

ARRÊT DU TRIBUNAL (huitième chambre)

10 avril 2018 (*)

« Recours en annulation – Concurrence – Ententes – Marchés du bioéthanol et de l'éthanol – Procédure administrative – Décision ordonnant une inspection – Pouvoirs de vérification de la Commission – Protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients – Documents échangés à la suite d'une inspection précédente – Refus de la Commission de suspendre les procédures d'infraction en cause – Acte non susceptible de recours – Irrecevabilité »

Dans l'affaire T-274/15,

Alcogroup, établie à Bruxelles (Belgique),

Alcodis, établie à Bruxelles,

représentées par M^{es} P. de Bandt, J. Dewispelaere et J. Probst, avocats,

parties requérantes,

soutenues par

Orde van Vlaamse Balies, établi à Bruxelles, représenté initialement par M^{es} T. Bontinck et P. Goffinet, puis par M^{es} F. Wijckmans, S. Engelen et S. De Keer, avocats,

par

Ordre des barreaux francophones et germanophone, établi à Bruxelles, représenté par M^{es} Bontinck, A. Guillerme et Goffinet, avocats,

et par

Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, établi à Bruxelles, représenté par M^{es} Bontinck, Guillerme et Goffinet, avocats,

parties intervenantes,

contre

Commission européenne, représentée par MM. T. Christoforou, C. Giolito, V. Bottka et F. Jimeno Fernández, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant à l'annulation de la décision C(2015) 1769 final de la Commission, du 12 mars 2015, adressée à Alcogroup ainsi qu'à toutes les sociétés directement ou indirectement contrôlées par elle, y compris Alcodis, relative à une procédure d'application de l'article 20, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil (AT.40244 – Bioethanol), et de la lettre de la Commission du 8 mai

2015 adressée à Alcogroup dans le cadre des enquêtes AT.40244 – Bioethanol et AT.40054 – Oil and Biofuel Markets,

LE TRIBUNAL (huitième chambre),

composé de M. A. M. Collins, président, M^{me} M. Kancheva et M. J. Passer (rapporteur),
juges,

greffier : M^{me} G. Predonzani, administrateur,

vu la phase écrite de la procédure et à la suite de l'audience du 7 décembre 2017,

rend le présent

Arrêt

Faits à l'origine du litige

- 1 Les requérantes, Alcogroup et sa filiale Alcodis, sont actives dans la production, la transformation et la commercialisation d'éthanol utilisé, d'une part, comme additif dans la production de combustibles fossiles ou comme combustible en tant que tel et, d'autre part, comme ingrédient traditionnel dans, par exemple, la production de boissons et la fabrication de produits pharmaceutiques, chimiques et cosmétiques.

Première enquête et première inspection

- 2 À la suite d'une plainte déposée en mars 2013, la Commission européenne a mené, en mai 2013, des inspections dans les locaux de Platts (U.K.) Ltd et dans ceux de certaines entreprises actives dans les secteurs du pétrole brut, des produits pétroliers raffinés et des biocarburants. Platts (U.K.) est une entreprise qui a développé et qui met à disposition du public une méthode d'évaluation des prix de l'éthanol, dénommée « market-on-close ». Ces inspections ont été menées dans le cadre d'une enquête de la Commission qui visait tant le fonctionnement de ladite méthode que d'éventuelles collusions entre entreprises quant à sa manipulation (ci-après la « première enquête »). L'affaire a été enregistrée à la Commission sous la référence AT.40054 – Oil and Biofuel Markets (précédemment OCTOPUS).
- 3 Dans ce contexte, la Commission a pris une décision en date du 29 septembre 2014, ordonnant à Alcogroup ainsi qu'à toutes les entreprises qu'elle contrôle directement ou indirectement, dont Alcodis, de se soumettre à une inspection en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1). L'inspection a eu lieu dans les locaux communs des requérantes du 7 au 10 octobre 2014. Quinze fonctionnaires ont été mandatés par la Commission pour effectuer cette inspection, assistés de représentants de l'autorité belge de la concurrence, et les requérantes ont sollicité l'assistance de leurs avocats.
- 4 Après la première inspection, de nombreux documents et courriels ont été élaborés et échangés entre les requérantes et leurs avocats en vue de leur défense. Selon les requérantes, pour indiquer clairement que ces documents et ces courriels étaient couverts par le secret professionnel des avocats, chaque échange portait en principe la mention « legally privileged » (protégé par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client) dans le titre ou était classé dans un dossier intitulé « Legally privileged ».

Seconde enquête et seconde inspection

- 5 En parallèle de la première enquête, la Commission a entamé l'enquête AT.40244 – Bioethanol (précédemment AQUAVIT), relative à d'éventuels accords ou d'éventuelles pratiques concertées ayant pour objectif de coordonner le comportement des entreprises actives dans le secteur de la commercialisation du bioéthanol dans l'espace économique européen (EEE), le partage de marchés et de clients et les échanges d'informations (ci-après la « seconde enquête »).
- 6 Dans le cadre de la seconde enquête, la Commission a adopté la décision C(2015) 1769 final, du 12 mars 2015, adressée à Alcogroup ainsi qu'à toutes les sociétés directement ou indirectement contrôlées par elle, y compris Alcodis, relative à une procédure d'application de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 (AT.40244 – Bioethanol) (ci-après la « seconde décision d'inspection »).
- 7 Le 16 mars 2015, la Commission a mandaté huit fonctionnaires pour effectuer la seconde inspection dans les locaux des requérantes. Parmi ces fonctionnaires, un seul faisait partie du groupe d'inspecteurs mandatés pour effectuer la première inspection. En outre, deux agents de l'autorité belge de la concurrence qui avaient assisté à la première inspection ont également participé à la seconde. Enfin, M^{es} P. B. et L. B. (ci-après, pris ensemble, les « conseils des requérantes ») ont assisté à la seconde inspection.
- 8 La seconde inspection s'est déroulée pendant quatre jours, à savoir du mardi 24 au vendredi 27 mars 2015.

Premier jour de la seconde inspection (24 mars 2015)

- 9 Les conseils des requérantes ont formulé, dès le premier jour de la seconde inspection, une demande de principe à la Commission, qui visait à ce que la confidentialité des documents de défense établis à la suite de la première inspection soit respectée.
- 10 Les parties divergent sur les moyens qui auraient été demandés par les requérantes et acceptés en principe par la Commission pour assurer cette confidentialité ainsi que sur le déroulement concret du premier jour de cette inspection.
- 11 En tout état de cause, il n'est pas contesté que les enquêteurs de la Commission ont effectué des recherches informatiques visant à identifier les documents potentiellement intéressants aux fins de la seconde enquête. Ils ont examiné les serveurs, les disques durs et les outils électroniques de certaines personnes jouant un rôle important chez les requérantes. Avant la vérification individuelle des documents, les enquêteurs ont copié les documents identifiés sur des ordinateurs de la Commission sur place en utilisant le logiciel informatique d'investigation numérique dénommé « Nuix », qui permet l'indexation et la recherche par mots clés spécifiques.

Deuxième jour de la seconde inspection (25 mars 2015)

- 12 Le 25 mars 2015, les enquêteurs ont commencé l'analyse individuelle des documents copiés sur les ordinateurs de la Commission.
- 13 À la fin de ce jour, les enquêteurs de la Commission ont enregistré sur une clé USB une liste de 59 séries de documents « à exporter ».
- 14 Il s'est avéré que cinq courriels parmi les 59 séries de documents portaient, dans leur objet ou leur titre, la mention « legally privileged ».

- 15 À la lecture de la liste des documents « à exporter » sur la clé USB, les conseils des requérantes se sont opposés à la saisie de ces courriels et de leurs pièces jointes, ce qui a été accepté par la Commission. Ces documents n'ont donc pas été ajoutés au dossier de la Commission.

Troisième jour de la seconde inspection (26 mars 2015)

- 16 Le troisième jour de l'inspection, la Commission a indiqué aux requérantes que, lorsqu'un seul document comportait la mention « à exporter », le logiciel Nux prenait par défaut l'ensemble des documents liés, qualifié d'« arbre de la famille entier », et non uniquement l'élément individuel marqué pour exportation. Cela expliquerait pourquoi les cinq courriels « potentiellement protégés » par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client, décrits au point 14 ci-dessus, sont apparus dans la liste de documents « à exporter », donnant l'impression que tous les documents avaient été marqués pour exportation.
- 17 Par ailleurs, les enquêteurs ont exclu des données copiées sur les ordinateurs de la Commission et soumises aux recherches par mots clés les documents portant la mention « legally privileged ». Ils les ont mis directement dans un dossier informatique séparé en vue de leur examen individuel par un enquêteur en présence d'un conseil des requérantes. C'est ainsi que 22 000 documents portant les termes « legally privileged » ont été séparés. Lors de cette vérification individuelle, les conseils des requérantes ont pris soin de masquer la barre de lecture du logiciel Nux.
- 18 Il ressort du procès-verbal d'inspection relatif aux documents pour lesquels la confidentialité est invoquée qu'un document a été mis sous scellés le 26 mars 2015. Il s'agit de la convention conclue entre L., une société créée par M^e L. B., et Alcogroup. La Commission souhaitait vérifier si M^e L. B. avait le statut d'avocat indépendant au sens de la jurisprudence du juge de l'Union européenne et les requérantes ont invoqué le fait que cette convention était protégée elle-même par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client.

Quatrième et dernier jour de la seconde inspection (27 mars 2015)

- 19 La méthode décrite au point 17 ci-dessus, considérée trop fastidieuse par la Commission, a été abandonnée vers la fin de la matinée de la quatrième journée d'inspection.
- 20 Finalement, la Commission aurait été autorisée à regarder rapidement les documents contenant la référence « legally privileged », après exclusion des documents postérieurs au 7 octobre 2014, date du début de la première inspection. Dans le cadre de cet ajustement, la Commission aurait accepté de ne pas examiner, même de manière sommaire, un certain nombre de documents à la suite des explications fournies par les conseils des requérantes.
- 21 En dépit du fait que la liste des documents à examiner a été expurgée des documents portant la mention « legally privileged », les requérantes ont relevé, parmi la liste de documents « à exporter » établie par les enquêteurs le 27 mars 2015, un document qu'elles ont considéré comme étant protégé par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client.
- 22 À la suite de l'opposition des requérantes à la saisie dudit document, les enquêteurs ont accepté de le supprimer de la liste des documents « à exporter ».

Développements postérieurs à la seconde inspection

- 23 Par courrier daté du 16 avril 2015, la Commission a retourné dans son enveloppe scellée la convention conclue entre L., créée par M^e L. B., et Alcogroup, arguant que le document n'était pas pertinent pour l'enquête.
- 24 Par courrier du 21 avril 2015 adressé à la Commission, les requérantes ont soutenu que la consultation lors de la seconde inspection d'un grand nombre de documents qui avaient été établis en vue de leur défense dans le cadre de la première inspection constituait une violation du droit à un procès équitable et du droit fondamental à l'inviolabilité du domicile ainsi que des principes de bonne administration et de protection de la confiance légitime. Ces violations auraient vicié tant la première que la seconde enquête, de telle sorte que la Commission aurait dû confirmer « la suspension immédiate de tou[t] acte d'enquête ou autre qui [aurait été] posé par les services de la Commission à [leur] égard [...] dans le cadre des procédures AT.40244 (AQUAVIT) et AT.40054 (OCTOPUS) ».
- 25 Dans sa réponse du 8 mai 2015, la Commission a rejeté la demande de suspendre tout acte d'enquête à l'égard des requérantes dans les deux procédures concernées (ci-après la « lettre du 8 mai 2015 »). Par la lettre du 8 mai 2015, la Commission a contesté toute violation des droits des requérantes dans chacune des deux procédures, en soutenant notamment que le marquage des documents ne valait pas nécessairement prise de connaissance de ceux-ci et que les allégations des requérantes selon lesquelles l'équipe d'inspecteurs avait délibérément sélectionné et analysé des documents couverts par le secret professionnel étaient absolument infondées. Selon la Commission, il n'y avait dès lors aucune raison de suspendre les deux enquêtes en cours.
- 26 Le 29 septembre 2015, le directeur général du service juridique de la Commission a adressé une lettre au bâtonnier de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles (Belgique) faisant état d'indices qui mèneraient à la conclusion que M^e L. B. serait en réalité une juriste d'entreprise interne au groupe Alcogroup, et non une avocate indépendante, et lui demandant de lui faire part de toute observation utile permettant de clarifier la nature exacte du statut professionnel de M^e L. B.
- 27 La seconde enquête, ayant donné lieu à la seconde inspection, a été close le 7 avril 2017.

Procédure et conclusions des parties

- 28 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 29 mai 2015, les requérantes ont introduit le présent recours.
- 29 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le même jour, les requérantes ont introduit une demande en référé visant, d'une part, à ce que la seconde décision d'inspection et la lettre du 8 mai 2015 soient suspendues et, d'autre part, à ce que la Commission suspende tout acte d'enquête ou autre les concernant dans le cadre des deux enquêtes.
- 30 La demande en référé a été déclarée irrecevable par ordonnance du 16 juin 2015, Alcogroup et Alcodis/Commission (T-274/15 R, non publiée, EU:T:2015:389). Les dépens ont été réservés.
- 31 Les requérantes ont introduit un pourvoi devant la Cour à l'encontre de l'ordonnance du 16 juin 2015, Alcogroup et Alcodis/Commission (T-274/15 R, non publiée, EU:T:2015:389). Ce pourvoi a été rejeté par ordonnance du 17 septembre 2015, Alcogroup et Alcodis/Commission [C-386/15 P(R), EU:C:2015:623].

- 32 L'Orde van Vlaamse Balies, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone ainsi que l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles (ci-après, pris ensemble, les « intervenants ») ont demandé à intervenir dans la présente procédure au soutien des conclusions des requérantes par actes déposés au greffe du Tribunal le 14 octobre 2015.
- 33 Par acte déposé le 12 novembre 2015, la Commission a demandé au Tribunal de rejeter les demandes d'intervention.
- 34 Par ordonnance du 28 janvier 2016, Alcogroup et Alcodis/Commission (T-274/15, non publiée, EU:T:2016:97), le président de la septième chambre du Tribunal a admis les interventions.
- 35 La composition des chambres ayant été modifiée, la présente affaire a été attribuée à la huitième chambre, dans laquelle un nouveau juge rapporteur a été désigné.
- 36 Sur proposition du juge rapporteur, le Tribunal (huitième chambre) a décidé d'ouvrir la phase orale de la procédure et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 89 du règlement de procédure, d'une part, a posé des questions aux requérantes et à la Commission en vue de clarifier les faits afférents à la présente affaire et, d'autre part, a invité les requérantes à produire les courriels mentionnés au point 14 ci-dessus et à justifier document par document de leur protection.
- 37 Les requérantes ont expliqué que, outre les cinq documents exclus par la Commission de la liste d'exportation établie le deuxième jour de l'inspection, un sixième document avait été exclu le quatrième jour de l'inspection. Elles ont produit une version non confidentielle des six documents le 14 juillet 2017, mais elles ont refusé de produire une version confidentielle de ces documents en invoquant la protection des correspondances entre l'avocat et son client.
- 38 En application de l'article 91, sous b), de l'article 92, paragraphe 3, et de l'article 103 du règlement de procédure, le Tribunal a adopté une mesure d'instruction par ordonnance du 18 septembre 2017, ordonnant aux requérantes de produire les courriels mentionnés aux points 14 et 22 ci-dessus. Le Tribunal a précisé que ces documents ne seraient pas communiqués à la Commission et aux intervenants à ce stade.
- 39 Les requérantes ont produit lesdits courriels le 25 septembre 2017.
- 40 La Commission n'a pas été invitée à consulter ces documents, qui ont été retirés du dossier par décision du Tribunal du 13 novembre 2017.
- 41 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience du 7 décembre 2017.
- 42 Les requérantes concluent, en substance, à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la seconde décision d'inspection et la décision contenue dans la lettre du 8 mai 2015 (ci-après les « décisions attaquées ») ;
 - condamner la Commission aux dépens.
- 43 La Commission conclut, en substance, à ce qu'il plaise au Tribunal :
- déclarer qu'il n'y a plus lieu de statuer ;
 - rejeter le recours comme irrecevable ;

- à titre subsidiaire, rejeter le recours dans son entièreté comme étant non fondé ;
- condamner les requérantes aux dépens de la présente instance et à ceux encourus dans la procédure de référé.

44 Les intervenants concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :

- annuler les décisions attaquées ;
- condamner la Commission aux dépens, y compris les dépens qu'ils ont exposés.

En droit

45 Les requérantes ont avancé un moyen unique pour demander l'annulation des décisions attaquées. Ce moyen unique est tiré du fait que, en adoptant les décisions attaquées, la Commission a violé leurs droits de la défense, leur droit à l'inviolabilité du domicile et les principes de bonne administration et de proportionnalité.

46 Ce moyen unique est divisé en deux branches :

- la première branche, fondée sur l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et sur l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tirée d'une violation du droit à un procès équitable, est subdivisée en deux sous-branches, tirées de la violation, d'une part, des droits de la défense des requérantes et du principe de proportionnalité et, d'autre part, du devoir d'enquête impartiale et du principe de bonne administration ;
- la seconde branche, fondée sur l'article 7 de la charte des droits fondamentaux et sur l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, est tirée d'une violation du droit à l'inviolabilité du domicile.

47 La Commission soutient qu'il n'y a plus lieu de statuer sur le présent recours, qui a perdu son objet à la suite de l'adoption, le 7 avril 2017, de la décision de clôture relative à la seconde enquête. La Commission considère en outre que le présent recours est irrecevable et, en tout état de cause, non fondé.

48 Il convient d'examiner d'abord la recevabilité de certains éléments de preuve invoqués par les requérantes postérieurement à la clôture de la phase écrite de la procédure, puis la recevabilité du recours.

Sur la recevabilité de certains éléments de preuve

49 Par mesures d'organisation de la procédure du 15 juin 2017, le Tribunal a notamment invité les requérantes à indiquer si elles avaient gardé en l'état la clé USB sur laquelle la Commission avait enregistré la liste d'exportation du deuxième jour de l'inspection, mentionnée au point 13 ci-dessus.

50 En réponse à cette question, les requérantes ont précisé le 14 juillet 2017 avoir retrouvé non seulement ladite clé USB, mais également une seconde clé USB. Cette dernière contiendrait une copie de l'ensemble des documents qui auraient été consultés par les enquêteurs de la Commission le deuxième jour de la seconde inspection, que ces derniers auraient classés dans les catégories « to be checked » (à contrôler), « external lawyer » (avocat extérieur) ou

« not relevant » (non pertinent), ainsi que les listes de ces documents établies par lesdits enquêteurs.

- 51 Selon les requérantes, la seconde clé USB confirme la consultation par les enquêteurs de la Commission de leur dossier de défense d'une manière encore plus approfondie que ce qui avait déjà été établi dans la requête et dans la réplique.
- 52 La Commission conteste l'argumentation des requérantes.
- 53 Il convient de rappeler que, selon l'article 85, paragraphes 1 et 3, du règlement de procédure, les preuves sont présentées dans le cadre du premier échange de mémoires, les parties principales pouvant encore, à titre exceptionnel, produire des preuves avant la clôture de la phase orale de la procédure, à condition que le retard dans la présentation de celles-ci soit justifié.
- 54 En l'espèce, les requérantes ont évoqué pour la première fois dans leur lettre du 14 juillet 2017, après la clôture de la phase écrite de la procédure, les éléments de preuve visés au point 50 ci-dessus, sans avoir fourni la moindre explication pour ce retard.
- 55 Il s'ensuit que ces éléments de preuve doivent être déclarés irrecevables, indépendamment du fait qu'ils ne sauraient, en tout état de cause, affecter l'examen de la recevabilité du recours en tant que tel.

Sur la recevabilité du recours

- 56 Sans soulever formellement une exception d'irrecevabilité, la Commission conteste dans le mémoire en défense la recevabilité du recours dans son ensemble, en ce qu'il tend tant à l'annulation de la seconde décision d'inspection qu'à celle de la décision contenue dans la lettre du 8 mai 2015.

Sur la demande d'annulation de la seconde décision d'inspection

- 57 Les requérantes considèrent que leur recours, en ce qu'il est introduit contre la seconde décision d'inspection, est recevable sur la base de deux arguments.
- 58 D'une part, elles estiment que la mise en œuvre d'une décision d'inspection peut affecter la légalité des décisions d'inspection adoptées à l'égard de la même entreprise et se réfèrent à cet égard à l'arrêt du 18 juin 2015, *Deutsche Bahn e.a./Commission* (C-583/13 P, EU:C:2015:404, points 63 et suivants).
- 59 D'autre part, les requérantes font valoir que leur recours est également dirigé contre le contenu de la seconde décision d'inspection, en ce que cette décision aurait dû prévoir des mesures de précaution afin d'éviter la prise de connaissance par la Commission des documents qu'elles avaient établis afin d'assurer leur défense dans le cadre de la première enquête. En effet, les requérantes font observer que le risque que les enquêteurs trouvent, dans le cadre de la seconde inspection, les documents de défense liés à la première enquête était élevé dès lors que les deux procédures étaient intimement liées. Elles relèvent que leur objet était très proche, dès lors que les deux inspections avaient ciblé les mêmes membres de leur personnel et du personnel des entreprises leur fournissant des services, que trois mêmes personnes avaient participé aux deux inspections (à savoir deux membres de l'autorité belge de la concurrence et un membre de l'équipe technique de la Commission) et que les deux décisions d'inspection avaient été signées par les mêmes personnes.

- 60 La Commission conteste ces arguments.

- 61 Il ressort d'une jurisprudence constante que des actes postérieurs à l'adoption d'une décision ne peuvent pas affecter la validité de celle-ci (arrêts du 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, EU:C:1983:310, point 16, et du 17 octobre 1989, Dow Chemical Ibérica e.a./Commission, 97/87 à 99/87, EU:C:1989:380, point 35). La légalité de l'acte doit être appréciée au regard des éléments de droit et de fait existant au moment où cette décision a été adoptée. Il ressort également d'une jurisprudence constante que, dans le cadre d'une enquête relative à la violation des règles de concurrence, une entreprise ne saurait se prévaloir de l'illégalité dont serait entaché le déroulement de procédures d'inspection au soutien de conclusions en annulation dirigées contre l'acte sur le fondement duquel la Commission a procédé à cette inspection. Dès lors, l'utilisation qui aurait été faite d'une décision ordonnant une inspection est sans incidence sur la légalité de la décision ordonnant l'inspection (voir arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission, T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287, point 55 et jurisprudence citée).
- 62 Par conséquent, les griefs soulevés à l'égard du déroulement de l'inspection sont sans incidence sur la demande d'annulation de la seconde décision d'inspection.
- 63 En ce qui concerne l'argument des requérantes tiré de l'arrêt du 18 juin 2015, Deutsche Bahn e.a./Commission (C-583/13 P, EU:C:2015:404, points 63 et suivants), il convient de noter que, dans cette affaire, la Cour a estimé que le déroulement de la première inspection avait été entaché d'irrégularités dans la mesure où les agents de la Commission, étant préalablement en possession d'éléments d'information étrangers à l'objet de ladite inspection, avaient procédé à la saisie de documents sortant du champ d'inspection tel qu'il avait été délimité par la première décision d'inspection en cause. Prenant en considération le fait que les informations illégalement récoltées lors de la première inspection avaient fondé les deuxième et troisième décisions d'inspection, la Cour a par conséquent annulé ces dernières, mais non la première décision d'inspection. Il peut donc être déduit de l'arrêt du 18 juin 2015, Deutsche Bahn e.a./Commission (C-583/13 P, EU:C:2015:404), que le déroulement irrégulier d'une inspection est susceptible de remettre en cause la validité des décisions d'inspection ultérieures qui sont prises sur la base d'informations illégalement récoltées lors d'une inspection précédente au déroulement irrégulier. Toutefois, il ne peut pas être déduit de l'arrêt du 18 juin 2015, Deutsche Bahn e.a./Commission (C-583/13 P, EU:C:2015:404), que le déroulement illégal d'une inspection soit de nature à remettre en cause à lui seul la validité de la décision ayant autorisé la même inspection.
- 64 En ce qui concerne le second argument invoqué par les requérantes, à savoir le manque de mesures de précaution prévues par la seconde décision d'inspection, il y a lieu de relever que les violations alléguées par les requérantes ne découlent pas directement du défaut de mesures de précaution spécifiées dans la seconde décision d'inspection, mais du déroulement de l'inspection, qui est sans incidence sur la demande d'annulation de la seconde décision d'inspection, comme cela est indiqué aux points 61 et 62 ci-dessus. En tout état de cause, des limites sont imposées à la Commission lors du déroulement de toute inspection (arrêt du 6 septembre 2013, Deutsche Bahn e.a./Commission, T-289/11, T-290/11 et T-521/11, EU:T:2013:404, point 79) de telle sorte que le respect des droits allégués par les requérantes doit être assuré en toute hypothèse. De surcroît, les requérantes n'identifient aucune règle concrète établissant l'obligation juridique pour la Commission d'inclure des mesures de précaution spécifiques dans la décision d'inspection relatives à la protection des documents couverts par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client.
- 65 Dès lors, il y a lieu de constater que la seconde décision d'inspection n'a pas produit les effets juridiques allégués par les requérantes dans le cadre de leur recours. Par suite, il

convient de conclure que la demande d'annulation de la seconde décision d'inspection est irrecevable.

Sur la demande d'annulation de la lettre du 8 mai 2015

- 66 La Commission « émet des doutes » sur la recevabilité du recours, en ce qu'il a été introduit contre la lettre du 8 mai 2015, dont les requérantes sont destinataires.
- 67 En effet, la Commission fait valoir qu'une simple lettre informant les requérantes de son refus de suspendre les enquêtes en cours ne fait pas partie de la typologie des actes distincts et attaquables visés dans l'arrêt du 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission* (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287). Elle rappelle également que, au point 18 de l'ordonnance du 16 juin 2015, *Alcogroup et Alcodis/Commission* (T-274/15 R, non publiée, EU:T:2015:389), confirmée sous pourvoi, le président du Tribunal a indiqué qu'une décision administrative négative ne saurait, en principe, faire l'objet d'un sursis à exécution, dès lors que l'octroi d'un tel sursis n'aurait pas pour effet de modifier la situation de la partie qui l'a demandé et serait dénué d'utilité pratique.
- 68 Les requérantes soutiennent que les critères de recevabilité relatifs aux demandes de sursis à exécution ne sont pas applicables aux recours en annulation. Par ailleurs, la situation dans la présente affaire présenterait de nombreuses similitudes avec celle qui a donné lieu à l'arrêt du 17 septembre 2007, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission* (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287), confirmé par l'arrêt du 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission e.a.* (C-550/07 P, EU:C:2010:512), de telle sorte que les principes posés dans cet arrêt seraient transposables.
- 69 Selon les requérantes, la lettre du 8 mai 2015 est un acte attaquant au motif que la Commission n'a pas respecté l'accord établi au début de la seconde inspection. Il aurait été convenu avec la Commission que tout courriel ou document portant comme titre ou mention « *legally privileged* » serait immédiatement écarté sans être regardé par les enquêteurs et ferait l'objet d'un examen commun avec les conseils des requérantes. N'ayant pas respecté cet accord, la Commission aurait pris de facto une décision tacite de rejet de leur demande de protection du caractère confidentiel des documents de défense et la lettre du 8 mai 2015 devrait être considérée comme une décision formelle mettant fin à la procédure spéciale distincte relative à la protection des documents couverts par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client.
- 70 La Commission conteste ces arguments.
- 71 Il y a lieu de vérifier la réunion des conditions de recevabilité d'un recours en annulation au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Tout d'abord, il convient de rappeler qu'Alcogroup était destinataire de la lettre du 8 mai 2015, ce qui n'est pas contesté par la Commission.
- 72 Or, il a été jugé que toute lettre d'une institution de l'Union envoyée en réponse à une demande formulée par son destinataire ne constituait pas un acte susceptible de faire l'objet d'un recours au titre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE (arrêt du 26 octobre 2017, *Global Steel Wire e.a./Commission*, C-454/16 P à C-456/16 P et C-458/16 P, non publié, EU:C:2017:818, point 30).
- 73 En ce qui concerne la condition relative à l'existence d'un acte attaquant, selon une jurisprudence constante, ne constituent des actes ou des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, au sens de l'article 263 TFUE, que les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de la partie

requérante en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celle-ci (arrêt du 14 novembre 2012, Nexans France et Nexans/Commission, T-135/09, EU:T:2012:596, point 115 et jurisprudence citée ; voir également, en ce sens, arrêt du 5 octobre 1999, Pays-Bas/Commission, C-308/95, EU:C:1999:477, points 26 à 30). Pour déterminer si un acte ou une décision produit de tels effets, il y a lieu de s'attacher à sa substance (arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, EU:C:1981:264, point 9).

- 74 S'agissant, plus particulièrement, d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment aux termes d'une procédure interne, il résulte d'une jurisprudence constante que, en principe, ne constituent des actes attaquables que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution concernée au terme de la procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale (arrêt du 22 juin 2000, Pays-Bas/Commission, C-147/96, EU:C:2000:335, point 26 ; ordonnance du 2 juin 2004, Pfizer/Commission, T-123/03, EU:T:2004:167, point 22, et arrêt du 14 décembre 2006, Allemagne/Commission, T-314/04 et T-414/04, non publié, EU:T:2006:399, point 38). Il n'en serait autrement que si des actes ou des décisions pris au cours de la procédure préparatoire non seulement réunissaient les caractéristiques juridiques décrites ci-dessus, mais constituaient eux-mêmes le terme ultime d'une procédure spéciale distincte de celle qui doit permettre à l'institution de statuer sur le fond (arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, EU:C:1981:264, point 11).
- 75 Si des mesures de nature purement préparatoire ne peuvent en tant que telles faire l'objet d'un recours en annulation, les illégalités éventuelles qui les entachent peuvent être invoquées à l'appui du recours dirigé contre l'acte définitif dont elles constituent un stade d'élaboration (arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, EU:C:1981:264, point 12).
- 76 Lorsque l'acte attaqué revêt un caractère négatif, il doit être apprécié en fonction de la nature de la demande à laquelle il constitue une réponse (arrêt du 8 mars 1972, Nordgetreide/Commission, 42/71, EU:C:1972:16, point 5, et ordonnance du 13 novembre 1995, Dumez/Commission, T-126/95, EU:T:1995:189, point 34). Selon ce raisonnement, un refus est un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 263 TFUE lorsque l'acte que l'institution refuse de prendre aurait pu être attaqué en vertu de cette disposition. En particulier, le refus opposé par une institution de l'Union de procéder au retrait ou à la modification d'un acte ne saurait constituer lui-même un acte dont la légalité peut être contrôlée, conformément à l'article 263 TFUE, que lorsque l'acte que l'institution de l'Union refuse de retirer ou de modifier aurait pu lui-même être attaqué en vertu de cette disposition (voir ordonnance du 13 juillet 2004, Comunidad Autónoma de Andalucía/Commission, T-29/03, EU:T:2004:235, point 30 et jurisprudence citée).
- 77 À la lumière des considérations qui précèdent, il y a lieu de relever que, par la lettre du 21 avril 2015, les requérantes ont demandé à la Commission la suspension immédiate de tout acte d'enquête concernant les deux enquêtes en cours à l'époque, à savoir la première et la seconde enquête, en raison de la prétendue violation de la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client lors de la seconde inspection.
- 78 Même si selon son sens usuel le terme « suspension » implique l'interruption provisoire d'un délai ou d'une procédure, il ressort de la lettre du 21 avril 2015, aux termes de laquelle les requérantes considèrent que les deux enquêtes sont irrémédiablement viciées par les illégalités alléguées lors de la seconde inspection, et des explications fournies par les requérantes lors de l'audience que leur demande de suspension doit être interprétée comme visant à obtenir une décision définitive de clôture des procédures d'enquête à leur égard.

- 79 Dès lors, la lettre du 8 mai 2015 doit être analysée comme un refus d'interrompre définitivement les actes d'enquête à l'égard des requérantes.
- 80 Ce refus ne peut pas être considéré comme le stade ultime de la procédure administrative à l'encontre des requérantes, mais, au contraire, n'est qu'un acte préliminaire laissant penser que les procédures d'enquête suivront leur cours et qu'un acte final sera adopté, qui fixera définitivement la position de la Commission et sera susceptible éventuellement de recours en annulation par les requérantes ou par un tiers, selon son contenu.
- 81 À cet égard, il convient de rappeler que la Cour a rejeté comme irrecevable un recours dirigé contre le refus par la Commission de mettre fin à une procédure administrative pour violation du droit de la concurrence, et donc contre la décision de continuer ladite procédure (arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission, 60/81, EU:C:1981:264, points 3, 22 et 23). Dès lors, admettre que le refus de mettre fin à des procédures d'enquête en droit de la concurrence est attaquant par les entreprises visées permettrait de contourner la jurisprudence sur les actes préliminaires ou intermédiaires issue des arrêts du 11 novembre 1981, IBM/Commission (60/81, EU:C:1981:264), et du 14 novembre 2012, Nexans France et Nexans/Commission (T-135/09, EU:T:2012:596). En effet, dans cette hypothèse, toute entreprise ayant subi une inspection pourrait demander à tout moment l'arrêt définitif des procédures d'enquête contre elle, puis attaquer le refus de la Commission.
- 82 Partant, la demande d'annulation de la lettre du 8 mai 2015 refusant la suspension ou la clôture de la première et de la seconde enquête doit être rejetée comme irrecevable.
- 83 Il convient d'examiner les autres arguments des requérantes visant à considérer que la lettre du 8 mai 2015 constitue en substance un refus d'accorder la protection conférée par le droit de l'Union à la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client, établie par les arrêts du 18 mai 1982, AM & S Europe/Commission (155/79, EU:C:1982:157), et du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287). Plus généralement, les requérantes considèrent que la situation dans la présente affaire présente de nombreuses similitudes avec celle qui était en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287), de telle sorte que les principes posés dans ce dernier seraient transposables au cas d'espèce.
- 84 Comme cela est indiqué au point 69 ci-dessus, les requérantes estiment que la lettre du 8 mai 2015 est un acte attaquant au motif qu'il s'agit d'une décision formelle mettant fin à la procédure spéciale distincte relative à la protection des documents couverts par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client et affectant donc immédiatement et de manière irréversible leur situation juridique.
- 85 Par ailleurs, selon les requérantes, la garantie d'une protection juridictionnelle effective nécessite de pouvoir introduire un recours contre la violation alléguée de leurs droits avant l'adoption d'une décision finale constatant une infraction dans l'une ou l'ensemble des procédures, si tant est qu'il y en ait.
- 86 Force est de constater que, comme le souligne la Commission, la lettre du 8 mai 2015 diffère de la décision du 8 mai 2003 dont l'annulation avait été demandée dans le recours examiné par le Tribunal dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287). Dans cette affaire, l'acte matériel de saisie et d'inclusion dans le dossier de la Commission de certains documents qui avaient été saisis dans le cadre d'une vérification, sans avoir été isolés dans une enveloppe scellée, avait été matérialisé ultérieurement par une décision formelle mettant fin à la procédure spéciale distincte relative à la protection des

documents couverts par la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client et affectait donc immédiatement et de manière irréversible la situation juridique des parties requérantes. L'article 1^{er} de la décision du 8 mai 2003 indiquait que la demande du 17 février 2003, effectuée par Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd, de restituer à leurs conseils juridiques deux séries de documents, qui avaient été copiés par des fonctionnaires de la Commission au cours des vérifications effectuées par celle-ci les 12 et 13 février 2003 dans les locaux d'Akros Chemicals, ou de confirmer par écrit la destruction de toutes les copies pouvant être en possession des services de la Commission, non lues, était rejetée.

- 87 En l'espèce, dans la lettre du 8 mai 2015, la Commission ne se prononce pas sur la question de savoir si les documents en cause sont couverts ou non par le secret professionnel. Tout au plus, la lettre du 8 mai 2015 confirme aux requérantes que les documents n'ont pas été lus par la Commission. La Commission indique qu'il n'y a pas eu de violation du droit de l'Union et qu'elle n'est donc pas en mesure d'accepter la suspension des enquêtes. Il convient par ailleurs de rappeler que la Commission n'a pas saisi matériellement ces documents et ne les a pas ajoutés à son dossier, à l'exception du document mentionné au point 18 ci-dessus, qui, même s'il a été matériellement saisi et mis sous scellé, a été retourné ultérieurement aux requérantes.
- 88 Le simple fait d'avoir répondu à la lettre des requérantes du 21 avril 2015 ne peut donc pas être interprété comme une décision formelle de rejet d'une demande de protection de la confidentialité, telle qu'elle est requise dans l'arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287, point 53). De plus, en l'absence d'acte matériel de saisie et de jonction au dossier sans isoler les documents dans une enveloppe scellée, il n'existe pas non plus de décision tacite de rejet au sens de l'arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287, point 52).
- 89 Enfin, la demande formulée par les requérantes doit être distinguée de celle à l'origine de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287), dans laquelle les requérantes avaient demandé à la Commission de restituer à leurs conseils juridiques deux séries de documents, qui avaient été copiés par des fonctionnaires de la Commission au cours des vérifications qu'elle avait effectuées, ou de confirmer par écrit la destruction de toutes les copies qui pouvaient être en possession des services de la Commission, non lues. Dans la présente affaire, les documents litigieux n'ont pas été saisis par la Commission et n'ont en réalité jamais quitté les locaux des requérantes, à l'exception du document mentionné au point 18 ci-dessus, qui a été retourné ultérieurement aux requérantes sous scellé.
- 90 Il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que font valoir les requérantes, le cas présent est trop éloigné des circonstances et des faits de l'arrêt du 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission (T-125/03 et T-253/03, EU:T:2007:287), pour pouvoir effectuer une analogie sur la base dudit arrêt.
- 91 Il y a lieu d'ajouter que, en principe, le contrôle juridictionnel sur les conditions dans lesquelles une inspection a été conduite relève d'un recours en annulation formé, le cas échéant, contre la décision finale adoptée par la Commission en application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE (voir, en ce sens, arrêt du 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, EU:T:1999:80, points 413 et 414). Cette option garantit par ailleurs l'existence d'un recours juridictionnel effectif sur les mesures d'inspection des

autorités de concurrence, tel que requis par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 2 octobre 2014, DELTA PEKÁRNY c. République tchèque, CE:ECHR:2014:1002JUD000009711, et 2 avril 2015, Vinci Construction et GTM Génie Civil et Services c. France, CE:ECHR:2015:0402JUD006362910).

- 92 Dans une situation comme celle de l'espèce, compte tenu de la clôture de la seconde enquête, et sans préjudice de la possibilité d'introduire le cas échéant un recours en annulation contre une éventuelle décision finale adoptée dans le cadre de la première enquête, si les requérantes estiment que les actes par lesquels la Commission a pris connaissance de documents couverts par la confidentialité sont illégaux et qu'ils leur ont causé un préjudice de nature à engager la responsabilité de l'Union, il leur appartient d'introduire à l'encontre de la Commission un recours en responsabilité non contractuelle. Cette possibilité existe également dans l'hypothèse où l'inspection n'aboutirait pas à une décision finale pouvant faire l'objet d'un recours en annulation. Un tel recours en indemnité ne relève pas du système de contrôle de la validité des actes de l'Union ayant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de la partie requérante, mais est disponible lorsqu'une partie a subi un préjudice du fait d'un comportement illégal d'une institution (voir, en ce sens, arrêt du 12 septembre 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commission, C-131/03 P, EU:C:2006:541, points 82 et 83).
- 93 Sur la base des considérations qui précèdent, il convient de déclarer le recours également irrecevable en ce qu'il tend à l'annulation de la lettre du 8 mai 2015, sans qu'il soit nécessaire d'analyser l'intérêt à agir des requérantes. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la demande de non-lieu à statuer formulée par la Commission.
- 94 Il convient dès lors de rejeter le recours comme irrecevable.

Sur les dépens

- 95 Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Les requérantes ayant succombé, il y a lieu de les condamner aux dépens conformément aux conclusions de la Commission, y compris ceux afférents à la procédure de référé.
- 96 Aux termes de l'article 138, paragraphe 3, du règlement de procédure, le Tribunal peut décider qu'un intervenant autre que ceux mentionnés aux paragraphes 1 et 2 dudit article supportera ses propres dépens. Dans les circonstances du présent litige, il y a lieu de déclarer que les intervenants supporteront leurs propres dépens exposés dans la présente instance.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (huitième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **Le recours est rejeté comme irrecevable.**
- 2) **Alcogroup et Alcodis supporteront leurs propres dépens ainsi que ceux exposés par la Commission européenne, y compris ceux afférents à la procédure de référé.**

- 3) L'Orde van Vlaamse Balies, l'Ordre des barreaux francophones et germanophone et l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles supporteront leurs propres dépens exposés dans la présente instance.**

Collins

Kancheva

Passer

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 10 avril 2018.

Le greffier

Le président

E. Coulon

M. Prek

* Langue de procédure : le français.