

Numéro du rôle : 5137
Arrêt n° 197/2011 du 22 décembre 2011

A R R E T

En cause : les questions préjudicielles relatives aux articles 44, 45 et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, posées par la Cour d'appel de Bruxelles.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul et F. Daoût, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par arrêt du 6 avril 2011 en cause de la SA de droit public « Belgacom », en présence de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 13 avril 2011, la Cour d'appel de Bruxelles a posé les questions préjudicielles suivantes :

« 1. L'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée du 15 septembre 2006 (LPCE), interprété en ce sens qu'il exclut d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, les décisions prises ou les actes commis par l'Auditorat auprès du Conseil de la Concurrence dans le cadre d'une procédure d'instruction relative à des pratiques restrictives de concurrence, étant donné qu'aucune autre instance juridictionnelle ne peut connaître d'un tel recours, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que le droit à un contrôle juridictionnel effectif devant un juge indépendant au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ?

2. Si la réponse à la première question est positive, les articles 44, 45 et 75 de la LPCE violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution et les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que la cour d'appel est tenue de se prononcer sur la régularité ou la nullité des actes d'instruction relatifs à des pratiques restrictives de concurrence, sans qu'un cadre légal garantissant les droits de l'entreprise n'indique les principes et modalités suivant lesquels ce contrôle juridictionnel doit être effectué, alors qu'au cas où ces mêmes actes d'instruction seraient commis dans le cadre d'une instruction criminelle, la personne concernée dispose de droits conférés par la loi, et notamment par les articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle ? ».

Des mémoires et des mémoires en réponse ont été introduits par :

- la SA de droit public « Belgacom », dont le siège social est établi à 1030 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 27;

- l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence, dont les bureaux sont établis à 1000 Bruxelles, boulevard du Roi Albert II 16;

- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 22 novembre 2011 :

- ont comparu :

. Me D. Van Liedekerke, Me E. de Lophem et Me H. Gilliams, avocats au barreau de Bruxelles, pour la SA de droit public « Belgacom »;

. Me F. Tulkens et Me S. Seys, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence;

. Me A. Foriers, avocat à la Cour de cassation, et Me R. Jafferli, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs J. Spreutels et L. Lavrysen ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

La Cour d'appel de Bruxelles est saisie par la SA de droit public Belgacom (ci-après : Belgacom) d'un recours contre des décisions prises, dans le cadre de l'instruction d'une plainte déposée par la SA « Mobistar » et la SA « KPN Belgium », par l'auditorat institué auprès du Conseil de la concurrence en application de l'article 44, § 1er, 2°, de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après : LPCE). Ces décisions ont trait au dépouillement de documents et fichiers électroniques saisis lors de perquisitions effectuées par l'auditorat en vertu d'une autorisation préalable délivrée par le président du Conseil de la concurrence sur la base de l'article 44, § 3, alinéa 5, 2°, de la LPCE et ont été identifiées dans un procès-verbal du 22 février 2011 et dans un courrier électronique du 4 mars 2011; il s'agit d'une décision rejetant la demande de Belgacom de reconnaître le caractère confidentiel (statut de « *legal professional privilege* ») à une série de documents saisis lors d'une perquisition dans ses locaux, d'une décision portant sur la transmission immédiate de documents saisis lors de la perquisition précitée à l'équipe d'instruction et d'une décision par laquelle des données saisies lors de la perquisition sont considérées comme relevant de l'objet de l'instruction (« *in scope* »).

Belgacom estime qu'un contrôle juridictionnel des actes de mise en œuvre de l'autorisation de perquisition est nécessaire en vertu des normes de droit international; elle conteste la compétence de l'auteur de la décision et le refus de reconnaître le caractère confidentiel de certains documents; elle fait valoir que les règles relatives à l'emploi des langues n'ont pas été respectées, que les décisions qu'elle critique ne sont pas motivées, que l'ordre de mission et l'autorisation n'ont pas été respectés lors de l'enquête, qu'elle n'a pu disposer ni d'un délai raisonnable pour vérifier si les documents saisis relevaient de l'objet de celle-ci, ni de la possibilité de s'opposer au refus de l'auditorat d'écarter ceux qui ne relèveraient pas de cet objet. Elle demande en outre la suspension des décisions qu'elle attaque.

L'auditorat répond que ses décisions (qui sont le premier cas d'application de la procédure de saisine informatique) sont fondées sur l'autorisation délivrée par le président du Conseil de la concurrence; il invoque la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour justifier ses décisions relatives au caractère confidentiel des documents en cause et renvoie aux procédures appliquées aux Pays-Bas et en France en ce qui concerne les saisies de données informatiques.

Le ministre conteste la recevabilité du recours; il observe que même si l'auditorat fait partie du Conseil, ses décisions ne revêtent pas le caractère de décisions du Conseil, visé à l'article 75 de la LPCE, qui peuvent seules faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel (sauf dans l'hypothèse de l'article 61, § 4, de la LPCE). Les

recours contre certaines décisions de l'auditorat relèvent du Conseil ou du président (articles 44, § 8, 45, § 2, et 62, § 3) et, en l'espèce, aucun recours n'est prévu contre les décisions attaquées. Elles peuvent être contestées devant la chambre du Conseil de la concurrence saisie du fond de l'affaire mais des recours distincts auraient pour effet de multiplier les procédures et d'empêcher l'autorité responsable d'agir avec la célérité requise.

La Cour d'appel relève que, hormis les décisions du Conseil des ministres relatives aux concentrations qui relèvent du Conseil d'Etat, les recours prévus par la LPCE relèvent de la Cour d'appel de Bruxelles. La LPCE a cependant instauré des recours dans des cas spécifiques. Il en est ainsi lorsqu'un recours est introduit contre une décision de classement prise par l'auditeur, qui doit être portée devant le président du Conseil (article 62, § 4), lorsqu'un recours est formé à l'encontre d'une décision de classement d'une plainte, cas dans lequel une chambre du Conseil doit être saisie (article 45, § 2), et dans le cas d'un recours qui a pour objet une décision de l'auditeur sur le caractère confidentiel de données (article 44, § 8), qui doit être soumis à un conseiller désigné par le président du Conseil. Ces cas spécifiques sont, dans l'esprit du législateur, liés à la nature de la décision et au stade de la procédure auquel le différend surgit.

La Cour d'appel estime que le libellé de l'article 75 de la LPCE pourrait conduire à admettre que les décisions de l'auditorat - qualifié de composante du Conseil par l'article 11 - peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel, mais observe que le renvoi que cette disposition fait à l'article 79 pourrait au contraire conduire à penser que ce recours n'est ouvert que contre les seules décisions du Conseil en tant que collège juridictionnel administratif. Les actes de l'auditorat propres à l'instruction peuvent être contestés lors de la procédure sur le fond mais, hormis les décisions relatives au classement de la plainte (article 44, § 1er, 2° et 3°, de la LPCE), ne peuvent faire l'objet d'aucune procédure de contrôle « comparable à celle du règlement de la procédure en matière pénale ou autrement au cours de l'instruction », alors que ces actes ne diffèrent en rien des actes d'instruction accomplis dans ce cadre, tels que des perquisitions, saisies ou appositions de scellés.

La Cour d'appel observe par ailleurs que la plainte porte aussi sur une possible infraction à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce qui implique que soient appliqués le droit au recours effectif et le droit d'accès à un tribunal impartial consacrés par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et pouvant être invoqués par des personnes morales, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne; elle considère qu'il n'est pas douteux que la situation dans laquelle la requérante se trouverait au cas où une exception d'irrecevabilité serait opposée à son recours, ne serait pas compatible avec le droit international. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet décidé, à propos d'une perquisition effectuée par une autorité de concurrence dans le cadre d'une instruction dans cette matière, que les intéressés doivent pouvoir obtenir un contrôle juridictionnel en fait comme en droit de la régularité de la décision prescrivant la perquisition ainsi que des mesures prises sur son fondement; ce recours doit permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié. Selon cette même jurisprudence, un contrôle des opérations effectué par le juge ayant autorisé les perquisitions et les saisies ne permet pas un contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même et le contrôle effectif en fait et en droit doit revêtir un caractère certain dans un délai raisonnable, ce qui exclut qu'un recours à cette fin ne puisse être exercé que dans le cadre d'une procédure au fond.

La Cour d'appel constate que l'interprétation de l'article 75 de la LPCE, allant dans le sens d'un déclinatoire de compétence en l'absence de sentence juridictionnelle au fond, créerait une situation juridique incompatible avec les exigences du droit international et priverait discriminatoirement les intéressés de garanties accordées aux personnes faisant l'objet d'une instruction pénale. Elle constate en outre que si la demande était reçue, il n'est pas certain qu'elle puisse garantir le traitement égal; en effet, à défaut de normes comparables aux articles 131 ou 235*bis* du Code d'instruction criminelle, relatifs aux irrégularités, omissions ou nullités, la Cour d'appel ne peut fonder sa juridiction et, dès lors, fournir un cadre juridique certain et prévisible à l'entreprise qui fait l'objet de l'instruction.

Elle adresse dès lors à la Cour les questions préjudicielles reproduites plus haut. Dans l'attente de la réponse de la Cour, elle se fonde sur l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire pour ordonner une mesure provisoire conservatoire en considérant qu'elle est, dans l'état actuel de la législation nationale, la seule juridiction indépendante au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle Belgacom puisse avoir recours pour connaître de ses griefs.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. La SA de droit public « Belgacom » (ci-après : Belgacom) rappelle les faits de l'espèce et les dispositions applicables au litige en indiquant, notamment, que la langue de la procédure a donné lieu à un incident qui a conduit la Cour d'appel de Bruxelles à poser cinq questions préjudicielles à la Cour de cassation, sur la base des articles 72 et 73 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après : LPCE). La Cour de cassation sera appelée, compte tenu des délais de procédure, à statuer avant la Cour constitutionnelle. Dans son mémoire, Belgacom rappelle que des documents ont été saisis et sont toujours sous scellés et qu'elle souhaite prévenir le dommage irréversible que cela implique.

A.1.2. Le Conseil des ministres indique que la LPCE a pour but de sauvegarder la concurrence économique et cherche à garantir le traitement rapide des affaires. Ce souci apparaît en particulier au stade de l'instruction confiée à l'auditorat. Il relève que la loi utilise les termes « Conseil de la concurrence » dans un sens large - l'institution visée à l'article 11, § 2, et composée de trois organes - et au sens strict - la juridiction administrative dotée d'un pouvoir de décision exercé par douze conseillers et visée à l'article 11, § 1er. Cette distinction apparaît à plusieurs reprises dans la loi, dont différentes dispositions opposent l'auditorat au Conseil, entendu au sens strict.

Le Conseil des ministres rejette l'interprétation de l'article 75 de la LPCE faite par le juge *a quo* selon lequel il pourrait être admis que les décisions de l'auditorat peuvent, sous certaines conditions, tomber sous le champ d'application de cette disposition : les travaux préparatoires de la loi indiquent en effet qu'est maintenu le système de recours antérieur (article 49 de la loi du 1er juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique), selon lequel les décisions du Conseil de la concurrence et de son président peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, alors qu'à l'époque le corps des rapporteurs - aujourd'hui l'auditorat - ne faisait pas partie du Conseil mais était institué auprès du Service de la concurrence du ministère des Affaires économiques (article 14 de la même loi). Cette interprétation est confirmée par l'économie générale de la loi, qui n'envisage que quatre cas dans lesquels un acte ou une décision de l'auditorat peut faire l'objet en tant que tel d'un recours (articles 44, § 8, 45, §§ 2 et 3, 61, §§ 3 et 4 et 62, §§ 3 et 4), soit lorsque la décision met fin à la procédure, soit au cours de celle-ci; soit lorsqu'elle porte sur la confidentialité des données; dans ce dernier cas, la procédure est soumise à des délais courts pour ne pas retarder l'instruction, objectif également poursuivi par l'article 61, § 5, alinéa 2, qui exclut les recours contre les décisions de l'auditeur relatives aux conditions d'application de la procédure simplifiée.

A.1.3. L'auditorat auprès du Conseil de la concurrence rappelle le contexte dans lequel s'inscrivent les dispositions litigieuses et indique que l'article 11 de la LPCE distingue le Conseil de la concurrence « au sens strict », qui est une juridiction administrative (§ 1er), du Conseil de la concurrence « au sens large » qui est composé de trois organes, à savoir le Conseil de la concurrence « au sens strict », l'auditorat et le greffe. Il rappelle ensuite les faits de l'espèce en indiquant que cette affaire a amené la Cour d'appel de Bruxelles, saisie par Belgacom de deux recours, à interroger à titre préjudiciel la Cour de cassation dans le cadre du premier recours et la Cour constitutionnelle dans le cadre du second.

Quant à la première question préjudicielle

A.2.1. Belgacom constate que la première question préjudicielle vise les articles 10 et 11 de la Constitution mais souligne la pertinence des articles 15 et 22 de celle-ci, dont la combinaison correspond, en substance, à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme; la protection instaurée par celui-ci est reconnue au siège des entreprises. Elle se réfère aussi à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, applicable au titre du caractère civil du droit en cause (le droit au respect du domicile) et au titre de l'accusation en matière pénale, telle que celle en matière de pratiques restrictives de la concurrence, où le poids des accusations et le caractère infamant d'une éventuelle condamnation peuvent être aussi considérables que ceux liés au « noyau dur » du droit pénal. Elle se réfère encore à l'article 13 de la même Convention qui, plus encore que l'article 6, pointe la nécessité d'un recours juridictionnel effectif. Ces dispositions correspondent à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle a, depuis le Traité de Lisbonne, la même valeur juridique que le Traité de l'Union européenne.

A.2.2. Belgacom se réfère à la jurisprudence de la Cour pour soutenir que l'absence de possibilité d'un recours contre la décision d'une autorité publique implique en principe la violation des articles 10 et 11 de la Constitution. Ce droit à un recours découle du caractère fondamental du droit restreint par la décision; chacun a droit à un recours effectif visant à contrôler la légalité d'une perquisition par un juge et le droit à une protection effective est confirmé par la Cour européenne des droits de l'homme, d'abord dans l'arrêt *Ravon* (affaire n° 18497/03 du 21 février 2008), rendu à propos de visites domiciliaires en matière de fraude fiscale, puis dans les arrêts *Canal Plus* et *Primagaz* (affaires n°s 29408/08 et 29613/08 du 21 décembre 2010) en matière de perquisitions menées par des autorités de concurrence; ces arrêts censurent la loi française qui, tout en prévoyant un contrôle sur le déroulement de la perquisition par le juge qui l'a autorisée et un recours devant ce même juge, s'abstenait de prévoir d'autre recours contre sa décision qu'un pourvoi en cassation.

Belgacom se réfère enfin à la jurisprudence de la Cour en matière de lacunes législatives, puisque c'est cette question que soulève la présente affaire.

A.2.3. Belgacom déduit de la jurisprudence qu'elle a invoquée que les articles 6, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme requièrent une possibilité de recours immédiat contre les mesures prises ou à prendre par l'auditorat sur la base de l'autorisation de la perquisition, sans qu'il faille attendre une décision sur le fond de l'affaire. En l'espèce, la Cour d'appel a d'ailleurs, en toute hâte, procédé au règlement provisoire de la situation. L'opinion du juge ne pourrait en effet être influencée par des éléments auxquels il conviendrait de ne pas avoir égard. Si ces éléments restaient accessibles à l'auditorat ou à l'équipe d'instruction pendant de longs mois, la situation irrégulière ne pourrait plus être redressée moyennant, au besoin, des mesures provisoires comme l'exige la jurisprudence. L'auditorat n'a d'ailleurs pas contesté la compétence de la Cour d'appel.

A.2.4. Belgacom relève que l'article 75 de la LPCE formule la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles en termes généraux, nonobstant les voies de recours prévues dans trois cas spécifiques, de sorte qu'en règle générale, le recours de droit commun est bien celui organisé par l'article 75 de la LPCE. Elle constate que la Cour d'appel donne de cette disposition une double interprétation suivant que l'on considère ou non que les décisions de l'auditorat sont visées par ledit article 75. La première interprétation - qui n'est pas celle sur laquelle est fondée la question préjudicielle, même si la Cour d'appel ne s'est pas approprié la seconde interprétation - peut s'autoriser de ce que les actes de l'auditorat n'ont pas un caractère exclusivement préparatoire ou d'ordre intérieur et sont susceptibles d'enfreindre des droits subjectifs ou des intérêts légitimes, de sorte qu'ils constituent des décisions au sens de l'article 75. Le critère du grief est confirmé par la jurisprudence du Tribunal de première instance de l'Union européenne et ce grief a un caractère immédiat dans le chef de Belgacom.

Cette interprétation peut aussi s'autoriser de ce que l'auditorat fait bel et bien partie, en vertu de l'article 11 de la LPCE, du Conseil de la concurrence, visé à l'article 75. L'on a certes pu déduire de l'article 79 que l'article 75 ne vise que les décisions du Conseil en tant que collège juridictionnel administratif proprement dit qui rend les sentences, à l'exclusion des décisions de l'auditorat; ce raisonnement n'est cependant pas logique car le renvoi à l'article 79 ne peut avoir un effet restrictif sur le reste de l'article 75 : l'article 79 n'évoque pas les

décisions de l'auditorat et ne peut donc les exclure d'une autre disposition. Certes, il pourrait être considéré que le terme « Conseil de la concurrence » qui figure à l'article 79 de la LPCE concerne plus particulièrement le collège juridictionnel administratif proprement dit qui rend les sentences, mais on ne voit pas en quoi cela aurait une répercussion quelconque sur l'interprétation du terme « Conseil de la concurrence » figurant à l'article 75 de la LPCE. Cette interprétation ne serait d'ailleurs cohérente ni avec l'article 61, § 5, alinéa 2, (qui serait alors inutile en ce qu'il prévoit que la lettre de l'auditorat qu'il vise n'est pas susceptible de recours distinct) ni avec les articles 18, § 2, et 30 de la LPCE (qui seraient aussi inutiles en ce qu'ils prévoient que les décisions de l'assemblée générale relatives à la récusation d'un conseiller ou d'un auditeur ne sont pas susceptibles de recours). Ni le texte de l'article 75 ni les travaux préparatoires ne permettent de conclure à une interprétation restrictive de l'article 75.

A.2.5. Le Conseil des ministres considère que l'interprétation de l'article 75 donnée par la première question préjudicielle est conforme aux travaux préparatoires et à l'économie générale de la loi, à savoir qu'il ne permet pas de former un recours distinct et immédiat contre les décisions de l'auditeur, sans préjudice de l'examen dont celles-ci peuvent faire l'objet au cours de l'examen du fond. La question préjudicielle entend confronter cette disposition à la norme de référence que constitue le droit d'accès à un juge, exprimée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'ajoutant par ailleurs rien à cette disposition; quant à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, elle est liée à la violation invoquée du droit d'accès à un juge, les articles 20 et 21 de la Charte précitée n'ajoutant par ailleurs rien à ces dispositions.

A.2.6. Selon le Conseil des ministres, le droit d'accès à un juge a un caractère relatif, et ce d'autant plus que, selon l'arrêt *Jussila* de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 novembre 2006 (affaire n° 73053/01), le droit de la concurrence ne relève pas du « noyau dur » du droit pénal traditionnel. Le respect de la condition de proportionnalité suppose qu'il y ait une voie alternative raisonnable, ainsi que la jurisprudence le décide par exemple en matière d'immunités et de privilège de juridiction.

La restriction au droit d'accès à un juge a, en l'espèce, un caractère justifié, compte tenu du souci de traiter rapidement les affaires et de la possibilité de critiquer la décision de l'auditeur au stade du jugement devant le Conseil de la concurrence. La Cour a admis un régime analogue dans son arrêt n° 39/99.

A.2.7. Selon le Conseil des ministres, ces principes ne sont pas remis en cause par les arrêts *Ravon* et *Société Canal Plus* de la Cour européenne des droits de l'homme auxquels le juge *a quo* se réfère. La question de l'impossibilité d'un recours autre que le pourvoi en cassation contre l'ordonnance autorisant la perquisition ne se pose pas en l'espèce puisque la perquisition doit être autorisée par le président du Conseil de la concurrence et que les décisions du président peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles en vertu de la disposition en cause. La Cour européenne des droits de l'homme a censuré la loi française ne permettant de contester une mesure d'instruction que dans le cadre d'une procédure au fond et non par un recours immédiat, d'une part, parce qu'il se peut qu'aucune poursuite ne soit finalement engagée, de sorte que la légalité de la mesure d'instruction ne sera jamais contrôlée et, d'autre part, parce qu'en l'espèce, la décision au fond ne pourrait plus être rendue dans un délai raisonnable. Le second motif peut, dans la présente affaire, être écarté d'office, rien ne permettant de supposer que le Conseil de la concurrence ne se prononcerait pas dans un délai raisonnable; c'est au contraire l'instauration d'un recours systématique qui risquerait d'aboutir à un dépassement du délai raisonnable. Le premier motif peut aussi être écarté car rien ne permet de considérer qu'aucune poursuite ne sera exercée à l'égard de l'entreprise. Même si les poursuites prenaient fin sans décision au fond, l'entreprise qui aurait subi un préjudice du fait d'une mesure d'instruction irrégulière pourrait en outre obtenir réparation sur la base des règles de la responsabilité civile. L'arrêt n° 105/2007 du 19 juillet 2007 a d'ailleurs admis que même en cas d'extinction des poursuites par abandon des charges, l'absence de recours immédiat contre une telle mesure n'impliquait pas que le droit d'accès à un juge aurait été atteint dans sa substance, et ce d'autant qu'une décision de classement sans suite met fin à l'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, les membres de l'auditorat sont soumis à la surveillance du procureur général et l'arrêt n° 171/2008 s'est référé à l'arrêt *Ravon* pour décider que le droit d'accès à un juge n'était pas violé si la légalité de la mesure d'instruction pouvait être contestée lors de l'examen du fond.

A.2.8. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres soutient que si la Cour conclut à une violation du droit à l'accès à un juge, elle ne pourrait que constater l'existence d'une lacune extrinsèque que seul le législateur peut combler; l'on ne peut à cet égard suivre la juridiction *a quo* lorsqu'elle paraît considérer qu'elle serait la seule pouvant connaître de recours contre les mesures en cause.

A.2.9. L'auditorat auprès du Conseil de la concurrence soutient que l'article 75 de la LPCE doit être interprété en ce sens qu'il n'exclut pas la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles pour connaître des recours formés contre les décisions du Président du Conseil de la concurrence et les actes qui en découlent et notamment contre la décision du président du Conseil de la concurrence d'autoriser une perquisition et les mesures prises par l'auditorat sur la base de cette décision. Il s'agit de la seule interprétation qui soit compatible avec la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme relative au contrôle juridictionnel effectif accessible aux justiciables en matière de visite domiciliaire menée par une autorité administrative, en général, et par une autorité de la concurrence, en particulier.

A.2.10. L'auditorat auprès du Conseil de la concurrence rappelle la jurisprudence de l'arrêt *Ravon* de la Cour européenne des droits de l'homme ayant censuré la loi française qui ne prévoyait contre l'autorisation de perquisition qu'un recours auprès de la Cour de cassation, ne prévoyait pas de contrôle indépendant de la régularité de l'autorisation elle-même (mais un recours auprès du juge l'ayant délivrée pendant les opérations de visite et de saisie) et ne permettait un contrôle de la régularité des opérations menées sur la base de l'autorisation que devant le juge du fond. Cette jurisprudence a été confirmée par des arrêts postérieurs et a amené le législateur français à revoir la loi en matière boursière et de concurrence, notamment pour prévoir un recours devant le premier président de la Cour d'appel contre l'autorisation de la perquisition et contre le déroulement des opérations. Seules les dispositions transitoires de ce nouveau régime ont été censurées par la Cour européenne des droits de l'homme.

A.2.11. L'auditorat auprès du Conseil de la concurrence déduit de cette jurisprudence que l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme requiert en cette matière qu'un recours contre la décision d'autoriser une perquisition soit ouvert devant un juge autre que celui qui l'a autorisée et puisse porter sur les éléments de fait, que le contrôle des mesures prises sur la base de l'autorisation puisse aboutir à un redressement approprié dans un délai raisonnable et que le système désormais prévu par la loi française réponde à ces exigences.

A.2.12. L'auditorat auprès du Conseil de la concurrence estime que l'article 75 de la LPCE permet un contrôle juridictionnel effectif de la régularité de l'autorisation de perquisition puisque ce contrôle porte aussi sur les éléments de fait et est exercé par une autre autorité que celle qui a délivré l'autorisation. Il soutient aussi que cette disposition doit être interprétée en ce qu'elle n'exclut pas la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles pour connaître des recours formés contre les opérations de visite et de saisie entamées par l'auditorat sur le fondement de la décision du président d'autoriser la perquisition. C'est la seule interprétation de l'article 75 de la LPCE qui soit compatible avec les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme précités et selon laquelle les opérations menées sur le fondement d'une autorisation de perquisition peuvent faire l'objet d'un recours immédiat devant une juridiction à même de connaître des éléments de fait et de droit en jeu et ce, indépendamment d'une éventuelle décision au fond à adopter par le Conseil de la concurrence et de tout recours intenté par les intéressés contre cette décision. Ce système est analogue à celui de la nouvelle loi française; il permet de contester le déroulement des opérations de visite et de saisie effectuées en vertu de l'autorisation puisque celle-ci implique une délégation de pouvoir à l'auditorat, qui porte sur tous les actes liés directement aux opérations de perquisition. Un recours formé contre la décision de l'autorité délégante pourrait dès lors suffire à englober les actes et mesures pris par l'autorité investie du pouvoir de délégation. De même, l'autorisation préalable du président du Conseil de la concurrence (ou du membre de l'assemblée générale du Conseil mandaté par lui) de procéder à une perquisition consiste à approuver les opérations de visite et de saisie telles qu'elles sont prévues dans l'ordre de mission spécifique défini par l'auditeur. Il est admissible, en conséquence, que l'opération de visite et de saisie qui contreviendrait à l'ordre de mission approuvé soit contestée par l'introduction d'un recours contre la décision d'autorisation elle-même, en faisant valoir que la perquisition telle qu'elle est approuvée par le président n'a pas été respectée. Cette lecture est conforme à l'arrêt n° 171/2008 qui

décide que des dispositions législatives relatives aux perquisitions répondent aux exigences de l'article 6.1 de la Convention et ne violent pas, partant, les articles 10 et 11 de la Constitution, si elles étaient interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposaient pas à ce que la décision d'autorisation de procéder à une perquisition soit contestée devant le juge pénal.

A.2.13. L'auditorat auprès du Conseil de la concurrence soutient en revanche que l'article 75 de la LPCE ne peut pas être interprété comme autorisant l'introduction d'un recours contre les actes d'instruction qui ne requièrent pas l'autorisation préalable du président du Conseil tels une demande de renseignements, le recueil d'une déposition ou d'un témoignage écrit ou oral ou une visite d'entreprise avec l'accord préalable de l'entreprise concernée. Une telle interprétation n'est pas requise par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et n'est pas compatible avec l'économie générale de la LPCE considérée dans son ensemble : les contestations relatives aux actes menés dans le cadre de l'instruction sont soit portées devant l'organe spécifiquement identifié à cet effet par la LPCE, soit portées - hormis le cas des opérations de perquisition et de saisie - devant la chambre du Conseil de la concurrence appelée à trancher sur le fond.

Dès lors que l'article 6.1 de la Convention ne comporte pas l'exigence d'un recours spécifique et distinct du recours au fond contre les mesures d'instruction autres que les visites domiciliaires, il serait excessif d'interpréter l'article 75 de la LPCE en ce sens. En effet, cette interprétation reviendrait à permettre l'exercice d'un recours contre n'importe quel acte posé dans le cadre d'une procédure d'instruction en matière de pratiques restrictives de concurrence, au point d'empêcher que la mission légale de l'auditorat soit exercée avec la diligence et l'efficacité requises.

A.2.14. A titre subsidiaire, l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence estime que si la Cour devait constater une lacune intrinsèque à l'article 75 de la LPCE, la Cour d'appel de Bruxelles devrait se déclarer compétente pour connaître du recours contre les opérations de visite et de saisie en cause, sans pour autant se reconnaître compétente pour trancher des recours contre n'importe quel acte de l'auditorat lors de l'instruction d'un dossier relatif à des pratiques restrictives de concurrence.

A.2.15. Dans son mémoire en réponse, le Conseil des ministres réfute les arguments avancés par Belgacom. Il fait valoir que, même si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était applicable dans son volet civil plutôt que dans son volet pénal, les exigences du procès équitable applicables dans le droit pénal traditionnel ne devraient pas être respectées dans toute leur rigueur, comme l'admet la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il fait valoir aussi que les arrêts n^{os} 171/2008 et 10/2011 de la Cour n'imposent nullement qu'un recours puisse être immédiatement introduit contre les mesures d'exécution d'une perquisition.

A.2.16. Le Conseil des ministres estime que la jurisprudence de l'arrêt *Ravon* paraît encore hésitante et peu conciliable avec certains des principes de la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, l'arrêt du 19 mai 2009, *SA LPG Finance Industrie c. France*, déclare-t-il irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes la requête d'une société ayant fait l'objet d'une mesure de visite et de saisie domiciliaire mais n'ayant pas contesté devant le juge du fond la régularité de ces opérations, ce qui implique qu'aux yeux de la Cour, cette contestation devant le juge du fond constituait une voie de recours effective; ainsi encore peut-on contester que l'ouverture d'une voie de recours contre de telles mesures soit justifiée par la circonstance qu'elles ne feraient l'objet d'aucun examen au fond si aucune poursuite n'était engagée par la suite : en effet, transposée en droit pénal, une telle interprétation nuirait gravement aux nécessités de l'enquête et l'arrêt du 27 février 1980, *Deweert c. Belgique*, admet d'ailleurs qu'un classement sans suite ou un non-lieu constitue une limitation implicite du droit d'accès à un juge qui peut être compatible avec les exigences du procès équitable. Si l'on admet qu'aucun recours au fond n'est nécessaire, il en va *a fortiori* de même des recours portant sur les actes préparatoires de poursuites : ou bien les poursuites ont lieu et l'intéressé pourra contester la régularité de ces actes devant le juge du fond, ou bien elles n'ont pas lieu et il peut légitimement être privé du droit d'accès à un juge en ce qui concerne tant le bien-fondé des poursuites que les mesures d'instruction; il est difficile d'admettre qu'un justiciable doive attendre qu'une sanction administrative lui ait été imposée, comme l'autorise la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle, par une autorité administrative pour pouvoir soumettre sa cause à un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de

l'homme mais puisse former immédiatement un recours contre le simple acte d'instruction que poserait cette même autorité administrative.

A.2.17. Le Conseil des ministres soutient enfin qu'une irrégularité éventuelle de la perquisition peut aisément être réparée devant le juge du fond. Si l'irrégularité de la preuve n'est pas établie, le juge du fond pourra y avoir égard. Si elle l'est, la pièce sera écartée des débats et le juge ne pourra y avoir égard, voire pourra déclarer non fondées toutes les charges présentées contre l'entreprise si l'atteinte à l'équité de la procédure a été excessive. L'entreprise obtiendra donc une sanction appropriée par rapport à la violation éventuelle de son droit à un procès équitable. C'est l'ensemble de la procédure qui doit bénéficier des garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, et pas nécessairement chacun des stades de celle-ci.

A.2.18. Dans son mémoire en réponse, l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence constate que la réponse proposée par Belgacom à la première question préjudicielle correspond à celle qu'il a proposée, sous la réserve majeure que Belgacom ne distingue pas les décisions et actes de l'auditorat fondés sur une décision d'autorisation du président des autres décisions prises et actes posés dans le cadre d'une instruction. Cette distinction est pourtant essentielle pour éviter d'entraver l'instruction et rien n'impose que tout acte d'instruction doive pouvoir faire l'objet d'un recours, qu'il s'agisse de la jurisprudence (les actes pouvant être attentatoires aux libertés individuelles sont entourés de la garantie que constitue l'autorisation présidentielle) ou de l'économie de la LPCE (qui s'oppose à ce que des recours juridictionnels soient ouverts contre ceux de ces actes qui, accomplis dans le cadre de l'instruction et contestés, peuvent faire l'objet des recours spécifiques qu'elle prévoit). La distinction entre les deux types d'actes est en outre conforme à la seconde interprétation des termes « Conseil de la concurrence » proposée par l'arrêt *a quo*.

A.2.19. Dans son mémoire en réponse, Belgacom constate que, pour les deux questions préjudicielles, les positions défendues par le Conseil des ministres et par l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence sont difficilement compatibles, celle du second étant très proche de la sienne sur certains points essentiels.

A.2.20. De manière générale, Belgacom conteste l'argument tiré des travaux préparatoires par le Conseil des ministres et fondé sur une indispensable célérité des procédures qui s'opposeraient à l'instauration du recours qu'elle juge nécessaire : l'unique passage des travaux préparatoires ne vise en effet que le délai donné aux parties pour la communication de renseignements, ce qui ne peut être extrapolé pour soutenir que les procédures spécifiques en matière de pratiques restrictives devraient être plus rapides que d'autres. La réglementation correspondante néerlandaise prévoit d'ailleurs qu'un délai doit être accordé aux parties à qui il est demandé de transmettre certains documents à l'équipe d'instruction, précisément pour leur permettre d'exercer un recours.

A.2.21. Belgacom conteste aussi la double acception des termes « Conseil de la concurrence » défendue par le Conseil des ministres. La LPCE définit les différentes attributions du Conseil et de ses organes, et ces organes interagissent. Outre le fait que, de manière générale, la LPCE se réfère au Conseil lorsqu'elle vise celui-ci dans un rôle passif (recevoir un rapport ou un recours) et se réfère aux organes de celui-ci lorsqu'elle le vise dans un rôle actif (transmission du rapport par l'auditorat, décision de l'auditorat sur la confidentialité), rien ne permet d'affirmer que l'article 75, spécifiquement visé par la question préjudicielle, devrait être entendu « au sens strict », ce qui serait en outre contraire aux normes supérieures en cause. Belgacom estime aussi que l'argument tiré des travaux préparatoires, selon lesquels le système antérieur des recours ne serait pas modifié, n'est pas convaincant puisque le législateur a transformé le corps des rapporteurs en un auditorat qui, contrairement au premier, fait partie du Conseil. Il aurait dû s'abstenir de le faire s'il souhaitait ne pas élargir la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles. Par ailleurs, rien ne permet de déduire de l'existence de recours spécifiques ouverts contre certaines décisions de l'auditorat (terme particulier) qu'aucun autre recours ne pourrait être ouvert contre elles (terme universel).

A.2.22. Belgacom prend acte de ce que, si une procédure au fond est envisagée, les illégalités de l'instruction pourront être dénoncées à ce moment mais constate que la LPCE n'organise concrètement ce contrôle ni devant le Conseil, ni devant la Cour d'appel de Bruxelles.

Elle estime que le Conseil des ministres réduit à tort la question en cause à celle du droit d'accès à un juge en passant sous silence le caractère effectif du recours juridictionnel garanti par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux : ce qui est en cause, c'est le caractère effectif du recours que Belgacom doit pouvoir utiliser, préventivement, pour empêcher que des décisions de l'auditorat soient mises en œuvre et que des documents litigieux soient transmis à l'équipe d'instruction. Il n'existe aucune voie alternative raisonnable à ce recours immédiat, cette transmission étant irréversible; la possibilité de l'existence d'une telle voie ne suffirait pas pour conclure que le droit d'accès à un juge, et moins encore le droit à une protection juridictionnelle effective, pourrait n'avoir qu'une portée relative.

Elle critique aussi la lecture réductrice que le Conseil des ministres fait des arrêts *Ravon* et *Canal Plus* : c'est l'incertitude du recours au fond (et non la certitude de l'absence de recours) qui conduit la Cour européenne des droits de l'homme à censurer la loi française, comparable sur ce point à la loi belge, et à exiger qu'un contrôle juridictionnel soit prévu. Ce recours devant être effectif, le recours au fond serait nécessairement insuffisant puisque la transmission des documents litigieux à l'équipe d'instruction est irréversible et que l'examen au fond n'aura pas de lien avec ceux-ci. Quant à l'argument que le Conseil des ministres tire d'une possible action en responsabilité civile, il ne trouve aucun fondement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et ne peut être suivi parce que le dommage est en effet irréversible et n'est pas de nature pécuniaire, parce que l'on ne saurait décider de commettre un acte irrégulier pour ensuite en proposer la réparation par équivalent et parce que cet argument aboutit à contester l'utilité de tout le contentieux administratif.

A.2.23. Contrairement au Conseil des ministres, Belgacom estime inutile d'avoir égard au caractère pénal ou non de l'instruction puisque les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sont aussi applicables au procès civil; elle maintient que l'instruction en cause s'inscrit dans le cadre du volet pénal de cette disposition, et dans le « noyau dur » de celui-ci.

A.2.24. Belgacom conteste aussi les arguments que le Conseil des ministres tire des arrêts n^{os} 105/2007 et 171/2008. Le premier parce que si l'on considère que le contrôle effectué sur les techniques de recherche peut n'être limité qu'aussi longtemps que les éléments qu'elles ont permis de recueillir n'ont aucun effet sur la situation des intéressés, il reste qu'un tel effet est, dans la présente affaire et comme on l'a dit plus haut, avéré et que, même si la transmission de ces éléments ne donne pas lieu à la saisine du Conseil de la concurrence, sa survenance doit pouvoir être empêchée. Le second arrêt n'est pas pertinent puisque le contrôle de l'inspection du travail qu'il vise intervient une fois consommé l'objet de l'autorisation de la visite domiciliaire alors qu'en l'espèce, les actes contestés par Belgacom n'ont pas encore été exécutés concrètement, ceci étant mis en suspens par l'arrêt *a quo*.

A.2.25. Belgacom estime enfin, contrairement au Conseil des ministres, que la cause d'une violation des normes de référence par l'article 75 de la LPCE ne se trouve pas dans une lacune extrinsèque puisqu'il ne s'agit pas d'adopter de nouvelles dispositions mais d'interpréter autrement l'article 75, conformément à des normes de référence qui, lorsqu'il s'agit de normes supérieures directement applicables, s'imposent au juge *a quo*. Le principe du recours ne saurait être exclu par cela qu'une intervention législative serait opportune, contrairement à ce que soutient le Conseil des ministres prétendant tirer argument de la seconde question préjudicielle pour justifier la réponse qu'il donne à la première.

A.2.26. Dans son mémoire en réponse, Belgacom constate que l'auditorat rejette clairement la position du Conseil des ministres en ne contestant pas la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles. Cette position est plus proche de celle de Belgacom, qui conteste cependant que des décisions et des actes qui n'auraient pas été autorisés par le président du Conseil de la concurrence puissent échapper au recours immédiat. De tels actes peuvent pourtant faire grief et l'article 75 de la LPCE violerait les normes de référence en cause s'il était interprété comme ne permettant pas qu'ils fassent l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles. Les actes et décisions ne faisant pas l'objet d'une autorisation préalable ou n'en découlant pas ne sont d'ailleurs pas l'objet du litige et de la question préjudicielle.

Quant à la seconde question préjudicielle

A.3.1. Belgacom limite sa réponse aux aspects ayant donné lieu aux questions préjudicielles posées à la Cour, indépendamment de celles relatives à la compatibilité avec des normes supérieures des dispositions de la LPCE relatives aux instructions en matière de pratiques restrictives de concurrence. Elle rappelle qu'en vertu de l'article 75 de la LPCE, la Cour d'appel de Bruxelles se prononce sur la légalité des décisions faisant l'objet d'un recours en ce qui concerne la compétence de l'auteur de l'acte, la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, l'excès ou le détournement de pouvoir. Les pouvoirs que l'article 75 confère à la Cour d'appel ne permettent pas d'assurer au justiciable une protection des droits de la défense équivalente à celle garantie dans le cadre d'une instruction pénale par les articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle qui permettent de déclarer nuls des actes irréguliers, d'examiner leur impact sur la suite de la procédure et de retirer des pièces irrégulières de manière à « purger » le dossier soumis au juge du fond et qui confient le contrôle de l'instruction à des instances distinctes des juridictions de fond. En l'espèce, il n'est pas certain que la Cour d'appel puisse assurer une telle protection. Certes, rien ne lui interdit de contrôler les actes de l'auditorat, mais si elle ne le faisait pas, Belgacom serait privée de toute protection juridictionnelle à l'égard de ces actes. De même, l'article 75 ne prévoit pas expressément que les éléments irréguliers soient retirés du dossier, ce qui permettrait à l'auditorat et à l'équipe d'instruction de continuer à les utiliser. En outre, il existe un risque que la Cour d'appel de Bruxelles ait à connaître (en tant que juridiction d'appel des recours contre les décisions au fond d'une chambre du Conseil de la concurrence) de pièces ayant fait l'objet d'un litige qu'elle aura dû trancher antérieurement lors du contrôle de la légalité des décisions du Conseil (en ce compris l'auditorat). Pour éviter une telle situation (à l'image de ce que prévoient les articles 131 et 235*bis* précités), elle devrait confier l'une et l'autre de ces procédures à des chambres distinctes, ce que la loi ne prévoit pas. La protection des droits fondamentaux en cause est donc tributaire de la manière dont la Cour d'appel fera usage de son pouvoir de contrôle.

A.3.2. Belgacom soutient que si la Cour d'appel interprète l'article 75 de manière telle qu'il n'assure pas une protection équivalente à celle des articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle, cet article 75 n'est pas conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et viole les articles 10 et 11 de la Constitution. Les actes d'instruction posés par l'auditorat et ne faisant l'objet d'aucun contrôle juridictionnel peuvent créer des préjudices graves et irréparables, alors que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme requiert un contrôle juridictionnel des décisions adoptées dans le cadre d'une perquisition concernant l'étendue et la composition des documents saisis et que l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme exige aussi un recours utile et efficace. Le même préjudice irréparable surviendrait si l'article 75 n'octroyait pas à la Cour le pouvoir d'imposer que les éléments irréguliers soient retirés du dossier; enfin, l'entreprise ne bénéficierait pas d'un contrôle juridictionnel neutre et équitable si les mêmes magistrats de la Cour d'appel avaient à connaître à la fois du litige concernant les actes de l'auditorat et du fond de l'affaire.

A.3.3. Belgacom soutient que si la Cour d'appel interprète l'article 75 de manière telle qu'il offre une protection équivalente à celle des articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle, cette disposition satisfera aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, la Cour d'appel n'a pas encore clarifié, dans sa jurisprudence, l'étendue exacte de ses compétences, de sorte que l'entreprise se trouve dans une situation délicate tant que les droits et garanties dont elle bénéficie ne sont pas articulés de façon suffisamment claire.

Même si l'on considérait que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas que les protections qu'il prévoit s'appliquent à la mise en œuvre de l'article 75, il n'en reste pas moins que celui-ci prévoit une protection significativement moindre que celle prévue par les articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle, alors que dans les deux cas sont en cause des actes d'instruction contraignants et restrictifs des libertés individuelles. La différence de traitement qui en découle est discriminatoire peu importe que la loi qualifie ou non de pénales les mesures qu'elle vise. Les articles 131 et 235*bis* précités traduisent les principes généraux de droit en ce qu'ils autorisent un contrôle des actes d'instruction avant qu'une éventuelle poursuite devant la juridiction de fond soit entamée; ils prévoient que le dossier d'instruction soit « purgé » des

pièces irrégulières sans que le juge qui aura à connaître du fond de l'affaire ne puisse en prendre connaissance; enfin, ils confient le contrôle de l'instruction à des instances distinctes des juridictions qui auront à connaître du fond de l'affaire.

A.3.4. Le Conseil des ministres estime que, compte tenu de la réponse qu'il convient de donner à la première question préjudicielle, la seconde n'appelle pas de réponse. Le malaise ressenti par le juge au regard de la crainte de ne pouvoir offrir les garanties requises confirme la thèse de la lacune extrinsèque défendue à titre subsidiaire par le Conseil des ministres. Ces garanties ne pourraient en effet être offertes que dans le cadre d'un réexamen de la loi par le législateur.

A.3.5. Le Conseil des ministres soutient que la question est irrecevable, d'une part, en raison de ce qu'elle est imprécise lorsqu'elle se réfère au cadre légal des garanties qu'elle vise et, d'autre part, en ce qu'elle n'indique pas en quoi le droit à un procès équitable pourrait être méconnu.

A.3.6. A supposer que la question soit recevable, le Conseil des ministres considère qu'elle porterait sur la différence de traitement entre la procédure à suivre devant la Cour d'appel de Bruxelles si elle était compétente pour connaître des recours en cause et celle à suivre devant les juridictions d'instruction faisant application des articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle et du système dit de la « purge des nullités ». Or, une telle différence de traitement n'est pas discriminatoire en soi et ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des intéressés puisque les principes généraux du droit conduiraient à écarter du débat des éléments dont la nullité serait établie. Le droit commun offrant donc déjà des garanties équivalentes à celles prévues par les articles 131 et 235*bis* précités, la question préjudicielle appelle une réponse négative. Certes, ces dispositions impliquent le retrait physique des pièces irrégulières du dossier mais la circonstance que tel ne serait pas le cas dans la procédure soumise à la Cour d'appel ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits des intéressés, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne requérant d'ailleurs pas que soit prévu le système dit de la « purge des nullités ». Le juge du fond reste compétent pour prononcer la nullité d'un acte que la juridiction d'instruction n'aurait pas censuré et la personne poursuivie peut continuer à se prévaloir des pièces retirées du dossier, ce qui indique que la « purge des nullités » peut ne pas être complète. Ce système peut se justifier lorsqu'il existe une séparation nette entre juridiction d'instruction et juridiction de jugement. Une telle séparation n'existerait pas en l'espèce si la réponse à la première question préjudicielle était positive.

A.3.7. Le Conseil des ministres soutient que si la seconde question préjudicielle débouchait sur le constat d'une discrimination, celle-ci trouverait son siège dans une lacune extrinsèque que seul le législateur pourrait combler, lui seul pouvant mettre en place un cadre législatif global cohérent et prévisible tenant compte, en particulier, de ce qu'un système de « purge des nullités » serait dépourvu de sens si la Cour d'appel était juge d'appel à la fois au stade de l'instruction et à celui du jugement.

A.3.8. Se référant à l'article 2 du Code judiciaire, l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence soutient que les principes de droit applicables au contrôle de la régularité des actes d'instruction en matière pénale sont applicables aux procédures en cause. Ceux relatifs à la régularité des opérations de perquisition ont depuis longtemps été dégagés de la doctrine et de la jurisprudence, jusqu'à l'insertion des articles 131 et 235*bis* dans le Code d'instruction criminelle. Ceux-ci permettent aux juridictions d'instruction de purger les dossiers des éventuelles irrégularités de l'instruction en prononçant la nullité de l'acte ou de tout ou partie de la procédure. L'arrêt n° 158/2010 (B.6.1 et suivants) décide à propos des éléments de preuve obtenus en méconnaissance du droit au respect de la vie privée que, d'une part, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne comportent pas de règles concernant l'admissibilité d'une preuve en tant que telle (et que cette matière relève au premier chef du droit interne), et que, d'autre part, l'utilisation d'une preuve obtenue en méconnaissance de l'article 8 de la Convention ne conduit pas nécessairement à une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6.1 de la Convention européenne. Les mêmes principes doivent être appliqués aux recours introduits devant la Cour d'appel de Bruxelles contre la décision du président du Conseil de la concurrence d'autoriser une perquisition ou contre les opérations de visite et de saisie menées par l'auditorat dans le cadre d'une instruction en matière de

pratiques restrictives de concurrence. Celui-ci est en effet investi, en l'espèce, de pouvoirs quasi répressifs, même si les sanctions en cause ne sont pas strictement des sanctions pénales.

L'application de ces principes est confirmée par la compétence de pleine juridiction dont l'article 75 de la LPCE investit la Cour d'appel de Bruxelles. Il lui appartient de préciser et de nuancer, à cette occasion, les limites de son contrôle, en prenant en considération les principes généraux et les dispositions constitutionnelles et supranationales.

La seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.3.9. Dans son mémoire en réponse, le Conseil des ministres invoque un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 2011 qui décide que les procédures menées sur la base des articles 44 à 54 de la LPCE sont dépourvues de tout caractère pénal en droit interne, de sorte qu'un recours éventuel devant la Cour d'appel ne jouirait donc pas nécessairement des garanties de la procédure pénale. Par ailleurs, le système de la « purge des nullités » ne constitue pas l'un des principes généraux du droit pénal : il n'a été introduit qu'en 1998 dans le droit positif et n'est pas applicable lorsque la procédure pénale ne donne lieu qu'à une information judiciaire sans saisine d'un juge et des juridictions d'instruction.

A.3.10. Le Conseil des ministres réfute en outre l'argument tiré par Belgacom de ce que la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles ne permettrait pas encore de savoir comment elle exercerait sa compétence si elle était saisie d'un recours contre un acte d'instruction de l'auditorat. Il invoque à cet égard la jurisprudence de l'arrêt du 22 mars 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne*, de la Cour européenne des droits de l'homme qui décide que si la procédure doit être prévue par la loi, il reste qu'il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire et que l'article 7 de la Convention n'interdit pas que cette interprétation d'une affaire puis d'une autre conduise à une clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale. La prévisibilité des solutions ne s'oppose pas à ce que la Cour d'appel soit amenée à trancher pour la première fois certaines questions.

A.3.11. Dans son mémoire en réponse, l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence rejette la thèse de Belgacom parce qu'il faut, comme dans la première question, faire une distinction entre les types d'actes d'instruction, parce qu'il est inutile de vouloir faire consacrer par la Cour que les principes applicables au contrôle de la régularité des actes d'instruction en matière pénale, consacrés par le Code d'instruction criminelle, impliquent déjà que les pièces illégales soient écartées et parce que la désignation de chambres distinctes au sein de la Cour d'appel, demandée par Belgacom, touche à l'impartialité objective de la juridiction de jugement de la Cour d'appel par rapport à la juridiction d'instruction de cette Cour, de sorte que cette demande excède la portée de la question préjudicielle. De surcroît, c'est à la Cour d'appel de s'organiser pour respecter les exigences des conventions internationales.

A.3.12. Dans son mémoire en réponse, Belgacom rejette l'exception d'irrecevabilité de la question préjudicielle soulevée par le Conseil des ministres en constatant que, tout en ayant été rédigée très rapidement, cette question est suffisamment précise pour avoir permis à celui-ci et à l'auditorat d'y répondre; la Cour pourrait d'ailleurs la reformuler.

Elle relève que le Conseil des ministres indique que les pièces annulées sont physiquement retirées du dossier dans le régime du Code d'instruction criminelle, ce qui constitue précisément le problème en l'espèce puisque ce n'est que si les pièces saisies sont retirées du dossier que Belgacom aura l'assurance qu'elles ne lui causeront pas de préjudice. Si elles y subsistaient, le juge du fond serait tenu d'effectuer un exercice de l'esprit consistant à en faire abstraction, ce qui impliquerait, entre la procédure en cause et celle du Code d'instruction criminelle, une différence de traitement qui n'est pas bénigne. Quant à l'argument tiré de ce que la juridiction de jugement peut encore annuler des actes que la juridiction d'instruction n'aurait pas annulés, il ne remet en cause ni le rôle de celle-ci ni la pertinence d'un contrôle en amont, surtout s'il permet de prévenir les conséquences dommageables d'une irrégularité. Enfin, s'il est vrai que le système de la purge des nullités perd sa raison d'être si la juridiction d'instruction et la juridiction de jugement sont identiques, il reste que tel ne sera pas le cas si ce ne sont pas les mêmes juges qui officient dans ces deux qualités, ce que la procédure pénale ordinaire permet d'organiser.

A.3.13. Belgacom conteste enfin, à propos de la lacune extrinsèque qui, selon le Conseil des ministres, devrait être constatée si la disposition en cause était jugée contraire aux normes de référence, vouloir solliciter une « réforme Franchimont » de la LPCE : elle se borne à chercher une solution concrète permettant d'obtenir que des pièces dont l'irrégularité a été constatée soient retirées du dossier; il s'agit d'une lacune intrinsèque que le juge peut combler, le législateur pouvant, par ailleurs, revoir la disposition en cause.

A.3.14. Dans son mémoire en réponse, Belgacom constate que sa position et celle de l'auditorat sont proches. Elle comprend que l'auditorat considère que les documents irréguliers doivent être physiquement supprimés dans le dossier, par application des principes généraux du droit. Elle ne se prononce pas sur la question de la sanction en cas d'inclusion d'une pièce irrégulièrement saisie dans le dossier, cette question étant prématurée.

- B -

B.1. Les articles 44, 45 et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après : LPCE), disposent :

« Art. 44. § 1er. L'instruction des affaires par l'Auditorat se fait :

1° sur demande des intéressés visés à l'article 9 dans le cas d'une concentration notifiée;

2° d'office ou à la demande du ministre ou sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cas d'une infraction aux articles 2, § 1er, 3, 9, § 1er, ou en cas de non-respect d'une décision prise en vertu des articles 9, § 5, 52, 53, 58 ou 59;

3° sur demande du ministre des Classes moyennes, d'un organisme public ou d'une autre institution publique spécifique, chargés du contrôle ou de la surveillance d'un secteur économique dans le cas d'une infraction à l'article 2, § 1er, à l'article 3 ou à l'article 9, § 1er;

4° d'office, sur demande du ministre ou de l'assemblée générale du Conseil en vue d'un arrêté royal d'exemption par catégorie d'accords, de décisions et de pratiques concertées sur la base de l'article 50;

5° sur demande de la Cour d'appel de Bruxelles dans le cas de l'application de l'article 76, § 2.

§ 2. Dans l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées, les auditeurs peuvent recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des entreprises et des associations d'entreprises. Ils fixent le délai dans lequel ces renseignements doivent leur être communiqués.

Lorsque les auditeurs adressent une demande de renseignements à une entreprise ou une association d'entreprises, ils indiquent la base juridique et le but de leur demande.

Si une entreprise ou une association d'entreprises ne fournit pas les renseignements dans le délai imparti par l'auditeur ou les fournit de façon incomplète, inexacte ou dénaturée, l'auditeur peut exiger les renseignements par décision motivée.

Cette décision précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel les renseignements doivent être fournis. Lorsque la décision de demande de renseignements est adressée à l'une des entreprises notifiantes, elle suspend en outre les délais visés à l'article 58 jusqu'au jour de la fourniture des renseignements ou au plus tard le jour de l'expiration du délai fixé par l'auditeur.

L'auditeur notifie sa décision aux entreprises desquelles les renseignements sont exigés.

§ 3. Sans préjudice des pouvoirs des officiers de police judiciaire, les auditeurs et les fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence commissionnés par le ministre sont compétents pour rechercher les infractions à la présente loi et pour constater ces infractions par des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire.

Ils sont aussi compétents pour rechercher toute information utile et pour faire toute constatation nécessaire en vue de l'application des articles 6 à 10.

Dans l'exercice des missions qui leur sont confiées, ils sont soumis à la surveillance du procureur général.

Ils recueillent tous renseignements, reçoivent toutes dépositions ou tous témoignages écrits ou oraux, se font communiquer, quel qu'en soit le détenteur, tous documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie et procèdent sur place aux constatations nécessaires.

Ils peuvent procéder à des perquisitions :

1° au domicile des chefs d'entreprise, administrateurs, gérants, directeurs, et autres membres du personnel ainsi qu'au domicile et dans les locaux professionnels des personnes physiques ou morales, internes ou externes, chargées de la gestion commerciale, comptable, administrative, fiscale et financière, entre 8 et 18 heures, avec l'autorisation préalable d'un juge d'instruction;

2° dans les locaux, moyens de transport et autres lieux des entreprises où ils ont des raisons de croire qu'ils trouveront des documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission et dont ils peuvent prendre copie, entre 8 et 18 heures, avec l'autorisation préalable du président du Conseil de la concurrence ou par un membre de l'assemblée générale du Conseil qui y est mandaté par le président.

Dans l'accomplissement de leur mission, ils peuvent saisir sur place et apposer des scellés pour la durée de leur mission et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci, sans pouvoir excéder 72 heures, dans des locaux autres que ceux des entreprises ou d'associations d'entreprises. Ces mesures sont constatées dans un procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal est remise à la personne qui a fait l'objet de ces mesures.

Dans l'accomplissement de leur mission, ils peuvent requérir la force publique.

Pour procéder à une perquisition, une saisie ou une apposition de scellés, les fonctionnaires visés à l'alinéa 1er doivent en outre être porteurs d'un ordre de mission spécifique délivré par l'auditeur. Cet ordre de mission précise l'objet et le but de leur mission.

Les auditeurs peuvent commettre des experts dont ils déterminent la mission consultative. Les auditeurs peuvent aussi avoir recours aux fonctionnaires de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation du Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie.

§ 4. Nonobstant les lois particulières qui garantissent le secret des déclarations, les administrations publiques prêtent leur concours aux auditeurs et aux fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence dans l'exécution de leur mission.

§ 5. Dans l'exercice de leur mission d'instruction, les auditeurs, les fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence et les fonctionnaires de la Direction générale du Contrôle et de la Médiation se conforment pour :

1° l'audition des personnes, aux dispositions de l'article 31, alinéa 3 excepté, de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire;

2° la rédaction des convocations, procès-verbaux et rapports, aux dispositions de l'article 11 de la même loi. Lorsque plusieurs personnes font l'objet de l'instruction, le rapport de l'auditeur visé à l'article 45, § 4, sera rédigé dans la langue de la majorité établie en tenant compte des dispositions dudit article 11. En cas de parité, il sera fait usage de l'une des langues nationales suivant les besoins de la cause.

§ 6. Avant de transmettre au Conseil le rapport motivé visé aux articles 45, § 4, 55, § 4, 59, § 2, ou 62, § 5, l'Auditorat ou l'auditeur établit un inventaire de tous les documents et données rassemblés au cours de l'instruction, et se prononce sur leur confidentialité.

Le caractère confidentiel des données et documents est déterminé à l'égard de chaque personne physique ou morale qui prend connaissance du rapport motivé.

§ 7. Lorsque l'Auditorat ou l'auditeur est d'avis que des données qui ont été qualifiées de confidentielles par les personnes physiques ou morales qui les ont fournies, n'ont pas de caractère confidentiel vis-à-vis de l'entreprise concernée, il en avertit par lettre, télécopie ou courrier électronique les personnes physiques ou morales ayant fourni ces données et les invite à prendre position sur ce point par lettre, télécopie ou courrier électronique dans le délai fixé par lui.

L'Auditorat ou l'auditeur se prononce ensuite. L'Auditorat ou l'auditeur peut décider que l'intérêt d'une application effective de la présente loi l'emporte sur la protection du caractère confidentiel des données en cause. L'Auditorat ou l'auditeur notifie sa décision aux personnes physiques ou morales ayant fourni ces données.

Lorsque l'Auditorat ou l'auditeur accepte le caractère confidentiel des données, il demande, dans le délai qu'il fixe, à la personne physique ou morale ayant fourni les données, d'établir un résumé ou une version non confidentiel du document en cause, pour autant qu'un tel résumé ou version ne se trouve pas déjà au dossier. Les documents confidentiels sont ensuite retirés du dossier et remplacés par le résumé ou version non confidentiel.

Lorsque l'Auditorat ou l'auditeur n'accepte pas le caractère confidentiel des données, il en informe la personne physique ou morale ayant fourni les données en mentionnant les raisons pour lesquelles ces données ne peuvent être considérées comme confidentielles. Cette communication se fait par lettre, télécopie ou courrier électronique.

§ 8. La personne physique ou morale ayant fourni lesdites données peut, dans un délai de dix jours suivant la communication de la décision de l'Auditorat ou de l'auditeur, former un recours contre cette décision auprès du Conseil. Le délai est de deux jours ouvrables dans l'hypothèse d'une instruction ou décision en matière de concentration.

Un conseiller du Conseil, désigné par le président, qui ne siègera pas par la suite au sein de la chambre qui connaît de l'affaire, se prononce dans un délai de dix jours sur le recours. Le délai est de deux jours ouvrables dans l'hypothèse d'une instruction ou décision en matière de concentration. Un appel distinct ne peut être interjeté devant la Cour d'appel de Bruxelles contre pareille décision.

§ 9. L'Auditorat ou l'auditeur ne peut communiquer aucune donnée confidentielle tant que le conseiller du Conseil ne s'est pas prononcé sur le recours.

Art. 45. § 1er. Les plaintes et les demandes relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont introduites devant l'Auditorat.

§ 2. S'il conclut à l'irrecevabilité ou au non-fondement de la plainte ou de la demande, l'Auditorat classe la plainte ou la demande par décision motivée. L'auditorat peut aussi classer une plainte ou une demande par décision motivée eu égard à la politique de priorités et les moyens disponibles. Une décision de classement est notifiée, par voie de lettre recommandée, au plaignant ou au requérant en lui indiquant qu'il peut consulter le dossier auprès du greffe, en obtenir copie contre paiement et qu'il peut intenter un recours contre la décision de classement auprès du Conseil.

§ 3. Le recours visé au § 2, est intenté, à peine de nullité, par requête motivée et signée, déposée auprès du greffe dans les trente jours de la notification de la décision. La requête remplit, à peine de nullité, les conditions prévues à l'article 76, § 2, alinéa 3, 1° à 3°, 5° et 7°. La chambre du Conseil se prononce sur pièces. La décision de la chambre du Conseil n'est pas susceptible de recours ou d'opposition. Si la chambre estime que le recours est fondé, le dossier est renvoyé à l'Auditorat pour instruction et rapport à la chambre.

§ 4. Lorsque l'Auditorat estime que la plainte ou la demande ou, le cas échéant, une enquête d'office, est fondée, l'auditeur dépose au nom de l'Auditorat, un rapport motivé auprès de la chambre du Conseil. Ce rapport comprend le rapport d'instruction, les griefs et

une proposition de décision; il est accompagné du dossier d'instruction et d'un inventaire des pièces le composant. L'inventaire détermine la confidentialité des pièces à l'égard de chacune des parties ayant accès au dossier.

Le rapport comprend également une proposition motivée de réglementation au sens du deuxième alinéa de l'article 50, § 1er, si l'auditeur estime que les faits concrets nécessitent une réglementation générale ».

« Art. 75. Les décisions du Conseil de la concurrence et de son président ainsi que les décisions tacites d'admissibilité de concentrations par écoulement des délais visés aux articles 58 et 59 peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles, sauf lorsque le Conseil de la concurrence statue en application de l'article 79.

La Cour d'appel statue avec un pouvoir de pleine juridiction sur les pratiques restrictives supposées et, le cas échéant, sur les sanctions imposées ainsi que sur l'admissibilité des concentrations. La Cour d'appel peut prendre en considération les développements survenus depuis la décision attaquée du Conseil.

La Cour d'appel peut imposer des amendes et des astreintes selon les dispositions visées à la Section 8 du Chapitre IV ».

B.2. La première question préjudicielle porte sur l'article 75 de la LPCE, interprété comme n'ouvrant pas de recours devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions et actes de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une procédure d'instruction portant sur des pratiques restrictives de concurrence; à défaut de recours juridictionnel, il serait ainsi porté atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution et aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'au droit à un contrôle juridictionnel effectif par un juge indépendant au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il apparaît des faits de l'espèce, d'une part, que les actes et décisions de l'auditorat concernent des saisies effectuées lors de perquisitions menées en vertu d'une autorisation préalable délivrée par le président du Conseil de la concurrence sur la base de l'article 44, § 3, alinéa 5, 2°, de la LPCE et, d'autre part, que le juge *a quo* a interdit à l'auditorat de transmettre à l'équipe d'enquête, aux conditions indiquées par l'arrêt *a quo* et dans l'attente

de la réponse de la Cour, les données électroniques ayant fait l'objet de la saisie. La Cour limite son examen à cette hypothèse.

B.3. La seconde question préjudicielle porte sur les articles 44, 45 et 75 de la LPCE et suppose que soit donnée, à la première question, une réponse positive impliquant que la Cour d'appel de Bruxelles serait compétente pour connaître des recours contre les décisions et actes précités de l'auditorat : en ce que, faute de disposition réglant l'exercice de ce contrôle et les droits des intéressés, ceux-ci seraient soumis à un traitement différent de celui prévu, notamment, par les articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle, pour les personnes concernées par une instruction criminelle, les dispositions en cause porteraient atteinte aux articles 10 et 11 de la Constitution, aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.4. Compte tenu de leur connexité, les deux questions sont examinées ensemble.

B.5. La Cour n'est pas compétente pour contrôler directement des normes législatives au regard de dispositions conventionnelles. Toutefois, parmi les droits et libertés garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution figurent les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique. Tel est le cas des dispositions conventionnelles mentionnées par les deux questions préjudicielles. En ce que celles-ci se réfèrent à ces dispositions conventionnelles, combinées avec les articles 10 et 11 de la Constitution, elles sont recevables.

B.6. La LPCE interdit les pratiques restrictives de concurrence définies par ses articles 2 et 3 et subordonne à l'approbation préalable du Conseil de la concurrence qu'elle crée les opérations de concentration qu'elle définit à l'article 6.

Le Conseil de la concurrence est une juridiction administrative; il est composé de l'assemblée générale, de l'auditorat et du greffe (article 11); il est divisé en chambres de trois conseillers (article 19) habilitées à statuer par voie de décision motivée sur toutes les affaires dont le Conseil est saisi (article 20).

Les auditeurs sont, notamment, chargés de recevoir et de classer les plaintes et les demandes de mesures provisoires, de diriger et d'organiser l'instruction suivant les règles établies par les articles 44 et 45 et de se prononcer sur le caractère confidentiel des données fournies (article 29). Les auditeurs peuvent recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des entreprises (article 44, § 2), sont compétents pour rechercher et constater les infractions à la LPCE et pour recueillir tous renseignements qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission; ils peuvent procéder à des perquisitions, saisir sur place et apposer des scellés dans les conditions prévues par la LPCE, requérir la force publique et commettre des experts (article 44, § 3).

Les décisions en matière de pratiques restrictives de concurrence font l'objet d'une procédure contradictoire (article 48) et sont motivées (article 52); il en est de même des décisions en matière de concentration (articles 55, 57 et 58). Le président ou le conseiller qu'il délègue peut prendre des mesures provisoires (article 62). Des amendes et astreintes peuvent être infligées (articles 63 à 66). Les décisions font l'objet d'une publication et d'une notification (articles 67 et 68) et peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles. Celle-ci statue avec un pouvoir de pleine juridiction sur les pratiques restrictives supposées, sur les sanctions imposées et sur l'admissibilité des concentrations et peut imposer des amendes et astreintes (article 75). Elle peut, notamment, demander à l'auditorat de procéder à une instruction (article 76, § 2, alinéa 8) et ses arrêts peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation (article 78). Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des décisions du Conseil des ministres en matière de concentrations (article 77).

B.7. Il résulte du libellé de la première question préjudicielle comme de la motivation de la décision par laquelle la Cour est saisie que le juge *a quo* considère que les actes et décisions de l'auditorat ne peuvent faire l'objet du recours devant la Cour d'appel de Bruxelles prévu à l'article 75 de la LPCE. Celui-ci vise, en effet, les « décisions du Conseil de la concurrence et de son président » alors que la loi prévoit des recours distincts devant le Conseil ou son président contre certaines décisions de l'auditorat, en tant que tel, en ce qui concerne le caractère confidentiel de certaines données (article 44, § 8), le classement des plaintes (article 45, § 2) ou des demandes de mesures provisoires (article 62, § 3).

B.8. Les dispositions en cause sont issues de deux lois du 10 juin 2006, l'une sur la protection de la concurrence économique, l'autre instituant le Conseil de la concurrence, coordonnées ensuite par l'arrêté royal du 15 septembre 2006. Lors de l'examen conjoint de leurs dispositions par la Chambre des représentants, le ministre a indiqué qu'elles visaient à « développer un système adapté de surveillance de la concurrence », compte tenu de ce que les dispositions en vigueur depuis 1991 n'avaient pas fait disparaître des « pratiques anticoncurrentielles [entravant] le bon fonctionnement du marché » (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2180/004, p. 3).

B.9. Les mesures adoptées en vue d'atteindre cet objectif comprennent celle par laquelle le corps des rapporteurs constitué par les dispositions antérieures est transformé en un auditorat indépendant créé auprès du Conseil (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1665/2, p. 3) dont les pouvoirs sont par ailleurs renforcés afin de raccourcir les procédures puisqu'il peut désormais se prononcer sur la confidentialité des pièces du dossier et exiger des renseignements (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2180/001, p. 23).

Ce faisant, le législateur a entendu garantir le droit de défense des entreprises concernées en ce qui concerne cette confidentialité et la protection des secrets d'affaires, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (*ibid.*, pp. 26, 27 et 57).

B.10. Plus généralement, tout en relevant la compétence de pleine juridiction que l'article 75 de la loi en cause confère à la Cour d'appel de Bruxelles (*ibid.*, pp. 32 et 68) et le caractère inquisitoire de la procédure (*ibid.*, DOC 51-2180/004, p. 11), le législateur a indiqué que les décisions du Conseil de la concurrence « peuvent s'immiscer de manière particulièrement profonde dans la structure du marché ainsi que dans l'organisation et la structure économique d'une entreprise » (*ibid.*, DOC 51-2180/001, p. 69). Il a été observé, à cet égard, que l'auditorat disposait de larges pouvoirs compte tenu du caractère d'ordre public du droit de la concurrence (*ibid.*, p. 49), le Conseil ayant lui-même mis en exergue l'aspect pénal de cette législation (*ibid.*, p. 27); le rôle du rapporteur - désormais auditeur - a été considéré comme celui d'un enquêteur et d'un procureur (*ibid.*, p. 25) et comparé à celui du

parquet (*ibid.*, DOC 51-2180/004, pp. 30 et 36), le plaignant n'ayant pas la maîtrise de la conduite de la procédure, à la différence du procès civil, compte tenu de la nécessité de protéger l'intérêt économique général reposant sur la libre concurrence (*ibid.*, DOC 51-2180/001, pp. 13 et 14).

B.11. Les droits garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne impliquent, en ce qui concerne des mesures telles que celles qui sont contestées devant le juge *a quo*, que les intéressés puissent obtenir, dans un délai raisonnable, un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la mesure ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur la base de cette décision; cette procédure de contrôle doit permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, si elle a déjà eu lieu, de fournir aux intéressés un redressement approprié (CEDH, 21 mai 2008, *Ravon et autres c. France*, § 28, et 21 décembre 2010, *Société Canal Plus et autres c. France*, §§ 36 et 40).

B.12.1. Les dispositions en cause n'offrent pas la possibilité d'un contrôle juridictionnel - devant la Cour d'appel de Bruxelles ou devant une autre juridiction - sur les mesures prises par l'auditorat telles que celles qui sont contestées devant le juge *a quo*; or, comme il a été indiqué en B.10, la réglementation qui les prévoit a été présentée comme ayant un caractère d'intérêt général ou d'ordre public pour justifier le caractère contraignant de ces mesures et le renforcement des pouvoirs de l'auditorat. Cette réglementation peut aboutir à ce que, faute de recours immédiat, des pièces et éléments irréguliers puissent continuer à être accessibles jusqu'à ce que l'instruction de l'affaire soit achevée et soumise au juge compétent, voire à ce que celui-ci puisse être influencé par eux, alors que ces pièces et éléments peuvent être de nature à faire grief à ceux qui font l'objet des mesures prises par l'auditorat. Certes, la circonstance que ces pièces et éléments ont été obtenus illicitement a pour seule conséquence que le juge, lorsqu'il forme sa conviction, ne peut les prendre ni directement ni indirectement en considération soit lorsque le respect de certaines conditions de forme est prescrit à peine de nullité, soit lorsque l'irrégularité commise a entaché la crédibilité de la preuve, soit lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable. Néanmoins, les dispositions

en cause portent, compte tenu des exigences indiquées en B.11, une atteinte discriminatoire au droit à une protection juridictionnelle effective que les intéressés tirent des dispositions visées par la question préjudicielle en ce qu'il ne leur est pas possible de prévenir la survenance de la mesure par laquelle, comme en l'espèce, des données feraient l'objet d'une communication qui serait de nature à leur faire grief. Cette atteinte ne peut être justifiée par le souci de garantir un traitement rapide des dossiers.

Sans doute les procédures en cause peuvent-elles aboutir à ce qu'il soit constaté que les entreprises qu'elles concernent ne se sont pas rendues coupables de pratiques restrictives de concurrence, ce qui peut constituer le redressement adéquat visé en B.11. Toutefois, pour que cela soit le cas, il faut que ces entreprises ne soient plus lésées et que toute conséquence préjudiciable pour elles soit effacée.

B.12.2. Dans cette interprétation, la première question préjudicielle appelle une réponse positive.

B.13.1. La Cour constate cependant que l'article 75 de la LPCE peut faire l'objet d'une autre interprétation que celle indiquée en B.7.

Il résulte en effet de ce qui a été indiqué en B.2 que les actes et décisions en cause ont trait à une saisie effectuée lors d'une perquisition ayant fait l'objet d'une autorisation accordée par le président du Conseil de la concurrence, de sorte qu'ils doivent être considérés comme trouvant leur fondement dans cette autorisation. Or, le libellé de l'article 75 ne s'oppose pas à ce que la compétence de la Cour d'appel de Bruxelles portant sur les décisions du Conseil de la concurrence et son président inclue les mesures prises sur leur fondement par la composante du Conseil que constitue, en vertu de l'article 11, § 2, de la LPCE, l'auditorat.

B.13.2. Dans cette interprétation, les dispositions en cause ne violent pas les normes auxquelles la première question préjudicielle se réfère.

B.14. C'est au législateur qu'il appartient d'organiser le contrôle juridictionnel visé en B.12 et prévu par l'article 75, en cause dans l'interprétation indiquée en B.13.1.

B.15. Les dispositions en cause n'indiquent pas les modalités selon lesquelles le contrôle juridictionnel doit être exercé. Elles créent ainsi une différence de traitement entre les justiciables qui sont soumis à ce contrôle et ceux qui, dans le cadre d'une instruction pénale, peuvent invoquer les garanties prévues par la loi, telles celles inscrites aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle. Pour les mêmes motifs, *mutatis mutandis*, que ceux indiqués en B.12, cette différence de traitement est discriminatoire.

B.16. Dans cette interprétation, la seconde question préjudicielle appelle une réponse positive.

B.17. La Cour constate cependant que les dispositions en cause peuvent faire l'objet d'une autre interprétation. Il ressort, en effet, des éléments indiqués en B.6 et B.10 que la perquisition et la saisie qui ont donné lieu au litige dont la Cour d'appel est saisie peuvent être comparées à celles qui sont menées lors d'une instruction pénale. Il ressort par ailleurs de l'arrêt *a quo* que, statuant sur le règlement provisoire de la situation qui lui est soumise, le juge *a quo* a constaté qu'il était, « dans l'état actuel de la législation nationale, la seule juridiction indépendante au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle Belgacom puisse avoir recours pour connaître de ses griefs ».

Dans l'attente d'une intervention du législateur, il peut être admis qu'il appartient au juge *a quo*, compte tenu de ces éléments, de déterminer les modalités de ce contrôle en ayant égard, le cas échéant, aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle.

B.18. Dans cette interprétation, la seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

- Les articles 44, 45 et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 20, 21 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, s'ils sont interprétés comme excluant d'un recours juridictionnel les actes ou décisions de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence concernant des saisies effectuées lors de perquisitions menées dans le cadre d'une procédure d'instruction relative à des pratiques restrictives de concurrence.

- Les mêmes dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 20, 21 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si elles sont interprétées comme n'excluant pas d'un recours devant la Cour d'appel de Bruxelles les actes ou décisions de l'auditorat auprès du Conseil de la concurrence concernant des saisies effectuées lors de perquisitions menées dans le cadre d'une procédure d'instruction relative à des pratiques restrictives de concurrence.

- Les mêmes dispositions violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si elles sont interprétées comme imposant à la Cour d'appel de Bruxelles de se prononcer sur la régularité ou la nullité des actes d'instruction relatifs à des pratiques restrictives de concurrence sans qu'un cadre législatif garantissant les droits de l'entreprise n'indique les principes et modalités suivant lesquels ce contrôle juridictionnel doit être effectué.

- Les mêmes dispositions ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si elles sont interprétées comme permettant à la Cour d'appel de Bruxelles de déterminer les modalités du contrôle juridictionnel prévu à l'article 75 précité en ayant égard, le cas échéant, aux articles 131 et 235*bis* du Code d'instruction criminelle.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 22 décembre 2011.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse