

12 JANVIER 2023

C.21.0294.F/1

COPIE adressée conformément à l'article  
792 du Code Judiciaire.  
EXEMPT du DROIT d'EXPEDITION : art. 280, 2°, C. Enreg. 7432.

## Cour de cassation de Belgique

### Arrêt

N° C.21.0294.F

**PROXIMUS**, société anonyme de droit public, dont le siège est établi à Schaerbeek, boulevard du Roi Albert II, 27, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0202.239.951,

demanderesse en cassation,

représentée par Maître Simone Nudelholc, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, boulevard de l'Empereur, 3, où il est fait élection de domicile,

**contre**

1. **AUTORITÉ BELGE DE LA CONCURRENCE**, personne morale de droit public, dont le siège est établi à Saint-Josse-ten-Noode, rue du Progrès, 50, inscrite à la banque-carrefour des entreprises sous le numéro 0535.765.741, défenderesse en cassation,

représentée par Maître Paul Lefèbvre, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 480, où il est fait élection de domicile,

2. **ÉTAT BELGE**, représenté par le ministre de l'Économie et du Travail, dont le cabinet est établi à Bruxelles, rue Ducale, 61,  
défendeur en cassation,

représenté par Maître Ann Frédérique Belle, avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à Bruxelles, avenue Louise, 250, où il est fait élection de domicile.

### **I. La procédure devant la Cour**

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 7 octobre 2020 par la cour d'appel de Bruxelles, cour des marchés.

Le 28 décembre 2022, l'avocat général Philippe de Koster a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Marie-Claire Ernotte a fait rapport et l'avocat général Philippe de Koster a été entendu en ses conclusions.

### **II. Les moyens de cassation**

Dans la requête en cassation, jointe au présent arrêt en copie certifiée conforme, la demanderesse présente deux moyens.

### III. La décision de la Cour

**Sur le premier moyen :**

**Quant à la première branche :**

**Quant aux deux rameaux réunis :**

Après avoir décidé que « les perquisitions menées dans les locaux de [la demanderesse] étaient illégales », l'arrêt non attaqué du 9 octobre 2019, examinant « la conséquence de [cette] illégalité », considère que, « dans la mesure où la décision fait usage, ne fût-ce que partiellement, des éléments recueillis lors de la perquisition », cette irrégularité entraîne « l'exclusion totale des données recueillies pendant la perquisition du dossier d'instruction ».

Il considère que « la mise à l'écart des données provenant directement ou indirectement d'une perquisition illégale est ainsi considérée comme un redressement approprié pour remédier à l'irrégularité constatée », mais que, selon la défenderesse, « il revient à l'entreprise concernée d'identifier les données retenues à l'appui de la décision attaquée, qui résulteraient directement ou indirectement de la perquisition litigieuse, et [qu']il y a lieu de vérifier si le prétendu lien causal existant entre la récolte de ces données et la perquisition en cause n'a pas été rompu ; tel serait le cas s'il était établi que, pour accéder à de telles données, la perquisition litigieuse n'était pas indispensable » et que « la Cour de cassation a considéré que, 'lorsqu'il est établi que l'auditeur ne pouvait avoir accès aux données concernées que par le biais de la perquisition litigieuse, il n'existe aucun autre redressement approprié [...] que celui consistant à retirer du dossier d'instruction et à rayer de la communication des griefs les données recueillies durant et sur la base des perquisitions illégales, pour autant que les griefs pertinents soient étayés par ces données' ».

Il considère dès lors ne pas être « en mesure, au stade actuel de la procédure, de déterminer comment opérer le redressement approprié en la mise à l'écart de l'ensemble des données qui n'auraient pu être obtenues indépendamment de la perquisition litigieuse » et que « ce n'est que si, à la suite de cette mise à l'écart, la décision [...] attaquée ne repose plus sur des moyens de preuve suffisants pour justifier sa portée que le redressement approprié [...] devrait consister en l'annulation totale de cette décision ».

Il rouvre les débats pour que, « tenant compte de [la] décision [prononçant] l'exclusion totale des données recueillies pendant la perquisition du 19 janvier 2006 du dossier d'instruction », la demanderesse « détermin[e] les éléments prétendument obtenus par [la défenderesse] par le biais de la perquisition », que la défenderesse « répond[e] et le cas échéant [démontre] que les incriminations qui ont mené à la décision attaquée seraient prouvées à suffisance de droit par d'autres éléments [...] qui ne sont pas recueillis par la perquisition » et que les parties apprécient les « conséquences de l'exclusion totale des données recueillies pendant la perquisition [...] sur la validité de la décision ».

Il ressort de ces énonciations que, contrairement à ce que soutient le moyen, en ses rameaux, s'il prononce d'ores et déjà l'exclusion de toutes les données recueillies pendant la perquisition, l'arrêt non attaqué du 9 octobre 2019 ne prononce pas une telle mesure d'exclusion pour les données obtenues indirectement dès lors qu'il estime nécessaire de vérifier si ces données ont pu être obtenues indépendamment de la perquisition, auquel cas elles ne doivent pas être écartées, et invite les parties à s'expliquer sur l'identification de telles données.

Le moyen, en chacun de ses rameaux, manque en fait.

**Quant à la deuxième branche :****Quant au quatrième rameau :**

L'examen du grief de contradiction dénoncé par le moyen, en ce rameau, suppose l'appréciation de la déduction qu'il y a lieu de faire d'une constatation de l'arrêt.

Ce grief n'équivaut pas à une absence de motifs et est étranger à la règle de forme prescrite par l'article 149 de la Constitution.

Le moyen, en ce rameau, est irrecevable.

**Quant au premier et au troisième rameau :**

L'arrêt attaqué relève que, « dès le début de l'instruction [ouverte à la suite de la plainte déposée le 7 octobre 2005 par la société anonyme Base, la demanderesse] était soupçonnée d'abuser de sa position dominante au travers d'une pratique de prix ciseaux » et que « la méthode utilisée et les données qui sont requises pour établir l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire sont bien connues [et qu'il s'agit] de comparer les prix de gros [...] sur le marché en amont avec les prix des services de détail correspondant facturés par [la demanderesse] ».

En ce qui concerne « les données utilisées pour constater l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2004 », l'arrêt attaqué énonce que la défenderesse « admet [que] '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 [la demanderesse et qu'il a ensuite établi son propre modèle de coûts, lequel a été alimenté [de ces] données [...] afin d'opérer les calculs de marge de [la demanderesse]' », que ces « données qui proviennent de la perquisition [...] doivent être complètement écartées » et que « le dossier [ne] contient [pas] des éléments concrets pour déterminer les

coûts [...] qui ne proviennent pas directement ou indirectement de [...] la perquisition » en sorte que « les faits reprochés à [la demanderesse] pour 2004 [ne sont] pas établis [et] la décision doit être partiellement annulée ».

En ce qui concerne « les données utilisées pour constater l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005 », l'arrêt attaqué énonce que, selon la défenderesse, « l'auditeur a effectivement obtenu les coûts réels de [la demanderesse] par le biais de demandes de renseignements adressées à cette dernière, à savoir les demandes des 14 juin 2007 et 6 novembre 2007, et non par le biais de la perquisition ».

Il considère que la défenderesse « peut [...] recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission » et que, dès lors, « un lien clair et évident doit être établi entre une perquisition jugée illégale et un acte d'instruction entrepris postérieurement » en ce sens qu'« il doit être établi que cet acte n'aurait jamais pu être pris si la perquisition n'avait pas eu lieu ».

Il relève, d'une part, que « le conseil (externe) de [la demanderesse] était présent pendant et après la perquisition pour [...] rappeler à son client ses droits [...] et ses devoirs » et que c'est « la contribution de [la demanderesse], et donc pas les données saisies lors de la perquisition, [qui] a permis à [la défenderesse] d'établir l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005 », d'autre part, qu'il n'est pas établi que ces « 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 » dès lors que « l'instruction portait sur une pratique de ciseau tarifaire, que les données requises pour effectuer le test du ciseau tarifaire ont pu être identifiées indépendamment de la perquisition et que la période suspectée d'infraction comprenait également l'année 2005 ».

Il ajoute qu'« il ressort clairement de la formulation de la [...] demande de renseignements visant à obtenir les coûts de [la demanderesse] pour l'année 2005 que la question [...] 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, [...] afin de pouvoir effectuer le test de ciseau tarifaire pour cette

autre période, et non à obtenir un logiciel ou des informations dont [elle] n'aurait pu avoir connaissance en l'absence de la perquisition » et que d'ailleurs « la fonction dynamique des modèles de coûts de [la demanderesse] utilisés par les commerciaux n'a pas été utilisée par l'auditeur ».

Il précise que « le fait que, dans la demande de renseignements, les fichiers saisis soient mentionnés résulte uniquement du fait que [la défenderesse] savait que les données relatives aux coûts réels figuraient dans de tels fichiers, comme [la demanderesse] l'avait précisé elle-même » dès lors que cette demande de renseignements « fait référence à une réponse fournie par [la demanderesse] à une précédente demande de renseignements dans laquelle [elle] 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' ». Il en déduit qu'« en l'absence de la perquisition, les mêmes demandes auraient ainsi été formulées mais en faisant simplement mention des coûts réels de [la demanderesse] et non des fichiers dont ces coûts étaient extraits » en sorte que « ce n'est [...] que la formulation de la demande qui a été affectée par la perquisition, mais non la substance de celle-ci » étant entendu que, « pour apprécier l'existence de ciseaux tarifaires, les coûts réels auraient nécessairement fait l'objet d'une demande de renseignements ».

Il relève encore que « ce n'est aucunement la perquisition qui a permis à [la défenderesse] d'identifier les données nécessaires pour établir l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005 » en sorte qu'il faut « distinguer le cas d'espèce de la situation dans laquelle une perquisition illégale [lui] aurait permis [...] de prendre connaissance de l'existence d'informations qui lui étaient jusque-là inconnues » et que la défenderesse « démontre que des données identiques (les coûts et les marges de [la demanderesse] pour 2005) auraient de toute façon été demandées et pu être obtenues si la perquisition n'avait pas eu lieu ».

Il ressort de ces énonciations que, contrairement à ce que soutient le moyen, en son troisième rameau, l'arrêt attaqué examine ainsi, non pas si des demandes de renseignements visant à établir la pratique anticoncurrentielle litigieuse auraient pu être formulées, mais si les demandes précises portant sur les coûts auraient pu être formulées même si les logiciels n'avaient pas été saisis lors de la perquisition.

Pour le surplus, en considérant que, pour réaliser le test de ciseau tarifaire pour l'année 2005, la défenderesse connaissait les données de la demanderesse dont elle avait besoin, que cette connaissance était indépendante de la perquisition qui a donné lieu à la saisie des logiciels utilisant ces données pour 2004, que ces données auraient dès lors en toute hypothèse été demandées et que la référence, dans la demande de renseignements, aux logiciels saisis n'est que le reflet du contexte factuel par ailleurs mis en exergue par la demanderesse elle-même, non la révélation de l'existence de données dont la défenderesse n'aurait pu avoir connaissance indépendamment de la perquisition, l'arrêt attaqué justifie légalement sa décision qu'« il n'existe donc aucun lien causal entre la perquisition et les données recueillies pour l'année 2005 » et, ainsi que cela résulte de la réponse à la première branche du moyen, ne commet pas un excès de pouvoir en considérant que ces données peuvent être utilisées.

Le moyen, en ces rameaux, ne peut être accueilli.

**Quant au deuxième rameau :**

Par les motifs vainement critiqués par les premier et troisième rameaux du moyen, l'arrêt attaqué considère que les données pour l'année 2005 n'ont pas été obtenues par le biais ou sur la base de la perquisition.

Le moyen, qui, en ce rameau, est tout entier fondé sur l'hypothèse contraire, ne saurait entraîner la cassation, partant, dénué d'intérêt, est irrecevable.



**Quant à la troisième branche :****Quant aux deux rameaux réunis :**

Après avoir relevé que « le débat est limité aux conséquences juridiques de la perquisition [et qu'il s'agit] 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 », l'arrêt attaqué précise d'emblée que, s'agissant de « l'ensemble des éléments saisis lors de la perquisition illégale », soit les « différentes pièces reprises au DOC n° 5 du dossier d'instruction, qui se divise en 33 annexes », « 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 [...] nécessairement être considérés comme étant fondés sur des éléments issus de la perquisition illégale, devant être totalement exclus ».

Dans la mesure où il repose sur une lecture incomplète de l'arrêt attaqué, le moyen, en ses rameaux, manque en fait.

Pour le surplus, d'une part, le moyen, qui, en ses rameaux critique la décision de l'arrêt attaqué d'annuler partiellement la décision de la demanderesse pour l'année 2004, qui ne lui inflige pas grief, est dénué d'intérêt.

D'autre part, dans la mesure où il fait grief à l'arrêt attaqué de ne pas procéder à la purge préalable du rapport de l'auditeur et de la décision de la défenderesse pour l'année 2005, le moyen, qui, en ses rameaux, repose sur le présupposé de l'existence de données obtenues irrégulièrement, alors que l'arrêt attaqué considère, sans être critiqué, que « la définition du marché pertinent et le constat de la position dominante de [la demanderesse] sur ce marché reposent sur d'autres données que celles recueillies au cours de la perquisition » et, par les motifs vainement critiqués par la deuxième branche du moyen, que les données utilisées pour constater l'existence d'une pratique de ciseau tarifaire pour l'année 2005 n'ont pas été obtenues irrégulièrement, ne saurait entraîner la cassation.

Dans cette mesure, le moyen, en ses rameaux, est irrecevable.

Pour le surplus, l'arrêt attaqué, qui annule partiellement la décision de la défenderesse pour l'année 2004 et considère que la décision de cette dernière conduisant au constat de l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence pour l'année 2005 se fonde sur des données obtenues régulièrement, n'était pas tenu de répondre aux conclusions de la demanderesse, que ces décisions privaient de pertinence.

Dans la mesure où il est recevable, le moyen, en ses rameaux, ne peut être accueilli.

**Sur le second moyen :**

**Quant à la première branche :**

L'arrêt attaqué considère qu'« au stade actuel de la procédure, il est impossible pour la cour [des marchés] d'effectuer un calcul précis du montant à restituer » car « les facteurs à prendre en compte pour la détermination de l'amende sont susceptibles de varier en fonction de la décision de la cour [des marchés] sur l'ensemble des moyens qui n'ont pas encore été examinés » et qu'il s'impose dès lors d'« ordonne[r] la suite de la mise en état pour examiner les autres moyens invoqués par les parties » et que, dans cette attente, « il n'y a pas lieu de prononcer la restitution (même partielle) de l'amende à ce stade de la procédure ».

Il ressort de ces énonciations, non que l'arrêt attaqué refuse d'ordonner la restitution de l'amende, mais qu'il se borne à considérer ne pas être en mesure de statuer sur ce point en l'état.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

**Quant à la deuxième branche :**

L'arrêt attaqué considère que « le calcul d'une amende implique la prise en compte par [la défenderesse] 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 [de celle-ci] », qu'« au stade actuel de la procédure, il est impossible à la cour [des marchés] d'effectuer un calcul précis du montant à restituer » dès lors qu'il faut mettre la cause « en état sur l'ensemble des moyens qui n'ont pas encore été examinés » en ce qui concerne « la partie de la décision constatant une infraction aux règles de la concurrence pour l'année 2005 [qui] est maintenue », que « les facteurs à prendre en compte pour la détermination de l'amende sont susceptibles de varier en fonction de la décision de la cour [des marchés] quant à ces moyens » en sorte qu'« il y a lieu d'attendre que l'ensemble des moyens développés par [la demanderesse] aient été tranchés par la cour [des marchés] avant de pouvoir (renvoyer l'affaire à [la défenderesse] aux fins de) recalculer le montant de l'amende le cas échéant ».

Par ces considérations, l'arrêt attaqué répond, en leur opposant sa propre appréciation, aux conclusions de la demanderesse reproduites au moyen, en cette branche.

Fût-elle avérée, la violation alléguée de la foi due aux conclusions de la demanderesse serait sans incidence sur la légalité de l'arrêt attaqué, qui statue sur le moyen opposé par cette dernière comme il eût dû le faire si cette violation n'avait pas été commise.

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

**Quant à la troisième branche :**

Par les considérations reproduites dans la réponse à la deuxième branche du moyen et celle que, « bien que disposant du pouvoir de pleine juridiction, la cour [des marchés] pourrait difficilement substituer sa propre appréciation des données factuelles et économiques de la cause à celle de [la défenderesse] et

12 JANVIER 2023

C.21.0294.F/12

déterminer elle-même le montant de l'amende qu'il conviendrait d'infliger pour une période infractionnelle différente de celle retenue dans la décision » en sorte qu'elle « devra nécessairement analyser les autres moyens invoqués par [la demanderesse] avant de pouvoir décider du bien-fondé de l'infraction demeurant établie [pour l'année 2005] et, le cas échéant, adapter, à la lumière de ceux-ci, le montant de l'amende due, ou renvoyer l'affaire à [la défenderesse] aux fins de recalculer le montant de l'amende », l'arrêt attaqué donne à connaître, non qu'il n'est pas tenu d'exercer son pouvoir de pleine juridiction à l'égard du montant de l'amende qui devrait être appliquée au cas où l'infraction resterait établie pour l'année 2005, mais que l'existence même d'une infraction pour l'année 2005 et son étendue dépendent de l'examen des autres moyens invoqués par la demanderesse et que sa décision à cet égard déterminera la manière dont elle exercera son pouvoir de pleine juridiction.

Le moyen, en cette branche, manque en fait.

**Par ces motifs,**

La Cour

Rejette le pourvoi ;

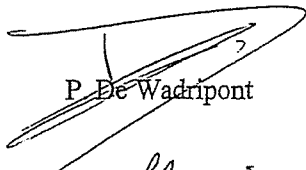
Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de cinq cent quarante-huit euros trente et un centimes envers la partie demanderesse, y compris la somme de vingt euros au profit du fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, et à la somme de six cent cinquante euros due à l'État au titre de mise au rôle.

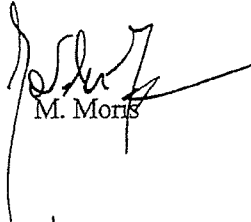
12 JANVIER 2023

C.21.0294.F/13

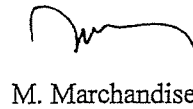
Ainsi jugé par la Cour de cassation, première chambre, à Bruxelles, où siégeaient le président de section Michel Lemal, les conseillers Marie-Claire Ernotte, Ariane Jacquemin, Maxime Marchandise et Marielle Moris, et prononcé en audience publique du douze janvier deux mille vingt-trois par le président de section Michel Lemal, en présence de l'avocat général Philippe de Koster, avec l'assistance du greffier Patricia De Wadripont.



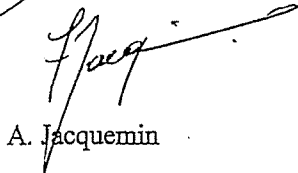
P. De Wadripont



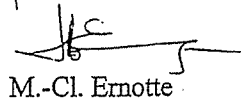
M. Moris



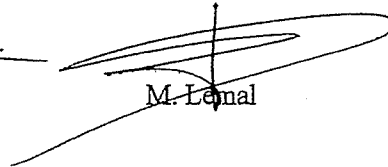
M. Marchandise



A. Jacquemin



M.-Cl. Ernotte



M. Lemal