

Cour de cassation de Belgique

Arrêt

N° C.13.0532.F

1. **AUDITORAT PRÈS LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE**, dont l'office est établi à Bruxelles, North Gate, boulevard du Roi Albert II, 16,
2. **AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE**, représentée par son président, dont le cabinet est établi à Bruxelles, North Gate, boulevard du Roi Albert II, 16,

demandeurs en cassation,

représentés par Maître Pierre Van Ommeslaghe, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 106, où il est fait élection de domicile,

contre

BELGACOM, société anonyme de droit public, dont le siège social est établi à Schaerbeek, boulevard du Roi Albert II, 27,

défenderesse en cassation,

représentée par Maître Bruno Maes, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue de Lozum, 25, où il est fait élection de domicile,

en présence de

INSTITUT DES JURISTES D'ENTREPRISE, dont le siège est établi à Bruxelles, rue des Sols, 8,

partie appelée en déclaration d'arrêt commun,

représentée par Maître Huguette Geinger, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue des Quatre Bras, 6, où il est fait élection de domicile.

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 5 mars 2013 par la cour d'appel de Bruxelles.

Le 1^{er} décembre 2014, l'avocat général Damien Vandermeersch a déposé des conclusions au greffe.

Le président de section Christian Storck a fait rapport et l'avocat général Damien Vandermeersch a été entendu en ses conclusions.

II. Les faits

Tels qu'ils ressortent de l'arrêt et des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, les faits de la cause et les antécédents de la procédure peuvent être succinctement résumés comme suit :

Le 22 mars 2010, la société anonyme Mobistar et la société anonyme KPN Belgium ont déposé au greffe du Conseil de la concurrence une plainte contre la défenderesse du chef d'abus de position dominante sur le marché de l'accès à la large bande. Cette plainte était rédigée en français.

Les 12 et 13 octobre 2010, une perquisition a été effectuée chez la défenderesse sur la base d'un ordre de mission délivré par l'auditorat avec l'autorisation du président du Conseil de la concurrence. Les agents et experts désignés par l'auditeur ont saisi des documents et fichiers digitaux, notamment des boîtes de courrier électronique de membres du personnel et des disques durs, qui ont été intégralement copiés et conservés dans un local scellé.

La défenderesse a introduit devant la cour d'appel de Bruxelles deux recours distincts.

Le premier est dirigé contre la décision de l'auditeur du 18 novembre 2010 rejetant, au motif qu'elle était en mesure de suivre la procédure en français, la demande de changement de langue de la défenderesse.

Par arrêt du 3 mai 2011, la cour d'appel a décidé de surseoir à statuer sur la demande d'annulation de cette décision et de poser à la Cour cinq questions préjudicielles concernant la compétence de la cour d'appel de connaître d'un recours contre une décision de l'auditeur sur l'emploi des langues au cours de l'instruction. L'arrêt du 21 octobre 2011 répond à ces questions que « l'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique doit être interprété en ce sens qu'il n'existe pas de recours immédiat contre une décision de l'auditeur sur l'emploi des langues au cours de l'instruction et que, par conséquent, la cour d'appel de Bruxelles ne peut être saisie d'un tel recours ».

Le second recours est dirigé contre trois décisions de l'auditeur tranchant des incidents survenus lors du dépouillement de documents et de fichiers électroniques saisis lors de la perquisition. Il s'agit de la décision du 22 février 2011 rejetant la demande de la défenderesse de reconnaître à certains documents la protection du secret professionnel (*legal professional privilege*) ; de la décision du 4 mars 2011 ordonnant la transmission immédiate à l'équipe d'instruction de documents saisis lors de la perquisition, et de la décision de la même date admettant que les données saisies entrent dans le périmètre du mandat de perquisition (*in scope*).

Par arrêt du 6 mai 2011, la cour d'appel a décidé de surseoir à statuer sur les demandes en suspension et en annulation de ces décisions et de poser à la Cour constitutionnelle deux questions préjudicielles portant sur la conformité aux articles 10 et 11 de la Constitution des articles 44, 45 et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique interprétés en ce sens qu'ils excluent d'un recours devant la cour d'appel les décisions de l'auditorat prises dans le cadre d'une instruction relative à des pratiques supposées restrictives de concurrence. L'arrêt n° 197/2011 de la Cour constitutionnelle du 22 décembre 2011 répond en ces termes à ces questions :

« 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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 près le 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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 près le 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 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 ».

À la suite de cet arrêt, l'arrêt attaqué reçoit le second recours de la défenderesse et le déclare fondé dans la mesure qu'il précise.

III. Les moyens de cassation

Les demandeurs présentent cinq moyens libellés dans les termes suivants :

Premier moyen

Dispositions légales violées

- *articles 11, §§ 1^{er} et 2, 25, 29, 44 à 47, plus spécialement 44, § 8, 45, §§ 2 et 3, 52, 61, §§ 3 et 4, 62, §§ 3 et 4, et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, telle qu'elle était en vigueur au moment des faits ;*

- articles 602 à 607 du Code judiciaire.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt attaqué admet la recevabilité du recours introduit par la défenderesse par les motifs que :

« La discussion

A. Sur la compétence de la cour [d'appel] et la recevabilité du recours

25. Il ressort de l'arrêt de la Cour constitutionnelle qu'en égard aux droits garantis par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relativement à des mesures telles que celles qui sont contestées par [la défenderesse], les dispositions des articles 44 et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique portent une atteinte discriminatoire au droit à une protection juridictionnelle effective si elles sont interprétées en ce sens que les actes attaqués, qui portent sur une saisie, échappent à la compétence de la cour d'appel, [la défenderesse] ne pouvant pas obtenir auprès d'une autre juridiction que la survenance de la mesure par laquelle des données feraient l'objet d'une communication lui soit évitée, alors que celle-ci serait de nature à lui faire grief ;

Cette conclusion s'impose en raison du droit de [la défenderesse] d'obtenir, dans un délai raisonnable, un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant les mesures contestées ainsi que des mesures prises sur la base de cette décision, indépendamment de l'existence d'une procédure devant le Conseil de la concurrence sur le fond des pratiques restrictives dont [la défenderesse] serait éventuellement incriminée ;

26. Les actes et décisions en cause, ayant trait à une saisie effectuée lors d'une perquisition qui a fait l'objet d'une autorisation accordée par le

président du Conseil de la concurrence, sont à considérer comme trouvant leur fondement dans cette autorisation ;

Eu égard aux exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'au devoir d'interprétation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, les actes attaqués, qualifiés d'actes pris par [le demandeur] en application de l'autorisation du président du Conseil de la concurrence, doivent être considérés comme tombant sous le coup de l'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique ;

27. Dès lors, la cour [d'appel] a compétence pour connaître du litige ;

28. S'agissant de l'objet de la demande, qui tend à faire décréter la nullité d'actes ayant trait à une saisie effectuée en exécution du pouvoir d'instruction conféré par la loi sur la protection de la concurrence économique, il y a lieu de considérer, suivant la Cour constitutionnelle, que l'absence de dispositions légales indiquant les modalités selon lesquelles le contrôle juridictionnel sur les actes contestés doit être exercé alors que ces modalités sont déterminées par le législateur pour les justiciables qui, dans le cadre d'une instruction pénale, peuvent invoquer les garanties prévues par la loi constitue une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, qui peut être palliée par le seul législateur ;

Toutefois, suivant l'enseignement de la Cour constitutionnelle, il peut être admis que, dans l'attente d'une intervention du législateur, il appartient au juge compétent de déterminer les modalités de ce contrôle en ayant égard, le cas échéant, aux articles 131 et 235bis du Code d'instruction criminelle ;

29. Il découle dudit enseignement que la cour [d'appel] n'est pas sans cadre légal pour instruire la demande et, partant, que celle-ci est recevable ;

30. Quant au cadre de contrôle à observer dans les limites de la demande, la cour [d'appel] estime que sa compétence doit s'exercer à la lumière des devoirs conférés aux juridictions d'instruction et du respect des droits fondamentaux ;

Dès lors, la mission de contrôle porte sur la régularité des actes d'instruction incriminés, eu égard aux faits de la cause, ou sur des causes de

nullité affectant ces actes, voire l'obtention de la preuve, ainsi que sur la répercussion sur tout ou partie de la procédure subséquente ;

La purge ayant pour but d'exclure que l'instance décisionnelle puisse être influencée par des actes nuls ainsi que par la réfection éventuelle desdits actes, il sera le cas échéant ordonné que ceux-ci soient retirés du dossier ;

S'agissant du dépouillement de données numériques qui fait l'objet d'une des plaintes de la [défenderesse] et pour lequel des prescriptions normatives font défaut, il y aura lieu le cas échéant d'ordonner la levée d'une mesure de saisie, à l'instar des articles 28sexies et 61quater du Code d'instruction criminelle, voire de fixer un nombre de bonnes pratiques à observer ».

Griefs

L'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique dispose que 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 de la loi.

Les termes « conseil de la concurrence » utilisés dans cette disposition doivent être entendus au sens strict et désignent la juridiction administrative qui a la compétence de décision visée à l'article 11, § 1^{er}, de la loi. Le Conseil de la concurrence au sens large est composé de l'auditorat, du greffe et de l'assemblée générale du Conseil de la concurrence (article 11, § 2).

Le demandeur est un organe distinct chargé principalement de diriger et d'organiser les instructions ainsi que de déposer un rapport auprès du Conseil de la concurrence au sens strict ou de son président (article 29).

En vertu de l'article 52 de ladite loi, la chambre du Conseil de la concurrence qui connaît de l'affaire peut prendre une décision, notamment quant à l'existence d'une pratique restrictive de concurrence. Le Conseil de la concurrence exerce un pouvoir juridictionnel en toute indépendance.

La loi sur la protection de la concurrence économique ne prévoit la possibilité d'introduire un recours que contre un nombre limité de décisions de l'auditorat ou de l'auditeur.

Il s'agit des décisions de ne pas accepter le caractère confidentiel des données (article 44, § 8), de classement sans suite d'une plainte (article 45, §§ 2 et 3) et de classement d'une demande de mesures provisoires (article 62, §§ 3 et 4).

Tous ces recours sont soumis au Conseil de la concurrence au sens strict.

Les actes et les décisions émanant de l'auditeur au cours de l'instruction sont dès lors, en dehors de ces cas spécifiques, soumis au contrôle juridictionnel du Conseil de la concurrence et aux critiques des parties ayant un intérêt lors de l'examen au fond devant le Conseil de la concurrence au sens strict, conformément à l'article 44, § 8.

Aucun recours immédiat devant la cour d'appel de Bruxelles n'a été prévu contre les décisions prises dans le cadre de l'instruction par le demandeur chargé de celle-ci (en ce sens, en particulier, article 44, § 8, alinéa 2 in fine).

Seule la décision de l'auditeur que les conditions d'application de la procédure simplifiée sont remplies et que la concentration notifiée ne soulève pas d'opposition est considérée comme une décision du Conseil de la concurrence qui peut, dès lors, à ce titre, faire l'objet d'un recours immédiat devant la cour d'appel de Bruxelles (articles 61, §§ 3 et 4, et 75).

Il résulte de ces principes que, parmi les décisions prises par le demandeur ou les auditeurs, seule peut faire l'objet d'un recours immédiat à la cour d'appel de Bruxelles, la décision de l'auditeur que les conditions d'application de la procédure simplifiée sont remplies et que la concentration notifiée ne soulève pas d'opposition.

Ainsi qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, le recours introduit en l'espèce par la défenderesse n'était pas dirigé contre une telle décision mais concernait trois décisions prises par le demandeur dans le cadre d'une instruction ouverte à charge de la défenderesse.

Il s'agit des décisions suivantes :

- la décision rejetant la demande de la défenderesse de reconnaître la protection sous le statut de « legal professional privilege » (secret professionnel) à une série de documents (194) saisis lors d'une perquisition dans ses locaux, contenue dans le procès-verbal du 22 février 2011 ;

- la décision portant sur la transmission immédiate de documents saisis lors de la perquisition précitée à l'équipe d'instruction, communiquée par un message électronique du 4 mars 2011 ;

- la décision concernant le caractère « in scope » (dans le champ) des données saisies lors de la perquisition précitée, communiquée par le même message du 4 mars 2011.

Ces trois décisions du demandeur, critiquées par la défenderesse, sont des décisions rendues dans le cadre de l'instruction qui ne sont pas susceptibles de recours immédiat devant la cour d'appel.

Elles ne pouvaient être soumises à la censure de la cour d'appel de Bruxelles même si elles ont été prises, comme le souligne l'arrêt attaqué, dans le cadre de la saisie effectuée lors d'une perquisition qui a fait l'objet d'une autorisation préalable accordée par le président du Conseil de la concurrence, l'autorisation de la perquisition n'étant pas en elle-même mise en cause.

Elles relèvent au contraire d'un contrôle juridictionnel auprès du Conseil de la concurrence au moment du traitement de l'affaire dont il est saisi par le dépôt du rapport de l'auditeur. C'est ultérieurement seulement que la décision du Conseil de la concurrence pouvait être soumise à la cour d'appel.

L'arrêt attaqué déclare dès lors à tort recevable le recours introduit directement devant la cour d'appel.

Il viole ce faisant :

- l'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique, dès lors qu'il admet être saisi d'une contestation qui ne relève pas de la compétence de la cour d'appel en vertu de cette disposition, les décisions du demandeur n'étant pas des décisions du Conseil de la concurrence ou de son président ni des décisions tacites d'admissibilité de concentrations par écoulement des délais visés aux articles 58 et 59 ;

- les articles 44 à 47 de la loi sur la protection de la concurrence économique, qui organisent sous la section 1^{re} la procédure d'instruction et, sous la section 2, les règles d'instruction spécifiques aux pratiques restrictives de concurrence, en admettant la recevabilité d'un recours à la cour d'appel de Bruxelles alors que, plus spécialement :

▪ *en vertu de l'article 44, § 8, de ladite loi, un seul recours est organisé dans le cadre de l'instruction, à savoir un recours contre la décision de refus de considérer comme confidentielles des données obtenues dans le cadre de l'instruction, que le recours contre les décisions du demandeur ou de l'auditeur prises à ce sujet intervient auprès du Conseil de la concurrence, et qu'il est expressément prévu qu'un recours distinct ne peut être introduit devant la cour d'appel de Bruxelles ;*

▪ *en vertu de l'article 45, §§ 2 et 3, un recours est organisé à l'encontre d'une décision de classement, cas étranger à l'espèce, ce recours étant cependant en tout état de cause de la compétence du Conseil de la concurrence, et non de la cour d'appel de Bruxelles ;*

- les articles 61, §§ 3 et 4, et 62, §§ 3 et 4, dans la mesure où :

▪ *l'article 62, §§ 3 et 4, ne prévoit pas la possibilité d'un recours à la cour d'appel de Bruxelles mais un recours devant le président du Conseil de la concurrence contre le classement d'une demande de mesures provisoires ;*

▪ *si, en vertu de l'article 61, §§ 3 et 4, la décision de l'auditeur que les conditions d'application de la procédure simplifiée sont remplies et que*

la concentration notifiée ne soulève pas d'opposition peut faire l'objet d'un recours immédiat devant la cour d'appel, c'est uniquement parce que cette décision est assimilée par la loi à une décision du Conseil de la concurrence pouvant dès lors, à ce titre, faire l'objet d'un tel recours ;

- les articles 11, §§ 1^{er} et 2, 25 et 29 de la loi sur la protection de la concurrence économique, puisque, en assimilant une décision prise par le demandeur à une décision prise par le Conseil de la concurrence ou son président alors que la loi ne le prévoit pas, pour justifier l'existence d'un recours immédiat à la cour d'appel de Bruxelles, l'arrêt attaqué confond les rôles respectifs du Conseil de la concurrence au sens strict, défini à l'article 11, § 1^{er}, de ladite loi, et celui du demandeur dans le cadre des compétences conférées par l'article 29 de cette loi aux auditeurs qui le composent en vertu de l'article 25 de celle-ci ;

- l'article 52 de la même loi, en ce que l'arrêt attaqué méconnaît le pouvoir juridictionnel confié en vertu de cette disposition au Conseil de la concurrence au sens strict.

Il méconnaît également le statut distinct du demandeur faisant partie du Conseil de la concurrence au sens large, défini à l'article 11, § 2, visé au moyen.

Enfin, il viole les articles 602 à 607 du Code judiciaire en admettant la compétence de la cour d'appel de Bruxelles alors qu'une telle compétence ne résulte pas de ces dispositions.

L'arrêt attaqué n'est dès lors pas légalement justifié.

Deuxième moyen

Dispositions légales violées

- articles 11, §§ 1^{er} et 2, 25, 29, 44 à 47, plus spécialement 44, § 8, et 45, §§ 2 et 3, 52, 61, §§ 3 et 4, 62, §§ 3 et 4, 72, 73, § 4, et 75 de la loi sur la

protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, telle qu'elle était en vigueur au moment des faits ;

- *articles 19, 23 à 28 et 602 à 607 du Code judiciaire.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt attaqué déclare fondé et, dès lors, implicitement recevable le grief formulé par la défenderesse relatif à l'emploi des langues dans le cadre de l'instruction et, en conséquence, « met à néant les décisions attaquées des 22 février 2011 et 4 mars 2011 en ce qu'elles sont rédigées en langue française en violation des prescriptions sur l'emploi des langues applicables, [la défenderesse] ayant fait choix de la langue néerlandaise pour la procédure à son encontre », et dit « que les actes et écrits émanant [du demandeur] rédigés en langue française après le 29 octobre 2010 seront remplacés par des traductions certifiées conformes en langue néerlandaise, les actes et écrits remplacés restant joints au dossier de l'instruction dans une farde séparée », par les motifs que :

« C. Quant au moyen tiré de la violation des prescriptions sur l'emploi des langues

35. La [défenderesse] argue qu'elle a fait choix du néerlandais comme langue de la procédure et qu'en application des articles 44, § 5, et 93 de la loi sur la protection de la concurrence économique, qui imposent [au demandeur] de respecter l'article 31 de la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire, les actes attaqués ne pouvaient être rédigés en langue française ;

Il apparaît des pièces produites que [la défenderesse] a formulé des réserves sur la langue de la procédure et exprimé le souhait de se défendre en néerlandais dès le début de la perquisition, ce dont les auditeurs présents ont pris acte aux termes d'un procès-verbal d'une réunion du 13 octobre 2010 ;

En réponse à une missive de l'auditeur en charge du dossier du

27 octobre 2010, rappelant que la langue de la procédure est le français et indiquant que, si [la défenderesse] souhaite un changement de langue de la procédure, elle doit expliquer en quoi elle rencontre des difficultés à faire valoir ses droits de défense en français, le conseil de (la défenderesse) a répondu le 29 octobre 2010 que sa cliente entendait bien poursuivre la procédure en néerlandais en précisant qu'elle n'était pas tenue de motiver sa demande ;

Néanmoins, il communiquait les motifs de ce choix : la grande majorité des personnes, internes comme externes, impliquées dans le dossier sont néerlandophones et de ce fait l'utilisation du néerlandais est plus efficace pour le traitement du dossier et l'exercice des droits de défense ;

Par un courrier du 18 novembre 2010, l'auditeur a communiqué que le point de vue de [la défenderesse] était rejeté et que la langue de la procédure ne serait pas changée ;

36. L'article 44, § 5, de la loi sur la protection de la concurrence économique dispose :

'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' ;

L'article 93 de la même loi dispose :

‘L’instruction est effectuée et le rapport de l’auditorat est rédigé dans la langue de la région dans laquelle l’entreprise qui fait l’objet de l’instruction est établie. En cas de pluralité d’entreprises, la langue utilisée est celle de la région dans laquelle est établie la majorité d’entre elles. En cas de parité, il sera fait usage de l’une des langues nationales selon les besoins de la cause.

Si l’entreprise est établie dans la région bruxelloise, la langue (néerlandais ou français) est choisie par le plaignant ou par l’organe qui est à l’origine de l’instruction.

L’entreprise qui fait l’objet de l’instruction et qui est établie en région bruxelloise peut néanmoins demander que l’instruction soit effectuée et que la procédure soit poursuivie dans l’autre langue (français ou néerlandais)’ ;

37. L’article 11 de la loi du 15 juin 1935 sur l’emploi des langues prescrit :

‘Les procès-verbaux relatifs à la recherche et à la constatation de crimes, de délits et de contraventions, ainsi que les procès-verbaux en matière fiscale, sont rédigés en français dans la région de langue française, en néerlandais dans la région de langue néerlandaise et en allemand dans la région de langue allemande.

Dans les communes de l’agglomération bruxelloise, ces procès-verbaux sont rédigés en français ou en néerlandais, selon que celui qui en est l’objet fait usage de l’une ou l’autre de ces langues pour ses déclarations et, à défaut de déclaration, selon les besoins de la cause’ ;

L’article 31 de ladite loi dispose :

‘Dans tous les interrogatoires de l’information et de l’instruction ainsi que devant les juridictions d’instruction et les juridictions de jugement, les parties qui comparaissent en personne font usage de la langue de leur choix pour toutes leurs déclarations verbales.

Si les agents chargés de l’information, le parquet, le magistrat instructeur ou les susdites juridictions ne connaissent pas la langue dont il est fait usage par les parties, ils font appel au concours d’un interprète juré.

Les parties qui ne comprennent pas la langue de la procédure sont assistées par un interprète juré qui traduit l'ensemble des déclarations verbales.

Les frais de traduction sont à charge du Trésor' ;

38. Il ressort des documents préparatoires à la loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique que les prescriptions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire ne trouvent à s'appliquer dans les procédures prévues par la loi sur la protection de la concurrence économique que lorsque le législateur l'a explicitement spécifié (voir notamment : avis du Conseil d'État, Doc. parl., Ch., session ordinaire 2005-2006, n° 51-2180/001, p. 120) ;

L'article 93 de la loi sur la protection de la concurrence économique règle spécifiquement l'emploi des langues lorsqu'une ou plusieurs entreprises font l'objet d'une instruction, comme celle qui a été menée à l'encontre de [la défenderesse]. Les procédures d'instruction visant une ou plusieurs entreprises sont soumises à cette prescription ;

39. Lorsque l'entreprise est établie dans la région bruxelloise, l'article 93 indique que la langue de l'instruction et du rapport de l'auditorat est choisie par le plaignant ou par l'organe qui est à l'origine de l'instruction mais que l'entreprise qui fait l'objet de l'instruction peut néanmoins demander que l'instruction soit effectuée et que la procédure soit poursuivie dans l'autre langue ;

La demande de changement de langue de l'instruction et de la procédure n'est soumise à aucune condition et il n'est pas prévu d'hypothèses dans lesquelles l'auditorat pourrait refuser cette demande ;

Dès lors, un refus ne peut en principe être opposé à la demande faite sur la base de l'article 93, alinéa 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique ;

40. *Quand bien même il faudrait admettre qu'une telle demande puisse être constitutive d'un abus de droit, ce qui supposerait que ce droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant et d'une façon excédant manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit, la cour [d'appel] constate que [le demandeur] ne soutient pas que la demande de [la défenderesse] est abusive et qu'il n'y a opposé d'autre objection qu'un manque de motivation de la demande ;*

Il s'ensuit que le refus de faire droit au choix de [la défenderesse], notifié le 18 novembre 2010 par [le demandeur], est sans fondement légal ;

41. *Aux termes de l'article 44, § 5, de la loi sur la protection de la concurrence économique, qui régit l'exercice de la mission d'instruction notamment par les auditeurs, l'article 31 - l'alinéa 3 excepté - de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire est appliqué pour l'audition des personnes et l'article 11 de ladite loi pour la rédaction des convocations, des procès-verbaux et des rapports ;*

[La défenderesse] ayant indiqué qu'elle entendait s'exprimer en langue néerlandaise, dont elle a régulièrement fait choix ainsi que l'article 93 de la loi sur la protection de la concurrence économique l'y autorise, les actes indiqués audit article 44, § 5, doivent être rédigés en langue néerlandaise et les communications entre les instances d'instruction et [la défenderesse] doivent se faire en néerlandais ;

42. *En conséquence, le moyen tiré de la violation des prescriptions qui régissent la langue de l'instruction est fondé ;*

Il y a lieu de déclarer nuls les actes et communications écrites contestés rédigés en langue française ;

Les actes et écrits émanant [du demandeur] rédigés en langue française postérieurs au 29 octobre 2010 seront remplacés par des traductions certifiées conformes en langue néerlandaise ».

Griefs

Première branche

L'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique dispose que 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 loi sur la protection de la concurrence économique ne prévoit la possibilité d'introduire un recours que contre un nombre limité de décisions de l'auditorat ou de l'auditeur devant le Conseil de la concurrence et le président de ce conseil. Il s'agit des décisions de ne pas accepter le caractère confidentiel de données (article 44, § 8), de classement sans suite d'une plainte (article 45, §§ 2 et 3) et de classement d'une demande de mesures provisoires (article 62, §§ 3 et 4).

Seule la décision de l'auditeur que les conditions d'application de la procédure simplifiée sont remplies et que la concentration notifiée ne soulève pas d'opposition est considérée en vertu de la loi comme une décision du Conseil de la concurrence, qui peut dès lors faire l'objet d'un recours immédiat devant la cour d'appel de Bruxelles (articles 61, §§ 3 et 4, et 75).

Dans l'article 75 de la loi, les termes « conseil de la concurrence » doivent être entendus au sens strict et désignent la juridiction administrative qui a la compétence de décision visée à l'article 11, § 1^{er}, de la loi. L'auditorat est un organe distinct qui est principalement chargé de diriger et d'organiser les instructions ainsi que de déposer un rapport auprès du Conseil de la concurrence, au sens strict, ou de son président (article 29). L'auditorat, le greffe et l'assemblée générale du Conseil de la concurrence forment ensemble le Conseil de la concurrence au sens large (article 11, § 2).

Il ressort de la combinaison de l'ensemble de ces dispositions que la décision de l'auditeur refusant, comme en l'espèce, le changement de langue demandé par la défenderesse en vertu de l'article 93, alinéa 3, de la loi, ne peut être considérée comme une décision du Conseil de la concurrence au sens de l'article 75.

L'arrêt viole dès lors les articles 11, §§ 1^{er} et 2, 25, 29, 44, § 8, 45, §§ 2 et 3, 52, 61, §§ 3 et 4, 62, §§ 3 et 4, et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique en admettant la recevabilité d'un recours immédiat à la cour d'appel de Bruxelles à l'encontre de la décision du demandeur de refuser le changement de langue, alors qu'un tel recours n'est pas légalement prévu. L'arrêt n'est dès lors pas légalement justifié.

Il viole également les articles 602 à 607 du Code judiciaire dès lors que ces dispositions ne permettent pas davantage de justifier la compétence de la cour d'appel pour statuer sur un tel recours.

Seconde branche

En vertu des articles 72 et 73 de la loi sur la protection de la concurrence économique, la Cour de cassation statue à titre préjudiciel, par voie d'arrêts, sur les questions relatives à l'interprétation de la loi.

En vertu de l'article 73, § 4, de la même loi, la juridiction qui a posé la question préjudicielle ainsi que toute juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel a été posée la question, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour.

Ainsi qu'il ressort de l'exposé des faits, la décision du demandeur de refuser le changement de langue dans le cadre de l'instruction de cette affaire avait déjà fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel, qui avait saisi la

Cour d'une question préjudicielle en interprétation par application des articles 72 et 73 de la loi précitée.

La Cour a décidé à cette occasion que « la décision de l'auditeur refusant, comme en l'espèce, d'accéder à la demande de changement de langue, visée à l'article 93, alinéa 3, de la loi, formée par l'entreprise qui fait l'objet de l'instruction, ne peut dès lors être considérée comme une décision du Conseil de la concurrence au sens de l'article 75 ».

Elle a dès lors répondu comme suit à la question qui lui était posée :

« Il convient de répondre à la première question que l'article 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique doit être interprété en ce sens qu'il n'existe pas de recours immédiat contre une décision prise par l'auditeur sur l'emploi des langues au cours de l'instruction et que, par conséquent, la cour d'appel de Bruxelles ne peut être saisie d'un tel recours ».

La Cour a rappelé qu'en vertu de l'article 73, § 4, de la loi sur la protection de la concurrence économique, la juridiction qui a posé la question préjudicielle est tenue, pour la solution du litige à l'occasion duquel la question a été posée, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

Elle a ajouté que, compte tenu de la réponse donnée, la cour d'appel sera tenue de déclarer irrecevable le recours dont elle est saisie et n'aura pas à se prononcer sur l'emploi des langues dans le cadre de ce recours.

En vertu de l'article 73, § 4, de la loi précitée, le respect de cette décision s'imposait également à toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire – et par conséquent à la cour d'appel de Bruxelles, saisie d'un nouveau recours dans cette même affaire.

En outre, en vertu de l'article 19 du Code judiciaire, un jugement est définitif dans la mesure où il épuise la juridiction du juge sur une question litigieuse, sauf les recours prévus par la loi.

Cette disposition légale exclut qu'il puisse à nouveau être statué au cours d'une procédure ultérieure sur un point litigieux à propos duquel une décision définitive a été rendue.

Il ressort de l'arrêt de la Cour que la question de la recevabilité d'un recours immédiat auprès de la cour d'appel de Bruxelles à l'encontre de la décision du demandeur de refuser le changement de langue demandé par la défenderesse avait déjà été définitivement tranchée, la Cour décidant que la cour d'appel doit déclarer irrecevable le recours dont elle est saisie et n'aura pas à se prononcer sur l'emploi des langues dans le cadre de ce recours.

L'arrêt attaqué, qui décide que le grief sur l'emploi des langues formulé par la défenderesse est fondé et partant en admet implicitement la recevabilité, viole les articles 72 et 73, § 4, de la loi sur la protection de la concurrence économique à défaut de se conformer à la décision prise par la Cour et viole également l'article 19 du Code judiciaire en se saisissant d'une question définitivement tranchée. Il viole également l'autorité de la chose jugée (articles 23 à 28 du Code judiciaire) qui s'attache à l'arrêt rendu par la Cour dans le cadre de la compétence d'interprétation de la loi qui lui est reconnue par l'article 72 de ladite loi.

Troisième moyen

Dispositions légales violées

Article 44, §§ 6, 7 et 8, de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, telle qu'elle était en vigueur au moment des faits

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt reçoit le recours introduit par la défenderesse, dit que les saisies de données numériques sont illégales dans la mesure où elles portent sur des données qui revêtent un caractère confidentiel en vertu de l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprise et décide que sont revêtues dudit caractère confidentiel les données numériques qui répondent à la définition reprise sous le numéro 53 de ses motifs et que lesdites données ne peuvent être transmises à l'équipe d'instruction et doivent être effacées sur les supports du demandeur de façon à les rendre irrécupérables, par les motifs que :

« D. Quant à la saisie de données numériques

(i) Sur le caractère confidentiel de certaines données

43. [La défenderesse], soutenue par [la partie appelée en déclaration d'arrêt commun], argue d'abord que le secret professionnel auquel sont tenus les juristes d'entreprise et l'octroi du legal professionnel privilege qui s'ensuit, s'opposent à ce que les avis de ces derniers qui font partie de courriels fassent l'objet d'une saisie ;

Elle invoque la violation de l'article 5 de la loi du 1^{er} mars 2000 ainsi que de plusieurs droits fondamentaux ;

Dans l'ensemble des griefs qui ont trait aux données numériques saisies, la discussion sur l'application du legal professionnel privilege portait initialement sur 1.414 courriels identifiés par [la défenderesse]. Au terme de la vérification qui s'est déroulée les 21 et 22 février 2011, l'auditeur-tiers a accepté le caractère privilégié pour 1.217 messages mais l'a rejeté pour 197 messages. Ces derniers, émanant de ou adressés à des juristes d'entreprise, étaient isolés les 15 et 16 mars 2011. Les autres étaient effacés ;

44. L'article 5 de la loi créant un Institut des juristes d'entreprise dispose que 'les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels' ;

L'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que :

'1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui' ;

L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que 'toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications' ;

45. Il y a lieu d'observer tout d'abord en général que l'article 458 du Code pénal et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne confèrent pas l'insaisissabilité des documents ou des données en rapport avec des activités considérées comme suspectes des personnes auxquelles ce secret s'applique ;

L'obligation au secret professionnel dans le chef du juriste d'entreprise, fût-elle établie, ne justifierait dès lors pas en elle-même la conclusion d'illégalité de la saisie critiquée ;

*46. S'agissant du secret professionnel de l'avocat, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné qu'en vertu de l'article 8, la correspondance entre un avocat et son client, quelle qu'en soit la finalité, jouit d'un statut privilégié quant à sa confidentialité et que cela vaut pour toutes les formes d'échanges entre les avocats et leurs clients (p.ex. : *Michaud c/ France*, arrêt du 6 décembre 2012, n^{os} 117-119) ;*

Elle a en outre indiqué qu'elle 'accorde un poids singulier au risque d'atteinte au secret professionnel des avocats car il peut avoir des répercussions sur la bonne administration de la justice' ;

La Cour européenne s'est également penchée sur les questions relatives à la violation de l'article 8 de la Convention en raison de perquisitions et saisies au cabinet ou au domicile d'un avocat (arrêt Niemietz c/ Allemagne, 16 décembre 1992), sur l'interception de la correspondance entre un avocat et son client (arrêt Schönenberger et Durmaz c/ Suisse, 20 juin 1988), sur l'écoute téléphonique d'un avocat (arrêt Kopp c/ Suisse, 25 mars 1998) et sur la fouille et la saisie de données électroniques dans un cabinet d'avocats (arrêt Sallinen et autres c/ Finlande, 27 septembre 2005), à la lumière du but légitime poursuivi et dans l'optique de la proportionnalité dans les cas où les conditions d'ingérence visées à l'article 8, § 2, de la Convention sont réunies ;

La Cour constitutionnelle, de son côté, a jugé que le secret professionnel de l'avocat est un principe général qui participe des droits fondamentaux (arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008), qui trouve son fondement dans les articles 10, 11 et 22 de la Constitution et 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais qu'il n'est pas pour autant absolu ;

47. Aux termes de l'article 458 du Code pénal, le secret professionnel qui, selon [la défenderesse], soutenue en cela par [la partie appelée en déclaration d'arrêt commun], régit les relations entre elle-même et ses juristes d'entreprise, s'impose notamment à '[toutes autres] personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, [...] hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets' ;

Cette disposition est interprétée en ce sens qu'elle vise le dépositaire du secret qui en est le confident nécessaire. Elle protège les confidences faites à ceux auxquels le public doit obligatoirement s'adresser (Cass., 20 février 1905, Pas., I, 141, avec les conclusions du ministère public) ;

Le 27 juin 2007, la Cour de cassation jugeait que 'l'article 458 du Code pénal s'applique à tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation du secret confié, soit que les faits qu'ils apprennent ainsi sous le sceau du secret leur aient été confiés par des particuliers, soit que leur connaissance provienne de l'exercice d'une profession aux actes de laquelle la

loi, dans un intérêt général et d'ordre public, imprime le caractère confidentiel et secret' ;

48. S'agissant du champ d'application personnel du chef d'une profession, la garde d'un secret confié s'impose à des personnes qui en sont le confident nécessaire, ce qui suppose que les actes que comporte la profession que ce confident exerce doivent revêtir un caractère de nécessité, c'est-à-dire que les personnes qui s'adressent à elles aux fins de la fourniture de la prestation sont tenues en vertu de la loi de s'adresser à eux ;

La question se pose dès lors si les activités des juristes d'entreprise entrent dans ce champ d'application ;

49. Ainsi que le démontrent les actes préparatoires à la loi créant un Institut des juristes d'entreprise (voir notamment Doc. parl., Sénat, session ordinaire 1995-1996, document n° 1/45-2), la disposition qui instaurait initialement le secret professionnel sous l'article 5 ('le juriste d'entreprise est, dans l'exercice de son activité juridique, dépositaire des secrets qu'on lui confie. L'article 458 du Code pénal lui est applicable') était abandonnée et remplacée par l'actuelle disposition qui instaure la confidentialité des avis ('les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels') ;

Dès lors, ladite loi ne soumet pas elle-même le juriste d'entreprise au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal ;

50. Aux termes de l'article 4, § 1^{er}, 3° et 4°, de la loi créant un Institut des juristes d'entreprise, le contenu des prestations propres à la profession de juriste d'entreprise comporte : '3° fournir, en faveur de cet employeur, des entreprises ou des organismes qui lui sont liés, des fédérations d'entreprises ou des membres de ces fédérations d'entreprises, des études, des consultations, rédiger des actes, conseiller et prêter assistance en matière juridique' et 4° 'assumer principalement des responsabilités se situant dans le domaine du droit' ;

L'exercice au sein des entreprises des fonctions qui correspondent à la description indiquée sous lesdits points 3° et 4° n'étant pas réservé aux

membres de l'Institut des juristes d'entreprise, les membres qui exercent lesdites fonctions ne sont pas nécessairement les confidents de secrets ;

Il est indifférent à cet égard que la qualité de membre de cet institut soit réservée par la loi aux détenteurs du diplôme indiqué sous l'article 4, § 1^{er}, 1^o, de la loi, les fonctions indiquées sous les points 3^o et 4^o n'étant pas réservées à ces détenteurs ;

51. Partant, les juristes d'entreprise ne sont pas tenus au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal ;

La thèse contraire avancée par [la défenderesse] et [la partie appelée en déclaration d'arrêt commun] doit être écartée ;

52. S'agissant de la portée à réserver à l'article 5 de la loi créant un Institut des juristes d'entreprise, eu égard à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment à la lumière des conditions posées à l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, qui revient également à une personne morale, la cour [d'appel] considère ce qui suit :

Lorsque le législateur a instauré le principe suivant lequel 'les avis rendus par le juriste d'entreprise, au profit de son employeur et dans le cadre de son activité de conseil juridique, sont confidentiels', il avait pour but 'de préserver l'intérêt général en permettant une correcte application de la loi par les entreprises. À cette fin, elle entend couvrir les communications du juriste d'entreprise à son employeur du sceau de la confidentialité. Il s'agit donc de permettre à l'entreprise d'obtenir de son conseil juridique interne un avis exhaustif et indépendant quant aux conséquences juridiques des opérations projetées ou des actes posés' (Doc. parl., Sénat, sess.ord. 1998-1999, n° 1-45/5, amendement 21) ;

53. Il ressort de la volonté exprimée par le législateur en adoptant la disposition de l'article 5 que la confidentialité ne vise pas l'activité en tant que telle du juriste d'entreprise dans son entièreté mais touche à un acte matériel spécifique accompli à l'intention de l'employeur du juriste d'entreprise ;

Seuls les avis émis par le juriste d'entreprise au profit de son employeur sont confidentiels ;

Si, dans le langage usuel, sont considérés comme 'avis', les expressions d'opinions ou de conseils, il doit être admis, à l'aune de la volonté du législateur, que sont également visés par l'article 5 la correspondance qui contient la demande d'avis, les correspondances échangées au sujet de la demande, les projets d'avis ainsi que les documents préparatoires à l'avis ;

54. La confidentialité, qui par ailleurs constitue également un principe éthique, représente une pierre angulaire de la sécurité de l'information. Elle est définie par l'Organisation internationale de normalisation comme la caractéristique selon laquelle une information n'est pas rendue publique ou divulguée à des personnes, entités ou processus non autorisés ;

L'utilisation de la confidentialité sert donc à s'assurer que l'information n'est accessible qu'à ceux dont l'accès est autorisé ;

En instaurant le principe suivant lequel seul l'employeur a accès à l'avis émis par le juriste d'entreprise, le législateur a imprimé, dans l'intérêt général, le caractère confidentiel à un acte lié à l'exercice de la profession de juriste d'entreprise ;

Il s'ensuit que la confidentialité perd sa raison d'être lorsque son bénéficiaire l'a abandonnée lui-même en révélant l'acte et son contenu à une personne étrangère à l'entreprise ;

55. La Cour européenne des droits de l'homme a interprété l'article 8 de la Convention en incluant dans le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, des locaux ou activités professionnels ou commerciaux (arrêt Niemietz c/ Allemagne, 16 décembre 1992) ;

Elle n'a pas manqué de souligner que, si l'article 8 protège la confidentialité de toute correspondance entre individus, il accorde une protection renforcée aux échanges entre les personnes dont l'une s'est vu confier une mission considérée comme d'intérêt général qui ne peut être menée à bien si la relation de confiance, indispensable à l'accomplissement de la mission, n'est pas préservée par la confidentialité (arrêt Michaud c/ France, 6 décembre 2012, 118) ;

56. *L'article 8, § 2, de la Convention, qui détermine les conditions sous lesquelles il peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit, dispose notamment que l'ingérence doit être prévue par la loi ;*

À cet égard, la Cour a également rappelé que la notion de nécessité, au sens de l'article 8 de la Convention, implique l'existence d'un besoin social impérieux et, en particulier, la proportionnalité de l'ingérence au but légitime poursuivi ;

57. *Si la loi sur la protection de la concurrence économique prévoit depuis la loi du 5 août 1991 (article 23) la possibilité pour les officiers compétents de procéder à une perquisition, dans les conditions qu'elle détermine, et que, dès lors, la possibilité d'ingérence est prévue par la loi, toujours est-il que la loi qui instaure la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est postérieure à ladite loi ;*

En outre, l'exposé des motifs formulés sous l'amendement n° 21 précité qui instaure la confidentialité ne laisse subsister aucun doute quant à ce que le législateur entend préserver par cette confidentialité 'dépersonnalisée' – elle concerne l'acte et non la personne qui l'accomplit : l'intérêt général ;

Les employeurs, qui s'adressent aux juristes d'entreprise dans les conditions prévues par l'article 5 de la loi créant un Institut des juristes d'entreprise, doivent avoir la certitude qu'ils peuvent leur confier des demandes d'avis sans danger de révélation à des tiers ;

58. *Dès lors, au regard de l'application de l'article 8, § 2, de la Convention, la cour [d'appel] constate qu'en ce qui concerne les actes que constituent les avis des juristes d'entreprise, le législateur a entendu exclure la possibilité d'ingérence, car elle toucherait à l'essence même de la mission du juriste d'entreprise qui constitue le fondement de la confidentialité de ses avis ;*

La cour [d'appel] en déduit qu'ainsi le législateur a, dans l'appréciation des priorités à observer pour le bien-être économique du pays – circonstance d'exception prévue à l'article 8, § 2, de la Convention –, estimé

qu'une ingérence dans le droit à la vie privée notamment par les autorités de concurrence que constituerait la violation de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise est disproportionnée ;

Cette conclusion s'impose d'autant plus que la procédure d'instruction de la loi sur la protection de la concurrence économique ne participe pas du droit pénal mais est de nature civile (Cass., 3 juin 2011) ;

59. La position de la Cour de justice de l'Union européenne formulée dans l'affaire Akzo (arrêt du 14 septembre 2010 - affaire C-97/08, Akzo c/ Commission européenne) au sujet de la protection de la confidentialité des communications entre avocats salariés et clients est sans incidence sur la solution qui s'impose au niveau des États membres ;

La Cour de justice a maintenu dans l'affaire AM & S Europe/Commission (arrêt du 18 mai 1982) sa position antérieure suivant laquelle l'existence d'une relation d'emploi entre un avocat et une entreprise s'oppose à l'octroi de la protection de la confidentialité ;

Par ailleurs, il ressort de ses conclusions présentées le 29 avril 2010 qu'aux yeux de l'avocat général, s'agissant dudit principe de confidentialité, un élargissement du champ de la protection de la confidentialité des communications aux échanges au sein d'une entreprise ou d'un groupe avec des avocats internes ne se justifiait pas au regard d'une quelconque spécificité des missions et des activités de la Commission en tant qu'autorité de concurrence et ne correspondait à aucune tendance en voie d'affirmation dans les États membres, que ce soit en droit de la concurrence ou dans d'autres domaines ;

L'avocat général relevait également un manque de tendance nette dans les évolutions au niveau des États membres ;

60. Ainsi que la cour [d'appel] l'a relevé, le législateur fédéral belge a opté pour l'instauration du principe de la confidentialité nonobstant l'existence d'une relation d'emploi ;

S'agissant d'ordres juridiques différents, l'approche du droit communautaire et celle du droit national justifient des pratiques différentes des autorités de concurrence (C.J.U.E., arrêt Akzo du 14 septembre 2010, n° 102) ;

Dans les cas où les autorités nationales enquêtent pour le compte de la Commission européenne, en application de l'article 22 du Règlement 1/2003, lesdites autorités exercent leurs pouvoirs conformément au droit national ;

61. Dès lors, une mesure d'ingérence attentatoire à la confidentialité instaurée par l'article 5 de la loi créant un Institut des juristes d'entreprise, émanant de l'autorité de concurrence, est illégale ;

Le grief relatif à la saisie des courriels émanant de ou adressés aux juristes d'entreprise de [la défenderesse] est fondé dans la mesure indiquée ci-avant sous le numéro 53, étant entendu que, lorsque l'employeur a révélé lui-même l'acte contenant l'avis, l'article 5 de la loi créant un Institut des juristes d'entreprise ne s'oppose plus à sa saisie ;

Les données numériques concernées ne peuvent figurer au dossier de l'instruction et, dès lors, doivent être effacées ;

(...) 66. Pour autant que le grief de [la défenderesse] portant sur le volume de données concerne des courriels ou documents numériques privilégiés qui relèvent du *legal professional privilege* tel qu'il est défini sous le numéro 53, il ressort des considérations développées sous le point (i) que, quand bien même ils devraient être qualifiés 'in scope', ils sont néanmoins à écarter du dossier de l'instruction car ces données ne pouvaient être saisies ».

Griefs

L'article 44, § 6, de la loi sur la protection de la concurrence économique dispose qu'avant de transmettre son rapport motivé, le demandeur

ou l'auditeur établit un inventaire de tous les documents et données rassemblés au cours de l'instruction et se prononce sur leur confidentialité.

Lorsque le demandeur ou l'auditeur est d'avis que des données qui ont été qualifiées de confidentielles par les personnes physiques ou morales 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 (article 44, § 7).

Le demandeur ou l'auditeur se prononce ensuite.

Si le caractère confidentiel des données n'est pas accepté, le demandeur ou l'auditeur en informe la personne physique ou morale en cause en précisant les raisons pour lesquelles ces données ne peuvent être considérées comme confidentielles.

L'article 44, § 8, prévoit alors la possibilité d'introduire un recours à l'encontre de cette décision dont la connaissance est expressément confiée au Conseil de la concurrence suivant les modalités précisées dans cette disposition.

Celle-ci dispose par ailleurs expressément qu'un appel distinct ne peut être interjeté devant la cour d'appel de Bruxelles contre pareille décision.

Il ressort de l'arrêt attaqué et de ses motifs que le recours qui lui était soumis portait notamment sur la décision contenue dans un procès-verbal du 22 février 2011 rejetant la demande de la défenderesse de reconnaître la protection sous le statut de « legal professional privilege », autrement dit de reconnaître la confidentialité d'une série de documents saisis lors d'une perquisition dans ses locaux.

L'arrêt attaqué déclare à tort ce recours recevable.

L'arrêt attaqué n'est dès lors pas légalement justifié et viole l'article 44, §§ 6 à 8, spécialement § 8, de la loi visée au moyen.

Quatrième moyen

Dispositions légales violées

- *articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil ;*
- *article 149 de la Constitution ;*
- *articles 88, §§ 1^{er}, alinéa 2, et 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, telle qu'elle était en vigueur au moment des faits.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt attaqué dit fondé le recours de la défenderesse à l'encontre de la décision du demandeur concernant le caractère « in scope » (dans le champ) des données saisies lors de la perquisition communiquée par courriel du 4 mars 2011 et décide plus spécialement que « les données qui remontent à plus de cinq ans à partir de la saisine ne sauraient constituer une donnée 'in scope' », par les motifs que :

« ii) Des données numériques 'in scope' ou 'out scope' ('dans le champ' ou 'hors champ')

62. L'ordre de mission du 8 octobre 2010 qui est à la base de la perquisition autorisée le même jour par le président du Conseil de la concurrence renvoie à une plainte introduite le 22 mars 2010 par Mobistar et KPN Belgium, qui 'font état de mesures d'obstruction adoptées par [la défenderesse] au cours de ces dernières années dans le but de limiter le développement de la concurrence des opérateurs DSL alternatifs. Ces pratiques consisteraient notamment dans le refus de [la défenderesse] d'octroyer, ou le retard avec lequel celle-ci octroie, aux opérateurs alternatifs un accès de gros aux nouvelles technologies que [la défenderesse] utiliserait pourtant à l'échelle nationale pour ses propres services de détail, ainsi que

dans la multiplication de difficultés causées par [la défenderesse] pour la fourniture de ses différents services de gros' ;

[...] 75. Quant à l'âge des données susceptibles d'entrer dans le champ de l'ordre de mission, il y a lieu de considérer qu'en vertu de l'article 88, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique, l'instruction ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans et qu'en l'espèce ce délai se compte à partir de la date de la saisine visée à l'article 44, § 1^{er}, 2^o, de ladite loi ;

À cet égard, le renvoi par [le demandeur] à l'existence possible d'une infraction continue ou répétée, mentionnée à l'article 88, § 3, de la même loi, est sans pertinence. Ce délai, qui renvoie au jour où l'infraction a pris fin, ne concerne en effet pas la période couverte par l'instruction mais le délai de prescription en ce qui concerne l'imposition d'amendes ou d'astreintes pour les infractions commises ;

Il s'ensuit que les données qui remontent à plus de cinq ans à partir de la saisine ne sauraient constituer une donnée 'in scope' ».

Griefs

Première branche

En vertu de l'article 88, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique :

« L'instruction visée à l'article 44 ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision de l'auditorat de procéder à une instruction d'office ou de la date de la saisine de l'auditorat conformément à l'article 44, § 1^{er}.

Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, ce délai ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin ».

Le deuxième alinéa de cette disposition a été introduit par la loi du 6 mai 2009, entrée en vigueur le 29 mai 2009.

Pour justifier la saisie de données antérieures à la période de cinq ans, le demandeur avait fait valoir dans sa note de synthèse du 25 mars 2011 que :

« Dans le dernier alinéa relatif à la section A 'Déroulement de l'instruction' du chapitre III, la [défenderesse] fait état de la saisie de documents datant de plus de cinq ans avant la perquisition et qui seraient prescrits. À cet égard, [le demandeur] relève simplement que l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur la protection de la concurrence économique [dispose] : 'toutefois, pour les infractions continues ou répétées, ce délai ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin'. Outre le fait qu'en toute hypothèse c'est la date de la saisine [du demandeur] qui devrait être prise en compte et pas la date de la perquisition, il y a lieu de tenir compte qu'a priori il s'agirait d'une infraction continue visée à l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur la protection de la concurrence économique. Dans ce cadre, la recherche des éléments factuels pertinents pourrait s'effectuer sur une période qui pourrait même être plus longue que la date du 1^{er} janvier 2005 retenue pour la saisie des boîtes mails ».

Il ressort de cet extrait de la note de synthèse du demandeur que, pour justifier la possibilité d'avoir accès à des données antérieures à plus de cinq ans précédant la saisine du demandeur, celui-ci invoquait l'existence d'une infraction continue lui permettant de saisir des données remontant à plus de cinq ans par rapport à la date de sa saisine.

Le demandeur ne faisait nullement référence à l'article 88, § 3, relatif au délai de prescription en ce qui concerne l'imposition d'amendes ou d'astreintes, cette disposition étant d'ailleurs sans pertinence par rapport à cette question.

L'arrêt rejette la défense par laquelle le demandeur soutenait que, dans le cas d'espèce, des données remontant à plus de cinq ans à partir de la saisine pouvaient constituer des données « in scope » au motif que le demandeur se

serait fondé à cette fin sur l'article 88, § 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique. Pourtant, il ressort de la note de synthèse déposée par le demandeur dont l'extrait est reproduit ci-avant que le demandeur ne se fondait pas sur le paragraphe 3 de l'article 88 de la loi sur la protection de la concurrence économique mais faisait référence à l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2, de celle-ci.

Ce faisant, l'arrêt viole la foi due à la note déposée par le demandeur, qui ne s'appuyait nullement sur l'article 88, § 3, mais visait expressément l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2. Il viole ainsi les articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil.

Il viole en outre l'article 149 de la Constitution, dès lors qu'il ne répond pas à la défense qui soulignait qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur la protection de la concurrence économique permettant de faire porter l'instruction sur des faits antérieurs à plus de cinq ans à compter de la date de la saisine puisqu'il s'agissait en l'espèce d'une infraction continue.

Seconde branche

En vertu de l'article 88, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique :

« L'instruction visée à l'article 44 ne peut porter que sur des faits [ne] remontant [pas] à plus de cinq ans. Ce délai se compte à partir de la date de la décision de l'auditorat de procéder à une instruction d'office ou de la date de la saisine de l'auditorat conformément à l'article 44, § 1^{er}.

Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, ce délai ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin ».

Il résulte du deuxième alinéa de cette disposition que, lorsqu'il s'agit d'une infraction continue ou répétée, le délai de cinq ans au-delà duquel l'instruction ne peut remonter ne commence pas à courir à la date de la saisine

du demandeur, comme prévu à l'alinéa 1^{er} de la disposition en cause, mais à compter de la date à laquelle l'infraction a pris fin.

Le deuxième alinéa a été introduit par une loi du 6 mai 2009 et est entré en vigueur le 29 mai 2009.

Il en découle que cette disposition prévoit expressément la possibilité d'instruire des faits remontant à plus de cinq ans à compter de la date de la saisine en cas d'infraction continue ou répétée qui s'est terminée au cours des cinq ans précédant la saisine.

Or, il ressort des énonciations de l'arrêt que l'instruction portait sur l'existence d'une infraction continue puisqu'elle faisait suite à une plainte par laquelle Mobistar et KPN Belgium dénonçaient « de[s] mesures d'obstruction adoptées par [la défenderesse] au cours de ces dernières années dans le but de limiter le développement de la concurrence des opérateurs DSL alternatifs ».

L'arrêt décide que l'instruction ne peut remonter à des faits de plus de cinq ans à partir de la date de la saisine visée à l'article 44, § 1^{er}, 2^o, en se référant à l'article 88, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Ce faisant il applique plus précisément le premier alinéa de cette disposition alors que, s'agissant d'une infraction continue, la cour d'appel aurait dû appliquer le délai prévu par l'alinéa 2 de la même disposition.

En appliquant le premier alinéa de l'article 88, § 1^{er}, de ladite loi, alors que l'alinéa 2 était applicable, l'arrêt viole cette disposition en ses deux alinéas et n'est pas légalement justifié.

À tout le moins, l'arrêt ne permet pas à la Cour de vérifier les raisons pour lesquelles l'arrêt considère qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'alinéa 2 de la disposition en cause à défaut de motifs permettant de constater que l'arrêt aurait relevé que l'infraction reprochée à la défenderesse n'était pas une infraction continue ou répétée, de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2, et qu'il se justifiait d'appliquer l'article 88, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette disposition.

Il n'est dès lors pas régulièrement motivé et viole l'article 149 de la Constitution.

Cinquième moyen

Dispositions légales violées

- *article 6 du Code judiciaire ;*
- *article 149 de la Constitution ;*
- *articles 2, spécialement § 1^{er}, 2^o, 3, 4 et 44, §§ 1^{er}, 2^o, 2 et 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, telle qu'elle était en vigueur au moment des faits ;*
- *article 39bis du Code d'instruction criminelle.*

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt décide que les données numériques saisies au sujet desquelles un différend subsiste entre les parties doivent être sélectionnées suivant les pratiques définies sous le point 77 de cet arrêt et que les données qui, au terme de la procédure de sélection finale, se révèlent « out of scope » ne peuvent être transmises à l'équipe d'instruction et doivent être effacées sur les supports du demandeur de façon à les rendre irrécupérables, par les motifs que :

« (ii) Des données numériques 'in scope' ou 'out of scope' ('dans le champ' ou 'hors champ').

62. L'ordre de mission du 8 octobre 2010 qui est à la base de la perquisition autorisée le même jour par le président du Conseil de la concurrence renvoie à une plainte introduite le 22 mars 2010 par Mobistar et

KPN Belgium, qui 'font état de mesures d'obstruction adoptées par [la défenderesse] au cours de ces dernières années dans le but de limiter le développement de la concurrence des opérateurs DSL alternatifs. Ces pratiques consisteraient notamment dans le refus de [la défenderesse] d'octroyer, ou le retard avec lequel celle-ci octroie, aux opérateurs alternatifs un accès de gros aux nouvelles technologies que [la défenderesse] utiliserait pourtant à l'échelle nationale pour ses propres services de détail, ainsi que dans la multiplication de difficultés causées par [la défenderesse] pour la fourniture de ses différents services de gros'. L'ordre ne fait pas mention de l'existence de l'un ou l'autre indice sérieux concret à l'égard du prétendu abus ;

Les agents désignés pour prêter leur concours sont mandatés pour procéder à une perquisition, une saisie ou une apposition de scellés ;

Les perquisitions ont eu lieu du 12 au 15 octobre 2010 ;

63. Dans ses observations écrites devant la cour [d'appel], [le demandeur] expose que la perquisition visait les boîtes mails et bureaux de vingt-six membres de l'entreprise de [la défenderesse] et que leurs boîtes mails ont été mises sous scellés ;

Il indique que, par la suite, entre le 7 décembre 2010 et le 7 janvier 2011, sept réunions ont été tenues au cours desquelles le dépouillement des données saisies était effectué avec l'assistance de trois experts de la Nederlandse Mededingingsautoriteit ;

Quant à l'ampleur des données saisies et traitées suivant la procédure de copie des données, il communique que 0,15 p.c. du personnel de [la défenderesse] est concerné, que quelque 759.000 fichiers étaient saisis et qu'au terme des tris successifs 290.327 mails, soit environ 38 p.c. du volume initial saisi, étaient sélectionnés le 16 mars 2011 ;

64. La procédure de copie des documents numériques appliquée, communiquée à [la défenderesse] le 13 octobre 2010, comprend les quatre étapes suivantes :

1° les boîtes mails des personnes visées et tout autre document sont entièrement copiés sur un support électronique faisant partie du réseau de l'entreprise, mais dédié à la perquisition ;

2° chaque boîte fait l'objet d'un test afin de vérifier si elle contient des documents qui entrent dans le champ d'application du mandat : les boîtes contenant un tel document et d'autres documents qui ont fait l'objet d'un premier tri sont retenus et copiés sur un support électronique externe. Deux copies sont effectuées et des hash codes sont générés. Une copie est remise à l'entreprise et les deux autres sont mises séparément sous scellés ;

Il est dressé un procès-verbal de cette procédure dont une copie est remise à l'entreprise ;

3° dans les dix jours, l'entreprise communique à l'auditeur général la liste des documents qui relèvent du 'legal privilege' en identifiant les documents justifiant le legal privilege. Un auditeur-tiers, désigné aux fins de l'ouverture des scellés d'une copie, élimine les documents qu'il considère comme privilégiés et prend position sur les contestations soulevées par l'entreprise ;

Trois nouvelles copies avec hash codes sont générées, après convocation de l'entreprise, dont une est mise sous scellés, une autre est remise à l'entreprise et la troisième à l'auditeur en charge de l'instruction ;

Il est dressé un procès-verbal de cette procédure dont une copie est remise à l'entreprise ;

4° l'auditeur en charge de l'instruction et son équipe d'instruction suppriment les documents non pertinents après vérification des documents sélectionnés ;

Trois nouvelles copies avec hash codes sont générées : une est remise à l'entreprise et les deux autres sont mises sous scellés ;

L'entreprise dispose de dix jours ouvrables pour contester la pertinence des documents au regard du mandat et l'auditeur en charge prend position ;

D'autres documents sont éventuellement supprimés et, après convocation de l'entreprise, trois copies définitives sont générées avec hash codes en sa présence : une copie est remise à l'entreprise, une deuxième est mise sous scellés et la troisième est intégrée au dossier d'instruction ;

65. Au départ des 485.000 mails sélectionnés suite à l'utilisation des mots-clés (soit environ 64 p.c. des quelque 759.000 mails initialement saisis), [la défenderesse] a demandé la suppression de quatre catégories de fichiers (C1 : doublons, C2 : avocats, C3 : antérieurs à 2005 et C4 : fichiers contacts), ce qui a réduit le volume à environ 395.000 mails. Ces derniers étaient scindés en deux groupes qui regroupaient l'un les mails d'un département (CWS) et l'autre les mails de trois départements (REG, LEG et Management).

Chacun de ces deux groupes était subdivisé en quatre sous-groupes : C5 : 'out of scope' selon Belgacom, C6 : mails avec les OLO, C7 : mails avec un avocat en cc, C8 : mails juristes d'entreprise ;

Enfin, un groupe 'résiduaire' était créé dans chacun des deux groupes : 'autres' ;

En vue du traitement des mails relevant du legal professionnel privilege étaient créés deux containers, dont le deuxième contient notamment la C8 des deux groupes ;

66. Pour autant que le grief de [la défenderesse] portant sur le volume de données concerne des courriels ou documents numériques privilégiés qui relèvent du legal professionnel privilege tel qu'il est défini sous le numéro 53, il ressort des considérations développées sous le point (i) que, quand bien même ils devraient être qualifiés de 'in scope', ils sont néanmoins à écarter du dossier de l'instruction car ces données ne pouvaient être saisies ;

Le grief de (la défenderesse) relatif à l'opération de saisie elle-même, en ce que la méthodologie de sélection appliquée pour retrouver dans le système informatique les preuves d'abus de position dominante recherchées est illégale dès lors qu'il est apparu que les données saisies dépassent de loin l'objet du mandat de perquisition (out of scope), appelle les réflexions suivantes ;

67. L'autorisation de perquisition délivrée le 8 octobre 2010 par le président du Conseil de la concurrence renvoie uniquement à l'ordre de mission qui lui avait été soumis. Le but poursuivi est 'de rassembler les informations nécessaires et collecter les preuves en rapport avec les pratiques décrites dans l'ordre de mission' ;

Cet ordre ne fait pas état de recherches à faire dans un système informatique ;

La cour [d'appel] observe généralement que, si, en matière pénale, un cadre normatif était promulgué par la loi du 28 novembre 2000 en matière de criminalité informatique et en cela également en ce qui concerne les recherches dans un système informatique et la saisie de données numériques (articles 39bis, 88ter et 89 du Code d'instruction criminelle), des normes relatives au traitement et au dépouillement des données saisies font défaut ;

Le paragraphe 6 dudit article 39bis prescrit uniquement que le procureur du Roi ou l'auditeur du travail utilise les moyens techniques appropriés pour garantir l'intégrité et la confidentialité de ces données' ;

68. Le principe régissant la saisie des données numériques instauré par le législateur (article 39bis du Code d'instruction criminelle) énonce que, lorsque des données 'utiles pour les mêmes finalités que celles qui sont prévues pour la saisie' sont découvertes mais qu'il n'est pas souhaitable de saisir le support, les données, de même que les données nécessaires pour les comprendre, sont copiées sur des supports ;

S'agissant de données numériques 'utiles pour les finalités de la saisie' en principe, seules les données pertinentes pour l'instruction sont copiées sur des supports de l'autorité (voir au sujet dudit article 39bis : Doc. parl., Chambre des représentants, session ordinaire 1999-2003, Doc. 50- 213/1 et 50- 214/4, pp. 20-21) ;

Selon ce principe, qui est clairement de tendance restrictive, l'appréciation du caractère utile de données précède leur copie ;

69. Il se déduit de ce principe que l'ingérence dans les données numériques par la voie de copie ne se justifie pas lorsque l'utilité pour l'instruction n'est pas démontrée ;

Le processus opérationnel suivant lequel des données sont copiées en masse sans distinguer selon ce qui est utile et ce qui est sans utilité n'est dès

lors pas conforme à la volonté que le législateur a exprimée en promulguant l'article 39bis du Code d'instruction criminelle ;

70. S'agissant d'un cas d'ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée par la voie d'une perquisition dans un système informatique et de saisie de données numériques, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué de répéter qu'à la lumière de la prééminence du droit, en ce qui concerne la notion d' 'ingérence prévue par la loi' en matière de perquisitions et saisies, la loi applicable doit être suffisamment claire et détaillée et préciser de façon appropriée les circonstances et conditions dans lesquelles l'autorité peut avoir recours à ces mesures afin de protéger contre l'ingérence arbitraire (C.E.D.H., arrêt Sallinen et autres c/ Finlande, 27 septembre 2005, n^{os} 82 à 92) ;

À titre d'exemple, il peut être relevé que, dans son avis sur l'actuel article 39bis du Code d'instruction criminelle, le Conseil d'État indiquait que les 'moyens appropriés', mentionnés au paragraphe 6 – qui, selon l'exposé des motifs de la loi concernée, se rapportent aux modalités relatives à la soustraction et à la conservation de données –, devaient être indiqués dans le texte de la loi (Doc. parl., Chambre des représentants, session ordinaire 1999-2003, Doc. 50-213/1 et 50-214/4, p. 22) ;

Il découle de ces enseignements qu'en matière de saisie de données numériques, la précision est de rigueur ;

71. Il suit desdits principes, qui doivent également régir la saisie de données numériques dans le cadre d'une perquisition sur la base de l'article 44, § 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique, que, si, comme en l'occurrence, des données ont été copiées en masse, sans distinguer selon leur utilité en fonction des faits de la plainte, la méthodologie de sélection digitale conséquente doit permettre d'éviter que des documents qui n'ont aucun lien avec l'instruction fassent partie des fichiers de travail qui ont vocation à être transmis à l'équipe d'instruction ;

L'utilisation de mots-clés adéquats en vue de la sélection, axés sur les faits directoires de la plainte, est dès lors essentielle, la pêche à l'infraction étant exclue ;

72. Dans le cas d'espèce, [le demandeur] a procédé à la copie de centaines de milliers de mails et documents numériques (environ 760.000), dont il est apparu par la suite et provisoirement jusqu'à l'heure actuelle que, dans l'esprit [du demandeur], 38 p.c. peuvent revêtir un caractère utile pour l'instruction (environ 290.000 mails) ;

Même après ces premières sélections, sur la base de 104 au lieu de 130 mots-clés, le nombre de données saisies retenues reste exceptionnellement élevé - rien que la lecture superficielle nécessiterait une dizaine de milliers d'heures de travail - et [la défenderesse] indique dans une annexe à ses conclusions que les mots-clés utilisés jusqu'à présent n'ont pas évité d'inclure une quarantaine de sujets qui ne présentent aucun rapport avec le sujet de l'instruction ;

Il peut raisonnablement en être déduit que les mots-clés utilisés au stade actuel de la sélection ne répondent pas aux exigences de précision, d'adéquation et de proportionnalité et que, partant, leur application provoque un dépassement caractérisé de l'ordre de perquisition ;

73. Eu égard au processus de saisie effectué ainsi qu'à l'objet de l'instruction, la sélection des données doit se faire sur la base de bonnes pratiques qui rencontrent lesdites exigences ;

Quant aux données qui entrent dans le champ de l'ordre de mission (in scope), il y a lieu de les délimiter en fonction de ce que cet ordre indique comme faits à avérer ;

Aux termes dudit ordre, les données 'in scope' susceptibles de saisie doivent porter sur des 'mesures d'obstruction adoptées par [la défenderesse] au cours des dernières années dans le but de limiter le développement de la concurrence des opérateurs DSL alternatifs' et, notamment, 'le refus de [la défenderesse] d'octroyer, ou le retard avec lequel celle-ci octroie, aux opérateurs alternatifs un accès de gros aux nouvelles technologies que [la défenderesse] utiliserait pourtant à l'échelle nationale pour ses propres

services de détail, ainsi que dans la multiplication de difficultés causées par [la défenderesse] pour la fourniture de ses différents services de gros’ ;

Ces faits, s'ils étaient établis, tomberaient apparemment sous le coup de l'article 2, § 1^{er}, 2°, de la loi sur la protection de la concurrence économique ;

74. Il s'ensuit que la délimitation des données ‘in scope’ indiquée dans la demande d'information du 14 juillet 2011 émanant de la direction générale de la concurrence comme ‘tout document permettant de délimiter les marchés tant en amont qu'en aval, d'évaluer la possession ou non d'une position dominante de [la défenderesse], d'évaluer le contexte économique dans lequel s'inscrivent les éventuels comportements illicites de [la défenderesse] et d'évaluer l'existence ou non d'un abus de position dominante au sens de l'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique et de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne’, sort de l'ordre de mission ;

Par ailleurs, l'exercice de son droit à recueillir des informations conféré par l'article 44, § 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique à la direction générale de la concurrence reste étranger à la discussion sur le caractère ‘in scope’ ou ‘out of scope’ de données saisies, étant entendu qu'une demande de libération d'une donnée saisie ne peut constituer en elle-même une demande d'information au sens de l'article 44, § 3, à laquelle l'entreprise est tenue de donner suite ;

75. Quant à l'âge des données susceptibles d'entrer dans le champ de l'ordre de mission, il y a lieu de considérer qu'en vertu de l'article 88, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique, l'instruction ne peut porter que sur des faits ne remontant pas à plus de cinq ans et qu'en l'espèce ce délai se compte à partir de la date de la saisine visée à l'article 44, § 1^{er}, 2°, de cette loi ;

À cet égard, le renvoi par [le demandeur] à l'existence possible d'une infraction continue ou répétée, mentionnée à l'article 88, § 3, de la même loi est sans pertinence. Ce délai, qui renvoie au jour où a pris fin l'infraction, ne concerne en effet pas la période couverte par l'instruction mais le délai de

prescription en ce qui concerne l'imposition d'amendes ou d'astreintes pour les infractions commises ;

Il s'ensuit que les données qui remontent à plus de cinq ans à partir de la saisine ne sauraient constituer une donnée 'in scope' ;

76. Les données ayant été saisies sans filtre quant à leur pertinence, hormis leur lien personnel en fonction des titulaires de boîtes de courriels saisies, l'utilisation des mots-clés en vue de leur sélection pose des problèmes particuliers ;

L'application des principes de précision, d'adéquation et de proportionnalité énoncés requiert que l'utilisation d'un mot-clé puisse raisonnablement justifier l'attente que la sélection de données obtenue présente un lien pertinent avec l'objet de la perquisition ;

Les données copiées sur des supports en possession [du demandeur] comportant une quantité indéfinie de données qu'il n'y avait pas lieu de saisir, l'entreprise perquisitionnée ne peut être tenue à l'écart pour aucune des opérations de sélection à réaliser ;

77. Les bonnes pratiques à retenir à cet égard peuvent être formulées comme suit :

- les mots-clés utilisés sont justifiés au regard de l'objet de l'ordre de mission ; il doit raisonnablement pouvoir être admis qu'ils se situent dans le contexte économique ou juridique, en amont ou en aval, des faits potentiellement à incriminer qui, en l'espèce, concernent la pratique restrictive visée à l'article 2, § 1^{er}, 2^o, de la loi sur la protection de la concurrence économique ;

- les notions générales, qui peuvent toucher à une multitude de sujets et sont de ce fait de nature à engendrer des contestations ultérieures sur le caractère 'in scope' de la sélection, ne répondent pas auxdits principes ;

- la sélection obtenue sur la base d'un mot-clé doit être corroborée par la sélection sur la base d'au moins un second mot-clé, que ce soit par le procédé de sélections successives ou combinées ;

- la pertinence des sélections obtenues est vérifiée sur la base de contrôles d'échantillons pris sur une échelle statistiquement justifiée ; des résultats statistiquement pertinents négatifs remettent en cause le caractère 'in scope' de la sélection ;

- toutes les séances de sélection se tiennent en présence de l'entreprise visitée, le cas échéant l'entreprise étant dûment invitée ;

- des délais raisonnables et proportionnés à la complexité de l'enjeu sont accordés à l'entreprise pour étayer sa position en cas de contestations ;

- les données qui ne font pas partie d'une sélection finale positive sont qualifiées 'out of scope' ;

- les données out of scope sont effacées de façon irrécupérable sur les supports qui restent en possession du demandeur en présence de l'entreprise ;

E. Conclusions.

78. Les demandes de la défenderesse sont largement fondées ;

L'intervention de [la partie appelée en déclaration d'arrêt commun] est fondée ;

Il y est fait droit ainsi qu'il est dit ci-après ».

Griefs

Première branche

En vertu de l'article 6 du Code judiciaire, les juges ne peuvent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

L'arrêt attaqué décide :

- que les données ayant été saisies sans filtre quant à leur pertinence, hormis leur lien personnel en fonction des titulaires de boîtes de courriels saisies, l'utilisation des mots-clés en vue de leur sélection pose des problèmes particuliers ;

- que l'application des principes de précision, d'adéquation et de proportionnalité énoncés requiert que l'utilisation d'un mot-clé puisse raisonnablement justifier l'attente que la sélection de données obtenue présente un lien pertinent avec l'objet de la perquisition.

L'arrêt attaqué en déduit que les données copiées sur des supports en possession du demandeur comportant une quantité indéfinie de données qu'il n'y avait pas lieu de saisir, l'entreprise perquisitionnée ne peut être tenue à l'écart pour aucune des opérations de sélection à réaliser.

Il définit ensuite, en son paragraphe n° 77, de manière générale et indépendante du cas d'espèce, les bonnes pratiques à retenir dans le cadre de perquisitions et de saisies de données numériques.

Ce faisant, l'arrêt attaqué décide par voie de dispositions générales en édictant des règles de bonne pratique alors que de telles règles n'ont pas été définies par le législateur et qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se substituer au législateur à cette fin.

L'arrêt attaqué viole, ce faisant, l'article 6 du Code judiciaire.

Il n'est dès lors pas légalement justifié.

Deuxième branche

Pour remettre en cause la saisie des documents numériques opérée en vertu de l'ordre de mission, l'arrêt attaqué décide que la délimitation des données « in scope » indiquée dans la demande d'information du 14 juillet 2011 émanant de la direction générale de la concurrence comme « tout document permettant de délimiter les marchés tant en amont qu'en aval,

d'évaluer la possession ou non d'une position dominante de [la défenderesse], d'évaluer le contexte économique dans lequel s'inscrivent les éventuels comportements illicites de [celle-ci] et d'évaluer l'existence ou non d'un abus de position dominante au sens de l'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique et de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », sort du champ d'application de cet ordre de mission.

Lorsqu'il définit ensuite les bonnes pratiques à retenir pour s'assurer que les données saisies seront bien comprises dans le champ de l'ordre de mission, l'arrêt attaqué décide que les mots-clés utilisés doivent se situer « dans le contexte économique ou juridique en amont ou en aval des faits potentiellement à incriminer qui, en l'espèce, concernent la pratique restrictive visée à l'article 2, § 1^{er}, 2^o, de la loi sur la protection de la concurrence économique ».

Il ressort des considérations qui précèdent que l'arrêt attaqué comporte des motifs contradictoires.

Il est en effet contradictoire de décider, d'une part, pour admettre le grief selon lequel des données numériques saisies seraient hors du champ de la mission confiée au demandeur, que la demande d'information du 14 juillet 2011 émanant de la direction générale de la concurrence porte sur « tout document permettant de délimiter les marchés tant en amont qu'en aval, d'évaluer la possession ou non d'une position dominante de [la défenderesse], d'évaluer le contexte économique dans lequel s'inscrivent les éventuels comportements illicites de [celle-ci] et d'évaluer l'existence ou non d'un abus de position dominante au sens de l'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique et de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », d'autre part, que, pour respecter les bonnes pratiques, les mots-clés utilisés doivent être justifiés par le fait qu'ils se situent dans le contexte économique ou juridique en amont ou en aval des faits potentiellement à incriminer.

Il ressort en effet de cette définition donnée par la cour d'appel des bonnes pratiques que la demande d'information du 14 juillet 2011 répond à cette définition.

L'arrêt attaqué repose dès lors sur des motifs contradictoires et n'est pas régulièrement motivé (violation de l'article 149 de la Constitution).

Troisième branche

En vertu de l'article 2, § 1^{er}, 2^o, de la loi sur la protection de la concurrence économique, sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à « limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ».

En vertu de l'article 3 de la même loi, il est interdit, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

L'article 4 ajoute que les pratiques visées à l'article 2, § 1^{er}, et à l'article 3 sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

L'article 44, § 1^{er}, 2^o, dispose que l'instruction se fait notamment sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cas d'une infraction à différents articles et plus spécialement aux articles 2, § 1^{er}, 2^o, et 3 de ladite loi.

Le paragraphe 2 de la même disposition autorise les auditeurs à recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des entreprises et des associations d'entreprises.

L'article 44, § 3, décrit encore les pouvoirs étendus conférés aux auditeurs chargés de rechercher les infractions à la loi et prévoit la possibilité de procéder à des perquisitions notamment dans les locaux, moyens de transport et autres lieux des entreprises où il y a des raisons de croire qu'ils trouveront des documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

L'arrêt attaqué énonce qu'eu égard au processus de saisie effectué ainsi qu'à l'objet de l'instruction, la sélection des données doit se faire sur la base de bonnes pratiques qui rencontrent les exigences de précision, d'adéquation et de proportionnalité par rapport à l'ordre de perquisition.

Il décide ensuite que ces bonnes pratiques supposent qu'une sélection sur la base d'un mot-clé soit corroborée par la sélection sur la base d'au moins un second mot-clé, que ce soit par le procédé de sélections successives ou combinées, et qu'en outre la pertinence des sélections obtenues soit vérifiée sur la base de contrôles d'échantillons pris sur une échelle statistiquement justifiée.

Ce faisant, l'arrêt attaqué restreint de manière excessive les pouvoirs d'instruction conférés par la loi au demandeur et partant la possibilité de recueillir les preuves de l'existence d'une pratique restrictive de concurrence.

Il porte également atteinte à l'effectivité de la loi sur la protection de la concurrence économique.

L'arrêt attaqué viole dès lors les articles 2, spécialement § 1^{er}, 2^o, 3, 4 et 44, §§ 1^{er}, 2^o, 2 et 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique et n'est pas légalement justifié.

Quatrième branche

En vertu de l'article 2, § 1^{er}, 2^o, de la loi sur la protection de la concurrence économique, sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, tous accords entre entreprises, toutes décisions

d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible la concurrence sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci et notamment ceux qui consistent à « limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ».

En vertu de l'article 3 de la même loi, il est interdit, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet, pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

L'article 4 ajoute que les pratiques visées à l'article 2, § 1^{er}, et à l'article 3 sont qualifiées de pratiques restrictives de concurrence.

L'article 44, § 1^{er}, 2^o, dispose que l'instruction se fait notamment sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cas d'une infraction à différents articles et plus spécialement aux articles 2, § 1^{er}, 2^o, et 3 de ladite loi.

Le paragraphe 2 de la même disposition autorise les auditeurs à recueillir tous les renseignements nécessaires auprès des entreprises et des associations d'entreprises.

L'article 44, § 3, décrit encore les pouvoirs étendus conférés aux auditeurs chargés de rechercher les infractions à la loi et prévoit la possibilité de procéder à des perquisitions notamment dans les locaux, moyens de transport et autres lieux des entreprises où il y a des raisons de croire qu'ils trouveront des documents ou éléments d'information qu'ils estiment nécessaires à l'accomplissement de leur mission.

La loi n'exclut pas la possibilité de saisir des données informatiques.

En réponse à la question qui lui était posée, la Cour constitutionnelle a énoncé que, si les articles 44, 45 et 75 de la loi sur la protection de la concurrence économique devaient être interprétés 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 235bis du Code d'instruction criminelle, ces dispositions ne violent pas les

articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec les articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La Cour constitutionnelle invitait ce faisant la cour d'appel à définir les modalités du contrôle à exercer en s'inspirant des articles 131 et 235bis du Code d'instruction criminelle.

En aucun cas la Cour constitutionnelle n'autorisait la cour d'appel à appliquer d'autres dispositions de ce code et plus spécialement l'article 39bis de celui-ci, introduit par la loi du 28 novembre 2000 en matière de criminalité informatique.

La procédure en matière de concurrence est de nature civile et ne peut en aucun cas être soumise aux règles applicables en matière pénale.

L'arrêt attaqué, qui se fonde pourtant essentiellement sur cette disposition applicable en matière pénale mais qui ne l'est pas en matière de protection de la concurrence, viole cette disposition en l'appliquant à tort, ainsi que les articles 2, spécialement § 1^{er}, 2^o, 3, 4 et 44, §§ 1^{er}, 2^o, 2 et 3, de la loi sur la protection de la concurrence économique en limitant les pouvoirs d'instruction et d'investigation spécialement reconnus et organisés par la loi sur la protection de la concurrence économique et n'est pas légalement justifié.

IV. La décision de la Cour

Sur la fin de non-recevoir opposée d'office au pourvoi par le ministère public conformément à l'article 1097 du Code judiciaire en tant qu'il est formé par la demanderesse et déduite de ce que celle-ci n'est pas partie à la décision attaquée :

Nul ne peut, en règle, se pourvoir contre une décision s'il n'était pas à la cause devant le juge qui l'a rendue.

L'arrêt attaqué statue en cause du demandeur, de la défenderesse et de la partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

La demanderesse ne fait pas valoir qu'elle aurait, postérieurement à l'arrêt attaqué, succédé au demandeur et aucune disposition légale ne l'autorise à introduire un pourvoi en cassation contre une décision à laquelle ce dernier est partie.

La fin de non-recevoir est fondée.

Sur le surplus du pourvoi :

Sur les premier et troisième moyens réunis :

Sur la fin de non-recevoir opposée aux moyens par la défenderesse et déduite du défaut d'intérêt :

Dès lors qu'il ressort de ses écritures devant la cour d'appel que le demandeur a explicitement admis la recevabilité du recours de la défenderesse, il est sans intérêt à critiquer la disposition de l'arrêt attaqué qui, conformément à ces écritures, reçoit ce recours.

La fin de non-recevoir est fondée.

Sur le deuxième moyen :

Quant à la première branche :

Contrairement à ce que suppose le moyen, en cette branche, l'arrêt attaqué ne statue pas sur la recevabilité du recours de la défenderesse contre la décision du demandeur rejetant sa demande en changement de langue, qui fait l'objet d'un autre litige, mais, à l'examen du recours de cette partie contre d'autres décisions du demandeur, sur un moyen portant sur l'emploi des langues au cours de l'instruction menée en sa cause sur des pratiques supposées restrictives de concurrence.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Quant à la seconde branche :

D'une part, les articles 23 à 28 du Code judiciaire sont étrangers à l'autorité d'un arrêt par lequel la Cour, sur la base de l'article 72 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, statue à titre préjudiciel sur des questions relatives à l'interprétation de cette loi.

D'autre part, ainsi qu'il a été dit, l'arrêt attaqué ne statue pas sur le recours de la défenderesse contre la décision du demandeur rejetant sa demande en changement de langue.

Il s'ensuit que ni l'article 73, § 4, de la loi sur la protection de la concurrence économique, qui définit l'autorité de l'arrêt de la Cour statuant en cette matière à titre préjudiciel dans le cadre de l'affaire où il est rendu, ni l'article 19 du Code judiciaire, qui concerne l'effet de dessaisissement de jugements rendus dans une même cause, ne peuvent trouver à s'appliquer.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Sur le quatrième moyen :

Quant à la première branche :

Sur la fin de non-recevoir opposée au moyen, en cette branche, par la défenderesse et déduite de ce que, en tant qu'il est pris de la violation de l'article 149 de la Constitution, il est déduit de celle, qui serait vainement invoquée, des articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil :

Le moyen, en cette branche, ne déduit pas le défaut de motivation qu'il soulève de la violation qu'il allègue par ailleurs de la foi due aux conclusions du demandeur.

La fin de non-recevoir ne peut être accueillie.

Sur le fondement du moyen, en cette branche :

Par aucune considération, l'arrêt attaqué ne répond aux conclusions du demandeur faisant valoir qu'en vertu de l'article 88, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi sur la protection de la concurrence économique, les faits sur lesquels porte l'instruction visée à l'article 44 de cette loi peuvent remonter, s'agissant d'infractions continues ou répétées, à plus de cinq ans à partir de la date de la décision de l'auditorat de procéder à une instruction d'office ou de la date de la saisine de l'auditorat conformément à l'article 44, § 1^{er}.

Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est fondé.

Sur le cinquième moyen :

Quant à la première branche :

L'arrêt attaqué considère que, en vertu du « principe régissant la saisie de données numériques instauré par le législateur (article 39*bis* du Code d'instruction criminelle) », « l'ingérence dans [ces] données par voie de copie ne se justifie pas lorsque l'utilité pour l'instruction n'[en] est pas démontrée » et que, « s'agissant d'un cas d'ingérence dans l'exercice du droit à la vie privée par la voie d'une perquisition dans un système informatique et de la saisie de données numériques », il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que « la précision est de rigueur » ; qu'« eu égard au processus de saisie effectué ainsi qu'à l'objet de l'instruction, la sélection des données doit se faire sur la base de bonnes pratiques qui rencontrent lesdites exigences » ; que, « quant aux données qui entrent dans le champ de l'ordre de mission ('in scope'), il y a lieu de les délimiter en fonction de ce que cet ordre indique comme faits à avérer », et que « l'application des principes de précision, d'adéquation et de proportionnalité [...] requiert que l'utilisation d'un mot-clé puisse raisonnablement justifier l'attente que la sélection de données obtenue présente un lien pertinent avec l'objet de la perquisition ».

En formulant ensuite « les bonnes pratiques à retenir », l'arrêt ne statue pas par voie de disposition générale et réglementaire mais déduit les exigences concrètes propres à la cause des principes qu'il tient pour applicables à la matière.

Le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli.

Quant à la deuxième branche :

La contradiction dénoncée par le moyen, en cette branche, suppose l'interprétation des dispositions légales dont l'arrêt attaqué fait application.

Pareil grief est étranger à l'article 149 de la Constitution, dont le moyen, en cette branche, invoque seul la violation.

Le moyen, en cette branche, est irrecevable.

Quant à la troisième branche :

Le moyen, qui, en cette branche, s'érige contre l'appréciation de la cour d'appel, qui gît en fait, que les bonnes pratiques qu'énonce l'arrêt attaqué supposent que « la sélection obtenue sur la base d'un mot-clé [soit] corroborée par la sélection sur la base d'au moins un second mot-clé, que ce soit par le procédé de sélections successives ou combinées », et que « la pertinence des sélections obtenues [soit] vérifiée sur la base de contrôles d'échantillons pris sur une échelle statistiquement justifiée », est, comme le soutient la défenderesse, irrecevable.

Quant à la quatrième branche :

Contrairement à ce que suppose le moyen, en cette branche, l'arrêt attaqué n'applique pas l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle mais, après avoir constaté que « des normes relatives au traitement et [au] dépouillement des données [informatiques] font défaut », s'inspire de cette disposition légale pour déterminer les principes dont il déduit les bonnes pratiques à observer en l'espèce.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

Il n'y a pas lieu d'examiner la seconde branche du quatrième moyen, qui ne saurait entraîner une cassation plus étendue.

Et le demandeur a intérêt à ce que l'arrêt soit déclaré commun à la partie appelée à la cause devant la Cour à cette fin.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué en tant qu'il décide que l'instruction ne peut s'étendre à des faits antérieurs de plus de cinq ans à la saisine du demandeur visée à l'article 44, § 1^{er}, de la loi sur la protection de la concurrence économique et qu'il statue sur les dépens ;

Rejette le pourvoi pour le surplus ;

Déclare le présent arrêt commun à l'Institut des juristes d'entreprise ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Condamne les demandeurs aux trois quarts des dépens ; en réserve le surplus pour qu'il soit statué sur celui-ci par le juge du fond ;

Renvoie la cause, ainsi limitée, devant la cour d'appel de Bruxelles, autrement composée.

Les dépens taxés à la somme de trois cent quinze euros cinquante-cinq centimes envers les parties demanderesses, à la somme de deux cent onze euros cinq centimes envers la partie défenderesse et à la somme de trois cent quarante-huit euros quarante-six centimes envers la partie appelée en déclaration d'arrêt commun.

Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Christian Storck, le conseiller Didier Batselé, le président de section Albert Fettweis, les conseillers Martine Regout et Marie-Claire Ernotte, et prononcé en audience publique du vingt-deux janvier deux mille quinze par le président de section Christian Storck, en présence de l'avocat général Damien Vandermeersch, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.

P. De Wadripont

M.-Cl. Ernotte

M. Regout

22 JANVIER 2015

C.13.0532.F/59

A. Fettweis

D. Batselé

Chr. Storck