

COUR D'APPEL DE BRUXELLES (COUR DES MARCHÉS (19^E CH. A))

8 MAI 2019

CONCURRENCE

Droit belge de la concurrence – Organes – Recours devant la Cour des marchés – Etendue de la juridiction de la Cour

La Cour des marchés ne jouit que d'une compétence d'annulation, et ne dispose pas d'une compétence de pleine juridiction lorsqu'elle statue sur un recours introduit par une partie contre une décision de l'Autorité belge de la concurrence déclarant non fondée une demande de mesures provisoires. Un recours invitant la Cour des marchés à prendre une décision relative à une demande de mesures provisoires qui se substituerait à la décision de l'Autorité de la concurrence, et qui n'invoque pas de moyens tendant à l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence, doit être déclaré irrecevable.

The Great Circle SPRL / de l'Autorité belge de la concurrence; en présence de: Institut royal météorologique, l'Etat belge représenté par le ministre du Budget et de la Fonction publique, chargé de la Loterie nationale et de la politique scientifique et l'Etat Belge représenté par le ministre de l'Emploi de l'économie et des consommateurs

M. Bosmans (conseiller f.f. président), K. Piteus (conseiller) et O. Dugardyn (conseiller suppléant)

Mes Th. Faucon, D. Grisay et C. Binet, R. Boucquey, P. De Bandt et P. L'Ecluse, V. Lefever, E. Waterkeyn

Affaire: 219/MR/1

I. Saisine de la Cour des marchés

I.1. La Cour des marchés est saisie d'un recours contre une décision du Collège de la concurrence de l'Autorité belge de la concurrence (ci-après « ABC ») prise sur la base de l'article IV.64 du CDE (art. IV.79 CDE) déposée au greffe de la cour d'appel de Bruxelles le 21 mars 2019 par la SPRL The Great Circle, demandant:

(...)

La requérante vous prie respectueusement

– de lui donner acte du recours qu'elle interjette par la présente requête de la décision n° ABC-2019-V/M-10 rendue par le Collège de la concurrence de l'Autorité belge de la concurrence le 15 février 2019;

(...)

– de dire le présent recours recevable et fondé;

– en conséquence, de reformer la décision entreprise;

A TITRE PRINCIPAL

D'ordonner à l'entreprise visée (l'IRM) de lui fournir dès le prononcé de votre décision, et jusqu'au moment où interviendra la décision sur la plainte principale, de mettre à sa disposition les données météorologiques brutes qu'elle reçoit de l'ECMWF, à des conditions économiques raisonnables,

MEDEDINGING

Belgisch mededingingsrecht – Organen – Beroep bij het Marktenhof – Rechtsmacht van het Hof

Het Marktenhof geniet enkel een vernietigingsbevoegdheid, geen volle rechtsmacht, wanneer het oordeelt over een beroep, door een partij, tegen een beslissing van de Belgische Mededingingsautoriteit waarin een verzoek van die partij om voorlopige maatregelen niet gegrond wordt verklaard. Een beroep dat het Hof uitnodigt om met betrekking tot een verzoek om voorlopige maatregelen een uitspraak te doen die in de plaats komt van de beslissing van de Mededingingsautoriteit, en geen middelen voorlegt die strekken tot de nietigheid van de beslissing van de Mededingingsautoriteit, moet onontvankelijk worden verklaard.

ables, de manière à pouvoir offrir aux consommateurs son programme « squid » avec toutes ses fonctionnalités.

Le tout sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par jour de retard dans l'exécution de la décision à intervenir, à dater de sa notification.

A TITRE SUBSIDIAIRE

D'ordonner à l'entreprise visée (l'IRM) de lui fournir dès le prononcé de sa décision, et jusqu'au moment où interviendra la décision sur la plainte principale, de mettre à sa disposition les données météorologiques brutes qu'elle reçoit de l'ECMWF, à des conditions économiques raisonnables, de manière à pouvoir offrir aux navigateurs participant à des régates internationales son programme « squid » avec toutes ses fonctionnalités.

Le tout sous peine d'une astreinte de 10.000 EUR par jour de retard dans l'exécution de la décision à intervenir, à dater de sa notification.

(...)

I.2. A l'audience du 27 mars 2019, l'objet du litige a été limité aux questions de la recevabilité du recours de la SPRL The Great Circle et des nullités éventuelles de la requête.

La cause a été fixée pour plaidoiries, sur cet objet limité, à l'audience du 10 avril 2019.

(...)

A l'audience du 10 avril 2019, la cause a été plaidée.

II. Les faits

Au stade actuel de la cause, les faits – autres que ceux qui concernent le déroulement de la procédure – ne sont pas examinés.

Le débat restreint ne concerne que des questions de procédure.

(...)

V. Sur la validité de la requête (art. IV.79 CDE)

(...)

V.2. La requête doit contenir « l'exposé des moyens ». Le législateur n'a pas explicité ce qu'il entend par ce critère. La requête doit préciser l'objet effectif du recours et elle doit contenir les griefs de la partie requérante à l'encontre de la décision attaquée.

La SPRL The Great Circle estime que sa requête contient cet exposé. La requête reprend aux pages 28 et s. la « thèse de la requérante ». Il s'agit effectivement d'un texte qui peut être interprété comme étant « un exposé ». Les titres permettent à la partie adverse de comprendre quels sont les griefs et revendications de la partie requérante.

En effet, la SPRL The Great Circle affirme que sa demande est recevable et que les règles de la concurrence sont applicables, elle invoque le principe des marchés à prendre en considération, elle fait valoir qu'il faut tenir compte des éléments constitutifs d'une infraction aux articles IV.1 CDE et 101 TFUE et sur la position dominante et les éléments constitutifs d'une infraction aux articles IV.2 CDE et 102 TFUE et finalement sur la réunion des conditions en vue de l'octroi des mesures urgentes et provisoires au sens de l'article IV.64 CDE et sur la justification des mesures demandées.

V.3. La Cour observe que la thèse défendue en conclusions par la SPRL The Great Circle (conclusions pp. 10 à 12, « cinquième moyen: sur l'exposé des motifs ») n'est pas conforme au prescrit de l'article 744, 3°, du Code judiciaire lorsqu'il s'agit de définir la notion de « moyens » dans les conclusions.

En vertu de l'article précité, les conclusions contiennent également, « successivement et expressément les moyens invoqués à l'appui de la demande ou de la défense, le cas échéant en numérotant les différents moyens et en indiquant leur caractère principal ou subsidiaire ».

La SPRL The Great Circle renvoie à une doctrine de J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction (lura dicit curia*, Bruylant, 2004, p. 258). Tout d'abord, ce texte de doctrine vise les moyens devant la Cour de cassation, mais en

plus ce texte date de 2004 alors que la loi, qui modifie l'article 744 du Code judiciaire, date du 19 octobre 2015.

Il découle de la combinaison des deux dispositions des articles 744, 3° et 780, 3°, du Code judiciaire que le juge n'est tenu, au regard de son obligation de motivation, que de répondre aux moyens présentés selon les formes prévues à l'article 744, 3°, du Code judiciaire, ce qui implique notamment une exigence de numérotation dès qu'il y a plus d'un moyen. Cet allègement de la tâche du juge a été voulue par le législateur dans une optique de rationalisation des ressources de la justice.

L'indication de moyens numérotés suppose par ailleurs que chaque moyen soit identifié sous un numéro; il ne suffit pas que les conclusions soient pourvues de titres numérotés, lorsque ces titres ne permettent pas l'identification précise du moyen.

Le moyen peut être défini en droit judiciaire comme l'énoncé d'un « raisonnement juridique d'où la partie entend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense » (X. TATON et G. ELOY, « Structure et contenu des conclusions, chose jugée et mesures d'instruction: nouvelles responsabilités des parties », in J. ENGLEBERT et X. TATON (dirs.), *Le procès civil efficace? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri »)*, Bibliothèque de l'unité de droit judiciaire de l'U.L.B., Limal, Anthemis, 2015, p. 88, n° 12).

La cour observe que la SPRL The Great Circle ne reprend en conclusions qu'une énumération de titres (numérotés) mais qu'elle n'a pas respecté la disposition de l'article 744, 3°, du Code judiciaire. Un « raisonnement » n'est pas « un titre »...

La cour « *tachera d'identifier les moyens* » en vue de satisfaire à l'obligation générale de motivation (art. 149 de la Constitution), mais sans qu'il ne puisse lui être reproché de ne pas y avoir eu égard, ceux-ci n'ayant pas été clairement identifiés et numérotés.

(...)

VII. Le déclinatoire de juridiction – La pleine juridiction de la Cour des marchés

VII.1. L'ABC invoque un déclinatoire de juridiction.

Elle fait valoir que le Collège de la concurrence peut faire droit à une demande de mesures provisoires si les trois conditions cumulatives suivantes sont satisfaites: (1) une instruction est ouverte sur le fond; (2) il existe *prima facie* une infraction aux règles de concurrence et; (3) la situation revêt un caractère d'urgence, c'est-à-dire que le demandeur risque d'encourir un préjudice grave, imminent et difficilement réparable.

Selon l'ABC, dans le cadre d'un recours introduit à l'encontre d'une décision rejetant une demande de mesures provisoires adressée à l'ABC, le contrôle de la cour consiste à

vérifier si, au regard des règles et principes en cause, l'appréciation du Collège est entachée d'erreurs de droit ou d'erreurs manifestes d'appréciation quant aux faits (Bruxelles (18^e ch.), 28 avril 2016, 2015/MR/1, pt. 41; Bruxelles (19^e ch.), 28 juin 2017, 2016/MR/2, pt. 15).

Il s'agit donc d'un contrôle de la légalité qui s'exerce uniquement au regard de la décision litigieuse en cause et qui est par ailleurs *marginal* dès lors que seules des erreurs *manifestes* d'appréciation sont susceptibles d'entraîner l'annulation d'une décision du Collège rejetant une demande de mesures provisoires.

Il en résulte que le Collège dispose d'une *large marge d'appréciation* s'agissant de l'octroi de mesures provisoires, comme l'atteste également le terme « *peut* » utilisé à l'article IV.64 du CDE.

Toujours selon l'ABC, dès lors que la cour n'est pas une autorité de concurrence, il ne lui revient pas d'ordonner elle-même des mesures provisoires, telles que celles pouvant être ordonnées par le Collège sur la base de l'article IV.64 du CDE, sur la base de sa propre appréciation *prima facie* de l'existence d'une infraction aux règles de concurrence et, en particulier, aux articles IV.1 et IV.2 du CDE et/ou aux articles 101 et 102 TFUE.

En effet, – toujours selon l'ABC – si, dans un cas où le Collège de la concurrence n'a pas retenu l'existence *prima facie* d'une infraction aux règles de la concurrence, la cour se réservait néanmoins le pouvoir de constater elle-même une infraction à ces dispositions, elle agirait comme une autorité de concurrence (Th. DE MEESE et E. WIJCKMANS, « Voorlopige maatregelen door de Belgische Mededingingsautoriteit: stand van zaken na 5 jaar *prima facie*-vastellingen onder Boek IV van het Wetboek economisch recht », *T.B.H.*, 2018/8, p. 809. Les auteurs considèrent qu'en ordonnant des mesures provisoires et se mettant ainsi à la place du Collège, votre cour violerait le principe de la séparation des pouvoirs. Voir égal. H. GILLIAMS, « 'Volle rechtsmacht' en de rol van het hof van beroep in de toepassing van het mededingingsrecht », in W. DEVROE, K. GEENS et P. WYTINCK (eds.), *Mijlpalen uit het Belgisch mededingingsrecht geannoteerd. Liber amicorum Jules Stuyck*, Mechelen, Kluwer, 2013, pp. 311 et 312).

L'ABC conclut qu'il en résulte que, s'agissant des mesures provisoires pouvant être ordonnées sur la base de l'article IV.64 du CDE, la cour *ne saurait se substituer* au Collège en ordonnant de telles mesures, quand bien même elle estimerait que ce dernier a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste d'appréciation quant aux faits en estimant qu'il n'existait pas *prima facie* une infraction aux articles IV.1 ou IV.2 du CDE ou aux articles 101 ou 102 TFUE justifiant l'octroi de mesures provisoires.

VII.2. La SPRL The Great Circle fait valoir:

« VI – QUATRIÈME MOYEN: SUR LA COMPÉTENCE DE LA COUR D'APPEL POUR ORDONNER DES MESURES PROVISOIRES

6.1. – *A titre principal, la cour d'appel dispose d'une compétence de pleine juridiction.*

L'article IV.79, § 2, du Code de droit économique veut que:

'La Cour des marchés statue, selon la procédure comme en référé, en droit et en fait sur l'affaire soumise par les parties.

La Cour statue, sauf dans les cas visés au troisième alinéa, avec pleine juridiction en ce compris la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision.

Dans les affaires qui portent sur l'admissibilité des concentrations ou des conditions ou charges imposées par le Collège de la concurrence ainsi que les affaires dans lesquelles la cour constate, contrairement à la décision attaquée, une infraction aux articles 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la cour statue uniquement sur la décision attaquée avec une compétence d'annulation.' (souligné par la concluante).

La Cour a donc, en principe, une compétence de pleine juridiction, les deux seules exceptions à ce principe, formulées au troisième alinéa de la disposition susvisée, devant être interprétées restrictivement.

L'affaire qui est soumise en l'espèce à la cour ne porte pas sur l'admissibilité d'une concentration ou les conditions imposées par le Collège de la concurrence. Il n'y a pas de contestation à ce sujet.

La première exception au principe n'est donc pas applicable.

La décision de l'Autorité belge de la concurrence dont la concluante sollicite la réformation a été rendue dans le cadre de l'article IV.64 du Code de droit économique selon lequel:

§ 1^{er}. Le Collège de la concurrence peut, selon les conditions prévues au présent article, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général.

Un rapprochement doit être effectué avec les limites de la juridiction du président lorsqu'il est saisi sur base de l'article 584 du Code judiciaire.

*Le juge peut, certes, connaître des droits des parties mais sans pouvoir dire leurs droits, et sa décision ne lie pas le juge du fond (G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé. Aspects de procédure*, Bruxelles, Larcier, 2016, 284; G. DE LEVAL, *Jurisprudence du Code judiciaire**

commentée, la Charte, 2017, t. I, p. 101 et jurisprudence citée).

La compétence de l'Autorité belge de la concurrence dans le cadre de l'article IV.64 du Code de droit économique est rigoureusement limitée à des mesures provisoires. S'il peut prendre ces mesures ou les refuser sur base d'apparence de droit, il ne peut en aucun cas dire les droits des parties, auquel cas il excéderait les limites du provisoire.

Le Collège de la concurrence n'a d'ailleurs pas fait autre chose puisqu'après avoir décidé 'qu'il est prima facie insuffisamment établi à ce stade de procédure de mesures provisoires que les reproches formulés par la requérante puissent constituer une infraction aux articles IV.1 ou IV.2 CDE ou 101 ou 102 TFUE imputable à la défenderesse', il a rejeté pour non fondée la demande de mesures provisoires introduite par la concluante.

La décision entreprise ne constate pas l'absence d'infraction aux dispositions précitée. Elle n'aurait pas pu le faire. La Cour, par conséquent, ne pourrait 'constater, contrairement à la décision attaquée, une infraction aux articles 101 ou 102 du TFUE'.

La seconde exception au principe de la compétence de pleine juridiction de votre Cour n'est donc pas davantage applicable à la présente cause que la première.

6.2. – A titre subsidiaire; même si la cour estime détenir une compétence d'annulation, elle maintient son pouvoir de réformer la décision si elle le souhaite

Conformément à l'article IV.79, § 2, du Code de droit économique:

'La Cour des marchés statue, selon la procédure comme en référé, en droit et en fait sur l'affaire soumise par les parties.

La cour statue, sauf dans les cas visés au troisième alinéa, avec pleine juridiction en ce compris la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision.

Dans les affaires qui portent sur l'admissibilité des concentrations ou des conditions ou charges imposées par le Collège de la concurrence ainsi que les affaires dans lesquelles la cour constate, contrairement à la décision attaquée, une infraction aux articles 101 ou 102 traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la cour statue uniquement sur la décision attaquée avec une compétence d'annulation.'

Ainsi, une distinction est faite entre les affaires dans lesquelles la cour d'appel doit statuer avec la pleine juridiction en ce compris la compétence de substituer sa propre décision à la décision attaquée, et les affaires dans lesquelles la cour statue avec une compétence d'annulation.

(...)

En effet, si la cour d'appel de Bruxelles peut substituer sa propre décision à la décision de l'Autorité de la concurrence,

c'est pour respecter les exigences de la cour de Strasbourg. Pour cause, la Cour eur. D.H., dans l'affaire Menarini avait en substance jugé que l'article 6, 1., de la convention n'interdit pas qu'une autorité administrative prononce une sanction relevant de la matière pénale si un 'organe de pleine juridiction' peut en être saisi sur recours.

Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droits pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (Chevrol / France, n° 49636/99, § 77, CEDH 2003-III; Silvester's Horeca Service / Belgique, n° 47650/99, § 27, 4 mars 2004; et Menarini Diagnostics S.r.l., précité, § 59).

En l'espèce, l'Autorité belge de la concurrence est une autorité administrative qui prononce des sanctions relevant de la matière pénale. En tant qu'instance de recours contre les décisions de l'Autorité belge de la concurrence, la cour d'appel doit donc pouvoir détenir une compétence de pleine juridiction dans les limites des compétences conférées à l'ABC, notamment par l'article IV.64 CDE en matière de mesures provisoires.

En l'espèce, la Cour des marchés a donc la compétence de réformer la décision attaquée et d'y substituer sa propre décision. »

(...)

VII.3. Certes, en vertu de l'article IV.79, § 2, alinéa 2, CDE, la Cour des marchés statue, sauf dans les cas visés à l'alinéa 3, avec pleine juridiction en ce compris la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision.

Il ressort de ce texte que le recours doit être distingué d'un appel ordinaire au sens du Code judiciaire (voir infra, VII.8).

VII.4. Les travaux préparatoires de l'article IV.79, § 2, alinéa 2, du CDE – plus particulièrement l'avis du Conseil d'Etat – enseignent (Doc. 53-2591/001 et 53-2592/001, pp. 165 et s.);

« On peut s'interroger sur la portée précise des notions de 'pleine juridiction' (P. LEMMENS, "Enkele beschouwingen bij de zogenaamde 'volle rechtsmacht' van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties", in Liber Amicorum Marc Boes, Bruges, la Charte, 2011, 393-410. Cet auteur suggère d'utiliser la définition de 'contrôle juridictionnel approfondi') et 'substitution de sa propre décision'. Cette portée devrait dès lors être précisée et explicitée plus avant dans le texte du projet, d'autant qu'une définition correcte de la compétence doit permettre d'examiner si la cour d'appel de Bruxelles ne doit pas être réputée pouvoir prendre certaines décisions qui ne sont pas tant celles d'un organe juridictionnel mais plutôt celles d'une autorité de concurrence.»

Les travaux préparatoires ajoutent que *le contrôle n'est pas limité* à un contrôle de la légalité de la décision administrative mais que la cour *peut* aussi considérer la proportionnalité entre une faute et une sanction.

Que le contrôle n'est « pas limité » suppose que ce contrôle est néanmoins effectué « avant » que le contrôle soit étendu à d'autres éléments.

Le contrôle des faits est donc en premier lieu prévu pour permettre à la cour d'exercer un contrôle juridictionnel sur l'application des sanctions. C'est d'ailleurs en ce sens que les travaux préparatoires renvoient à l'arrêt *Menarini* de la Cour eur. D.H. du 27 septembre 2011.

(...)

La Cour des marchés – bien que faisant partie de l'ordre judiciaire – exerce un recours qui est en partie – c'est-à-dire en ce qui concerne l'examen si la décision attaquée est entachée ou non de vices qui justifient son infirmation – comparable au recours exercé devant le Conseil d'Etat.

(...)

VII.7. Le recours devant la Cour des marchés suppose donc avant tout un contrôle de la légalité et de la régularité de la décision administrative. Le législateur n'a pas expressément limité la pleine juridiction de la Cour des marchés (en ce sens la compétence de la Cour des marchés n'est pas comparable à celle du Conseil d'Etat – voir art. 14 des lois coordonnées en matière du Conseil d'Etat (le Conseil d'Etat ne peut statuer que sur « *les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements* »)).

Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (dont la Cour des marchés fait partie) disposent d'une juridiction instaurée par la Constitution (art. 144 et s.).

Une action en justice n'est admissible (ou recevable) que dans la mesure où elle est introduite en respectant l'objectif pour lequel l'action est instaurée.

La seule constatation qu'un recours peut techniquement être introduit devant une juridiction de l'ordre judiciaire (même à supposer qu'il s'agisse d'une compétence exclusive d'un tribunal particulier, comme c'est le cas pour la Cour des marchés) ne peut pas avoir comme effet que n'importe quel recours introduit par une partie, qui est légalement habilitée à introduire un recours serait admissible et le seul fait que le recours est effectivement introduit à l'encontre d'une décision administrative – qui est en principe susceptible d'un recours – ne suffisent pas pour que l'action en justice (ici le recours prévu par l'art. IV.79 CDE) soit admissible.

Une action en justice ne peut pas être utilisée de façon dysfonctionnelle. Il s'agit d'une compétence liée tendant à permettre au titulaire d'un droit matériel d'atteindre un objectif spécifique, en particulier la sécurisation effective de son

droit subjectif. Si l'action en justice est utilisée à d'autres fins, l'action sera inadmissible (ou irrecevable).

VII.8. Comme la SPRL The Great Circle limite sa demande à entendre:

« *Dire pour droit que la requête d'appel déposée le 21 mars 2019 est valable;*

– *recevoir l'appel introduit par la concluyente;*

– *donner acte à la concluyente de ce qu'elle sollicite de votre Cour à titre subsidiaire, pour autant que de besoin et sans reconnaissance préjudiciable, qu'elle ordonne à l'Etat belge seul ou solidairement avec l'IRM de mettre à la disposition de la concluyente dès le prononcé de votre décision et jusqu'au moment où interviendra la décision sur la plainte principale, les données météorologiques brutes qu'elle reçoit de l'ECMWF, à des conditions économiques raisonnables, de manière à ce qu'elle puisse offrir aux consommateurs son programme Squid avec toutes ses fonctionnalités;*

– *surseoir à statuer pour le surplus. »*

Il importe d'examiner dans quelles circonstances et conditions, la Cour des marchés sera amenée à *substituer* sa propre décision à la décision attaquée.

Certes, la juridiction de la Cour des marchés est plus étendue que celle du Conseil d'Etat en son article 14.

Mais, cette juridiction particulière qui est attribuée à la Cour des marchés par la *lex specialis* (à savoir le CDE) n'en fait cependant pas « une juridiction d'appel (ordinaire) avec la compétence de pouvoir réformer la décision entreprise en second degré de juridiction ».

Le recours devant la Cour des marchés doit être distingué d'un appel ordinaire au sens du Code judiciaire.

Par « *appel ordinaire* », la Cour des marchés entend l'appel porté devant toute juridiction instaurée par le Code judiciaire qui est appelée à statuer sur le litige en vertu d'un recours qui est formé contre une décision rendue par un juge de l'ordre judiciaire en première instance et en vertu de la compétence dont dispose ce juge d'appel (faisant usage du principe de l'effet dévolutif) de revoir le litige en fait et en droit et de « re-statuer » c'est-à-dire de réexaminer la cause en fait et en droit, le cas échéant, en prenant en considération de nouveaux moyens et arguments ainsi qu'en ayant égard à d'autres ou de nouvelles pièces justificatives, le tout en fonction de l'évolution de la cause en fait et en droit (éventuellement même eu égard à une nouvelle législation entrée en vigueur depuis l'acte introductif d'instance).

La loi spécifie bien que la pleine juridiction *inclut* la compétence de substituer à la décision attaquée sa propre décision.

La substitution de la décision de la Cour des marchés en lieu et place de la décision du régulateur (en l'espèce de l'ABC) n'est donc pas le principe même du recours, mais bien au contraire une faculté.

VII.9. La Cour des marchés exerce un contrôle juridictionnel (en un seul degré de juridiction) sur les décisions de certaines autorités administratives, mais avant de pouvoir examiner s'il y a lieu de substituer à la décision attaquée sa propre décision, il faut que la décision attaquée soit annulée.

Il faut donc que la partie requérante invoque et prouve que la décision attaquée est irrégulière ou illégale *sensu lato*.

La Cour des marchés ne doit pas se prononcer sur les griefs qui ne mettent en cause que des questions de politique ou d'opportunité. Il ne relève donc pas du pouvoir d'une juridiction de compléter ce qui peut être décidé et ce qui a été décidé de manière discrétionnaire par l'Autorité de la concurrence.

En ce qui concerne la procédure, la Cour des marchés limite le contrôle aux questions si les prescriptions de la procédure et les conditions de la motivation sont respectées, elle contrôle la régularité et la légalité de la décision en ce compris le respect des principes généraux de bonne administration *sensu lato*.

Quant au fond de la cause, la Cour limite le contrôle à la question si les faits sont reproduits de manière exacte et s'il n'y a pas une appréciation manifestement inexacte des faits et si la qualification juridique des faits est exacte, la pleine juridiction implique la possibilité de les constater, de les contrôler et de rectifier les éventuelles fautes commises lors de leur constatation. La Cour apprécie si les preuves apportées constituent un cadre de faits pertinents en vue de l'appréciation de l'infraction et peuvent servir de base aux conclusions qui en sont tirées.

En décider autrement reviendrait à attribuer à la Cour des marchés les compétences d'une autorité de la concurrence et de violer ainsi le principe de la séparation des pouvoirs.

L'ABC est une autorité administrative faisant partie du pouvoir exécutif. Dans la mesure où des autorités administratives sont autorisées à prendre des décisions dont certaines ont une portée équivalente à celle des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, il est impératif qu'un recours juridictionnel soit instauré par le législateur afin de garantir au justiciable un recours devant une juridiction faisant partie de l'ordre judiciaire.

Il s'ensuit que la Cour des marchés ne peut donc substituer sa décision à celle de l'ABC que lorsque la Cour constate que la décision de l'ABC est illégale ou irrégulière (p. ex. lorsqu'un quelconque principe de bonne administration serait violé par la décision administrative attaquée).

En l'espèce, la SPRL The Great Circle ne développe aucun moyen invoquant une quelconque irrégularité ou illégalité de la décision attaquée.

Le recours critique l'ABC en ce qu'il n'a pas suivi la thèse de la SPRL The Great Circle visant à considérer le comportement d'autres entreprises comme constituant des infrac-

tions et, par ce fait, n'a pas autorisé les mesures provisoires demandées par elle.

Il s'agit donc – *prima facie* et à défaut de précision dans l'exposé des moyens qui forment l'objet du recours – d'une demande à la Cour des marchés de statuer comme « autorité de la concurrence d'appel », ce qui n'est pas prévu par l'article IV.79 CDE.

Il ressort en outre des travaux préparatoires concernant l'article IV.64 CDE que l'intention du législateur n'était en aucun cas de permettre à la Cour des marchés de se substituer au Collège en faisant fi de la marge d'appréciation dont dispose ce dernier.

En effet, il a été considéré que « la cour d'appel de Bruxelles ne pourra pas substituer sa décision à celle du [Collège] uniquement à des fins d'opportunité mais bien en cas d'illégalités ou d'un défaut de proportionnalité de la mesure imposée » (Doc. 53-2591/001 et 53-2592/001, avis du Conseil d'Etat, pp. 165 et s. Le texte suivant est cité en Néerlandais dans les travaux préparatoires. La Cour des marchés cite ce texte à titre informatif. Ce texte ne fait pas partie des considérations de la Cour. « Het hof van beroep te Brussel zal niet louter omwille van opportunititsredenen zijn beslissing in de plaats kunnen stellen van deze van het Mededingingscollege of de voorzitter, doch wel omwille van gebreken in de wettigheid of de proportionaliteit van de opgelegde maatregel. »).

Il s'ensuit que même à supposer que la demande – que la Cour substitue sa décision à la décision attaquée de l'ABC – impliquerait tacitement une demande d'annulation de la décision attaquée avant de la voir remplacée par une décision de substitution par la Cour des marchés, il y a lieu de constater que la Cour des marchés ne pourrait pas en arriver à cette substitution lorsqu'il s'avère que la SPRL The Great Circle ne fait pas valoir le moindre grief quant à la régularité et/ou la légalité *sensu lato* de la décision attaquée (voir ci-dessus).

Une annulation implicite nécessite impérativement que des griefs, justifiant l'annulation de la décision attaquée, soient invoqués et déclarés fondés par la Cour des marchés.

En l'espèce, la SPRL The Great Circle ne fait valoir aucun grief touchant à la régularité ou à la légalité *sensu lato* de la décision attaquée.

VII.10. En conclusion, le pouvoir – pour la Cour des marchés – d'ordonner des mesures provisoires (art. IV.64 CDE) ne saurait être exercé indépendamment de l'exercice par la Cour de sa compétence d'annulation, laquelle ne saurait pas davantage être exercée à défaut d'une demande en ce sens formulée par la SPRL The Great Circle dans le cadre de son recours.

Il s'ensuit que le recours est inadmissible au motif que l'annulation de la décision attaquée n'est pas demandée.

Le recours devant la Cour des marchés n'est pas admissible lorsqu'il se limite à la demande que la Cour des marchés substitue sa décision à celle de l'ABC sans critiquer avec succès la légalité et/ou la régularité de la décision attaquée.

VIII. Application de l'article IV.79, § 2, alinéa 3, CDE – Pouvoir de la Cour des marchés

limité à l'annulation

VIII.1. L'ABC fait valoir en outre qu'en tout état de cause la juridiction de la Cour des marchés est restreinte en l'espèce à celle de l'annulation ou non de la décision attaquée et ce en vertu de l'article IV.79, § 2, alinéa 3, CDE.

En vertu de cette disposition légale « [d]ans les affaires qui portent sur l'admissibilité des concentrations ou des conditions ou charges imposées par le Collège de la concurrence ainsi que les affaires dans lesquelles la cour constate, contrairement à la décision attaquée, une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE, la Cour statue uniquement sur la décision attaquée avec une compétence d'annulation ».

Dans la mesure où la SPRL The Great Circle demande (requête p. 18):

« A. Existence *prima facie* d'une infraction au droit de la concurrence

Une demande de mesures provisoires ne peut être introduite que si les faits apparaissent prima facie contraires au droit de la concurrence.

En l'espèce, et comme démontré ci-dessus, le refus des entreprises visées dans la plainte principale de fournir à la plaignante, à des conditions équitables, les données météorologiques brutes qui lui sont absolument nécessaires pour faire fonctionner son programme de guidage maritime peuvent s'analyser, prima facie, aussi bien comme une pratique concertée de refus de vente que comme un abus de position dominante, tous deux manifestement contraires au regard du droit belge de la concurrence ».

cette demande suppose que la Cour constate que le comportement visé constitue un comportement contraire aux règles de la concurrence et donc une infraction à l'article 102 du TFUE.

(...)

VIII.2. S'il est exact que la mesure sollicitée ne vise que la prise de mesures provisoires, toujours est-il que ces mesures sollicitées doivent – toujours dans la thèse de la SPRL The Great Circle – éviter un abus de position dominante et nécessitent donc avant tout l'examen que la partie à laquelle la SPRL The Great Circle veut voir imposer la mesure commet un abus de position dominante.

(...)

En vertu de l'article IV.64, § 1^{er}, CDE, l'ABC peut « prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général ».

Pour que la décision puisse être justifiée, il faut donc impérativement une appréciation *prima facie* de l'existence d'une situation qui justifie que l'ABC ordonne des mesures destinées à suspendre des pratiques restrictives de la concurrence.

Il s'ensuit qu'en vertu de l'article IV.79, § 2, alinéa 3, CDE, la juridiction de la Cour des marchés est limitée en l'espèce à la compétence d'annulation.

En effet, même lorsque la Cour décide *prima facie* – et ce contrairement à ce qu'avait décidé l'ABC – qu'il pourrait y avoir une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et difficilement réparable à la suite de pratiques restrictives de concurrence, la Cour examine nécessairement une situation de fait qu'elle qualifie (fût-ce *prima facie*) comme pouvant être une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE. Certes la qualification d'une situation comme étant *prima facie* susceptible de constituer une atteinte aux principes de la concurrence n'est pas un constat d'une infraction, mais cette appréciation *prima facie* pourrait – lors de son examen au fond – résulter en un constat d'une infraction. Il serait illogique de traiter différemment d'une part le risque qu'un comportement constituerait une infraction et d'autre part la constatation qu'un comportement constitue une infraction. Ceci est d'autant plus pertinent dans la mesure où un constat *prima facie* d'un comportement infractionnel implique une apparence sérieuse d'une infraction.

IX. Décision

(...)

Le recours est inadmissible en vertu de l'article IV.79, § 2, alinéas 1^{er} et 2, du CDE, tout au moins, le recours est irrecevable (en vertu de ce même art. IV.79, § 2, al. 3, CDE) dans la mesure où la SPRL Great Circle demande que la Cour ordonne des mesures alors que la Cour ne peut avoir qu'une compétence d'annulation.

(...)

Par ces motifs,

La Cour des marchés,

(...)

Dit que le recours introduit par la SPRL The Great Circle est inadmissible;

(...)