16

La cour d'appel de Bruxelles, 9ème chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2009/MR/3 - 2009/MR/4 - 2009/MR/5 - 2009/MR/6 - 2009/MR/7 - 2009/MR/8

R. n° : 2013/ 5232

N° : 1952

Arrêt interlocutoire *Question préjudicielle à la Cour de cassation.*

Concurrence économique – recours devant la cour d'appel de Bruxelles – accès aux pièces du dossier aux parties non incriminées – conditions.

Concurrence économique – recours devant la cour d'appel de Bruxelles – étendue du pouvoir de juridiction de la cour.

28 -06- 2013

EN CAUSE DE : (R.G. 2009/MR/3)

LA S.A BELGACOM, anciennement BELGACOM MOBILE, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 27, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951 ;

partie requérante ;

représentée par Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, PLATTEAU Koen, ALDERWEIRELDT Romain, FROIDMONT Joëlle et van LIERDE Matthieu, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 326 b26,

plaideurs : Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, FROIDMONT Joëlle et van LIERDE Matthieu,

EN PRESENCE DE :

LA S.A. MOBISTAR, dont le siège social est actuellement établi à 1140 BRUXELLES, rue du Bourget, 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810,

Partie intervenante ;

représentée par Maîtres VAN GERVEN Yves et VALLERY Anne, avocats à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13,

plaideurs : Maîtres VALLERY Anne et MARCONI Hélène,

EN CAUSE DE : (R.G. 2009/MR/4)

La S.A. KPN GROUP BELGIUM, anciennement S.A. BASE, dont

Concurrence économique - recours devant la cour d'appel de Bruxelles - question préjudicielle à la Cour de cassation

le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, Rue Neerveld 105, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0462.925.669,

partie requérante,

représentée par Maîtres VERHEYDEN Alexandre, CHAMPAGNE Sébastien et DE MUYTER Laurent, avocats à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand Whitlock 165,

plaideurs : Maîtres VERHEYDEN Alexandre et DE MUYTER Laurent,

EN PRESENCE DE :

LA S.A. MOBISTAR, dont le siège social est actuellement établi à 1140 BRUXELLES, rue du Bourget, 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810,

partie intervenante volontaire,

représentée par Maîtres VAN GERVEN Yves et VALLERY Anne, avocats à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13,

plaideurs : Maîtres VALLERY Anne et MARCONI Hélène,

EN CAUSE DE : (R.G. 2009/MR/5)

LA S.A. MOBISTAR, dont le siège social est actuellement établi à 1140 BRUXELLES, rue du Bourget, 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810,

partie requérante,

représentée par Maîtres VAN GERVEN Yves et VALLERY Anne, avocats à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13,

plaideurs : Maîtres VALLERY Anne et MARCONI Hélène,

EN CAUSE DE : (R.G. 2009/MR/6)

28 -06- 2013

La S.A. KPN GROUP BELGIUM, anciennement S.A. BASE, dont le siège social est établi à 1200 BRUXELLES, Rue Neerveld 105, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0462.925.669,

partie requérante,

représentée par Maître VERHEYDEN Alexandre, avocat à 1200 BRUXELLES, Boulevard Brand Whitlock 165 ;

plaideurs : Maîtres VERHEYDEN Alexandre et DE MUYTER Laurent,

EN PRESENCE DE :

LA S.A. MOBISTAR, dont le siège social est actuellement établi à 1140 BRUXELLES, rue du Bourget, 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810,
partie intervenante volontaire,

représentée par Maîtres VAN GERVEN Yves et VALLERY Anne, avocats à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13,

plaideurs : Maîtres VALLERY Anne et MARCONI Hélène,

EN CAUSE DE : (R.G. 2009/MR/7)

LA S.A BELGACOM, anciennement BELGACOM MOBILE, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 27, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951,

partie requérante ;

représentée par Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, PLATTEAU Koen, ALDERWEIRELDT Romain, FROIDMONT Joëlle et van LIERDE Matthieu, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 326 b26,

plaideurs : Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, FROIDMONT Joëlle et van LIERDE Matthieu,

EN PRESENCE DE :

28 -06- 2013

LA S.A. MOBISTAR, dont le siège social est actuellement établi à 1140 BRUXELLES, rue du Bourget, 3, inscrite à la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0456.810.810,

partie intervenante volontaire,

représentée par Maîtres VAN GERVEN Yves et VALLERY Anne, avocats à 1000 BRUXELLES, Place des Barricades 13,

plaideurs : Maîtres VALLERY Anne et MARCONI Hélène,

EN CAUSE DE : (R.G. 2009/MR/8)

LA S.A BELGACOM, anciennement BELGACOM MOBILE, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 27, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951 ;

partie requérante ;

représentée par Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, PLATTEAU Koen, ALDERWEIRELDT Romain, FROIDMONT Joëlle et van LIERDE Matthieu, avocats à 1050 BRUXELLES, Avenue Louise 326 b26,

plaideurs : Maîtres VAN LIEDEKERKE Dirk, FROIDMONT Joëlle et van LIERDE Matthieu.

****

I.- ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE ET OBJET LIMITÉ DU PRESENT LITIGE

1. Les parties ont introduit un recours contre une décision prise par le Conseil de la concurrence à l'encontre de la S.A. Belgacom Mobile, aux droits et aux obligations de laquelle vient Belgacom.

   Les antécédents de la procédure ont été exposés par la cour dans son arrêt du 6 mai 2010, complété par son arrêt du 29 mai 2012, auxquels la cour se réfère.

   Avant que la cour n'ait été appelée à statuer au fond, elle a dû répondre aux demandes formulées par KPN et Mobistar d'avoir accès à tout ou partie du dossier de l'instruction et de la procédure, dans des versions confidentielles ou non.

   Par son arrêt du 6 mai 2010, la cour a statué sur la recevabilité des recours principaux et incidents, et s'est prononcée, comme il sera dit ci-après, sur les différentes demandes d'accès aux dossiers. Par son arrêt du 29 mai 2012, elle a octroyé aux parties le droit de pouvoir

28 -06- 2013

disposer d'une copie des pièces concernées.

2. Par conclusions déposées les 18 et 28 septembre 2012, KPN et Mobistar ont considéré que les pièces auxquelles elles ont eu accès, notamment en ce qui concerne les versions non confidentielles, n'étaient pas conformes à ce que la cour avait décidé et qu'il existait des éléments nouveaux leur permettant de demander accès à d'autres pièces.

   Belgacom s'y est opposée. Eu égard au calendrier d'échange de conclusions adopté par les parties pour régler ce qui ne devait être qu'un incident, exposé sommairement au départ sur 33 + 40 pages de conclusions, les parties se sont mutuellement répondu pour, en définitive, reprendre le débat sur l'accès au dossier *ab initio* et déposer 546 pages de conclusions (!) qui ont été exposées au cours de quatre audiences.

   Eu égard au caractère déraisonnable du traitement de cette affaire qui affecte gravement la capacité de la cour à traiter le flux courant de ses dossiers et contribue ainsi à aggraver l'arriéré judiciaire, il a été convenu ce qui suit à l'audience du 14 juin 2013 :

   > *« Sur proposition de la cour, les parties conviennent d'organiser comme suit le processus de la poursuite de la mise en état, sous réserve de tous leurs droits et sans aucune reconnaissance préjudiciable, en ce compris l'absence d'acquiescement quel qu'il soit par rapport à un arrêt futur de la cour :*
   > *1. La cour rendra un arrêt interlocutoire qui tranche les questions de principe ayant fait l'objet des présents débats (incluant, s'il y a lieu, celles concernant l'autorité de chose jugée de l'arrêt du 6 mai 2010, concernant les critères d'accès aux pièces, concernant la méthode d'occultation des données confidentielles, concernant l'utilisation des pièces, etc.). Les parties ont noté que la cour veillerait à ce que l'arrêt donne aux parties des réponses claires et précises.*
   > *2. La cour s'attend à ce que, sur la base de l'arrêt intervenu, les parties coopèrent de façon à régler la plus grande partie ou la totalité des difficultés qui se sont posées. S'il y a lieu, sur la base des règles qui seront indiquées dans l'arrêt, les parties procéderont entre elles et le cas échéant avec l'auteur des pièces concernées à la communication d'éventuelles pièces et versions non confidentielles complémentaires.*
   > *3. S'il subsiste des contestations sur certaines pièces, les parties les soumettront pour décision à la cour sous la forme d'un tableau commun (technique dite du « Redfern schedule » communément utilisée en arbitrage international). Ce tableau commun sera établi en quatre colonnes, qui indiquent respectivement (i) le document ou la catégorie de documents concernés, (ii) la justification de la demande de KPN ou de Mobistar d'avoir accès au document ou à une version plus complète de celui-ci, et (iii) les objections soulevées par Belgacom à un tel accès, la quatrième colonne étant laissée vide pour être complétée par la cour et contenir sa décision qui fera l'objet d'un nouvel arrêt. »*

28 -06- 2013

II.- DEMANDES ACTUELLES DES PARTIES

3. Aux termes de ses dernières conclusions, KPN demande :

« Par mesure avant-dire droit :

A titre principal :

Si [la] *Cour estime qu'il convient, compte tenu des faits et développements nouveaux intervenus postérieurement à son Arrêt interlocutoire du 6 mai 2010, de modifier les critères d'accès au dossier tels que définis dans cet Arrêt, donner accès à l'ensemble des pièces du dossier d'instruction et du dossier des pièces de procédure ainsi qu'aux informations effacées des écrits de l'Auditeur et de la Décision Litigieuse, à la seule exception des éléments de nature confidentielles (et ce sous réserve de fournir une version non-confidentielle de ces documents contenant fourchettes et résumés), ou, à défaut, de poser les questions préjudicielles suivantes :*

A la Cour de Justice de l'Union européenne:

« En l'absence de disposition nationale régissant la question de l'accès au dossier devant la juridiction compétente pour connaître de l'appel d'une décision de l'autorité de la concurrence, est-il conforme au droit européen de déduire des dispositions de droit national applicables à la procédure devant l'autorité de la concurrence, que l'accès au dossier conféré à la partie plaignante ou aux parties tierces dans le cadre de l'instance pendante devant la juridiction d'appel (en l'occurrence la Cour d'appel de Bruxelles) ne peut intervenir qu'à la condition qu'il contribue à l'efficacité du processus décisionnel? »,

Ou, à défaut à la Cour constitutionnelle:

« Est-il conforme aux articles 10, 11 et 32 de la Constitution, seuls ou lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et avec les articles 20, 21, 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de refuser d'appliquer le droit commun des procédures – et singulièrement les articles 736 à 740 du Code judiciaire, applicables à titre de règle générale en vertu de l'article 2 du même code, et 127 du Code d'instruction criminelle – pour leur préférer un principe prétorien en vertu duquel l'accès au dossier de la procédure peut être au moins partiellement refusé à la partie plaignante ou aux parties tierces au motif que cet accès ne contribuerait pas à l'efficacité du processus décisionnel? »

28 -06- 2013

Si [la] *Cour considère qu'elle est tenue par les critères fixés dans son Arrêt interlocutoire du 6 mai 2010 (quod non), poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes:*

« Considérant les critères d'accès au dossier fixés par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 6 mai 2010 (dans le cadre de l'appel

d'une décision de l'autorité de la concurrence pendant devant elle) tenant notamment à l'efficacité du processus décisionnel et à la bonne administration de la preuve, est-il conforme au droit européen et au principe d'efficacité de l'application du droit européen de la concurrence de ne pas interpréter ces critères comme visant également l'efficacité qu'il y a de conférer à une partie (plaignante ou partie tierce) accès à toutes les informations reprises au dossier (sous la réserve du respect des secrets d'affaires) dès lors que ladite partie est également partie à une action en dommages et intérêts dans le cadre d'une affaire présentant un lien avec la procédure d'appel de la décision de l'autorité de la concurrence.

Considérant les critères d'accès au dossier fixés par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 6 mai 2010 (dans le cadre de l'appel d'une décision de l'autorité de la concurrence pendant devant elle) tenant notamment à l'efficacité du processus décisionnel et à la bonne administration de la preuve, est-il conforme au droit européen et au principe d'efficacité de l'application du droit européen de la concurrence de ne pas interpréter ces critères comme visant également l'efficacité qu'il y a (en l'absence de la participation à la procédure d'appel de l'autorité de concurrence ayant rendu la décision incriminée et sachant que la seule partie à l'instance d'appel ayant reçu un accès à toutes les pièces auxquelles l'autorité de la concurrence a eu égard lors de l'adoption de la décision incriminée est la partie incriminée) à donner à toute autre partie (plaignante ou partie tierce) le plus d'information possible (sous la réserve du respect des secrets d'affaires) de manière à éviter, autant que faire ce peut, que la juridiction d'appel (en l'occurrence la Cour d'appel de Bruxelles) ne soit captive des arguments de la partie incriminée ».

Surseoir à statuer pour le surplus

A titre subsidiaire :

Donner accès à une version non confidentielle des Pièces dont l'Arrêt du 6 mai 2010 octroie l'accès à BASE, comprenant des résumés et des fourchettes conformément aux principes établis au §65 (p.38) de l'Arrêt du 6 mai 2010 ainsi que toutes les références aux pièces du dossier d'instruction, à savoir les pièces 40, 58, 59, 75, 77, 81 et 95 du dossier de procédure ; et

Surseoir à statuer pour le surplus

A titre plus subsidiaire :

Donner accès aux Pièces et informations identifiées en gras dans les présentes conclusions ou à tout le moins, mais à titre subsidiaire, à une version non confidentielle de ces pièces et informations comprenant des résumés et des fourchettes conformément aux principes établis au § 65 (p. 38) de l'Arrêt du 6 mai 2010 ;

Réserver à statuer pour le surplus ;

A titre infiniment subsidiaire:

28 -06- 2013

Si [la] *Cour devait considérer que la protection de la vie privée et le principe de confiance légitime peuvent empêcher la divulgation d'informations obtenues par une autorité nationale de concurrence dans le cadre d'inspections et/ou de demandes de renseignements (autres que les secrets d'affaires et autres informations confidentielles), poser à la Cour de justice de l'Union européenne la question préjudicielle suivante:*

« Le droit au respect de la vie privée et familiale consacré notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux ainsi que le principe de confiance légitime doivent-ils être interprétés en ce sens qu'une personne qui a introduit une plainte pour pratiques anticoncurrentielles devant une autorité de la concurrence et qui forme un recours à l'encontre de la décision adoptée par cette autorité à la suite de cette plainte ne peut avoir accès aux informations obtenues par cette autorité dans le cadre d'inspections et/ou de demandes de renseignements ? »

Quant à la demande à titre subsidiaire de Belgacom:

Rejeter la demande de Belgacom relative à la limitation de l'usage des informations obtenues comme non-fondée ou, à titre subsidiaire, poser la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice de l'Union européenne:

«Eu égard notamment à l'arrêt de la Cour du 14 juin 2011, C-360/09, Pfleiderer et à l'arrêt du Tribunal de première instance du 18 septembre 1996, Postbank, aff. T-353/94, le droit de l'Union européenne s'oppose-t-il à ce qu'une juridiction, chargée des recours contre les décisions de l'autorité nationale de concurrence faisant application des articles 101 et/ou 102 TFUE, interdise que les informations obtenues dans le cadre de la procédure pendante devant elle ne puissent être utilisées dans le cadre de procédures en dommages et intérêts distinctes mais pendantes devant la même cour (voire devant d'autres cours et tribunaux)? »

Surseoir à statuer pour le surplus ».

4. Mobistar demande :

« Avant dire droit :

Quant au dossier de l'instruction :

28 -06- 2013

1. Octroyer à Mobistar accès utile aux éléments suivants du dossier de l'instruction : pages du dossier identifiées en caractère gras des annexes 1, 6 et 8 de la pièce 5, l'annexe 11 de la pièce 5, pages du dossier identifiées en caractère gras des annexes 16, 22, 25 de la pièce 5 ; pages du dossier identifiées en gras de la pièce 12 et de son annexe Q6; l'annexe Q4 de la pièce 12 et en tout cas ses pages

identifiées en caractère gras ; pièce 19 ; page 11018 de la pièce 21 et son annexe (DVD) ; pièce 22 ; pièce 24 et son annexe ((DVD) – réponse à la question n° 2) ; la calculette de l'Auditeur (fichiers « CONC-P-K-05-0065-annexe-1.xls » et «CONC-P-K-05-0065-annexe-2.xls »).

2. Dire que les éléments suivants du dossier de l'instruction ne sont pas (plus) confidentiels : pages du dossier identifiées en caractère gras des annexes 1, 6 et 8 de la pièce 5, l'annexe 11 de la pièce 5, pages du dossier identifiées en caractère gras des annexes 16, 22, 25 de la pièce 5 ; pages du dossier identifiées en gras de la pièce 12 et de son annexe Q6; l'annexe Q4 de la pièce 12 et en tout cas ses pages identifiées en caractère gras ; pièce 19 ; page 11018 de la pièce 21 et son annexe (DVD) ; pièce 22 ; pièce 24 et son annexe ((DVD) – réponse à la question n° 2) ; la calculette de l'Auditeur (fichiers « CONC-P-K-05-0065-annexe-1.xls » et «CONC-P-K-05-0065-annexe-2.xls »).

3. Dire que celles des pièces reprises ci-dessus qui contiendraient des éléments confidentiels doivent faire l'objet d'une version non-confidentielle conforme aux règles applicables, à savoir que les éléments occultés soient remplacés par un résumé de l'information ou par une fourchette chiffrée, à l'exception de ceux dont la Cour aura décidé du caractère non-confidentiel conformément à la demande ci-dessus.

4. Dans ce dernier cas, donner acte à Mobistar de ce que ses droits sont réservés quant à une demande de levée de confidentialité future relative aux passages occultés que ces documents contiendront.

Quant au dossier de la procédure (dont font partie la décision dont appel, le rapport de l'Auditeur et les autres documents auxquels un accès a été accordé par l'arrêt du 6 mai 2010)

5. Dire que tous les passages identifiés en caractère gras (aux paragraphes 279 à 303) ci-dessus de la version publique de la décision attaquée du Conseil de la concurrence et du rapport initial de l'Auditeur ne sont pas (plus) confidentiels.

6. Dire que tous les passages identifiés en caractère gras (aux paragraphes 329 à 346) ci-dessus des pièces 40, 58, 75, 77, 79, 81, 95 et 120 dont les auteurs respectifs ont considéré qu'ils sont confidentiels ne le sont pas (plus).

28 -06- 2013

7. A titre subsidiaire, ordonner la levée de confidentialité des passages masqués identifiés en caractère gras dans les paragraphes 279 à 303 et 329 à 346 ci-dessus.

8. A titre infiniment subsidiaire, et si ce n'est déjà fait, ordonner que ceux des passages identifiés en gras ci-dessus de la décision attaquée du Conseil de la concurrence, du rapport initial de l'Auditeur et des pièces 40, 58, 75, 77, 79, 81, 95 et 120 dont la Cour aura soit

maintenu le caractère confidentiel, soit refusé de lever la confidentialité soient remplacés par un résumé de l'information ou par une fourchette chiffrée.

Quant aux dossiers de l'instruction et de la procédure

9. Donner acte à Mobistar de ce que ses droits sont réservés d'une part, quant à une demande additionnelle d'accès concernant des documents dont la pertinence n'apparaitrait qu'à la suite des développements que Belgacom ferait en conclusions et d'autre part, en fonction de la connaissance que Mobistar pourrait ultérieurement avoir du contenu des éléments du dossier de l'instruction et du dossier de la procédure dont elle n'a pas accès à ce stade.

Quant à l'argumentation de Belgacom relative au caractère non-confidentiel des éléments faisant l'objet de la présente demande

10. A titre conservatoire, donner acte à Mobistar de ce que tous ses droits sont réservés quant à l'éventuel développement par Belgacom de son argumentation relative au caractère non-confidentiel des éléments faisant l'objet de la présente demande (renversement des présomptions de non-confidentialité) dans ses dernières conclusions ».

III.- L'ARRÊT DU 6 MAI 2010

5. L'arrêt du 6 mai 2010 dit en substance ce qui suit :

Sur l'accès [le soulignage est ajouté par la cour dans le présent arrêt] :

26. (...)
L'arbitraire étant incompatible avec une procédure juridictionnelle, il y a lieu de considérer que le Président [de la chambre du Conseil de la concurrence] *accordera l'accès* ***lorsqu'il estimera que celui-ci contribuera à l'efficacité du processus décisionnel.***

27. Dans le cadre de l'examen par la cour des griefs formulés à l'encontre de la Décision Litigieuse, le litige ne porte (...) pas sur des intérêts privés (contentieux subjectif) mais sur des griefs contre une décision qui constate des infractions aux règles du droit de la concurrence (contentieux objectif de légalité au sens large). Le rôle principal des tiers qui sont parties dans la procédure devant elle (et en tenant compte du rôle spécifique du plaignant dans la procédure devant le Conseil) est dès lors d'étayer le bien fondé d'une thèse au regard de points litigieux suscités par la Décision Litigieuse mais pas de jouer le rôle d'accusateur en l'absence de l'Auditeur. Elles ne sont en effet pas investies de la mission de démontrer l'existence d'une infraction.

28 -06- 2013

Au regard de l'efficacité, la cour examine les demandes d'accès par les tiers en fonction de considérations diverses qui concernent notamment la position juridique des demandeurs dans la procédure devant elle, la nature spécifique de la procédure, le statut des informations ou documents en cause et la bonne administration de la preuve.

Dès lors, ***les principes fondamentaux du contradictoire, des droits de la défense, de l'égalité des armes et du procès équitable*** *dont BASE et MOBISTAR se prévalent pour motiver l'existence d'un droit d'accès systématique, avec la confidentialité comme seule limite,* ***doivent être raisonnablement modulés en fonction du critère de l'efficacité.***

La cour prend soin de veiller à ce que les tiers qui participent comme parties dans la procédure devant elle puissent jouer effectivement le rôle qui leur revient, le cas échéant en leur accordant aux besoins de l'efficacité un accès à des éléments (non confidentiels) du dossier dont l'accès à été refusé au niveau du Conseil.

28. C'est pourquoi ***l'intérêt subjectif des demandeurs*** *en tant que victimes directes du comportement incriminé* ***n'est pas un critère prépondérant*** *pour octroyer cet accès, ni d'ailleurs la simple circonstance que le document ou l'information en question sont utiles pour l'exercice de leurs droits procéduraux, permettent de mieux comprendre la Décision Litigieuse ou le Rapport ou sont nécessaires pour faire valoir utilement leur point de vue.*

30. (...) même si l'on considérait l'existence d'un droit d'accès du public en général au dossier de l'instruction établi par le Service de la concurrence en tant qu'administration, la protection de l'enquête par le Service et l'auditorat ainsi que de la procédure en cours devant le Conseil et la cour s'opposerait à la divulgation de ces documents. ***Un tel accès devra d'ailleurs être refusé de toute façon en ce qui concerne les secrets d'affaires et les données confidentielles sur la base de l'obligation légale de protection imposée au Conseil et à la cour.***

31. Accès modulé. *En matière de pratiques restrictives, le droit d'accès (sensu stricto) à l'intégralité du dossier de l'instruction dans le cadre de la procédure devant le Conseil est consacré par l'article 48, §1, alinéa 1 de la LPCE en ce qui concerne les entreprises dont l'activité a fait l'objet de l'instruction. Elles peuvent consulter le dossier auprès du greffe du Conseil et en prendre copie.*

L'article 48, §2, alinéa 2 dispose que les tiers n'ont en principe pas accès au dossier sauf si le Président de la Chambre du Conseil qui connaît de l'affaire en décide autrement.

28 -06- 2013

(...) le Tribunal [de l'UE] *a confirmé qu'il résulte d'une jurisprudence constante que le principe du caractère contradictoire de la procédure administrative devant la Commission dans le domaine des règles de concurrence (pratiques restrictives et abus de puissance économique) s'impose uniquement à l'égard des entreprises susceptibles d'être sanctionnées par une décision de la Commission, en ce sens que* ***les***

droits des tiers sont limités au droit d'être associés à la procédure et que les tiers ne disposent pas d'un droit d'accès stricto sensu au dossier *détenu par la Commission dans des conditions identiques à celles auxquelles peuvent prétendre les entreprises poursuivies.*

34. Dans le cadre de l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, la cour peut le cas échéant octroyer un accès qui a été refusé auparavant aux tiers par le Conseil ou le Président de Chambre du Conseil lorsqu'elle l'estime requis pour des raisons d'efficacité notamment liés à l'administration de la preuve et en tenant compte des motifs et circonstances avancés par les parties (voir ci-après).

35. L'accès accordé par la cour n'ayant d'autre finalité que celle de l'efficacité, il ne peut sortir d'autres effets et par conséquent ***l'octroi de l'accès à des données du dossier, le cas échéant sous une présentation non confidentielle, n'autorise aucun autre usage des informations ainsi obtenues que l'étaiement d'une thèse par rapport à la Décision Litigieuse.***

39. L'accès au dossier de l'instruction par la partie plaignante. *En ce qui concerne la partie plaignante, celle-ci doit par analogie avec la procédure de l'article 45 §2 LPCE en cas de classement de la plainte par l'Auditeur, pouvoir répondre en connaissance de cause aux motifs retenus par le Conseil pour rejeter comme non fondés les griefs (ou une partie de ceux-ci) retenus par l'Auditeur dans son Rapport sur la base de la plainte. A cette fin le plaignant peut avoir un intérêt légitime à obtenir un accès à une version confidentielle des éléments pertinents du dossier de l'instruction sur lesquels reposerait l'appréciation du Conseil concernant la démonstration de l'Auditeur. Mais* ***dans la mesure où la simple lecture de la démonstration de l'Auditeur dans son Rapport permet à la cour de juger du bien-fondé de cette appréciation, un accès aux éléments du dossier n'est pas indispensable pour le plaignant.***

40. En outre, par analogie à l'article 48, §2, alinéa 2 la LPCE qui accorde une possibilité au Président de Chambre du Conseil d'accorder aux plaignants (sous réserve des questions de confidentialité) un accès au dossier de l'instruction s'il l'estime opportun, la cour pourra également sur la base de motifs d'efficacité tenant notamment à la bonne administration de la preuve devant elle, octroyer un accès.

Ainsi ***un accès peut également se justifier devant la cour lorsqu'un moyen déterminant invoqué par la partie mise en cause*** *dans ses conclusions pour soutenir ses griefs à l'encontre de la décision du Conseil,* ***repose sur des éléments (à décharge) contenus dans le dossier de l'instruction mais inconnus pour la partie plaignante.*** *Pour permettre* [à] *la partie plaignante de répondre en connaissance de cause aux points essentiels de cette argumentation à décharge, l'exigence de l'efficacité peut commander que l'accès soit octroyé à une version confidentielle des documents ou parties de documents pertinents dans le dossier de l'instruction sur lesquels repose cette argumentation.* ***Il appartient à la partie plaignante de démontrer son intérêt légitime à cet égard.***

28 -06- 2013

En l'occurrence, il appartient à BASE d'identifier avec précision les éléments du dossier qui lui sont inconnus et sur lesquels reposent les moyens déterminants invoqués par BELGACOM MOBILE pour soutenir ses griefs contre la Décision Litigieuse.

41. L'accès au dossier de l'instruction par les autres tiers dans la procédure. ***Les autres tiers dans la procédure devant la cour n'ont en principe pas un droit d'accès au dossier de l'instruction.*** *Ils n'ont en effet pas le même lien processuel que la partie plaignante. Ce n'est que* ***dans des cas exceptionnels et seulement pour des motifs d'efficacité*** *liés notamment à l'administration de la preuve qu'un accès pourrait être accordé* ***à des éléments à décharge*** *dans le dossier de l'instruction invoqués par la partie mise en cause et qui concernent directement ces tiers.*

Un tel accès peut se justifier lorsque le tiers en question est grâce à sa position ou sa connaissance particulière, manifestement bien placé pour répondre de façon spécifique et pertinente aux moyens à décharge invoqués en conclusions par la partie mise en cause.

En l'occurrence, il appartient à MOBISTAR (i) d'identifier avec précision les éléments du dossier qui lui sont inconnus et sur lesquels reposent des moyens déterminants invoqués par BELGACOM MOBILE pour soutenir ses griefs contre la Décision Litigieuse et (ii) de démontrer sa position ou sa connaissance particulière lui permettant manifestement d'éclairer la cour de façon spécifique et pertinente à cet égard.

Elle ne peut donc pas se limiter à invoquer qu'elle aurait souffert des comportements abusifs de BELGACOM MOBILE, ni à invoquer l'exercice de ses droits procéduraux et inventorier toutes les références ou allusions au dossier qui figurent dans la Décision Litigieuse ou dans le Rapport, pour obtenir un accès à des éléments du dossier de l'instruction.

42. Un accès modulé au dossier peut également se justifier en fonction de la nature des documents ou des informations en question.

Les documents qui sont devenus accessibles au public notamment en fonction de l'écoulement du temps où dont l'inventaire indique l'accessibilité aux tiers sont accessibles pour ceux-ci.

Les documents dont le caractère non confidentiel a été reconnu par la partie mise en cause ou par leur auteur sont également accessibles.

Les documents internes de l'administration ou communiqués par une autre administration sous le bénéfice du secret ou autres documents couverts par le secret professionnel sont par leur nature exclus de tout accès.

28 -06- 2013

Une prudence particulière s'impose en ce qui concerne les documents saisis lors de la perquisition par le Service de la Concurrence ainsi que les réponses sur les demandes de renseignement de la part des enquêteurs. Ils ne doivent en principe

pas être accessibles aux tiers *afin d'exclure toute crainte de divulgation de données et de voir compromise la coopération et la sincérité du dialogue entre une entreprise mise en cause et les enquêteurs.* ***Seule une nécessité absolue pourrait justifier l'accès à ces données.***

A ce stade, ni BASE, ni MOBISTAR ne démontrent la nécessité absolue d'un tel accès. Il ne suffit pas d'invoquer l'intérêt évident de ces documents pour l'exercice de leurs droits procéduraux ni le fait qu'ils aient servi à l'élaboration de la position de l'Auditeur ou du Conseil.

43. Un accès modulé dans le temps peut également se justifier dans la mesure où la pertinence de certains éléments du dossier ne peut être découverte ou démontrée par les plaignants ou les tiers qu'à ***l'occasion de l'analyse des conclusions formulées par la partie mise en cause****. Dans ce cas* ***des demandes additionnelles d'accès doivent être formulées dans les meilleurs délais après la communication des conclusions*** *par la partie mise en cause.*

44. Dossier de la procédure. *En ce qui concerne le dossier procédural transmis par le Conseil à la cour, les mêmes principes justifiant un accès modulé en fonction de la position des parties, de la nature des documents et de l'efficacité de la procédure s'appliquent.*

45. La communication de l'inventaire des pièces aux parties s'impose afin de leur permettre de formuler des demandes d'accès particulières et motivées. Rien ne s'oppose non plus à ce que les tiers aient accès à des documents publics ou qualifiés explicitement d'accessibles (en général ou à leur égard) dans l'inventaire du dossier de la procédure sauf appel de la partie mise en cause contre la décision du Conseil à cet égard ou en cas de renonciation explicite par BELGACOM MOBILE.

46. En outre, une certaine modulation en fonction de la nature des pièces figurant dans le dossier est également indiquée.

Ainsi, l'accès au Rapport de l'Auditeur mérite une attention particulière. (...)

En l'occurrence, la Chambre du Conseil a reconnu la nécessité d'accorder tant à BASE qu'à MOBISTAR un accès au Rapport initial de l'Auditeur. Il est logique d'étendre cet accès à une version non confidentielle de la version consolidée du Rapport et aux observations écrites déposées par l'Auditeur devant le Conseil.

En effet, cet accès au Rapport et aux autres écrits de procédure de l'Auditeur doit permettre aux parties de s'éclairer suffisamment sur la position de l'Auditeur. Etant donné que celui-ci doit nécessairement préciser la portée et le contenu des pièces du dossier de l'instruction pertinentes dans son Rapport, il suffit de prendre connaissance du Rapport et des observations écrites de l'Auditeur pour pouvoir identifier avec précision ces pièces. ***En ce qui concerne les autres pièces, qui ne servent pas de fondement à la thèse de l'Auditeur il n'appartient pas aux tiers d'y avoir accès,*** *ces pièces n'étant*

28 -06- 2013

vraisemblablement pas pertinentes. Il n'appartient d'ailleurs pas à la cour dans le cadre du présent recours de refaire l'examen de l'Auditeur, quand bien même elle pourrait lui demander de procéder à une instruction.

Par ailleurs, l'accès à la décision de l'Auditeur du 21 avril 2008 concernant le caractère confidentiel de ces pièces n'est pas de nature à permettre une meilleure identification de la portée et du contenu des pièces pertinentes et est dès lors inutile.

*48. **En ce qui concerne l'accès aux observations écrites de BELGACOM MOBILE devant le Conseil, la Cour estime que cet accès n'est pas requis pour MOBISTAR et BASE** dans la mesure où seule l'argumentation de BELGACOM MOBILE au regard de son appel est pertinent devant la cour d'une part et que l'essentiel en sera repris dans ses conclusions devant la Cour si un grief est tiré du défaut de motivation par rapport à ces observations d'autre part.*

Il en est de même en ce qui concerne les observations écrites de BASE dont MOBISTAR demande l'accès.

49. Comme l'essentiel de la plainte de BASE a été retenu dans le Rapport de l'Auditeur, MOBISTAR n'a pas besoin d'avoir un accès à ce document. Les annexes par contre ont été qualifiées d'accessibles pour MOBISTAR par le Conseil.

*50. Les données effacées du Rapport et de la Décision Litigieuse. **En ce qui concerne les données effacées par l'Auditeur ou le Conseil, les mêmes principes qui pourraient justifier un accès modulé en fonction de la position des parties, de la nature des documents et du critère d'efficacité s'appliquent.***

*En ce qui concerne BASE, l'accès devra en principe **se limiter aux données effacées qui sont nécessaires pour lui permettre de se défendre sur les motifs à décharge retenus par le Conseil** pour rejeter comme non fondée une partie de sa plainte qui avait été retenue par l'Auditeur dans son Rapport. Il appartient donc à BASE de justifier à cet égard davantage et de façon plus circonstanciée l'utilité des données individuelles auxquelles elle demande accès.*

En outre, il appartient à BASE d'indiquer avec précision les données effacées qui lui sont inconnues et sur lesquelles reposeraient des moyens déterminants de BELGACOM MOBILE invoqués pour soutenir ses griefs contre la Décision Litigieuse.

51 Il appartient à MOBISTAR d'identifier avec précision (i) les données effacées qui lui sont inconnues et sur lesquelles reposeraient des moyens de BELGACOM MOBILE invoqués pour soutenir ses griefs contre la Décision Litigieuse (ii) les raisons pour lesquelles MOBISTAR serait particulièrement bien placée pour répondre de façon spécifique et pertinente sur cette argumentation à décharge. »

28 -06- 2013

Sur la confidentialité [le soulignage est ajouté par la cour dans le présent arrêt]

*59. **La cour est tenue de protéger les secrets d'affaires et autres informations confidentielles dont elle est amenée à prendre connaissance dans le cadre d'un recours contre une décision du Conseil.***

60. (...) Il ne ressort toutefois pas de [l'article 76 §5 LPCE] *qu'après une décision du Conseil ou de l'Auditeur sur la confidentialité, la cour ne puisse plus examiner de nouveau la question de la confidentialité des données figurant au dossier de l'instruction, au dossier de la procédure du Conseil ou effacées de la Décision Litigieuse ou du Rapport.*

***Dans les limites de l'accès requis par l'efficacité**, la cour doit veiller au respect des droits procéduraux des parties et notamment lorsqu'un grief porte sur la violation de ce droit.*

*61. **La notion de « secret d'affaires »** n'a pas été définie dans la LPCE. La Communication de la Commission du 22 décembre 2005 sur l'accès au dossier la décrit comme « **toute information sur l'activité professionnelle d'une entreprise dont la divulgation peut gravement léser les intérêts de cette entreprise** ». Il s'agit notamment **d'informations techniques et/ou financières relatives au savoir-faire, les méthodes de calcul des coûts, les secrets et procédés de fabrication, les sources d'approvisionnement, les quantités produites et vendues, les parts de marché, les fichiers de clients et de distributeurs, la stratégie commerciale, la structure de coûts et de prix et la politique de vente d'une entreprise.***

***Des informations autres que les secrets d'affaires peuvent être considérées comme confidentielles dans la mesure où leur divulgation léserait gravement une personne ou une entreprise** (Communication, n° 18). Il peut aussi s'agir de renseignements fournis par des tiers à propos d'entreprises qui sont en mesure d'exercer des pressions de nature économique ou commerciale très fortes sur leurs concurrents ou leurs partenaires commerciaux, clients ou fournisseurs (Communication, n° 19).*

62. En principe la cour acceptera provisoirement toute demande de protection de données confidentielles qui répond aux critères énoncés.

*Toutefois, **l'accès à des éléments du dossier peut dans certaines circonstances entraîner une mise en balance d'intérêts opposés et résulter dans la levée de la confidentialité dans l'intérêt de l'application des règles de la concurrence.***

63. La cour entend appliquer ces principes concernant la protection de la confidentialité dans le cadre de la présente procédure de la façon suivante :

- *l'accès à des données non confidentielles sera accordé en fonction des indications sur la confidentialité contenues dans*

28 -06- 2013

l'inventaire du dossier préparé par l'Auditeur ou le Conseil, sauf en cas d'appel contre la décision qui rejette une demande d'accepter le caractère confidentiel émanant d'un conseiller (article 44 §8 LPCE) ou du Président de la Chambre du Conseil (article 48 §2 LPCE);

- *si la cour décide d'accorder l'accès à des données dont le caractère confidentiel a été accepté au niveau du Conseil ou par elle, la cour accordera le cas échéant l'accès à une version non confidentielle établie par son auteur et figurant dans le dossier; au cas où une telle version non confidentielle ne figure pas dans le dossier la cour invitera son auteur d'établir une telle version dans un bref délai ;*
- *si la cour accorde l'accès à un élément du dossier dont le caractère confidentiel a été accepté au niveau du Conseil mais est contesté devant elle et que cette contestation paraît suffisamment précise et crédible, la cour statuera de nouveau sur la confidentialité selon les considérations susmentionnées après avoir entendu la partie qui en a invoqué le bénéfice.*

64. Lorsque la cour accorde l'accès à des éléments du dossier, ou figurant dans le Rapport ou la Décision Litigieuse dont le Conseil ou l'Auditeur ont auparavant accepté le caractère confidentiel, la protection de la confidentialité sera maintenue sauf si la partie qui en demande la levée ***démontre que la connaissance de l'élément confidentiel est indispensable pour rendre efficace l'accès accordé par la cour, et***

- *que l'élément en question a été* ***rendu public par leur auteur****, lui est déjà légalement connu sans restrictions ou que la personne dont l'information émane l'a déjà communiqué à des tiers sans restrictions; ou*
- *que les informations en question* ***ne concernent manifestement pas des secrets d'affaires et que leur divulgation n'est pas de nature à pouvoir gravement léser la personne dont elles émanent*** *; ou*
- *qu'il* ***s'agit de données historiques*** *ou qui constituent un élément déterminant de l'infraction retenue par la Décision Litigieuse.*

65. ***En ce qui concerne les données historiques, anciennes de plus de cinq ans*** *au moment de leur examen par la cour et les données qui constituent des passages qui contiennent la preuve d'éléments déterminants de l'infraction figurant dans la Décision Litigieuse et dont le caractère confidentiel est contesté,* ***la présomption de leur nature confidentielle est renversée. Le caractère confidentiel ne sera accepté que lorsque la personne dont émanent ces données démontre que l'information constitue :***

- ***un secret d'affaire ; ou***
- ***une information dont la divulgation risque de gravement léser la personne dont elle émane ou des tiers ou violerait leurs droits à la protection de la vie privée ou leur légitime confiance à ce qu'elle ne soit pas divulguée.***

Le cas échéant, si la cour maintient le caractère confidentiel, ***une***

28 -06- 2013

version non confidentielle sera produite par la personne dont émane l'information en question, sous forme de résumé (données non chiffrées) ou de fourchette (données chiffrées) *permettant* [à] *la partie à la laquelle l'accès est accordé d'en faire un usage efficace dans le cadre de l'exercice de ses droits procéduraux devant la cour ».*

6. Sur la base de ces motifs, la cour a adopté le dispositif suivant [le soulignage est ajouté par la cour dans le présent arrêt] :

« Statue uniquement sur les demandes d'accès au dossier ainsi qu'il en est décidé ci-après et réserve à statuer pour le surplus ;

Octroie aux parties l'accès aux pièces du dossier de la procédure dont l'inventaire indique qu'elles sont accessibles aux parties respectives (BELGACOM MOBILE : code A, B et C) ; (BASE : code A, B1 et E) ; (MOBISTAR : code A, B2 et F) ;

Octroie à BELGACOM MOBILE l'accès aux pièces du dossier de l'instruction dont l'inventaire indique qu'ils sont accessibles à BELGACOM MOBILE (code A, B, C) ;

Octroie à BASE et MOBISTAR l'accès aux pièces du dossier de l'instruction dont l'inventaire indique qu'ils sont accessibles sans restrictions à BASE et MOBISTAR (code A) ;

Octroie à BASE et MOBISTAR l'accès à une version non confidentielle :

- *du Rapport consolidé et des observations complémentaires écrites de l'Auditeur (pièces 40, 58, 59, 75, 77, 81, 95 du dossier de la procédure) ; invite l'Auditeur à rédiger une version non confidentielle de ces documents ;*
- *des extraits des procès-verbaux des audiences devant le Conseil auxquelles MOBISTAR ou BASE ont assisté en partie (pièces 79 et 120 du dossier de la procédure du Conseil) ; invite le Conseil à rédiger une version non confidentielle de ces documents.*

Refuse l'accès aux observations écrites de BELGACOM MOBILE et de BASE dans le cadre de la procédure devant le Conseil ainsi que la décision de l'Auditeur du 21 avril 2008 concernant la confidentialité des éléments du dossier (pièce 5 du dossier de la procédure).

Invite les parties à communiquer à la cour sans délai par acte à déposer au greffe de la cour et aux parties concernées toute nouvelle demande d'accès à des pièces du dossier et de levée de confidentialité ou toute précision par laquelle une demande déjà formulée est davantage étayée ***et qui répond aux critères énoncés dans le présent arrêt. »***

28 -06- 2013

IV.- DISCUSSION

1.- Sur l'autorité de la chose jugée

7. Belgacom oppose aux demandes de KPN et Mobistar l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 6 mai 2010.

   KPN soutient que la décision en cause, qui ne constitue qu'un refus partiel ou total d'accès à un dossier, n'a jamais un caractère définitif puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction. Elle en veut pour preuve le dernier paragraphe du dispositif de l'arrêt qui invite les parties à soumettre toute nouvelle demande d'accès à des pièces. KPN fait le rapprochement entre sa demande et l'article 61*ter* §7 du Code d'instruction criminelle. Avec Mobistar, elle soutient que si l'arrêt devait être considéré comme une décision définitive, il violerait l'article 6 du Code judiciaire en ce qu'il se serait prononcé par voie de disposition générale et réglementaire.

8. C'est à tort que Belgacom invoque l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 6 mai 2010.

   En effet, le juge, qui statue sur une question litigieuse dont il n'est plus saisi dès lors qu'il a déjà statué sur cette question dans la même cause entre les mêmes parties, ne viole pas l'autorité de chose jugée attachée au jugement antérieur, mais statue sur une question litigieuse à l'égard de laquelle il a épuisé sa juridiction, violant ainsi l'article 19 du Code judiciaire (Cass., 29 avril 2011, C.10.0132.N).

   En l'espèce, il convient de rechercher ce qui a été antérieurement contesté et jugé, en fait et en droit, vérifier si la demande nouvelle tend à obtenir une décision sur une question litigieuse qui, après avoir été soumise à un débat, a été tranchée par un acte juridictionnel antérieur, en manière telle que la prétention nouvelle, si elle est admise, serait de nature à contredire ce qui a été certainement jugé. En définitive il est nécessaire mais suffisant d'interdire à celui qui a été partie à un procès de remettre en cause une question litigieuse, tranchée par le juge au terme d'une procédure au cours de laquelle chacun des plaideurs a pu en débattre.

28 -06- 2013

9. L'arrêt du 6 mai 2010 expose que les parties ont pu prendre connaissance des inventaires du dossier de l'instruction et de la procédure, qu'elles ont été entendues sur les questions relatives à l'accès au dossier et à la confidentialité à trois reprises, qu'elles ont pris des conclusions de synthèse à propos de leurs demandes,

déposées au greffe de la cour le 29 septembre 2009 et qu'elles ont été entendues en audience publique le 26 novembre 2009.

Aux termes de ses premières conclusions, Mobistar demandait à la cour de lui octroyer l'accès à l'ensemble des pièces énumérées aux paragraphes 106 à 123 et 128 à 133 des ses conclusions, en ce compris les observations de Belgacom, les rapports de l'Auditorat et la décision attaquée, à tout le moins dans une version non confidentielle conforme aux règles applicables. KPN formulait une demande plus large puisqu'elle sollicitait, notamment, l'accès aux versions non confidentielles des passages effacés de la décision, du rapport et du dossier administratif et que soit produite une version non confidentielle des documents composant le dossier administratif (dossier de l'instruction et dossier des pièces de procédure).

Dans ses conclusions, déposées au greffe de la cour le 29 octobre 2009, Belgacom a contesté ces demandes, faisant valoir divers moyens de principe fondés sur la nature spécifique de la LPCE, notamment en ce qui concerne le droit limité des plaignants à n'avoir accès qu'à certaines informations non confidentielles, le concept de pleine juridiction et le principe du contradictoire, l'analyse de la demande en deux temps - critère de nécessité et confidentialité – l'influence de la perquisition, la confidentialité et les données historiques (cf. pages 30 à 74).

Il se déduit de la comparaison des deux demandes que celles-ci sont identiques et qu'en réalité KPN et Mobistar entendent revenir sur ce qui a été décidé par la cour et dont elles critiquent la motivation, notamment en ce qui concerne la condition imposée par la cour de vérifier que l'accès aux pièces demandées contribuera à l'efficacité du processus décisionnel.

10. Le fait que l'arrêt pourrait éventuellement être contredit à la lumière de l'interprétation de deux décisions postérieures de la C.J.U.E. (*Vebic* du 7 décembre 2010 et *Pfeiderer* du 14 juin 2011) est sans pertinence, dès lors que la cour n'est ni saisie d'un recours juridictionnel contre son propre arrêt ni d'une demande d'interprétation d'une de ses décisions qui ne serait pas claire. Pour le même motif, la cour n'a pas à dire si son propre arrêt viole ou non l'article 6 du Code judiciaire (étant précisé, à titre surabondant, que la circonstance que l'arrêt du 6 mai 2010 lie les parties elles-mêmes résulte simplement de l'autorité de la chose jugée que toute décision judiciaire a envers les parties à la procédure, et ne confère pas à cet arrêt une portée réglementaire).

28 -06- 2013

La cour a définitivement tranché les points de fait et de droit qui lui ont été soumis par les parties, relatifs aux demandes d'accès aux différents dossiers du Conseil de la concurrence. Pour certaines pièces, elle a déjà octroyé ou refusé l'accès. Pour les autres, elle a

invité les parties à formuler une demande *« davantage étayée et qui réponde aux critères énoncés dans* [l']*arrêt »*. Sous peine de violer l'article 19 du Code judiciaire et revenir sur ce qui a été décidé, il ne peut être admis qu'à l'occasion de la finalisation de la demande d'accès au dossier, les critères énoncés dans l'arrêt puissent être revus.

Vainement, KPN fait-elle le rapprochement entre la LPCE et le Code d'instruction criminelle. L'instruction fondée sur le droit de la concurrence présente certes un certain caractère inquisitoire, mais est en principe de nature purement civile. L'instruction fondée sur les articles 44 à 54 de la LPCE ne constitue pas une instruction pénale (Cass., 3 juin 2011, *Ann. Prat. Marché* 2011, 1051 et conclusions de l'avocat général Ch. Vandewal, *Juridat* F-20110603-1).

Si KPN et Mobistar entendent critiquer la légalité des critères d'accès définis par la cour, il leur appartient de le faire dans le cadre d'un pourvoi en cassation, si celui-ci est encore possible.

Les demandes de KPN et de Mobistar de les revoir ne peuvent donc être admises.

11. Enfin, il se déduit de ce qui précède qu'il est sans utilité de poser les questions préjudicielles suggérées par KPN, dont la réponse ne peut conduire la cour à adopter un dispositif différent, eu égard au caractère définitif de l'arrêt du 6 mai 2010 en ce qui concerne les demandes d'accès au dossier.

2.- Critères d'accès

12. Afin qu'il ne subsiste aucun doute dans le chef des parties sur les critères d'accès qui ont été définis dans l'arrêt du 6 mai 2010, la cour a souligné les passages les plus significatifs de l'arrêt, permettant d'en faire une lecture claire et précise, sans que cela ne puisse être interprété comme une volonté de modifier ou d'interpréter la décision en cause.

Et afin que ce soit encore plus clair et précis, les parties trouveront ci-après un résumé synthétique des critères d'accessibilité arrêtés par la cour pour les documents dont l'accès n'a pas déjà été ordonné.

28 -06- 2013

DOSSIER DE L'INSTRUCTION

En faveur de KPN (plaignante) :

- démontrer pour chaque pièce que l'efficacité du processus décisionnel de la cour exige l'accès à cette pièce (par exemple pour répondre à un moyen déterminant qui repose sur des éléments à décharge inconnus de la partie plaignante);
- pour les documents saisis et les réponses aux demandes de renseignement des enquêteurs, démontrer la nécessité absolue qui justifierait l'accès à ces données ;
- en toute hypothèse : établissement d'une version non confidentielle (chiffres remplacés par des fourchettes, et résumé des passages occultés) par l'auteur du document ; la charge de la preuve du maintien de l'éventuelle confidentialité des données remontant à plus de cinq ans repose sur Belgacom ;
- la demande d'accès peut être faite à tous les stades de la procédure de la mise en état, dès réception des écrits de procédure de Belgacom.

En faveur de Mobistar (partie tierce entendue) :

- en principe pas d'accès aux pièces du dossier de l'instruction, sauf dans des cas exceptionnels pour des motifs d'efficacité, par exemple relatifs à des éléments à décharge liés à l'administration de la preuve ;
- pour le reste, idem que KPN ;

DOSSIER DE LA PROCEDURE

- mêmes principes que supra en fonction de l'identité des parties (plaignant et partie tierce entendue) ;
- accès à une version non confidentielle du rapport de l'auditeur, mais pas aux autres pièces qui ne servent pas de fondement à la thèse de l'auditeur ;
- pour les données effacées, KPN peut obtenir celles qui sont nécessaires pour se défendre sur les motifs à décharge retenus par le Conseil de la concurrence ; Mobistar doit indiquer quelles sont celles qui lui sont inconnues et les raisons pour lesquelles elle serait bien placée pour répondre à l'argumentation à décharge ;
- pour la confidentialité, idem que pour le dossier de l'instruction.

28 -06- 2013

3.- Sur l'utilisation des pièces

13. Au point 35 de l'arrêt, la cour a précisé très clairement que « *l'octroi de l'accès à des données du dossier, le cas échéant sous une présentation non confidentielle, n'autorise aucun autre usage des informations ainsi obtenues que l'étaiement d'une thèse par rapport à la décision litigieuse* ».

Cette décision est définitive. Si KPN et Mobistar estiment qu'elle viole l'article 84 de la LPCE ou serait en contradiction avec l'arrêt *Pfeiderer* de la C.J.U.E. il leur appartient de se pourvoir en cassation, la cour ayant épuisé sa saisine sur ce point particulier.

4.- Sur la confidentialité

14. A bon droit, KPN et Mobistar font valoir que la manière dont des documents confidentiels ont été rendus non-confidentiels ne répond pas aux prescriptions de la cour en la matière.

Le dernier alinéa du point 65 de l'arrêt du 6 mai 2010 précise clairement qu'*une version non confidentielle sera produite par la personne dont émane l'information en question, sous forme de résumé (données non chiffrées) ou de fourchette (données chiffrées) permettant* [à] *la partie à laquelle l'accès est accordé d'en faire un usage efficace dans le cadre de l'exercice de ses droits procéduraux devant la cour.*

Cette décision est définitive et la cour ne peut, sur la demande de Belgacom, dire pour droit que les documents produits par elle qui ne répondent pas à cette méthodologie seraient conformes au droit de la concurrence, notamment européen.

5.- Sur la pleine juridiction

15. KPN et Mobistar justifient leur droit d'accès aux pièces du dossier sur la base de la compétence de pleine juridiction de la cour d'appel consacrée par l'article 75 de la LPCE qui se borne à énoncer que « *la cour d'appel statue avec un pouvoir de pleine juridiction sur les pratiques restrictives supposées et, le cas échéant, sur l'admissibilité des concentrations* ».

Dès lors que la cour a décidé que, pour avoir accès à certaines pièces des dossiers de l'instruction et de la procédure, les parties

28 -06- 2013

plaignante et entendue devaient, en tout état de cause, démontrer préalablement qu'une telle demande *contribuera à l'efficacité de processus décisionnel* de la cour, en ce qui concerne le fond, il est indispensable de cerner avec précision l'étendue du pouvoir de juridiction de la cour. En effet, si la cour n'est pas compétente pour statuer sur certains griefs des plaignants ou des tiers intéressés qui n'ont pas été retenus soit par l'Auditeur soit par le Conseil de la concurrence, les pièces du dossier qui sont en rapport avec ces griefs ne pourront, par essence, pas contribuer à l'efficacité du processus décisionnel, et conformément aux critères dégagés par l'arrêt du 6 mai 2010, l'accès à celles-ci ne sera donc pas autorisé.

16. Se fondant sur l'article 48 § 4 de la LPCE, Belgacom soutient que la cour ne pourrait, en aucune manière s'approprier les compétences dévolues au Conseil de la concurrence – dont la saisine est elle-même limitée aux griefs pris en considération par l'Auditeur dans son rapport motivé – en procédant elle-même à un examen des pratiques anticoncurrentielles sur la base de sa propre interprétation souveraine des faits.

    Elle estime par ailleurs que la cour ne pourrait substituer sa décision à celle du Conseil de la concurrence que si la nouvelle décision à prendre ne nécessite aucune marge d'appréciation, par exemple lorsque la décision du Conseil est annulée uniquement sur la base d'un vice de forme.

    Or, cette limitation des pouvoirs de la cour est contestée par KPN et Mobistar qui soutiennent que la loi n'impose à la cour aucune limitation, d'autant que l'article 76 permet à la cour de demander à l'auditorat de procéder à une instruction et à lui communiquer son rapport.

17. Dans son arrêt du 3 juin 2011 (*Honda*, C.09.0227.N), la Cour de cassation s'est exprimée comme suit sur cette question :

    > *« 2. Il ressort de la genèse de la loi que la cour d'appel de Bruxelles peut substituer ses propres décisions à la décision du conseil de la concurrence tant en matière de pratiques de concurrence restrictives qu'en matière de concentrations et qu'elle peut tenir compte des développements survenus depuis la décision attaquée du conseil.*
    > *Selon les travaux parlementaires, la cour d'appel peut, en principe, substituer entièrement son appréciation à celle du conseil de la concurrence et peut non seulement annuler mais aussi réformer la décision faisant l'objet de l'appel et rendre une décision remplaçant la décision attaquée.*
    > *3. Même si elle dispose d'un pouvoir de pleine juridiction, la cour d'appel de Bruxelles joue néanmoins dans le maintien de la loi sur la concurrence un rôle spécifique qui ne s'identifie pas entièrement au rôle du conseil de la concurrence.*

28 -06- 2013

Lorsqu'un appel non limité est formé contre une décision du conseil à propos d'une pratique de concurrence restrictive et qu'une pratique restrictive est constatée et une amende infligée, la cour d'appel de Bruxelles n'est pas obligée de procéder à une nouvelle instruction ou de décider de soumettre de son propre chef des éléments de l'instruction aux débats en vue de la constatation de l'infraction.
En ce qui concerne la procédure, elle peut limiter le contrôle notamment aux questions si les prescriptions de la procédure et les conditions de la motivation sont respectées. Quant au fond de la cause, elle peut aussi limiter le contrôle à la question si les faits sont reproduits de manière exacte et s'il n'y a pas une appréciation manifestement inexacte des faits et si la qualification juridique des faits est exacte, la cour d'appel appréciant si les preuves apportées constituent un cadre de faits pertinents en vue de l'appréciation de l'infraction et peuvent servir de base aux conclusions qui en sont tirées.
Elle doit, sur la base des faits certains admis par la cour d'appel elle-même ou par le conseil, décider si les pratiques restrictives sont établies ou non. Elle doit déterminer elle-même si une amende éventuelle est due et quel est son montant, sur la base des éléments retenus.
4. Le moyen est entièrement fondé sur le fait que la cour d'appel de Bruxelles est chargée de la même mission que le conseil de la concurrence et est tenue d'apprécier la cause elle-même sans limitation.
Dans cette mesure, le moyen manque en droit. »

L'étendue du pouvoir de juridiction de la cour d'appel de Bruxelles n'a pas manqué de soulever de nombreuses interrogations dans la doctrine (voy. sur l'exposé de la matière et l'éventuelle incompatibilité d'une acception *sensu lato* du pouvoir de juridiction de la cour d'appel de Bruxelles avec le règlement (CE) 1/2003 relatif à l'application des articles 81 et 82 du Traité CE : X. Taton, *Les recours juridictionnels en matière de régulation*, Larcier 2010, p. 263 à 272 ; sur une critique de l'arrêt précité : F. Louis, « La séparation des pouvoirs comme justification d'une limitation *contra legem* du rôle de la cour d'appel dans le contentieux du contrôle des décisions du conseil de la concurrence », *J.T.* 2011, p. 761, ainsi que J. Ysewyn et M. Van Schoorisse, « Overzicht van rechtspraak van de Raad voor de Mededinging in 2011 », *RCB*, 2012, p. 247, n°21; H. Gilliams « De onafhankelijke en onpartijdige rechter in het Belgische mededingingcontentieux » *Ann. Prat. Marché* 2011, 1054 et sv., et D. Gerard & B. Gielen, *Het finale Honda arrest van Cassatie : volle rechtsmacht, hervorminsbevoegheid en marginale rechterlijke toetsing*, *RCB* 2012-1, 20).

28 - 06 2013

Dans l'arrêt *Honda*, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel de Bruxelles *pouvait* substituer sa propre interprétation à celle du Conseil de la concurrence, mais qu'elle ne le *devait* pas (raison pour laquelle le moyen en cassation a été rejeté). L'arrêt ne

précise cependant pas dans quelles conditions et sur la base de quels critères la cour disposerait ainsi de la faculté de limiter *proprio motu* le pouvoir de pleine juridiction qui lui a été conféré par le législateur, surtout lorsque les parties plaignante et entendue lui demandent expressément, comme en l'espèce, de statuer sur des griefs non retenus par l'Auditeur et/ou le Conseil de la concurrence. Se posent ainsi les questions de savoir (i) si la notion de « *pleine juridiction* » peut être considérée « *au cas par cas* », comme semble l'admettre l'avocat général Vandewal dans ses conclusions, (ii) sur la base de quels critères la cour d'appel dispose d'une option de substituer son appréciation à celle du Conseil de la concurrence et (iii) si l'article 1068, alinéa 1er du Code judiciaire s'applique au recours institué par l'article 75 de la LPCE et dans quelles limites.

Dès lors que l'article 72 de la LPCE dispose que la Cour de cassation statue à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à l'interprétation de la loi, il est de l'intérêt d'une bonne justice de lui poser une question préjudicielle sur l'étendue du pouvoir de juridiction de la cour d'appel de Bruxelles et mettre fin ainsi à une controverse juridique non résolue à ce jour.

6.- Poursuite de la mise en état

18. Dès réception de la réponse de la Cour de cassation, les parties seront invitées à procéder entre elles, et le cas échéant avec l'auditorat du Conseil de la concurrence, à la communication des pièces conformément à l'accord procédural mentionné au point 2 ci-dessus. En cas de contestation persistante, les parties pourront remplir le *Redfern schedule* et identifier, ligne par ligne et colonne par colonne, le ou les documents dont elles demandent la communication (ou la copie à leurs frais), en précisant, pour KPN et Mobistar, en quoi leurs demandes répondent aux critères imposés par la cour dans son arrêt du 6 mai 2010, éventuellement précisés ou complétés par la Cour de cassation en ce qui concerne le pouvoir de juridiction de la cour d'appel de Bruxelles et, pour Belgacom, en quoi cette communication porterait atteinte à la protection de ses secrets d'affaires ou lèserait gravement les intérêts d'une personne ou d'une entreprise tierce.

La cause sera alors à nouveau fixée pour un complément de débats, au cours duquel les parties seront invitées à s'expliquer sur le *Redfern schedule*.

28 -06- 2013

V.- DISPOSITIF

Pour ces motifs, la cour,

1. **Déboute KPN et Mobistar de leurs demandes relatives à une modification des critères d'accessibilité des pièces des dossiers de l'instruction et de la procédure, et Belgacom de celle qui concerne la confidentialité.**

2. **Avant de statuer plus avant, décide de poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour de cassation :**

« L'article 75 de la loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique doit-il être interprété en ce sens que l'article 1068 alinéa 1er du Code judiciaire s'applique sans aucune restriction au recours introduit contre une décision du Conseil de la concurrence et que, partant, la cour d'appel de Bruxelles doit, si elle en est requise par les parties appelantes, statuer sur tous les faits de la cause et dire s'ils constituent ou non des pratiques restrictives de concurrence.

En cas de réponse négative, le pouvoir de pleine juridiction de la cour d'appel de Bruxelles doit-il s'interpréter en ce sens que :

a) *en ce qui concerne les griefs ou éléments qui n'ont pas été pris en considération par l'Auditeur dans son rapport final :*

- *la cour d'appel de Bruxelles ne peut statuer sur ceux-ci, ne disposant pas de pouvoirs plus étendus que ceux qui sont reconnus au Conseil de la concurrence par l'article 45 § 4 de la LPCE qui s'applique en degré d'appel* mutatis mutandis *?*

ou bien :

- *la cour d'appel de Bruxelles ne peut statuer sur ceux-ci qu'à la condition qu'elle ait préalablement constaté que la décision de l'Auditeur procède d'une erreur manifeste d'appréciation ?*

b) *en ce qui concerne les griefs ou éléments retenus par l'Auditeur, mais qui ont été rejetés par le Conseil de la concurrence :*

- *la cour d'appel de Bruxelles ne peut statuer sur ceux-ci et prendre une nouvelle décision qu'à la condition d'avoir préalablement annulé la décision attaquée dans le cadre d'un recours objectif ?*

ou bien :

28 -06- 2013

- *la cour d'appel de Bruxelles ne peut statuer sur ceux-ci qu'à la condition d'avoir préalablement annulé la décision attaquée dans le cadre d'un recours objectif et que si la nouvelle décision à prendre ne nécessite aucune marge d'appréciation ?*

3. **Renvoie la cause au rôle particulier et invite les parties à se conformer à l'accord procédural mentionné au paragraphe 2 ci-dessus.**

Cet arrêt a été rendu par la 9ème chambre de la cour d'appel de Bruxelles, composée de :

M. Henry MACKELBERT, conseiller, président f.f. de la chambre,
Mme Marie-Françoise CARLIER, conseiller,
M. Yves HERINCKX, conseiller suppléant

qui ont assisté à toutes les audiences et ont délibéré à propos de l'affaire.

Il a été prononcé en audience publique par M. Henry MACKELBERT, président f.f. de la chambre, assisté de Mme Patricia DELGUSTE, greffier, le 28 -06- 2013

P. DELGUSTE Y. HERINCKX

M.-F. CARLIER H. MACKELBERT

28 -06- 2013