

Arrêt n° 327/16 Ch.c.C.
du 27 avril 2016.
(Not.: CCAS022015)

La chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg a rendu le vingt-sept avril deux mille seize l'**arrêt** qui suit:

Vu les pièces de la procédure instruite à charge de:

FEYEREISEN Marc, en sa qualité de conseiller désigné du Conseil de la concurrence, établi à 19-21 boulevard Royal, L-2449 Luxembourg,

Vu l'ordonnance n° 352/16 rendue le 26 février 2016 par la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg;

Vu l'appel relevé de cette ordonnance le 2 mars 2016 par déclaration de Marc FEYEREISEN reçu au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg;

Vu les informations données par lettres recommandées à la poste le 24 mars 2016 à Marc FEYEREISEN et à Maître Michel MOLITOR pour la séance du vendredi 15 avril 2016;

Entendus en cette séance:

Maître Rosario GRASSO, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, comparant pour Marc FEYEREISEN, en sa qualité de conseiller désigné du Conseil de la concurrence, en ses moyens d'appel;

Maître Claire DENOUAL, en remplacement de Maître Michel MOLITOR, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg, comparant pour les sociétés anonymes **SOC1.) LUXEMBOURG S.A.** et **SOC1.) INTERNATIONALS.A.**, en ses moyens de défense;

Après avoir délibéré conformément à la loi;

LA CHAMBRE DU CONSEIL DE LA COUR D'APPEL :

Par déclaration du 2 mars 2016 au greffe du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, M. Marc FEYEREISEN, en sa qualité de conseiller désigné du Conseil de la concurrence, a relevé appel de l'ordonnance n° 352 rendue le 26 février 2016 par la chambre du conseil du susdit tribunal par laquelle cette juridiction s'est déclarée compétente pour connaître de la requête en nullité de l'ordonnance délivrée le 8 mars 2015 par la présidente du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en application de l'article 16 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ; a déclaré recevable quant à la forme et au délai la requête en nullité des sociétés anonymes **SOC1.) LUXEMBOURG** et **SOC1.) INTERNATIONAL S.A.** ; a déclaré irrecevables les demandes de voir prononcer la « caducité » de l'ordonnance entreprise du 8 décembre

2015 et se voir « *réserver tous autres droits, dus et moyens à faire valoir ultérieurement et suivant ce qu'il appartiendra* », et, avant tout autre progrès en cause, a dit qu'il y a lieu à communication aux sociétés requérantes de la requête en autorisation de perquisition et de saisie, déposée le 12 novembre 2015 par le conseiller désigné du Conseil de la concurrence au titre de l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ainsi que des trois annexes de ladite requête, et ce pour au plus tard le mercredi 2 mars 2016,

L'ordonnance entreprise est jointe au présent arrêt.

L'appelant soulève l'incompétence de la chambre du conseil du tribunal pour connaître d'un recours en annulation au motif que l'ordonnance entreprise n'a pas été rendue par un juge d'instruction dans le cadre d'une instruction préparatoire. Il soutient que le seul recours visé par l'article 16, alinéa 3, de la loi du 23 octobre 2011, est l'appel à porter devant la chambre du conseil de la Cour d'appel.

La requête en nullité serait en outre irrecevable parce qu'elle est dirigée contre une ordonnance à caractère juridictionnel, seule la voie de l'appel étant ouverte contre une décision juridictionnelle.

Quant à la communication de la requête en autorisation de la perquisition et de la saisie et des pièces y annexées, il estime que cette mesure a été ordonnée à tort et que la communication de ces pièces justificatives à caractère confidentiel ne peut pas intervenir à ce stade de l'enquête, mais au plus tôt à partir de la communication des griefs en vertu de l'article 26 de la loi du 23 octobre 2011.

Les parties intimées soulèvent l'irrecevabilité de l'appel en soutenant que le conseiller désigné n'a ni qualité ni pouvoir pour interjeter appel. Suivant l'article 7 (1), alinéa 2, de la loi du 23 octobre 2011, le président du Conseil de la concurrence représente celui-ci dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires. Le pouvoir d'exercer un recours contre l'ordonnance du président du tribunal ou de la chambre du conseil ne figure pas parmi les pouvoirs énumérés par les articles 14 à 19, 25 et 26 de la loi du 23 octobre 2011 pouvant faire l'objet d'une délégation par le président du Conseil de la concurrence.

Les parties intimées concluent encore à l'irrecevabilité de l'appel en relevant le caractère avant-dire droit de l'ordonnance du 8 décembre 2015. L'ordonnance entreprise n'a ni mis fin à l'instance ni statué au fond, ne fût-ce que partiellement, de sorte qu'en application du droit commun procédural, appel de cette ordonnance ne peut être interjeté qu'avec la décision statuant au fond.

Subsidiairement, les parties intimées demandent la confirmation de l'ordonnance entreprise en ce que la chambre du conseil du tribunal s'est déclarée compétente, a dit recevable le recours en nullité de l'ordonnance présidentielle du 8 décembre 2015 et a ordonné la communication de la requête du conseiller délégué ainsi que des pièces y annexées.

L'appelant déclare se rapporter à prudence de justice quant à la recevabilité de l'appel.

Sur ce, la chambre du conseil de la Cour d'appel :

Quant à la recevabilité de l'appel

Afin de concrétiser le principe de la séparation fonctionnelle entre le pouvoir d'enquête et le pouvoir de décision au sein du Conseil de la concurrence instituée par la loi du 23 octobre 2011, l'article 7 (4) de cette loi dispose que « la direction de la mise en œuvre des articles 14 à 19, 25 et 26, § 2 à 4, est confiée pour chaque dossier séparé à un conseiller désigné par ordonnance du président du Conseil ».

Cette direction de la mise en œuvre des articles indiqués ci-dessus comporte notamment attribution de pouvoir au conseiller désigné d'ordonner une inspection auprès des entreprises et associations d'entreprises concernées et, en cas de besoin, de requérir auprès du président du tribunal d'arrondissement territorialement compétent l'autorisation de procéder à une perquisition en tous lieux professionnels et de saisir tous documents utiles à la manifestation de la vérité.

Cette direction des devoirs d'enquête par le conseiller désigné implique son pouvoir d'exercer les voies de recours contre l'ordonnance présidentielle au cas où celle-ci ne fait pas droit à sa requête et cause partant grief au Conseil.

Le moyen tiré de l'article 7 (1), alinéa 2, de la loi du 23 octobre 2011, suivant lequel le président assure la direction du Conseil et représente celui-ci dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires, n'est pas fondé. L'article 7 (1), alinéa 2, cité constitue une disposition d'ordre générale qui doit être lue en combinaison avec les pouvoirs attribués par la loi au conseiller désigné en matière d'enquêtes. En effet, le principe de la séparation entre les pouvoirs d'enquête et de décision serait contredit si le pouvoir de relever appel de l'ordonnance du président du tribunal d'arrondissement était attribué au président du Conseil, qui pourrait, en refusant d'interjeter appel, empêcher, ou du moins restreindre l'enquête à diligenter par le conseiller désigné.

C'est encore à tort que les parties intimées mettent en cause la qualité de M. Marc FEYEREISEN pour relever appel. Il n'est en effet pas contestable que celui a interjeté appel en sa qualité de conseiller désigné et non en celle de partie tierce, étrangère à la procédure.

Les parties intimées soutiennent en ordre subsidiaire que l'appel devrait être déclaré irrecevable en application du droit commun procédural au motif qu'il est dirigé contre une décision avant-dire droit qui n'a ni mis fin à l'instance ni statué au fond, ne fût-ce que partiellement.

Cette fin de non-recevoir n'est cependant pas fondée. En effet, la loi du 23 octobre 2011 en précisant à son article 16 (5) que l'ordonnance présidentielle statuant sur la requête en autorisation de perquisition et de saisie est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction, a écarté l'application du droit commun

des articles 355, 579 et 580 du NCPC en faveur du régime des recours en matière d'ordonnances du juge d'instruction, non seulement en ce qui concerne la forme, le délai et l'objet du recours, mais encore en ce qui concerne les décisions susceptibles de recours. Or, en cette matière la loi admet le plus largement le droit de former un recours qui est, en principe, ouvert « *dans tous les cas* » suivant article 133 (1) du code d'instruction criminelle, à moins que la décision critiquée ne soit pas susceptible de faire grief, ce qui est notamment le cas lorsqu'elle constitue un acte d'administration judiciaire.

L'appel a, en outre, été interjeté dans les forme et délai de la loi. Il est partant recevable.

Quant au bien-fondé de l'appel

L'appel est également fondé.

En effet, en se référant aux « *voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction* », le législateur a visé l'article 133 du code d'instruction criminelle qui a trait à l'appel des ordonnances du juge d'instruction, à l'exclusion de l'article 126 qui concerne les nullités de la procédure d'instruction, bien que les ordonnances non juridictionnelles du juge d'instruction puissent faire l'objet d'un recours en annulation.

L'ordonnance par laquelle le président du tribunal d'arrondissement statue sur la requête du conseiller désigné en autorisation de perquisition et de saisie conformément à l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011 règle un conflit entre les droits individuels du justiciable concerné et les exigences de l'enquête en ce sens que le président est appelé à se prononcer sur base d'une requête motivée de façon circonstanciée eu égard aux indices de pratiques prohibées, à la gravité de ces pratiques et au rôle des entreprises concernées, sur le caractère justifié et proportionné de la perquisition et de la saisie, qui constituent des mesures contraignantes, par rapport au but recherché.

L'ordonnance présidentielle a, par conséquent, un caractère juridictionnel et ce vis-à-vis de toutes les parties intéressées, qui ne peuvent, dès lors, en cas de désaccord avec l'ordonnance rendue, que recourir à l'appel. Ceci n'empêche pas la partie appelante de soulever des causes de nullité, par exemple celles indiquées par l'article 16 (3), alinéa 5, seulement elle doit le faire par voie d'appel et non par requête en nullité en vertu de la règle « *voie de nullité n'ont lieu contre les jugements* ».

La chambre du conseil de la Cour d'appel relève encore que dans le contentieux de l'annulation des actes de l'instruction, le contrôle des juridictions d'instruction se limite à la légalité de l'acte contesté. Il ne peut pas déborder sur l'opportunité de l'acte d'investigation visé sous peine de porter atteinte à l'indépendance du juge d'instruction. Par contre, le contentieux de la réformation permet, au-delà du contrôle de la légalité, un contrôle de l'opportunité de l'acte litigieux. Dans le contentieux de la réformation, la juridiction d'appel ne constate pas simplement l'illégalité commise, elle doit elle-même apprécier le bien-fondé de l'acte et prendre la décision qui s'impose. En l'occurrence, le président du tribunal d'arrondissement et, en cas de recours, la juridiction d'appel, doivent

précisément porter une appréciation sur les éléments de la cause qui leur sont soumis et prendre une décision sur la justification d'une mesure de contrainte. Toutefois la décision d'enquêter elle-même a un caractère administratif et relève de la seule appréciation du conseiller désigné.

Il en suit que la requête en nullité de l'autorisation présidentielle déposée le 18 janvier 2016 par les sociétés **SOC1.)** est irrecevable.

PAR CES MOTIFS

déclare l'appel recevable ;

le **dit** fondé ;

réformant :

déclare irrecevable la requête en nullité ;

condamne les parties intimées aux frais des deux instances, les frais de l'instance d'appel liquidés à 18,80 €.

Ainsi fait et jugé par la chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg à Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du St. Esprit, où étaient présents:

Camille HOFFMANN, président de chambre,
Mireille HARTMANN, premier conseiller,
Carole KERSCHEN, conseiller,

qui ont signé le présent arrêt avec le greffier assumé Simone ANGEL.

**Audience de la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg
du 26 février 2016, où étaient présents:**

**Michèle THIRY, vice-président,
Christian ENGEL, juge et Max BECKER, juge-délégué
Jean-Paul KNEIP, greffier**

Vu la requête en nullité annexée, déposée le 18 janvier 2016 par Maître Michel MOLITOR, avocat, demeurant à Luxembourg, au nom et pour compte de

- 1) la société anonyme SOC1.) LUXEMBOURG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions ;
- 2) la société anonyme SOC1.) INTERNATIONAL S.A.**, établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions.

Vu les formalités accomplies par le greffe de la chambre du conseil en application de l'article 126 (4) du Code d'instruction criminelle.

Entendus aux audiences de la chambre du conseil des 5 et 16 février 2016, après report contradictoire des débats en date du 5 février 2016 en vue de permettre la communication de certaines pièces par le Conseil de la concurrence à la chambre du conseil, à savoir la requête en autorisation de perquisition et de saisie déposée le 12 novembre 2015 ainsi que les trois annexes de ladite requête :

- Maître Claire DENOUAL, avocat, en remplacement de Maître Michel MOLITOR,
- Marc FEYEREISEN, en sa qualité de conseiller désigné du Conseil de la concurrence.

La chambre du conseil, après avoir délibéré conformément à la loi, a rendu l'

ORDONNANCE

qui suit, au vu du dossier lui soumis:

Par requête déposée le 18 janvier 2016, les sociétés requérantes demandent à la chambre du conseil :

« 1) Principalement :

Prononcer la nullité de l'ordonnance du 8 mars 2015 sinon sa caducité ;

Par conséquent, annuler tous les actes d'instruction subséquents et ordonner la mainlevée des informations saisies sur support papier et/ou informatique et leur restitution immédiate aux requérantes à compter du prononcé à intervenir ;

2) Subsidièrement :

Prononcer la nullité des opérations de saisie dans leur ensemble,

Par conséquent, ordonner la mainlevée des informations saisies sur support papier et/ou informatique et leur restitution immédiate aux requérantes à compter du prononcé à intervenir ;

3) Plus subsidiairement :

Prononcer la nullité des procès-verbaux de perquisition et de saisie n° 1, 5, 6, 8 et 9,

Par conséquent, ordonner qu'il soit interdit au Conseil de la concurrence de faire usage, à quelque titre que ce soit, de ces documents.

4) *Encore plus subsidiairement :*

Prononcer la nullité de la saisie des pièces n° 80 à 83 annexées au procès-verbal de perquisition et de saisie n° 7, et, partant, interdire au Conseil de la concurrence de faire usage, à quelque titre que ce soit, de ces pièces.

Réserver aux requérantes tous autres droits, dus et moyens à faire valoir ultérieurement et suivant qu'il appartiendra ».

Le conseiller désigné du Conseil de la concurrence conclut à l'incompétence de la chambre du conseil pour connaître du recours introduit par les requérantes, sinon à l'irrecevabilité de la requête.

À l'audience du 16 février 2016, les parties ont exprimé leur accord de voir toiser par une ordonnance séparée les questions de la compétence de la chambre du conseil et de la recevabilité de la requête en nullité présentée par les sociétés **SOC1.) LUXEMBOURG S.A.** et **SOC1.) INTERNATIONAL S.A.** (1.), ainsi que celle de la demande en surséance à statuer en raison de l'absence de communication par le conseiller désigné du Conseil de la concurrence de sa requête au sens de l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence et des pièces versées à l'appui de celle-ci (2.).

1. Compétence de la chambre du conseil et recevabilité de la requête en nullité

1.1. Argumentations des parties

Le conseiller désigné du Conseil de la concurrence conteste en premier lieu la compétence de la chambre du conseil, au motif que « *la procédure actuellement diligentée se fonde [...] sur l'article 126 du Code d'instruction criminelle qui ne vise qu'une nullité de la procédure de l'instruction préparatoire ou d'un acte quelconque de cette procédure* », alors qu'il aurait appartenu à la partie requérante à qui a été délivrée l'ordonnance en mains propres en date du 13 janvier 2016 en la personne de son administrateur délégué, épaulé par deux avocats à la Cour, de s'adresser à la chambre du conseil de la Cour d'appel tel que tracé par l'article 133 du même Code, ce dont il est actuellement forclos (...) Force est de constater que l'ordonnance du 8 décembre 2015 a été rendue par le président du tribunal d'arrondissement dans le cadre d'une enquête diligentée sur base des dispositions de la loi du 23 octobre 2011. L'ordonnance n'a donc pas été rendue par un juge d'instruction, dans le cadre d'une instruction préparatoire sur base des dispositions du code d'instruction criminelle ».

Il soulève encore, à titre subsidiaire par rapport au moyen tiré de l'incompétence de la chambre du conseil, l'irrecevabilité de la requête, principalement pour les mêmes motifs que ceux invoqués pour conclure à l'incompétence de la chambre du conseil et subsidiairement au motif que, comme l'ordonnance du juge du Tribunal d'arrondissement serait de nature juridictionnelle, la seule voie de recours possible contre cette ordonnance serait l'appel tel que prévu par l'article 133 du Code d'instruction criminelle et non pas une requête en nullité. Il expose à cet effet que « *l'ordonnance émise par le président du tribunal d'arrondissement tranche un point de droit et statue sur une prétention de Marc FEYEREISEN. Par ailleurs il a motivé son ordonnance en ce qui concerne le rejet de l'autorisation de perquisitionner et de saisir la société **SOC1.) Immobilier LIEU1.)*** ».

Les sociétés requérantes, pour conclure à la compétence de la chambre du conseil s'agissant de leur recours en annulation, ainsi qu'à la recevabilité de ce dernier, renvoient au texte de l'article 16 (5) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, d'après lequel l'ordonnance du président du tribunal d'arrondissement autorisant la perquisition et la saisie est susceptible de voies de recours « *comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction* ». Elles estiment que le conseiller désigné du Conseil de la concurrence « *ne*

*va [...] pas au bout de son raisonnement puisque si celui-ci devait être suivi, il faudrait conclure également à l'incompétence de la Chambre du Conseil de la Cour d'appel, laquelle est compétente, en vertu de l'article 133 du Code d'instruction criminelle, pour connaître de l'appel des ordonnances du juge d'instruction », de manière à ce qu'elles se verraient privées de toute voie de recours. Par ailleurs, le fait que l'ordonnance incriminée ait rejeté la demande de perquisition et de saisie formulée par le conseiller désigné à l'encontre de la société **SOC1.)** Immobilier du **LIEU1.)** ne changerait rien à ce qu'elle soit attaquable par voie de recours en annulation par les personnes visées par la perquisition.*

1.2. Appréciation

L'article 16 (5) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence dispose que « *l'ordonnance visée au premier alinéa du paragraphe 3 est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction. Les voies de recours ne sont pas suspensives* ».

Les recours prévus par le Code d'instruction criminelle pouvant être dirigés contre les ordonnances du juge d'instruction sont d'une part le recours en annulation devant la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement prévu par l'article 126 du Code d'instruction criminelle et d'autre part l'appel devant la chambre du conseil de la Cour d'appel, prévu à l'article 133 du même code.

Il est classiquement retenu que « *l'ordonnance de perquisition ne constitue pas une décision juridictionnelle susceptible de faire l'objet d'un recours prévu à l'article 133 du Code d'instruction criminelle, mais un simple acte d'instruction qui ne peut donner lieu qu'à une demande en nullité sur base de l'article 126 du même code* » (Ch.c.C., 1^{er} juin 1990, Pas. 28, p. 56). Il a encore été jugé qu'« *il ne suffit [...] pas qu'un acte se présente sous forme d'une ordonnance pour être considéré comme juridictionnel. L'acte n'est juridictionnel que s'il règle un contentieux ou modifie la situation juridique d'une partie. Tel n'est pas le cas des mesures d'instruction ordonnées par le juge d'instruction [...] afin de procéder à des mesures d'investigation. Ces actes non juridictionnels ne peuvent faire l'objet que d'un recours en annulation en application de l'article 126 du code d'instruction criminelle à la condition qu'ils soient susceptibles de faire grief* » (Ch.c.C., 17 février 2016, n° 124/16).

En l'espèce, l'« *ordonnance d'autorisation de perquisition et de saisie* » prise le 8 décembre 2015 a autorisé le conseiller désigné Marc FEYEREISEN à procéder à des perquisitions auprès des deux sociétés requérantes, tout en lui refusant la perquisition auprès de la société **SOC1.)** Immobilier du **LIEU1.)** S.A., pour défaut « *d'éléments précis et concrets permettant de conclure [que celle-ci] soit impliquée dans une entente* ».

Cette ordonnance revêt donc un double caractère : juridictionnel à l'égard du demandeur en autorisation de perquisition et de saisie, mais également non juridictionnel à l'égard des sociétés requérantes, en ce qu'elle ordonne une perquisition auprès de ces dernières, ce qui constitue un acte d'ingérence dans les droits des sociétés concernées et est dès lors un acte dont la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement peut apprécier la régularité au titre des dispositions de l'article 126 du Code d'instruction criminelle.

Dans ces conditions, la chambre du conseil se déclare compétente pour connaître de la requête en nullité présentée le 18 janvier 2016 par les sociétés requérantes, laquelle est encore à déclarer recevable en la forme au regard des dispositions de l'article 126 du Code d'instruction criminelle pour avoir été introduite par les personnes visées par la perquisition en cause, qui est susceptible de leur faire grief, endéans le délai de forclusion de cinq jours à compter de la connaissance de cet acte, soit en l'occurrence la notification de l'« *ordonnance d'autorisation de perquisition et de saisie* » effectuée le 13 janvier 2016.

Parmi les demandes contenues dans la requête, celle tendant à voir prononcer la « *caducité* » de l'ordonnance est à déclarer irrecevable faute de prévision textuelle.

Par ailleurs, la demande de se voir « *réserver tous autres droits, dus et moyens à faire valoir ultérieurement et suivant qu'il appartiendra* » est à également à déclarer irrecevable, les exceptions de nullité devant être invoquées dans les forme et délai devant la juridiction

compétente conformément à l'article 126 du code d'instruction criminelle (Ch.c.C., 30 nov. 2015, confirmant Ch.c. Lux., 9 juillet 2015, n° 1838/15).

Les autres demandes présentées dans la requête, visant à la fois l'« *ordonnance d'autorisation de perquisition et de saisie* » et l'exécution de celle-ci, sont à déclarer recevables.

2. Demandes en communication de pièces et en surséance à statuer

2.1. Historique procédural et argumentations des parties

Dans leur requête en nullité, les sociétés requérantes font observer que la requête en autorisation de perquisition et de saisie, déposée le 12 novembre 2015 par le conseiller désigné au titre de l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, « *tout comme les pièces y annexées, n'ont pas été remises aux requérantes, malgré la demande de communication orale formulée par l'intermédiaire de leur conseil en date du 13 janvier 2016, réitérée par écrit en date du 14 janvier 2016* ».

À l'audience du 5 février 2016, la chambre du conseil a rendu le conseiller désigné du Conseil de la concurrence attentif au fait qu'elle ne disposait pas non plus de ces éléments, ni par ailleurs d'un dossier, et l'a invité à les lui transmettre.

Par courriel du 5 février 2016, le conseiller désigné a transmis différentes pièces à la chambre du conseil, dont copie de sa requête en cause du 12 novembre 2015 sans pour autant joindre les annexes afférentes. Les explications jointes à la transmission ont été les suivantes : « *Me référant à l'audience de ce matin je me permets de vous faire parvenir en annexe les documents pouvant être considérés comme "constituant le dossier". Comme je l'ai fait valoir à l'audience, [...] j'estime que ma requête en autorisation, figurant à l'annexe de la présente, ainsi que les pièces y jointes (qui n'existent pas sous forme digitale, mais uniquement en "format A3" et qui seront déposées lors de l'audience du 16 février 2016) devant le président du tribunal d'arrondissement contiennent des données qui ne sauraient être révélées au stade actuel de la procédure sous peine de compromettre l'instruction actuelle. Il va sans dire que pour autant que vous deviez estimer, [...] après analyse de ces documents, qu'il y a lieu pour des raisons liées aux droits de la défense de les communiquer, j'accepterai évidemment votre décision* ».

À l'audience du 16 février 2016, les sociétés requérantes ont invoqué l'existence d'une « *violation du principe général de droit communautaire d'égalité des armes tel que consacré par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* » et ont exposé que « *la confidentialité ne saurait s'opposer à [une demande de communication] alors qu'il résulte des termes mêmes de l'article 16 (2) §2 de la Loi de 2011 que les enquêteurs, lorsqu'ils procèdent à une inspection des locaux des entreprises concernées, doivent "présenter au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou leur représentant la décision du conseiller désigné ordonnant l'inspection"* ». Elles ont demandé, par voie de conséquence, à la chambre du conseil d'ordonner « *à titre principal, [...] au Conseil de la concurrence [...] de communiquer la requête du 12 novembre 2015 introduite auprès du Président du Tribunal d'arrondissement et à Luxembourg et ayant donné lieu à l'Ordonnance, ainsi que les pièces versées à l'appui de cette requête* », ainsi que de « *surseoir à statuer dans l'attente de la communication* » desdites pièces.

Le conseiller désigné du Conseil de la concurrence a maintenu la position qu'il avait adoptée dans un courrier adressé le 18 janvier 2016 aux sociétés requérantes, lors de l'audience du 5 février 2016 ainsi que dans le courriel susvisé du même jour : d'une part, il ne s'est pas opposé à ce que la chambre du conseil puisse prendre connaissance de sa requête 12 novembre 2015 ainsi que de ses annexes. D'autre part, il s'est appuyé sur

l'article 26 (1) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence pour soutenir qu'un accès aux pièces du dossier ne pourrait être accordé aux entreprises concernées qu'à partir de la communication des griefs telle que prévue à l'article 25 de la même loi. Il a expliqué qu'il refusait la communication des pièces en cause « *au stade actuel de la procédure s'agissant d'informations confidentielles dont la divulgation à ce stade précoce serait de nature à mettre en péril l'efficacité de l'enquête* », étant donné que le Conseil de la concurrence ne serait pas en mesure de mener en parallèle des perquisitions dans plusieurs supermarchés, que les sociétés requérantes pourraient trouver dans les documents en cause des informations qui pourraient les « *guider dans des démarches par rapport à des concurrents* » et que le fait de connaître ces informations pourrait être un avantage injustifié dans la procédure actuellement initiée à leur égard. Il a enfin renvoyé au commentaire des articles du projet de loi n° 5816 ayant débouché sur la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, d'après lequel « *[...] tous les éléments matériels en la possession du Conseil ne doivent pas nécessairement être versés au dossier du tribunal, puisqu'ils pourraient être accessibles aux entreprises concernées en cas de recours contre la décision du Président du tribunal. Or, il peut s'agir d'informations confidentielles dont la divulgation à ce stade précoce serait de nature à mettre en péril l'efficacité de l'enquête. Ainsi, il suffit que le juge judiciaire se convainc d'une probabilité quant à la réalité des faits avancés pour autoriser la mesure* ».

En date du 19 février 2016 et sur demande réitérée de la chambre du conseil, le Conseil de la concurrence a également transmis les annexes de la requête en cause du 12 novembre 2015 à la juridiction saisie.

2.2. Appréciation

Ni le deuxième paragraphe de l'article 16 (2) invoqué par les sociétés requérantes, qui se rapporte à la décision d'inspection et non à la requête en autorisation prévue par l'article 16 (3), ni l'extrait des travaux parlementaires cité par le conseiller désigné du Conseil de la concurrence, qui n'a pas de valeur normative, ne sont de nature à résoudre la question du bien-fondé de la demande des sociétés requérantes en communication de la requête et de ses annexes.

La jurisprudence française est fixée depuis longue date à ce sujet, considérant que le droit des parties « *à avoir accès a posteriori aux pièces du dossier présenté par l'Administration, demanderesse à une autorisation de visite et saisie domiciliaires qui leur fait grief ne peut être soumis à contestation* » (Cass. fr. com., 3 oct. 1995, n° 94-13.381, cité par JurisClasseur Concurrence-Consommation, Fasc. 380, Procédures de contrôle des pratiques anticoncurrentielles – enquêtes de concurrence, n° 71) et que « *si l'Administration peut être fondée à garantir l'anonymat de certaines personnes entendues au cours de l'enquête et doit respecter le secret des affaires, dès lors qu'elle produit des pièces pour justifier de présomptions de pratiques anticoncurrentielles au soutien d'une demande d'autorisation de visite et saisie, l'ordonnance qui l'accorde en visant et analysant lesdites pièces ne peut les soustraire à l'examen contradictoire des parties nécessaire à l'exercice du recours qu'elles sont en droit d'introduire contre ladite ordonnance* » (Cass. fr. com., 9 juill. 1996, n° 94-16.223).

Il convient encore d'avoir égard à l'étendue du champ de contrôle confié par la loi du 23 octobre 2011 aux juridictions d'instruction. En matière pénale, l'article 65 du Code d'instruction criminelle permet que « *les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux où peuvent se trouver des objets dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité* », sans édicter pour cela de prescriptions ou de limites spécifiques. Or l'article 16 (3) édicte un encadrement textuel bien plus strict pour qu'une perquisition puisse être ordonnée par le juge judiciaire et, comme corollaire, instaure un champ de contrôle très vaste en cas

de recours, en ce que notamment la requête du Conseil de la concurrence doit être motivée « *de façon circonstanciée* » par rapport aux faits reprochés à l'entité visée ainsi que par rapport au rôle de cette dernière, que la requête est refusée lorsqu'elle « *n'est pas justifiée ou proportionnée par rapport au but recherché par l'inspection* » et que « *l'autorisation du juge doit indiquer, sous peine de nullité, l'objet de la perquisition et son but* ».

Dans ces conditions, la chambre du conseil estime qu'il ne saurait être justifié au regard du principe du contradictoire que des pièces essentielles censées démontrer que les critères édictés par l'article 16 (3) ont été respectés soient versées au seul tribunal appelé à toiser un recours en nullité, sans communication concomitante au requérant en nullité.

Ce principe procédural fondamental ne saurait en l'espèce être primé par l'argumentation du Conseil de la concurrence tiré de la mise en péril incidente de l'efficacité de l'enquête par la « *divulgaration d'informations confidentielles* » – la confidentialité des données annexées en pièce n° 2 à la requête en cause du 12 novembre 2015 n'ayant par ailleurs pas été concrètement étayée lors des débats devant la chambre du conseil – et du manque de moyens du Conseil de la concurrence pour mener en parallèle des perquisitions similaires auprès de plusieurs entités.

Au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, il faut conclure qu'en l'espèce les sociétés requérantes sont en droit, au plus tard au stade des débats quant au fond de leur requête en nullité présentée sur base de l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, d'obtenir communication de la requête en cause du 12 novembre 2015 ainsi que de ses annexes.

Leur demande afférente ainsi que, corrélativement, celle en surséance à statuer, sont partant à déclarer fondées.

PAR CES MOTIFS :

la chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg,

se déclare compétente pour connaître de la requête en nullité présentée par les sociétés requérantes,

déclare recevable quant à la forme et quant au délai la requête en nullité des sociétés anonymes SOC1.) LUXEMBOURG S.A. et SOC1.) INTERNATIONAL S.A.,

déclare irrecevable la demande de voir prononcer la « caducité » de l'ordonnance du 8 décembre 2015,

déclare irrecevable la demande de se voir « réserver tous autres droits, dus et moyens à faire valoir ultérieurement et suivant qu'il appartiendra »,

avant tout autre progrès en cause:

dit qu'il y a lieu à communication aux sociétés requérantes de la requête en autorisation de perquisition et de saisie, déposée le 12 novembre 2015 par le conseiller désigné du Conseil de la concurrence au titre de l'article 16 (3) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ainsi que des trois annexes de ladite requête, et ce pour au plus tard le mercredi 2 mars 2016,

fixe l'affaire pour continuation des débats à l'audience du mercredi 9 mars 2016, 9.00 heures, salle TL 3.10,

réserve les frais de l'instance.

Ainsi fait et prononcé au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, date qu'en tête.

Cette ordonnance est susceptible d'appel.

L'appel doit être interjeté dans les formes et délais prévus aux articles 133 et suivants du Code d'instruction criminelle et il doit être formé par l'inculpé ou son avocat, la partie civile, la partie civilement responsable ainsi que tout tiers concerné justifiant d'un intérêt personnel et leurs avocats respectifs dans les **5 jours** de la notification de la présente ordonnance, auprès du greffe de la chambre du conseil, en se présentant **personnellement** pour signer l'acte d'appel. Si l'inculpé est détenu, il peut déclarer son appel au greffe du Centre pénitentiaire.