

## AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015, p.87

**Conditions de validité d'une décision d'inspection de la Commission européenne et coopération entre autorités de concurrence au sein du Réseau****Arrêt rendu par Tribunal de l'Union européenne****25-11-2014**

n° T-402/13

**Sommaire :**

À la suite d'une plainte déposée le 9 mai 2011 par la société Cogent, l'Autorité française de la concurrence (ci-après l'« Autorité ») a analysé un certain nombre de pratiques de la société Orange dans le secteur de la connectivité Internet et en particulier sa politique de *peering*. Cogent soutenait que ces pratiques étaient constitutives d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce. Suite à la proposition d'Orange d'engagements destinés à répondre aux « préoccupations de concurrence » identifiées, l'Autorité, qui n'a pas alors estimé nécessaire de diligenter une inspection chez cet opérateur, a décidé, par décision du 20 septembre 2012, de clore la procédure en rendant ces engagements obligatoires. Après avoir été confirmée par la cour d'appel de Paris (Paris, 19 déc. 2013, n° 2012/19484, RTD eur. 2014. 474, obs. F. Zampini [📄](#) ; BOCC 4 févr. 2014 ; CCC 2014, n° 48, obs. G. Decocq), la décision n'est, à ce jour, toujours pas devenue définitive en raison d'un pourvoi en cassation toujours pendant.

Quelques mois seulement après la décision de l'Autorité, la Commission européenne s'est saisie des mêmes pratiques et a adressé, le 18 janvier 2012, à Orange des demandes de renseignements afin d'apprécier la légalité de ses pratiques commerciales. Après réception des réponses d'Orange, la Commission a estimé nécessaire de réaliser une inspection qui s'est déroulée du 9 au 13 juillet 2013 sur quatre sites de la société Orange, dont son siège à Paris mais également chez deux autres opérateurs potentiellement dominants sur ce marché, Deutsche Telekom et Telefonica (Les Échos, 12 et 13 juill. 2013, Bruxelles perquisitionne chez les opérateurs télécoms). Au cours de l'inspection chez Orange, dix-huit bureaux ont été visités, onze ordinateurs et cinq smartphones (dont ceux de Stéphane Richard, président-directeur général d'Orange) ont été saisis (Nextinpact, 22 juill. 2013, Stéphane Richard : « Ils ont saisi mes ordinateurs, perquisitionné mon bureau », accessible à l'adresse suivante : <http://www.nextinpact.com/news/81333-stephane-richard-ils-ont-saisi-mes-ordinateurs-perquisitionne-mon-bureau.htm>), une personne a été auditionnée et un nombre significatif de mails ont été saisis.

C'est dans ce contexte qu'Orange a formé un recours devant le Tribunal de l'Union européenne afin de solliciter l'annulation de la décision de la Commission ayant autorisé l'inspection. Ce recours est rejeté, le Tribunal jugeant notamment que : [📄](#)(1)

**Texte intégral :**

« [...] Il appartient à la Commission d'indiquer, avec autant de précision que possible, les présomptions qu'elle entend vérifier, à savoir ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection. Partant, dans les circonstances où le Tribunal estime que les présomptions que la Commission entend vérifier et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection sont définis avec suffisamment de précision, il peut conclure à l'absence de caractère arbitraire d'une décision d'inspection, sans qu'il soit nécessaire de vérifier matériellement la teneur des indices en possession de la Commission à la date d'adoption de celle-ci. Or, force est de constater que tel est le cas s'agissant des décisions attaquées » (pts 90 à 92).

**Demandeur :** Orange**Défendeur :** Commission**Texte(s) appliqué(s) :**

Règlement CE n° 1/2003 du 16-12-2002 - art. 20

**Mots clés :****ENQUETE** \* Inspection \* Commission européenne \* Non bis in idem \* Coopération

(1) Dans son recours, Orange faisait valoir deux moyens d'annulation, tous deux rejetés par le Tribunal, qu'il convient d'analyser successivement.

**Premier moyen d'annulation : la violation des principes de proportionnalité et de bonne administration.** Orange soutenait in substance que, dans la mesure où les pratiques dénoncées par Cogent avaient été considérées comme non constitutives d'abus de position de dominante par l'Autorité, il n'y avait pas lieu d'ordonner, plusieurs mois après la décision de l'Autorité, une inspection lourde. En filigrane, Orange reprochait à la Commission de la poursuivre à nouveau pour des pratiques déjà examinées par une autre autorité de concurrence, ce que le principe *non bis in idem* semble pourtant précisément interdire. Ce moyen fournit au Tribunal l'occasion de rappeler sa jurisprudence classique en la matière. Ainsi, selon le Tribunal, « [l]a Commission ne saurait être liée par une décision rendue par une juridiction nationale ou une autorité nationale en application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et de l'article 102 TFUE » (pt 27). Le tribunal insiste également sur le fait que « [l]es autorités de concurrence des États membres ne sont pas habilitées à prendre des décisions déclarant non responsable une entreprise d'une violation de l'article 101 TFUE ou 102 TFUE » (pt 30). Par ailleurs, Orange soutenait également que, faute d'avoir utilisé la possibilité dont elle disposait au titre de l'article 11, paragraphe 6, du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 de dessaisir l'Autorité de sa compétence pour une affaire donnée, la Commission ne pouvait désormais plus enquêter sur les mêmes pratiques. Relevons que le Tribunal se montre particulièrement cinglant sur ce point, tant à l'égard de l'argumentation développée par Orange qu'à l'égard de la décision adoptée par l'Autorité. Le Tribunal semble vouloir ménager à la Commission la possibilité, à l'issue de son analyse du dossier, d'aboutir à des conclusions différentes de celles de l'Autorité : « [l]'absence d'intervention par la Commission au titre de l'article 11, paragraphe 6, du

règlement 1/2003 ne saurait être considérée comme une acceptation du bien-fondé de la décision de l'Autorité au regard de l'article 102 » (pt 39) et « (...) l'enquête de la Commission se distingue de celle diligentée par l'Autorité essentiellement par ses dimensions géographique et temporelle plus larges » (pt 50). Dernière branche de son argumentation, Orange contestait le caractère nécessaire de l'inspection au motif que le dossier d'instruction de l'Autorité contenait déjà un certain nombre d'éléments portant sur les mêmes pratiques (lesquels avaient été soit fournis par Orange en réponse à des demandes de renseignements, soit par Cogent à l'appui de sa plainte). Le Tribunal semble sensible à cet argument en indiquant qu'il est « [p]our le moins regrettable que la Commission ait, d'emblée, opté pour une mesure d'inspection sans vérifier au préalable les renseignements que l'Autorité avait pu obtenir à l'égard de comportements similaires » (pt 55). Il relativise toutefois immédiatement la sévérité de ce constat en relevant que « [l]'examen du dossier en possession de l'Autorité ne constituait pas une alternative au recours à une mesure d'inspection, dès lors que l'Autorité n'avait conduit aucune inspection dans les locaux de la requérante et que sa décision n'avait donc été prise que sur la seule base d'informations volontairement soumises par elle » (pt 56). Pour le Tribunal, au cas d'espèce, il n'existait pas d'alternative moins contraignante que le recours à une mesure d'inspection (pt 64).

**Deuxième moyen d'annulation : le caractère arbitraire de la décision ayant autorisé l'inspection.** Par ce moyen, Orange invitait le Tribunal à vérifier le caractère « suffisamment sérieux et circonstancié des indices en possession de la Commission antérieurement à l'adoption de la décision d'inspection » (pt 75). Avant de prendre position sur ce point, le Tribunal procède à un certain nombre de rappels de sa jurisprudence, là aussi, classique. Premièrement, « [c]'est seulement après l'envoi de la communication des griefs que l'entreprise concernée peut pleinement se prévaloir de ses droits de la défense (...) si ces droits étaient étendus à la phase précédant l'envoi de la communication des griefs, l'efficacité de l'enquête de la Commission serait compromise, puisque l'entreprise concernée serait, déjà lors de la phase d'instruction préliminaire, en mesure d'identifier les informations qui sont connues de la Commission et, partant, celles qui peuvent encore lui être cachées » (pt 78). Deuxièmement, « [i]l ne saurait être imposé à la Commission d'indiquer, au stade de la phase d'instruction préliminaire, outre les présomptions d'infraction qu'elle entend vérifier, les indices, c'est-à-dire les éléments la conduisant à envisager l'hypothèse d'une violation de l'article 102 TFUE » (pt 81). Une fois ces rappels effectués, le Tribunal développe un syllogisme en trois temps qui peut être résumé comme suit : (i) lorsque les présomptions de violation de règles de concurrence que la Commission entend vérifier par le biais d'une inspection sont « définies avec suffisamment de précision » dans sa décision autorisant l'inspection, le Tribunal peut conclure à l'absence de caractère arbitraire d'une décision d'inspection « sans qu'il soit nécessaire de vérifier matériellement la teneur des indices en possession de la Commission à la date d'adoption de celle-ci » (pt 91), (ii) en l'espèce, la décision de la Commission a défini « la nature des restrictions de concurrence suspectées (...) dans des termes suffisamment précis et détaillés » (pt 92), (iii) dans ces conditions, « [l]e Tribunal est en mesure de conclure à l'absence de caractère arbitraire des décisions attaquées sur la seule base des motifs énoncés dans les décisions attaquées, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'examen des indices en possession de la Commission à la date de leur adoption » (pt 93). Là encore, le moyen d'appel est rejeté.

La Commission européenne va donc désormais pouvoir examiner les éléments saisis et poursuivre son appréciation de la légalité des pratiques commerciales d'Orange. Précisons d'ailleurs que deux autres opérateurs, Deutsche Telekom et Telefonica, font également l'objet d'une enquête de la Commission européenne pour des mêmes pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE et que la Commission pourrait donc souhaiter se placer sur le terrain de l'abus de position dominante collective.

Au total, cet arrêt, qui ne contient rien de véritablement novateur, fournit aux opérateurs un rappel utile des obligations qui incombent à la Commission lorsqu'elle choisit de procéder à une inspection. Il permet également de mieux saisir les contours de la coopération entre autorités de concurrence au sein du Réseau dans le cadre du règlement 1/2003 et les difficultés qu'elle est susceptible d'engendrer.

#### **À retenir**

Au sein du Réseau européen de la concurrence, la Commission conserve la possibilité d'enquêter sur des pratiques qui ont été préalablement examinées par une autorité nationale de concurrence dans le cadre d'une procédure d'engagements. Le fait que la Commission n'a pas estimé nécessaire de dessaisir une autorité nationale de concurrence de l'examen de potentielles pratiques anticoncurrentielles ayant donné lieu à une simple décision d'engagements ne saurait faire obstacle à ce que la Commission examine, à son tour, et éventuellement sanctionne des pratiques en partie similaires au plan temporel et géographique. Si la Commission doit expliciter, dans sa décision, l'objet et le but de l'inspection notamment sur la base des indices dont elle dispose, il ne saurait toutefois lui être imposé, à un stade si préliminaire de l'instruction, de communiquer et de détailler à l'entreprise perquisitionnée les éléments de preuve en sa possession.

Romain Maulin, *Avocat à la Cour*

*L'auteur a été le conseil de la société Cogent devant l'Autorité de la concurrence.*