



HAL
open science

La mobilisation des droits de l'homme pour contrer l'application du droit de la concurrence: le cas des enquêtes

Lionel Zevounou

► To cite this version:

Lionel Zevounou. La mobilisation des droits de l'homme pour contrer l'application du droit de la concurrence: le cas des enquêtes. V. de Beaufort; H. Bouthinon-Dumas; F. Jenny. V. de Beaufort, H. Bouthinon-Dumas, F. Jenny, (dir.), *Stratégies d'instrumentalisation juridique de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, coll. "Droit, Management & Stratégies", 2013, p. 216-240., coll. "Droit, Management & Stratégies", Larcier, p. 216-240., 2013. hal-01687849

HAL Id: hal-01687849

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01687849>

Submitted on 22 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La mobilisation des droits de l'homme pour contrer l'application du droit de la concurrence : le cas des enquêtes

Lionel ZEVOUNOU

*Maître de conférence en droit public au centre de théorie et analyse du droit (CTAD),
Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense*

Le thème de cet ouvrage, *Instrumentalisation et utilisation stratégique du droit de la concurrence*, est à la fois ambitieux et novateur. Ambitieux parce qu'il pose les jalons d'une analyse pluridisciplinaire permettant de saisir les formes d'instrumentalisation dont le droit de la concurrence fait l'objet ; novateur en ce qu'il est rare d'aborder le droit d'un point de vue « stratégique ». Cette approche est en effet peu développée dans la doctrine universitaire : d'abord, parce qu'elle ne répond pas aux canons traditionnels de la dogmatique¹ qu'est la recherche de cohérence normative, de mise en ordre et de résolution des antinomies ; ensuite, parce qu'il existe encore quelques scrupules – au regard d'un certain présupposé humaniste – à penser le droit – *a fortiori* les droits de l'homme – de manière instrumentale². Loin d'être opposées, ces deux approches diffèrent en réalité d'un point de vue méthodologique.

1. Sur la distinction doctrine/dogmatique : J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 103-119. Il faut néanmoins constater que certains auteurs abordent, certes indirectement, la question de l'instrumentalisation du droit. Par ex. J.- B. RACINE, « Droit économique et droits de l'homme : introduction générale », in L. BOY, *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 7-22.

2. A. SUPLOT, *Homo Juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, coll. Points essais, Paris, Seuil, 2009.

L'étude des stratégies d'instrumentalisation peut tout autant se référer à celles mises en œuvre par les juges eux-mêmes³ que par les requérants qui souhaitent voir aboutir leurs prétentions judiciaires. On conviendra d'entendre le terme stratégie dans ce second sens, celui du point de vue des requérants. Lorsqu'on aborde le droit d'un point de vue « stratégique », la recherche d'une cohérence systémique importe peu ; au contraire, elle laisse place à l'analyse des raisons⁴ qui président à l'utilisation du droit à une fin – politique ou économique, peu importe – déterminée. Dans ce cadre, notre point d'observation cherche à proposer une approche compréhensive de la rationalité juridique et non pas à prescrire ce que sont ou doivent être les normes en vigueur dans un système juridique donné. Dit autrement, on se place ici du point de vue de celui qui se saisit du droit pour parvenir à un objectif prédéterminé à l'avance.

Au plan méthodologique, cette démarche soulève quelques questions qu'il convient d'aborder de front. Le premier problème a trait à la pertinence du modèle heuristique utilisé comme grille de lecture permettant de mettre au jour l'utilisation stratégique du droit. On pense intuitivement au modèle de rationalité substantielle abondamment utilisé par les travaux du mouvement *Law and Economics* et dont l'utilisation fait l'objet d'une littérature prolifique durant la fin des années soixante-dix et le début des années quatre-vingt aux États-Unis⁵. En substance, les critiques adressées à ce courant furent de deux ordres : l'une axiologique, opposée à l'idée que le droit puisse se réduire à une simple instrumentalisation « utilitariste », l'autre méthodologique, considérant que le modèle de rationalité substantielle n'était d'aucune utilité pour pénétrer dans la « boîte noire » des juristes⁶.

D'autres approches se sont développées, soit antérieurement, soit à la suite de celle initiée par le mouvement *Law and Economics*⁷. Au nombre de

3. S'agissant par ex. de la construction d'arrêts de principe par le juge communautaire : K. ALTER, « Jurist Advocacy Movements in Europe : The Role of Euro-Law Associations in European Integration », in K. ALTER, *The European Court's political Power. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 47-62.

4. Le terme s'entend ici de la sociologie de R. BOUDON, *Essais sur la théorie générale de la rationalité*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2007. Dans un sens similaire visant à dépasser la simple interprétation dogmatique : M. TROPER, « Argumentation et explication », *Droits*, n° 54, 2011, pp. 3-26.

5. Entre autres : R. DWORKIN, « Why Efficiency ? », *Hofstra Law Rev.*, 1980, pp. 563-590 ; M. HORWITZ, « Law and Economics : Science or Politics ? », *Hofstra Law Rev.*, 1980, pp. 905-912 ; J. COLEMAN, « Efficiency, Utility and Wealth Maximization », *Hofstra Law Rev.*, 1980, pp. 509-551 ; L. KORNHAUSER, « A Guide to the Perplex Claims of Efficiency in Law », *Hofstra Law Rev.*, 1980, pp. 581-639 ; J. COLEMAN, « The Normative Basis of Economic analysis : A Critical Review of Richard Posner's the Economics of Justice », *Stanford Law Rev.*, vol. 34, 1982, pp. 1105-1131.

6. B. ACKERMAN, « Deux sortes de recherches en économie et droit », *Droit Prospectif, Revue de la recherche juridique*, vol. 2, 1987, pp. 428-441.

7. On pense ici au mouvement Law and Finance dont la controverse générée par le rapport *Doing Business* a révélé un certain nombre de faiblesses méthodologiques : G. CANIVET, M.- A. FRISON-ROCHE et al., *Mesurer l'efficacité économique du droit*, coll. Droit et Économie, Paris, L.G.D.J., 2005.

ces dernières figure l'approche *Law and Management* qui se propose comme une alternative à l'analyse économique du droit (version Chicago)⁸. Si l'on en croit ses promoteurs, il s'agirait de « [...] comprendre comment le droit disponible à un moment donné dans un lieu donné est utilisé concrètement par les acteurs économiques. [...] l'approche *Law and Management* cherche à expliquer les différences de performances entre les entreprises, au sein d'un même système juridique, en fonction de leur capacité variable à tirer profit du droit »⁹. L'approche *Law and Management* comporte, en d'autres termes, un programme en deux volets. Le premier, descriptif, cherche à rendre compte des usages du droit par les acteurs qui s'en saisissent ; le second, prescriptif, propose d'évaluer la manière dont les entreprises se saisissent du droit de manière optimale dans le développement de leurs stratégies¹⁰.

Pour ce qui nous concerne, notre point de départ rejoint le premier volet du programme *Law and Management*, une démarche non cognitiviste de compréhension des stratégies des acteurs dans l'utilisation instrumentale du droit. Par préférence au modèle de rationalité substantielle, on choisira de se référer implicitement à un modèle wébérien de rationalité générale¹¹. Entendue dans ce sens, l'approche *Law and Management* ne diffère en rien – du moins par la méthode – du programme de recherche réaliste, notamment américain¹², dans sa prétention à étudier le droit comme un fait social lui-même intégré dans l'univers politique, économique ou sociologique qui lui est consubstantiel¹³. Mieux encore, on pourrait valablement rapprocher cette démarche de celle déjà esquissée par W.O. Holmes au travers ce qu'il nomme « the Bad man »¹⁴ dans son célèbre article « The Path of Law ». Pour Holmes, en effet, l'archétype du « Bad man » est le requérant qui, en introduisant un recours, se demande ce qu'il peut en espérer d'un point de vue « utilitariste »¹⁵. Le choix

8. Pour une présentation des principaux courants du mouvement Law and Economics : T. KIRAT, *L'analyse économique du droit*, coll. Repères, Paris, La Découverte, 2012.

9. A. MASSON et H. BOUTHINAN-DUMAS, « L'approche Law and Management », *R.T.D. Com.*, avril-juin 2011, pp. 234-235.

10. A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche Law and Management », *op. cit.*

11. Pour une présentation de la complexité d'analyse que permet le recours à ce modèle : M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, coll. Droit et Société, Paris, L.G.D.J.-Presses Universitaires de Laval, 1995.

12. Pour une présentation de ce courant : W. FISCHER et M. HORWITZ, *American Legal Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1993 ; F. MICHAUT, *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2001 ; B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence : Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

13. Par ex. N. DAHAN, *L'activité politique des entreprises au niveau communautaire : motivations stratégiques et spécificités*, Thèse, Paris, CNAM, 1992.

14. O.W. HOLMES, « The path of Law », *Harvard Law Rev.*, n° 10, 1897, pp. 457-478, spéc. p. 461.

15. On emploie le terme dans son sens usuel qui n'a rien à voir avec la philosophie utilitariste de Bentham ou Mill.

épistémologique d'un modèle de rationalité générale par préférence à un modèle de rationalité substantielle se justifie en ce sens qu'il permet d'appréhender plusieurs modalités d'expression de cette rationalité selon qu'elle se rapporte au phénomène juridique, économique ou sociologique. En d'autres termes, la généralité de ce modèle permet aussi de rendre compte de la rationalité juridique telle que se la représentent les acteurs qui participent à la production de ce discours.

Venons-en au second problème que soulève une approche stratégique prenant pour objet le seul discours juridique. On pourrait en effet valablement lui opposer son manque de pertinence empirique dans la mesure où, pour être « scientifiquement » valable, elle devrait, outre le discours juridique, pouvoir être en mesure de se doter d'un protocole d'observation des stratégies mises en œuvre par les services juridiques en lien avec les cabinets d'avocats. Aussi pertinente soit-elle, cette critique¹⁶ ne disqualifie pas l'approche méthodologique cherchant à décrire d'un point de vue empirique et critique les discours des juristes¹⁷. Bien entendu, cette dernière affirmation doit être entourée de quelques précautions. En premier lieu, l'empirie à laquelle nous référons s'entend au sens faible, comme une analyse linguistique prise comme factuelle visant à clarifier un certain nombre de présupposés du discours juridique¹⁸. En second lieu, cette analyse, même si elle n'est pas corroborée par un ensemble d'enquêtes et d'observations de terrain, ne méconnaît pas les travaux empiriques qui s'y rapportent¹⁹. Il faut par conséquent considérer plus modestement cette méthode comme une

16. E. SERVERIN, « Quels faits sociaux pour une science empirique du droit ? », *Droit et Société*, n° 50, 2002, pp. 641-656 ; E. SERVERIN, « Points de vue sur le droit et processus de production des connaissances », *RIEJ*, n° 59, 2007, pp. 73-91.

17. R. GUASTINI, « Le "point de vue de la science" juridique », *RIEJ*, n° 59, 2007, pp. 49-58 ; E. MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », *RIEJ*, n° 59, 2007, pp. 59-71.

18. De façon large, il faut inclure dans ce discours celui des juges, des autorités administratives mais aussi de la doctrine considérée à part entière comme productrice de prescriptions : Y. POIRMEUR, A. BERNARD *et al.*, *La doctrine juridique*, coll. du CURAPP, Paris, PUF, 1993.

19. Par ex. L. ISRAËL, *L'arme du droit*, coll. Contester, Paris, Presses Universitaires de Sciences Po, 2009 ; L. ISRAËL, « Le droit mis au service des causes politiques : le cause *lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », in E. DOCKÈS (dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 7-15 ; voy. également le numéro spécial de la revue *Droit et Société* consacré aux *Usages politiques de la justice : trois études de cas (Israël, Inde, Argentine)*, *Droit et Société*, n° 55, 3/2003 ; C. WOLL, « Vers des compétences externes : l'activisme de la Commission européenne en matière d'aviation internationale », *Politique européenne*, n° 17, 3/2005, pp. 137-158 ; H. MICHEL, L. WILLEMEZ et E. HENRY *et al.*, « Groupes d'intérêts et recours au droit », n° spéc. *Sociétés contemporaines*, n° 52, 2003/4, Paris, Presses Universitaires de Sciences Po. S'agissant plus spécifiquement des stratégies d'instrumentalisation en droit de la concurrence : P. ORMOSI, « Tactical Dilatory Practice in Litigation : Evidence from EC Merger Proceedings », *International Review of Law and Economics*, vol. 32, 2012, pp. 370-377 ; P. ORMOSI, « Claim Efficiency or Offer Remedies ? An Analysis of Litigation Strategies in EC Mergers », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, 2011, pp. 578-592.

approche contextuelle du discours juridique, laquelle procède par déduction d'hypothèses susceptibles d'être validées ou réfutées à l'aune d'un ensemble de dispositifs empiriques. Telle sera en substance la méthodologie qui sera appliquée dans cette étude. Ces précisions faites, on désignera par « stratégie juridique » la manière dont cette stratégie « sera “développée” lorsqu'elle justifie avec un degré de précision suffisamment élaboré les modes de concrétisation juridique qu'elle prévoit en vue de la mise en œuvre de ses exigences »²⁰.

En l'espace de dix ans, le droit de la concurrence de l'Union européenne a connu des modifications considérables²¹. Au plan idéologique, avec l'introduction d'une nouvelle manière de penser la politique de concurrence en terme d'efficacité²² ; au plan administratif avec la création d'un réseau d'autorités nationales de concurrence piloté par la Commission ; au plan contentieux avec l'étendue du contrôle du juge dans l'examen de la cohérence des appréciations économiques complexes produites par la Commission²³. Certes, tous ces points mériteraient chacun d'être nuancés autant que précisés, dans la mesure où il existe irrémédiablement un fossé entre l'affirmation de réformes et leur application pratique²⁴. Néanmoins, tout observateur attentif du droit de la concurrence ne peut s'empêcher de remarquer l'ampleur parfois vertigineuse des réformes successives qui ont jalonné la politique de concurrence durant ces dernières années.

Au plan institutionnel, l'architecture judiciaire et administrative européenne et nationale a progressivement évolué vers un modèle respectueux des garanties inhérentes au procès équitable de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après la

20. O. PFERSMANN, « Droit et justice », *Revue de Métaphysique et de Morale*, 2002/1, n° 33, pp. 27-41, spéc. p. 35.

21. Les références sont ici trop nombreuses pour être citées de manière exhaustive. Contentons-nous de renvoyer, entre autres, aux ouvrages suivants : L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004 ; G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE *et al.*, *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, L.G.D.J., 2006 ; M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL *et al.*, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris, L.G.D.J., 2008 ; L.F. PACE, *European Competition Law : The Impact of Commission's Guidance on Article 102*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2011 ; F. SOUTY, *Le droit et la politique de concurrence de l'Union européenne*, 4^e éd., coll. Clefs Politique, Paris, Montchrestien, 2013.

22. Même si l'on peut discuter de la réception de cette idéologie dans l'application quotidienne de la politique de concurrence, par ex. P. AKMAN, « Consumer Welfare and Article 82 EC : Practice and Rhetoric », *World competition*, vol. 32, n° 1, p. 1-90. On se permettra de renvoyer à nos travaux sur cette question : L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, Paris, L.G.D.J., 2012, pp. 19-81.

23. Voy. en matière d'aide d'État, TPICE, 29 mars 2007, *Scott SA c. Commission*, aff. T-366/00, *Rec.*, 2007, p. II-00797.

24. Voy. en ce sens l'éditorial de Th FOSSIER, « Indépassable Conseil de la concurrence », *RLC*, n° 34, 2013, pp. 3-4.

« CESDH »)²⁵. À ce titre, la séparation des fonctions d'enquête, d'instruction et de décision constitue l'un des points majeurs de cette évolution, dans la mesure où il est admis que les entreprises doivent bénéficier d'une garantie plus grande dès le début de la notification des griefs.

Curieusement, le fracas de ces multiples réformes ne semble pas encore avoir atteint la phase d'enquête. On pourrait se dire que ce silence assourdissant préfigure une tempête future qui finira par toucher ce havre de paix pour le moment épargné par le vent du changement²⁶. Les enquêtes de concurrence sont au cœur du pouvoir de police économique dont sont titulaires les autorités de concurrence²⁷. L'enquête constitue en effet le moyen par excellence de collecte d'informations susceptibles par la suite de constituer des preuves à charge contre les entreprises lorsqu'elles enfreignent le droit de la concurrence. Au sein des juridictions nationales et de l'Union européenne, un consensus s'est instauré depuis plusieurs années sur le fait qu'en la matière, la sauvegarde de l'ordre public économique prévaut sur la protection des droits fondamentaux reconnus aux entreprises.

Pourtant, cet état du droit est progressivement en train d'évoluer. Nombreuses sont en effet les entreprises qui se saisissent du droit de la

25. J.-P. KOVAR, « La soumission des autorités de régulation aux garanties du procès équitable », *RDBF*, n° 3, mai 2010, dossier n° 19 ; I. LUC et F. ZIVY, « L'équité procédurale devant l'Autorité de la concurrence », *Concurrences*, n° 4/2010, pp. 85-100. Pour un aperçu général de l'influence de la Cour de Strasbourg sur l'activité des personnes morales de droit privé : A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2002.

26. Pour un aperçu non exhaustif de la littérature sur la question, A. ANDREANGELI, « Competition Enforcement and Human Rights after the Treaty of Lisbon : The State of Play and the (near) Future Prospects », in E. BUTTIGIEG (dir.), *Rights and Remedies in a Liberalized and Competitive Internal Market*, Guttenberg Press, 2012, pp. 63-94 ; A. ANDREANGELI, « Competition Law and Human Rights : Striking a Balance between Business Freedom and Regulatory Intervention », in I. LIANOS et D. SOKOL (dir), *The Global Limits of Competition Law*, Stanford Univ. Press, 2012, pp. 22-36 ; Th. BOMBOIS, *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2012 ; A. ANDREANGELI, « Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement : the Impact of Antitrust Remedies Provided by the Modernisation Regulation on Investigated Parties Freedom to Contract and to Enjoy Property », *The Competition Law Review*, vol. 6, n° 2, 2010, pp. 225-257 ; I. FORRESTER, « Due Process in Competition Cases : A Distinguished Institution with Flawed Procedures », *European Law Review*, 2009, vol. 34, n° 6, pp. 817-843 ; A. ANDREANGELI, *EU Competition Enforcement and Human Rights*, Edward Elgar, 2008 ; A. ANDREANGELI, « The Impact of Modernization Regulation on the Guarantees of Due Process in Competition Proceedings », *European Law Review*, vol. 31, n° 3, 2006, pp. 342-363 ; W. WOUTER, « Power of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement : The Interplay between European and National Legislation Case-Law », *World Competition*, vol. 29, n° 1, 2006, pp. 3-24.

27. Comme l'illustre d'ailleurs la nature du contrôle dont fait l'objet le contentieux de la concurrence : P. DELVOLVE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 133-160 ; D. TRUCHET, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 539-553.

CESDH afin de contraindre les juges nationaux et, à terme, le juge de l'Union européenne, à étendre leur contrôle au déroulement des enquêtes administratives. Certes, cette modification du contrôle des juges n'est pas propre au droit de la concurrence, puisqu'elle touche plus largement l'ensemble du droit économique, qu'il soit privé ou public, à travers la généralisation du plein contentieux²⁸, mais, s'agissant des procédures d'enquête, elle s'inscrit plus spécifiquement dans une stratégie globale d'affaiblissement du pouvoir discrétionnaire de l'administration économique et, conséquemment, porte atteinte à l'efficacité de la détection des pratiques anticoncurrentielles, dont on connaît la difficulté pratique²⁹.

Notre propos n'a pas pour ambition d'aborder de front les stratégies d'instrumentalisation du droit de la concurrence. À strictement parler, il rend compte d'une stratégie de mobilisation des droits de l'homme afin de contrer le droit de la concurrence³⁰. L'imbrication progressive des ordres juridiques nationaux et européens facilite activement le déploiement de cette stratégie dont il convient de prendre la mesure en exposant les causes qui expliquent sa mise œuvre, en l'occurrence l'étendue des prérogatives dont disposent les autorités de la concurrence. La contestation de ces prérogatives devant la Cour européenne des droits de l'homme explique la juridictionnalisation grandissante des dispositifs d'enquêtes concurrentiels (I). Au cœur de cette stratégie de contestation initiée par certains acteurs économiques, le raisonnement par analogie est mobilisé par les entreprises dans un contexte déjà évoqué d'imbrication croissante des ordres juridiques marqué par des rapports de rivalité inévitable entre les interprètes européens et nationaux. D'aucuns ont d'ailleurs estimé que cette utilisation massive de l'argument par analogie engendrait un phénomène qualifié « d'anthropomorphisme économique »³¹. Dans un contexte où la Cour européenne des droits de l'homme s'arroge le monopole du contrôle de l'interprétation des standards du droit conventionnel, la politique de concurrence pourrait se trouver contrainte de s'aligner à terme sur le droit conventionnel (II).

28. Voy. en matière de contrat administratif : E. LANGELIER, *L'office du juge administratif et le contrat administratif*, Paris, L.G.D.J./Faculté de droit et sciences sociales de Poitiers, 2012.

29. On renvoie ici à l'article de P. Ormosi affirmant qu'en pratique, un nombre infime de pratiques anticoncurrentielles sont détectées par les autorités de la concurrence : P. ORMOSI, « How Big is a Tip of the Iceberg ? A Parsimonious Way to Estimate Cartel Detection Rate », *CCP Working Paper*, 11-6, p. 41.

30. L'analyse de ces stratégies d'instrumentalisation n'est pas dénuée de tout fondement bien au contraire, si l'on en croit les écrits de certains membres de la Commission : W. WOUTER, « Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement : the Interplay between European and National Legislation and Case Law », *World Competition*, vol. 29, n° 6, 2006, pp. 14-15.

31. B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'Homme et l'Homme du marché », *D.*, n° 13, 2011, pp. 897-904 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in L. BOY, J.-B. RACINE *et al.*, *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 25-65.

I. De l'intérêt du recours aux instruments de la Convention européenne des droits de l'homme en matière d'enquête

Quoi d'anormal pour les entreprises à vouloir saisir la Cour européenne des droits de l'homme afin de bénéficier d'un régime plus protecteur en matière d'enquête de concurrence ? Une lecture exclusivement dogmatique pourrait n'y voir que le développement d'un régime juridique en devenir : l'extension progressive du contrôle du juge et le recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration. On pourrait, ce faisant, discuter la conciliation entre les impératifs de protection des libertés et d'exercice du pouvoir de police économique³².

Pourtant, à examiner de plus près la motivation de ceux qui saisissent la Cour européenne, on se rend compte que le recours aux sources conventionnelles présente un double intérêt pour eux : d'une part, il permet d'assimiler progressivement le régime de protection des personnes physiques aux personnes morales ; d'autre part, cette assimilation se fait au détriment de l'efficacité de la détection des pratiques anticoncurrentielles, dont on sait qu'elle reste fondamentale pour la suite de la procédure (instruction, décision). Ainsi, l'élévation du standard de protection accordé aux entreprises nuit à terme à l'efficacité de la politique de concurrence. Ce recul s'observe principalement au sein des ordres juridiques nationaux. Afin de mieux saisir les enjeux de cette instrumentalisation, il convient, en prenant pour objet le discours des juges, de démontrer en quoi les pouvoirs d'enquêtes constituent une entrave pour les entreprises. On exposera pour ce faire l'étendue des pouvoirs dont disposent l'Autorité de la concurrence et la Commission européenne, ainsi que la manière dont ces prérogatives ont perduré sous le contrôle bienveillant des juges (A). En se tournant vers la Cour européenne des droits de l'homme, les acteurs économiques s'attachent à réduire au maximum le champ du pouvoir discrétionnaire laissé à l'administration par la recherche d'une rationalisation³³ des procédures administratives (B).

32. Voy. X. DE MELLO, « Droit de la concurrence et droits de l'homme », *RTDE*, n° 29, 1993, pp. 601-633 ; M. GUERRIN, « La libre concurrence à l'épreuve des libertés individuelles », *Droit et Société*, n° 53, 2003, pp. 87-109 ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies : Exploring the Structure of ECHR*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'Homme et l'Homme du marché », *D.*, n° 13, 2011, pp. 897-904 ; N. HERVIEU, « Droits de l'homme et libertés économiques devant les juges européens : l'illusion d'une harmonie ? », in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris Ouest, n° 4, 2011, pp. 215-228 ; J.-L. DEWOST, B. LASSERRE *et al.*, « L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ? », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35/2012, pp. 187-219.

33. Il faut entendre ce terme selon son acception webérienne au sens de droit formel, c'est-à-dire comme la recherche d'une régularité procédurale logiquement cohérente susceptible de définir un certain degré de calculabilité nécessaire au déploiement optimal de stratégies économiques.

A. L'étendue des pouvoirs d'enquête, facteur de risque concurrentiel

À l'instar des prérogatives dont bénéficie l'administration fiscale, les autorités de la concurrence disposent d'un pouvoir discrétionnaire notable dans la détection des infractions anticoncurrentielles et, conséquemment, en matière de visites domiciliaires. Bien entendu, ce pouvoir de police s'exerce sous le contrôle du juge. En France, le régime de l'enquête de concurrence est défini aux articles L.450-1 à L.450-8 du Code de commerce ainsi qu'à ses articles R.450-1, R.450-2, R.463-4 et R.463-5. De façon schématique, les autorités de la concurrence peuvent procéder à une enquête simple ou lourde. L'enquête simple, effectuée sur le fondement de l'article L.450-3 du Code de commerce, permet d'exercer sans autorisation judiciaire préalable plusieurs prérogatives : droit d'accès à l'entreprise, droit d'obtenir la communication de documents professionnels, droit de prendre copie de ces documents et droit de recueillir renseignements et justifications auprès de l'entreprise concernée³⁴. L'administration est tenue de mentionner précisément l'objet de l'enquête ; en aucun cas, sa portée ne peut être générale³⁵. La cour d'appel de Paris a admis que l'enquêteur n'avait pas l'obligation de délimiter précisément le marché sur lequel porterait l'enquête³⁶. La Cour de cassation juge de même qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'administration de justifier des motifs pour lesquels elle procède à une enquête sur le fondement de l'article L.450-3 du Code de commerce³⁷ ; elle admet encore que l'objet de l'enquête puisse être modifié à condition d'en informer la personne contrôlée³⁸. La phase d'enquête simple se termine par l'établissement d'un procès-verbal retraçant le déroulement des opérations. Ce procès-verbal, communiqué à l'entreprise pour observation, ne peut juridiquement être contesté *qu'a posteriori*.

Plus encadrées sont les prérogatives définies à l'article L.450-4 du Code de commerce, communément qualifiées « d'enquêtes lourdes ». Cette seconde catégorie d'enquête s'avère nécessaire lorsqu'il s'agit de procéder à des fouilles, visites

34. Voy. en ce sens : A. MARIE, « Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles », *RLC*, 2008/14, pp. 112-128 ; N. JALABERT-DOURY, *Les inspections de concurrence : gérer une enquête de concurrence dans l'entreprise à l'heure du renforcement de la lutte contre les cartels*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; G. CANIVET, M.-C. BOUTARD-LABARDE, E. CLAUDEL et al., *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, Paris, L.G.D.J., 2008.

35. Cons. conc., déc. n° 97-D-39 du 17 juin 1997, *Bétons du Var*, *BOCCRF*, 30 août 1997, p. 581. Pour un aperçu du pouvoir d'enquête au sein des autorités européennes, se reporter au rapport intitulé : « ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process, Investigative Powers Reports », 31 octobre 2012.

36. A. MARIE, « Les enquêtes de la DGCCRF en matière de pratiques anticoncurrentielles », *RLC*, 2008/14, *op. cit.*

37. Cass. com., 4 février 1997, n° 95-10.486, *Bull. civ.*, n° 40, *BOCCRF*, 25 mars 1997.

38. Cass. crim., 18 décembre 2001, n° 01-80.576.

d'entreprises, saisies de documents, ou d'apposer des scellés³⁹ sur des locaux, des documents ou des supports d'information. Surtout, l'enquête lourde, à la différence de l'enquête simple, outre qu'elle est inopinée, donne la possibilité de saisir un plus large éventail d'informations. Dans cette hypothèse, une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention est nécessaire. Le contrôle qu'exerce la Cour de cassation sur la légalité des ordonnances du juge des libertés s'inspire des exigences posées par le Conseil constitutionnel : outre que les infractions doivent être clairement définies, le juge doit pouvoir vérifier concrètement le bien-fondé de la demande qui lui est soumise et doit pouvoir intervenir et contrôler le déroulement des opérations autorisées⁴⁰. Dans cet ancien dispositif désormais abrogé, le contrôle des autorisations de visite et saisie était opéré par le même juge qui autorisait l'enquête. Quoique discutable, la cohérence de ce système s'expliquait au regard d'une certaine conception de l'intérêt général justifiée par référence à un impératif de protection de l'ordre public économique⁴¹. Aussi la jurisprudence persiste-t-elle dans cette optique à maintenir les saisies massives de données, qu'il s'agisse de documents ou de fichiers informatiques⁴². Le contentieux récent s'est d'ailleurs cristallisé sur la saisine de données informatiques dont on sait qu'elle constitue un enjeu majeur pour les entreprises⁴³.

Ces nécessités de préservation de l'ordre public économique sont encore plus fortes en droit de l'Union européenne⁴⁴. La Cour de justice attribue à la

39. Voy. en ce sens, le contentieux engendré à la suite de l'amende de 38 millions d'euros infligée par la Commission européenne à l'entreprise E.ON à la suite d'un bris de scellés : Déc. Commission, 30 janvier 2008, *E.ON Energie AG.*, aff. COMP/B-1/39.326. Le montant a été confirmé par le Tribunal : TPICE, 15 décembre 2010, *E.ON Energie c. Commission*, aff. T-141/08, *Rec.*, 2010, p. II-5761 ; cette décision fait l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour de justice : conclusions de l'avocat général Y. BOT, présentées le 21 juin 2012, aff. C-89/11 P. Sur cette question, E. BARBIER DE LA SERRE, « Obstruction : le coût de la négligence », *RLC*, 2008/15, n° 1098 ; G. MUGUET-POULLENEC, « L'amende pour bris de scellés après l'arrêt E.ON du Tribunal : de la sanction d'une négligence à la nécessité de garantir l'efficacité des inspections ? », *RLC*, 2011/28, pp. 53-64. Pour une confirmation de la sanction infligée par le Tribunal, voy. CJUE, 22 novembre 2012, *E.ON Energie AG c. Commission*, aff. C-89/11 P.

40. Cons. const., déc. 29 décembre 1983, n° 83-164, *Rec.*, p. 67 ; Cass. com., 29 octobre 1991, n° 90-12924 ; Cass. com., 15 mars 1994, n° 92-15501.

41. Cons. const., déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, §§ 4 et 5.

42. Cass. crim., 16 juin 2011, n° J-11-80.343 ; Cass. crim., 29 juin 2011, n° 10-85.479. Et ce en dépit de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 7^e ch., ord., 2 novembre 2010, n° 635, n° 366, et n° 369 ; Cour d'appel Paris, 7^e ch., 4 janvier 2011, n° 09/13945. Sur cette question, on renverra à l'article critique de Guillaume Fabre : « Saisies globales de messageries et respect du secret professionnel de l'avocat », *RLC*, n° 30, 2012, pp. 60-66.

43. J. BOMBARDIER et B. BOULOC, « Visites domiciliaires en droit de la concurrence 2011 : une année rock'n' roll ! », *RLC*, 2012/30, p. 45-48. Par ex. Cass. crim., 16 décembre 2009, n° 08-86.359 ; Cass. crim., 17 juin 2009, n° 07-88.354 ; Cass. crim., 8 avril 2010, n° 08-87.415 ; voy. développements *supra*.

44. M.-C. BOUTARD-LABARDE, *Enquêtes en vue de l'application des articles 85 & 86 : droits et devoirs des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 1992 ; par ex. CJCE, 29 juin 2006, *Commission c. SGL Carbon AG*, aff. C-302/04.

préservation de l'ordre public économique une signification qui distingue très nettement les droits fondamentaux accordés aux entreprises et aux personnes physiques. Très tôt, elle a affirmé le considérant de principe selon lequel : « [...] si la reconnaissance d'un tel droit en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique [de l'Union européenne] il n'en va pas de même en ce qui concerne les entreprises »⁴⁵.

L'enquête est en effet régie à la fois par les dispositions du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002⁴⁶ et celles du règlement (CE) n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, devenus 101 et 102 TFUE⁴⁷. L'article 20 accroît considérablement les pouvoirs de la Commission. Cette dernière peut procéder à toutes inspections, notamment dans des locaux privés. Ses agents peuvent aussi contrôler les livres et tous les documents professionnels, quel qu'en soit le support, prendre ou obtenir copie ou extraits des livres ou documents, demander des explications sur des faits ou documents à tout représentant ou membre du personnel⁴⁸ ou encore apposer des scellés.

Le droit communautaire se distingue du droit national sur deux points. Le premier a trait au dispositif du contrôle juridictionnel : en droit de l'Union européenne, ce contrôle échoit à la fois au juge de l'Union et au juge national en vertu du respect du principe d'autonomie procédurale. La répartition des compétences a d'ailleurs récemment été rappelée par le Tribunal dans l'affaire *France Télécom* : au juge communautaire, il appartient de connaître de la « légalité et de la nécessité de l'inspection » (article 20, paragraphe 4)⁴⁹, au juge des libertés d'apprécier la mise en œuvre ainsi que le bon déroulement de l'enquête⁵⁰ (article 20, paragraphe 7). Le juge national ne peut substituer sa propre appréciation à celle de la Commission⁵¹. Ce dispositif a été critiqué par certains auteurs affirmant que le juge national se trouvait en pratique dans l'impossibilité d'exercer son plein contrôle sur le bien-fondé de la mesure d'enquête ordonnée⁵².

45. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2919, pt 17 ; note V. CONSTANTINESCO et D. SIMON, *JDI*, 1990, pp. 459-461 ; note M.-A. HERMITTE, *JDI*, 1990, pp. 480-483 ; note M.-C. BOUTARD-LABARDE, *JCP aff.*, 1990, II-15776.

46. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.*, n° L 1 du 4 janvier 2003, p. 1, article 20.

47. Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE, *J.O.*, n° L 123 du 27 avril 2004.

48. Déc. Comm. n° COMP/F/38.899, 24 janvier 2007, *affaire des appareillages de commutation à isolation gazeuse*.

49. Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE, *op. cit.*

50. TPICE, 8 mars 2007, *France Telecom c. Commission*, aff. T-339/04, pt 51.

51. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *op. cit.*, pt 35.

52. B. BOULOC, « Plaidoyer pour une autorisation judiciaire et un contrôle effectif des visites et saisies du droit communautaire de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 30 mars 2010, n° 89, p. 11.

Il reste que la décision d'intenter une enquête n'est soumise à aucun contrôle préalable. Toutefois, l'arrêt de la Cour de justice *Hoechst*⁵³ et, avant lui, l'arrêt *San Michele*⁵⁴ ont, dans le sillage de jurisprudences antérieures, rappelé l'application des droits de la défense durant la phase d'enquête⁵⁵. L'arrêt *Roquette frères* a de surcroît donné l'occasion à la Cour de justice de préciser que le dispositif d'enquête, outre qu'il comporte un certain nombre de garanties, ne pouvait se soustraire au contrôle du juge⁵⁶.

Dans l'arrêt *Hoechst*, la Cour de justice a initialement jugé que « les systèmes juridiques des États membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques ». Selon la Cour, « [o]n ne saurait tirer une conclusion différente de l'article 8 de la Convention [...] ». L'objet de la protection de cet article concerne le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme et ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux. »

La seconde singularité du droit de l'Union tient à l'étendue de la protection accordée aux justiciables. La Cour, si elle a intégré les évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷, a néanmoins défini un standard de protection plus nuancé que cette dernière : « en ce qui concerne la protection des locaux commerciaux des sociétés, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt *Hoechst/Commission*, précitée, jurisprudence dont il ressort, d'une part, que la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la CESDH peut être étendue, dans certaines circonstances, auxdits locaux [...] » et, d'autre part, que le droit d'ingérence autorisé par l'article 8, paragraphe 2, de la CESDH « pourrait fort bien aller plus loin pour des locaux ou activités professionnelles ou commerciales que dans d'autres cas »⁵⁸. Les mandats d'inspection doivent, en effet, indiquer « l'objet

53. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. C-46/87 et 227/88, *Rec.*, 1989, p. 2859, conclusions J. MISCHO, présentées le 21 février 1989.

54. CJCE, 14 décembre 1962, *San Michele e.a.*, aff. 5 à 11 et 13 à 15/62, *Rec.*, p. 859 ; dans le même sens : CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin c. Commission*, aff. C-322/81, *Rec.*, 1983, p. 3461, pt 7.

55. CJCE, 22 octobre 2002, *Roquettes frères*, aff. C-94/00, *Rec.*, 2002, p. I-9011, note E. CHEVRIER, D., 2002, pp. 3205-3206 ; note S. POILLOT-PERUZZETTO, CCC, n° 30, 2002, pp. 27-29 ; chron. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI *et al.*, AJDA, 2003, pp. 378-380.

56. CJCE, 22 octobre 2002, *Roquettes frères*, aff. C-94/00, *Rec.*, 2002, p. I-9011, pts 43-49.

57. Dans un arrêt récent, le Tribunal annule partiellement au regard de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne une décision d'inspection dont l'objet restait peu précis : TPIUE, 14 novembre 2012, *Prysmian Spa c. Commission*, aff. T-140/09, pt 40-41 ; TPIUE, 14 novembre 2012, *Nexans France SAS c. Commission*, aff. T-135/09, comm. P. CARDONNEL, *Concurrences*, n° 1/2013, n° 164, pp. 170-171.

58. CJCE, 22 octobre 2002, *Roquettes frères*, aff. C-94/00, *Rec.*, 2002, *op. cit.*, pt 29, raisonnement repris dans l'arrêt CJCE, 17 novembre 2005, *Minoan Lines*, aff. C-12/04 P, pts 29-31.

et le but de la vérification »⁵⁹, la date à laquelle elle commence, les sanctions prévues aux articles 23 et 24 du règlement n° 1/2003 ainsi que les voies de recours ouvertes à l'encontre de la décision⁶⁰. La Commission doit en outre mentionner les présomptions qui pèsent sur l'entreprise ainsi que l'objet de l'inspection⁶¹.

Pour le reste, la Cour de justice applique les principes qu'elle a dégagés dans l'arrêt *Hoechst* à quelques exceptions près⁶². Les pouvoirs « dont sont investis les agents de la Commission font apparaître que les vérifications peuvent avoir une portée très large »⁶³. L'étendue d'un tel pouvoir trouve, on l'a dit, son fondement dans la préservation de l'ordre public économique : le droit de l'Union a pour fonction « d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs »⁶⁴. Aussi, afin : « d'éviter que [les droits de la défense] ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures

59. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. C-46/87 et 227/88, *op. cit.*, pt 22 ; CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette frères*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011. Sur une évolution du contrôle du juge s'agissant de l'étendue des mandats d'inspection : TPIUE, 14 novembre 2012, *Prysmian Spa c. Commission*, aff. T-140/09 ; TPIUE, 14 novembre 2012, *Nexans France SAS c. Commission*, aff. T-135/09, comm. P. CARDONNEL, *Concurrences*, n° 1/2013, n° 164, pp. 170-171.

60. TPICE, 8 mars 2007, *France Telecom c. Commission*, aff. T-339/04, pt 58.

61. CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux c. Commission*, aff. C-85/87, *Rec.*, p. 3137 ; CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a. c. Commission*, aff. 97/87, 98/87 et 99/87, *Rec.*, p. 3165 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette frères c. Commission*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011, pts 29 et 48.

62. Par ex. en matière de secret professionnel dont on rappellera qu'il a fait l'objet d'une interprétation stricte de la part du Tribunal dans l'arrêt *Akzo* : TPICE, 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et autres c. Commission*, aff. jtes T-125/03 et T-253/03, *Rec.*, 2007, p. II- 03523, pt 80-81 ; TPICE, 30 octobre 2003, ord., *Akzo Nobel Chemicals et Akzo Chemicals c. Commission*, aff. T-253/03 ; pour le principe de confidentialité, voy. CJCE, 18 mai 1982, *AM et S c. Commission*, aff. C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1616 ; note M. DELMAS-MARTY, *Rec., Dalloz-Sirey*, 1982, pp. 267-272 ; note L. GOFFIN, *CDE*, 1982, pp. 391-405.

63. CJCE, 24 juin 1986, aff. C-53/85, *Akzo Chemie c. Commission*, *Rec.*, 1986, p. 1965 ; CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. C-46/87 et 227/88, *Rec.*, *op. cit.*, pt 26 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquettes frères*, aff. C-94/00, *op. cit.*, pt 42 ; voy. plus récemment en matière de preuves : CJCE, 25 janvier 2007, *Dalmine c. Commission*, aff. C-407/04 P, *Rec.*, 2007, p. I-829 ; en ce sens, voy. l'étude de B. CHEYNEL, « *Public enforcement* du droit de la concurrence. Actualité d'un risque concurrentiel grandissant », *RLC*, 2010/22, pp. 134-145.

64. CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033, pt 20 ; CJCE, 7 juin 1983, *Musique Diffusion française*, aff. C-100 à 103/80, *Rec.*, 1983, p. 1825, pt 15 ; CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *op. cit.*, pt 25. Dans le même sens en droit national : Cass. com., 8 juillet 2008, *Société coopérative groupement d'achats Leclerc (Galec) SA*, n° 07-16.761 où la Cour de cassation rappelle en matière de concurrence déloyale que l'action du ministre de l'Économie est « une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».

d'enquête préalable, dont notamment les vérifications, qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité »⁶⁵, la Cour a-t-elle jugé que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'appliquait pas aux visites de locaux des entreprises⁶⁶. Dans un arrêt ultérieur où les requérantes faisaient valoir le respect de l'inviolabilité du domicile tiré de ce même article 8, le Tribunal a fermement rappelé que « dans la mesure où les moyens et arguments avancés aujourd'hui par LVM et DSM sont identiques ou similaires à ceux invoqués alors par Hoechst, le Tribunal ne perçoit pas de raison de s'écarter de la jurisprudence de la Cour »⁶⁷. Cette position a du reste été réitérée à l'occasion de plusieurs contentieux ultérieurs⁶⁸.

La Commission exerce la mission qui lui a été confiée par les traités, à savoir « [...] veiller aux règles de concurrence dans le marché commun »⁶⁹. Ces prérogatives sont régulièrement rappelées par la jurisprudence⁷⁰, même si, pour la Cour, leur exercice doit se combiner avec les droits fondamentaux des entreprises, notamment le droit de propriété⁷¹. Récemment encore, le Tribunal a rappelé à l'aune du règlement n° 1/2003, que la Commission dispose « [...] d'un pouvoir d'enquête très étendu [et qu']elle conserve un rôle prépondérant dans la recherche des infractions »⁷². En tout état de cause, les entreprises ont l'obligation d'apporter leur concours au déroulement de l'enquête⁷³. Par ailleurs, la Commission n'est pas tenue d'informer les entreprises de l'ensemble des informations dont elle dispose, ni de délimiter avec précision le marché non plus que de procéder à une qualification juridique

65. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2919, pt 15.

66. CJCE, 17 octobre 1989, *Dow Benelux c. Commission*, aff. C-85/87, *Rec.*, p. 3137, pt 30.

67. TPICE, 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a. c. Commission*, aff. T-305/94, T-307/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94 et T-335/94, pt 419.

68. CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)*, aff. P, *DSM NV et DSM Kunststoffen BV*, aff. C-244/99 P, *Montedison SpA*, aff. C-245/99 P, *Elf Atochem SA*, aff. C-247/99 P, *Degussa AG*, aff. C-250/99 P, *Enichem SpA*, aff. C-251/99 P, *Wacker-Chemie GmbH et Hoechst AG*, aff. C-252/99 P et *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, aff. C-254/99 P, *Rec.*, 2002, p. I-08375. Voy. en ce sens, Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, présentées le 25 octobre 2001, *DSM NV et DSM Kunststoffen BV c. Commission*, aff. C-244/99 P.

69. CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic (UK) Ltd c. Commission*, aff. C-136/79, *Rec.*, 1980, p. 2033, pt 20.

70. TPICE, 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals ltd et autres c. Commission*, aff. jtes T-125/03 et T-253/03, *Rec.*, 2007, p. II-03523, pt 76.

71. CJCE, ord., 17 novembre 2005, *Minoan Lines c. Commission*, aff. C-121/04, pts 29-37 ; CJCE, 30 mars 2006, *Strintzis Lines Shipping SA c. Commission*, aff. C-110/04 P, *Rec.*, pp. I-44.

72. TPICE, 8 mars 2007, *France Telecom c. Commission*, aff. T-339/04, pt 79.

73. J. BASTIA et C. ROQUE, « Les inspections communautaires en matière de concurrence », *RLC*, n° 14/2008, pp. 136-145.

exacte des infractions⁷⁴ ; elle peut même si nécessaire, ordonner des vérifications supplémentaires⁷⁵.

Tel qu'on vient de les présenter, les contrôles judiciaires, tant nationaux qu'euro-péens ont, jusqu'à récemment, tenté de définir un cadre légal pour les enquêtes de concurrence qui soit souple afin de faciliter la collecte d'informations par les autorités de la concurrence⁷⁶. En effet, pour la Cour de justice et les juridictions nationales, la sauvegarde de l'ordre public économique doit primer, au stade de l'enquête, sur une protection par trop excessive des garanties fondamentales apportées aux entreprises. Certes, certains principes fondamentaux (motivation, secret des correspondances avocats/clients, droits de la défense, droit de ne pas s'auto-incriminer⁷⁷) doivent être respectés, mais pour autant les autorités de la concurrence disposent, au stade de l'enquête, d'un pouvoir considérable que les entreprises peuvent difficilement remettre en cause en se plaçant sur le seul terrain du droit national ou communautaire.

Les entreprises, de manière générale, ont en aversion le risque et l'aléa⁷⁸. Dans la mesure où le dispositif juridique de l'enquête permet aux autorités de la concurrence de saisir à tout moment toutes sortes d'informations potentiellement compromettantes, on comprend que celui-ci puisse présenter pour les acteurs économiques un risque difficile à anticiper. Dans le but de réduire cet aléa, ces derniers utilisent leurs moyens juridiques afin de tirer profit des ressources juridiques que constituent certaines règles procédurales. Dans cette perspective, il est possible de considérer le recours au droit de la CESDH comme relevant d'une stratégie visant à restreindre le pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence. En terme wébérien, on parlera de stratégie de « rationalisation » de ce pouvoir discrétionnaire⁷⁹. En poussant les ordres juridiques nationaux à élever leurs standards de protection juridique, les acteurs économiques multiplient les possibilités de saisines

74. TPICE, 8 mars 2007, *France Télécom c. Commission*, aff. T-339/04, pt 58.

75. CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. C-374/87, *Rec.*, p. I-3283, pt 15 ; note B. JANSEN, « Les pouvoirs d'investigations de la Commission des Communautés européennes en matière de concurrence », *RMC*, 1990, pp. 696-701.

76. Sur cette question, voy. l'étude de B. CHEYNEL, « *Public enforcement* du droit de la concurrence. Actualité d'un risque concurrentiel grandissant », *RLC*, 2010/22, *op. cit.*, pp. 134-145.

77. TPICE, 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke c. Commission*, aff. T-112/98, *Rec.*, 2001, p. II-729, pts 59-79.

78. M. BENGSSON et S. KOCK, « Cooperation and Competition in Relationships between Competitors in Business Networks », *Journal of Business and Industrial Marketing*, vol. 14, n° 3, 1999, pp. 178-190 ; A. LADON, N.G. BOYD et S. HANLON, « Competition, cooperation, and the search for economic rents : a syncretic model », *Academy of Management Review*, vol. 22, n° 1, 1997, pp. 110-141. Voy. aussi le numéro spécial de la *Revue française de gestion, Les stratégies de coopération*, Paris, Lavoisier, 2007, n° 7.

79. Sur l'analyse de ce concept : M. COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, L.G.D.J./Presses de l'Université de Laval, 1995, pp. 45-62.

et donc les opportunités éventuelles d'annulation des procédures d'enquêtes initiées par les autorités de concurrence. Dès lors, il n'est pas étonnant d'observer ces dernières années, une augmentation des recours adressés à la Cour européenne des droits de l'homme dans le but, d'une part, de faire reculer le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, d'une part, et de disposer de ressources susceptibles de modifier à terme l'efficacité administrative de la politique de concurrence au sein de l'Union européenne, d'autre part. Cette volonté d'encadrement du pouvoir discrétionnaire de l'administration s'exprime par la recherche d'une juridictionnalisation croissante de différentes étapes de la procédure d'enquête.

B. La rationalisation d'un champ : les évolutions des garanties apportées aux entreprises en matière d'enquête

Devant le refus des juridictions nationales et de la Cour de justice, notamment dans l'arrêt *Hoechst*, d'élever leurs standards de protection en matière d'enquête⁸⁰, les acteurs économiques se sont logiquement tournés vers la Cour européenne des droits de l'homme⁸¹. Il faut dire que l'affaire *Niemietz c. Allemagne*⁸² leur a fourni les ressources nécessaires à une interprétation extensive de l'article 8 de la CESDH aux entreprises. Dans cette affaire, le Tribunal cantonal de Munich a ordonné la perquisition du cabinet d'un avocat. Ce dernier a contesté le bien-fondé de l'acte de perquisition au regard de l'article 8⁸³. Or, la Cour européenne des droits de l'homme, bien que citant l'arrêt *Hoechst*, considère 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 (art. 8) : prémunir l'in-

80. Par ex. Cass. com., 16 mai 2000, n° 97-30.235, n° 97-30.236, n° 97-30.237 et n° 97-30.238 ; Cass. crim., 22 mars 2001, n° 99-30.197 ; Cass. com., 11 juillet 2000, n° 1583 ; Cass. civ., 2^e ch., 21 avril 2005, n° 682 ; Cass. crim., 14 novembre 2007, *Canal Plus et autres*, n° 05-85.739 ; Cass. crim., 6 février 2008, n° 07-83.871 ; TPICE, 26 octobre 2010, *CNOP, CCG c. Commission*, aff. T-23/09, *Rec.*, 2010, p. II-5291, pt 40. De la même manière s'agissant des moyens avancés en faveur d'un contrôle juridictionnel effectif : CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany A.G e.a c. Commission*, aff. C-272/09 P, note A-L. STBONY, *CMLR*, 2012, vol. 49, n° 6, pp. 1977-2002 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor AE Epexergasias Metallon c. Commission*, aff. C-386/10 P ; CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany A.G. e.a c. Commission*, aff. C-389/10 P.

81. Voy. à cet égard : J.-Fr. FLAUS, « La Convention européenne des droits de l'homme : une nouvelle interlocutrice pour le juriste d'affaires », *RJDA*, 1995/6, p. 524.

82. CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, série A n° 251-B. On peut aussi citer antérieurement à cet arrêt l'affaire *Chappel* : CEDH, 30 mars 1989, *Chappel c. Royaume-Uni*, n° 10461 ; voy. aussi : Déc. Comm. EDH, 9 février 1990, *M & Co c. RFA*, n° 64, p. 146.

83. CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A n° 30 ; Rapport Comm. du 12 juillet 1990, *Times Newspapers Ltd and Andrew Neil c. Royaume-Uni*.

dividu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics [...]. Les États contractants ne s'en trouveraient pas indûment bridés car ils conserveraient, dans la mesure autorisée par le paragraphe 2 de l'article 8 (art. 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 »⁸⁴. Cette formulation ambiguë (puisqu'il ne pouvait être exclu que la solution dégagée soit circonstanciée à la profession d'avocat) fut interprétée par certaines entreprises comme le signe d'un revirement opéré par la Cour européenne des droits de l'homme en faveur d'une application de la protection offerte par l'article 8 aux acteurs économiques.

Plusieurs entreprises ont ainsi fait usage de cet argument dans l'affaire *Sté Colas*⁸⁵, non sans un certain succès, puisque la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la protection de l'article 8 au domicile des entreprises. Pour rappel, le litige portait sur la compatibilité du dispositif français d'enquêtes de concurrence, tel qu'il prévalait sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945⁸⁶, avec l'article 8 de la CESDH. Si, en l'espèce, la Cour admet que l'ingérence de l'administration se justifiait pour des raisons de « bien-être économique du pays » et de « prévention des infractions pénales », elle estime cependant cette intervention disproportionnée quant aux buts légitimes recherchés. Elle en déduit logiquement que le système français n'offrait pas de garanties suffisantes⁸⁷.

Cette victoire ne fut cependant pas décisive, puisque la Cour de justice rappelle, dans l'arrêt *Roquette frères*, qu'elle n'entendait pas se départir du standard de protection défini par l'arrêt *Hoechst*⁸⁸. Cet arrêt juge en effet que le droit d'accès prévu par les textes de l'Union serait « [...] dépourvu d'utilité si les agents de la Commission devaient se limiter à demander la production de documents ou de dossiers qu'ils seraient à même d'identifier au préalable de façon précise. Un tel droit implique, au contraire, la faculté de rechercher des éléments d'information divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés »⁸⁹.

84. CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, *op. cit.*, § 31. Voy. aussi : CEDH, 25 février 1993, *Miailhe c. France*, n° 12661/87.

85. CEDH, 16 avril 2002, *Sté Colas Est et autres c. France*, req. n° 3797/97.

86. Ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945.

87. CEDH, 16 avril 2002, *Sté Colas Est et autres c. France*, req. n° 3797/97, §§ 44-50. Cette solution n'était pas surprenante car, dans une décision antérieure, la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà jugé contraire à l'article 6, § 1, la sanction pécuniaire infligée à une entreprise sous l'empire de l'ordonnance du 30 juin 1945. Déc. Comm. EDH, 30 mai 1991, *Sté Stenuit c. France*, req. n° 11598/85 et CEDH, 27 février 1992, *Sté Stenuit c. France*, req. n° 11598/85.

88. CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette frères c. Commission*, aff. C-94/00, *Rec.*, p. I-9011.

89. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst A.G. c. Commission*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.*, 1989, p. 2859, pt 27 ; CEDH, 8 janvier 2002, *Keslassy c. France*, n° 51578/99. Dans le même sens : CEDH, 5^e sect., 16 octobre 2008, *Maschino c. France*, n° 10447/03, §§ 25-35 ; note Ch. LOUIT, *RDF*, n° 49, avril 2008, pp. 27-30.

Néanmoins, en ce qu'il juge contraire à l'article 6, paragraphe 1 le dispositif français de perquisition fiscale analogue⁹⁰ à celui adopté sous l'empire de l'ordonnance de 1986 modifiée, l'arrêt *Ravon*⁹¹ va sensiblement bouleverser la donne⁹². Rendu en matière fiscale, cet arrêt va être interprété comme posant un principe applicable aussi bien au droit de la concurrence qu'au droit douanier.

Pour rappel, la Cour de Strasbourg estimait dans l'arrêt *Ravon* qu'au regard du dispositif de perquisition prévu par l'article L.16 B du Livre des procédures fiscales, un requérant ne pouvait contester la légalité de l'enquête ordonnée que de deux manières : soit en saisissant le juge des libertés et de la détention à l'origine de l'ordonnance de visite, soit au moyen d'un pourvoi en cassation ; mais une fois l'enquête terminée, il n'était plus possible de contester une éventuelle irrégularité⁹³. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le système français n'offrait pas aux requérants obtenant gain de cause la garantie d'une exécution de l'arrêt d'annulation⁹⁴. En effet, comme le note la Cour « [...] 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 »⁹⁵.

Tirant les conséquences de cet arrêt, le gouvernement a tenté de mettre le droit français de la concurrence en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁶. Désormais, l'alinéa 6 de l'article L.450-4 du Code de commerce dispose que « [l]'ordonnance [autorisant une enquête] peut faire l'objet d'un appel devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure ». De même, l'article L.450-4 du Code de commerce prévoit que le déroulement des opé-

90. La rédaction de l'article 16B du Livre des procédures fiscales étant rédigé de façon analogue, mais non identique à l'article L.420-4 du Code de commerce : voy. en ce sens développements *infra*.

91. CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres*, req. n° 18497/03 ; chron. E. DECAUX et P. TAVERNIER, *JDI*, 3/2009, pp. 1007-1010 ; note B. HATOUX, *RJF*, n° 5, 2008, pp. 454-463.

92. Le dispositif français en droit de la concurrence s'inspirant lui-même de l'article L.16 B du Code de procédure fiscale.

93. Cass. crim., 11 décembre 2002, n° 01-87.323.

94. CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres*, req. n° 18497/03, § 31.

95. En ce qui concerne plus précisément l'article 8, la Cour est plus nuancée : si, dans l'arrêt *Ravon*, elle ne statue pas sur la violation de cette disposition en raison de son invocation tardive en l'espèce, elle juge en revanche dans l'arrêt *Canal Plus* l'ingérence de l'autorité administrative proportionnée au respect de la vie privée, car « nécessaire dans une société démocratique » : CEDH, 21 décembre 2010, *Sté Canal Plus et autres c. France*, req. n° 29408/08, §§ 47-60 ; CEDH, 5 mai 2011, *Sté Métallurgique Liotard frères c. France*, req. n° n° 29598/08, § 18.

96. Loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie « LME », n° 2008-776, NOR : ECEX0808477L ; Ordonnance du 13 novembre 2008, portant modernisation de la régulation de la concurrence, n° 2008-1161, NOR : ECEC0823324R ; V. SÉLINSKY, « Le déroulement des enquêtes de concurrence après la réforme résultant de la "LME" », *RLC*, 2009/21, pp. 167-169.

rations de visite et de saisie peut faire l'objet d'un recours devant le premier président de la cour d'appel du ressort du litige⁹⁷. Ce recours n'est cependant pas suspensif⁹⁸.

Fort de la jurisprudence *Ravon*, l'entreprise *Bouygues Telecom*⁹⁹ a tenté de contester l'enquête menée par l'Autorité française de la concurrence dans une affaire d'entente dans le secteur de la téléphonie mobile l'ayant conduite à être condamnée à une lourde amende¹⁰⁰. Aux dires de la requérante, le secret de l'instruction et la présomption d'innocence, garantis par l'article 6, paragraphes 1 et 2, de la CESDH, avaient été violés – plusieurs fuites étaient avérées – de même que le principe d'égalité des armes. Or, ces fuites reprises par la presse auraient influencé la décision du Conseil de la concurrence. La Cour rejette cependant l'argument¹⁰¹.

Malgré ce départ timoré¹⁰², les juges nationaux n'ont pas tardé à intégrer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰³. La nouvelle rédaction de l'article L.450-4 a suscité un abondant contentieux qu'un

97. Article L.450-4 du Code de commerce. Voy. sur cette question : V. SÉLINSKY, « Les mutations du droit procédural de la concurrence », *RLDA*, n° 46, février 2010, pp. 75-82.

98. Afin de permettre aux entreprises qui, antérieurement à la réforme législative, n'avaient pu bénéficier d'un « redressement », un certain nombre de dispositions transitoires rétroactives ont été prévues par l'article 5, alinéa 4 de l'ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence.

Le juge national a considéré que ce dispositif transitoire était conforme au droit conventionnel. Ce nouveau dispositif a été validé par le Conseil constitutionnel : Déc. n° 2011-150 QPC du 13 juillet 2011, cons. n° 7 ; peu de temps avant cette décision, le Conseil a aussi validé le nouveau dispositif de perquisition fiscale : Déc. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010. Pour autant, cette nouvelle modification a de nouveau été jugée contraire à l'article 6, § 1, la Cour ayant jugé que si les nouvelles dispositions transitoires offraient aux entreprises un recours en contestation devant la cour d'appel, ce n'était qu'à la condition qu'un recours au fond eut été formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence : CEDH, 21 décembre 2010, *Sté Canal Plus et autres c. France*, req. n° 29408/08, §§ 40-41 ; CEDH, 21 décembre 2010, *Compagnie de pétrole PRIMAGAZ c. France*, req. n° 29613/08. Voy. en ce sens : B. CHEYNEL, A. MEXIS et C. WINCKLER, « Le législateur et les visites domiciliaires : bien, mais peut mieux faire », *RLC*, n° 28/2011, pp. 48-52.

99. CEDH, 13 mars 2012, *Bouygues Telecom c. France*, req. n° 2324/08, note V. PIRONON, *CCE*, 1^{er} juin 2012, n° 6, pp. 36-38.

100. Cons. conc., déc. n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

101. CEDH, 13 mars 2012, *Bouygues Telecom c. France*, req. n° 2324/08, § 64.

102. Voy. en droit fiscal : Cass. com., 8 décembre 2009, n° 08-21.017.

103. Voy. Cass. com., 7 avril 2010, n° 09-15.122 ; Cass. crim., 3 juin 2008, n° 07-17.147 et n° 07-17.196 ; CA Paris, ord., 16 juin 2009, n° 09-5893, *RJF*, 1/2010, n° 43 ; CA Paris, ord., 30 juin 2009, n° 08-20726, *RJF*, 1/2010 ; CA Versailles ord., 19 juillet 2009, note D. RAVON, *RDF*, n° 28, 9 juillet 2009, comm. n° 224 ; CA Paris, 7^e ch., ord., 21 janvier 2010, n° 09/05738 ; CA Paris, 7^e ch., ord., 4 février 2010, n° 08/19960, note E. OBADIA, *RDF*, n° 13, 1^{er} avril 2010, comm. n° 102 ; TGI D'Avranches, ord., 21 novembre 2011, n° 08/00005 ; Cass. crim., 18 mai 2011, n° 10-80.019, *Stés ONYX Languedoc-Roussillon et ONYX Méditerranée* ; Cass. crim., 16 juin 2011, n° 10-80.016, *Stés Stereau et GTM environnement*.

auteur explique fort justement par la circonstance que « [...] exposées à des amendes énormes, les entreprises mises en cause pour des pratiques anticoncurrentielles organisent très soigneusement leur défense en contestant tous les stades, même les plus précoces, de la procédure »¹⁰⁴.

Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt *Société Colas Rail*¹⁰⁵, a précisé que toute personne visée par une ordonnance du juge des libertés et de la détention peut former un recours, et ce, même si aucune visite n'a été ordonnée dans les locaux de l'entreprise requérante. Dans ce même arrêt, la Cour de cassation a jugé contraire à l'article 6, paragraphe 1 de la CESDH le fait qu'un même juge connaisse successivement de la régularité de la procédure d'enquête et de l'affaire au fond. En clair, une même formation ne peut à la fois statuer sur la légalité de l'ordonnance de visite, sur le bien-fondé des griefs retenus et sur la sanction prononcée ; une telle confusion étant de nature à faire « naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction »¹⁰⁶.

Plusieurs cours d'appel ont également opéré un contrôle normal sur les ordonnances rendues en matière d'enquête au motif que « le juge ne doit pas pouvoir être suspecté de partialité et qu'il ne peut être porté atteinte au respect du domicile que pour des motifs sérieux au regard de l'objet de la demande »¹⁰⁷.

Il semble que ce nouvel état du droit a, un temps, été propice à l'introduction de recours pléthoriques destinés à faire évoluer le contrôle du juge. En restreignant le droit au recours codifié à l'article L.450-4 du Code de commerce, la chambre criminelle de la Cour de cassation tente d'endiguer d'éventuelles dérives : comme le note le Professeur Robert, le « caractère exceptionnel de l'appel est donc maintenu »¹⁰⁸.

Cet aperçu du contentieux relatif aux enquêtes de concurrence montre une volonté croissante de limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités de

104. Note J.-H. ROBERT sous Cass. crim., 16 juin 2011, n° 11-80.345 in *Droit pénal*, n° 9, septembre 2011, comm. 109.

105. Cass. com., 21 juin 2011, *Sté Colas Midi-Méditerranée*, note D. BOSCO, CCC, n° 8, août 2011, comm. 199 ; Cass. com., 2 novembre 2011, *Sté Colas Rail*, n° 10-21.103, Cass. com., 15 novembre 2011, *Sté Véolia Transport*, nos 10-20.527, 10-20.851, 10-20.881, 1127, note G. DECOCQ, CCC, n° 1, janvier 2012, comm. 22.

106. Cass. com., 21 juin 2011, *Sté Colas Midi-Méditerranée*, *op. cit.* Dans le même sens : Cass. com., 14 février 2012, *Sté Cemex Bétons Sud-Est et Sté Cemex France gestion*, nos Z 11-11750 et Z 11-13130, note D. BOSCO, CCC, avril 2012, comm. 102, note J.-H. ROBERT, « La chambre commerciale donne une leçon de droits de l'homme au législateur », CCC, n° 4, avril 2012, comm. 56.

107. CA, Metz, ord., 23 septembre 2011, n° 11/00331 et n° 11/00332 ; CA Orléans, 8 novembre 2011, ord., n° 6/2011, in J. BOMBARDIER et B. BOULOC, « Visites domiciliaires en droit de la concurrence 2011 : une année rock'n' roll ! », *RLC*, 2012/30, p. 46 ; dans le même sens quoique circonstancié au secteur de la presse : CA Paris, ord., 17 juin 2010, *Groupe Amaury*, n° 09/12809.

108. Cass. crim., 23 février 2011, n° 09-87.848, note J.-H. ROBERT, *Droit pénal*, n° 5, mai 2011, comm. 68.

concurrence¹⁰⁹. Pour les entreprises, le recours aux articles 6 et 8 de la CESDH afin de contester une procédure d'enquête répond à une volonté de trouver un contrepoids aux prérogatives de l'administration. Pour les juges, il s'agit d'apporter un minimum de garanties procédurales aux entreprises afin de légitimer les pouvoirs importants ayant été conférés à l'administration¹¹⁰. D'ailleurs, cette évolution a conduit la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Menarini*, à souligner, au sujet du contrôle opéré par les juridictions italiennes à l'occasion d'une sanction infligée par l'autorité de régulation de la concurrence que le contrôle exercé doit être un contrôle de « pleine juridiction »¹¹¹. Un tel contrôle, affirme la Cour, implique d'être en mesure « [...] de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »¹¹².

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la position des juges de Strasbourg fournit aux acteurs économiques des ressources argumentatives intéressantes. Ainsi, en participant à la procéduralisation des enquêtes administratives, la Cour européenne des droits de l'homme fait la part belle aux stratégies contentieuses. En outre, cette évolution aboutit au recul du pouvoir discrétionnaire de l'administration et, par conséquent, ne peut manquer d'influer sur l'efficacité de la détection des pratiques anticoncurrentielles. La réponse du juge de l'Union européenne ne s'est d'ailleurs pas fait attendre. Par deux arrêts, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué qu'elle n'entendait pas faire évoluer son office en matière de contentieux concurrentiel¹¹³.

109. Voy. en ce sens l'éditorial de M. T. FOSSIER, « Indépassable Conseil de la concurrence », *RLC*, n° 34, 2013, pp. 3-4.

110. CEDH, 16 octobre 2008, *Maschino c. France*, n° 10447/03, note Ch. LOUIT, *RDF*, 4 décembre 2008, comm. n° 49, p. 27-30.

111. Voy. en sens contraire l'arrêt de principe de la Cour de cassation : Cass. com., 3 octobre 1995, n° 1606 P.

112. CEDH, 27 septembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italie*, req. n° 43509/08, § 59 ; voy. par ailleurs dans la même affaire, l'opinion dissidente du juge ALBUQUERQUE ; G. MUGUET-POULLENEC et D. DOMENICUCCI, « Amende infligée par une autorité nationale de concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective : les enseignements de l'arrêt Menarini de la CEDH », *RLC*, 2012/30, pp. 49-59 ; M. ABENHAÏM, « Quel droit au juge en matière de cartels », *RTDE*, 2012, pp. 117-133. S'agissant de la position de la Cour de justice sur la question de l'intensité du contrôle : CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c. Commission*, aff. C-272/09 P et C-389/10 P, pt 136 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c. Commission*, aff. C-386/10 P.

113. CJUE, 8 décembre 2011, *KME Germany e.a. c. Commission*, aff. C-272/09 P et C-389/10 P, pt 136 ; CJUE, 8 décembre 2011, *Chalkor c. Commission*, aff. C-386/10 P. Voy. en ce sens L. COUTRON, « Le ferme refus de la Cour de justice de réformer l'office du Tribunal dans le contentieux concurrentiel », *RTDE*, 2012, chron., pp. 182-185.

II. L'usage de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et ses effets potentiels

Au moyen de quelles ressources les acteurs économiques se sont-ils saisi des instruments de la CESDH ? Cette question importe si l'on veut comprendre ce que permet l'adoption du raisonnement juridique dans une stratégie plus globale de modification de l'environnement réglementaire et politique dans lequel évoluent les acteurs économiques. L'exploitation massive de l'analogie, si elle s'est révélée dans certains cas efficace, n'a pas toujours abouti aux modifications escomptées (A). Néanmoins, dans une perspective d'intégration progressive des ordres juridiques nationaux et européens, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme constituent des précédents utiles pour, à terme, contester les prérogatives importantes dont dispose la Commission européenne. L'instauration du « dialogue des juges » n'est pas sans conséquence dans le développement par les entreprises de stratégies opportunistes. Parce qu'il engendre nécessairement des lacunes, voire des interprétations concurrentes, il permet à ces mêmes entreprises de tirer parti des antinomies qu'il génère. En ce sens, les différences d'interprétation qui existent entre les Cours du Luxembourg et de Strasbourg en matière d'enquête pourraient bien profiter à terme aux entreprises (B).

A. La mobilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

En France, la typologie des stratégies juridiques fait l'objet d'une littérature de plus en plus abondante¹¹⁴. Pour ce qui nous concerne, on retiendra que la mobilisation des dispositions de la CESDH semble s'inscrire dans le cadre d'une stratégie argumentative visant à obtenir l'annulation d'une procédure d'enquête et, par suite, l'annulation d'une éventuelle amende infligée par l'Autorité nationale de la concurrence¹¹⁵. Si l'on admet que « le recours au juge peut, dans certains cas, se révéler tout aussi efficace que le *lobbying* politique »¹¹⁶, il faut pouvoir mettre en lumière les « ressources » utilisées à cette fin. Par « ressources », on entend l'ensemble des moyens juridiques et non

114. D. DANET, « Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires », *RIIE*, n° 2, 2010, pp. 277-293 ; A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; A. MASSON et V. DE BEAUFORT, *Lobbying et procès orchestrés*, Bruxelles, Larcier, 2011.

115. On mesure d'autant mieux l'enjeu à la lecture de l'article de A. MARIE, « Perquisitions et saisies en matière de concurrence : validité des mesures transitoires rétroactives », *BRDA*, 15 février 2011, pp. 9-15.

116. A. MASSON, « Théorie et pratique des procès orchestrés à des fins de modification de l'état du droit », in A. MASSON et V. DE BEAUFORT (dir.), *Lobbying et procès orchestrés*, op. cit., p. 78.

juridiques (comme les techniques d'interprétation, les représentations du droit, ou la doctrine) qui peuvent être utilisés afin de parvenir à l'objectif souhaité. Comme l'explique du reste Karen Alter, les conséquences politiques d'une jurisprudence s'apprécient principalement par les usages dont elle fera l'objet de la part d'un certain nombre d'acteurs intéressés¹¹⁷.

Les multiples conséquences engendrées par l'arrêt *Ravon* laissent penser que l'on serait face à une stratégie « d'entrepreneuriat judiciaire ». Cette stratégie se comprend comme : « le fait pour un groupe d'intérêt d'organiser un procès non pas pour voir trancher un litige, mais pour faire évoluer le droit positif »¹¹⁸. Les bénéfices engendrés par l'arrêt *Ravon* constituent à cet égard un procès phare à partir duquel se sont développés plusieurs procès test ou procès à répétition visant à maximiser, au profit de certaines entreprises, les effets de l'arrêt de la Cour de Strasbourg, notamment en matière d'élévation du standard de protection du domicile privé, mais aussi de renouvellement du contrôle juridictionnel sur les perquisitions de l'administration.

À la suite du prononcé de l'arrêt *Ravon*, la presse spécialisée ainsi que certains Think Tank¹¹⁹ ont très vite considéré qu'une réforme des dispositifs d'enquête devait logiquement être mise en œuvre en ce qui concerne les perquisitions fiscales, mais devait aussi s'étendre aux enquêtes douanières et aux enquêtes de concurrence. Le journal *La Tribune*, reprenant l'opinion de Maître Gunther, affirmait : « Le raisonnement de la CESDH peut être transposé à la procédure d'enquête en matière de pratiques anticoncurrentielles [...] Le seul recours prévu à l'article L.450-4 du Code de commerce à l'encontre de la régularité de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant les visites et saisies est le pourvoi en cassation »¹²⁰. Telle fut aussi l'opinion exprimée par Maître Puel dans le *Bulletin du Barreau de Paris*¹²¹. Plus mesuré, un article du *Monde* indiquait qu'à la suite de l'arrêt de la Cour, la France s'apprêtait à créer une voie de recours en matière fiscale ainsi que douanière « [...] et, probablement [une modification du] Code de commerce »¹²². Enfin, une note émanant du Think Tank de la fondation IFRAP n'a pas hésité à considérer que l'arrêt *Ravon* « sanctuarise le domicile privé » des personnes

117. K. ALTER, *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 139-146.

118. A. MASSON, « Essai sur l'origine normative des stratégies juridiques », in *Les stratégies juridiques des entreprises*, A. MASSON (dir.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 144.

119. Par ex. la note du 18 avril 2008 de M. SERVIÈRE : « Perquisitions fiscales : contraires aux droits de l'homme », www.ifrap.org (consulté le 28 avril 2013).

120. F. HASTINGS, *La Tribune*, mardi 8 avril 2008, rubrique « Business Managers ».

121. *Le Bulletin du Barreau de Paris*, n° 20, mai 2008, p. 175.

122. C. GUELAUD, in *Le Monde*, 2 avril 2008, « Perquisitions fiscales : condamnée par la CEDH, la France va créer une voie de recours » ; voy. aussi : P. NATAF, « Droits de l'homme et perquisition fiscale », *Les Échos*, 9 avril 2008.

morales¹²³. Pareillement, les commentaires doctrinaux ont, dans leur majorité, considéré que la solution dégagée dans ledit arrêt *Ravon* devait « naturellement » s'étendre au droit de la concurrence¹²⁴. Cette dernière interprétation s'est imposée comme un argument d'autorité d'autant plus convaincant que le dispositif de perquisition fiscale semblait analogue à celui utilisé en droit de la concurrence ou en matière douanière¹²⁵.

C'est dans ce contexte que le Parlement a été saisi en urgence d'un projet de réforme. Un avis de M. Forissier pour la Commission des finances souligne les conséquences législatives à tirer de la jurisprudence *Ravon*¹²⁶. Ce dernier estime qu'en dépit de différences procédurales entre l'article L.16 B et l'article L.450-4, la solution dégagée par l'arrêt *Ravon* trouve à s'appliquer à l'article L.450-4 du Code de commerce¹²⁷. Dans le même temps, la violation du domicile a fait l'objet d'une nouvelle décision de la Cour de Strasbourg qui a jugé non conformes aux articles 6, paragraphes 1 et 8 de la CESDH, les conditions dans lesquelles le droit de visite est organisé dans les locaux de sociétés d'avocats¹²⁸. Il s'agissait en l'espèce d'une perquisition fiscale au sein d'un cabinet d'avocats opérée sous l'empire de l'article L.16 B. Au regard de la solution dégagée par l'arrêt *Ravon*, la Cour juge les dispositions relatives aux perquisitions contraires à l'article 6, paragraphe 1, mais elle juge par une solution tout aussi classique au regard de la jurisprudence *Niemietz*, que la perquisition diligentée porte atteinte au « domicile », lequel

123. Note du 18 avril 2008 de M. SERVIÈRE, « Perquisitions fiscales : contraires aux droits de l'homme », www.ifrap.org (consulté le 28 avril 2013).

124. CEDH., 3^e sect., 21 février 2008, *Ravon et a. c. France*, n° 18497/03, note D. RAVON et Ch. LOUIT, *RDF*, n° 12, 20 mars 2008, comm. 227 ; B. HATOUX, « Visites domiciliaires et droits de l'Homme : l'arrêt *Ravon*. L'onde de choc », *RJF*, n° 6, 2008, pp. 552-560 ; P. WILHEM et F. VEVER, « Enquêtes de concurrence : les perquisitions "surprises" remises en cause par la Cour européenne des droits de l'homme », *CCC*, n° 5, mai 2008, comm. 27.

125. Seul le journal *Les Échos* semble avoir limité la portée de l'arrêt *Ravon* au seul droit fiscal.

126. Avis n° 905 du 20 mai 2008 présenté au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan sur les articles 1^{er}, 9, 15, 16, 17, 25, 31, 36, 38, 39, 40, 41, 42 et 43 du projet de loi, après déclaration d'urgence, de modernisation de l'économie (n° 842).

127. L'avis note à cet égard que : « Cet article a certes été modifié par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 et a mis en échec la jurisprudence *Bec Frères* en prévoyant que le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées. Mais il n'en reste pas moins qu'en ce qui concerne le contentieux de l'autorisation, la situation est celle qui est regardée par la CEDH comme contrevenant aux exigences de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et que le contentieux des mesures d'exécution ne satisfait pas non plus à toutes ces exigences ». En particulier, l'ordonnance n'est « susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale ». Le rapporteur indique par ailleurs qu'une visite domiciliaire : « constitue un préjudice en soi : violation du domicile, temple de l'intimité et violation du secret des correspondances par les saisies qui sont effectuées, dégradations matérielles liées aux fouilles, les dommages sont nombreux sans parler de l'impact psychologique que représente une telle perquisition pour un contribuable ».

128. CEDH, 5^e sect., 24 juillet 2008, *André et a.*, n° 18603/03, note Ch. LOUIT, *RDF*, n° 43, 23 octobre 2008, comm. 552.

englobe « le bureau d'un membre d'une profession libérale, notamment d'un avocat »¹²⁹. Peu après, un projet d'ordonnance relatif à la loi de modernisation de l'économie (LME) est publié par le ministère de l'Économie et des Finances afin, vraisemblablement, de recueillir les avis des principaux acteurs du droit de la concurrence.

Il est difficile, sans en avoir une connaissance exacte, d'extrapoler les négociations qui ont eu lieu entre l'administration et les principaux représentants du monde des affaires au travers de ses principaux représentants : MEDEF, AFEC, AADPC (Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence) entre autres ; il reste que la problématique relative à l'encadrement des pouvoirs d'enquête n'a constitué qu'une partie sans aucun doute infime d'un débat plus vaste relatif aux pouvoirs de la nouvelle Autorité de la concurrence¹³⁰. En dépit de modifications notables, l'ordonnance du 13 novembre 2008 finalement adoptée ne s'écarte pas substantiellement de l'orientation initiale définie par l'avis parlementaire s'agissant des conséquences à tirer de la jurisprudence *Ravon*. Si une possibilité d'appel est prévue, les dispositions adoptées visent avant tout à inscrire dans les textes la présence de l'avocat lors de l'enquête et à renforcer la protection des données saisies¹³¹. Il n'en demeure pas moins qu'à la suite de l'arrêt *Ravon*, une littérature doctrinale abondante investie majoritairement par des professionnels, mais aussi par des universitaires, s'est développée de manière simultanée au contentieux que suscite cet arrêt¹³². Notamment, l'interprétation de la Cour de cassation selon laquelle le nouveau régime de visites domiciliaires issu de la LME serait conforme au droit conventionnel est critiquée au motif qu'elle ne tient pas compte du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme. Les auteurs à l'origine de cette critique estiment que « la proportionnalité d'une visite domiciliaire implique [pour se conformer au droit de la CESDH] de vérifier deux points : tout d'abord, que dans le cas d'espèce la recherche de la fraude fiscale nécessite la mise en œuvre d'un procédé aussi extrême qu'une visite domiciliaire, et ensuite que les opérations de

129. CEDH, 5^e sect., 24 juillet 2008, *André et a.*, n° 18603/03, pt 36.

130. Par ex. J. ATTALI (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, Paris, La Documentation française, 2008, pp. 140-144 ; L. IDOT, V. MICHEL-AMSELLEM et R. SAINT-ESTEBEN, « Projet de réforme du droit interne de la concurrence : à propos des aspects institutionnels et procéduraux », *Concurrences*, 2008/2, pp. 2-32 ; L. IDOT et C. LEMAIRE, « L'avant-projet d'ordonnance portant création de l'Autorité de la concurrence », *JCP G.*, n° 26, 25 juin 2006, comm. 441 ; C. VOISIN, « Ordonnance du 13 novembre 2008 : la régulation modernisée et (presque) unifiée de la concurrence », *Concurrences*, n° 1/2009, pp. 63-73.

131. Voy. L. IDOT et C. LEMAIRE, « Le nouveau visage de la régulation de la concurrence en France. L'Autorité de la concurrence entre deux Europe », *JCP G.*, n° 12, 18 mars 2009, I-125 ; C. LEMAIRE, « Un an d'actualité en droit processuel de la concurrence », *Les Petites Affiches*, 3 juillet 2008, pp. 38-55 ; R. SAINT-ESTEBEN, « Les garanties procédurales en matière de pratiques anticoncurrentielles ou le tango : deux pas en avant, un pas en arrière », *Journal des sociétés*, dossier spécial : *La réforme du droit de la concurrence par la LME*, n° 61, janvier 2009, pp. 32-38.

132. Voy. J. DELAURIÈRE et C. PREST, « De la conformité du droit d'enquête TVA avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDF*, n° 40, 7 octobre 2010, comm. 515.

visite et de saisie se déroulent en limitant au maximum l'atteinte à la vie privée et au domicile. Le premier point touche au principe même de l'ingérence et le second à ses modalités pratiques : est-il nécessaire de porter atteinte au droit au respect de la vie privée et du domicile, et si oui, comment limiter l'atteinte au strict nécessaire ? Le terme "nécessaire" employé dans l'article 8 de la Convention EDH doit garder tout son sens. »¹³³

Du côté de la jurisprudence, les premiers contentieux postérieurs à l'arrêt *Ravon* sont contrastés : certains juges n'hésitent pas à appliquer cette jurisprudence de manière audacieuse tandis que d'autres demeurent réticents. Par exemple, le juge des libertés d'Avranches estime que le contrôle de l'article 6, paragraphe 1 opéré dans l'arrêt *Ravon* peut être transposé en droit de la concurrence. Estimant que la législation antérieure à la réforme de novembre 2008 est contraire à l'article 6, paragraphe 1 de la CESDH, le juge annule une autorisation de visite et ordonne la restitution des pièces saisies¹³⁴. Telle n'est cependant pas la position du Tribunal de grande instance de Paris qui, tout en rappelant la portée de l'arrêt *Ravon*, écarte l'application de l'article 6, paragraphe 1 de la CESDH, aux enquêtes de concurrence. Selon ce dernier, il n'y a pas violation du principe du droit au juge posé par cette disposition, dès lors que les opérations de visites et saisies « peuvent être contestées, comme en l'espèce, devant le juge des libertés et de la détention qui dispose d'une pleine compétence pour apprécier la régularité des opérations en droit »¹³⁵. Une ordonnance du TGI de Toulouse se rallie à cette interprétation¹³⁶. Ces divergences n'ont pas duré longtemps. La chambre criminelle de la Cour de cassation saisie sur pourvoi a cassé la décision du juge des libertés d'Avranches au motif qu'au « jour du prononcé de la décision, la société Sacer Atlantique disposait d'un droit d'appel de la précédente ordonnance ayant autorisé les visites et saisies »¹³⁷.

Il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Ravon* a engendré, au plan national, un contentieux d'envergure dont la massification s'explique par la possibilité de réexamen rétroactif des procédures d'enquêtes diligentées par l'Autorité de la concurrence¹³⁸. Signalons également qu'un certain nombre de

133. A. ANGOTTI et M. RODRIGUES, « Visites domiciliaires (LPF art. 16B) : les premières décisions de la Cour de cassation sur le nouveau contentieux issu de la LME », *RDF*, n° 15, 15 avril 2010, n° 269 ; B. BOULOC, « Les visites et saisies en droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, n° 55, 24 février 2009, p. 10.

134. In B. BOULOC, « Les visites et saisies en droit de la concurrence », *op. cit.*

135. TGI, 2 septembre 2008, ord. n° 2007-6, *GTM-GCS* ; TGI, 9 septembre 2008, ord. n° 2007/06, *Bouygues construction et autres*.

136. TGI, 1^{er} décembre 2008, ord. n° 2008/1, *Sté Véolia*.

137. Cass. crim., 16 décembre 2009, n° V-08-88-577.

138. Par ex. CA Paris, ord., 16 juin 2009, n° 09-5893, *RJF*, 1/2010, n° 43 ; CA Paris, ord., 30 juin 2009, n° 08-20726, *RJF*, 1/2010 ; CA Versailles, ord., 19 juillet 2009, note D. RAVON, *RDF*, n° 28, 9 juillet 2009, comm. 224 ; CA Paris, 7^e ch., ord., 21 janvier 2010, n° 09/05738 ; CA Paris, 7^e ch., ord., 4 février 2010, n° 08/19960, note E. OBADIA, *RDF*, n° 13, 1^{er} avril 2010, comm. 102 ; Cass. com., 15 décembre 2009, n° 09-12.734 ; à ce sujet, voy. la chronique du Professeur AYRAULT, in *RDF*, n° 8, 25 février 2010, comm. n° 209.

juridictions d'appel ont progressivement remis en cause le contrôle restreint qui s'exerce sur la légalité des ordonnances pré-rédigées par l'administration¹³⁹. De façon explicite, un arrêt a jugé que « la pratique des ordonnances pré-rédigées par l'Administration qui, sous couvert de faciliter la tâche du magistrat, tend en réalité à orienter sa décision, est à proscrire absolument en ce qu'elle constitue une ingérence de l'Administration dans les pouvoirs dévolus à l'autorité judiciaire et est ainsi contraire au droit du justiciable à un tribunal indépendant et impartial »¹⁴⁰. Cependant, cette possibilité n'a pas été suivie par la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, contrairement à l'interprétation retenue par les juges du fond, a consacré la pratique des ordonnances pré-rédigées¹⁴¹.

L'application rétroactive de l'ordonnance du 13 novembre 2008 codifiée à l'article L.464-8 du Code de commerce constitue, elle aussi, l'un des terrains sur lequel les entreprises ont développé leurs arguments et obtenu des succès symboliques. En effet, ces dispositions placent les requérants dans des situations très différentes selon qu'ils ont introduit un pourvoi en cassation avant la rédaction de l'ordonnance du 13 novembre 2008, qu'ils viennent d'interjeter appel de la décision de l'Autorité de la concurrence ou que leur litige en soit encore au stade de l'instruction devant l'Autorité de la concurrence.

C'est précisément dans cette dernière situation, pour laquelle aucune disposition transitoire n'était prévue, que se trouvent les requérantes dans les affaires *Canal Plus*, *Compagnie des Pétrole Primagaz* et *Société Liotard frères*¹⁴². La Cour de Strasbourg juge contraire à l'article 6, paragraphe 1, la nouvelle voie de recours instituée par l'article L.468-4 en ce qu'elle présente nécessairement un « caractère incertain »¹⁴³, dans la mesure où, pour être effective, les requérants doivent avoir au préalable introduit un recours au fond contre la décision de l'Autorité de la concurrence. Moins retentissantes au plan médiatique, ces différentes jurisprudences constituent néanmoins un ensemble de victoires symboliques à l'encontre de l'administration. Pour autant, et comme le note à juste titre un commentateur¹⁴⁴, les arrêts rendus

139. CA Metz, ord., 25 novembre 2011, n° 10/04248.

140. CA Orléans, ord., 8 novembre 2011, n° 11/00288.

141. Cass. crim., 27 février 2013, n° 11-88471 ; Cass. crim., 27 février 2013, n° 11-82446.

142. O. LEROY et B. RUY, « Mesures de visites et saisies : arrêt Liotard et retour sur les arrêts Primagaz et Canal Plus. L'enjeu tenant aux victimes de pratiques anticoncurrentielles », *RLC*, n° 28, juillet-septembre 2011, pp. 121-125 ; voy. note G. DECOCQ sous CEDH, 5^e sect., 21 décembre 2010, aff. *Sté Canal Plus et a.*, req. n° 29408/08 et aff. *Cie des gaz de pétrole Primagaz*, req. n° 29613/08, « Le recours contre une décision autorisant une visite et des saisies doit être effectif, s'exercer dans un délai raisonnable et devant un juge impartial », *CCC*, n° 2, février 2011, comm. 40.

143. CEDH, 5^e sect., 21 décembre 2010, aff. *Cie des gaz de pétrole Primagaz*, req. n° 29613/08, §§ 27-33.

144. A. MARIE, « Perquisitions et saisies en matière de concurrence : validité des mesures transitoires rétroactives », *BRDA*, *op. cit.*

par la Cour concernant des situations très spécifiques, où le nombre de requérants demeure minime. Sans doute la faible représentativité des acteurs concernés explique-t-elle l'immobilisme des pouvoirs publics sur cette question, ces derniers laissant le soin aux juges de déterminer les modalités pratiques d'un tel recours.

Parallèlement à la question de l'étendue du contrôle du juge, les entreprises se sont également emparées de la CESDH pour contester la saisine de leurs fichiers informatiques¹⁴⁵. L'argument principal avancé est que l'administration ne peut procéder à une saisine globale de messageries électroniques¹⁴⁶. En effet, certains fichiers relèvent de la vie privée tandis que d'autres se réfèrent au secret professionnel. En l'état actuel du dispositif français, il n'est possible de contester la légalité d'une telle saisine que postérieurement au déroulé de l'enquête. Or, si, en désignant avant dire droit un expert chargé d'apprécier le bien-fondé technique d'une saisie globale, la Cour d'appel de Paris a pu donner l'espoir d'une solution favorable aux requérants¹⁴⁷, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation est venu mettre fin à cet espoir¹⁴⁸.

Selon la Cour de cassation, le juge d'appel devait se contenter de « vérifier concrètement, en se référant au procès-verbal et à l'inventaire des opérations, la régularité de ces dernières et d'ordonner, le cas échéant, la restitution des documents qu'il estimait appréhendés irrégulièrement ou en violation des droits de la défense ». En ordonnant une mesure d'instruction visant à apprécier le bien-fondé des méthodes de sélection de l'information saisie employée par les enquêteurs, le juge aurait, selon la chambre criminelle, outrepassé l'étendue de son contrôle, cette mesure d'instruction étant « sans rapport concret avec le litige comme tendant à apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder autrement qu'ils ne l'avaient fait »¹⁴⁹.

145. Sur cette question, la cour d'appel de Paris affirme que la saisie informatique ne peut se faire de manière déloyale : cour d'appel de Paris, 8 février 2011, Pôle 5, Ch. 7, n° 10-14507.

146. J.-L. FOURGOUX, « L'incidence des évolutions constitutionnelles européennes sur la matière pénale : les enquêtes de concurrence », *RLDA*, n° 63, septembre 2011, pp. 49-51 ; D. ROSKIS et C. MAI-DOREMUS, « Saisies informatiques par les autorités françaises de concurrence : quelle compatibilité avec les droits de la défense ? », *RLDA*, n° 68, février 2012, pp. 39-44 ; G. FABRE, « Saisies globales de messageries et respect du secret professionnel de l'avocat », *RLC*, 2012, n° 30, pp. 60-66. Pour une illustration de ce raisonnement généralement fondé par analogie avec un arrêt de la Cour de Strasbourg sanctionnant l'Autriche pour violation de l'article 8 en matière de saisie de fichiers informatiques opérée au sein d'un cabinet d'avocat : CEDH, 16 octobre 2007, *Wieser et Bicos Beiteiligungen GmbH c. Autriche*, req. n° 74336/01.

147. CA Paris, Pôle 5, ord. 4 janvier 2011, n° 09/13945. Voy. pour un aperçu global : C. VILMART, « Le nouveau contrôle judiciaire des enquêtes de concurrence », *JCP aff.*, n° 27, 8 juillet 2010, comm. 1653.

148. Cass. crim., 16 juin 2011, n° 11-80.345.

149. Cass. crim., 16 juin 2011, n° 11-80.345.

Une étude récente¹⁵⁰ a indiqué qu'une question au gouvernement avait été adressée à ce sujet. La réponse du ministre de la Justice et des Libertés fut la suivante : « Les garanties offertes par la procédure actuelle [...] étant suffisantes, une modification du Code de commerce n'est pas envisagée. Imposer aux agents de l'Autorité de la concurrence de procéder sur place à un tri des informations [pourrait] non seulement conduire à paralyser le fonctionnement de l'entreprise objet de la visite ou de la saisie pendant une certaine période, mais aussi conduirait à réduire l'efficacité des enquêtes de l'Autorité de la concurrence »¹⁵¹. La Cour de cassation, confirmant sa position à cet égard, est allée dans le sens des arguments du gouvernement¹⁵².

De nouveaux recours devant la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pourtant pas à exclure¹⁵³. Un arrêt récent semble fournir de nouvelles ressources au développement de nouvelles stratégies juridiques¹⁵⁴. Dans l'affaire *Robathin*, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce sur la validité d'une saisie informatique globale en matière pénale. Poursuivi pour des faits délictueux, un avocat autrichien a fait l'objet d'une perquisition sur son lieu d'exercice professionnel. L'administration a alors saisi l'ensemble de ses fichiers informatiques. Le Barreau de Vienne estima cependant que cette saisine était disproportionnée au but recherché. La Cour fait droit à cet argument au regard de l'article 8 de la CESDH et notamment du secret des correspondances. La Cour juge que l'ordonnance de perquisition était rédigée de manière trop large. Elle en conclut que la mesure est en l'espèce disproportionnée à l'objectif poursuivi. Plusieurs auteurs se sont interrogés sur le parallèle qui pouvait être fait entre l'affaire *Robathin* et le contentieux national en matière de saisie informatique¹⁵⁵.

La stratégie développée dans les affaires *Sté Colas* et *Niemietz* est, à s'y méprendre, la même qui semble transparaître ici : transposer un contentieux mettant en cause un avocat à un contentieux ayant pour objet des personnes morales de droit privé. L'argument est d'autant plus séduisant que les activités d'avocats sont mixtes : si elles impliquent un rapport *intuitu personae*, elles s'exercent aussi par le biais du recours à la personnalité morale. Par conséquent, il est plus aisé de le transposer au profit d'entreprises que de justifier une telle analogie avec un contentieux strictement applicable à une

150. J. CATALA MARTY et L. NOUVEL, « Conciliation des droits de la défense et des intérêts de l'enquête dans les perquisitions en concurrence », *JCP aff.*, n° 27 du 5 juillet 2012, comm. 1442.

151. Réponse à la question parlementaire n° 121068, publiée au *Journal officiel de l'Assemblée nationale* le 14 février 2012, p. 1401.

152. Cass. crim., 11 janvier 2012, n°s U 10-88.193, V 10-88.194, Y 10-88.197.

153. D. BOSCO, « Saisies informatiques : une pierre strasbourgeoise dans le jardin des autorités de concurrence ? », *CCC*, n° 10, octobre 2012, comm. 238. Dans le même sens, le commentaire d'Alain ROZANO dans la lettre CREDA/Concurrence sur cette affaire du 10 juillet 2012 : <https://groupes.renater.fr/sympa/arc/creda-concurrence>.

154. CEDH, 1^{re} sect., 3 juillet 2012, *Robathin c. Autriche*, req. n° 30457/06.

155. Voy. D. BOSCO et A. RONZANO, note n° 153, *op. cit.*

personne physique. Ainsi, l'extension aux entreprises se fait-elle par degrés : de locaux mixtes, elle gagne les locaux professionnels pour finalement embrasser les locaux d'entreprises. Le raisonnement par analogie exerce sa séduction rhétorique en dressant des ressemblances qui permettent d'étendre la solution de cas antérieurs à des affaires en cours. L'implicite d'un tel raisonnement réside dans le fait que celui qui recourt à l'analogie dispose d'une totale liberté dans la sélection des éléments qui autorisent une telle assimilation de solutions¹⁵⁶. À cela, il faut ajouter un autre « impensé » qui ressort à la lecture du discours doctrinal produit à la suite des arrêts de la Cour : celui de la référence « aux droits fondamentaux » des entreprises sans que l'on sache vraiment ce que recouvre ou est susceptible de recouvrir une telle expression¹⁵⁷. Ce sophisme permet d'entretenir le flou – et donc la facilité du recours à l'analogie – quant à l'assimilation du régime des personnes physiques et morales. Mieux encore : il permet d'éluider tout débat axiologique fondamental sur cette question¹⁵⁸.

Il ressort de ce qui précède que les entreprises ont fait un usage intensif du raisonnement par analogie afin de modifier l'environnement juridique applicable en matière de droit de la concurrence. Cet usage s'est appuyé indistinctement sur des précédents ayant trait aux personnes physiques ou morales dans la jurisprudence de la Cour ; il s'est aussi appuyé sur la transposition de solutions de droit fiscal au droit de la concurrence. Cette utilisation du raisonnement par analogie n'a pas nécessairement abouti aux objectifs désirés, preuve, s'il en était encore besoin, que l'autorité d'une jurisprudence, si audacieuse

156. F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard Univ. Press, 2009, pp. 85-102.

157. Alors même que ce débat est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine, moins sur la possibilité pour les entreprises de bénéficier de droits fondamentaux que sur leur étendue ; par ex. S. MARCUS-HELMONS, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes morales », *JTDE*, 1996, pp. 150-153 ; N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *R.T.D. Civ.*, 2008, pp. 205-228 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La Convention européenne des droits de l'homme et la matière économique », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droits économiques et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 25-70 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les recours des personnes morales devant la Cour européenne des droits de l'homme », in Association Henri Capitant, *La personnalité morale*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 101-108.

158. Pour une discussion de cette question classique dans la doctrine universitaire : B. EDELMAN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.*, 2011, n° 13, pp. 897-904 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales : pourquoi ? », *RDLF*, 2011, chron. n° 15 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales : comment ? », *RDLF*, 2011, chron. n° 17 ; X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Les droits fondamentaux des personnes morales : jusqu'où ? », *RDLF*, 2012, chron. n° 1 ; L. DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. Sociétés*, 2006, p. 1 ; V. LECHEVALIER, *La Convention européenne des droits de l'homme et les droits économiques*, thèse, Strasbourg, 2003 ; M.-L. NIBOYET, « De la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme en matière économique », *R.T.D. Civ.*, 1999, p. 351 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 1922.

fût-elle, ne peut à elle seule modifier l'environnement juridique¹⁵⁹. Dans leur volonté de réduire le pouvoir discrétionnaire des autorités de la concurrence, la stratégie des acteurs économiques s'est aussi fondée, pour reprendre le vocable de Didier Danet, sur une série de construction de « procès tests » et de « procès phares »¹⁶⁰. À l'échelle nationale, les acteurs économiques ont, à de multiples occasions, tenté de modifier le droit positif sans succès. Par la suite, ils se sont tournés vers la Cour européenne des droits de l'homme en saisissant les opportunités que présentait la jurisprudence *Ravon*. En ce sens, nombreux sont les acteurs économiques qui ont introduit en droit interne des actions dans le but notamment d'approfondir le standard de protection initié par la Cour de Strasbourg en matière d'étendue du contrôle sur les opérations de visites et saisies ou de délai raisonnable ou de contrôle de l'impartialité par exemple¹⁶¹. Même si la jurisprudence nationale demeure sur ce point contrastée, il reste qu'en se ralliant à l'idée d'un contrôle plus étendu, certains juges favorisent à terme la consécration d'un tel argument par la Cour de cassation¹⁶².

Avec succès, l'usage de l'arrêt *Ravon* a néanmoins servi à des fins de *lobbying* juridique et politique, notamment avec l'adoption de la loi LME. On en veut pour preuve ce rapport du Sénat fait au nom de la Commission d'enquête, « Évasion des capitaux », datant du 17 juillet 2012¹⁶³. Auditionné, M. Bernard Salvat, directeur national des enquêtes fiscales (DNEF), faisait part du sentiment de son administration, secouée par le sinistre juridique provoqué par l'arrêt « *Ravon* » à introduire des procédures judiciaires fiscales : « Cet arrêt avait invalidé notre procédure de visite et de saisie. [...] Pendant près de six mois, il a fallu élaborer un nouveau texte, temps pendant lequel les services de perquisitions étaient restés cantonnés dans leur bureau »¹⁶⁴.

Pour autant, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'a pas rallié dans tous les domaines l'ensemble des juges nationaux, comme en témoigne l'actuel contentieux en matière de perquisitions informatiques. Plus encore, les victoires obtenues par les arrêts *Canal Plus* et *Primagaz* n'ont pas été accompagnées de

159. Il s'agit là d'un débat classique en science politique et plus précisément sur la manière dont il convient d'entendre le rôle politique de la Cour de justice ; par ex. K. ALTER, *The European Court's political Power. Selected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 139-231 ; L. CONANT, *Justice Contained : Law and Politics in the European Union*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 2001.

160. D. DANET, « Procès test et procès phares », in V. DE BEAUFORT et A. MASSON, (dir.), *Lobbying et procès orchestrés*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 111-122.

161. Cass. com., 21 juin 2011, n° 09-67.793 ; Cass. com., 14 février 2012, n°s Z 11-11750 et Z 11-13130, note D. Bosco, CCC, n° 4, avril 2012, comm. 102.

162. CA Metz, 5^e ch., ord., 25 novembre 2011, R.G. n° 10/04248 ; CA Orléans, Prem. Prés. ord., 8 novembre 2011, n°s 11/00290 et 11/00777, note D. Bosco, « Contrôle judiciaire des opérations de visites et saisies et droits fondamentaux : un nouveau front s'ouvre-t-il ? », CCC, n° 3, mars 2012, comm. 72.

163. Rapport n° 673 (2011-2012) de M. Éric BOQUET, fait au nom de la Commission d'enquête Évasion des capitaux, déposé le 17 juillet 2012.

164. *Ibid.*, pp. 404 et 359.

modifications législatives idoines, pas plus que de modifications profondes des modalités de contrôle des juges. La jurisprudence *Ravon* et ses suites, si elle a ébranlé le dispositif des enquêtes de concurrence, ne l'a pas radicalement modifié.

Bien entendu, les stratégies mises en œuvre par les entreprises ne se sont pas limitées à la seule sphère contentieuse¹⁶⁵. Elles se sont accompagnées d'une mobilisation d'une majorité d'acteurs représentatifs à travers notamment des débats sur la réforme de l'ordonnance du 13 novembre 2008, mais aussi d'un certain nombre de « relais » au sein de l'arène politique. Elle a aussi été marquée par un investissement doctrinal massif dont le but a été d'exploiter au maximum la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Il convient de souligner, au crédit de la stratégie des acteurs économiques, l'importance cruciale de la dimension universelle que recouvrent, au sein de l'imaginaire juridique, les droits de l'homme dans un contexte grandissant de « dialogue des juges »¹⁶⁶. Enfin, la rapidité de la modification du droit positif national à la suite de l'arrêt *Ravon* a été grandement tributaire de son objet : les droits de l'homme, qui disposent au sein des médias et de l'opinion publique d'un certain prestige¹⁶⁷. La stratégie que nous venons d'esquisser ne se limite pas au seul droit national. Elle a aussi pour objectif de contraindre à terme l'ordre juridique de l'Union européenne.

B. Les contraintes inhérentes au « dialogue des juges » comme explication aux stratégies visant à remettre en cause le dispositif d'enquête de l'Union

On pourrait à juste titre interroger la pertinence de développements liés au « dialogue des juges » dans cette dernière partie. Il nous a semblé qu'une mise en contexte des stratégies développées en matière d'enquête au regard du « dialogue » entre la Cour de justice et celle de Strasbourg, pourrait permettre de saisir l'une des causes de la naissance de ces stratégies. S'il a permis de restreindre, dans une certaine mesure, les pouvoirs des autorités nationales de la concurrence, le recours à la Convention européenne des droits de l'homme vise, à terme, à infléchir le droit de l'Union européenne. Un certain nombre de prises de position doctrinales concordantes tendent à démontrer que les acteurs

165. Comme l'indiquent certains auteurs, le droit ne peut en effet constituer à lui seul l'élément déterminant d'une stratégie de réforme. Voy. L. CONANT, *Justice Contained : Law and Politics in the European Union*, Ithaca, Cornell Univ. Press, 2002, pp. 15-49.

166. Sur cette question, voy. G. TUSSEAU qui parle d'une « fonction architectonique du discours des droits de l'homme ». G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 212-213.

167. Voy. à cet égard : M. NEVET, « La force symbolique des droits de l'homme », *Droit et Société*, n° 58/2004, pp. 599-631 ; S. HENETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL, *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

économiques cherchent à obtenir de la Cour de justice qu'elle restreigne les pouvoirs de la Commission européenne¹⁶⁸.

En matière d'enquête, il apparaît désormais que le niveau de protection accordé aux entreprises est différent entre le droit de l'Union européenne et le droit de la CESDH, rejoint par les droits nationaux. Certes, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé que « les droits de la défense doivent être respectés dans les procédures administratives susceptibles d'aboutir à des sanctions, il importe d'éviter que ces droits puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de procédures d'enquête préalable qui peuvent avoir un caractère déterminant pour l'établissement de preuves du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité [et que, par conséquent], si certains droits de la défense ne concernent que les procédures contradictoires qui font suite à une communication de griefs, d'autres doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable »¹⁶⁹, pour autant le dispositif communautaire, tel qu'il résulte de l'article 20 du règlement n° 1/2003, ne répond pas en tous points aux exigences du droit conventionnel.

Tout d'abord, et comme nous l'avons relevé, le droit de l'Union européenne ne prévoit la possibilité d'un recours qu'*a posteriori*, une fois l'enquête effectuée. Ensuite, l'étendue du contrôle qu'opère le juge de l'Union sur la procédure d'enquête est en deçà des exigences posées par la Cour de Strasbourg.

Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la faculté pour la Commission d'exiger d'une personne qu'elle coopère aux enquêtes de concurrence¹⁷⁰, et ce, au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁷¹. En effet, selon la

168. On se fonde ici sur les prises de positions prises par le MEDEF, BUSINESS Europe ainsi que certains cabinets d'avocats relatées dans le compte-rendu sur le colloque organisé par la délégation des Barreaux de France. Voy. M. BENICHO, *Les dernières évolutions du droit européen de la concurrence, in Concurrences*, n° 2/2011, pp. 1-10. Dans le même sens : S. WERNICKE, « In Defence of the Rights of Defence : Competition Law Procedure and the Changing Role of the Hearing Officer », *Concurrences*, n° 3/2009, p. 1 ; D. SLATER, S. THOMAS et D. WAELBROECK, « Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a Fair Trial : No Need for Reform ? », GCLC Working Paper, 04/08, <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2004-08.pdf>, consulté le 29 novembre 2012 ; C. SMITS et D. WAELBROECK, « Le droit de la concurrence et les droits fondamentaux », in M. CANDELA SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 135-162 ; D. WAELBROECK, « Twelve Feet all Dangling Down and Six Necks Exceeding Long : The EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », in C. EHLERMANN et I. ATANASIU (dir.), *European Competition Law Annual 2002*, Oxford, Hart, 2004, pp. 465-484 ; E. MORGAN DE RIVERY et E. CHASSAING, « Le respect des droits fondamentaux dans les procédures de concurrence : le point de vue d'un avocat », *RDAE*, n° 1/2011, pp. 181-190.

169. CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission*, aff. C-374/87, *Rec.*, 1989, p. 3283, pt 33.

170. La Cour européenne des droits de l'homme reprend le même raisonnement en assortissant le droit de ne pas s'auto-incriminer d'un certain nombre de garanties qui ne s'étendent pas aux personnes morales : CEDH, 3 mai 2001, *J.B. c. Suisse*, n° 31827/96, pts 63-71.

171. CJCE, 29 juin 2006, *Commission c. SGL Carbon AG*, aff. C-301/04, *Rec.*, 2006, p. I-5915, pt 41.

Cour, une entreprise ne peut se soustraire à une telle obligation lors de la phase d'enquête dans la mesure où il lui est loisible de contester par la suite durant la phase administrative ou devant le juge la légalité la mesure ordonnée.

À l'évidence, il y a, sous-jacente à cette position de la Cour, l'idée selon laquelle les garanties reconnues aux particuliers ne s'appliqueraient pas de la même manière aux personnes morales exerçant des activités économiques. Cette idée qui semble prévaloir depuis l'arrêt *Hoechst* se retrouve dans le raisonnement de l'avocat général Geelhoed présenté lors de l'affaire *SGL Carbon* au sujet du droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁷² : celui-ci considère même qu'une telle distinction se retrouverait dans les arrêts de la Cour européenne ainsi qu'en droit comparé¹⁷³. Il nous semble plutôt que, comme le résume l'avocat général Maduro, l'étendue de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire ne coïncide pas avec celle assurée par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁴.

Un récent arrêt du Tribunal de l'Union semble toutefois traduire l'exercice d'un contrôle des mandats de perquisition émanant de la Commission européenne plus approfondi. Le Tribunal a en effet jugé que la Commission était tenue de limiter l'étendue de ses recherches aux activités de l'entreprise « relatives aux secteurs indiqués dans la décision ordonnant l'inspection »¹⁷⁵ et, prenant implicitement acte de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, qu'il était nécessaire pour la Commission de s'en tenir strictement au champ d'investigation mentionné dans la décision ordonnant l'inspection ; tolérer le contraire serait « incompatible avec la protection de la sphère d'activité privée des personnes juridiques garantie en tant que droit fondamental dans une société démocratique »¹⁷⁶.

Or, si l'on se place à moyen terme dans une perspective d'adhésion de l'Union européenne à la CESDH (article 6, paragraphe 2 TUE)¹⁷⁷, la question

172. Conclusions de l'avocat général Geelhoed sous l'arrêt CJCE, 29 juin 2006, *Commission c. SGL Carbon AG*, aff. C-302/04, *op. cit.*, pts 62-67.

173. Voy. conclusions de l'avocat général Geelhoed, *op. cit.*

174. Conclusions de l'avocat général P. Maduro : CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, aff. C-305/05, *Rec.*, 2007, p. I-5305, pt 40.

175. TPIUE, 14 novembre 2012, *Prysmian SpA c. Commission*, aff. T-140/09, pt 62.

176. TPIUE, 14 novembre 2012, *Prysmian SpA c. Commission*, *op. cit.*, pt 63.

177. La littérature relative à cette question est extrêmement prolifique. On se contentera de renvoyer à : J.-F. AKANDJI-KOMBE, S. LECLERC et M.-J. REDOR, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; P. ALSTON (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; F. SUDRE et H. LABAYLE (dir.), *Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *RUDH*, vol. 12, n° 12, 2000, pp. 57-61 ; G. COHEN-JONATHAN, « L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *JTDE*, 1995, n° 17, pp. 49-53 ; O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, M. DONY et E. BRIBOSIA (dir.), Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 205-256.

de la dualité de standards d'appréciation se pose avec acuité. En effet, il est fort probable que certains acteurs chercheront à tirer profit de cette adhésion future afin de contester d'éventuelles sanctions adoptées par la Commission à leur égard. La multiplicité des systèmes de protection augmente corrélativement le risque de divergences, lesquelles favorisent à leur tour de réelles possibilités de stratégies opportunistes.

Certes, le juge de l'Union a développé une stratégie argumentative pour ne pas appliquer comme telle la jurisprudence de Strasbourg¹⁷⁸. En effet, en rappelant, selon une formule désormais consacrée, que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que, à cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré [parmi lesquels la] CESDH revêt, à cet égard, une signification particulière »¹⁷⁹, la Cour de justice se réapproprie les standards de la Cour de Strasbourg. Dès lors, le juge de l'Union est libre d'attribuer la signification qui lui semble la plus adaptée aux circonstances de la politique de concurrence.

Si, jusqu'à présent, ce mode d'appropriation de droits fondamentaux a été mis en œuvre avec succès, celui-ci risque à terme d'être remis en cause pour plusieurs raisons. La première, bien connue, résulte de l'affaire *Bosphorus*¹⁸⁰. En effet, si dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme pose un principe de « présomption de respect de la Convention » par les actes adoptés sur le fondement du droit de l'Union, d'une protection offerte par le droit de l'Union

178. TPICE, 20 février 2001, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, aff. T-112/98, *Rec.*, 2001, p. II-00729 ; TPICE, 14 mai 1998, *Mayr-Melnhof Kartongesellschaft c. Commission*, aff. T-347/94, *Rec.*, 1998, p. II-1751, pt 311. Cette position a été rapportée dans deux arrêts rendus en grande chambre, CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, *Europe*, n° 4, avril 2013, note D. SIMON, comm. n° 154 ; CJUE, 26 février 2013, Stéphanon Melloni, *Europe*, n° 4, avril 2013, note F. GAZIN, comm. n° 166.

179. CJCE, 14 mai 1974, *Nold KG c. Commission*, aff. C-4/73, *Rec.*, 1974, p. 491 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquettes frères*, aff. C-94/00, *Rec.*, 2002, p. I-9011, pt 23 ; CJCE, 30 mai 2006, *Parlement c. Conseil*, aff. C-317/04, *Rec.*, 2006, p. I-4721.

180. CEDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n° 45036/98 ; voy. en ce sens, F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 827 ; J.-P. JACQUE, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDE*, 2005, pp. 756-767. Raisonnablement que l'on retrouve aussi s'agissant de la Cour de justice dans l'affaire : CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-402/05 et 415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351, note P. CASSIA et F. DONNAT, *RFDA*, 2008, p. 1204 ; note L. IDOT, *RSC*, 2009, p. 197. Pour une discussion du standard de protection équivalente : F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, n° 2/2012, pp. 307-317.

CEDH, Gde ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, n° 45036/98, §§ 155-156 ; voy. aussi : opinion concordante du juge RESS.

considérée comme « équivalente »¹⁸¹, il n'est pas sûr qu'il faille entendre cette présomption comme un blanc-seing accordé au juge de l'Union pour interpréter les dispositions de la CESDH¹⁸². Au contraire, cet arrêt peut être compris comme l'expression de la volonté de la Cour de Strasbourg de participer à l'élaboration d'un système dynamique¹⁸³ dans lequel elle se place hiérarchiquement au-dessus de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. Si ce cas de figure devait se confirmer, cela pourrait favoriser à l'avenir la mise en œuvre de stratégies contentieuses de grande ampleur visant à remettre en cause les prérogatives de la Commission¹⁸⁴.

La seconde raison tient à la difficulté pour le juge national, désormais juge de droit commun de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme, de faire coexister deux standards de protection différents. Le problème s'est posé dans l'affaire *Roquette frères* où l'on a vu poindre l'embarras de la Cour de cassation au travers de la formulation de la question préjudicielle posée à la Cour du Luxembourg. Entre deux standards de protection, que est celui que le juge national est tenu d'appliquer ?

Dans cette affaire, la Cour de cassation semble avoir finalement penché pour le standard de protection le plus élevé et, par la même occasion, étendu l'office du juge national au contrôle de la légalité de la décision prise par la Commission. On sait ce qu'il en advint, puisque la Cour de justice a fermement rappelé que l'interprétation du juge national ne pouvait se substituer à celle du juge communautaire. Le juge national ne peut remettre en cause les nécessités de l'inspection communautaire ; son contrôle se limite à l'examen du caractère arbitraire ou excessif de la mesure d'inspection. D'aucuns n'ont pas manqué de relever les écueils pratiques d'une telle répartition de compétences¹⁸⁵, cette dernière plaçant le juge national dans une situation inconfortable¹⁸⁶.

Si l'on ajoute à cela la porosité de plus en plus grande entre les différents ordres juridiques européens, on trouve les ingrédients nécessaires au développement de contentieux futurs susceptibles, sur le long terme, de remettre

181. *Ibid.*

182. Opinion concordante du juge RESS, *op. cit.*

183. Pour une discussion de ce point : M. TROPER, « Système juridique et État », in *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1994, pp. 161-176.

184. Et ce, même si la Cour européenne des droits de l'homme semble avoir placé son intervention sous le signe de la subsidiarité : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne », *RFDA*, 2006, pp. 566-576.

185. Par ex. M.-E. OPPELT-RENEVEAU, « L'appel des ordonnances du juge des libertés et de la détention en matière de visite et de saisie : une réforme décisive », *RLC*, 2009/21, pp. 169-173.

186. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même a récemment pris soin d'éviter de se prononcer sur le contrôle de conventionnalité opéré par le juge national en droit communautaire au regard de la CEDH : CEDH, 6 octobre 2011, *Soros c. France*, n° 50425/06. Néanmoins, il est possible d'imaginer que la présomption réfragable énoncée dans l'arrêt *Bosphorus* tombe, à l'instar du raisonnement développé dans l'arrêt *Matthew* : CEDH, Gde ch., 18 février 1999, *Matthew c. Royaume-Uni*, n° 24833/94.

en question le dispositif d'enquête de l'Union européenne¹⁸⁷. La jurisprudence récente développée par la Cour de justice autorise désormais à considérer que celle-ci tient compte directement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁸. En effet, la Cour de justice n'hésite pas, hors du droit de la concurrence, à appliquer directement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, cette fois-ci sans passer par le prisme des principes généraux du droit de l'Union¹⁸⁹. À ce titre, la pertinence de la question préjudicielle posée il y a déjà dix ans par la Cour de cassation dans l'affaire *Roquette frères* demeure : est-il possible pour le juge national d'appliquer différemment deux standards de protection alors même qu'il est de jurisprudence constante que le juge national est juge de droit commun du droit de l'Union ?

À l'évidence, la structure indéterminée du droit se prête « naturellement » à l'élaboration de stratégies judiciaires, elle n'est pas la seule cause de la naissance de ces stratégies. On peut en effet considérer, en dépit du fait que la signification d'une norme est le produit d'un acte de volonté, que cette signification doit faire consensus entre un certain nombre d'acteurs. C'est précisément lorsqu'elle ne fait pas consensus que naissent des interprétations concurrentes laissant place à l'élaboration de stratégies. Celles-ci peuvent consister, on l'a vu avec l'usage de l'arrêt *Ravon*, en des stratégies « d'entrepreneuriat judiciaire » visant à faire triompher une interprétation sur une autre ; elles peuvent aussi être facilitées par la divergence des ordres juridictionnels, en l'occurrence celui de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'homme, la différence de standard d'interprétation pouvant ici être utilisée afin de contraindre le juge de droit de l'Union à s'aligner sur le droit de la Convention, et ce, même si cette proposition heurte de front une certaine idée très répandue du « dialogue des juges »¹⁹⁰.

Si l'on refuse d'envisager ce « dialogue » simplement comme un ensemble de rapports pacifiés¹⁹¹ de cultures et de traditions juridiques différentes, mais

187. Par ex. CEDH, Gde ch., 21 janvier 2011, *MSS c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09 ; CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens De Schooten et Rezabek c. Belgique*, n°s 3989/07 et 38353/07 ; CEDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et autres c. Italie*, n° 30765/08.

188. CJCE, 29 juin 2006, *Commission c. SGL Carbon AG*, aff. C-302/04, *Rec.*, 2006, p. I-5915, pt 43.

189. CJCE, 20 mai 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.*, aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, *Rec.*, 2003, p. I-4989.

190. Certains auteurs plaident d'ailleurs à cet égard, pour un dialogue davantage fondé sur l'harmonisation que sur la recherche de standards uniformes : J. CALLEWAERT, « The European Convention on Human Rights and European Union Law : A Long Way to Harmony », *European Human Rights Law Review*, vol. 6, 2009, pp. 768-783.

191. Sur cette question : D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ? », *Pouvoirs*, 2001/1, n° 96, pp. 31-49 ; O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ? », *Pouvoirs*, *op. cit.*, pp. 5-18. On notera en droit administratif français les arrêts suivants : CE, ass. 8 février 2007, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, note M. VERPEAUX, *D.*, 2007, n° 32, pp. 2272-2277 ; note

que l'on considère, au contraire, que ce rapport entre juges demeure aussi un rapport de concurrence, alors il est possible de considérer que les multiples divergences qu'engendre ce « dialogue » profitent aussi aux acteurs qui s'en emparent¹⁹². Or, l'une des conditions optimales d'exercice de cette nouvelle forme de pouvoir judiciaire transnational demeure l'impératif de cohérence¹⁹³. Il est fort à craindre, au nom de cet impératif, que la question de la compatibilité du dispositif d'enquête au regard du droit de l'Union ne ressurgisse. En effet, les contraintes qui s'exercent indirectement sur la politique de concurrence de l'Union résultent précisément d'un contexte normatif pluraliste de plus en plus complexe.

Il faut s'y résoudre : le « dialogue des juges », aussi ordonné qu'il soit ou prétende être¹⁹⁴, ne peut parvenir à résoudre les multiples antinomies entre normes qu'il génère. Les lacunes inévitables qu'il engendre favorisent, ce faisant, l'élaboration de stratégies interprétatives concertées visant à instrumentaliser les normes d'un ordre aux fins de modifier les normes d'un autre ordre. Il n'est dès lors pas étonnant que soit invoqué, au nom de la « cohérence », l'argument fondé sur la nécessité d'une standardisation d'interprétations concurrentes. C'est oublier – ou plutôt feindre d'oublier – que le droit de la concurrence s'est historiquement construit comme un droit économiquement répressif là où le droit de la Convention européenne s'est donné pour mission de promouvoir une certaine idée des droits de l'homme à l'origine conçue au bénéfice de l'individu personne physique¹⁹⁵.

Le programme *Law and Management* ouvre à cet égard des pistes de recherche fructueuses, dans la mesure où, en proposant de mettre l'accent sur les acteurs qui sont à l'origine de stratégies contentieuses de plus en plus transnationales¹⁹⁶, cette approche éclaire d'un jour nouveau la question du « dialogue des juges », laquelle demeure trop prisonnière d'une fascination pour les juges. Il faudrait s'interroger en définitive sur la manière dont les stratégies

A. LEVADE, *RFDA*, n° 3, 2007, pp. 564-577 ; CE, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, note M. GAUTHIER, *DA*, n° 6, 2008, pp. 30-33.

192. *Le dialogue des juges* (Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles), Bruxelles, Bruylant, 2007.

193. Pour une approche critique du dialogue des juges, voy. P. BRUNET, « Les juges européens au pays des valeurs », *La vie des idées*, 9 juin 2009, 13 p. (<http://www.laviedesidees.fr/Les-juges-europeens-au-pays-des.html>)

194. J.-Y. CHÉROT, « Le droit dans un ordre juridique faiblement ordonné. Le cas de l'Union européenne », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 175-184.

195. Pour un point de vue contraire, voy. D. GÉRARD, « Breaking the EU Antitrust Enforcement Deadlock : Re-empowering the Courts ? », *European Law Review*, vol. 36, n° 4, pp. 457-479 ; W. WEISS, « Human Rights and EU Antitrust Enforcement : News from Lisbon », *European Competition Law Review*, 2011, vol. 32, n° 4, pp. 186-195.

196. M. KECK et M. SIKKINK, *Activists beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998 ; P. ALLOT, « The Emerging International Aristocracy », *New York Journal of International Law and Politics*, vol. 35, 2003, pp. 309-338.

des personnes physiques ou morales orientent autant qu'elles conditionnent ce dialogue ainsi que la future configuration de l'ordre juridique européen, qu'elles participent à construire. Rien n'indique à cet égard que l'opposition tant redoutée entre valeurs du marché et droit de l'homme soit aussi tranchée qu'on le croit. On se risquerait même à dire à ce sujet que, loin d'endiguer le néolibéralisme sous-jacent à la politique de concurrence, la Cour de Strasbourg pourrait bien participer à son plein épanouissement. Les droits de l'homme certes ; mais en quel sens¹⁹⁷ ? Telle est en définitive la question.

197. Sur cette question : M.-B. DEMBOURG, *Who Believes in Human Rights ? Reflections on European Convention*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.