



Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DU TRIBUNAL (quatrième chambre)

6 septembre 2013*

« Concurrence — Procédure administrative — Décision ordonnant une inspection — Pouvoirs d’inspection de la Commission — Droits de la défense — Proportionnalité — Obligation de motivation »

Dans les affaires jointes T-289/11, T-290/11 et T-521/11,

Deutsche Bahn AG, établie à Berlin (Allemagne),

DB Mobility Logistics AG, établie à Berlin,

DB Energie GmbH, établie à Francfort-sur-le-Main (Allemagne),

DB Netz AG, établie à Francfort-sur-le-Main,

DB Schenker Rail GmbH, établie à Mayence (Allemagne),

DB Schenker Rail Deutschland AG, établie à Mayence,

Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), établie à Bodenheim (Allemagne),

représentées par M^{es} W. Deselaers, O. Mross et J. Brückner, avocats,

parties requérantes,

contre

Commission européenne, représentée par MM. L. Malferrari, N. von Lingen et R. Sauer, en qualité d’agents,

partie défenderesse,

soutenue par

Royaume d’Espagne, représenté initialement, dans les affaires T-289/11 et T-290/11, par M. M. Muñoz Pérez, puis, dans les affaires T-289/11, T-290/11 et T-521/11, par M^{me} S. Centeno Huerta, abogados del Estado,

par

Conseil de l’Union européenne, représenté par M^{me} M. Simm et M. F. Florindo Gijón, en qualité d’agents,

* Langue de procédure : l’allemand.

et par

Autorité de surveillance AELE, représentée par MM. X.A. Lewis, M. Schneider et M^{me} M. Moustakali, en qualité d'agents,

parties intervenantes,

ayant pour objet des demandes d'annulation des décisions C(2011) 1774, du 14 mars 2011, C(2011) 2365, du 30 mars 2011, et C(2011) 5230, du 14 juillet 2011, de la Commission, ordonnant des inspections conformément à l'article 20, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, auprès de la Deutsche Bahn AG ainsi que de toutes ses filiales (affaires COMP/39.678 et COMP/39.731),

LE TRIBUNAL (quatrième chambre),

composé de M^{mes} I. Pelikánová, président, K. Jürimäe et M. M. van der Woude (rapporteur), juges,

greffier : M^{me} K. Andová, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 9 avril 2013,

rend le présent

Arrêt

Antécédents du litige

- 1 Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, DB Energie GmbH, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), DB Schenker Rail GmbH et DB Schenker Rail Deutschland AG, les requérantes, ainsi que toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par Deutsche Bahn, forment une entreprise internationale, exerçant des activités dans le secteur du transport national et international de marchandises et de passagers, de la logistique et de la prestation de services accessoires dans le transport ferroviaire. Les filiales impliquées dans les présentes affaires sont détenues directement ou indirectement à 100 % par Deutsche Bahn.

Première inspection

Première décision d'inspection

- 2 Par décision C (2011) 1774, du 14 mars 2011 (affaires COMP/39.678 et COMP/39.731) (ci-après la « première décision d'inspection »), la Commission européenne a ordonné à Deutsche Bahn et à toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, de se soumettre à une inspection, en application 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 81 [CE] et 82 [CE] (JO L 1, p. 1).
- 3 L'article 1^{er} de la première décision d'inspection est ainsi libellé :

« Deutsche Bahn AG, [...] ainsi que toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, y compris DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH et DB Schenker Rail Deutschland AG, sont tenues de se soumettre à une

inspection concernant leurs comportements susceptibles d'enfreindre l'article 102 du TFUE et l'article 54 de l'accord sur l'EEE dans le secteur du transport ferroviaire et de la prestation de services accessoires, dans les États membres dans lesquels les filiales concernées du groupe DB interviennent dans le transport ferroviaire de passagers et de marchandises, notamment en Allemagne. Ces comportements se rapportent à un traitement préférentiel potentiellement injustifié accordé par DB Energie GmbH à d'autres filiales du groupe DB, notamment sous la forme d'un système de rabais concernant l'approvisionnement en énergie électrique de traction, qui permet au groupe DB d'entraver la concurrence sur les marchés du transport ferroviaire situés en aval.

L'inspection peut avoir lieu dans tous les locaux du groupe Deutsche Bahn AG (notamment dans les locaux de Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin, Allemagne, [de] DB Mobility Logistics AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin, Allemagne, [de] DB Energie GmbH, Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Francfort-sur-le-Main, Allemagne, de DB Schenker Rail GmbH, Rheinstrasse 2, 55116 Mayence, Allemagne, [de] DB Schenker Rail Deutschland AG, Rheinstrasse 2, 55116 Mayence, Allemagne).

Deutsche Bahn AG, ainsi que toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, y compris DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH et DB Schenker Rail Deutschland AG, permettent aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection, ainsi qu'aux agents de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné et aux agents mandatés ou désignés par celle-ci qui prêtent assistance aux agents et aux personnes précitées, d'accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport pendant les heures normales d'ouverture des bureaux. À la demande des agents et des personnes précitées, elles leur présentent les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support, aux fins du contrôle, et leur permettent de contrôler ces livres et autres documents sur place et d'en prendre ou d'en obtenir copie ou extrait, sous quelque forme que ce soit. Elles leur permettent d'apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci. À la demande des agents ou des personnes précitées, elles fournissent immédiatement sur place des explications sur des faits en rapport avec l'objet et le but de l'inspection, et autorisent tous les représentants ou membres du personnel à fournir de telles explications. Elles acceptent que les explications fournies soient enregistrées, sous quelque forme que ce soit. »

- 4 À l'article 2 de la première décision d'inspection, la Commission précise que l'inspection peut débuter le 29 mars 2011. À l'article 3 de ladite décision, elle indique que la décision d'inspection sera notifiée à Deutsche Bahn ainsi qu'à toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, immédiatement avant l'inspection.
- 5 La première décision d'inspection est motivée de la manière suivante :

« La Commission dispose d'indications selon lesquelles DB Energie aurait la possibilité d'appliquer un traitement préférentiel aux filiales concernées du groupe DB qui sont présentes sur les marchés du transport ferroviaire de passagers et de marchandises dans les États membres dans lesquels ces filiales interviennent, notamment en Allemagne, par le biais d'un système de rabais concernant l'approvisionnement en énergie électrique de traction. Ce traitement préférentiel pourrait notamment résulter de la structure des rabais offerts par DB Energie et ne serait potentiellement pas justifié de manière objective. La Commission dispose d'éléments indiquant que DB Energie pourrait avoir déjà appliqué des systèmes de rabais similaires pour l'approvisionnement en énergie électrique de traction auparavant, et ce au moins depuis 2002. En outre, il n'est pas à exclure que DB Energie ait appliqué ces systèmes de rabais ou des systèmes similaires déjà avant cette date. Il est présumé que cette méthode commerciale permet aux filiales concernées du groupe DB d'obtenir un avantage par rapport à leurs concurrents sur les marchés de transport ferroviaire situés en aval, dans les États membres dans lesquels ces filiales du groupe DB exercent des activités dans le secteur du transport ferroviaire de

passagers et de marchandises, notamment en Allemagne, et que le groupe DB peut ainsi entraver la concurrence sur ces marchés. Les comportements décrits précédemment, s'ils sont avérés, constituent une violation de l'article 102 TFUE et de l'article 54 de l'accord sur l'EEE.

Il est indispensable pour la Commission de réaliser des inspections sur le fondement de l'article 20 du règlement n° 1/2003 afin d'examiner l'ensemble des faits pertinents relatifs aux pratiques concertées présumées et au contexte général et de déterminer le degré exact de la participation de toutes les personnes morales concernées.

Les décisions relatives à la fixation des prix au sein du groupe DB sont probablement prises à différents niveaux de l'entreprise. Il est, en outre, probable que des éléments de preuve pertinents puissent également être retrouvés dans les filiales du groupe DB qui bénéficient vraisemblablement des prix avantageux potentiellement injustifiés, ce qui permet d'entraver la concurrence sur les marchés de transport ferroviaire. Il existe donc des indices de ce que des éléments de preuve pourraient être trouvés dans chacun des lieux énumérés à l'article 1^{er} de la présente décision.

Selon les informations dont dispose la Commission, le système de prix appliqué précédemment par DB Energie sur les marchés allemands du transport ferroviaire de passagers et de marchandises a déjà fait l'objet de litiges en Allemagne, auxquels les autorités de régulation et de concurrence étaient parties. Par conséquent, les personnes morales concernées savent que des autorités de régulation et de concurrence contrôlent leur système de tarification. En outre, la Commission a constaté, dans le passé, que les pratiques du groupe DB en matière de fixation des prix enfreignaient l'article 102 TFUE, ce que les juridictions de l'Union européenne ont confirmé. Par conséquent, les personnes morales concernées pourraient tenter de dissimuler, de soustraire ou de nier des éléments de preuve en rapport avec ces pratiques, afin d'empêcher que d'éventuelles pratiques illégales en matière de fixation des prix soient découvertes.

Afin de garantir l'efficacité des inspections, il est essentiel qu'elles soient réalisées sans avertir préalablement les personnes morales qui sont présumées avoir participé à l'infraction et simultanément à plusieurs endroits.

À cette fin, une décision prise conformément à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 ordonnant une inspection des personnes morales est nécessaire. »

Déroulement de la première inspection

- 6 Le matin du 29 mars 2011, 32 agents de la Commission se sont présentés dans les locaux des requérantes à Berlin (Allemagne), à Francfort-sur-le-Main (Allemagne) et à Mayence (Allemagne), et leur ont notifié la première décision d'inspection prise sur le fondement de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.
- 7 Les requérantes ont pris contact avec leurs avocats qui ont assisté à l'inspection dès le premier jour. Elles n'ont pas soulevé d'objections à l'encontre de l'inspection ni n'ont dénoncé l'absence de présentation d'une autorisation judiciaire. Elles ne se sont pas non plus opposées à l'inspection, au titre de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, après la notification. La Commission n'a, en conséquence, à aucun moment recouru à l'assistance des autorités de l'État membre au titre du même article 20, paragraphe 6, dudit règlement.
- 8 Après signification de la première décision d'inspection, des représentants de l'entreprise ont signé le procès-verbal de signification. Ils ont remis aux inspecteurs les organigrammes et les annuaires téléphoniques de l'entreprise, ont répondu à des questions sur l'identité de certains salariés, ont accompagné les inspecteurs dans les bureaux des personnes ainsi ciblées et n'ont pas soulevé

d'objections à l'encontre de la fouille desdits bureaux. Les dossiers présents dans ces bureaux ont été examinés, parfois dans leur intégralité. Les inspecteurs ont également fait des recherches de documents électroniques, tels que des courriels, sur la base de certains mots clés.

- 9 Entre le 29 mars 2011 au matin et le 31 mars 2011 vers 14 h 00, les inspecteurs de la Commission ont découvert dans les locaux de la DB Schenker Rail Deutschland à Mayence des documents dont la Commission estime qu'ils pouvaient laisser supposer l'existence d'un autre comportement anticoncurrentiel. Ce comportement anticoncurrentiel aurait pour objectif la discrimination des concurrents dans le domaine du transport ferroviaire, par le biais de l'infrastructure gérée par les requérantes et de certains services liés. Lorsqu'un document était sans ambiguïté lié à ces nouveaux soupçons, ledit document était conservé à part.
- 10 La Commission a estimé nécessaire d'engager une enquête à l'égard de la DUSS, ce qui a donné lieu à l'adoption d'une deuxième décision d'inspection.
- 11 La première inspection a pris fin chez Deutsche Bahn et DB Mobility Logistics à Berlin le 31 mars 2011.

Deuxième inspection

Deuxième décision d'inspection

- 12 Par décision C(2011) 365, du 30 mars 2011 (affaires COMP/39.678 et COMP/39.731) (ci-après la « deuxième décision d'inspection »), la Commission a ordonné à Deutsche Bahn et à toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, de se soumettre à une inspection, en application de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.
- 13 L'article 1^{er} de la deuxième décision d'inspection est ainsi libellé :

« Deutsche Bahn AG, [...] ainsi que toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, y compris DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH et DB Schenker Rail Deutschland AG, sont tenues de se soumettre à une inspection concernant leurs comportements susceptibles d'enfreindre l'article 102 TFUE et l'article 54 de l'accord sur l'EEE dans le secteur du transport ferroviaire et de la prestation de services accessoires, dans les États membres dans lesquels les filiales concernées du groupe DB interviennent dans le transport ferroviaire, notamment en Allemagne. Ces comportements se rapportent à des discriminations potentiellement injustifiées mises en œuvre par Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH à l'égard des concurrents du groupe DB, afin de permettre à ce dernier d'entraver la concurrence sur les marchés du transport ferroviaire situés en aval. L'inspection peut avoir lieu dans tous les locaux du groupe Deutsche Bahn AG [...] ».
- 14 À l'article 2 de la deuxième décision d'inspection, la Commission précise que l'inspection peut débuter le 30 mars 2011. À l'article 3 de ladite décision, elle indique que cette décision d'inspection sera notifiée à Deutsche Bahn ainsi qu'à toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, immédiatement avant l'inspection.
- 15 La deuxième décision d'inspection est motivée de la manière suivante :

« Sur la base des informations qu'elle détient déjà, la Commission dispose d'éléments indiquant que DUSS pourrait désavantager des concurrents intervenant en Allemagne sur les marchés du transport ferroviaire, en rendant difficile leur accès aux terminaux de DB ou en les discriminant, ce qui lui permettrait d'abuser de sa position dominante sur le marché. Cela pourrait notamment découler du

fait que DUSS donne un accès inapproprié aux terminaux, qu'elle fournit des services moins efficaces ou qu'elle refuse l'accès à des terminaux. La Commission dispose d'indications selon lesquelles ces pratiques sont appliquées depuis 2007. L'on présume que cette méthode commerciale permet aux filiales concernées du groupe DB d'obtenir un avantage vis-à-vis de leurs concurrents sur les marchés de transport ferroviaire situés en aval, dans les États membres dans lesquels ces filiales du groupe DB exercent des activités dans le secteur du transport ferroviaire, notamment en Allemagne, et que le groupe DB peut ainsi entraver la concurrence sur ces marchés. [...]

Lors des inspections qui ont été menées le 29 mars 2011 dans les locaux du groupe DB pour rechercher d'éventuelles pratiques de prix illégales, la Commission a été informée que des éléments de preuve portant sur les pratiques susmentionnées se trouvaient en possession de personnes morales du groupe DB. Par conséquent, les personnes morales concernées pourraient tenter de dissimuler, de soustraire ou de nier ces éléments de preuve et d'autres éléments en rapport avec ces pratiques, afin d'empêcher que d'éventuelles pratiques illégales soient découvertes.

En outre, au cours des inspections précitées, la Commission a reçu des informations relatives à l'existence d'éléments de preuve concernant un comportement potentiellement anticoncurrentiel de recours stratégique à l'infrastructure gérée par des sociétés du groupe DB et à la fourniture de services ferroviaires. Ce comportement présumé concerne en particulier l'accès à des installations de maintenance et de réparation et la fourniture de services connexes. De tels comportements semblent avoir pour objectif d'empêcher ou d'entraver les activités exercées par des concurrents du groupe DB dans le secteur du transport ferroviaire.

[...] »

Déroulement de la deuxième inspection

- 16 Au cours de la première inspection, la Commission a notifié aux requérantes, le 31 mars 2011, aux alentours de 14 h 00, la deuxième décision d'inspection datée du 30 mars 2011.
- 17 Les requérantes, assistées de leurs avocats, n'ont pas soulevé d'objections à l'encontre de la deuxième décision d'inspection et n'ont pas dénoncé l'absence de présentation d'une autorisation judiciaire. Elles ne se sont pas non plus opposées à l'inspection, au titre de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, après la notification. La Commission n'a donc à aucun moment recouru à l'assistance des autorités de l'État membre au titre du même article 20, paragraphe 6, dudit règlement.
- 18 La deuxième inspection a pris fin chez DB Schenker Rail Deutschland à Mayence le 1^{er} avril 2011.

Troisième inspection

Troisième décision d'inspection

- 19 Par décision C(2011) 5230, du 14 juillet 2011 (affaires COMP/39.678 et COMP/39.731) (ci-après la « troisième décision d'inspection »), la Commission a ordonné à Deutsche Bahn et à toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, de se soumettre à une inspection, en application de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.
- 20 L'article 1^{er} de la troisième décision d'inspection est ainsi libellé :

« La société Deutsche Bahn AG, [...] ainsi que toutes les personnes morales directement ou indirectement contrôlées par cette dernière, y compris Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene Strasse (DUSS) mbh, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH et DB Schenker Rail Deutschland AG, sont

tenues de se soumettre à une inspection concernant leurs comportements, susceptibles d'enfreindre les articles 102 TFUE et 54 de l'accord EEE, dans le domaine du transport ferroviaire et des services connexes dans les États membres dans lesquels les filiales correspondantes du groupe DB interviennent dans le transport ferroviaire, notamment en Allemagne. Les pratiques concernent une éventuelle discrimination non justifiée des concurrents du groupe DB par la Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene Strasse GmbH (DUSS) mbH, permettant au groupe DB d'entraver la concurrence sur les marchés en aval du transport ferroviaire et donc d'infliger aux concurrents un désavantage concurrentiel.

L'inspection peut être menée dans tous les locaux du groupe Deutsche Bahn AG [...] »

- 21 À l'article 2 de la troisième décision d'inspection, la Commission précise que l'inspection peut débuter le 26 juillet 2011. À l'article 3 de ladite décision, elle indique que cette décision d'inspection sera notifiée à Deutsche Bahn ainsi qu'à toutes les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par cette dernière, immédiatement avant l'inspection.
- 22 La troisième décision d'inspection est motivée de la manière suivante :

« La Commission mène une enquête concernant un système potentiellement anticoncurrentiel d'utilisation stratégique de l'infrastructure gérée par des sociétés du groupe DB. Ledit système présumé inclut des pratiques concernant l'accès aux terminaux et la formation des prix relatifs aux terminaux, ainsi qu'à des services connexes. Ces pratiques pourraient avoir pour objectif d'empêcher, de compliquer ou de rendre plus coûteuses les activités des concurrents du groupe DB dans le domaine du transport ferroviaire, pour qui l'accès à l'infrastructure en question est nécessaire. Dans le cadre de ses investigations, la Commission a procédé, du 29 mars au 1^{er} avril 2011, à des inspections dans les locaux des sociétés DB AG, DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail DE et DB Energie GmbH.

Sur la base des informations déjà en sa possession, y compris – bien que non exclusivement – celles obtenues durant lesdites inspections, la Commission a réuni des indices montrant que DUSS pourrait désavantager les concurrents présents sur les marchés du transport ferroviaire en Allemagne en empêchant, en compliquant ou en rendant plus onéreux l'accès aux terminaux, notamment en accordant un accès inapproprié ou plus cher aux terminaux, en offrant des services connexes moins efficaces ou plus chers ou en refusant l'accès à des terminaux ou à des services connexes. De telles pratiques pourraient ne pas être objectivement justifiées. La Commission dispose d'indices donnant à penser que certaines de ces pratiques auraient cours depuis 2007 au moins. La Commission a par ailleurs connaissance d'un document faisant état d'une possible 'remise cachée' accordée par DUSS à DB Schenker Rail DE. D'après le document, celle-ci aurait été maintenue en 2010. La Commission ne dispose pas d'indications concernant l'entrée en application de cette remise.

Il est présumé que les filiales en question du groupe DB, en particulier DB Schenker Rail DE, obtiennent, grâce à ces pratiques, un avantage concurrentiel face à leurs concurrents sur les marchés en aval du transport ferroviaire dans les États membres où lesdites filiales du groupe DB sont présentes sur le marché du transport ferroviaire, notamment en Allemagne, et que cela permet au groupe DB d'entraver la concurrence sur lesdits marchés. »

Déroulement de la troisième inspection

- 23 Le 26 juillet 2011, aux alentours de 9 h 30, des agents de la Commission se sont présentés dans les locaux de la DUSS et ont remis aux requérantes la troisième décision d'inspection prise sur le fondement de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.

- 24 Les requérantes, assistées de leurs avocats, n'ont pas soulevé d'objections à l'encontre de la troisième décision d'inspection et n'ont pas dénoncé l'absence de présentation d'autorisation judiciaire. Elles ne se sont pas non plus opposées à l'inspection, au titre de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, après la notification. La Commission n'a donc à aucun moment recouru à l'assistance des autorités de l'État membre au titre du même article 20, paragraphe 6, dudit règlement.
- 25 La troisième inspection a pris fin le 29 juillet 2011.

Procédure et conclusions des parties

- 26 Par requêtes déposées au greffe du Tribunal les 10 juin et 5 octobre 2011, les requérantes ont introduit les présents recours.
- 27 Par ordonnances des 12 janvier, 31 janvier et 12 mars 2012, le Conseil de l'Union européenne, l'Autorité de surveillance AELE et le Royaume d'Espagne ont été admis à intervenir dans les affaires T-289/11, T-290/11 et T-521/11 au soutien des conclusions de la Commission et l'Autorité de surveillance AELE a été admise à utiliser la langue anglaise lors des procédures écrites et orales.
- 28 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (quatrième chambre) a décidé d'ouvrir la procédure orale et, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure prévues à l'article 64 du règlement de procédure du Tribunal, a posé par écrit des questions aux parties et leur a demandé de fournir certains documents à deux reprises. Les parties ont déféré à ces demandes dans les délais impartis.
- 29 Les affaires T-289/11, T-290/11 et T-521/11 ont été jointes aux fins de la procédure orale et de l'arrêt, par ordonnance du président de la quatrième chambre du Tribunal du 22 janvier 2013.
- 30 Les parties ont été entendues en leurs plaidoiries et en leurs réponses aux questions posées par le Tribunal lors de l'audience du 9 avril 2013.
- 31 Les requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :
- annuler la première, la deuxième et la troisième décision d'inspection de la Commission ;
 - à titre subsidiaire, accueillir l'exception d'illégalité de l'article 20, paragraphes 4 à 8, du règlement n° 1/2003 ;
 - annuler toute mesure prise sur le fondement des inspections qui ont eu lieu sur la base de la première, de la deuxième et de la troisième décision d'inspection ;
 - condamner notamment la Commission à restituer l'ensemble des copies des documents faites dans le cadre des inspections, sous peine d'annulation des futures décisions de la Commission par le Tribunal ;
 - condamner la Commission aux dépens.
- 32 La Commission, soutenue par le Royaume d'Espagne, conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter les recours ;
 - condamner les requérantes aux dépens.

- 33 Le Conseil conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter les recours pour autant qu'ils sont fondés sur l'exception d'illégalité de l'article 20, paragraphes 4 à 8, du règlement n° 1/2003 ;
 - statuer sur les dépens.
- 34 L'autorité de surveillance AELE conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter les recours.

En droit

- 35 À l'appui de leurs recours en annulation, les requérantes avancent, en substance, cinq moyens.
- 36 Les deux premiers moyens sont tirés, d'une part, d'une violation du droit fondamental des requérantes à l'inviolabilité de leur domicile [article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (JO 2010 C 83, p. 389) et article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la « CEDH »)] en raison d'une absence d'autorisation judiciaire préalable, et, d'autre part, d'une violation du droit fondamental des requérantes à un recours juridictionnel effectif (article 47 de la charte des droits fondamentaux et article 6 de la CEDH) en raison d'une absence d'autorisation judiciaire préalable et de l'absence de contrôle judiciaire complet des décisions d'inspection, tant en fait qu'en droit, dans un délai raisonnable.
- 37 Au stade de la réplique, les requérantes ont, à la suite d'une question écrite du Tribunal, soulevé, à titre subsidiaire, au soutien du premier moyen, une exception d'illégalité de l'article 20, paragraphes 4 à 8, du règlement n° 1/2003, au cas où le Tribunal estimerait que ledit règlement ne requiert pas l'obtention préalable d'une autorisation judiciaire.
- 38 Le troisième moyen est tiré d'une violation des droits de la défense en ce que la deuxième et la troisième inspection seraient fondées sur des informations obtenues illégalement lors de la première inspection. Selon les requérantes, la Commission aurait délibérément recherché des informations concernant la DUSS lors de la première inspection, alors que ladite inspection ne portait que sur l'alimentation en énergie électrique des moyens de traction (ci-après l'« EET »).
- 39 Le quatrième moyen est tiré d'une violation des droits de la défense en raison d'une description démesurément large de l'objet des inspections dans l'article 1^{er} de chaque des trois décisions d'inspection, en particulier en ce qui concerne la nature des comportements incriminés, l'étendue géographique du marché ainsi que la durée des infractions présumées.
- 40 Le cinquième moyen, partiellement commun aux trois affaires, est tiré d'une violation du principe de proportionnalité. Les requérantes soutiennent, en substance, que la Commission aurait dépassé ce qui était approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché.
- 41 La Commission considère les cinq moyens, avancés au soutien du premier chef de conclusions, comme étant irrecevables et/ou, en tout état de cause, non fondés. Elle considère les deuxième, troisième et quatrième chefs de conclusions comme étant irrecevables.

Sur le premier moyen, tiré d'une violation du droit à l'inviolabilité du domicile en raison de l'absence d'autorisation judiciaire préalable

- 42 Par leur premier moyen, les requérantes font valoir que les trois décisions d'inspection ayant été prises en l'absence d'autorisation judiciaire préalable, celles-ci ne respectent pas les garanties prescrites par le principe de l'inviolabilité du domicile, tel que consacré à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux et à l'article 8 de la CEDH.
- 43 À titre subsidiaire, au stade de la réplique, au cas où le Tribunal estimerait que le règlement n° 1/2003 ne requiert pas l'adoption d'une autorisation judiciaire préalable et que la Commission était donc dans l'impossibilité de présenter une demande visant à obtenir un tel mandat, les requérantes soulèvent une exception d'illégalité visant l'article 20, paragraphes 4 à 8, du règlement n° 1/2003.
- 44 La Commission conteste tant le bien-fondé que la recevabilité du premier moyen et de l'exception d'illégalité.

Sur la recevabilité

- 45 La Commission soulève deux fins de non-recevoir distinctes.
- 46 En premier lieu, la Commission, soutenue par le Royaume d'Espagne, estime que le premier moyen, invoqué au soutien du premier chef de conclusions visant à l'annulation des trois décisions d'inspection, est en substance inopérant, et par là même, irrecevable, au regard d'une jurisprudence constante (arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, 97/87 à 99/87, Rec. p. 3165, points 40 et 41, et arrêt du Tribunal du 8 mars 2007, *France Télécom/Commission*, T-339/04, Rec. p. II-521, point 54). Selon elle, à supposer que le moyen des requérantes soit fondé, il ne pourrait qu'affecter la légalité du déroulement de l'inspection et non la légalité de la décision d'inspection elle-même.
- 47 À cet égard, premièrement, il convient de constater que la Commission, dans ses écritures, établit un lien erroné entre le caractère inopérant d'un moyen ou un grief et sa recevabilité. En effet, qualifier un moyen ou un grief d'inopérant consiste à considérer, sans qu'il soit besoin d'examiner son bien-fondé, qu'il n'est pas susceptible d'influencer la solution du litige. Au contraire, un moyen ou un grief irrecevable, quand bien même il pourrait avoir une influence sur la solution du litige, n'a pas été soulevé dans des conditions permettant au juge d'apprécier son bien-fondé. En conséquence, contrairement à ce qu'affirme la Commission, le caractère inopérant d'un argument n'est, en tout état de cause, pas de nature à emporter son irrecevabilité.
- 48 Deuxièmement, l'argumentation de la Commission concluant au caractère inopérant des arguments des requérantes repose sur une interprétation erronée du premier moyen.
- 49 Dans les arrêts *Dow Chemical Ibérica e.a./Commission*, point 4 supra (points 40 et 41), et *France Télécom/Commission*, point 44 supra (point 54), cités par la Commission au soutien de son argumentation, le juge de l'Union a rappelé que la légalité d'un acte devait être appréciée, en vertu d'une jurisprudence constante, en fonction des éléments de droit et de fait qui existaient à la date à laquelle cet acte a été adopté et que, à ce titre, la façon dont une décision ordonnant une inspection a été appliquée est sans incidence sur la légalité de la décision ordonnant l'inspection.
- 50 Par leur premier moyen, en revanche, les requérantes sollicitent l'identification, par le Tribunal, d'une nouvelle exigence formelle qui affecterait la légalité des décisions d'inspection. En effet, dans la mesure où, selon les termes utilisés par les requérantes, une décision d'inspection devrait nécessairement être

« liée » ou « associée » à l'obtention d'un mandat, le premier moyen doit être compris en ce sens que seules des décisions d'inspection prévoyant l'obtention préalable d'un mandat judiciaire pourraient être légalement adoptées par la Commission.

- 51 Dans ces conditions, les arguments de la Commission doivent être rejetés dans la mesure où le moyen des requérantes n'est ni inopérant ni irrecevable.
- 52 En deuxième lieu, s'agissant de l'exception d'illégalité avancée au stade de la réplique, la Commission, soutenue par l'Autorité de surveillance AELE, la considère comme étant tardive, au sens de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure.
- 53 Le Conseil estime que l'exception d'illégalité n'est recevable que pour autant qu'elle vise l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, base juridique des décisions d'inspection. L'article 20, paragraphe 5, dudit règlement n'ayant aucun lien avec les faits et les requérantes ne s'étant pas opposées formellement à l'inspection, l'exception d'illégalité de l'article 20, paragraphes 5 à 8, de ce règlement, serait, en conséquence, irrecevable.
- 54 Les requérantes contestent le caractère tardif de l'exception d'illégalité, dans la mesure où elle ne viendrait que préciser la demande principale.
- 55 À cet égard, il convient de constater que, par leur premier moyen, les requérantes remettent implicitement en cause la légalité du règlement n° 1/2003 en vertu duquel la décision a été adoptée. En ne prévoyant pas explicitement d'obligation pour la Commission d'obtenir un mandat judiciaire, auprès du Tribunal ou d'une juridiction nationale, le règlement n° 1/2003 ne serait pas conforme aux prescriptions de la charte des droits fondamentaux et de la CEDH, telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour EDH »). En conséquence, il y a lieu de considérer que l'exception d'illégalité expressément soulevée dans la réplique constitue, contrairement à ce que soutiennent la Commission et l'Autorité de surveillance AELE, l'ampliation, au point 17 de la réplique, d'un moyen implicitement, mais clairement, soulevé dans la requête (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 18 novembre 2004, Ferriere Nord/Commission, T-176/01, Rec. p. II-3931, point 136, et la jurisprudence citée).
- 56 Toutefois, ainsi que le rappelle le Conseil à juste titre, une exception d'illégalité soulevée de manière incidente en vertu de l'article 277 TFUE, à l'occasion de la contestation au principal de la légalité d'une décision, n'est recevable que dès lors qu'il existe un lien de connexité entre l'acte litigieux et la norme dont l'illégalité prétendue est excipée. Or, dans la mesure où l'article 277 TFUE n'a pas pour but de permettre à une partie de contester l'applicabilité de quelque acte de caractère général que ce soit à la faveur d'un recours quelconque, la portée d'une exception d'illégalité doit être limitée à ce qui est indispensable à la solution du litige. Il en résulte que l'acte général dont l'illégalité est soulevée doit être applicable, directement ou indirectement, à l'espèce qui fait l'objet du recours et qu'il doit exister un lien juridique direct entre la décision individuelle attaquée et l'acte général en question (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 26 octobre 1993, Reinartz/Commission, T-6/92 et T-52/92, Rec. p. II-1047, point 57, et la jurisprudence citée).
- 57 En l'espèce, les première, deuxième et troisième décisions d'inspection ont été adoptées en vertu du seul article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003. L'article 20, paragraphe 5, dudit règlement n'a pas de lien avec le présent litige et l'absence d'opposition de la part des requérantes a rendu inutile le recours au mécanisme prévu aux paragraphes 6 à 8 de l'article 20 du règlement n° 1/2003.
- 58 Dans ces conditions, il convient de considérer que l'exception d'illégalité n'est recevable que pour autant qu'elle concerne l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.

Sur le fond

- 59 En premier lieu, les requérantes se fondent sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH, en particulier, dans les arrêts *Société Colas Est e.a. c. France* (16 avril 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-III), *Société Canal Plus e.a. c. France* (21 décembre 2010, req. 29408/08) et *Société Métallurgique Liotard Frères c. France* (5 mai 2011, req. 29598/08), pour estimer qu'une décision d'inspection qui n'est pas liée ou associée à une ordonnance judiciaire d'autorisation préalable viole leurs droits prévus à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux. La Cour EDH aurait également indiqué que les inspections sans autorisation judiciaire préalable étaient disproportionnées au regard des objectifs poursuivis.
- 60 Selon les requérantes, une autorisation judiciaire préalable serait déjà nécessaire dans la plupart des États membres, dont l'Allemagne. Elles soulignent, en outre, qu'une telle autorisation est déjà nécessaire s'agissant des locaux visés à l'article 21, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003. Actuellement, la Commission serait seule juge de ses actes en cas d'inspection des locaux des entreprises.
- 61 En second lieu, les requérantes font valoir que la nécessité de présenter une autorisation judiciaire préalable ne saurait être limitée au cas où l'entreprise s'oppose à l'inspection, au sens de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003. En effet, elles estiment, premièrement, que la violation des droits fondamentaux a lieu au moment où les agents de la Commission entrent dans l'entreprise, deuxièmement, que l'entreprise n'a ni le temps ni les moyens, à l'arrivée des agents de la Commission, de vérifier le caractère proportionné de l'inspection, troisièmement, que la Commission a le pouvoir de prendre des mesures coercitives directes comme le scellé des pièces ou des amendes, et, quatrièmement, que la possibilité de s'opposer à l'inspection ou aux comportements inappropriés des agents de la Commission reste théorique, eu égard au risque d'amende, infligée au titre de l'article 23, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 1/2003, encourue dans un tel cas, ainsi que le montre, d'une part, la procédure que la Commission aurait illégalement ouverte contre Sanofi Aventis (document de la Commission portant la référence MEMO/08/357, du 2 juin 2008), afin de sanctionner l'entreprise concernée d'avoir voulu s'opposer à l'inspection, et, d'autre part, le déroulement de la première inspection lors de laquelle les agents de la Commission auraient menacé de fermer le système informatique des requérantes s'ils n'obtenaient pas les mots de passe des comptes de messagerie de certains employés des requérantes.
- 62 Au stade de la réplique, les requérantes ont, d'une part, estimé qu'il ressortait de la jurisprudence de la Cour EDH que seule une situation de danger imminent, dans le domaine pénal, pourrait justifier une absence d'autorisation judiciaire préalable et, d'autre part, que le règlement n° 1/2003 serait illégal s'il ne permettait pas l'obtention préalable d'un mandat.
- 63 La Commission conteste l'ensemble des arguments des requérantes.
- 64 À titre liminaire, il convient de constater qu'il est nécessaire, afin d'apprécier le bien-fondé du premier moyen, d'examiner, en substance, la question de savoir si le système mis en place par le règlement n° 1/2003 est conforme aux droits fondamentaux. En conséquence, le Tribunal estime qu'il convient d'apprécier le bien-fondé de l'exception d'illégalité, en ce qu'elle concerne l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, dans le cadre de l'examen du bien-fondé du premier moyen.
- 65 À cet égard, il convient de constater que l'exercice des pouvoirs d'inspection conférés à la Commission par l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 auprès d'une entreprise constitue une ingérence évidente dans le droit de cette dernière au respect de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance. Cela n'est pas contesté par la Commission ou les parties intervenantes dans les présentes affaires. La question posée en l'espèce est donc celle de savoir si l'absence de mandat

judiciaire préalable emporte nécessairement l'illégalité de l'ingérence administrative et, le cas échéant, si le système mis en place par le règlement n° 1/2003 offre des garanties suffisamment protectrices en l'absence d'autorisation judiciaire préalable.

- 66 Dans sa jurisprudence récente (Cour eur. D. H., arrêts *Harju c. Finlande* du 15 février 2011, req. 56716/09, points 40 et 44, et *Heino c. Finlande* du 15 février 2011, req. 56715/09, points 40 et 44), la Cour EDH a souligné l'importance de procéder à un examen des garanties d'autant plus sérieux que des inspections peuvent intervenir en l'absence d'autorisation judiciaire préalable. Elle a ensuite clairement posé le principe selon lequel l'absence d'autorisation judiciaire préalable pouvait être compensée par un contrôle complet intervenant après l'inspection.
- 67 Dès lors, force est de constater, au regard de la jurisprudence récente de la Cour EDH, que l'absence de mandat judiciaire préalable n'est pas de nature à emporter, en tant que telle, l'illégalité d'une ingérence au sens de l'article 8 de la CEDH.
- 68 Les arguments des requérantes visant à relativiser la portée des arrêts de la Cour EDH, *Heino c. Finlande* et *Harju c. Finlande*, point 6 supra, ne sont pas à même de remettre en cause ce constat.
- 69 Selon les requérantes, il ressortirait de ces arrêts que seule une situation de danger imminent, en vue d'éviter la perpétuation d'un crime, pourrait justifier une absence d'autorisation judiciaire préalable.
- 70 Or, il y a lieu de souligner, à l'instar de la Commission, d'une part, que le point 31 de l'arrêt de la Cour EDH, *Harju c. Finlande*, point 6 supra, sur lequel se fondent les requérantes pour démontrer l'importance de l'existence d'un danger imminent, se trouve dans la partie de l'arrêt résumant l'argumentation de la partie défenderesse et non dans celle renfermant l'appréciation de la Cour EDH. D'autre part, force est de constater que l'appréciation de la Cour EDH ne se fonde en rien sur l'existence d'un danger imminent, contrairement à ce que soutiennent les requérantes. L'existence d'un danger imminent n'est d'ailleurs pas non plus un élément déterminant dans les arrêts de la Cour EDH, *Mastepan c. Russie* (14 janvier 2012, req. 3708/03), et *Varga c. Roumanie* (1^{er} avril 2008, req. 73957/01). Enfin, ainsi que le souligne à bon droit la Commission, le fait que les arrêts de la Cour EDH, *Harju c. Finlande* et *Heino c. Finlande*, point 6 supra, relèvent du droit pénal renforce leur pertinence pour les présentes affaires.
- 71 Les arguments des requérantes visant à établir que la solution dégagée dans l'arrêt de la Cour EDH, *Société Colas Est e.a. c. France*, point 5 supra, serait intégralement applicable en l'espèce ne sauraient non plus prospérer.
- 72 En effet, il ressort de cet arrêt, en particulier du point 49, que l'absence de mandat préalable n'est que l'un des éléments pris en compte par la Cour EDH pour conclure à l'existence d'une violation de l'article 8 de la CEDH. En particulier, la Cour EDH a pris en compte l'ampleur des pouvoirs détenus par l'autorité compétente, les circonstances de l'ingérence et le fait que le système de l'époque ne prévoyait qu'un nombre limité de garanties. Cette situation est différente de la situation prévalant en droit de l'Union (voir points 7 à 99 ci-après).
- 73 Quand bien même l'absence de mandat judiciaire préalable ne serait pas de nature à emporter, en tant que telle, l'illégalité d'une ingérence, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, il convient d'examiner si le système mis en place par le règlement n° 1/2003, en particulier l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 et la manière dont celui-ci a été mis en œuvre par l'adoption des trois décisions d'inspection, présentait des garanties adéquates et suffisantes correspondant à un encadrement suffisamment strict des pouvoirs de la Commission. En effet, la Cour EDH a constamment rappelé qu'un degré acceptable de protection contre les ingérences attentatoires à l'article 8 de la CEDH impliquait un cadre légal et des limites stricts (Cour eur. D. H., arrêts *Harju c. Finlande*, point 6 supra, point 39 ; *Heino c. Finlande*, point 6 supra, point 40 ; *Varga c. Roumanie*, point 7 supra, point 70, et *Société Canal Plus e.a. c. France*, point 5 supra, point 54).

- 74 À cet égard, il y a lieu de relever l'existence de cinq catégories de garanties concernant, premièrement, la motivation des décisions d'inspection, deuxièmement, les limites imposées à la Commission lors du déroulement de l'inspection, troisièmement, l'impossibilité pour la Commission d'imposer l'inspection par la force, quatrièmement, l'intervention des instances nationales, et, cinquièmement, l'existence de voies de recours a posteriori.
- 75 En premier lieu, s'agissant de la motivation d'une décision d'inspection, il ressort de la jurisprudence que cette dernière a pour objet de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention envisagée à l'intérieur des entreprises concernées (voir arrêt France Télécom/Commission, point 44 supra, point 57, et la jurisprudence citée). Ensuite, cette décision doit respecter les prescriptions figurant à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003. La décision doit ainsi indiquer l'objet et le but de l'inspection, fixer la date à laquelle elle commence et indiquer les sanctions prévues aux articles 23 et 24 dudit règlement, ainsi que le recours ouvert devant la Cour contre cette décision. Il ressort de la jurisprudence que la motivation doit aussi indiquer les hypothèses et présomptions que la Commission souhaite vérifier (arrêt du Tribunal du 12 juillet 2007, CB/Commission, T-266/03, non publié au Recueil, points 36 et 37).
- 76 Pour autant, la Commission ne doit ni procéder à une qualification juridique précise des infractions présumées, ni porter à la connaissance de l'entreprise toutes les informations dont elle dispose, ni indiquer la période au cours de laquelle l'infraction suspectée aurait eu lieu (arrêt France Télécom/Commission, point 44 supra, point 58).
- 77 Toutefois, en vue de garantir à l'entreprise la possibilité de faire usage de son droit d'opposition, la décision d'inspection doit, au-delà des éléments formels énumérés à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, contenir une description des caractéristiques de l'infraction suspectée, en indiquant le marché présumé en cause et la nature des restrictions de concurrence suspectées, ainsi que les secteurs couverts par la prétendue infraction concernée par l'enquête, des explications quant à la manière dont l'entreprise est présumée être impliquée dans l'infraction, ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter la vérification (voir arrêt France Télécom/Commission, point 44 supra, point 59, et la jurisprudence citée).
- 78 Le contrôle de la motivation d'une décision permet au juge de veiller au respect du principe de protection contre les interventions arbitraires et disproportionnées et des droits de la défense (arrêt France Télécom/Commission, point 44 supra, point 57), tout en gardant à l'esprit la nécessité de préserver une certaine marge de manœuvre de la Commission sans laquelle les dispositions du règlement n° 1/2003 se verraient privées de tout effet utile (ordonnance de la Cour du 17 novembre 2005, Minoan lines/Commission, C-121/04 P, non publiée au Recueil, point 36).
- 79 En deuxième lieu, des limites sont imposées à la Commission lors du déroulement d'une inspection.
- 80 Premièrement, les documents qui ne seraient pas de nature professionnelle, c'est-à-dire ceux qui n'auraient pas trait à l'activité de l'entreprise sur le marché, sont exclus du champ d'investigation ouvert à la Commission (arrêts de la Cour du 18 mai 1982, AM & S/Commission, 155/79, Rec. p. 1575, point 16, et du 22 octobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, point 45).
- 81 Deuxièmement, les entreprises faisant l'objet d'une inspection ordonnée par une décision d'inspection ont la possibilité de bénéficier d'une assistance juridique ou encore celle de préserver la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, cette dernière garantie étant exclue à l'égard des informations échangées entre un avocat lié à l'entreprise en cause par un rapport d'emploi et celle-ci (arrêt de la Cour du 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals et Akros Chemicals/Commission, C-550/07 P, Rec. p. I-8301, points 40 à 44).

- 82 Troisièmement, bien que le règlement n° 1/2003 impose à l'entreprise soumise à l'inspection une obligation de coopération active, la Commission ne saurait imposer à l'entreprise concernée l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve (arrêt de la Cour du 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, 374/87, Rec. p. 3283, point 35). Ce principe, développé dans le cadre de l'application de l'article 11 du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81 CE] et [82 CE] (JO 1962, 13, p. 204), s'applique également aux questions que les inspecteurs sont susceptibles de poser dans le cadre d'une inspection effectuée au titre de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003.
- 83 Quatrièmement, il convient de mentionner l'existence des notes explicatives notifiées aux entreprises conjointement aux décisions d'inspection. Ces notes explicatives déterminent la méthodologie que la Commission s'est imposée pour conduire une inspection. Elles précisent donc utilement le contenu du principe du respect des droits de la défense et du principe de bonne administration, tels qu'ils sont perçus par la Commission.
- 84 Ces notes explicatives précisent la manière dont certaines phases de l'inspection doivent être conduites. L'obligation de citer les noms des agents habilités par la Commission ou par l'autorité nationale de concurrence appropriée (point 1), l'obligation de notifier la décision autorisant l'inspection (point 3), l'exposé limitatif des prérogatives des agents (point 4), le droit de recourir aux services d'un avocat (point 6), les conditions d'enregistrement des explications orales fournies par les salariés de l'entreprise (points 7 et 8), les modalités de consultation, de recherche et de copie de certains documents informatiques (points 10 et 11), les solutions de gestion d'une consultation différée de certaines informations consignées sur support informatique (points 11 et 12), la possibilité d'obtenir un inventaire signé des éléments copiés (point 12) et les conditions de gestion confidentielle de certaines informations ou certains secrets d'affaires à la suite de l'enquête (points 13 et 14), sont autant d'éléments précisés dans la notice explicative mentionnée. Ces éléments constituent également des informations utiles pour l'entreprise lorsque les représentants de cette dernière doivent apprécier l'étendue de leur devoir de coopération.
- 85 En troisième lieu, la Commission ne dispose pas de moyens excessifs de coercition rendant caduque la possibilité, dans les faits, de s'opposer à l'inspection au titre de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, contrairement à ce qu'affirment les requérantes.
- 86 En effet, premièrement, il ressort de la jurisprudence que, lors d'une inspection, les agents de la Commission ont, notamment, la faculté de se faire présenter les documents qu'ils demandent, d'entrer dans les locaux qu'ils désignent et de se faire montrer le contenu des meubles qu'ils indiquent. En revanche, ils ne peuvent pas forcer l'accès à des locaux ou à des meubles ou contraindre le personnel de l'entreprise à leur fournir un tel accès, ni entreprendre des fouilles sans l'autorisation des responsables de l'entreprise (arrêt de la Cour du 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, 46/87 et 227/88, Rec. p. 2859, point 31).
- 87 Deuxièmement, l'ensemble des règles encadrant, d'une part, la motivation des décisions d'inspection (voir points 7 à 78 ci-dessus) et, d'autre part, le déroulement des inspections (voir points 7 à 84 ci-dessus), permettent aux entreprises d'utiliser effectivement leur droit d'opposition, conformément à l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, à l'arrivée des inspecteurs, au moment de la notification de la décision d'inspection, ou à n'importe quel autre moment, lors du déroulement de l'inspection.
- 88 À cet égard, il convient de relever la possibilité pour les représentants des entreprises concernées par des inspections de faire enregistrer dans un procès-verbal toute irrégularité présumée survenue lors du déroulement de l'inspection, ou tout grief qu'elles pourraient avoir, sans pour autant s'opposer formellement à l'inspection, au sens de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, ainsi que d'utiliser tout moyen à leur disposition pour conserver des preuves tangibles desdites irrégularités.

- 89 Troisièmement, il y a lieu de rappeler que la Commission, lors de son arrivée dans les locaux de l'entreprise, doit accorder à cette dernière un délai raisonnable, mais bref, pour examiner, avec l'aide de ses avocats, la décision d'inspection. Par ailleurs, s'agissant de l'argument des requérantes selon lequel la violation des droits fondamentaux aurait lieu au moment où les agents de la Commission pénètrent dans l'entreprise, le Tribunal estime, à l'instar de la Commission, que l'inspection ne commence en aucun cas avant la notification de la décision et que le simple fait de pénétrer dans l'entreprise dans le but de procéder à la notification ne constitue pas une violation d'un droit fondamental. Ensuite, au cours de l'inspection, la Commission doit aussi accorder un bref délai à l'entreprise pour consulter ses avocats avant d'effectuer des copies, d'apposer des scellés ou de demander des explications orales.
- 90 Quatrièmement, dans ce contexte, il convient de rappeler que ce n'est qu'en cas d'obstruction évidente ou d'une utilisation abusive du droit d'opposition que la Commission peut utiliser le mécanisme de sanction prévu à l'article 23 du règlement n° 1/2003. La Commission ne saurait donc utiliser comme menace ce mécanisme de sanction en vue d'obtenir des concessions des entreprises dépassant les limites strictes de leur devoir de collaboration. À cet égard, il convient de rappeler que toute décision prise sur le fondement de l'article 23 du règlement n° 1/2003 est susceptible de faire l'objet d'un contrôle par le juge de l'Union.
- 91 En quatrième lieu, s'agissant des garanties offertes par la procédure d'opposition, prévue à l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003, il convient de constater que la Commission se trouve dans l'obligation de recourir à l'assistance des autorités nationales de l'État sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée. Cette procédure déclenche la mise en œuvre des mécanismes de contrôle, le cas échéant judiciaire, propres à l'État membre concerné.
- 92 Lorsque le concours de l'autorité nationale compétente est sollicité, l'État membre concerné doit assurer l'efficacité de l'action de la Commission et respecter différents principes généraux du droit de l'Union, en particulier la protection des personnes physiques et morales contre les interventions arbitraires et disproportionnées de la puissance publique dans la sphère privée (arrêts Hoechst/Commission, point 8 supra, point 33, et Roquette Frères, point 8 supra, point 35).
- 93 L'instance nationale compétente, qu'elle soit judiciaire ou non, doit examiner si les mesures de contrainte envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification. La Commission doit veiller à ce que l'instance nationale concernée dispose de tous les éléments nécessaires pour lui permettre de s'acquitter de ce contrôle et s'assurer du respect des règles du droit national dans le déroulement des procédures de contrainte (arrêts Hoechst/Commission, point 8 supra, points 34 et 35, et Roquette Frères, point 8 supra, points 36 et 37).
- 94 Il convient d'ajouter que, ainsi que l'a fait observer la Commission à juste titre, le juge national compétent pour autoriser des mesures de contrainte peut poser une question préjudicielle à la Cour. En outre, les articles 95 et 105 du règlement de procédure de la Cour permettent au juge national de poser une question préjudicielle accélérée et anonyme. Enfin, le juge national peut, sous certaines conditions, décider de suspendre la procédure d'octroi du mandat dans l'attente de la réponse de la Cour à la question préjudicielle (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 9 novembre 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a., C-465/93, Rec. p. I-3761, point 23).
- 95 En cinquième lieu, l'encadrement de l'ingérence que constitue une inspection repose également sur le contrôle a posteriori, par le juge de l'Union, de la légalité de la décision ordonnant l'inspection.
- 96 À cet égard, l'article 20, paragraphe 8, dernière phrase, du règlement n° 1/2003, dispose :
- « Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice. »

- 97 Ainsi qu'il ressort du point 6 ci-dessus, l'existence d'un contrôle juridictionnel complet a posteriori est particulièrement importante, puisqu'il est susceptible de compenser l'absence de mandat judiciaire préalable. En l'espèce, le juge de l'Union exerce un contrôle complet, en fait et en droit, des décisions d'inspection (voir également, à cet égard, point 1 ci-après).
- 98 En outre, ainsi que le souligne à juste titre la Commission, les requérantes peuvent obtenir la suspension de l'application d'une décision d'inspection en introduisant, concomitamment à un recours en annulation, une demande en référé, au titre de l'article 278 TFUE, éventuellement assortie d'une demande au sens de l'article 105, paragraphe 2, du règlement de procédure.
- 99 Enfin, l'article 340, deuxième alinéa, TFUE offre un fondement à une action visant à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union.
- 100 Le Tribunal considère que l'ensemble des cinq catégories de garanties mentionnées ci-dessus étaient assurées dans le cas d'espèce. En particulier, les trois décisions d'inspection incluent les éléments prévus à l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003. La Commission a pris soin de spécifier le nom des destinataires, les raisons qui l'ont amenée à suspecter l'existence d'une pratique infractionnelle, le type de pratiques suspectées en ce qu'elles pourraient s'avérer anticoncurrentielles, le marché de biens et de services concerné, le marché géographique sur lequel les pratiques alléguées sont supposées s'être déployées, le rapport entre ces pratiques supposées et le comportement de l'entreprise destinataire des décisions, les agents habilités à mener l'inspection, les moyens à leur disposition et les obligations incombant au personnel compétent de l'entreprise, la date et les lieux de l'inspection, les sanctions encourues en cas d'obstruction, la possibilité et les conditions d'un recours. Ainsi qu'il ressort de l'examen du quatrième moyen, il convient de constater que ces éléments ont été correctement inclus dans les trois décisions d'inspection (voir point 1 ci-après).
- 101 S'agissant du déroulement de la première inspection et, d'une part, de l'argument des requérantes selon lequel un agent de la Commission aurait menacé de fermer leur système informatique si celles-ci ne lui donnaient pas les mots de passe des comptes de messagerie de certains collaborateurs, force est de constater, outre le fait que la Commission s'est opposée à cette assertion, que les avocats des requérantes n'ont pas fait formellement enregistrer ce prétendu incident, de sorte qu'aucune preuve permettant d'établir ce dernier n'est disponible. En outre, les requérantes n'ont pas contesté la version de la Commission dans le mémoire en défense selon laquelle, malgré ses injonctions, les requérantes auraient bloqué l'accès à des ordinateurs et à des comptes de messagerie pendant un laps de temps particulièrement long, jusqu'au deuxième jour de l'inspection, sans que la Commission ait fait appel aux autorités nationales en vue de mettre en œuvre des mesures de contrainte. D'autre part, s'agissant de l'affaire Sanofi Aventis, il ressort des éléments du dossier, en particulier du document de la Commission portant la référence MEMO/08/357, du 2 juin 2008, que la Commission a envisagé de sanctionner non le fait même de s'opposer à une inspection, en général, mais le fait de s'opposer, dans ce cas particulier, à ce que la Commission fasse des copies de certains documents. La procédure a, par ailleurs, été classée.
- 102 Eu égard aux considérations formulées aux points 6 à 101 ci-dessus, il y a lieu de rejeter le premier moyen et l'exception d'illégalité, en ce qu'elle concerne l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003, comme étant non fondés.

Sur le deuxième moyen, tiré d'une violation du droit à un recours juridictionnel effectif

- 103 Les requérantes se fondent principalement sur les arrêts de la Cour EDH, Société Métallurgique Liotard Frères c. France et Société Canal Plus e.a. c. France, point 5 supra, pour faire valoir qu'elles devraient bénéficier de possibilités de recours en fait et en droit, au sens de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux et de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, préalablement à l'intrusion que constitue l'inspection.

- 104 Les requérantes avancent, en particulier, que ni la procédure prévue à l'article 20, paragraphe 8, du règlement n° 1/2003, qui donne le pouvoir à l'autorité judiciaire nationale d'apprécier le caractère non arbitraire et proportionné des mesures coercitives requises pour mettre en œuvre la décision d'inspection de la Commission en cas d'opposition, ni le contrôle du juge de l'Union, ne remplissent les conditions dégagées par la jurisprudence de la Cour EDH.
- 105 En réponse à une question écrite du Tribunal, les requérantes ont précisé qu'elles considéraient, d'une part, que l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH imposait l'obtention par la Commission d'un mandat judiciaire préalable, dans le cadre duquel le juge national contrôlait la nécessité et la proportionnalité, en fait et en droit, de l'inspection. D'autre part, l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH exigerait un contrôle juridictionnel complet de la décision d'inspection dans un délai raisonnable après le début de l'inspection.
- 106 La Commission, d'une part, estime le moyen des requérantes inopérant et donc irrecevable, et, d'autre part, conteste l'interprétation de l'arrêt de la Cour EDH, *Société Métallurgique Liotard Frères c. France*, point 5 supra, avancée par les requérantes. Elle estime qu'un contrôle juridictionnel effectif a posteriori est suffisant et que le Tribunal est à même d'exercer un tel contrôle.
- 107 À titre préliminaire, s'agissant de la recevabilité, il a déjà été rappelé au point 4 ci-dessus que le caractère inopérant d'un argument n'était, en tout état de cause, pas de nature à emporter son irrecevabilité.
- 108 S'agissant de la nécessité d'obtenir un mandat judiciaire préalable, les requérantes, par le présent moyen, tout comme par le premier moyen (voir, à cet égard, points 4 à 51 ci-dessus), sollicitent l'identification par le Tribunal d'une nouvelle exigence formelle qui affecterait la légalité des décisions d'inspection. Le présent moyen doit être compris en ce sens que l'adoption d'une décision d'inspection doit être conditionnée à l'obtention par la Commission d'un mandat judiciaire préalable délivré à la suite d'un contrôle complet, tant en fait qu'en droit, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. Pour autant qu'il concerne la nécessité d'obtenir un mandat judiciaire préalable, le deuxième moyen ne saurait donc être considéré comme étant inopérant.
- 109 S'agissant des arguments des requérantes à cet égard, en premier lieu, il convient de constater que l'interprétation des arrêts de la Cour EDH, *Société Métallurgique Liotard Frères c. France* et *Société Canal Plus e.a. c. France*, point 5 supra, avancée par les requérantes, est erronée.
- 110 En effet, il convient de constater, à l'instar de la Commission, qu'il ressort de ces arrêts que c'est bien l'intensité du contrôle qui est visée et non le moment auquel ce dernier est exercé. Ce contrôle doit s'exercer sur l'ensemble des éléments de fait et de droit et permettre un redressement approprié dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu (*Cour eur. D. H.*, arrêt *Société Canal Plus e.a. c. France*, point 5 supra, point 36).
- 111 En deuxième lieu, une décision d'inspection est susceptible de faire l'objet d'un recours au titre de l'article 263 TFUE. En conséquence, l'absence de contrôle complet exercé ex ante par une autorité nationale, qui délivrerait un mandat est, en tout état de cause, sans incidence, contrairement à ce que soutiennent les requérantes. L'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 prévoit un tel contrôle par le juge de l'Union et en impose la mention dans la décision ordonnant de se soumettre à une inspection dans les locaux de l'entreprise. En l'espèce, la Commission a respecté cette formalité lors de l'adoption des première, deuxième et troisième décisions d'inspection et les requérantes savaient qu'elles étaient en mesure d'intenter un recours permettant de contester la nécessité de l'inspection, comme les présentes affaires en attestent.
- 112 En troisième lieu, il ne saurait être sérieusement contesté que le Tribunal est à même d'exercer un contrôle des faits et ne fonctionne pas uniquement comme une « cour de cassation », ainsi que le soutiennent les requérantes. En effet, le juge de l'Union, statuant sur un recours en annulation formé

au titre de l'article 263 TFUE à l'égard d'une décision d'inspection, exerce un contrôle tant de droit que de fait et a le pouvoir d'apprécier les preuves et d'annuler la décision attaquée. Il ressort de la jurisprudence que, dans le cadre de son contrôle des décisions d'inspection, le juge de l'Union peut être amené à s'assurer de l'existence d'indices suffisamment sérieux permettant de suspecter une infraction aux règles de la concurrence par les entreprises concernées (voir arrêt *Roquette Frères*, point 8 supra, points 54 et 55, et la jurisprudence citée). Il résulte de ces considérations, par ailleurs, que le second argument des requérantes (voir point 1 ci-dessus) selon lequel une prétendue absence de contrôle juridictionnel complet des décisions d'inspection, après le début desdites inspections, violerait l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH doit être rejeté.

113 En quatrième lieu, il y a lieu de souligner, comme la Commission le rappelle à juste titre, que l'annulation éventuelle de la décision d'inspection, ou encore le constat d'une irrégularité dans le déroulement des mesures accomplies par les agents mandatés, emportent l'impossibilité pour l'institution d'utiliser les informations recueillies au cours des opérations litigieuses aux fins de la procédure d'infraction (arrêt *Roquette Frères*, point 8 supra, point 49).

114 Partant, il y a lieu de rejeter le deuxième moyen dans son ensemble comme étant non fondé.

Sur le troisième moyen, concernant la violation des droits de la défense des requérantes compte tenu d'irrégularités entachant le déroulement de la première inspection

115 Les requérantes soutiennent, en substance, que les deuxième et troisième décisions d'inspection sont fondées sur des informations obtenues illégalement lors de la première inspection. La Commission aurait ainsi délibérément recherché des informations concernant la DUSS lors de la première inspection, alors que cette inspection ne portait que sur l'alimentation en EET. La Commission aurait ainsi violé les droits de la défense des requérantes.

116 En particulier, les requérantes font valoir, premièrement, que la Commission a fouillé de manière systématique le bureau de M. M., responsable « Veille juridique » de la DB Schenker Rail Deutschland à Mayence, cela incluant donc l'examen systématique de documents n'ayant manifestement aucun rapport avec l'EET. Ce serait dans ce bureau que la Commission aurait trouvé, notamment, certains courriels concernant la DUSS, n'ayant manifestement aucun lien avec l'objet de la première inspection, qui auraient été examinés et signalés par les agents MM. V. G. et T. B., malgré les protestations de l'avocat M^e M. L'agent M. V. G. aurait ensuite examiné un certain nombre d'autres documents concernant la DUSS dans ce même bureau.

117 Deuxièmement, lors de leur recherche électronique, les agents de la Commission auraient utilisé certains mots clés relatifs exclusivement à la DUSS, à savoir « NBS », « [S.] », « [T.] » et « [G.] ». S'agissant du mot clé « [T.] », les requérantes soulignent que la seule cliente de DB Energie pour l'EET et donc la seule concurrente du groupe DB est l'entreprise TXL, une filiale de l'entreprise T, qui a fait l'objet d'une recherche séparée. Quant au mot clé « NBS », les requérantes contestent que les agents de la Commission ignoraient sa signification, surtout eu égard à la présence de M. N., un agent de la Bundesnetzagentur (ci-après la « BNetzA »), expert dans le domaine, qui connaissait nécessairement cette abréviation largement utilisée dans ce secteur. En outre, il serait improbable que les agents de la Commission aient effectué une recherche approfondie sans s'enquérir à l'avance de la signification de ce mot clé.

118 Troisièmement, un agent de la Commission aurait inspecté les archives de la DB Schenker Rail Deutschland à Mayence et aurait photocopié un document intitulé « Stratégie européenne des terminaux Stinnes Intermodal du 17 janvier 2006 » qui n'avait manifestement pas non plus de rapport avec l'objet de l'inspection.

- 119 Quatrièmement, les agents de la Commission eux-mêmes auraient reconnu, lors de l'inspection, l'existence d'un problème lié au fait que la première décision d'inspection ne mentionnait pas les comportements de la DUSS.
- 120 Cinquièmement, les requérantes affirment que, selon les éléments du dossier, la Commission a demandé à l'entreprise T., quelques jours avant le début de la première inspection, de lui confirmer si sa plainte du 16 mars 2011 était toujours d'actualité, ce qui tendrait à démontrer l'intention de la Commission de rechercher des informations concernant la DUSS lors de la première inspection. Les 32 agents de la Commission auraient d'ailleurs été informés de l'existence de la plainte visant la DUSS juste avant l'inspection. En outre, le fait que, dans l'objet de sa lettre du 16 mars 2011 relative au dossier de la DUSS, l'entreprise T. a explicitement mentionné le numéro de référence utilisé par la Commission dans la décision d'inspection EET du 14 mars 2011 (« COMP 39.678 »), tendrait également à le démontrer.
- 121 Sixièmement, les requérantes demandent l'audition de M^{es} M. et P., conformément à l'article 68, paragraphe 1, du règlement de procédure.
- 122 La Commission soutient, d'une part, que les arguments des requérantes sont inopérants et, par là même, irrecevables, car elle détenait suffisamment d'éléments, antérieurement à la première inspection, pour justifier les deuxième et troisième inspections. S'agissant spécifiquement de la troisième décision d'inspection, elle souligne qu'elle se fondait uniquement sur des informations détenues avant la première inspection et sur des informations collectées lors de la deuxième inspection. La Commission rejette, d'autre part, l'ensemble des arguments des requérantes comme étant non fondés.
- 123 Tout d'abord, s'agissant des arguments de la Commission concernant la recevabilité, il suffit de rappeler que le caractère inopérant d'un argument ne saurait emporter son irrecevabilité (voir point 4 ci-dessus).
- 124 Ensuite, il convient de rappeler qu'il a déjà été établi par la Cour que les informations recueillies au cours des vérifications ne doivent pas être utilisées dans des buts autres que ceux indiqués dans la décision d'inspection. Cette exigence vise, en effet, à préserver, outre le secret professionnel, les droits de la défense des entreprises. Ces droits seraient gravement compromis si la Commission pouvait invoquer à l'égard des entreprises des preuves qui, obtenues au cours d'une vérification, seraient étrangères à l'objet et au but de celle-ci (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêt de la Cour du 17 octobre 1989, *Dow Benelux/Commission*, 85/87, Rec. p. 3137, point 18).
- 125 Toutefois, il ne pourrait en être conclu qu'il serait interdit à la Commission d'ouvrir une procédure d'enquête, afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure, au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence du traité (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêt *Dow Benelux/Commission*, point 1 supra, point 19).
- 126 Dès lors que la Commission a obtenu de nouveau ces documents sur le fondement de mandats ou de décisions et les a utilisés dans le but qui était indiqué dans ces mandats ou décisions, elle a respecté les droits de la défense des entreprises, tels qu'ils découlent de l'article 20 du règlement n° 1/2003 (arrêt du Tribunal 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, Rec. p. II-931, point 476).
- 127 Le fait que la Commission ait obtenu, pour la première fois, des documents dans une affaire donnée ne confère pas une protection à ce point absolue que ces documents ne pourraient pas être légalement demandés dans une autre affaire et utilisés comme preuve. À défaut, les entreprises seraient incitées, lors d'une vérification dans une première affaire, à donner tous les documents permettant d'établir

une autre infraction et à se prémunir ainsi de toute poursuite à cet égard. Une telle solution irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver le secret professionnel et les droits de la défense et constituerait donc une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission, de la mission de veiller au respect des règles de concurrence dans le marché commun (arrêt du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij/Commission*, point 1 *supra*, point 477).

- 128 En outre, il convient de rappeler que les facultés d'enquête de la Commission seraient dépourvues d'utilité si cette dernière devait se limiter à demander la production de documents qu'elle serait 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 (arrêt *Hoechst/Commission*, point 8 *supra*, point 27, et arrêt du Tribunal du 11 décembre 2003, *Ventouris/Commission*, T-59/99, Rec. p. II-5257, point 122).
- 129 C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner les arguments soulevés par les requérantes.
- 130 Avant d'entreprendre cet examen, il convient de faire deux observations liminaires. La première de ces observations concerne l'argument de la Commission selon lequel le troisième moyen des requérantes serait inopérant, car elle détenait suffisamment d'éléments, antérieurement à la première inspection, pour justifier les deuxième et troisième inspections. À cet égard, il convient de relever qu'il ressort des éléments du dossier que la Commission s'est également fondée sur les informations collectées lors de la première inspection.
- 131 En effet, si la troisième décision d'inspection est claire à cet égard (considérant 7), la deuxième décision d'inspection ne spécifie pas clairement d'où proviennent les informations sur le fondement desquelles elle a été décidée (considérant 6).
- 132 Dans son mémoire en défense, la Commission a fait valoir qu'elle avait, préalablement à la première inspection, des soupçons concernant de possibles agissements anticoncurrentiels de la part de la DUSS. Dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, le Tribunal a demandé à la Commission d'étayer l'existence de ces soupçons. La Commission a alors communiqué au Tribunal une plainte de l'entreprise T. Il ressort de la plainte de l'entreprise T. que la DUSS lui aurait refusé l'accès au terminal Munich-Riem dans des conditions satisfaisantes.
- 133 La Commission disposait donc d'informations, antérieurement à la première inspection, susceptibles de nourrir l'existence de soupçons sérieux concernant de possibles comportements anticoncurrentiels de la DUSS.
- 134 Toutefois, contrairement à ce que soutient la Commission, cela n'est pas de nature à rendre le moyen des requérantes inopérant. En effet, le fait que la deuxième décision d'inspection ait été adoptée pendant le déroulement de la première inspection montre l'importance des informations collectées à cette occasion dans le déclenchement de la deuxième inspection. La troisième inspection étant sans ambiguïté fondée, en partie, sur les informations collectées lors des deux premières inspections, ainsi qu'il ressort du considérant 7 de la décision concernant ladite inspection, il convient de conclure que les conditions dans lesquelles les informations concernant la DUSS ont été collectées lors de la première inspection sont de nature à affecter la légalité des deuxième et troisième décisions d'inspections. En conséquence, l'argument de la Commission concernant le caractère inopérant du troisième moyen des requérantes doit être rejeté.
- 135 La deuxième remarque liminaire concerne la valeur probante des aide-mémoire des requérantes. À cet égard, il convient de constater que, ainsi que le souligne à juste titre la Commission, ces aide-mémoire ont été écrits au moins un mois après la fin de la première inspection, à l'exception de l'aide-mémoire de M^e U. P. du 4 avril 2011. L'aide-mémoire le plus fréquemment cité, celui de M^e M., a été écrit deux mois après les faits. En outre, les assertions des représentants des requérantes reposent largement sur des supputations, portant sur les intentions des enquêteurs, non supportées par des éléments de fait.

136 Il convient également de relever que ces éléments de fait constituent les seuls éléments de preuve avancés par les requérantes. À aucun moment les représentants des requérantes ne se sont formellement opposés au sens de l'article 20, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003 ou n'ont fait enregistrer un quelconque mécontentement dans un procès-verbal contrôlable dans le cadre de la présente procédure. Il appartenait aux représentants des requérantes de faire enregistrer de manière formelle l'ensemble de leurs griefs au moment même où les abus auraient été commis et d'utiliser tout moyen à leur disposition pour conserver des éléments tangibles (voir point 8 ci-dessus). L'allégation des requérantes selon laquelle certains agents auraient confirmé à l'oral, lors de la première inspection, le caractère illégal des recherches concernant la DUSS, allégation contestée par la Commission, ne repose donc sur aucun procès-verbal écrit au moment même, ni sur tout autre document que les requérantes auraient pu établir lorsque les faits litigieux se sont produits. En l'absence de telles preuves formelles, prouver l'existence d'une recherche ciblée en dehors de l'objet de la première décision d'inspection est nécessairement plus difficile. En outre, il convient d'observer que M^{es} M. et P. sont les auteurs de certains des aide-mémoire en question, ce qui implique que le dossier du Tribunal contient déjà leur exposé des circonstances dans lesquelles s'est déroulée la première inspection. Dans ces conditions, il ne paraît pas utile de les faire auditionner, ainsi que l'ont demandé des requérantes.

137 À titre principal, il convient d'examiner successivement les arguments des requérantes concernant, premièrement, la fouille exhaustive du bureau de M. M., deuxièmement, certains documents et mots clés litigieux, et, troisièmement, le comportement de la Commission avant le début de la première inspection.

Sur la fouille exhaustive du bureau de M. M.

138 Les requérantes font valoir que la Commission aurait fouillé de manière systématique le bureau de M. M., cela incluant donc l'examen systématique de documents n'ayant manifestement aucun rapport avec l'EET. C'est dans ce bureau qu'elle aurait trouvé, notamment, deux courriels concernant la DUSS, n'ayant manifestement aucun rapport avec l'objet de l'inspection, qui auraient été examinés et signalés par les agents M. V. G. et M. T. B., malgré les protestations de M^e M., M. V. G. aurait ensuite examiné un certain nombre d'autres documents concernant la DUSS dans ce même bureau.

139 À cet égard, il convient de souligner d'emblée que la Commission peut fouiller de manière exhaustive le contenu de certains bureaux ou classeurs, quand bien même il n'y aurait aucune indication claire que des informations concernant l'objet de l'enquête s'y trouvent, lorsque des éléments le suggèrent. En effet, ainsi que la Commission le souligne à juste titre, se limiter à entrer dans des locaux ou à examiner des classeurs qui ont clairement un lien avec l'objet de l'enquête risque de ne pas lui permettre de trouver certains éléments de preuve importants. Ces éléments de preuve pourraient, par exemple, être dissimulés ou référencés de manière incorrecte.

140 En outre, le lien avec l'objet de l'enquête n'est pas nécessairement aisément identifiable d'emblée et il se peut que seul un examen minutieux puisse permettre de l'identifier. Ainsi que le souligne la Commission, ses agents n'ayant pas toujours une connaissance technique parfaite de l'ensemble des secteurs concernés par l'enquête, il ne leur est pas toujours possible de déterminer immédiatement la pertinence d'un document, de sorte qu'ils effectuent nécessairement une recherche relativement large.

141 En l'espèce, s'agissant du bureau de M. M., des raisons valables existaient justifiant une recherche approfondie. En effet, il ressort des éléments du dossier que M. M. était directeur de la gestion, de la régulation et des achats de DB Schenker Rail Deutschland, et était compétent pour les achats de services. À ce titre, il négociait les contrats de fourniture en EET avec DB Energie. DB Schenker Rail Deutschland appartient à DB Schenker Rail qui est elle-même, en tant que filiale de transport de marchandises de DB Group, l'un des plus gros clients de DB Energie. Ces informations, qui n'ont pas été contestées par les requérantes, justifiaient donc une recherche approfondie du bureau de M. M.

142 À cet égard, il convient de préciser que la première inspection a eu lieu sur trois sites et que les incidents relatés aux points 1 à 118 ci-dessus par les requérantes n'auraient eu lieu que sur l'un des trois sites (Mayence). Ces incidents ne concernent d'ailleurs essentiellement qu'un seul bureau et trois agents sur un total de 32 agents mandatés par la Commission. Ensuite, force est de constater que le nombre de documents litigieux, à savoir onze, apparaît très faible au regard du nombre total de documents concernés, c'est-à-dire environ 1 000 documents copiés et un nombre encore beaucoup plus important de documents examinés. Enfin, la Commission n'aurait finalement emporté la copie que de quatre documents concernant la DUSS.

143 Dans ces conditions, il convient de rejeter les arguments des requérantes relatifs à la fouille systématique du bureau de M. M. comme étant non fondés.

Sur les documents et mots clés litigieux

144 Les requérantes font valoir, d'une part, que, lors de la première inspection, la Commission a examiné et, pour partie, photocopié des documents n'ayant manifestement pas de rapport avec l'objet de l'inspection. D'autre part, lors de leur recherche électronique, les agents de la Commission auraient également utilisé certains mots clés relatifs exclusivement à la DUSS, et non à l'EET.

145 À cet égard, il convient de souligner à nouveau que, s'il ressort des aide-mémoire que les représentants des requérantes ont signalé le fait que certains des documents examinés par la Commission ne présentaient pas, selon eux, un lien avec l'objet de la première inspection, ils n'ont à aucun moment fait opposition ou fait enregistrer formellement un grief.

146 Premièrement, s'agissant des onze documents litigieux, ils sont composés, d'abord, de deux premiers courriels découverts dans le bureau de M. M. dans l'après-midi du 29 mars 2011. Ces courriels, après avoir été examinés en détail, auraient été signalés par un « drapeau » par les agents MM. V. G. et T. B. Le matin du 30 mars 2011, sept autres documents ont été découverts dans les bureaux de M. M., dont cinq courriels. Le matin du 31 mars 2011, un agent de la Commission a trouvé un document intitulé « Stratégie européenne des terminaux Stinnes Intermodal du 17 janvier 2006 » dans les archives de la DB Schenker Rail Deutschland à Mayence. Enfin, au stade de la réplique, les requérantes mentionnent un autre courriel de M. M., daté du 2 novembre 2006, ayant pour objet un « projet pilote concernant la gare de déchargement de Munich-Riem ».

147 Ainsi qu'il ressort des écritures des parties, la Commission a emporté une copie de quatre de ces onze documents, à savoir d'un courriel de M. L. à M. F., daté du 6 novembre 2006, ayant pour objet les « prestations de triage au terminal Munich-Riem », d'un courriel de M. S. à M. M., daté du 15 septembre 2006, ayant pour objet les « déplacements dans la gare de chargement de Munich-Riem », du courriel de M. M., daté du 2 novembre 2006, ayant pour objet le « projet pilote concernant la gare de déchargement de Munich-Riem », et du document « Stratégie européenne des terminaux Stinnes Intermodal du 17 janvier 2006 ».

148 Il convient donc de différencier les quatre documents copiés et les sept documents non copiés.

149 S'agissant du document « Stratégie européenne des terminaux Stinnes Intermodal du 17 janvier 2006 », découvert dans les archives de Mayence, l'agent de la Commission affirme avoir trouvé ledit document vers 12 h 30 le 31 mars 2011. Il aurait sorti l'original du classeur afin de discuter de son contenu avec des collègues. Après en avoir fait une copie, il aurait remis l'original dans le classeur dans lequel il l'avait trouvé. Cela n'a pas été remis en cause par les requérantes. Il ressort de l'aide-mémoire de M^e D. que « [M. M.] s'est rendu dans la salle d'archive [... ; i]l était manifestement débordé par le nombre de documents y étant stockés dans divers cartons et armoires, de sorte qu'il a simplement choisi quelques cartons au hasard ». Selon le représentant des requérantes, son choix s'est donc porté de manière « aléatoire » sur certains documents, ce qui n'est pas cohérent avec l'allégation

d'une recherche ciblée illégale. Plusieurs autres déclarations des aide-mémoire, telles que listées par la Commission dans son mémoire en défense, tendent également à confirmer le caractère aléatoire de la recherche des agents.

- 150 S'agissant des trois autres documents, tous retrouvés dans le bureau de M. M., ils concernent le terminal Munich-Riem et la DUSS, et il s'agit effectivement de sujets évoqués dans la plainte de l'entreprise T.
- 151 À cet égard, tout d'abord, il a été établi que la Commission avait des raisons valables de procéder à une recherche approfondie dans ce bureau (voir point 1 ci-dessus). Ensuite, il y a lieu de considérer que l'intitulé et le contenu d'un document ne sont pas nécessairement décisifs pour déterminer si le document a effectivement été trouvé par hasard, ainsi que la Commission l'a souligné à bon droit. Enfin, aucun élément des aide-mémoire n'est de nature à établir que, dans le cadre de cette recherche approfondie, les agents de la Commission auraient opéré une recherche ciblée de ces trois documents.
- 152 En ce qui concerne les sept autres documents, il convient de constater que, à la différence des quatre documents photocopiés, ils ne contiennent pas de référence à la DUSS et au terminal Munich-Riem. Il s'agit pour l'essentiel de documents relatifs à la formation de trains dans des conditions non discriminatoires.
- 153 Dans ces conditions, il convient de constater l'absence d'éléments probants à même de fonder l'existence d'une recherche ciblée illégale, à la suite de l'analyse des onze documents litigieux.
- 154 Deuxièmement, s'agissant des mots clés utilisés par les agents de la Commission de l'après-midi du 29 mars 2011 à la notification de la deuxième décision d'inspection le 31 mars 2011 vers 14 h 00, les requérantes donnent quatre exemples de tels mots clés : « NBS », « [S.] », « [T.] » et « [G.] ».
- 155 Il ressort des aide-mémoire que les agents de la Commission ont utilisé durant les trois jours et sur les trois sites un très grand nombre de mots clés. À la suite d'une demande du Tribunal, la Commission a transmis la liste de mots clés communiquée aux inspecteurs au début de la première inspection. Cette liste contient environ 90 mots clés. Les mots clés litigieux ne représentent donc qu'un faible pourcentage de l'ensemble des mots clés utilisés. Il y a également lieu de souligner, par ailleurs, qu'une liste de mots clés utilisés lors d'une inspection peut évoluer en fonction des connaissances acquises durant cette inspection.
- 156 S'agissant du mot clé « NBS », il est vrai qu'il n'a été utilisé qu'à la fin de la première inspection, le 31 mars vers 11 h 30. Selon la Commission, les agents ne connaissaient pas la signification de ce sigle et ne l'auraient utilisé, dans le cadre d'une recherche rapide, que pour établir l'existence d'un lien avec l'EET. À cet égard, d'abord, il convient de souligner que « NBS » signifie « Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen », c'est-à-dire « Conditions d'utilisation des infrastructures de service ». La fourniture en EET étant une condition sine qua non pour accéder au réseau électrifié, l'existence d'un lien avec les conditions d'utilisation des infrastructures de service ne peut être d'emblée écartée. Ensuite, il ressort de l'aide-mémoire de M^e D. que cette dernière avait estimé que ce mot-clé ne lui permettait pas de conclure à une absence de lien avec les prix de l'EET. Elle n'avait donc pas émis d'objections à la recherche. Enfin, en tout état de cause, il n'apparaît pas incohérent, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, d'utiliser un mot clé inconnu afin de vérifier, à partir du contexte des résultats obtenus, s'il est ou non lié à une problématique donnée.
- 157 S'agissant du mot clé « [S.] », il n'est pas contesté qu'il renvoie à M. S., un dirigeant de la DUSS. Ce dernier travaillait avant fin mai 2009 à la DB Schenker Rail, c'est-à-dire chez l'une des filiales du groupe DB ayant potentiellement été avantagé par le comportement de la DB Energie. Il est donc possible que la recherche des enquêteurs ne portait que sur la période antérieure de son activité, ainsi que le soutient la Commission.

- 158 S'agissant du mot clé « [T.] », l'explication de la Commission est convaincante. Selon la Commission, l'entreprise T. étant un concurrent de la Deutsche Bahn et donc un consommateur potentiellement discriminé de DB Energie, chercher des informations à son égard était légitime dans le cadre de la première inspection. L'affirmation des requérantes selon laquelle la seule cliente de DB Energie pour l'EET, et donc la seule concurrente du groupe DB, était l'entreprise TXL, c'est-à-dire une filiale de l'entreprise T. qui a d'ailleurs fait l'objet d'une recherche séparée, ne saurait remettre en cause cette conclusion. En effet, selon la Commission, l'entreprise T. avait aussi déposé une plainte concernant l'EET. En outre, il est tout à fait possible que les salariés du groupe DB se réfèrent, à l'occasion, à la société mère plutôt qu'à la filiale pour désigner cette dernière, ce qui rend légitime l'usage du mot clé « [T.] » par les enquêteurs de la Commission.
- 159 S'agissant du mot clé « [G.] », il renvoie à M. G. S., responsable de l'infrastructure des voies et des installations de la DB Schenker Rail Deutschland. Les enquêteurs ont trouvé un courriel émanant de sa boîte de réception dans le bureau de M. M. dans l'après-midi du 29 mars 2011. Selon l'aide-mémoire de M^e M., ce courriel portait sur des mesures en matière de prix pour les installations de formation de trains. Selon l'aide-mémoire de M^e S., les agents de la Commission ont utilisé ce mot clé dans l'après-midi du 30 mars 2011, car les agents ne trouvaient plus le courriel qu'ils avaient identifié le jour précédent, ce qui est confirmé par la Commission. Selon la Commission, les agents, qui n'avaient pas eu la possibilité d'étudier ce courriel en détail le 29 mars 2011, souhaitaient déterminer si ce courriel, qui portait sur un système de prix, avait un lien avec les systèmes de prix dans l'EET et en savoir davantage sur le domaine d'activité de M. G. S. Le choix de ce mot clé était donc justifié.
- 160 Dans ces conditions, les arguments des requérantes concernant les documents et les mots clés litigieux doivent être rejetés comme étant non fondés.

En ce qui concerne le comportement de la Commission avant le début de la première inspection

- 161 Les requérantes ont souligné que, selon les éléments du dossier, la Commission aurait demandé à l'entreprise T., quelques jours avant le début de la première inspection, de lui confirmer si sa plainte du 16 mars 2011 était toujours d'actualité, ce qui tendrait à démontrer l'intention de la Commission de rechercher des informations concernant la DUSS lors de la première inspection. Les 32 agents de la Commission auraient d'ailleurs été informés de l'existence de la plainte concernant la DUSS juste avant l'inspection. En outre, le fait que, dans l'objet de sa lettre du 16 mars 2011 relative au dossier de la DUSS, l'entreprise T. a explicitement mentionné le numéro de référence utilisé par la Commission dans la décision d'inspection EET du 14 mars 2011 (« COMP 39.678 »), tendrait également à le démontrer.
- 162 S'agissant, d'abord, des interrogations des requérantes au sujet du fait que la Commission a mentionné à ses agents l'existence de soupçons à l'égard de la DUSS avant la première décision d'inspection, il y a lieu de considérer qu'il était légitime d'informer les agents du contexte général de l'affaire.
- 163 Ensuite, s'agissant des relations entre l'entreprise T. et la Commission dans les mois précédant l'inspection, cette dernière a clarifié, en réponse à une question écrite du Tribunal, que l'entreprise T. avait, par sa lettre du 26 janvier 2011, et donc de sa propre initiative, sollicité un rendez-vous pour s'informer de l'état de la procédure, à la suite de sa plainte de mai 2009. Lors de la réunion du 23 février 2011, la Commission a précisé se pencher prioritairement sur la plainte concernant l'EET. Le représentant de l'entreprise T. aurait alors fait savoir à la Commission qu'il transmettrait, le cas échéant, des informations à la Commission concernant la DUSS, ce qu'il aurait fait dans une lettre complémentaire du 16 mars 2011. Dans ces conditions, force est de constater que les contacts établis entre l'entreprise T. et la Commission dans les mois précédant la première inspection ne sont pas à même de prouver l'existence d'une recherche ciblée illégale.

- 164 Les arguments des requérantes concernant le comportement de la Commission avant le début de la première inspection doivent donc être rejetés comme étant non fondés.
- 165 Eu égard aux considérations formulées aux points 1 à 164 ci-dessus, il y a lieu de rejeter le troisième moyen comme étant non fondé.

Sur le quatrième moyen, concernant la description de l'objet des inspections dans les première, deuxième et troisième décisions d'inspection

- 166 Les requérantes estiment, en substance, que les première, deuxième et troisième décisions d'inspection violent leurs droits de la défense en raison d'une description démesurément large de l'objet des inspections, eu égard aux éléments que prétendait détenir la Commission, en ce qui concerne, premièrement, les comportements concernés, qui engloberaient la quasi-totalité des comportements possibles de la DB Energie et de la DUSS, deuxièmement, l'étendue géographique du marché, qui inclurait l'ensemble des États membres dans lesquels opèrent les filiales du groupe DB, et, troisièmement, la durée de l'infraction présumée, dans la mesure où les première, deuxième et troisième décisions d'inspection ne spécifieraient aucune limitation à cet égard.
- 167 La Commission conteste l'ensemble des arguments des requérantes comme étant non fondés.
- 168 À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 définit les éléments essentiels devant figurer dans une décision ordonnant une inspection, en imposant à la Commission d'indiquer l'objet et le but de l'inspection ordonnée, la date à laquelle elle commence, les sanctions prévues aux articles 23 et 24 dudit règlement et le recours ouvert à l'encontre d'une telle décision devant la juridiction de l'Union.
- 169 La motivation des décisions ordonnant une inspection a ainsi pour objet de faire apparaître le caractère justifié de l'intervention envisagée à l'intérieur des entreprises concernées, mais aussi de mettre celles-ci en mesure de saisir la portée de leur devoir de collaboration tout en préservant les droits de la défense de ces dernières (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêts Hoechst/Commission, point 8 supra, point 29, et Roquette Frères, point 8 supra, point 47).
- 170 L'exigence pour la Commission d'indiquer l'objet et le but d'une inspection constitue en effet une garantie fondamentale des droits de la défense des entreprises concernées et, par conséquent, la portée de l'obligation de motivation des décisions d'inspection ne peut pas être restreinte en fonction de considérations tenant à l'efficacité de l'enquête. À cet égard, s'il est vrai que la Commission n'est tenue ni de communiquer au destinataire d'une telle décision toutes les informations dont elle dispose à propos d'infractions présumées, ni de délimiter précisément le marché en cause, ni de procéder à une qualification juridique exacte de ces infractions, ni d'indiquer la période au cours de laquelle ces infractions auraient été commises, elle doit, en revanche, 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 (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêts Dow Benelux/Commission, point 1 supra, point 10 ; Hoechst/Commission, point 8 supra, point 41, et Roquette Frères, point 8 supra, point 48).
- 171 À cette fin, la Commission est également tenue de faire apparaître, dans une décision ordonnant une inspection, une description des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée, en indiquant le marché présumé en cause et la nature des restrictions de concurrence suspectées, des explications quant à la manière dont l'entreprise visée par l'inspection est présumée être impliquée dans l'infraction, ainsi que les pouvoirs conférés aux enquêteurs de l'Union (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêts de la Cour du 26 juin 1980, National Panasonic/Commission, 136/79, Rec. p. 2033, point 26, et Roquette Frères, point 8 supra, points 81, 83 et 99).

172 Afin d'établir le caractère justifié de l'inspection, la Commission est tenue de faire apparaître de manière circonstanciée dans la décision ordonnant une inspection qu'elle dispose d'éléments et d'indices matériels sérieux l'amenant à suspecter l'infraction dont l'entreprise visée par l'inspection est soupçonnée (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 8 supra, points 55, 61 et 99).

Première décision d'inspection

173 Selon les requérantes, l'objet de la première décision d'inspection décrit à l'article 1^{er} de ladite décision doit être considéré comme étant démesurément large, dans la mesure où les comportements mentionnés se rapportent généralement à « un traitement préférentiel potentiellement injustifié accordé par DB Energie à d'autres filiales du groupe DB, notamment sous la forme d'un système de rabais » concernant l'approvisionnement en EET mis en place en Allemagne.

174 L'article 1^{er} de la première décision d'inspection définit l'objet de l'inspection comme portant sur des comportements discriminatoires, sans exclure que ces derniers puissent prendre une forme autre que celle d'un système de rabais. Or, il ressort de la jurisprudence citée au point 1 ci-dessus que seule une description des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée, en particulier la nature des restrictions de concurrence suspectées, est exigée de la Commission. En précisant que la restriction de concurrence suspectée est un comportement discriminatoire prenant principalement la forme d'une pratique de prix discriminatoire, il y a lieu de considérer que la Commission a satisfait à cette exigence.

175 En outre, le dispositif d'une décision doit nécessairement être lu à la lumière de ses motifs. Or, il apparaît que, si les comportements concernés ne se limitent pas exclusivement au système de rabais mis en place après 2002, le système de prix concernant l'EET (16,7 Hz) est bien l'objet quasi exclusif de l'inspection. Il ressort également du considérant 6 de la première décision d'inspection que les indications dont dispose la Commission ne portent que sur les pratiques tarifaires.

176 En conséquence, s'il ne peut être exclu qu'un nombre important de comportements de DB Energie puissent être visés par l'inspection, il n'en demeure pas moins, d'une part, que « potentiellement presque tous » les comportements possibles de DB Energie ne sauraient être concernés, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, et, d'autre part, que les présomptions que la Commission entend vérifier sont clairement spécifiées, en vertu de la jurisprudence citée aux points 1 et 171 ci-dessus. Par ailleurs, en tout état de cause, il n'y a pas lieu de rejeter d'emblée la possibilité qu'une inspection porte sur l'ensemble des comportements d'une entreprise, en particulier lorsque cette dernière a un nombre limité d'activités. Les arguments des requérantes au sujet des comportements concernés par la première décision d'inspection doivent donc être rejetés comme étant non fondés.

177 En deuxième lieu, en ce qui concerne l'aspect géographique, il convient de rappeler, d'abord, que, selon la jurisprudence, la Commission n'est pas tenue de délimiter précisément le marché en cause (voir point 1 ci-dessus). Ensuite, il y a lieu de constater qu'un système de rabais discriminatoire, même limité à l'Allemagne, pourrait être de nature à conférer un avantage concurrentiel indu aux autres filiales du groupe DB sur l'ensemble des marchés en aval où elles opèrent. Or, ainsi que le souligne la Commission sans que cela soit contesté par les requérantes, d'une part, certaines filiales du groupe DB ont leur siège en dehors de l'Allemagne et, d'autre part, le marché du transport de marchandises par rail est une activité à caractère international dans le cadre de laquelle le groupe DB est en concurrence avec des opérateurs étrangers. La Commission n'avait donc pas pour obligation de limiter à l'Allemagne l'objet de la première inspection.

178 En troisième lieu, en ce qui concerne l'aspect temporel, il y a lieu de relever, d'une part, que, selon la jurisprudence, la Commission n'est pas tenue d'indiquer la période au cours de laquelle les infractions auraient été commises (voir point 1 ci-dessus) et, d'autre part, qu'il ressort du sixième considérant de la

première décision d'inspection, ainsi que le relève la Commission, que les comportements concernés pouvaient remonter avant l'année 2002. Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il n'y avait donc pas lieu de limiter l'objet de l'inspection à la période postérieure à l'année 2002.

- 179 Partant, les arguments des requérantes concernant l'objet prétendument démesurément large de la première décision d'inspection doivent être rejetés comme étant non fondés.

Deuxième et troisième décisions d'inspection

- 180 S'agissant de la deuxième et de la troisième décision d'inspection, en premier lieu, il convient de constater que le dispositif et les motifs, pour ce qui concerne les comportements en cause et les aspects géographiques et temporels, sont, en substance, identiques dans ces deux décisions. Les arguments des requérantes concernant un objet démesurément large de ces deux décisions peuvent donc être examinés conjointement.

- 181 En deuxième lieu, s'agissant des comportements concernés, il y a lieu de considérer qu'ils sont décrits dans les deuxième et troisième décisions d'inspection de manière suffisamment précise, eu égard aux exigences de la jurisprudence citée aux points 1 et 171 ci-dessus. Tout d'abord, il ressort, d'une part, de l'article 1^{er} et du considérant 6 de la deuxième décision d'inspection et, d'autre part, de l'article 1^{er} et des considérants 6 à 8 de la troisième décision d'inspection, que les comportements concernés se rapportent à différentes pratiques de la DUSS ayant un caractère discriminatoire à l'égard des concurrents, en particulier l'octroi d'un accès inapproprié aux terminaux, la fourniture de services moins efficaces et le refus d'accès aux terminaux. Il est également précisé que le marché en aval concerné est le marché du transport ferroviaire. Enfin, il y a lieu de relever, à l'instar de la Commission, qu'il ressort du cinquième moyen, respectivement dans l'affaire T-290/11 et dans l'affaire T-521/11, que les requérantes ont compris sur quels comportements portait l'inspection. La description des caractéristiques essentielles de l'infraction suspectée dans les deuxième et troisième décisions d'inspection était donc suffisante.

- 182 En troisième lieu, en ce qui concerne l'aspect géographique, la Commission n'avait pas pour obligation de limiter à l'Allemagne l'objet des deuxième et troisième inspections, mais pouvait l'étendre à l'ensemble des États membres. En effet, l'infraction faisant l'objet de ces inspections est également susceptible de produire des effets en aval sur le marché international des services du transport ferroviaire de passagers et de marchandises. Ainsi que le souligne la Commission, quand bien même l'utilisation par la DUSS des équipements d'infrastructures en Allemagne, serait uniquement prise en considération les effets peuvent s'étendre à d'autres États membres. En effet, il ressort en particulier de la plainte de l'entreprise T., communiquée au Tribunal dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure, que l'utilisation des terminaux en Allemagne peut avoir des effets sur les concurrents souhaitant fournir des services de transport vers ou en provenance d'autres États membres. En outre, il y a lieu de souligner, à l'instar de la Commission, que les décisions d'inspection sont adressées à l'ensemble du groupe DB, et non à la seule DUSS, c'est-à-dire à certaines organisations dont le siège se trouve en dehors de l'Allemagne et qui ont des activités internationales.

- 183 En quatrième lieu, en ce qui concerne l'aspect temporel, il y a lieu de rappeler de nouveau que la Commission n'était pas tenue, en vertu de la jurisprudence, de définir la période au cours de laquelle les infractions auraient été commises (voir point 1 ci-dessus). D'une part, en outre, la Commission souligne à bon droit, que le fait qu'elle disposait d'informations indiquant que les comportements concernés étaient mis en place depuis au moins 2007 ne saurait exclure qu'ils aient été mis en place antérieurement. D'autre part, la Commission affirme avoir disposé d'indices concernant une remise cachée octroyée par la DUSS à DB Schenker Rail Deutschland sans que la date d'entrée en vigueur soit connue. Il n'y avait donc pas lieu pour la Commission de limiter l'aspect temporel des deuxième et troisième décisions d'inspection.

184 Eu égard à ce qui précède, il convient de rejeter le quatrième moyen comme étant non fondé.

Sur le cinquième moyen, tiré de la violation du principe de proportionnalité

185 Les requérantes soutiennent, en substance, que les première, deuxième et troisième décisions d'inspection sont disproportionnées. La Commission aurait donc dépassé ce qui était approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché.

186 S'agissant de la première décision d'inspection, les requérantes soulignent, premièrement, que le système de rabais en cause était pratiqué de manière transparente depuis 2003. Le contrat d'approvisionnement en EET conclu par chaque client, dans lequel apparaît le système tarifaire ainsi que la structure du système de rabais, serait disponible sur Internet. Il n'y aurait donc eu aucune raison de suspecter l'existence de modalités secrètes justifiant une inspection. Deuxièmement, ce système de rabais aurait été contrôlé à plusieurs reprises par des autorités et juridictions nationales, et jugé conforme au « droit des ententes ». La Commission, qui était informée de ces procédures, aurait pu se procurer toutes les informations pertinentes dans le cadre de sa coopération, prévue à l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003, avec le Bundeskartellamt (ci-après le « BKartA »). Troisièmement, invoquer dans la première décision d'inspection une décision datant de quinze ans (voir point 2 ci-après), dans laquelle les requérantes n'avaient d'ailleurs pas dissimulé d'éléments de preuves, pour justifier la nécessité de l'inspection, ne serait pas pertinent et impliquerait une « présomption de mauvaise foi » incompatible avec la présomption d'innocence garantie par l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH. Quatrièmement, procéder à une inspection serait inapproprié eu égard à la nature des informations recherchées. Cinquièmement, la première décision d'inspection ne préciserait pas pourquoi la Commission, qui avait connaissance de l'existence de ce système de rabais depuis 2006, a attendu plus de cinq ans pour procéder à cette inspection. Sixièmement, des documents internes, tels que des appréciations subjectives de collaborateurs, seraient dénués de pertinence pour établir le caractère objectivement justifié d'un comportement sanctionné au titre de l'article 102 TFUE.

187 Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, d'une part, il n'y aurait eu aucune raison de penser que les requérantes, en l'espèce, seraient tentées de dissimuler des éléments de preuve et, d'autre part, une demande de renseignements, au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, telle que celle du 4 août 2011, aurait été suffisante au regard du principe de proportionnalité.

188 Au stade de la réplique, les requérantes soutiennent qu'un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la décision d'inspection ne saurait être exercé sans vérifier la nature des indices dont disposait la Commission. Elles suggèrent donc au Tribunal de demander à la Commission de produire lesdits indices.

189 Lors de l'audience, les requérantes ont fait valoir que les documents concernant la deuxième inspection, saisis à titre provisoire lors de la première inspection, ne pouvaient être mis à l'écart et entreposés dans un bureau scellé dans l'attente d'en faire une copie ultérieurement.

190 S'agissant des deuxième et troisième décisions d'inspection, les requérantes, premièrement, soulèvent l'incompétence de la Commission, dans la mesure où l'accès aux infrastructures ferroviaires serait régi exhaustivement par des règles sectorielles nationales. En tout état de cause, une inspection par la Commission ne saurait être considérée comme nécessaire, eu égard aux pouvoirs extensifs du régulateur sectoriel allemand, la BNetzA. Deuxièmement, la Commission aurait dû s'accorder avec la BNetzA pour obtenir des informations et éviter des procédures parallèles. Troisièmement, la Commission aurait pu obtenir les informations nécessaires par une demande de renseignements au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, en particulier en ce qui concerne la troisième décision d'inspection. En effet, dans le cas d'inspections successives, il doit exister des raisons particulièrement graves les justifiant.

- 191 La Commission soutient que l'ensemble des arguments des requérantes doivent être rejetés comme étant non fondés.
- 192 À cet égard, il convient de rappeler que le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union, exige que les actes des institutions de l'Union ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (voir, en ce sens, arrêts de la Cour du 13 novembre 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Rec. p. I-4023, point 13, et du 14 juillet 2005, Pays-Bas/Commission, C-180/00, Rec. p. I-6603, point 103).
- 193 S'agissant d'une décision ordonnant une inspection, le respect du principe de proportionnalité suppose que les mesures envisagées n'engendrent pas des inconvénients démesurés et intolérables par rapport aux buts poursuivis par l'inspection en cause (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêt Roquette Frères, point 8 supra, point 76). Cependant, le choix à opérer par la Commission entre une inspection effectuée sur simple mandat et une inspection ordonnée par voie de décision ne dépend pas de circonstances telles que la gravité particulière de la situation, l'extrême urgence ou la nécessité d'une discrétion absolue, mais des nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce. Partant, lorsqu'une décision d'inspection vise uniquement à permettre à la Commission de réunir les éléments nécessaires pour apprécier l'existence éventuelle d'une violation du traité, une telle décision ne méconnaît pas le principe de proportionnalité (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêts National Panasonic/Commission, point 1 supra, points 28 à 30, et Roquette Frères, point 8 supra, point 77).
- 194 C'est à la Commission qu'il appartient, en principe, d'apprécier si un renseignement est nécessaire en vue de pouvoir déceler une infraction aux règles de concurrence, et, même si elle dispose déjà d'indices, voire d'éléments de preuve, relatifs à l'existence d'une infraction, la Commission peut légitimement estimer nécessaire d'ordonner des vérifications supplémentaires lui permettant de mieux cerner l'infraction ou sa durée (voir, s'agissant du règlement n° 17, arrêts Orkem/Commission, point 8 supra, point 15, et Roquette Frères, point 8 supra, point 78).
- 195 C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'apprécier les arguments soulevés par les requérantes.
- 196 À titre liminaire, il convient de rejeter comme étant tardifs, conformément à l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure, les griefs des requérantes, avancés au stade de la réplique et lors de l'audience, concernant, d'une part, le fait qu'un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la première décision d'inspection ne saurait être exercé sans vérifier la nature des indices dont disposait la Commission et, d'autre part, le fait que les documents concernant la deuxième inspection, mis à l'écart lors de la première inspection, ne pouvaient être entreposés dans un bureau scellé.
- 197 En effet, il y a lieu de relever que, conformément à l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure, la production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite, à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure. En l'espèce, ainsi que l'a relevé à juste titre la Commission, les griefs avancés par les requérantes ne peuvent être considérés comme l'ampliation de moyens énoncés antérieurement, directement ou implicitement, dans la requête introductive d'instance et présentant un lien étroit avec ceux-ci. Par conséquent, ces griefs doivent être déclarés irrecevables.
- 198 En conséquence, en particulier, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande des requérantes concernant la production des indices détenus par la Commission préalablement à la première inspection.

- 199 S'agissant des autres griefs avancés par les requérantes, en premier lieu, il convient de constater que les requérantes avancent un certain nombre d'arguments visant à établir, d'une part, que la Commission n'était pas compétente pour entreprendre une inspection dans leurs locaux, en raison de l'existence de règles sectorielles régissant le secteur des transports au niveau national. D'autre part, les inspections ne seraient pas proportionnées, car la Commission aurait pu se procurer l'ensemble des informations nécessaires par le biais des autorités nationales qui auraient par le passé rendu un certain nombre de décisions et de jugements portant sur les mêmes pratiques.
- 200 À cet égard, il convient de rappeler, premièrement, qu'il ressort d'une jurisprudence constante que, afin de remplir le rôle qui lui est assigné par le traité, la Commission ne saurait être liée par une décision rendue par une juridiction nationale en application de l'article 101, paragraphe 1 TFUE et de l'article 102 TFUE. La Commission est donc en droit de prendre à tout moment des décisions individuelles pour l'application des articles 101 TFUE et 102 TFUE, même lorsqu'un accord ou une pratique fait déjà l'objet d'une décision d'une juridiction nationale et que la décision envisagée par la Commission est en contradiction avec ladite décision juridictionnelle (voir arrêts du Tribunal France Télécom/Commission, point 44 supra, point 79, et du 10 avril 2008, Deutsche Telekom/Commission, T-271/03, Rec. p. II-1747, point 120, et la jurisprudence citée).
- 201 Au point 263 de son arrêt Deutsche Telekom/Commission, point 2 supra, le Tribunal a également confirmé que l'existence de règles sectorielles était sans importance pour apprécier la proportionnalité d'une décision de la Commission en matière de concurrence. Ce principe est valide tant pour une décision finale que pour une décision d'inspection.
- 202 Enfin, dans ses arrêts France Télécom/Commission, point 44 supra (points 79, 80 et 86), et CB/Commission, point 7 supra (point 48), le Tribunal a rappelé que la tenue de réunions antérieures entre la Commission et des parties requérantes, ou le fait qu'une autorité nationale se soit saisie d'une affaire, n'était pas de nature à affecter les pouvoirs d'enquête dont était investie la Commission au titre du règlement n° 1/2003.
- 203 Deuxièmement, il y a lieu de souligner, à l'instar de la Commission, qu'il n'y a aucune raison de présumer que les autorités nationales ont examiné l'ensemble des questions pertinentes et collecté l'ensemble des éléments de fait lors des procédures administratives et judiciaires citées par les requérantes. Il ressort d'ailleurs des éléments du dossier, sans que cela soit contesté par les requérantes, que seuls des entretiens ont eu lieu entre les requérantes et les autorités nationales au sujet du système d'alimentation en EET. En conséquence, le BKartA et la BNetzA n'ont jamais ouvert de procédure formelle d'enquête à cet égard.
- 204 Troisièmement, il convient de constater que la Commission a apporté un certain nombre d'éléments de fait que les requérantes n'ont pas contestés. Selon la Commission, l'arrêt de l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main, Allemagne) rejetant le grief d'infraction aux règles de concurrence nationales s'agissant du système de rabais, dont se prévalent les requérantes, ne concernerait que le droit national de la concurrence et non le droit de l'Union. Ensuite, la raison pour laquelle cet arrêt serait devenu définitif serait qu'une transaction extrajudiciaire entre les plaignants dans ladite affaire et les requérantes aurait été conclue lors du pourvoi. Par ailleurs, dans le cadre dudit pourvoi, le BKartA aurait explicitement fait valoir le caractère anticoncurrentiel du système de rabais concerné, ce qui remettrait en cause l'assertion des requérantes selon laquelle les autorités nationales ont validé le système de rabais. La Commission relève aussi que cet arrêt a été rendu en 2006 et portait sur des événements remontant à 2003, alors que sa propre enquête porte aussi sur la période récente. Enfin, l'arrêt de l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main serait contredit par un arrêt immédiatement postérieur de la même juridiction, cela expliquant probablement la transaction extrajudiciaire dans la première affaire.

- 205 Partant, eu égard aux points 1 à 204 ci-dessus, l'ensemble des arguments visant à démontrer l'incompétence de la Commission ou le caractère non proportionné des inspections en raison de l'existence de décisions nationales antérieures doivent être rejetés comme étant non fondés.
- 206 En deuxième lieu, s'agissant de l'argument des requérantes selon lequel une demande d'informations, au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003 aurait été suffisante en l'espèce, au regard du principe de proportionnalité, il y a lieu de constater que les trois inspections ordonnées n'apparaissent pas disproportionnées au regard de leur contexte.
- 207 En effet, premièrement, il convient de rappeler que, en vertu de la jurisprudence citée aux points 1 et 194 ci-dessus, d'une part, le choix effectué par la Commission entre une inspection ordonnée par voie de décision et une autre mesure d'enquête moins contraignante dépend des nécessités d'une instruction adéquate, en fonction des particularités de l'espèce. D'autre part, c'est bien à la Commission qu'il appartient d'apprécier si un renseignement est nécessaire en vue de pouvoir déceler une infraction aux règles de concurrence. En outre, il y a lieu de relever que les facultés d'enquête de la Commission seraient dépourvues d'utilité si cette dernière devait se limiter à demander la production de documents qu'elle serait à même d'identifier au préalable de façon précise. Un tel droit implique, au contraire, la faculté de rechercher des éléments d'informations divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés (arrêt *Hoechst/Commission*, point 8 *supra*, point 27, et arrêt *Ventouris/Commission*, point 1 *supra*, point 122). En conséquence, la Commission dispose nécessairement d'une certaine marge d'appréciation concernant le choix de la mesure d'enquête.
- 208 Deuxièmement, en l'espèce, s'agissant de la première décision d'inspection, il y a lieu de considérer, d'abord, à l'instar de la Commission, que, dans la mesure où les informations recherchées comprenaient des éléments tendant à révéler une éventuelle intention d'éviction des concurrents, par le biais d'un traitement préférentiel injustifié accordé aux sociétés du même groupe par l'intermédiaire d'un système de rabais pour la fourniture d'EET, la Commission pouvait, aux fins d'une instruction adéquate de l'affaire, procéder à cette inspection. En effet, il est difficile de concevoir que ces informations auraient pu, le cas échéant, entrer en possession de la Commission autrement que par le biais d'une inspection. Ainsi que le souligne à juste titre la Commission, une demande d'informations au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003 ne garantit pas que les entreprises lui transmettent des documents, tels que des courriels, les incriminant.
- 209 Ensuite, il convient de constater que les éléments prétendument disponibles publiquement, c'est-à-dire le contrat d'approvisionnement en EET, n'étaient pas suffisants pour établir avec précision l'existence et les contours d'une infraction présumée à l'article 102 TFUE. En effet, ainsi que le souligne la Commission, les informations disponibles sur Internet ne permettaient pas de savoir, notamment, quelles entreprises bénéficiaient effectivement des rabais et quels étaient les montants de ces derniers. Elles ne permettaient pas non plus de saisir la stratégie commerciale de l'entreprise et ses répercussions. Or, étayer l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle active de l'entreprise est important, car l'existence d'une telle stratégie, d'une part, permet d'éclairer différents éléments de fait, qui peuvent alors être qualifiés d'abusifs, et, d'autre part, peut constituer une circonstance aggravante, ainsi que le relève la Commission. Les requérantes confirment d'ailleurs cet état de fait lorsqu'elles expliquent dans la réplique que les informations recherchées n'existaient pas en tant que telles, car elles nécessitaient la synthèse de documents existants, mais non disponibles.
- 210 À cet égard, il y a également lieu de rejeter l'argument des requérantes selon lequel la nécessité de regrouper des informations implique une demande de renseignements plutôt qu'une inspection. En effet, dans la mesure où ces informations n'étaient pas disponibles, il restait toujours un risque de destruction des preuves. Par ailleurs, le fait que, comme le soutiennent les requérantes, la Commission ait procédé différemment, dans des affaires antérieures, pour appréhender la stratégie commerciale des entreprises concernées, n'est pas en soi de nature à limiter la faculté de la Commission à entreprendre une inspection dans les présentes affaires. Il convient de constater à cet égard que les requérantes

n'ont, en tout état de cause, ni spécifié les affaires antérieures auxquelles elles font référence, ni avancé aucun élément concret permettant de comparer les circonstances dans lesdites affaires aux circonstances dans les présentes affaires.

- 211 En outre, s'agissant de l'argument selon lequel des documents internes, tels que des appréciations subjectives de collaborateurs, sont dénués de pertinence pour établir le caractère objectivement justifié d'un comportement au regard de l'article 102 TFUE, il y a lieu de constater que l'inspection n'avait a priori pas pour but principal de récolter des témoignages de collaborateurs. En tout état de cause, il peut être indispensable, selon les circonstances de l'espèce, de recueillir des témoignages de collaborateurs en vue d'obtenir certaines appréciations concernant des éléments de fait afférents à l'activité ou à la stratégie de l'entreprise.
- 212 S'agissant, enfin, de l'argument selon lequel une demande d'informations, au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, aurait été suffisante, dans la mesure où la Commission a introduit le 4 août 2011 une telle demande, c'est-à-dire dans la mesure où la Commission a pu obtenir au cours de la procédure des informations des requérantes par le biais d'autres moyens qu'une inspection, il y a lieu de considérer, ainsi que la Commission l'a souligné à juste titre, que le fait que la Commission a fait une demande d'informations postérieurement aux deuxième et troisième inspections n'est pas pertinent pour définir si lesdites inspections étaient justifiées, au regard du principe de proportionnalité, en vue d'établir l'existence d'une infraction à l'article 102 TFUE.
- 213 Troisièmement, s'agissant de la deuxième et de la troisième décision d'inspection, il convient de constater que les requérantes n'avancent aucun argument nouveau, par rapport aux arguments avancés au sujet de la première inspection, à l'appui de leur grief selon lequel une demande d'informations au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003 aurait été suffisante. Tout au plus font-elles valoir que, s'agissant de la troisième décision d'inspection, dans le cas d'inspections successives, il doit exister des raisons particulièrement graves les justifiant.
- 214 En tout état de cause, force est de constater, tout d'abord, qu'au moins certains des éléments recherchés dans le cadre des deuxième et troisième décisions d'inspection étaient potentiellement révélateurs d'une intention de commettre une infraction et pouvaient se trouver dans les locaux des requérantes. Il ressort de ces décisions qu'il s'agit d'éléments relatifs à différentes pratiques de la DUSS ayant un caractère discriminatoire à l'égard des concurrents, en particulier l'octroi d'un accès inapproprié aux terminaux, la fourniture de services moins efficaces et le refus d'accès aux terminaux. Or, il est difficile de concevoir que de tels éléments soient, en l'espèce, volontairement communiqués à la Commission dans le cadre d'une demande d'informations au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, en particulier eu égard aux risques encourus par l'entreprise en cas de constatation d'une infraction à l'article 102 TFUE.
- 215 Ensuite, les motifs développés aux points 2 et 211 ci-dessus, au sujet de l'importance d'étayer l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle active de l'entreprise et des appréciations subjectives des collaborateurs, sont également valables en ce qui concerne les deuxième et troisième décisions d'inspection. Par ailleurs, il convient de rappeler que, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, la Commission était compétente pour entreprendre une inspection et n'avait pas à se coordonner avec les autorités nationales (voir points 1 à 205 ci-dessus).
- 216 Enfin, en ce qui concerne l'argument selon lequel il doit exister des raisons particulièrement graves pour justifier des inspections successives, il est vrai que, en cas d'inspections successives, la Commission détient certaines informations, obtenues au cours d'inspections passées, avant de procéder auxdites inspections. Cependant, cela n'implique pas, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, que la Commission doit obtenir les informations additionnelles qu'elle estime nécessaires par une demande de renseignements au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003 ou que seules des raisons particulièrement graves peuvent justifier une nouvelle inspection. En effet, il ressort de la jurisprudence citée aux points 1 et 194 ci-dessus que le choix à opérer par la Commission entre une

inspection ordonnée par voie de décision et une autre mesure d'enquête ne dépend pas nécessairement de circonstances telles que la gravité particulière de la situation, l'extrême urgence ou la nécessité d'une discrétion absolue, mais des nécessités d'une instruction adéquate, eu égard aux particularités de l'espèce. Ainsi, la Commission peut légitimement estimer nécessaire d'ordonner des vérifications supplémentaires, en vue d'établir l'existence de l'infraction soupçonnée, quand bien même elle disposerait déjà d'indices, voire d'éléments de preuve, relatifs à l'existence d'une infraction, qu'elle aurait obtenus lors d'inspections antérieures.

- 217 Eu égard aux considérations formulées aux points 2 à 216 ci-dessus, il convient de rejeter l'ensemble des arguments des requérantes concernant le fait qu'une demande de renseignements, au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, aurait été suffisante en l'espèce et que, partant, les décisions d'inspection seraient disproportionnées.
- 218 En troisième lieu, l'argument des requérantes relatif à l'absence d'élément attestant de l'existence d'un risque réel de destruction ou de dissimulation de preuve en cas de demande de renseignements, au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, ne saurait prospérer.
- 219 Premièrement, ni le règlement n° 1/2003 ni la jurisprudence n'introduisent une telle restriction. Deuxièmement, il ne s'agit pas de la seule raison ayant motivé la décision de la Commission de procéder à des inspections, contrairement à ce qu'affirment les requérantes, la raison essentielle étant la recherche d'éléments qui pourraient notamment révéler une stratégie d'éviction des concurrents, qui pourraient être en possession des requérantes. Troisièmement, pour les raisons évoquées aux points 2 à 214 ci-dessus, l'argument tiré de la prétendue absence d'éléments attestant l'existence d'un risque de destruction doit être rejeté au regard des circonstances de l'espèce. Quatrièmement, l'existence du jugement de l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (voir point 2 ci-dessus) ne peut permettre de conclure, comme le font les requérantes, qu'il n'y avait pas de risque de destruction de données.
- 220 En quatrième lieu, s'agissant de l'argument concernant une prétendue violation de la présomption d'innocence, il y a lieu de rappeler que le principe de la présomption d'innocence, tel qu'il résulte notamment de l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH, fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence de la Cour, sont protégés dans l'ordre juridique de l'Union.
- 221 En l'espèce, il ressort du dixième considérant de la première décision d'inspection que la Commission fait effectivement référence à l'ordonnance de la Cour du 27 avril 1999, *Deutsche Bahn/Commission* (C-436/97 P, Rec. p. I-2387), et à l'arrêt du Tribunal du 21 octobre 1997, *Deutsche Bahn/Commission* (T-229/94, Rec. p. II-1689), dans lesquels est confirmée une violation de l'article 102 TFUE par les requérantes en raison de leurs pratiques tarifaires, en combinaison avec d'autres éléments, pour justifier le risque que les entreprises concernées tentent de dissimuler ou de détruire des éléments de preuves. L'explication de la Commission selon laquelle il a été fait référence à ces affaires dans le seul but de souligner que les requérantes étaient nécessairement conscientes des conséquences possibles de la constatation d'une infraction et que, partant, elles pouvaient être amenées à détruire des éléments de preuve en cas de demande de renseignements au titre de l'article 18 du règlement n° 1/2003, est plausible. En outre, cet élément peut être pertinent concernant le choix à opérer entre les différentes mesures d'enquête. Enfin, il convient de rappeler que les première, deuxième et troisième décisions d'inspection sont des décisions ordonnant une inspection et qu'elles ne contiennent, en conséquence, ni sanction ni aucun élément constatant une quelconque culpabilité. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que le grief tiré d'une violation de la présomption d'innocence doit être rejeté comme étant non fondé.
- 222 En cinquième lieu, s'agissant de l'assertion des requérantes selon laquelle elles ne comprennent pas pourquoi, alors que la Commission avait connaissance de l'existence de ce système de rabais depuis 2006, celle-ci a attendu plus de cinq ans pour procéder à cette inspection, d'une part, il suffit de constater que, quand bien même la Commission aurait disposé d'informations l'autorisant à procéder

à des inspections depuis 2006, comme le font valoir les requérantes, un tel constat est sans influence sur le caractère proportionné desdites inspections. D'autre part, il convient de rappeler qu'il appartient à la Commission d'apprécier l'opportunité de commencer une enquête et que les règles relatives à la prescription existent pour protéger les entreprises.

- 223 Au vu de l'ensemble de ces éléments, il n'apparaît pas que la Commission a, dans la présente affaire, agi de manière disproportionnée par rapport au but poursuivi et a de ce fait méconnu le principe de proportionnalité, le recours à des inspections ordonnées au titre de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1/2003 étant adéquat au regard des particularités de l'espèce.
- 224 Dans ces conditions, il convient de rejeter le cinquième moyen comme étant, pour partie, irrecevable et, pour partie, non fondé.

Sur les troisième et quatrième chefs de conclusions

- 225 Par leurs troisième et quatrième chefs de conclusions, les requérantes demandent au Tribunal, d'une part, d'annuler toute mesure prise sur le fondement des inspections en cause dans la présente affaire et, d'autre part, de condamner la Commission à restituer l'ensemble des copies des documents faites dans le cadre desdites inspections.
- 226 S'agissant du troisième chef de conclusions, force est de constater qu'il n'est pas possible, à ce stade, de déterminer avec suffisamment de précision l'objet de la demande des requérantes. En particulier, il n'est pas possible de déterminer si cette dernière vise des actes attaquables au sens de l'article 263 TFUE. Le troisième chef de conclusions doit donc être déclaré irrecevable, dans la mesure où il ne saurait être considéré comme suffisamment précis, au titre de l'article 21 du statut de la Cour et de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure.
- 227 S'agissant du quatrième chef de conclusions, il convient d'observer, ainsi que la Commission le fait valoir, que, en demandant au Tribunal de se prononcer sur les conséquences de l'annulation des décisions d'inspection, les requérantes visent à obtenir une déclaration portant sur les effets d'un éventuel arrêt en annulation, qui constituerait également une injonction faite à la Commission quant à l'exécution de celui-ci. Or, le Tribunal n'étant pas compétent, dans le cadre du contrôle de légalité fondé sur l'article 263 TFUE, pour prononcer des arrêts déclaratoires
- 228 C-224/03, Rec. p. I-14751, points 20 à 22) ou des injonctions, même si celles-ci ont trait aux modalités d'exécution de ses arrêts (ordonnance du président de la Cour du 26 octobre 1995, Pevasa et Inpesca/Commission, C-199/94 P et C-200/94 P, Rec. p. I-3709, point 24), le quatrième chef de conclusions des requérantes doit être déclaré irrecevable (arrêt du Tribunal du 4 février 2009, Omya/Commission, T-145/06, Rec. p. II-145, point 23).
- 229 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les présents recours doivent être rejetés dans leur ensemble.

Sur les dépens

- 230 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Les requérantes dans les affaires T-289/11, T-290/11 et T-521/11 ayant succombé en leurs conclusions, il y a lieu de les condamner aux dépens dans chacune de ces affaires, conformément aux conclusions de la Commission.

²³¹ Le Conseil, l’Autorité de surveillance AELE et le Royaume d’Espagne supporteront leurs propres dépens, conformément aux dispositions de l’article 87, paragraphe 4, premier et deuxième alinéas, du règlement de procédure.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (quatrième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **Les recours sont rejetés.**
- 2) **Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG et Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS) supporteront les dépens exposés par la Commission européenne ainsi que leurs propres dépens.**
- 3) **Le Conseil de l’Union européenne, l’Autorité de surveillance AELE et le Royaume d’Espagne supporteront leurs propres dépens.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 6 septembre 2013.

Signatures

Table des matières

Antécédents du litige	2
Première inspection	2
Première décision d’inspection	2
Déroulement de la première inspection	4
Deuxième inspection	5
Deuxième décision d’inspection	5
Déroulement de la deuxième inspection	6
Troisième inspection	6
Troisième décision d’inspection	6
Déroulement de la troisième inspection	7
Procédure et conclusions des parties	8
En droit	9

Sur le premier moyen, tiré d'une violation du droit à l'inviolabilité du domicile en raison de l'absence d'autorisation judiciaire préalable	10
Sur la recevabilité	10
Sur le fond.....	12
Sur le deuxième moyen, tiré d'une violation du droit à un recours juridictionnel effectif	17
Sur le troisième moyen, concernant la violation des droits de la défense des requérantes compte tenu d'irrégularités entachant le déroulement de la première inspection.....	19
Sur la fouille exhaustive du bureau de M. M.	22
Sur les documents et mots clés litigieux	23
En ce qui concerne le comportement de la Commission avant le début de la première inspection	25
Sur le quatrième moyen, concernant la description de l'objet des inspections dans les première, deuxième et troisième décisions d'inspection	26
Première décision d'inspection	27
Deuxième et troisième décisions d'inspection	28
Sur le cinquième moyen, tiré de la violation du principe de proportionnalité.....	29
Sur les troisième et quatrième chefs de conclusions.....	35
Sur les dépens.....	35