'une notification du champ de l'enquête. Elle peut alors se faire communiquer les documents qu'elle requiert, sans droit de fouille, et en prendre copie. L'inspection est obligatoire pour l'entreprise, sous peine d'amende, mais l'Autorité ne peut passer outre une éventuelle opposition de l'entreprise pour procéder à l'inspection sous la contrainte.

En l'occurrence, l'inspection débuta par la notification écrite à l'entreprise de l'ouverture d'une procédure d'enquête sur la base d'une suspicion d'entente sur les prix des produits boulangers. Les enquêteurs souhaitèrent sur cette base examiner notamment la correspondance électronique de membres de l'entreprise. Les enquêteurs se virent cependant opposer un refus lorsqu'ils demandèrent à accéder aux données informatiques d'un dirigeant compte tenu du risque que s'y trouve une correspondance privée sujette au secret. Celui-ci ne donna accès qu'à une partie de sa correspondance, considérée comme non privée, avant de mettre un terme aux recherches lorsque les agents insistèrent pour relever

l'intitulé d'un courriel auquel il refusait de donner accès. Sur cette base, les enquêteurs ont sélectionné sept documents, parmi lesquels les représentants de l'entreprise reprirent deux documents en invoquant le secret de la correspondance et le fait que les documents n'étaient pas liés à l'objet de la procédure administrative. Ils refusèrent par ailleurs de signer le procès-verbal.

Quelques jours plus tard, l'Autorité infligea à la société une amende d'environ 11 500 €, soit le maximum applicable, pour ne pas lui avoir permis d'examiner l'intégralité des données électroniques à caractère commercial se trouvant dans ses locaux et pour s'être opposée à la réalisation de l'inspection en reprenant deux des documents remis. La société engagea un recours contre cette décision, devant le président de l'Autorité, devant le tribunal régional et devant la Cour administrative suprême, sur la base d'un recours en cassation puis d'un recours constitutionnel. À chacune de ces étapes, son recours fût rejeté.

En 2004, l'Autorité de la concurrence condamna par ailleurs la société pour avoir participé à des pratiques concertées avec deux autres sociétés actives dans le secteur des produits boulangers et lui infligea une amende d'environ 2 millions €. Dans le cadre du recours contre cette décision, l'entreprise contesta également la légalité de l'inspection. Au moment où les parties ont soumis leurs observations devant la Cour, ce recours était encore pendant.

En 2010, la société Delta Pekarny saisit la Cour européenne d'une requête contre la République tchèque au motif que l'inspection effectuée dans ses locaux avait enfreint son droit au respect du domicile et de la correspondance et qu'elle ne disposait pas d'un



recours effectif à cet égard, sur laquelle la Cour s'est prononcée le 2 octobre 2014.

Après un bref rappel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur le droit au respect du domicile et de la correspondance des entreprises (I) et les conditions de validité des ingérences constituées par les inspections de concurrence (II), il nous semble que trois apports majeurs peuvent être dégagés de cet arrêt (III) avec des implications concrètes sur les inspections européennes et surtout françaises (IV).

I. – L'ÉMERGENCE PROGRESSIVE DU DROIT AU RESPECT DU DOMICILE ET DE LA CORRESPONDANCE DES ENTREPRISES

Aux termes de l'article 8(1) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Dès lors, l'article 8(2) dispose qu'il « ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

L'article 7 de la Charte européenne des droits fondamentaux prévoit également que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». L'article 11 reconnaît par ailleurs la liberté « de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques ».

La pleine application de ces dispositions aux personnes morales n'allait pas de soi et c'est la Cour de justice de l'Union européenne qui fut la première saisie de cette question. Dans un arrêt *National Panasonic* concernant une inspection de concurrence de la Commission européenne, la Cour resta prudente et répondit que « l'article 8 de la Convention européenne, pour autant qu'il s'applique à des personnes morales, tout en énonçant le principe de la non-ingérence des autorités publiques dans l'exercice des droits visés au premier paragraphe, admet, au deuxième paragraphe, qu'une telle ingérence est possible (...) » (CJCE, 26 juin 1980, aff. c-136/79, *National Panasonic*, EU:C:1980:169, pts. 18 et s.).

Progressivement, la position de la Cour s'affirma et dans un arrêt *Dow Chemical Iberica*, elle souligna que s'il existe encore des divergences non négligeables entre les régimes nationaux de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques, il n'en reste pas moins que « dans tous les systèmes juridiques des États membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient, en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'une telle protec-

tion doit donc être reconnue comme un principe général du droit communautaire » (CJCE, 17 oct. 1989, aff. C-97/87, *Dow Chemical Iberica* et a., EU:C:1989:380, pts. 14 et s.).

À son tour, la Cour européenne nota dans son arrêt *Niemietz* qu'interpréter les mots « vie privée » et « domicile » comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux « répondrait à l'objet et au but essentiels de l'article 8. Les États contractants ne s'en trouveraient pas indûment bridés car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par l'article 8-2 leur droit d'ingérence, et celui-ci pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas » (CEDH, 16 déc. 1992, aff. 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, pts. 26 et s.).

C'est en 2002 que les deux cours reconnurent véritablement l'application de l'article 8 aux locaux commerciaux : pour la CEDH, tout d'abord, l'affaire *Colas Est* est l'occasion « dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, (...) de reconnaître, dans certaines circonstances, que 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 » (CEDH, 16 juillet 2002, aff. 37971/97, *Colas Est* et a. c/ France, pts. 40 et s.). Quant à la Cour de justice, faisant référence à la jurisprudence CEDH, elle indiqua dans son arrêt *Roquette Frères* que la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la CESDH peut être étendue, dans certaines circonstances, aux locaux professionnels ou commerciaux et que le droit d'ingérence autorisé par l'article 8(2), de la CESDH « pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnels ou commerciaux que dans d'autres cas » (CJCE, 22 oct. 2002, aff. C-94/00, *Roquette Frères*, EU:C:2002:603, pts. 22 et s.).

S'agissant plus précisément du droit au respect de la correspondance, la Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs souligné dans un arrêt récent que l'entreprise avait un droit au « respect de son domicile, de sa correspondance voire, dans une certaine mesure celle, de nature privée, de ses employés » (CEDH, 14 mars 2013, aff. 24117/08, *Bernh Larsen c/ Norvège*).

II. – CONDITIONS DE LÉGALITÉ DES INGÉRENCES DANS CES DROITS CONSTITUÉES PAR LES INSPECTIONS DE CONCURRENCE

Dès lors qu'une inspection constitue une ingérence dans les droits reconnus par l'article 8 CESDH, la Cour applique un test en trois branches résultant directement du texte : une mesure prévue par la loi, un but légitime et une mesure nécessaire dans une société démocratique.

C'est sur la troisième branche que la Cour a parfois constaté l'insuffisance des garanties dont disposaient les entreprises.

Certes, la Cour reconnaît aux États contractants une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité de l'ingérence mais cette marge d'appréciation va de pair avec un contrôle étroit de la Cour pour s'assurer que la nécessité est établie de manière convaincante (arrêt *Colas Est* préc., pt. 47).

Le contrôle opéré sur cette troisième branche du test consiste, d'une part, à vérifier le caractère pertinent et suffisant des motifs

invoqués pour justifier la mesure et, d'autre part, à s'assurer du respect du principe de proportionnalité. Son contrôle sur ce dernier consiste à s'assurer, de manière générale, que la législation et la pratique pertinente apportent des garanties adéquates contre les abus et ensuite, *in concreto*, que l'ingérence litigieuse était effectivement proportionnée au but poursuivi (CEDH, 7 juin 2007, aff. 71362/01, *Smirnov c/ Russie*).

En l'absence de contrôle judiciaire préalable, la Cour redouble par ailleurs de vigilance sur le contrôle qu'elle opère (CEDH, 15 oct. 2013, aff. 34529/10, *Gutsanovi c/ Bulgarie*). En d'autres termes, le contrôle judiciaire préalable n'est pas requis et, dans un certain nombre de cas, les garanties procédurales disponibles permettent de contrecarrer cette absence de contrôle judiciaire préalable mais le contrôle de leur caractère suffisant est renforcé.

Quelles que soient les garanties disponibles au moment de la visite et saisie, l'article 6(1) CESDH s'applique également et requiert des voies de recours effectives (CEDH, 21 févr. 2008, aff. 18497/03, *Ravon et a. c/ France*). À ce titre, « *les personnes concernées doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement ; le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié* » (CEDH, 21 déc. 2010, aff. 29408/08, *Canal Plus et a.*).

Par ailleurs, un redressement approprié « implique nécessairement la certitude, en pratique, d'obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la mesure litigieuse et ce, dans un délai raisonnable » ce qui n'est pas le cas d'un recours s'exerçant contre la décision finale de l'autorité concernée (arrêt *Canal Plus* préc.).

La Cour de justice mène un contrôle de même nature sur les inspections réalisées par la Commission européenne sur le fondement de l'article 20(4) du règlement n° 1/2003. Elle s'assure tout d'abord que l'ingérence constituée par la visite est prévue par un texte, qu'elle est proportionnée au but à atteindre et, enfin, qu'elle est soumise à des conditions de nature à garantir le respect du droit à la vie privée (arrêt *Dow Chemical* préc.).

La Cour souligne elle-même dans ses arrêts que ce contrôle de proportionnalité laisse une large marge d'appréciation à la Commission, la proportionnalité du recours à l'inspection étant évaluée par rapports aux « *nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce* » (TPICE, 8 mars 2007, aff. T-339/04, *France Telecom*, EU:T:2007:80). En pratique cependant, il apparaît que le contrôle opéré par la Cour au fil des arrêts est de plus en plus poussé, au regard d'une liste de garanties dont disposent les entreprises faisant l'objet d'inspection qui s'affine et se complète au fil des décisions.

Ces garanties procédurales sont les suivantes :

1. L'inspection doit être motivée, la Commission devant indiquer l'objet et le but de l'inspection et porter cette motivation à la connaissance de l'entreprise ou de l'association d'entreprises avant le démarrage de l'inspection.
2. La Commission doit disposer « *d'indices suffisamment sérieux permettant de suspecter une infraction aux règles de*

concurrence par l'entreprise concernée » et doit cantonner sa décision d'inspection aux activités de l'entreprise pour lesquelles elle dispose de tels indices. Les pouvoirs d'inspection de la Commission sont limités à plusieurs titres. L'entreprise ou l'association d'entreprises concernée a notamment le droit d'avoir une assistance juridique lors de l'inspection. L'inspection ne peut par ailleurs porter atteinte au droit à la confidentialité des communications entre avocat et client et le droit à la protection des données privées doit également être assuré.

3. La Commission ne peut user de la force pour accéder aux locaux ou informations, ni entreprendre des fouilles sans l'autorisation des représentants de l'entreprise.
4. La Commission est dans l'obligation de recourir à l'assistance des autorités nationales pour passer outre l'opposition de l'entreprise, ce qui déclenche la mise en œuvre de contrôles supplémentaires propres à l'État membre concerné.
5. Un contrôle judiciaire ouvert contre la décision d'inspection et toute décision des enquêteurs refusant le bénéfice d'une protection prévue par le droit de l'Union, contribue à préserver les entreprises et associations d'entreprises de mesures qui seraient arbitraires et à maintenir de telles mesures dans les limites de ce qui est nécessaire aux fins de poursuivre les intérêts légitimes d'application du droit de la concurrence évoqués ci-dessus.

La Cour de justice estime que ces garanties permettent effectivement de compenser l'absence de contrôle judiciaire préalable (voir en dernier lieu, Trib. UE, 6 sept. 2013, aff. jtes. T-289/11, T-290/11 et T-521/11, *Deutsche Bahn AG et a.*, EU:T:2013:404).

III. – DES ENSEIGNEMENTS CLAIRS SUR LE CONTRÔLE DE CONVENTIONNALITÉ APPLICABLE AUX ENQUÊTES SIMPLES, MOINS SUR L'EXIGENCE D'EFFECTIVITÉ DU CONTRÔLE JUDICIAIRE EX POST

Un premier apport essentiel de l'arrêt *Delta Pekarny* réside dans le fait qu'il portait – semble-t-il pour la première fois – sur une mesure d'enquête simple, à savoir une inspection de concurrence obligatoire pour l'entreprise mais sans droit de fouille, de saisie ou de possibilité de passer outre l'opposition de l'entreprise.

Le texte applicable habilitait l'Autorité à procéder à des inspections des locaux commerciaux pour se faire remettre documents et informations dont elle a besoin pour exercer sa mission dès lors qu'elle informait l'intéressé du motif juridique et du but de l'inspection. L'entreprise était tenue de s'y soumettre sous peine d'une sanction pouvant atteindre au maximum 300 000 CZK (soit environ 11 500 €).

Le régime français d'enquête simple est très proche, avec des risques accrus pour l'entreprise visée. La seule différence perceptible en termes de garanties procédurales réside dans le fait que, dans l'enquête française simple, l'entreprise ne se voit remettre aucun document de notification de l'objet de l'enquête ; celui-ci peut simplement être oralement porté à sa connaissance en des termes extrêmement larges tels que « *enquête sur les conditions d'application du Livre 4 du Code de commerce dans le secteur (...)* ». Quant aux sanctions encourues pour opposition à fonctions, elles



sont les mêmes qu'en cas d'enquête lourde, à savoir une sanction administrative pouvant atteindre 1 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise (C. com., art. L. 464-2, V) et des sanctions pénales pour les individus pouvant désormais atteindre deux ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (C. com., art. L. 450-8).

Or, il ne ressort pas des jurisprudences CEDH rappelées ci-dessus que les exigences fondamentales posées tiennent exclusivement à l'existence d'un pouvoir de fouille, de saisie ou de possibilité d'utiliser la contrainte. Dans l'affaire *Colas Est*, la Cour n'a pas seulement visé les pouvoirs très larges de l'Administration mais aussi le fait que les textes lui permettaient « d'apprécier seule l'opportunité, le nombre, la durée et l'ampleur des opérations litigieuses », l'ingérence étant constituée dès lors que les enquêteurs pénètrent sans autorisation judiciaire dans les locaux pour y obtenir des documents (arrêt *Colas Est* préc., pt. 46). Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union applique des exigences de même nature au cas de l'inspection sur décision de la Commission européenne alors même que la Commission n'a ni pouvoir de saisie ni pouvoir de passer outre l'opposition de l'entreprise et qu'elle a besoin de l'autorisation de l'entreprise pour conduire des fouilles.

C'est donc logiquement que la Cour a estimé être, en l'espèce, en présence d'une ingérence dans le droit au respect du domicile et de la vie privée de l'entreprise. Elle n'y consacre d'ailleurs que quelques mots pour acter que cela n'était pas contesté en l'espèce.

Toute la question était dès lors de savoir quel test de nécessité dans une société démocratique doit être appliqué à une enquête simple et la réponse de la CEDH est très claire. C'est le **deuxième apport de l'arrêt** : il s'agit strictement du même test qu'en présence d'une inspection de concurrence dans laquelle les enquêteurs jouissent de pouvoirs de fouille, de saisie et/ou de contrainte.

La Cour acte bien sûr des spécificités de la procédure tchèque et notamment le fait que l'Autorité ne pouvait que se faire remettre des copies. Ceci étant, la notification de la procédure faite à l'entreprise en l'espèce « ne mentionn[ait] que très sommairement l'objet de la procédure administrative et ne détaill[ait] ni les faits ni les pièces sur lesquels repos[aient] les présomptions de pratiques anticoncurrentielles » alors que le droit applicable laissait une très large marge de manœuvre à l'autorité quant à l'appréciation de la nécessité et de l'ampleur de l'enquête.

Dès lors, la Cour applique strictement le même niveau d'exigences : tout en tenant compte de la marge d'appréciation laissée aux États membres, la Cour recherche si le principe de proportionnalité a été respecté et si la législation et la pratique offrent des garanties adéquates et suffisantes contre les abus.

L'absence d'autorisation judiciaire préalable est, comme dans de nombreux arrêts précédents, particulièrement stigmatisée. La Cour inclut d'ailleurs dans son exposé du droit applicable un résumé du rapport de l'ECN « Investigative Powers Report » dont elle tire le constat qu'une autorisation judiciaire préalable est applicable dans quatorze États membres de l'Union européenne.

La Cour indique encore que le contrôle effectif de la légalité et de la nécessité de l'inspection était d'autant plus nécessaire qu'à aucun moment avant celle-ci, il n'avait été précisé quels

étaient concrètement les documents liés à la procédure administrative que l'Autorité s'attendait à découvrir dans les locaux de l'entreprise.

Telles sont les considérations prises en compte par la Cour pour mener le même contrôle de légalité qu'en matière d'enquête lourde. On doit notamment souligner qu'à aucun moment, la Cour ne s'appuie sur le champ des vérifications effectuées à cette occasion par l'Autorité tchèque ou encore sur le fait qu'il s'agissait de la seule forme d'enquête possible pour l'Autorité tchèque.

Dès lors, même s'agissant d'une enquête simple, la conformité à la Convention requiert soit une autorisation judiciaire *ex ante* soit un contrôle effectif *ex post* et ce, sur la base de l'article 8 tout autant que de l'article 6 de la Convention.



Toute la question était dès lors de savoir quel test de nécessité dans une société démocratique doit être appliqué à une enquête simple et la réponse de la CEDH est très claire.

Troisième apport de cet arrêt : l'exigence de contrôle effectif *ex post* est considérée comme non remplie par la majorité des magistrats dans un cas où l'entreprise avait néanmoins pu exercer un certain nombre de recours brièvement rappelés ci-dessus.

La Cour précise à cet égard que le contrôle effectif de la légalité et de la nécessité de l'inspection en cause était d'autant plus nécessaire qu'à aucun moment avant celle-ci il n'avait été précisé quels étaient concrètement les documents liés à la procédure que l'Autorité s'attendait à découvrir dans les locaux de l'entreprise.

Or, aucune des procédures que l'entreprise avait pu mettre en œuvre ne visait directement la régularité de l'inspection et aucun recours en contestation du déroulement n'était prévu. La Cour note certes que la Cour suprême administrative s'était livrée à une analyse de proportionnalité générale, mais que « les tribunaux saisis en l'espèce ne se sont pas penchés sur les éléments de fait ayant conduit l'Autorité à effectuer l'inspection ».

La Cour constate sur cette base la violation de l'article 8.

À en juger par l'opinion dissidente de trois juges, la position de la Cour sur ce point n'allait pas de soi : pour les magistrats signataires, dans la procédure de contestation de l'amende, les tribunaux « se sont livrés à une certaine analyse des questions relatives à la base légale, au but légitime et à la proportionnalité de la mesure contestée ». Ils observent également que la société requérante n'avait à l'époque pas soulevé d'arguments concrets qui les auraient, dans le cas contraire, amenés à examiner ses griefs tant en droit qu'en fait. Enfin, achevant de plonger le lecteur dans la perplexité, ils soulignent le fait qu'une procédure est toujours pendante et que « les exigences imposées aux tribunaux dans une procédure administrative ne sauraient être comparées à celles existant dans une procédure pénale »...

N'étant pas parvenus à s'accorder sur l'effectivité du contrôle judiciaire en droit ou en fait, il est surprenant que les magistrats n'aient pas simplement constaté l'absence de recours immédiat contre la



mesure d'enquête ce qui, aux termes de la jurisprudence rappelée ci-dessus, aurait permis de conclure à l'absence d'effectivité de la mesure.

Si la Cour note l'absence d'un recours mettant « directement » en cause la régularité de l'inspection ou son déroulement, elle n'en tire pas directement de conclusion et procède au contraire à l'examen concret de l'effectivité des recours indirects qu'avait pu exercer l'entreprise (recours contre la décision de sanction pour défaut de coopération, recours contre la décision de sanction au fond).

Serait-ce parce que le recours contre une décision de sanction procédurale pourrait être considéré comme plus effectif que celui contre la décision au fond de l'Autorité ? Nous ne pensons pas que cela puisse se justifier : dans ce cas, la jurisprudence de la Cour ne s'appliquerait qu'aux rares cas dans lesquels l'Autorité choisit d'appliquer une sanction pour défaut de coopération alors que l'entreprise doit dans tous les cas pouvoir obtenir un redressement. Par ailleurs, ainsi que le souligne incidemment la Cour, il est permis de douter que ce recours ait pu offrir un redressement complet au sens où l'entend la Cour dans la mesure où il visait l'annulation de l'amende, pas à remédier à une éventuelle irrégularité de l'inspection ou de ses conditions de déroulement.

À tous égards, il serait utile que la Cour puisse revenir à l'occasion d'un cas plus tranché sur la teneur de l'exigence de recours effectifs s'agissant à la fois de l'étendue du contrôle à mener et de la spécificité et/ou de l'immédiateté de la voie de recours concernée.

IV. – PREMIÈRE ÉVALUATION DES CONSÉQUENCES SUR LE DROIT ET LA PRATIQUE DES INSPECTIONS EUROPÉENNES ET FRANÇAISES

Compte tenu des incertitudes qui subsistent sur l'exigence de recours effectifs, il est ambitieux de vouloir dégager les conséquences prévisibles de cet arrêt sur les régimes d'inspection que nous connaissons. C'est donc avec toutes les réserves d'usage que nous avons repris les principes applicables aux enquêtes européennes et françaises à la lumière du raisonnement de la Cour.

Du côté de la Commission européenne, l'enquête sur décision (Règl. n° 1/2003, art. 20(4)) ne fait pas l'objet d'une autorisation judiciaire préalable. Elle fait cependant l'objet d'un contrôle judiciaire *ex post* approfondi s'agissant tant de la légalité de la mesure elle-même que de ses conditions de mise en œuvre, à une nuance près s'agissant de ces dernières : seules « les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de l'entreprise en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique » peuvent faire l'objet d'un recours immédiat (TPICE, 9 juin 1997, aff. T-9/97, Elf Atochem, EU:T:1997:83). Ceci couvre les mesures les plus attentatoires aux droits mais les autres conséquences du déroulement de l'inspection ne peuvent être contestées que dans le cadre d'un recours contre la décision finale de la Commission. Or, aux termes de la jurisprudence de la Cour rappelée ci-dessus, il est permis de douter que ceci puisse constituer une voie de recours effective.

Quant à l'inspection sur simple mandat (Règl. n° 1/2003, art. 20(3)), la jurisprudence européenne a considéré jusqu'à présent qu'il ne s'agissait pas d'un acte directement attaquant dans la mesure où il ne produit pas d'effets juridiques obligatoires (TPICE, 20 av. 1999, aff. T-305/94, LVM et a., EU:T:1999:80). Certes, l'entreprise ne supporte aucun risque de sanction si elle refuse purement et simplement l'inspection sur mandat mais, si elle l'accepte, elle encourt une sanction si elle ne fournit pas les éléments demandés de manière complète.

Les inspections réalisées sur la base d'un simple mandat sont assez peu fréquentes mais une entreprise pourrait estimer à l'avenir que l'arrêt *Delta Pekarny* l'invite à faire valoir un droit de recours immédiat devant les juridictions de l'Union.

Du côté français, les enquêtes sur ordonnance judiciaire de l'article L. 450-4 du code de commerce ont déjà été mises en conformité, notamment suite à l'arrêt *Ravon* et elles peuvent aujourd'hui faire l'objet d'un recours immédiat, en droit et en fait, s'agissant de leur légalité tout autant que de leurs conditions d'exécution. On observera simplement que le niveau d'exigences exprimé par la Cour dans l'arrêt *Delta Pekarny* sur l'effectivité du contrôle judiciaire et l'étendue du contrôle à mener est particulièrement élevé. À tout le moins, il incitera les juridictions de contrôle qui ne le pratiquaient pas déjà à exercer un niveau de contrôle élevé et à motiver très précisément leurs décisions.

En revanche, l'arrêt *Delta Pekarny* pourrait bien produire des effets directs et immédiats s'agissant des enquêtes simples de l'article L. 450-3. Cette forme d'enquête est aujourd'hui fort peu utilisée par l'Autorité de la concurrence mais elle constitue un terrain d'action quotidien pour la DGCCRF et la DIRECCTE, dans les procédures de concurrence et au-delà.

Dans l'affaire *Delta Pekarny*, la Cour a jugé que les documents remis à l'entreprise ne détaillaient pas suffisamment le champ de l'enquête et les présomptions que l'Autorité tchèque entendait vérifier. Mais, dans l'enquête simple française, aucun document n'est remis à l'entreprise et les enquêteurs se limitent le plus souvent à indiquer l'objet de leur enquête de manière très vague.

Par ailleurs, cette forme d'enquête n'ouvre aucune option à l'entreprise : elle est tout autant obligatoire que l'inspection sur ordonnance judiciaire, avec des sanctions de même niveau. L'exigence d'un contrôle judiciaire effectif, en droit et en fait, dégagée par l'arrêt *Delta Pekarny* devrait donc s'y appliquer pleinement. Or, la seule voie de recours disponible est en l'état celle du recours contre la décision de sanction au fond, plusieurs années après la mesure d'enquête.

Les enquêteurs pourront-ils alors faire la preuve qu'ils disposaient de présomptions suffisantes pour mener l'inspection simple concernée ? Est-ce que cela sera suffisant ou ne faudrait-il pas aller jusqu'à créer une voie de recours immédiate qui n'existe pas aujourd'hui ? En tout état de cause, il apparaît que les enquêteurs auront tout intérêt à privilégier l'enquête lourde à chaque fois qu'ils le pourront.

On mesurera en tout cas d'ores et déjà le chemin parcouru depuis une certaine décision *Du Pont de Nemours* du Conseil de la concurrence (Cons. conc., déc. n° 00-D-08, 4 av. 2000). Dans cette affaire, l'entreprise contestait le fait que les enquêteurs se soient présentés dans ses locaux sur la base de leurs pouvoirs d'enquête



simple en faisant mention d'une enquête générale de secteur alors qu'en réalité elle était seule visée.

Le Conseil lui répondit en ces termes « *considérant que les procès-verbaux critiqués précisent que les personnes entendues ont été averties que l'enquête portait sur la situation de la concurrence, ou sur la concurrence, dans le secteur des peintures pour carrosserie, mention qui apparaît suffisante et dépourvue d'ambiguïté ; qu'il ne résulte d'aucune disposition ou principe que les procès-verbaux auraient dû faire mention des éventuelles présomptions pouvant peser sur le réseau de distribution propre à la société Du Pont de Nemours France SA ; que les procès-verbaux établis par les enquêteurs mentionnent le titre III ou l'article 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence ; qu'il s'ensuit que les personnes entendues ont été clairement informées de l'objet de l'enquête et de*

son cadre juridique et qu'elles n'ont pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations ».

Le Conseil alla même jusqu'à souligner que « *Considérant, ainsi, que les opérations auxquelles les enquêteurs de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) peuvent procéder en application de cette dernière disposition sont limitativement énumérées et n'imposent, d'une manière générale, aucune investigation forcée au sein des entreprises ; qu'elles ne sont donc pas disproportionnées au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis ; que, par ailleurs, il n'est pas soutenu que les pouvoirs octroyés par l'article 47 aient été, en l'espèce, outrepassés ; qu'ainsi, les mesures appliquées par les enquêteurs ne constituent pas une ingérence contraire aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés, ici invoquées à tort »... ■*