

Sous la direction de
Christophe Lemaire
Francesco Martucci

Laurence Idot

Concurrence et Europe *Liber Amicorum* Volume I

Avant-propos de Bruno Lasserre
Préface de Christophe Lemaire et Francesco Martucci

Louis d'Avout, Ludovic Bernardeau, David Bosco, Guy Canivet, Mario Celaya, Muriel Chagny, Carole Champalaune, Anne-Sophie Choné-Grimaldi, Emmanuelle Claudel, Michaël Cousin, Morgan De Walsche, Georges Decocq, Loraine Donnedieu de Vabres-Tranié, Laetitia Driguez, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Anne Frison-Roche, Grégory Godiveau, Nathalie Jalabert-Doury, Charles Jarrosson, Maria Kamvysi, Assimakis P. Komninos, Bruno Lasserre, Philippe Maddalon, André Marie, Romain Maulin, Laurence Nicolas-Vullierme, Irena Pelikánová, Fabienne Péraldi Leneuf, Nicolas Petit, Thomas Picot, Sylvaine Poillot-Peruzzetto, Michel Ponsard, Jean-Baptiste Racine, Arnaud Racllet, Marie-Cécile Rameau, Anne Rigaux, Robert Saint-Esteben, Isabelle de Silva, Denys Simon, Anne Wachsmann, Wouter Wils, Marc van der Woude



Concurrences
Antitrust Publications & Events

Peut-on concevoir qu'en 2022, les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ?

NATHALIE JALABERT-DOURY*

Mayer Brown

Résumé

Les inspections ordonnées par la Commission européenne par voie de décision s'imposent aux entreprises concernées, sous peine de sanctions, voire de la mise en œuvre d'une perquisition sur la base du droit national. L'adoption d'une décision d'inspection n'est cependant soumise à aucun contrôle juridictionnel préalable et le contrôle juridictionnel a posteriori ne peut être considéré comme conforme à la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant des conditions de déroulement de l'inspection. La Cour de justice de l'Union a déjà fait œuvre prétorienne à plusieurs reprises pour améliorer la situation des entreprises, mais ces améliorations restent partielles et peu effectives. Le présent article appelle à une véritable avancée en la matière afin d'assurer la synthèse entre la jurisprudence de la Cour de justice et celle de la Cour EDH.

* Avocat au Barreau de Paris, Nathalie Jalabert Doury est l'associée responsable de la pratique Antitrust et Concurrence du cabinet Mayer Brown en France et co-dirige la pratique Antitrust européenne du cabinet.

Peut-on concevoir qu'en 2022, les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ?

C'est un fait. À l'aube de la création du droit procédural de la concurrence, le règlement n° 17/62¹, qui avait octroyé d'importants moyens d'enquête à la Commission européenne, n'avait envisagé qu'un recours contre la légalité des décisions d'inspection de celle-ci.

L'article 14 du règlement indiquait en effet – mais n'indiquait que cela – que la décision d'inspection de la Commission pouvait faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour. La décision d'inspection devait d'ailleurs notifier l'existence de ce recours à l'entreprise inspectée.

Cette disposition a été reprise à l'identique par le règlement (CE) n° 1/2003, en son article 20, alors même que les moyens mis en œuvre par la Commission n'ont aujourd'hui plus rien à voir avec ceux qu'elle mobilisait à l'époque. En 2022, la Commission européenne arrive en force au sein des entreprises avec parfois plusieurs dizaines d'agents ainsi que les représentants de l'autorité nationale, cette dernière ayant généralement fait le nécessaire pour obtenir le soutien de la force publique en cas d'opposition de l'entreprise.

Sur cette base, les agents s'installent dans les locaux visités pour une semaine, voire plus, à moins que l'équipe d'inspection juge plus utile de collecter les données en masse (réseau de l'entreprise, messageries électroniques, données des téléphones et ordinateurs portables – y compris personnels – des dirigeants et salariés) et de les ramener pour examen dans les locaux de la Commission. Dans ce cas, l'entreprise et ses conseils y passeront une à deux semaines supplémentaires pour suivre les recherches par mots-clés, lever les problématiques de documents couverts par le *legal privilege*, de données relevant de la vie privée ou encore de documents hors champ.

Lorsqu'une demande suscite des réserves de la part des entreprises inspectées, les agents ne manquent pas de rappeler l'existence d'une ordonnance nationale, qui n'est cependant communiquée qu'en cas d'opposition et de mise en œuvre, ce qui est plus que rare. Entre cette ordonnance supposée et le rappel des sanctions d'obstruction, les entreprises sont réduites à formuler des réserves auxquelles elles ne recevront le plus souvent aucune réponse, ni pendant l'inspection ni après.

La fin justifie-t-elle les moyens ? S'il est peu discutable que des moyens d'investigation sophistiqués sont nécessaires pour appliquer de manière effective les articles 101 et 102 TFUE et sont d'ailleurs partagés par de nombreuses autres autorités dans le monde, il est tout aussi évident que ces moyens doivent être encadrés.

Ainsi qu'il l'est fréquemment rappelé en effet, « *constitue un principe général du droit de l'Union la protection des personnes, tant physiques que morales, contre des interventions de la puissance publique dans leur sphère d'activité privée, qui seraient*

1 Règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, Premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, JOCE n° 13 du 21 février 1962, p. 204.

arbitraires ou disproportionnées »². En application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) tout autant qu'en application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), toute ingérence dans le droit au respect de la vie privée doit donc être proportionnée et s'accompagner de garanties, parmi lesquelles le contrôle judiciaire a une place centrale³.

Le contrôle judiciaire est en effet ce qui permet d'encadrer l'action administrative et de protéger les justiciables contre toute intervention arbitraire. Un tel contrôle ne sera effectif que si une faculté de recours direct existe, tout à la fois pendant l'inspection (lorsque l'urgence l'exige) et, en toute hypothèse, à l'issue de l'inspection. Ces limites s'imposent d'autant plus dans l'ordre juridique européen que l'adoption d'une décision d'inspection n'est soumise à aucun contrôle judiciaire préalable et qu'elle relève même d'un processus d'adoption simplifié. En effet, le commissaire chargé de la concurrence peut décider seul de l'adoption d'une décision d'inspection – pouvoir qu'il peut déléguer au sein de la DG Concurrence, en particulier lorsqu'il ne s'agit que d'inspecter les locaux d'entreprises.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) est parfaitement claire : un recours effectif doit exister pour contrôler, tant en droit qu'en fait, la légalité de la décision ordonnant l'inspection, d'une part, et ses conditions de déroulement, d'autre part. Elle a également précisé qu'un recours effectif est un recours dont l'accessibilité est certaine, qui peut être exercé dans un délai raisonnable⁴ et qui est susceptible d'apporter un « *redressement approprié* »⁵.

Les juridictions de l'Union ont pu s'accommoder de cette jurisprudence pendant un certain nombre d'années au motif que les régimes traités dans ces affaires étaient des régimes permettant la mise en œuvre sous la contrainte, avec perquisition et saisie, pouvoirs dont la Commission ne dispose pas elle-même. Le régime de concurrence français a ainsi dû être mis en conformité⁶.

La Commission pouvant faire appel au pouvoir des États membres à cet égard et disposant en toute hypothèse d'un pouvoir de contrainte juridique sur l'entreprise (sanctions, astreintes), l'issue apparaissait assez inéluctable et le temps aurait pu être utilement mis à profit pour mettre en conformité le règlement. Il n'en a rien été. La Commission s'est exclusivement concentrée sur le renforcement de l'efficacité de ses propres moyens d'action et de ceux des autorités nationales.

2 En dernier lieu, CJUE, 6 octobre 2020, *État luxembourgeois c/ B, C, D, F, C.*, aff. jtes C-245/19 et C-246/19, EU:C:2020:795, pt 57.

3 Trib. UE, 6 septembre 2013, *Deutsche Bahn*, aff. jtes T-289/11, T-290/11 et T-521/11, EU:T:2013:404, pt 74 : « À cet égard, il y a lieu de relever l'existence de cinq catégories de garanties concernant, premièrement, la motivation des décisions d'inspection, deuxièmement, les limites imposées à la Commission lors du déroulement de l'inspection, troisièmement, l'impossibilité pour la Commission d'imposer l'inspection par la force, quatrièmement, l'intervention des instances nationales, et, cinquièmement, l'existence de voies de recours a posteriori. »

4 Cour EDH, 21 décembre 2010, *Société Canal Plus e.a. c/ France*, n° 29408/08, pt 40 ; Cour EDH, 21 décembre 2010, *Primagaz*, n° 29613/08, pt 28.

5 Cour EDH, 21 février 2008, *Ravon e.a. c/ France*, n° 18497/03 ; Cour EDH, 21 décembre 2010, *Primagaz*, n° 29613/08 ; Cour EDH, 12 octobre 2014, *Delta Pekárny*, n° 97/11.

6 Cour EDH, 21 février 2008, *Ravon e.a. c/ France*, n° 18497/03.

Peut-on concevoir qu'en 2022, les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ?

Dans l'intervalle, les juridictions de l'Union ont verrouillé les autres recours incidents qui auraient pu être utilisés, dont notamment le recours en annulation contre la décision d'inspection : celui-ci ne permet que de contester les actes antérieurs à l'adoption de la décision, les actes postérieurs ne pouvant par définition affecter sa validité⁷. Il a en été de même du recours contre la décision nationale permettant de passer outre l'opposition de l'entreprise : la Cour de justice a considérablement limité les pouvoirs de la juridiction nationale à cette occasion ; assez logiquement, plusieurs, dont la Cour de cassation, en ont déduit qu'aucun recours s'agissant des conditions d'exécution de la décision d'inspection ne pouvait être exercé au niveau national⁸.

Une avancée certaine a été réalisée s'agissant des données couvertes par le *legal privilege* et des données relevant de la vie privée. Ainsi qu'il sera montré ci-dessous, ces deux avancées sont cependant limitées et complexes à mettre en œuvre, de sorte qu'il est impossible d'y voir un quelconque recours effectif contre les conditions de déroulement.

Depuis, dans son arrêt *Delta Pekárny* de 2014, la Cour EDH a, sans surprise, affirmé la même exigence de dualité des recours en contestation de légalité et en contestation des conditions d'exécution s'agissant d'un régime d'inspection (le régime tchèque) qui ne comportait aucun pouvoir de passer outre l'opposition de l'entreprise : il y était simplement prévu une obligation pour l'entreprise de se soumettre à l'inspection, sous peine de sanctions⁹.

Cette hypothèse correspond en France à celle des inspections dites « simples » de l'article L. 450-3 du code de commerce, pour lesquelles aucun recours n'est disponible alors qu'elles sont soumises aux mêmes sanctions que les inspections ordonnées judiciairement¹⁰. L'arrêt *Delta Pekárny* n'a donc pas tardé à être soulevé, mais le Conseil constitutionnel en France n'a eu cure : les pouvoirs d'inspection simple en matière de concurrence ne nécessitent pour lui aucune voie de recours directe¹¹.

Quelle sera la position de la Cour de justice s'agissant du pouvoir d'inspection de la Commission, utilisé autrement plus fréquemment et à un autre niveau que le pouvoir d'inspection simple français ? Si elle ne s'est encore jamais prononcée sur la question, la Cour de justice en est aujourd'hui directement saisie et devra très prochainement se prononcer.

7 CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux*, aff. 85/87, EU:C:1989:379, pt 49.

8 Dans le prolongement de l'arrêt CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères SA*, aff. C-94/00, EU:C:2002:603, le recours exercé contre l'ordonnance judiciaire nationale ne permet pas en France d'obtenir un contrôle du déroulement de l'inspection : Cass. crim., 2 juin 2010, *Bureau Veritas*, n° 08-87.326 ; Cass. crim., 13 juin 2019, n° 18-80.678, e.a.

9 Cour EDH, 12 octobre 2014, *Delta Pekárny*, n° 97/11, pt 87.

10 Art. L. 450-3 du code de commerce.

11 Cons. const., déc. n° 2016-552 QPC du 8 juillet 2016, *Société Brenntag (Droit de communication de documents des agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence et des fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie)*.

La faille de légalité du règlement de procédure nous semble avoir été bien identifiée par la Cour de justice (I.). La question est de savoir si les aménagements ponctuels qui ont été apportés par les juridictions de l'Union permettent de considérer l'existence d'un recours effectif contre l'exécution des décisions d'inspection (II.). Nous ne le pensons pas au regard des arrêts les plus récents de la Cour dans d'autres domaines (III.).

I. La conscience d'une faille de légalité dans le règlement (CE) n° 1/2003 : Les arrêts *Akzo* et *French Supermarkets*

La faille de légalité sur laquelle repose le règlement (CE) n° 1/2003 est parfaitement connue des juridictions de l'Union, qui ont tenté de la circonvenir. Elles ont initialement justifié l'absence de recours autonome contre les conditions de déroulement des inspections par le fait que les entreprises inspectées disposeraient d'un recours effectif dans le cadre du recours en annulation contre la décision d'annulation au fond¹².

L'affirmation a toutefois été infirmée assez rapidement dans le cadre de l'affaire *Akzo* et les juridictions ont dû prendre des mesures d'exception non prévues par les textes pour traiter de problématiques particulièrement sérieuses et sensibles et auxquelles il est évident qu'un recours contre la décision au fond ne pourrait par définition pas remédier.

Tel est le cas de la saisie de documents potentiellement couverts par le privilège des correspondances avocat-client. Dans son arrêt *Akzo* de 2007, le tribunal de l'UE a admis que la violation du secret professionnel pourrait être consommée dès la prise de connaissance des documents concernés. Il a donc été jugé que « [l]orsqu'une entreprise invoque la confidentialité des communications entre avocats et clients pour s'opposer à la saisie d'un document dans le cadre d'une vérification [...], la décision par laquelle la Commission rejette cette demande [conduit à refuser] le bénéfice d'une protection prévue par le droit communautaire et revêt un caractère définitif et indépendant de la décision finale constatant une infraction aux règles de concurrence »¹³. Cette décision de refus, qu'elle soit expresse ou tacite, doit dès lors pouvoir, elle-même, faire l'objet d'un recours en annulation¹⁴.

Depuis l'arrêt *Delta Pekárny*, seulement trois affaires sont revenues sur l'insuffisance des recours en matière d'inspection¹⁵.

12 CJCE, 11 novembre 1981, *IBM*, aff. 60/81, EU:C:1981:264, pt 12 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica*, aff. jtes 97 à 99/87, EU:C:1989:380, pt 35 ; TPICE, 9 juin 1997, *Elf Atochem*, aff. T-9/97, EU:T:1997:83, pt 25 ; TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij (ou LVM) e.a.*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, EU:T:1999:80, pt 413 ; Trib. UE, 14 novembre 2012, *Nexans*, aff. T-135/09, EU:T:2012:596, pt 119.

13 TPICE, 17 septembre 2007, *Akzo*, aff. jtes T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287, pt 46, confirmé par CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals c/ Commission*, aff. C-550/07 P, EU:C:2010:512.

14 *Ibid.*, pts 47 et 49.

15 Cour EDH, 12 octobre 2014, *Delta Pekárny*, n° 97/11.

Peut-on concevoir qu'en 2022, les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ?

Dans l'affaire *Deutsche Bahn*, dans laquelle le pourvoi a été introduit avant le prononcé de l'arrêt *Delta Pekárny*, le moyen contestait l'absence de contrôle juridictionnel *ex ante* des décisions d'inspection. La Cour y a répondu, à l'instar de la Cour EDH, en indiquant que l'absence d'un tel contrôle est admissible dès lors qu'il existe un recours *ex post* effectif. La lecture de l'arrêt ne révèle cependant pas que l'insuffisance des recours *ex post* et notamment du recours en contestation des conditions de déroulement ait été soulevée¹⁶.

Le moyen de l'insuffisance des voies de recours a également été soulevé dans l'affaire *Alcogroup*, semble-t-il de manière assez sommaire. Le Tribunal a cité *Delta Pekárny* pour affirmer qu'en droit de l'Union le recours en annulation contre la décision finale constituerait un recours effectif contre les conditions de déroulement et la Cour n'a pas traité le pourvoi dirigé contre ces points de l'arrêt au motif qu'ils énonçaient des motifs surabondants¹⁷.

En revanche, dans l'affaire *French Supermarkets*, le Tribunal a été interrogé très directement sur l'absence de recours effectif contre les conditions de déroulement d'une inspection ayant posé différents problèmes d'exécution. Il a confirmé que le droit de l'Union, tout comme la Cour EDH, exigeait un contrôle juridictionnel effectif de la légalité comme du déroulement des inspections¹⁸. En conséquence, le Tribunal a tout d'abord sensiblement ouvert le « recours *Akzo* » pour l'élargir aux décisions de la Commission rejetant une demande de l'entreprise de protection des membres de son personnel au titre de leur vie privée¹⁹. On peut cependant regretter qu'il ne l'ait reconnu que dans des conditions encore plus strictes que celles posées en matière de *legal privilege*²⁰.

Pour bénéficier d'un recours à ce titre, l'entreprise inspectée devra notamment impérativement formuler une demande écrite avant la clôture des opérations. Bien plus, pour assurer sa protection effective, elle devra faire le nécessaire pour se mettre en position d'obtenir un sursis à exécution en introduisant un référé devant le Tribunal alors que l'inspection est en cours, de sorte à être entendue par son président avant la fin des opérations d'inspection²¹. Le Tribunal a en effet suggéré la voie du référé pour mieux assurer le traitement des problématiques identifiées (*legal privilege*, données privées).

Reste qu'en conditions d'inspection, l'utilisation du référé se heurtera à de nombreuses difficultés pratiques et si le référé est une faculté plus qu'utile et

16 CJUE, 18 juin 2015, *Deutsche Bahn*, aff. C-583/13 P, EU:C:2015:404, pts 32 et 33.

17 CJUE, 17 octobre 2019, *Alcogroup et Alcodis*, aff. C-403/18 P, EU:C:2019:870, pts 76 et 77.

18 Trib. UE, 5 octobre 2020, *Les Mousquetaires et ITM c/ Commission*, aff. T-255/17, EU:T:2020:460, pt 83 ; Trib. UE, 5 octobre 2020, *Casino, Guichard-Perrachon et AMC c/ Commission*, aff. T-249/17, EU:T:2020:458, pt 51 ; Trib. UE, 5 octobre 2020, *Intermarché Casino Achats c/ Commission*, aff. T-254/17, EU:T:2020:459, pt 51.

19 Trib. UE, 5 octobre 2020, *Les Mousquetaires et ITM c/ Commission*, aff. T-255/17, préc., pt 37.

20 *Ibid.*, pts 41 et 42.

21 *Ibid.*, pt 96.

adaptée dans certains cas de figure, cette nouvelle voie ne doit pas être un prérequis, que certaines entreprises seront incapables de former dans les délais. Néanmoins, le Tribunal a estimé sur cette base que les recours existants en droit de l'Union composeraient, pris ensemble, un recours effectif contre les conditions de déroulement des inspections.

Le Tribunal a poussé l'exercice de motivation aussi loin que possible, mais cette motivation ne résiste pas à l'examen. Il apparaît en effet avec évidence que les voies de recours existantes sont insuffisantes.

II. L'insuffisance des voies de recours existantes, en ce compris le référé

Pour le juge de l'Union, le recours premier s'agissant des conditions d'exécution est le recours en annulation contre la décision finale de sanction adoptée – le cas échéant – par la Commission à l'issue de la procédure ouverte sur la base des éléments rassemblés entre autres au cours des inspections²².

Rares sont les entreprises qui ont consacré un peu de l'espace qui leur est concédé dans le cadre de leur recours contre une décision finale à des moyens dédiés au déroulement des inspections. Aucun de ces moyens n'a jamais prospéré²³. Différentes raisons à cela.

En premier lieu, un recours en annulation contre la décision finale suppose de pouvoir soulever des moyens susceptibles de conduire à l'annulation de tout ou partie de la décision attaquée. Il faut donc que la Commission fasse reposer un élément suffisamment significatif de sa décision finale (par exemple le rattachement d'une entreprise à une infraction, la durée de sa participation, une composante de l'infraction, etc.) sur des éléments qui sont tous issus d'une même inspection et qui seraient tous affectés du même vice de déroulement.

L'affirmation de l'effectivité de cette voie de recours ignore la manière dont une enquête se déroule : la Commission organise fréquemment ses inspections dans plusieurs entreprises puis poursuit l'enquête sur la base des pièces ainsi collectées auprès des mêmes entreprises ou d'autres. Tant que la décision finale ne fera pas reposer ses constatations uniquement sur les éléments appréhendés en violation

22 Trib. UE, 5 octobre 2020, *Les Mousquetaires et ITM c/ Commission*, aff. T-255/17, préc., pt 90 ; v. égal. Trib. UE, 14 novembre 2012, *Nexans*, aff. T-135/09, préc., pt 132 ; TPICE, 9 juin 1997, *Elf Atochem*, aff. T-9/97, préc., pt 25.

23 TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij (ou LVM) e.a.*, aff. jtes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, préc., confirmé par CJCE, 15 octobre 2002, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, EU:C:2002:582, pt 239 ; TPICE, 11 décembre 2003, *Minoan Lines*, aff. T-66/99, EU:T:2003:337, pt 95, confirmé par Ordonnance CJCE, 17 novembre 2005, aff. C-121/04 P, EU:C:2005:695 ; Trib. UE, 9 décembre 2014, *Leali e.a.*, aff. T-489/09, T-490/09 et T-56/10, EU:T:2014:1039, pt 302 ; Trib. UE, 10 décembre 2014, *ONP*, aff. T-90/11, EU:T:2014:1049, pt 229 et s. ; Trib. UE, 12 juillet 2018, *Nexans*, aff. T-449/14 e.a., EU:T:2018:456, confirmé par CJUE, 16 juillet 2020, aff. C-606/18 P, EU:C:2020:571.

Peut-on concevoir qu'en 2022, les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ?

des droits d'une des entreprises, le moyen sera insusceptible de conduire à l'annulation partielle de la décision. Tous les autres moyens sont insusceptibles d'affecter la légalité de la décision, le recours ne pouvant conduire qu'à l'annulation totale ou partielle de la décision. On ajoutera que ce recours n'est absolument pas certain et qu'il n'intervient pas dans un délai raisonnable, ce qui permet à l'enquête de capitaliser pendant de nombreux mois et années sur des éléments qui n'auraient jamais dû être appréhendés.

Deuxièmement, le recours dirigé contre la légalité d'une décision d'inspection ne permet pas de soulever des contestations s'agissant de faits postérieurs à son adoption. Ce n'est que lorsque deux inspections successives ont lieu que le recours dirigé contre la seconde peut conduire à vérifier si les indices appréhendés lors de la première inspection l'ont été légalement²⁴. Les inspections successives sont cependant aujourd'hui l'exception, non la règle, et l'existence d'un recours ne saurait dépendre d'une éventualité aussi ténue. Ce recours n'a fonctionné qu'une seule fois et le contrôle du déroulement effectué à cette occasion s'est limité au contrôle des pièces que la Commission a retenues comme indices pour justifier une nouvelle inspection, sans pouvoir s'étendre aux autres problématiques éventuelles de déroulement de la première inspection.

Troisièmement, l'entreprise inspectée peut certes exercer un recours contre une éventuelle décision d'obstruction, mais l'exercice d'un tel recours suppose que l'entreprise s'oppose à la Commission et provoque une décision de sanction et possiblement l'exécution forcée de la décision. La Cour EDH n'a jamais reconnu qu'un recours qui suppose de violer la loi soit un recours effectif²⁵. Récemment, la Cour de justice de l'Union l'a elle-même constaté dans l'arrêt *État luxembourgeois* commenté plus en détail dans la section suivante²⁶. En toute hypothèse, ce recours ne peut viser qu'à l'annulation du constat d'obstruction et/ou de la sanction infligée, non à contrôler les mesures d'exécution prises par la Commission au cours de l'inspection qui n'ont pas donné lieu à obstruction.

Quatrièmement, les recours consacrés dans les affaires *Akzo* et *French Supermarkets* sont, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, partiels et enserrés dans des conditions d'exercice restrictives. Depuis l'affaire *Akzo*, aucun autre recours n'a été formé avec succès sur ce fondement. La possibilité de saisir le Tribunal en référé peut certes apporter un complément utile pour les cas les plus graves, mais un référé n'est pas adapté à toutes les problématiques de déroulement (notamment celles qui nécessitent un traitement détaillé au fond) et le référé est par ailleurs nécessairement lié à un recours au fond. Le référé ne permettra donc pas d'aller au-delà du champ de ces deux exceptions. En tant que tel, il n'étend donc pas le champ des recours existants.

24 CJUE, 18 juin 2015, *Deutsche Bahn*, aff. C-583/13 P, préc.

25 Cour EDH, 29 juillet 1998, *Guérin c/ France*, n° 25201/94, pt 43.

26 CJUE, 6 octobre 2020, *État luxembourgeois c/ B, C, D, F. C.*, aff. jtes C-245/19 et C-246/19, préc.

Cinquièmement, le recours en responsabilité extracontractuelle de la Commission rappelé dans plusieurs arrêts est quant à lui illusoire : il ne peut viser qu'à obtenir une indemnisation pour des faits commis par la Commission engageant sa responsabilité, et non la nullité d'une appréhension de documents et de ses conséquences. Ceci suppose la réunion de conditions rigoureuses. La Cour exige en effet que « *soit établie une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers. Le critère décisif permettant de considérer qu'une violation est suffisamment caractérisée consiste en la méconnaissance manifeste et grave, par l'institution ou l'organe de l'Union concerné, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. C'est seulement lorsque cette institution ou cet organe ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, que la simple infraction au droit de l'Union peut suffire pour établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée* »²⁷.

Ce recours ne peut par ailleurs tendre qu'à l'obtention d'une indemnisation. Il est donc à tous égards inadapté.

Le champ couvert par ces différents recours partiels n'est donc pas équivalent à un recours direct en contestation des conditions de déroulement.

III. Les avancées de la jurisprudence de la Cour dans d'autres domaines

L'affaire *French Supermarkets* citée *supra* n'est qu'une des affaires récentes jugées par la Cour concernant le traitement des données personnelles qui conduit à porter un regard nouveau sur un grand nombre de sujets, et ce, pour deux raisons. Tout d'abord, les moyens techniques se sont considérablement développés et permettent la conservation et le traitement de données en masse pour contribuer à la lutte contre des formes de délinquance de plus en plus sophistiquées. Ensuite, l'édifice juridique européen de protection des données personnelles est particulièrement développé et abouti. Les deux mouvements, antagonistes, s'opposent de plus en plus fréquemment.

Le 6 octobre 2020, la Cour de justice a ainsi rendu plusieurs arrêts en grande chambre qui apportent un éclairage intéressant aux développements qui précèdent. Il faut tout d'abord citer les affaires *Quadrature du Net*, dans lesquelles la Cour de justice a jugé que le droit de l'Union s'opposait à des législations nationales prévoyant à titre préventif une conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion. Elle a dès lors encadré strictement les conditions de conservation des données, celle-ci ne pouvant être autorisée qu'en fonction d'objectifs impérieux poursuivis au titre de la sécurité nationale et de la lutte contre la criminalité grave²⁸.

27 Trib. UE, 15 janvier 2015, *Ziegler et Ziegler Relocation c/ Commission*, aff. jtes T-539/12 et T-150/13, EU:T:2015:15, pt 94.

28 CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. jtes C-511/18, C-512/18 et C-520/18, EU:C:2020:791.

Peut-on concevoir qu'en 2022, les entreprises n'aient toujours pas de recours effectif contre le déroulement des inspections de la Commission ?

Un autre arrêt du même jour est d'un intérêt encore plus direct sur les questions examinées ici. Il s'agit de l'affaire *État luxembourgeois*. L'affaire n'avait rien à voir avec les inspections de concurrence. Elle portait sur une injonction de communication émise par une autorité fiscale d'un État membre à la demande d'une autre, reposant sur la directive relative à la coopération en matière fiscale. La loi luxembourgeoise de transposition avait prévu l'absence de tout recours direct contre l'injonction de communication, seulement susceptible d'un recours au fond contre la décision finale de sanction.

À l'occasion d'un contentieux porté devant les juridictions nationales, une question préjudicielle a été élevée portant sur la conformité de cette disposition à la CDFUE et notamment à ses articles 47 (qui pose le droit à un recours effectif pour assurer le respect des droits de la Charte) et 52 (qui restreint les cas de limitation des droits garantis par la Charte).

La Cour a tout d'abord jugé qu'un recours pour contrôler la légalité d'une injonction de communication pouvait procéder uniquement de l'article 47 de la Charte sans qu'il soit besoin de dispositions législatives de droit de l'Union pour l'établir. Le principe qui sous-tend l'arrêt *Akzo* est désormais exprimé clairement et rattaché à la Charte.

Sur cette base, la Cour a jugé qu'une entreprise destinataire d'une telle injonction de communication devait disposer d'un recours direct, le recours ouvert contre une éventuelle décision d'instruction n'étant pas un recours effectif : « *[P]our accéder à un tel tribunal, cette personne ne saurait se voir contrainte d'enfreindre une règle ou une obligation juridique et de s'exposer à la sanction attachée à cette infraction*²⁹ [...] »

La Cour n'était pas interrogée sur un éventuel recours portant sur les conditions d'exécution, qui n'a pas grand sens s'agissant d'une injonction de communication : le contrôle de légalité d'une demande de renseignement permet en principe de traiter la plénitude des problématiques d'exécution puisque ce n'est pas la Commission qui l'exécute au sein de l'entreprise, mais l'entreprise qui s'exécute sur la base de demandes précises formulées dans la demande elle-même.

La Cour a néanmoins indiqué que le recours direct qui s'impose contre l'injonction doit permettre un contrôle complet de proportionnalité couvrant largement « *toutes les questions de droit et de fait pertinentes* » suscitées par les ingérences constituées par la décision d'injonction, par référence à l'article 47 CDFUE. Le recours en annulation contre une demande de renseignements a rarement été décrit de manière aussi holistique.

Enfin, la Cour n'a jugé un recours contre la décision de sanction au fond comme un recours adapté que dans des circonstances tout à fait particulières et, en toute hypothèse, elle ne l'a pas accepté dès lors que l'entreprise est le destinataire de l'injonction (et donc qu'elle n'est soumise à un risque de sanction pour obstruction).

29 CJUE, 6 octobre 2020, *État luxembourgeois c/ B, C, D, F. C.*, aff. jtes C-245/19 et C-246/19, préc., pt 66.

La Cour a donc dégagé un recours sur le seul fondement de l'article 47 non seulement en présence d'un silence des textes s'agissant des conditions applicables dans ce contexte, mais même en écartant le texte non conforme sur le fondement de l'article 52 de la Charte. Elle a par ailleurs considéré avec la plus grande circonspection les recours incidents disponibles pour ne les admettre qu'à des conditions extrêmement strictes.

Les optimistes et les défenseurs des droits voudront voir dans ces arrêts un signe d'évolution possible de la jurisprudence de la Cour sur les conditions de contestation du déroulement des inspections ordonnées sur le fondement du règlement (CE) n° 1/2003. Ils ajouteront un argument d'opportunité : avec la pandémie, la suspension quasi complète des inspections crée les conditions d'une évolution de la jurisprudence dont les conséquences sur les affaires en cours seront plus limitées que jamais.

Réponse dans quelques mois.

Sous la direction de
Christophe Lemaire
Francesco Martucci

Laurence Idot

Concurrence et Europe *Liber Amicorum* Volume I

La carrière de Mme le Professeur Laurence Idot appelle un hommage. Sa pensée a mûri le droit de la concurrence, tant par ses écrits que ses enseignements ou son activité à l'Autorité de la concurrence. Aucun de ses anciens collègues ou étudiants n'est resté insensible à sa finesse d'esprit et sa personnalité exceptionnelle. L'impact de sa pensée, de son enseignement et de ses consultations justifie que, dans la plus pure tradition universitaire, des Mélanges lui soient dédiés.

Théoricienne confrontée à la réalité des dossiers, Laurence Idot a marqué la recherche par son analyse fine et habile des interactions entre le droit de la concurrence, le droit de l'Union européenne, et le droit de l'arbitrage et le droit international. A l'heure du développement des recours à l'arbitrage international et de la croissance du droit européen de la concurrence, ses écrits et sa compréhension du droit conservent leur actualité.

L'originalité du parcours du Professeur Idot tient aux chemins qu'elle a tracés dans des droits en développement : le droit européen d'un côté, le droit de la concurrence de l'autre - auxquels elle a chacun consacré une revue. Les destins de Concurrence et Europe sont désormais entremêlés.

Mélanges réalisés à l'initiative de Christophe Lemaire et Francesco Martucci.

Concurrences
Antitrust Publications & Events

ISBN 979-10-94201-39-8



9 791094 201398

145 € TTC

