

numéro de répertoire 2020/ 6817
date de la prononciation 07/10/2020
numéros de rôle 2009/MR/3 2009/MR/4 2009/MR/5 2009/MR/6 2009/MR/7 2009/MR/8

expédition

délivrée à	délivrée à	délivrée à
le € BUR	le € BUR	le € BUR

ne pas présenter à l'inspecteur

Arrêt interlocutoire

Cour d'appel

Bruxelles

Section Cour des marchés 19^{ème} chambre A

Arrêt

présenté le
ne pas enregistrer

COVER 01-00001756216-0001-0032-05-01-1



EN CAUSE DE:

PROXIMUS SA, BCE 0202.239.951, dont le siège social est établi à 1030 BRUXELLES, Boulevard du Roi Albert II 27,
partie requérante,

représentée par Me. VAN LIEDEKERKE Dirk, ALDERWEIRELDT Romain, FROIDMONT Joëlle et VAN LIERDE Matthieu, avocats à 1170 Bruxelles, Chaussée de la Hulpe 178.

CONTRE:

L'**AUTORITE BELGE DE LA CONCURRENCE**, personne morale de droit public, BCE 0535.765.741, dont le siège social est établi à 1210 BRUXELLES, Rue du Progrès 50,
partie adverse,

représentée par Me. DE BANDT Pierre, GHERGHINARU Raluca, PANEPINTO Ludovic et BINET Chloé, avocats à 1040 BRUXELLES, Avenue de l'Yser 19.

EN PRESENCE DE:

L'**ÉTAT BELGE**, représenté par son Ministre de l'Economie en la personne de DERMAGNE Pierre-Yves, succédant à MUYLLE Nathalie, ayant son cabinet rue Ducale 61, 1000 BRUXELLES,
Partie intervenant volontairement,

Représentée par Me. TUYTSCHAEVER Filip, ENGELEN Sébastien et QUINTART Emmanuelle, avocats à 1930 Zaventem, Minervastraat 5.

** ** *



Vu les pièces de la procédure, et notamment:

- la décision du Conseil de la Concurrence n°2009-P/K-10 du 26 mai 2009, rendue dans l'affaire CONC-P/K-05/0065;
- la requête en annulation de cette décision déposée par Proximus le 24 juin 2009;
- l'arrêt interlocutoire de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 septembre 2009;
- l'arrêt interlocutoire de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 mai 2010;
- l'arrêt rectificatif de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 juin 2010;
- l'arrêt interlocutoire de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 mai 2012;
- l'arrêt interlocutoire de la Cour d'appel de Bruxelles du 28 juin 2013;
- l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2013 (H.13.0001.F);
- la requête en intervention volontaire de l'Etat belge du 20 novembre 2018;
- l'arrêt interlocutoire de la Cour des marchés du 9 octobre 2019;
- les conclusions de synthèse déposées par Proximus le 22 juin 2020;
- les conclusions de synthèse déposées par l'ABC le 13 juillet 2020;
- les conclusions de synthèse déposées par le ministre le 28 juillet 2020;

Entendu les conseils des parties à l'audience publique du 9 septembre 2020.



I. LE CONTEXTE FACTUEL, LA DECISION INTERLOCUTOIRE DE LA COUR DES MARCHES ET L'OBJET LIMITE DU PRESENT LITIGE

1.

A la suite d'une plainte déposée, le 7 octobre 2005, par la société anonyme Base auprès du Conseil de la concurrence, une instruction a été ouverte par le Service de la concurrence du Ministère des Affaires économiques (ci-après le « **Service** ») afin d'examiner si Proximus (à l'époque Belgacom Mobile) avait adopté des pratiques contraires à l'article 102 TFUE (à l'époque article 82 CE) et à la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1^{er} juillet 1999 (ci-après la « **LPCE 1999** ») en adoptant, notamment, une stratégie commerciale caractérisée par un amenuisement de marges (ciseau tarifaire ou *pricing squeeze*), comme Base l'invoquait dans sa plainte.

2.

Il y a lieu de rappeler que, dès le début de l'instruction, Proximus était soupçonnée d'abuser de sa position dominante au travers d'une pratique de prix ciseaux. La plainte déposée par Base le 7 octobre 2005, qui est à l'origine de cette instruction, suggérait en effet que l'exclusion de Base du marché de la fourniture de services de téléphone mobile aux clients professionnels résultait notamment de « *la mise en place d'un price squeeze (« prix ciseaux »)*¹ ».

3.

Cette pratique était également déjà mentionnée dans l'ordre de mission délivré par le Corps des rapporteurs² ainsi que dans la première demande de renseignements du 20 juin 2006³. Proximus était donc au courant du fait qu'elle était suspectée (notamment) de ce type de pratiques anticoncurrentielles.

4.

La méthode utilisée et les données qui sont requises pour établir l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire sont bien connues, y compris de Proximus, et sont clairement rappelées dans le Rapport motivé et dans la Décision attaquée. Cette méthode consiste à comparer les prix de gros (dans ce cas-ci les prix de gros relatifs à la terminaison d'appel sur le réseau Proximus) sur le marché en amont avec les prix des services de détail correspondant facturés

¹ Voir Plainte, pp. 2 et 97 à 99 (première pièce du dossier d'instruction déposé par l'ABC).

² Pièce I.1 du dossier de l'ABC.

³ Pièce I.7 du dossier de l'ABC.



par Proximus et de vérifier si les activités de cette dernière seraient rentables et ne produiraient pas un amenuisement de ses marges bénéficiaires sur le marché en aval concerné si elle devait s'acquitter des mêmes coûts d'accès que les opérateurs alternatifs sur le marché en aval.

5.

Cette affaire concerne dès lors un recours en annulation dirigé contre la décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009 prononcée par le Conseil de la concurrence dans l'affaire CONC-P/K-05/0065 (ci-après la « **Décision** »). Dans la Décision, l'Autorité (à l'époque le Conseil de la concurrence, 'l'ABC') a constaté que Proximus avait commis un abus de position dominante, sous forme d'une pratique d'amenuisement des marges (également qualifiée de pratique de « ciseaux tarifaires »), et lui a infligé une amende administrative de 66,3 millions d'euros (ci-après l'« **Amende** »).

6.

La Cour constate que Proximus relate de manière détaillée les faits dans ses conclusions de synthèse et que l'Autorité les décrit de manière plus concise dans ses conclusions de synthèse.

7.

La Cour se limite à faire quelques observations relatives au contexte factuel qu'elle a déjà résumé dans son arrêt interlocutoire du 9 octobre 2019 auquel elle se réfère.

8.

Le centre de gravité des griefs de Proximus au stade actuel du dossier concerne la prétendue **illégalité** de la perquisition menée par le Corps des rapporteurs le 19 janvier 2006 (ci-après la « **Perquisition** ») organisée en application de la **LPCE 1999**. Par arrêt interlocutoire du 9 octobre 2019 la Cour a décidé comme suit:

« Prononce l'exclusion totale des données recueillies pendant la perquisition du 19 janvier 2006 du dossier d'instruction ;

Ordonne aux parties de mettre la cause en état en fonction des conséquences de l'exclusion totale des données recueillies pendant la perquisition du dossier d'instruction sur la validité de la Décision attaquée ;



Dit l'intervention volontaire de L'ÉTAT BELGE, représenté par son Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur, de la Lutte contre la pauvreté, de l'Égalité des chances et des Personnes handicapées recevable ;

Rouvrir les débats à l'audience de la Cour des marchés du 13 novembre 2019 à 9.30 heures afin de dresser un calendrier pour la mise en état de la cause sur le fond en fonction de l'exclusion totale des données recueillies pendant la perquisition du dossier d'instruction mais permettant aux parties de conclure sur la validité ou l'annulation de la Décision attaquée en faisant abstraction totale de la perquisition du 19 janvier 2006 et de tous les éléments de preuve obtenus lors de cette perquisition ; »

9.

La Cour a dûment informé les parties qu'au stade actuel du dossier, le débat est limité aux conséquences juridiques de l'illégalité de la Perquisition. L'objet de la présente mise en état est précisément d'examiner, *in concreto*, si les motifs de la Décision – et, le cas échéant, les parties du Rapport motivé sur lesquelles cette Décision se fonde – reposent sur des éléments suffisants qui ne sont pas liés à la Perquisition.

10.

L'ensemble des éléments saisis lors de la Perquisition illégale peuvent facilement être identifiés sur la base de l'inventaire accompagnant le Rapport Motivé de l'Auditeur du 21 avril 2008. Il s'agit des différentes pièces reprises au DOC N° 5 du dossier d'instruction, qui se divise en 33 annexes (correspondant aux pages 15 à 3.108 du dossier d'instruction, en ce compris certains fichiers électroniques outre un volume plus qu'impressionnant de documents copiés en version papier) comme cela ressort de l'extrait de l'inventaire reproduit ci-dessous:



5.	Pièces saisies			
	Annexe 1	DOC. CW 1-37	15-215	B
	Annexe 2	DOC. DW. 1-54	216-409	B
	Annexe 3	DOC. KDV 1-5	410-494	B
	Annexe 4	DOC. CC 1-14	495-591	B
	Annexe 5	DOC. MS 1-4	592-635	B
	Annexe 6	DOC. MS 1-4 (bis)	636-663	B
	Annexe 7	DOC. WV 7-10	664-718bis	B
	Annexe 8	DOC. JL 2-11	719-758	B
	Annexe 9	DOC. ES 1-5	759-796	B
	Annexe 10	DOC. LV 1-22	797-856	B
	Annexe 11	DOC. CC 1-2	(DVD)	B
	Annexe 12	DOC. CLB	(DVD)	B
	Annexe 16	DOC. HS 1-7	859-1041	B
	Annexe 17	DOC. HS 8-13	1042-1070	B
	Annexe 18	DOC. HS 20-22	1071-1079	B
	Annexe 19	DOC. NG 1-76	1080-1305	B
	Annexe 20	DOC. AB 1-6	1306-1318	B
	Annexe 21	DOC. JL 1	1319-1321	B
	Annexe 22	DOC. TH 1-53	1322-1507	B
	Annexe 23	DOC. TB 1-10	1508-1707	B
	Annexe 24	DOC. JC 1-30	1708-1861	B
	Annexe 25	DOC. JC 31-43	1862-2056	B
	Annexe 26	DOC. GM 1-32	2057-2483	B
	Annexe 27	DOC. SVG 1-4	2484-2492	B
	Annexe 28	DOC. JL 2-8	2493-2537	B
	Annexe 29	DOC. DAM 1-20	2538-2676	B
	Annexe 30	DOC. DAM 1	2677-2687	B
	Annexe 31	DOC. TB 11-14	2688-2796	B
	Annexe 32	DOC. MM 1-51	2797-3068	B
	Annexe 33	DOC. AF 1-8	3069-3108	B

Toute section ou tout passage du Rapport Motivé ou de la Décision qui contiendraient des références explicites à une annexe du DOC N° 5 doivent donc nécessairement être considérés comme étant fondés sur des éléments issus de la perquisition illégale, devant être totalement exclus. Cet élément n'est plus sérieusement contesté après l'arrêt interlocutoire de la Cour (qui ne fait pas l'objet d'un pourvoi en cassation).

III. LE CADRE JURIDIQUE

1.

La Décision constate et condamne un abus de position dominante contraire tant au **droit national de la concurrence** (article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 15 septembre 2006 (ci-après la « **LPCE 2006** »)) qu'au **droit européen de la concurrence** (article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « **TFUE** »), ex-article 82 du traité instituant la Communauté européenne (ci-après « **TCE** »)).

2.

Les perquisitions sont prévues par le Code d'instruction criminelle, qui est la loi organisant les procédures touchant aux recherches et aux poursuites en matière pénale. Cette matière est également régie par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, l'article 15 de la Constitution prévoit l'inviolabilité du domicile. Outre la loi, la Cour



européenne des droits de l'homme a développé une jurisprudence de plus en plus précise au sujet des droits des personnes (soit les personnes physiques, soit les personnes morales) qui font l'objet d'une perquisition. Un arrêt du 2 avril 2015, dans l'affaire VINCI Construction et Gtm génie civil et services contre la France, vient la compléter. Les perquisitions sont, en effet, des ingérences des États dans la vie privée des particuliers. A ce titre, elles doivent respecter différentes conditions afin de ne pas aboutir à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il faut en tous les cas qu'un inventaire précis de ce qui a été saisi soit dressé (ce qui semble être le cas). Cet inventaire permet à la défense de la personne concernée de vérifier si les limites de la perquisition n'ont pas été dépassées. La Cour prévoit aussi que, si la saisie est invalidée, le document doit être restitué, ou la copie numérique doit être effacée.

3.

L'invalidité de la Perquisition n'entraîne pas automatiquement l'annulation totale ou partielle de la Décision. La Cour souligne que cette approche est parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle exige que les données qui ne pouvaient être obtenues par un autre biais qu'une perquisition illégale doivent être retirées du dossier, « pour autant que les griefs pertinents soient étayés par ces données »⁴.

IV. LES DEMANDES ACTUELLES DES PARTIES

1.

Proximus demande à la Cour :

« De faire droit à l'appel principal interjeté par Proximus contre la Décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009 du Conseil de la concurrence rendue dans l'affaire CONC-P/K-05/0065 et dès lors :

Dire l'appel de Proximus, déjà déclaré recevable par les arrêts interlocutoires rendus par Votre Cour le 6 mai 2010 et le 9 octobre 2019, fondé ;

Dès lors,

À titre principal : prononcer l'annulation totale de la Décision n° 2009-P/K-10 du 26 mai 2009 du Conseil de la concurrence rendue dans l'affaire CONC-P/K-05/0065 et ordonner par conséquent le remboursement intégral de l'amende administrative indûment payée le 23 juin 2009 accompagné du paiement des intérêts calculés au taux légal applicable à

⁴ Cass. 26 avril 2018, C.15.0524.N, point 202.



dater du jour du paiement indu de ladite amende administrative et jusqu'au remboursement effectif et complet de l'amende administrative et des intérêts ;

À titre subsidiaire : si par impossible Votre Cour devait considérer que certaines parties de la Décision attaquée ne seraient pas affectées par l'illégalité de la perquisition et pourraient être facilement détachées du reste de la Décision, prononcer l'annulation partielle de cette Décision, s'étendant en tout cas aux passages de la Décision qui reposent sur des données illégalement obtenues (tels qu'identifiés au paragraphe 52 ci-dessus) et ordonner par conséquent le remboursement intégral de l'amende administrative indûment payée le 23 juin 2009 accompagné du paiement des intérêts calculés au taux légal applicable à dater du jour du paiement indu de ladite amende administrative et jusqu'au remboursement effectif et complet de l'amende administrative et des intérêts ;

À titre plus subsidiaire : prononcer à tout le moins l'annulation partielle de cette Décision en ce qu'elle constate une infraction au droit de la concurrence dans le chef de BMB et ordonner par conséquent le remboursement intégral de l'amende administrative indûment payée le 23 juin 2009 accompagné du paiement des intérêts calculés au taux légal applicable à dater du jour du paiement indu de ladite amende administrative et jusqu'au remboursement effectif et complet de l'amende administrative et des intérêts ;

À titre infiniment subsidiaire : si par impossible Votre Cour ne devait pas être convaincue à la suite de l'examen des Moyens N° 1 et 2 développés dans les présentes conclusions que la Décision attaquée doit être annulée intégralement ou partiellement (à tout le moins en ce qu'elle constate une infraction au droit de la concurrence dans le chef de BMB), ordonner la suite de la mise en état pour examiner les Moyens (procéduraux) N° 3 à 5 et les Moyens N° 6 à 37 développés dans les conclusions déposées par Proximus le 19 novembre 2018, en ayant au préalable ordonné que la Décision soit purgée de l'ensemble des passages que Votre Cour considérera, à la suite de la présente mise en état, comme étant affectés par la mise à l'écart des données découlant de la perquisition illégale. »

2.

L'ABC demande :

- « A titre principal : Dire pour droit que l'illégalité de la perquisition menée dans les locaux de Proximus n'a pas de conséquences sur la motivation ou sur la légalité de la décision attaquée en ce que celle-ci repose sur des données qui ont été ou auraient pu



être obtenues par un autre biais que cette perquisition et, partant, d'ordonner la suite de la mise en état pour examiner les autres moyens invoqués par Proximus ;

- *A titre subsidiaire : Si Votre Cour estime qu'une partie de la décision attaquée serait affectée par l'illégalité de la Perquisition, ordonner la suite de la mise en état, sans ordonner la restitution du montant de l'amende à ce stade ;*
- *A titre plus subsidiaire : Si Votre Cour estime que l'illégalité de la perquisition affecte une partie ou l'ensemble de la décision attaquée et qu'il y a lieu d'ordonner la restitution d'une partie ou la totalité de l'amende, dire pour droit que seule la Caisse des Dépôts et Consignations est tenue de restituer l'amende payée et que, s'agissant des intérêts afférents à cette amende :
 - *A titre principal, que Votre Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur le montant et/ou le taux des intérêts auxquels Proximus pourrait prétendre ;*
 - *A titre subsidiaire, que le taux d'intérêt à appliquer est celui spécifiquement applicable à la Caisse des dépôts et Consignations et que, en tout état de cause, la période pour laquelle il convient de calculer les intérêts doit être réduite de manière à prendre en compte l'inertie procédurale imputable à Proximus ;**
- *En tout état de cause, condamner Proximus aux dépens, y compris l'indemnité de procédure de 1.440 euros. »*

3.

Le Ministre fait valoir :

- « - *Si Votre Cour estime qu'une partie de la Décision est affectée par l'illégalité de la Perquisition et prononce l'annulation partielle de la Décision, ordonner la poursuite de la mise en état de la présente affaire, sans ordonner la restitution du montant de l'Amende à ce stade ;*
- *Si Votre Cour estime que l'intégralité de la Décision est affectée par l'illégalité de la Perquisition et prononce l'annulation de la Décision, dire pour droit que la Caisse des Dépôts et Consignations est tenue de restituer l'Amende payée majorée des intérêts établis en application de la réglementation organique relative à ladite Caisse et ne doit calculer aucun intérêt pour la période d'inertie dont Proximus s'est rendue coupable; »*



V. DISCUSSION

V.1 Résumé des moyens de Proximus:

A. MOYENS RELATIFS AUX CONSÉQUENCES DE L'ILLÉGALITÉ DE LA PERQUISITION SUR LE CONTENU ET LA VALIDITÉ DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

Moyen N° 1: À titre principal, la mise à l'écart des données résultant directement et indirectement de la perquisition illégale conduit à l'annulation totale de la Décision dès lors que cette décision ne repose plus sur des moyens de preuve suffisants pour justifier sa portée et est en tout état de cause dépourvue de toute motivation adéquate et suffisante

Moyen N° 2: À titre subsidiaire, la mise à l'écart des données provenant directement et indirectement de la perquisition illégale conduit à l'annulation partielle de la Décision s'étendant à tout le moins aux parties de la Décision reposant sur des données illégalement obtenues dès lors que ces parties sont dépourvues de fondement factuel et par conséquent également de toute motivation adéquate

B. MOYENS RELATIFS À LA RESTITUTION INTÉGRALE DU MONTANT DE L'AMENDE ET AU PAIEMENT DES INTÉRÊTS Y AFFÉRENTS

Moyen N° 3: La compétence matérielle de Votre Cour pour connaître du présent recours, en application de l'article IV.90 du Code de droit économique, lui confère également compétence pour statuer sur la restitution du montant de l'amende et le paiement des intérêts moratoires y afférents réclamés par Proximus

Moyen N° 4: Proximus est recevable à diriger sa demande de restitution du montant de l'amende et de paiement des intérêts y afférents contre l'ABC et/ou l'État belge, lesquels ont la qualité passive à agir pour en répondre

Moyen N° 5: Proximus est en droit de réclamer des intérêts moratoires au taux d'intérêt légal en application de l'article 1153 du Code civil et/ou de l'article 418 du Code des impôts sur les revenus dès lors que, en vertu de l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation qui serait prononcé par Votre Cour, l'ABC et/ou l'État devraient être considérés comme étant en retard de paiement quant à la restitution du montant de l'amende indûment payée



Moyen N° 6: Aucune inertie procédurale fautive ne saurait être reprochée à Proximus et ne saurait dès lors justifier qu'elle soit privée du paiement d'intérêts de 2014 à 2018

Moyen N° 7: Dans l'hypothèse où la Décision attaquée ne serait pas annulée totalement mais uniquement partiellement en raison de l'illégalité des perquisitions, le montant de l'amende devrait pouvoir être réduit par la Cour en vertu du pouvoir de pleine juridiction dont elle jouit en vertu de l'article IV.90, § 2, du Code de droit économique et une restitution partielle pourrait déjà être ordonnée à ce stade, sans que l'affaire ne doive être renvoyée à l'ABC

V.2 Résumé des moyens de l'ABC

Les moyens de l'ABC sont structurés comme suit:

- **« Premier moyen – à titre principal:** *Il y a lieu de constater que la Perquisition n'était aucunement indispensable pour établir l'abus commis par Proximus sur le marché de la téléphonie mobile consistant en une pratique de ciseau tarifaire. Il ressort en effet clairement de la Décision attaquée que la définition du marché pertinent et le constat de la position dominante de Proximus sur ce marché reposent sur d'autres données que celles recueillies au cours de la Perquisition. Par ailleurs, au regard de l'abus retenu par le Conseil dans la Décision attaquée et des données requises pour établir l'existence d'un tel abus, il est manifeste que, pour l'année 2004, l'infraction aurait pu être établie sur la base de données obtenues par un autre biais que la Perquisition et que, pour l'année 2005, cette infraction a effectivement été établie sur la base de données recueillies par un autre biais que la Perquisition.*
- **Deuxième moyen – à titre subsidiaire:** *A supposer que Votre Cour estime que les données relatives aux coûts de Proximus pour l'année 2004, extraites des fichiers saisis lors de la Perquisition, n'auraient pas pu être obtenues par un autre biais que la Perquisition, cette conclusion n'affecterait aucunement la validité de la Décision attaquée en ce qu'elle constate l'existence d'un abus de position dominante pour l'année 2005. En effet, les données utilisées aux fins de constater une telle infraction ne sont pas issues des logiciels saisis mais ont été communiquées par Proximus à la suite de demandes de renseignements. Ces demandes, qui portaient sur d'autres données que celles recueillies au cours de la Perquisition, et visaient une autre année de la*



période concernée par l'infraction, ne sauraient raisonnablement être considérées comme résultant de la Perquisition.

- **Troisième moyen :** *Il n'y a pas lieu d'ordonner la restitution (de tout ou partie) du montant de l'amende et/ou d'intérêts y afférents. Cela est évident dans la mesure où l'Arrêt interlocutoire n'a aucun impact sur la validité de la Décision attaquée (première branche). À supposer que Votre Cour estime cependant qu'il résulte de l'Arrêt interlocutoire que le constat d'infraction ne peut être maintenu que pour l'année 2005, il n'y aurait pas non plus lieu de procéder à une quelconque restitution. En effet, recalculer l'amende est impossible à ce stade, dès lors qu'il convient encore d'examiner l'ensemble des moyens de Proximus ayant un impact sur les facteurs à prendre en compte dans le cadre de ce calcul (deuxième branche). Dans l'hypothèse où Votre Cour estimerait qu'il convient néanmoins d'ordonner la restitution (de tout ou partie) du montant de l'amende, Votre Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur le montant (et le taux) des intérêts y afférents (troisième branche). En tout état de cause, à supposer qu'elle se prononce à ce sujet, Votre Cour devra dire pour droit que le taux d'intérêts applicable est celui visé par l'arrêté ministériel du 13 octobre 2016 fixant le taux d'intérêt applicable aux consignations, aux dépôts et aux cautionnements confiés à la Caisse des Dépôts et Consignations (quatrième branche). Par ailleurs, si Votre Cour se prononce sur le montant (et la taux) des intérêts, il y aura lieu de constater que Proximus ne peut prétendre à des intérêts afférents au montant de l'amende à restituer à tout le moins pour la période entre le 20 décembre 2013 et le 9 octobre 2018 en raison de son inertie procédurale (cinquième branche). Enfin, l'ABC rappelle, pour autant que de besoin, qu'aucun ordre de restitution ne peut lui être adressé car elle ne perçoit pas le montant des amendes (sixième branche). »*

V.3 Résumé des moyens de le Ministre :

A. PREMIER MOYEN: SI VOTRE COUR ESTIME QUE L'INFRACTION CONSTATEE N'EST QUE PARTIELLEMENT ETABLIE SUITE A L'EXCLUSION TOTALE DES DONNEES RECUEILLIES PENDANT LA PERQUISITION DU DOSSIER D'INSTRUCTION, IL N'Y A PAS LIEU, A CE STADE, D'ORDONNER LA RESTITUTION (MEME PARTIELLE) DE L'AMENDE

La Ministre soutient la deuxième branche du troisième moyen soulevé par l'Autorité³.

L'Autorité y défend à juste titre que si Votre Cour estime que l'infraction constatée n'est plus que partiellement établie suite à l'exclusion totale des données recueillies pendant la



Perquisition du dossier d'instruction, il n'y aurait pas lieu, à ce stade, d'ordonner la restitution (même partielle) de l'Amende.

En effet, dans cette hypothèse, l'infraction constatée subsisterait – certes sous une étendue réduite – au terme de la première mise en état ordonnée par Votre Cour. Votre Cour devrait dès lors nécessairement analyser les autres moyens invoqués par Proximus, avant de pouvoir décider du bien-fondé de l'infraction demeurant établie et, le cas échéant, adapter, à la lumière de ceux-ci, le montant de l'amende due, ou renvoyer l'affaire à l'Autorité aux fins de recalculer le montant de l'amende.

La Ministre soutient l'argument développé par l'Autorité⁴ en réponse à la demande de Proximus (non intégrée dans son dispositif) d'obtenir le remboursement de la somme de 15.300.000 euros.

La Ministre invite par conséquent Votre Cour, à supposer qu'elle estime qu'une partie de la Décision est affectée par l'illégalité de la Perquisition et qu'elle prononce l'annulation partielle de la Décision, à ordonner la poursuite de la mise en état, sans ordonner la restitution du montant de l'Amende à ce stade.

B. SECOND MOYEN : LE TAUX DES INTERETS QUI DOIVENT, LE CAS ECHEANT, ETRE PAYES A PROXIMUS DOIT ETRE DETERMINE PAR LA CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS, CONFORMEMENT A LA LEGISLATION ORGANIQUE RELATIVE A LA CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS, ET LA PERIODE SUR LAQUELLE LA CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS DEVRAIT, LE CAS ECHEANT, CALCULER DES INTERETS DOIT ETRE REDUITE DE MANIERE A PRENDRE EN COMPTE L'INERTIE PROCEDURALE IMPUTABLE A PROXIMUS

La Ministre soutient la quatrième branche du troisième moyen soulevé par l'Autorité⁵ par le biais de ce second moyen, structuré en deux branches :

- *Elle sollicite premièrement de Votre Cour qu'elle déclare que le taux d'intérêt spécifique à la Caisse des Dépôts et Consignations (ci-après, la « CDC ») constitue le seul taux d'intérêt dont Proximus devrait, le cas échéant, bénéficier en cas d'annulation de la Décision (1^{ère} branche du second moyen) ;*
- *Elle invite deuxièmement Votre Cour à indiquer, dans l'hypothèse du prononcé d'un arrêt d'annulation, que la période à prendre en compte pour le calcul des intérêts dus à Proximus doit être réduite à concurrence de l'inertie de Proximus dans la présente procédure (2^{ème} branche du second moyen).*



V.4 Discussion et appréciation par la Cour

1. Principes directeurs

a. Sur l'approche en droit de la concurrence: le ciseau tarifaire comme un abus de position dominante

1.

Les stratégies de compression des marges recouvrent des pratiques abusives mises en œuvre par des opérateurs dominants verticalement intégrés, visant à évincer leurs concurrents du marché ou du moins à les discipliner en érodant artificiellement leurs marges bénéficiaires. Les stratégies de compression de marge, parfois appelées stratégies de ciseau tarifaire ou stratégies d'étranglement des marges, figuraient dans les orientations de la Commission sur l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction mises en œuvre par les opérateurs dominants, dans la même catégorie que les refus de vente (Communication Comm. CE, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE 24 févr. 2009, n° C 45). Pour la Commission européenne, de telles stratégies aboutissent à annihiler les marges bénéficiaires des concurrents ou du moins à les maintenir à des niveaux trop faibles pour leur permettre d'entrer en concurrence avec eux sur les marchés en aval ou de s'y maintenir. Ainsi, « une marge insuffisante entre les prix des prestations intermédiaires et les prix de détail d'un opérateur verticalement intégré, occupant une position dominante, constitue plus particulièrement un comportement anticoncurrentiel, dès lors que d'autres opérateurs s'en trouvent écartés de la concurrence sur le marché en aval, même s'ils sont au moins aussi efficaces que l'opérateur historique » (Déc. Comm. CE, 21 mai 2003, aff. n° 2003/707/CE, Deutsche Telekom, pt. 106).

2.

Une pratique de ciseaux tarifaires ne sera dès lors constitutive d'un abus au sens de l'article 102 TFUE ou de l'article 3 de la LPCE que lorsque cette pratique génère un effet de forclusion, c'est-à-dire conduit à l'élimination de concurrents efficaces sur le marché en aval de nature à affecter le consommateur final.

Pour que la pratique de ciseaux tarifaires puisse constituer un abus, trois conditions cumulatives doivent être remplies:



1. L'entreprise verticalement intégrée doit détenir une position dominante sur le marché en amont de nature telle que les concurrents sur le marché de détail soient dépendants de ce fournisseur de produits de gros 'essentiels'.
2. Il faut que la structure tarifaire adoptée par cette entreprise se caractérise par un effet de ciseaux tarifaires.
3. Il faut que cet effet de ciseaux tarifaires soit de nature à créer un effet d'éviction sur le marché en aval.

Enfin, comme pour tout abus allégué de position dominante, l'autorité de concurrence examine si l'entreprise dominante mise en cause justifie son comportement, soit que celui-ci soit objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels (efficiency defence) qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs.

4.

Il y a lieu de rappeler que, dans la Décision, le Conseil a constaté que Proximus avait abusé, en 2004 et 2005, de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en adoptant une pratique d'amenuisement des marges dans le cadre d'une stratégie commerciale ciblant une partie de la clientèle professionnelle (Section VII, sous-section 7.2.3 de la Décision). Le Conseil n'a toutefois pas retenu les autres griefs invoqués par la plaignante Base et par l'Auditeur à l'encontre de Proximus dans le Rapport motivé, à savoir les griefs concernant les rabais (section VII, sous-section 7.1 de la Décision), les tarifs non équitables et discriminatoires (Section VII, sous-section 7.2.2 de la Décision) et la discrimination entre les appels on-net et off-net (Section VII, sous-section 7.2.4 de la Décision). La Cour estime qu'il n'y a pas lieu, dans le cadre de la présente mise en état, d'examiner si les autres parties de la Décision, relatives à des griefs non retenus par le Conseil, reposent ou non exclusivement sur des éléments de preuve recueillis au cours de la Perquisition ni, partant, de répondre aux arguments avancés concernant ces parties de la Décision.

5.

Alors que la (première) condition de dominance de Proximus sur le marché amont ne pose pas vraiment question, le lien entre cette position de dominance et le caractère 'essentiel' ou de dépendance des concurrents sur le marché aval à l'égard de la fourniture de ces inputs par l'entreprise verticalement intégrée a généré de nombreuses discussions parmi les parties. Dans la Décision, le Conseil précise explicitement que les services de terminaison de



gros ont le caractère d'un input essentiel pour les concurrents de Proximus sur le marché aval (paragraphe 262 de la Décision).

6.

La deuxième condition a aussi suscité de nombreuses discussions quant à la méthodologie appropriée pour détecter l'existence de compression de marge. Ces discussions – relativement techniques – portent sur la question de savoir comment établir l'existence de ciseaux tarifaires, c'est-à-dire un écart entre prix de détail et prix de gros qui ne permet pas à un concurrent aussi efficient de couvrir ses coûts sur le marché de détail. La présente affaire porte sur un marché mûr et c'est dès lors la méthode d'application du test période (2004) par période (2005) qui a été retenue.

7.

Le troisième point concerne la question de savoir si un niveau de marge négatif sur le marché aval, donc après prise en compte des coûts de détail (coûts de commercialisation), génère par nature des effets de forclusion. Dans la présente affaire, la marge calculée, avec prise en compte d'un éventail très large de coûts de détail, était tellement négative que l'effet de forclusion est présumé (paragraphe 296, 300, 306, 309, 310 et 313 de la Décision).

8.

Il ressort clairement de la Décision que la définition du marché pertinent et le constat de la position dominante de Proximus sur ce marché reposent sur d'autres données que celles recueillies au cours de la Perquisition. La Cour constate que, dans ses conclusions, Proximus tente injustement d'extrapoler les conséquences que pourrait avoir l'Arrêt interlocutoire sur le contenu de la Décision, en remettant en cause des parties, voire des mots, utilisés dans cette Décision qui ne sauraient raisonnablement être affectés par le constat de l'illégalité de la Perquisition.

b. Sur la provenance des données utilisées: test à appliquer

9.

Contrairement à ce que soutient Proximus, notamment au point 6 de ses conclusions de synthèse, toute référence au « dossier » dans la Décision, de même que toute analyse ou affirmation qui renvoie directement ou indirectement au « dossier », ne doit pas être écartée. En effet, rien ne permet de considérer que la mention du « dossier » ou un renvoi au « dossier » constitue une référence à des pièces du dossier issues de la Perquisition. Comme Proximus l'a souligné dans ses conclusions, le dossier comprend un grand nombre de pièces, dont la majorité ne présente aucun lien avec la Perquisition. L'objet de la présente



mise en état est précisément pour l'ABC d'identifier les éléments contenus dans ce dossier (qui auraient pu être) obtenus par un autre biais que la Perquisition et qui justifient à suffisance de droit la portée de la Décision.

10.

Les arrêts de la Cour des 18 février 2015 (TUI point 61) et 9 juillet 2015 (PSA points 42, 43, 44 et 50) décrivent un mécanisme qui permet de tenter de « purger » les communications des griefs des données provenant de perquisitions irrégulières pour espérer pouvoir ensuite adopter des décisions qui ne soient pas contaminées par les irrégularités de la perquisition. On lit aux points 43 et 44 de l'arrêt PSA (Bruxelles 9 juillet 2015, 2014/MR/1, p. 29) que:

« 43. Dans la mesure où les données utilisées dans le cadre de l'enquête découlent directement du résultat d'une perquisition illégale, il est inévitable que l'enquête doive être purgée. Dans ce cas, un lien de causalité est en effet établi.

44. Dans la mesure où ces données ne découlent pas directement du résultat d'une perquisition illégale, la Cour d'appel doit vérifier par un test approprié si un tel lien de causalité n'a pas été rompu, c'est-à-dire si la perquisition illégale était indispensable pour accéder à ces données » (traduction libre).

11.

Le mécanisme de purge prévu par la Cour repose sur deux questions successives:

1) Quelle est la provenance des données utilisées?

- Il faut distinguer les données provenant « directement » de la perquisition qui sont les données recueillies au cours de la perquisition des données provenant « indirectement » de la perquisition qui sont, typiquement, des données résultant de la perquisition.
- En fonction de cette distinction, trois hypothèses émergent:

Si les données utilisées:

1. Ne proviennent pas directement ou indirectement de la perquisition: elles peuvent être conservées;
2. Proviennent bien directement de la perquisition: elles ne peuvent pas être utilisées et doivent être écartées;
3. Proviennent bien indirectement de la perquisition alors il faut répondre à une seconde question.



- 2) La perquisition était-elle indispensable pour accéder aux données collectées indirectement qui ont été utilisées ?
- Si la perquisition n'était pas indispensable et que les mêmes données auraient pu être collectées d'une autre manière, alors les données utilisées peuvent être conservées.
 - Si la perquisition était indispensable et que les mêmes données n'auraient pas pu être collectées d'une autre manière, alors les données utilisées ne peuvent pas être conservées. Dans ce dernier cas, les données doivent être complètement et définitivement écartées de l'instruction et elles ne peuvent en aucun cas servir de fondement à une communication des griefs et encore moins, comme en l'espèce, à une décision ultérieure.

12.

Contrairement à ce que soutient l'ABC, l'examen doit uniquement se faire au regard des **éléments de preuve identifiés dans la Décision**: il ne saurait bien entendu être question, une fois la Décision « purgée » de toute référence à des données collectées lors de la Perquisition, de tenter d'en justifier la validité en se référant à d'autres éléments de preuve que ceux qui subsisteraient encore dans la Décision à la suite de la « purge ». L'examen de la validité de la Décision « purgée » ne peut nécessairement se faire qu'au regard des éléments de preuve identifiés dans la Décision et qui ne sont pas affectés par la « purge des données ». Ce constat ressort clairement de l'arrêt interlocutoire du 9 octobre 2019, dans lequel la Cour indique que le redressement approprié requis par la jurisprudence consistera en l'annulation totale de la Décision si, à la suite de la mise à l'écart des données provenant de la Perquisition, « [cette Décision] ne repose plus sur des moyens de preuve suffisants pour justifier sa portée ». La Cour a déjà décidé qu'elle ne fera pas usage de son pouvoir de pleine juridiction. Il n'est, dès lors, plus possible de tenter de construire une nouvelle argumentation sur la base de (prétendus) éléments de preuve qui ne sont pas identifiés dans la Décision.

2. Application en l'espèce

a. Extraits pertinents de la version publique de la Décision

« 306. Le Conseil constate donc l'existence d'un ciseau tarifaire pour les années 2004 et 2005. Les marges sont largement négatives. Un tel ciseau tarifaire constitue une infraction à l'article 3 LPCE et l'article 82 du Traité CE.



248. Les valeurs qui sont utilisées pour déterminer les coûts et les revenus décrits dans le rapport sont issues de données saisies durant la perquisition dans les locaux de BMB ou fournies par cette dernière dans le cadre des demandes de renseignements du Service.

281. Les coûts de la collecte d'appel utilisé par l'auditeur sont les coûts réels, issus de données saisies durant la perquisition dans les locaux de Belgacom Mobile ou fournis par cette dernière dans le cadre de demandes de renseignements émanant du Service de la concurrence visant à pouvoir disposer de l'outil similaire à la Profit Calculator Database pour les années 2002, 2003 et 2005, même si, techniquement, il n'y a pas de raison que les coûts de collecte d'appel soient sensiblement différents de ceux de la terminaison d'appel étant donné que ces deux services utilisent la même infrastructure. Le fait d'utiliser des coûts réels (et pas simplement multiplier les M.T.R.) est en faveur de BMB vu que selon ses propres estimations, ses coûts de collecte d'appel sont extrêmement bas. Il est justifié de prendre en compte aussi des coûts dits de « spare capacity », qu'un opérateur supporte afin de continuer à garantir ses services si un pic inhabituel d'utilisation de son réseau apparaît.

297. Pour l'année 2005, le rapport tient compte de certaines données relatives à un total de [...] « lignes » reprises dans un fichier fourni par BMB en réponse aux demandes de renseignements qui lui ont été adressées. Selon le rapport, il s'agit de « l'entièreté de la base de clientèle corporate ».

300. La conclusion ne peut être que la marge était également largement négative en se situant en tout cas entre [...] % et [...] %. Pour l'année 2005, BMB s'est à nouveau rendue coupable d'un ciseau tarifaire ».

b. Les données utilisées pour constater l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2004

13.

Selon Proximus, les données utilisées pour constater l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2004 sont issues directement de la Perquisition – en ce qu'elles ont été extraites des fichiers « Corporate Profitability Calculator » et « Customer Profitability Data Base », saisis au cours de cette Perquisition – et ces données n'auraient jamais fait partie du dossier si cette Perquisition n'avait pas eu lieu. Proximus estime en effet qu'aucune autre méthode d'instruction n'aurait permis d'avoir accès à de telles données.



14.

Il n'est pas sérieusement contesté ou contestable que :

- les fichiers « *Corporate Profitability Calculator* » et « *Customer Profitability Data Base* », ont été saisis au cours de la Perquisition. L'ABC admet dans ses conclusions que : « *Il y a lieu de rappeler que, afin d'évaluer l'existence d'une pratique d'amenuisement des marges, l'Auditeur a extrait des logiciels « Corporate Profitability Calculator » et « Customer Profitability Data Base », saisis lors de la Perquisition, les données relatives aux coûts de Proximus. Il a ensuite établi son propre modèle de coûts, lequel a été alimenté des données de coûts et revenus réels obtenus de Proximus, afin d'opérer les calculs des marges de Proximus* » (Paragraphes 126 et suivants, conclusions de synthèse de l'Autorité du 13 juillet 2020) ;
- la Décision mentionne explicitement que « *Les valeurs qui sont utilisées pour déterminer les coûts et les revenus décrits dans le rapport sont issues de données saisies durant la perquisition dans les locaux de BMB* ».

15.

Dans le cas d'espèce, l'ABC, qui en a la charge de la preuve, n'établit aucunement que pour l'année 2004 le dossier contient des éléments concrets pour déterminer les coûts et les revenus décrits dans le rapport de l'auditeur, qui ne proviennent pas **directement ou indirectement** de la clé USB saisie dans les locaux de Proximus lors de la Perquisition.

Il doit être rappelé que, conformément aux principes directeurs énoncés ci-dessus, les données qui proviennent de la Perquisition, ne peuvent pas être utilisées et doivent être écartées. Dès lors, les données relatives aux coûts de Proximus en 2004 que l'Auditeur a extrait des logiciels « *Corporate Profitability Calculator* » et « *Customer Profitability Data Base* », saisis lors de la Perquisition doivent être complètement écartées.

16.

Dans le cas d'espèce, les faits reprochés à Proximus pour 2004 n'étant pas établis par l'ABC, la Décision doit être partiellement annulée. La Cour ordonne aussi que, puisque la Perquisition a été invalidée, les documents saisis doivent être restitués et les copies numériques doivent être effacées.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de rejeter le premier moyen de l'ABC ainsi que le premier moyen de Proximus en ce qu'il vise l'annulation totale de la décision attaquée (voir ci-dessous).



c. Les données utilisées pour constater l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005

17.

S'agissant des données utilisées pour l'année 2005, Proximus considère que ces données sont issues indirectement de la Perquisition dans la mesure où elles ont été communiquées en réponse à des demandes de renseignements qui concernaient ces mêmes fichiers (pour l'année 2004) saisis lors de la Perquisition.

18.

Les faits répréhensibles (abus de position dominante) peuvent toutefois être établis sur base de constatations ou déclarations ultérieures pour autant qu'elles soient sans rapport avec la Perquisition.

19.

L'ABC dans son deuxième moyen soulève que la précédente conclusion n'affecte aucunement la validité (partielle) de la Décision en ce qu'elle constate l'existence d'un abus de position dominante pour l'année 2005. En effet, les données utilisées aux fins de constater une telle infraction ne sont pas issues des logiciels saisis mais ont été communiquées par Proximus à la suite de demandes de renseignements. Ces demandes, qui portaient sur d'autres données que celles recueillies au cours de la Perquisition, et visaient une autre année de la période concernée par l'infraction, ne sauraient raisonnablement être considérées comme résultant de la Perquisition.

L'ABC précise que, s'agissant des données pour l'année 2005, l'Auditeur a effectivement obtenu les coûts réels de Proximus par le biais de demandes de renseignements adressées à cette dernière, à savoir les demandes du 14 juin 2007 et du 6 novembre 2007, et non par le biais de la Perquisition.

20.

L'ABC peut en effet recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

21.

Le conseil (externe) de Proximus était présent pendant et après la Perquisition pour rééquilibrer les forces, rappeler à son client ses droits (au silence, au secret des correspondances, etc.) et ses devoirs (coopérer, ne rien détruire...). Ainsi, selon la Cour, la



contribution de Proximus (et donc pas les données saisies lors de la Perquisition) a permis à l'ABC d'établir l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005.

22.

Contrairement à ce que soutient Proximus, il ne saurait être considéré que les données fournies par Proximus en réponse à ces demandes de renseignements résulteraient *indirectement* de la Perquisition.

En effet, le lien ainsi établi par Proximus entre les demandes de renseignements et la Perquisition résulte d'une interprétation excessivement « large » du principe de l'exclusion des données résultant de la Perquisition. Or, selon l'ABC, une telle interprétation est dénuée de tout fondement et ne saurait être retenue sans porter directement atteinte au principe d'effectivité du droit de la concurrence.

23.

A cet égard, il y a lieu de rappeler que l'écartement du dossier de pièces recueillies illégalement au cours d'une perquisition vise notamment à assurer la protection des droits de la défense de l'entreprise poursuivie. Toutefois, la protection effective de ces droits n'exige aucunement que soit remis en cause tout acte subséquent entrepris dans le cadre de la procédure d'instruction. En effet, une telle interprétation irait bien au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les droits de l'entreprise poursuivie et entraverait dès lors de manière disproportionnée **la mise en œuvre effective des règles de concurrence**, et en particulier **les pouvoirs d'instruction des autorités de concurrence**. C'est la raison pour laquelle un lien clair et évident doit être établi entre une perquisition jugée illégale et un acte d'instruction entrepris postérieurement pour pouvoir considérer que ce dernier résulterait de ladite perquisition. En d'autres termes, il doit être établi que cet acte n'aurait jamais pu être pris si la perquisition n'avait pas eu lieu.

Or, en l'espèce, il ne saurait être considéré que les demandes de renseignements visant à obtenir des données relatives à une autre période d'infraction, à savoir l'année 2005, n'auraient pas été formulées si la Perquisition n'avait pas eu lieu. Il y a lieu en effet de rappeler que l'instruction portait sur une pratique de ciseau tarifaire, que les données requises pour effectuer le test de ciseau tarifaire ont pu être identifiées indépendamment de la Perquisition et que la période suspectée d'infraction comprenait également l'année 2005. Il est donc évident que, n'ayant pas pu obtenir lors de la Perquisition les données nécessaires relatives aux coûts pour effectuer le test de ciseau tarifaire pour l'année 2005, dès lors que les logiciels saisis comprenaient uniquement les données pour l'année 2004,



l'Auditeur a nécessairement adressé des demandes de renseignements à Proximus afin d'obtenir les données requises pour l'année 2005.

24.

Par ailleurs, il ressort clairement de la formulation de la cinquième demande de renseignements, visant à obtenir les coûts de Proximus pour l'année 2005, que la question pertinente figurant dans cette demande ne portait aucunement sur des données saisies illégalement mais visait uniquement à obtenir d'autres données, relatives à une autre période d'infraction et pour laquelle aucune donnée n'avait été saisie au cours de la Perquisition. En effet, dans la question 5 posée dans le cadre de la cinquième demande de renseignements, il est fait référence à une réponse fournie par Proximus à une précédente demande de renseignements et dans laquelle Proximus indique que les logiciels saisis pour l'année 2004 « *permettent de justifier économiquement en fonction des données réelles qui y sont utilisées les conditions tarifaires offertes aux clients concernés* ». (...) *Les modèles sont régulièrement mis à jour (en principe, à tout le moins annuellement) afin de tenir compte des évolutions dans l'assiette des différents types de coûts. Les modèles font également l'objet d'un travail d'affinement afin notamment de pouvoir y inclure les coûts sur une base aussi rapprochée que possible du segment en question* ». C'est en se référant et en citant explicitement cette information que le Service a demandé à Proximus de fournir la version mise à jour des modèles pour l'année 2005.

Il est donc clair que la question posée dans le cadre de la cinquième demande de renseignements visait uniquement à obtenir les données actualisées relatives aux coûts de Proximus pour l'année 2005 afin de pouvoir effectuer le test de ciseau tarifaire pour cette autre période de l'infraction et non à obtenir un logiciel ou des informations dont le Service n'aurait pu avoir connaissance en l'absence de la Perquisition. Il y a lieu en effet de rappeler que la fonction dynamique des modèles de coûts de Proximus, utilisés par les commerciaux, n'a pas été utilisée par l'Auditeur. Il n'existe donc aucun lien causal entre la Perquisition et les données recueillies pour l'année 2005.

25.

L'ABC estime à juste titre que cette conclusion ne saurait raisonnablement être remise en cause du simple fait que la question adressée à Proximus aux fins de recueillir les données pour l'année 2005 faisait mention des logiciels « *Corporate Profitability Calculator* » et « *Customer Profitability Database* », saisis lors de la Perquisition.

En effet, le fait que, dans la demande de renseignements, les fichiers saisis soient mentionnés résulte uniquement du fait que le Service savait que les données relatives aux



coûts réels figuraient dans de tels fichiers, comme Proximus l'avait précisé elle-même. En l'absence de la Perquisition, les mêmes demandes auraient ainsi été formulées mais en faisant simplement mention des coûts réels de Proximus et non des fichiers dont ces coûts étaient extraits. Ce n'est donc que la formulation de la demande qui a été affectée par la Perquisition, mais non la substance de celle-ci, dans la mesure où, comme déjà souligné, pour apprécier l'existence de ciseaux tarifaires, les coûts réels auraient nécessairement fait l'objet d'une demande de renseignements.

26.

Dans ces circonstances, l'ABC estime que la mention des fichiers saisis lors de la Perquisition ne saurait suffire pour établir un lien, qui serait clairement artificiel, entre cette Perquisition et les données fournies en réponse aux demandes de renseignements concernant l'année 2005.

27.

Ensuite, l'ABC estime qu'il ne saurait être reproché au Service d'avoir visé dans la demande de renseignements les logiciels saisis lors de la Perquisition dans la mesure où il savait que les données nécessaires pour effectuer le test de ciseau tarifaire étaient reprises dans les bases de données alimentant ces logiciels.

28.

A cet égard, il est utile de rappeler la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle il ne saurait être interdit à une autorité de concurrence d'ouvrir une enquête sur la base d'informations qu'elle a saisies au cours d'une procédure antérieure même si, dans le cadre de cette procédure, les informations saisies ne pouvaient être utilisées⁵. La situation visée par cette jurisprudence est celle où une autorité de concurrence obtient, dans le cadre d'une perquisition, des informations relatives à une infraction qui sont étrangères à l'objet et au but de cette perquisition. Dans une telle situation, il est constant que, afin de préserver les droits de la défense, les informations recueillies ne peuvent être utilisées dans le cadre de la procédure en cours dans la mesure où elles ne font pas partie de l'objet de cette procédure. Toutefois, la Cour de justice estime qu'il ne saurait être interdit à l'autorité de concurrence « d'ouvrir une procédure d'enquête, afin de vérifier l'exactitude ou de compléter des informations dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours d'une vérification antérieure, au cas où ces informations indiqueraient l'existence de comportements contraires aux règles de concurrence du traité. En effet, une telle interdiction irait au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver le secret professionnel et les droits de la défense, et constituerait

⁵ Voir notamment Arrêts du 17 octobre 1989, *Dow Benelux/Commission*, C-85/87, EU:C:1989:379 et du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. / Commission*, C-238/99, EU:C:2002:582.



donc une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission, de de la mission de veiller au respect des règles de concurrence (...) »⁶.

Dans un tel cas, la Cour estime donc que les mêmes documents que ceux obtenus dans le cadre d'une affaire donnée, mais qui ne pouvaient être utilisés dans le cadre de cette affaire, peuvent être légalement demandés dans une autre affaire et utilisés comme preuve⁷. L'autorité de concurrence n'est donc pas tenue d'ignorer les informations dont elle a pris connaissance⁸.

Bien que les circonstances de l'espèce soient différentes de celles visées par la jurisprudence citée ci-dessus, l'ABC estime néanmoins que cette jurisprudence est pertinente dans la mesure où il en résulte que, quand bien même certaines informations recueillies au cours d'une perquisition ne peuvent être utilisées, l'autorité de concurrence n'est pas tenue de faire abstraction de ces informations pour autant que cette prise en compte n'affecte pas les droits de la défense de l'entreprise poursuivie.

29.

Or, en l'espèce, le fait d'avoir tenu compte des données pouvant être extraites des fichiers saisis durant la Perquisition pour formuler la demande de renseignements pour l'année 2005 ne saurait être considéré comme portant atteinte aux droits de la défense de Proximus. En effet, cette demande visait des données relatives à une autre période que celle concernée par les données extraites des fichiers saisis lors de la Perquisition, lesquelles portaient sur l'année 2004. Par conséquent, et par analogie à la jurisprudence citée ci-dessus, il ne saurait être reproché au Service de la concurrence d'avoir formulé sa demande de renseignements en tenant compte d'une information dont il avait pris connaissance à la suite de la Perquisition, c'est-à-dire en précisant les pièces qu'il y avait lieu de communiquer dans la mesure où ces pièces, comme Proximus l'avait précisé, contenaient les informations actualisées requises pour appliquer le test de ciseau tarifaire pour l'année 2005.

30.

Enfin, l'ABC estime que l'exigence d'écarter du dossier les données issues *indirectement* d'une perquisition jugée illégale vise notamment à éviter que des données issues *directement* de cette perquisition, et exclues, puissent être réintroduites dans le dossier par une simple demande de renseignements et utilisées dans le cadre de la même procédure. Une telle situation aurait pour effet, comme le souligne Proximus dans ses conclusions, de

⁶ Arrêt du 17 octobre 1989, *Dow Benelux/Commission*, C-85/87, EU:C:1989:379, point 19.

⁷ Arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, C-238/99, EU:C:2002:582, point 306.

⁸ Voir Arrêt du 16 juillet 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia / Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, EU:C:1992:330, point 39 et Conclusions de l'Avocat Général dans l'affaire *DSM et DSM Kunststoffen/Commission*, C-244/99 P, EU:C:2001:575, point 321.



rendre ineffectif le redressement approprié exigé par la jurisprudence et méconnaîtrait ainsi les droits de la défense de l'entreprise poursuivie.

31.

Toutefois, en l'espèce, et comme il a clairement été démontré ci-dessus, les demandes de renseignements visant à obtenir les données pour l'année 2005 ne visaient pas les mêmes informations que celles saisies lors de la Perquisition. L'ABC souligne que les données demandées étaient effectivement différentes étant donné qu'elles ont mené à des calculs et à des conclusions différentes que ceux retenus pour l'année 2004 s'agissant des marges de Proximus.

32.

En outre, l'ABC estime qu'il y a lieu à nouveau de distinguer le cas d'espèce de la situation dans laquelle une perquisition illégale aurait permis à l'ABC de prendre connaissance de l'existence d'informations qui lui étaient jusque-là inconnues. Dans de telles circonstances, les réponses données à une demande de renseignements subséquente visant à obtenir ces informations, dont l'ABC n'aurait pu avoir connaissance si la perquisition n'avait pas eu lieu, pourraient être considérées comme étant issues indirectement de la perquisition en cause. Toutefois, en l'espèce, il y a lieu de constater que ce n'est aucunement la Perquisition qui a permis à l'ABC d'identifier les données nécessaires pour établir l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005 de sorte qu'il ne saurait raisonnablement être considéré que les réponses fournies aux demandes de renseignements visant à obtenir les données relatives aux coûts pour cette année sont, d'une quelconque manière, indirectement liées à la Perquisition.

Dans ces circonstances, c'est donc à tort que Proximus considère que les données relatives à l'année 2005 seraient indirectement issues de la Perquisition.

33.

L'ABC démontre que des données identiques (les coûts et les marges de Proximus pour 2005) auraient de toute façon été demandées et pu être obtenues si la Perquisition n'avait pas eu lieu. Par conséquent, il y a lieu de constater que la Perquisition n'était aucunement indispensable pour accéder aux données relatives à l'année 2005 de sorte que le lien causal entre la Perquisition et la récolte de ces données doit être considéré comme rompu⁹.

⁹ Bruxelles, 9 juillet 2015, 2014/MR/1, point 43.



34.

Proximus avance, dans ses conclusions de synthèse, un nouvel argument, jamais invoqué auparavant au cours de la procédure administrative ou devant la Cour. Selon Proximus, les données extraites des fichiers ne seraient plus « altérées » du fait de cette extraction mais seraient incohérentes en raison du fait qu'elles porteraient sur certaines périodes temporelles de consommation et pas d'autres ou qu'elles constitueraient des données « prospectives » portant sur une clientèle spécifique.

A cet égard, l'ABC souligne que, dans ses 262 pages d'observations soumises le 18 juillet 2008 sur le Rapport motivé¹⁰, où les données prises en compte et les calculs effectués ont clairement été exposés par l'Auditeur, Proximus n'a avancé aucun argument relatif au prétendu caractère non fiable ou incorrect des données utilisées. En réalité, l'argumentation présentée par Proximus portait essentiellement sur l'interprétation de la méthode relative au test de ciseau tarifaire et sur les erreurs qu'aurait commises l'Auditeur dans l'application de cette méthode, notamment s'agissant de la théorie de l'unité économique qui aurait dû, selon Proximus, être retenue pour déterminer les services à prendre en compte.

De même, dans ses observations subséquentes, Proximus a concentré ses critiques sur le test utilisé par l'Auditeur et a pointé de prétendues erreurs méthodologiques liées à l'application de ce test. S'agissant des données prises en compte pour l'année 2005, Proximus a également contesté les clés d'allocation des revenus et des coûts retenues par l'Auditeur dans son rapport, lesquelles, selon Proximus, étaient le fruit de l'application d'une approche méthodologique qu'elle jugeait critiquable.

Les arguments ainsi présentés par Proximus au cours de la procédure administrative ne portaient donc aucunement sur la fiabilité des données utilisées par l'Auditeur dans son rapport motivé. A aucun moment Proximus n'indique en effet que les données reprises dans le rapport seraient « inutilisables » en raison du paramétrage des fichiers dont elles sont extraites ou que ces données ne permettraient pas de prendre en compte les données réelles relatives aux années concernées par l'enquête. Au contraire, ainsi que relevé ci-dessus, Proximus a indiqué au cours de la procédure que les données contenues dans ces fichiers constituaient bien les données réelles dont il y avait dès lors lieu de tenir compte.

Il résulte de ce qui précède que Proximus reste en défaut d'établir comment l'extraction des données des fichiers aurait pu altérer leur fiabilité. Par ailleurs, l'argumentation nouvelle développée dans le cadre de ses conclusions de synthèse est en totale contradiction avec les

¹⁰ Pièce II.36 du dossier de l'ABC.



informations fournies au cours de la procédure administrative et ne saurait donc raisonnablement être prise en compte à ce stade.

Dans ces circonstances, l'ABC estime à juste titre que les données de coûts extraites des fichiers pour l'année 2005 constituaient des données fiables de sorte qu'il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir formulé une demande de renseignements portant spécifiquement sur la détermination de ces coûts.

35.

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il y a donc lieu de constater que, en tout état de cause, l'illégalité de la Perquisition ne saurait mener la Cour à invalider l'analyse d'amenuisement des marges effectuée dans la Décision attaquée, laquelle a conduit au constat de l'existence d'une infraction aux règles de concurrence par Proximus pour l'année 2005.

Le deuxième moyen de l'ABC est fondé.

d. Sur l'amende administrative payée par Proximus le 23 juin 2009

36.

Le Ministre soutient la deuxième branche du troisième moyen soulevé par l'Autorité. L'Autorité y défend que si la Cour estime que l'infraction constatée n'est plus que partiellement établie suite à l'exclusion totale des données (pour l'année 2004) recueillies pendant la Perquisition du dossier d'instruction, il n'y a pas lieu, à ce stade, d'ordonner la restitution (même partielle) de l'Amende. En effet, dans cette hypothèse, l'infraction constatée subsisterait (pour l'année 2005) au terme de la première mise en état ordonnée par la Cour.

Une restitution impliquerait le devoir de déterminer le montant de l'amende qui, à ce stade, demeurerait justifié en raison de l'infraction de ciseau tarifaire pour l'année 2005. Contrairement à ce que fait valoir Proximus, ce montant ne sera pas équivalent à la moitié de l'amende initialement infligée par l'ABC. En effet, le calcul d'une amende implique la prise en compte par l'ABC de plusieurs facteurs qui peuvent varier d'une année à l'autre, et qui font par ailleurs l'objet d'une marge d'appréciation certaine dans le chef de l'ABC¹¹.

¹¹ Voir à cet égard les points 342 à 371 de la Décision attaquée.



37.

De même, au stade actuel de la procédure, il est impossible pour la Cour d'effectuer un calcul précis du montant à restituer. En effet, dans la mesure où la partie de la Décision constatant une infraction aux règles de concurrence pour l'année 2005 est maintenue, il y a lieu de mettre la présente affaire en état sur l'ensemble des moyens qui n'ont pas encore été examinés. Or, les facteurs à prendre en compte pour la détermination de l'amende sont susceptibles de varier en fonction de la décision de la Cour quant à ces moyens.

Par conséquent, il y a lieu d'attendre que l'ensemble des moyens développés par Proximus aient été tranchés par la Cour avant de pouvoir (renvoyer l'affaire à l'ABC aux fins de) recalculer le montant de l'amende, le cas échéant.

38.

Bien que disposant du pouvoir de pleine juridiction, la Cour pourrait difficilement substituer sa propre appréciation des données factuelles et économiques de la cause à celle de l'ABC, et déterminer elle-même le montant de l'amende qu'il conviendrait d'infliger pour une période infractionnelle différente de celle retenue dans la Décision attaquée.

À cet égard, dans une autre affaire concernant le droit de la concurrence, la Cour a « renvoy[é] la cause à l'ABC, autrement composée, afin qu'elle refixe l'amende [...] et qu'elle en motive la hauteur » 12.

La Cour devra dès lors nécessairement analyser les autres moyens invoqués par Proximus, avant de pouvoir décider du bien-fondé de l'infraction demeurant établie et, le cas échéant, adapter, à la lumière de ceux-ci, le montant de l'amende due, ou renvoyer l'affaire à l'Autorité aux fins de recalculer le montant de l'amende.

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le troisième moyen, deuxième branche de l'ABC est fondé ce qui justifie l'annulation partielle de la Décision.

Il n'est pas nécessaire à ce stade de procéder à l'examen des autres moyens invoqués par les parties.

¹² Bruxelles (19^e ch. A – Cour des marchés) 8 janvier 2020, R.G. 2019/MR/3, p. 43, point 11.



VI. DECISION DE LA COUR

39.

La Cour dit pour droit que :

1. en l'absence de la Perquisition, l'ABC n'aurait pas pu établir l'existence d'un abus de position dominante, consistant en une pratique de ciseau tarifaire, pour l'année 2004, les documents saisis doivent être restitués et les copies numériques doivent être effacées. La Décision est annulée partiellement pour l'année 2004.
2. la Perquisition n'était pas indispensable pour l'analyse d'amenuisement des marges effectuée dans la Décision, laquelle a conduit au constat de l'existence d'une infraction aux règles de concurrence par Proximus pour l'année 2005 et les mêmes données auraient pu être collectées d'une autre manière, dès lors les données utilisées peuvent être conservées ;
3. il n'y a pas lieu de prononcer la restitution (même partielle) de l'amende à ce stade de la procédure.

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR,**

Vu les dispositions de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

La Cour dit pour droit que :

1. en l'absence de la Perquisition, l'ABC n'aurait pas pu établir l'existence d'un abus de position dominante, consistant en une pratique de ciseau tarifaire, pour l'année 2004, les documents saisis doivent être restitués et les copies numériques doivent être effacées. La Décision est annulée partiellement pour l'année 2004.
2. la Perquisition n'était pas indispensable pour l'analyse d'amenuisement des marges effectuée dans la Décision, laquelle a conduit au constat de l'existence d'une infraction aux règles de concurrence par Proximus pour l'année 2005 et les mêmes données auraient pu être collectées d'une autre manière, dès lors les données utilisées peuvent être conservées;



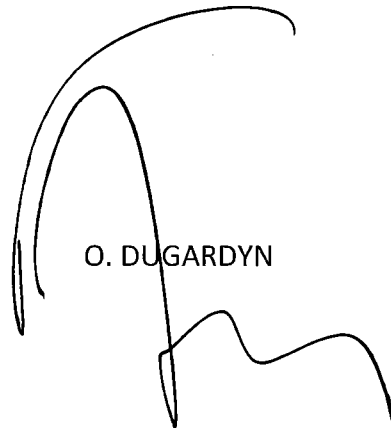
3. il n'y a pas lieu de prononcer la restitution (même partielle) de l'amende à ce stade de la procédure.
- Partant, la Cour ordonne la suite de la mise en état pour examiner les autres moyens invoqués par les parties;

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 7 octobre 2020 par:

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
A-M. WITTERS	Conseiller
O. DUGARDYN	Conseiller suppléant
A. DE CLERCK	Greffier



A. DE CLERCK



O. DUGARDYN



A-M. WITTERS



M. BOSMANS

