

Numéro du répertoire 2020 / 1483
Date du prononcé 19 février 2020
Numéro du rôle 2019/MR/4

Non communicable au receveur

Expédition

Délivrée à	Délivrée à	Délivrée à
le	le	le
€	€	€
CIV	CIV	CIV

Question préjudicielle

Cour d'appel

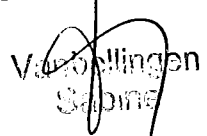
Bruxelles

Section Cour des marchés

19^e chambre A

Chambre des marchés

*Question préjudicielle
24/02/2020*

Présenté le 28 FEB. 2020
Non enregistrable  V. Bellinghien Sabine

Arrêt Interlocutoire

*792+dos
+
question préjudicielle.
+ ICC COM. euwvsm*

La société anonyme de droit public bpost, anciennement La Poste, dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, Centre Monnaie, identifiée auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0214.596.464, ci-après « **bpost** », rep. par Maître Jan BOCKEN (jan.bocken@eubelius.com), avocat dont le cabinet est établi à 1050 Ixelles, Avenue Louise 99,

Partie requérante,

contre

Partie(s) adverse(s) :

L'Autorité belge de la concurrence, ayant son siège à 1210 Bruxelles, City Atrium, Rue du Progrès 50, ci-après également « **l'Autorité** », rep. par Mes Philippe VERNET (philippe.vernet@deprevernet.be) et Evrard DE LOPHEM (evrard.de.lophem@deprevernet.be), avocats, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, place Flagey 7.

EN PRÉSENCE DE :

- 1) La société anonyme PUBLIMAIL, dont le siège social est établi à 1120 Bruxelles, rue de Meudon 60, identifiée auprès de la Banque Carrefour des Entreprises sous le numéro 0428.912.818, ci-après « **Publimail** », représentée par Mes Philippe BINNEMANS (philippe.binnemans@skynet.be) et Benjamin VENET (b.venet@avocat.be), dont le cabinet est établi à 3090 Overijse, Prins Karellaan 45.

PARTIE INTERVENANTE

- 2) La COMMISSION EUROPÉENNE, dont le siège est établi à 1049 Bruxelles, rue de la Loi 200, assistée et représentée par Me Paul LEFEBVRE (paul.lefebvre@hvdb.com), avocat à la Cour de cassation, dont le cabinet est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 480/9.

PARTIE INTERVENANTE EN TANT QU'AMICUS CURIAE

Entendu les conseils des parties aux audiences publiques du 8 janvier 2020

I. Saisine de la Cour des marchés :

I.1.

La Cour des marchés est saisie par une citation après cassation, signifiée le 30 septembre 2019, à la requête de la *société anonyme de droit public BPOST* (ci-après « BPOST ») à :

1. l'Autorité Belge de la Concurrence, personne morale de droit public ayant obtenu une reprise d'instance du Conseil de la concurrence (ci-après « l'ABC ») ;
2. a. pour autant que de besoin, la société anonyme LINK2BIZ INTERNATIONAL, déclarée en faillite par le tribunal de commerce de Nivelles le 13 septembre 2010 ;
2.b. Maître Marc-Alain SPEIDEL en sa qualité de curateur de la S.A. LINK2BIZ INTERNATIONAL ;
3. la société anonyme PUBLIMAIL ;
4. a. la société anonyme G3 WORLDWIDE (BELGIUM) avec pour dénomination commerciale « SPRING » ;
4.b. pour autant que de besoin, Monsieur Rudi VAN RILLAER, administrateur délégué de G3 WORLDWIDE BELGIUM. BPOST explicite que Van Rillaer est mentionné à tort comme partie séparée par la Cour de cassation.
5. La COMMISSION EUROPÉENNE en tant que « *amicus curiae* ».

Les parties suivantes ont conclu :

- la S.A. de droit public BPOST, par conclusions déposées le 16/10/2019 ;
- l'ABC, par conclusions déposées le 16/10/2019 ;
- la S.A. PUBLIMAIL par conclusions déposées le 24/10/2019 ;
- la Commission Européenne, en tant que « *amicus curiae* » par des observations écrites déposées le 16/10/2019 ;

II. Antécédents de la procédure :

II.1.

Par une décision du 20 juillet 2011, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après l'« IBPT »), en sa qualité d'autorité de régulation sur la base de la réglementation postale sectorielle, a condamné BPOST au paiement d'une amende de 2,3 millions d'euros en raison d'une violation, par celle-ci, de l'obligation de non-discrimination prévue aux articles 144*bis* et 144*ter*, § 1, 5° de la Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Cette violation consistait, en résumé, en la mise en place, par BPOST, pour l'année 2010, d'un système de tarification – et plus particulièrement de rabais sélectif – fondé sur une différence de traitement injustifiée entre intermédiaires et clients directs.

Cette procédure n'avait pas trait à l'existence d'éventuelles pratiques anti-concurrentielles.

Suite au recours en annulation exercé par BPOST, la cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt du 10 mars 2016 – et suite à un arrêt de la Cour de Justice prononcé sur une question préjudicielle, relative à la nature prétendument discriminatoire du nouveau système de tarification – a considéré que la pratique tarifaire susmentionnée n'était pas discriminatoire et elle a annulé la décision de l'IBPT.

Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours.

(première procédure)

II.2.

Dans l'intervalle, par décision n° 2012-P/K-32 du 10 décembre 2012, l'ancien ¹ Conseil de la concurrence a constaté l'existence d'un abus de position dominante dans le chef de BPOST et, partant, d'une infraction aux articles 3 de la Loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique et 102 du TFUE, suite à l'adoption et la mise en œuvre de son nouveau système de tarification, appelé le modèle expéditeur, de janvier 2010 à juillet 2011. Le Conseil a, ainsi, condamné BPOST au paiement d'une amende de 37.399.786 €.

L'amende susmentionnée a été fixée en tenant compte de l'amende déjà imposée par l'IBPT, le Conseil ayant déduit le montant imposé par l'IBPT de celui qu'il aurait normalement imposé. Cette procédure n'avait pas trait à l'existence d'éventuelles pratiques discriminatoires.

¹ La loi belge a été modifiée et l'Autorité belge de la Concurrence (ABC) a entamé ses activités en tant que service autonome doté d'une personnalité juridique le 6 septembre 2013. La Cour de Cassation a, sur question préjudicielle de la Cour d'appel, confirmé dans un arrêt du 20 novembre 2014 que l'ABC a le droit de défendre les décisions de l'ancien Conseil de la concurrence devant la Cour d'appel.

II.3.

Par requête déposée au greffe le 9 janvier 2013, BPOST a introduit un recours en annulation à l'encontre de cette décision devant la cour d'appel de Bruxelles (n° R.G. 2013/MR/2) (deuxième procédure)

Par arrêt du 10 novembre 2016, la cour d'appel a (i) donné acte à l'ABC de sa reprise d'instance, succédant au Conseil de la concurrence, (ii) annulé la décision attaquée du Conseil de la concurrence, (iii) dit pour droit que la Caisse des dépôts et consignations sera tenue, sur présentation d'un exploit de signification de l'arrêt, de libérer, en faveur de BPOST, le montant de l'amende payée et (iv) condamné l'ABC aux dépens de BPOST et délaissé aux parties intervenantes leurs propres dépens.

Selon cet arrêt, l'annulation de la décision attaquée était justifiée par sa contrariété au principe *non bis in idem*, la cour ayant considéré que les faits à l'origine de la seconde procédure étaient les mêmes que ceux à l'origine de la première procédure pour lesquels BPOST avait déjà été acquittée.

L'annulation de la Décision était notamment basée sur la motivation suivante :

58.

Compte tenu de la décision de la cour du 10 mars 2016 coulée en force de chose jugée qui statue définitivement et au fond sur les poursuites menées par l'IBPT contre bpost pour des faits très sensiblement les mêmes que ceux visés par les poursuites et la Décision du Conseil (le modèle par expéditeur de la tarification conventionnelle de bpost pour l'année 2010),

bpost est fondée à invoquer le principe *non bis in idem* devant la cour qui, pour ce motif, annule la Décision entreprise, les poursuites étant devenues irrecevables.

Le recours de bpost est dès lors fondé, sans qu'il soit besoin d'examiner ses autres moyens.

II.4.

Le 9 mars 2017, l'ABC a fait signifier un pourvoi en cassation à l'encontre dudit arrêt.

II.5.

Par son arrêt du 22 novembre 2018, la Cour de cassation « casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il donne acte à [l'ABC] de sa reprise d'instance, succédant au Conseil de la concurrence » et « renvoie la cause, ainsi limitée, devant [la Cour des marchés] ».

II.6.

La procédure actuelle est la procédure sur renvoi.

II.7.

Aux audiences du 18 décembre 2019, du 15 janvier 2020 et du 29 janvier 2020, la cause a été plaidée.

À l'audience du 29 janvier 2020 les parties ont déposé une note sur la formulation des questions préjudicielles que la Cour des marchés poserait le cas échéant à la CJUE.

III. Les faits :

La Cour de cassation donne le résumé suivant des faits de la cause :

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

1. La défenderesse offre des services de distribution postale à deux catégories spécifiques de clients, à savoir les expéditeurs d'envois en nombre, qui sont des consommateurs finaux, et les entreprises de routage, qui sont des intermédiaires fournissant eux-mêmes des services en amont du service de distribution postale, par la préparation du courrier (impression, mise sous enveloppe, étiquetage et affranchissement) et le dépôt des envois (collecte, regroupement et conditionnement des envois en sacs postaux, transport et dépôt auprès des endroits désignés par l'opérateur postal).

Les parties appelées en déclaration d'arrêt commun, qui sont des entreprises de routage, ont successivement déposé plainte pour abus de position dominante auprès du Conseil de la concurrence en raison du nouveau modèle de tarification conventionnelle de la défenderesse pour la distribution d'envois publicitaires adressés (*direct mail*) et d'envois administratifs (*admin mail*) applicable à partir du 1^{er} janvier 2010, dès lors que le système de rabais quantitatif était dorénavant calculé sur la base du volume d'envois déposé par expéditeur et non plus, pour les intermédiaires, sur la base du volume total d'envois en provenance de l'ensemble des expéditeurs auxquels ils fournissent leurs services.

Par décision du 10 décembre 2012, le Conseil de la concurrence a décidé que la défenderesse a enfreint les articles 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006, et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il a considéré que le traitement différencié de rabais quantitatifs ne constituait pas une discrimination au sens strict du terme, mais était abusif en ce qu'il plaçait les intermédiaires dans une situation concurrentielle désavantageuse par rapport à la défenderesse, le système pratiqué incitant les clients importants à conclure directement avec cette dernière.

2. Dans le cadre de l'application de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, l'Institut belge des

services postaux et des télécommunications a infligé à la défenderesse, par décision du 20 juillet 2011, une amende pour violation de son obligation de non-discrimination et de transparence prévue par les articles 144*bis* et 144*ter* de cette loi, alors applicables, en ce qui concerne les tarifs conventionnels de l'année 2010.

Saisie du recours de la défenderesse, la cour d'appel de Bruxelles, se fondant sur l'arrêt C-340/13 rendu le 11 février 2015 par la Cour de justice de l'Union européenne qu'elle avait saisie d'une question préjudicielle, a considéré, par arrêt du 10 mars 2016, que le système litigieux n'était pas contraire à l'obligation de non-discrimination et a annulé en conséquence la décision de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications.

Cette décision était coulée en force de chose jugée au moment où, par l'arrêt attaqué, la cour d'appel a statué sur le recours de la défenderesse contre la décision du Conseil de la concurrence.

L'arrêt attaqué décide que celle-ci est fondée à invoquer le principe *non bis in idem*.

IV. Les demandes formulées en termes de conclusions et vérification de la recevabilité :

IV.1.

En conclusions, BPOST demande :

« *Préalablement, quant à l'appel incident de Publimail :*

- *À titre principal : de déclarer l'appel incident de Publimail irrecevable, et par conséquent rejeter les demandes, arguments et moyens invoqués par Publimail en sa qualité de partie intervenante et tendant à modifier la décision n° 2012-P/K-32 du Conseil de la concurrence du 10 décembre 2012 ;*

- *À titre subsidiaire, dans la mesure où Votre Cour déclarerait l'appel incident de Publimail recevable, de déclarer l'appel incident de Publimail non fondé, et par conséquent rejeter les demandes, arguments et moyens invoqués par Publimail en sa qualité de partie intervenante et tendant à modifier la décision n° 2012-P/K-32 du Conseil de la concurrence du 10 décembre 2012.*

Quant au recours de bpost, de déclarer recevable la saisine de Votre Cour conformément à l'article 1110 du Code judiciaire et par conséquent :

- *À titre principal : d'annuler la décision n° 2012-P/K-32 du Conseil de la concurrence du 10 décembre 2012 et, partant, constater le caractère indu du paiement de l'amende de 37.399.786 EUR opéré par bpost;*

- *À titre subsidiaire : d'annuler l'amende de 37.399.786 EUR imposée par le Conseil de la concurrence à bpost et partant, constater le caractère indu du paiement opéré par bpost ou, à tout le moins, réduire le montant de l'amende de façon substantielle, et le cas échéant, constater le caractère indu du paiement opéré par bpost à concurrence du montant dépassant le montant de l'amende fixée par Votre Cour ;*
- *En tout état de cause, de dire pour droit que la Caisse des Dépôts et Consignations sera tenue, moyennant la présentation d'un exploit de signification de l'arrêt à intervenir, de libérer, en faveur de bpost, le montant de l'amende payée à concurrence du montant payé indument par bpost selon la décision de Votre Cour, augmenté des intérêts légaux et à tout le moins des intérêts courus depuis le paiement de l'amende ;*
- *De condamner l'Autorité belge de la concurrence aux entiers dépens de l'instance, en ce compris l'indemnité de procédure fixée à 12.000 EUR (montant maximal calculé pour une demande non évaluable en argent). »*

IV.2.

L'ABC demande :

- *Dire le recours de bpost recevable mais non fondé ;*
- *Condamner bpost aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure de 1.440 euros.*

IV.3.

PUBLIMAIL demande :

« Dire le recours de BPOST recevable mais non fondé et, en conséquence :

Condamner Bpost aux dépens, en ce compris l'indemnité de procédure ;

Dire l'appel incident formulé par la concluante recevable et fondée et, en conséquence :

Déclarer que la période durant laquelle BPOST a commis des infractions aux articles 3 de la loi sur la concurrence économique et l'article 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives aux tarifs des envois publicitaires adressés et des courriers administratifs, à l'égard des intermédiaires s'étend de 1995 à juillet 2011 et adapter l'amende imposée à BPOST en conséquence ;

À titre subsidiaire, il convient en tout état de cause d'acter que la décision du Conseil de la concurrence vise uniquement l'intérêt général et que la période infractionnelle retenue n'exclut pas l'existence d'infractions commises par BPOST ayant nui à des intérêts particuliers à d'autres périodes antérieures et/ou ultérieures et ne libère aucunement BPOST de sa responsabilité civile envers la concluante et/ou tout autre routeur, pour tout abus de position dominante et/ou tout autre comportement généralement quelconque constituant un acte de concurrence déloyale, commis à toute autre période que celle visée dans la décision querellée ; »

IV.4.

La Commission Européenne demande à la Cour :

- Déclarer recevables les observations écrites *amicus curiae* de la Commission
- Examiner, en toute souveraineté, la décision attaquée prise par l'ABC à la lumière des considérations qui précèdent.
- Le cas échéant, poser les questions préjudicielles suggérées à la Cour de Justice.

IV.5.

BPOST ne conteste plus l'intervention de la Commission Européenne en tant que « *amicus curiae* » (voir le procès-verbal de l'audience du 18 décembre 2019). Cette intervention sous la forme particulière d'*amicus curiae* est recevable.

À l'audience du 15 janvier 2020, BPOST a déclaré se désister des recours envers les parties/personnes suivantes (voir le procès-verbal de l'audience publique du 15 janvier 2020) :

- la société anonyme LINK2BIZ INTERNATIONAL, déclarée en faillite par le tribunal de commerce de Nivelles le 13 septembre 2010.
- Maître Marc-Alain SPEIDEL en sa qualité de curateur de la S.A. LINK2BIZ INTERNATIONAL.
- la société anonyme G3 WORLDWIDE (BELGIUM) avec pour dénomination commerciale « SPRING » (et ce pour les mêmes motifs que ceux invoqués envers la société LINK2BIZ INTERNATIONAL.
- Monsieur Rudi VAN RILLAER, administrateur délégué de G3 WORLDWIDE BELGIUM.

A l'audience du 15 janvier 2020, la SA PUBLIMAIL se désiste de son appel incident (voir le procès-verbal de l'audience publique du 15 janvier 2020).

Les autres parties à la cause ont déclaré accepter ces désistements. Acte est donné à BPOST et à la SA PUBLIMAIL de leurs désistements respectifs.

V. Examen du cadre légal :

V.1.

- *articles 50, 51 et 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Parlement européen, le Conseil et la Commission le 7 décembre 2000, telle qu'elle a été adaptée le 12 décembre 2007 ;*

- *article 6 du Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, approuvé par la loi du 26 novembre 1992, modifié par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, approuvé par la loi du 19 juin 2008, et, en tant que de besoin, les lois d'approbation précitées ;*

- *articles 102 et 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, à savoir le Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, approuvé par la loi du 2 décembre 1957, tel qu'il a été modifié par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, approuvé par la loi du 19 juin 2008, et, en tant que de besoin, les lois d'approbation précitées ;*

- *article 4 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvé par la loi du 6 mars 2007, et, en tant que de besoin, cette loi d'approbation ;*

- *articles 3 et 6 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ;*

V.2.

Le principe *non bis in idem* est consacré à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (« la Charte ») :

« Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi ».

L'article 52 de la Charte détermine la portée des droits et principes reconnus par la Charte, en ce compris du principe *non bis in idem* consacré à l'article 50 :

« 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

2. Les droits reconnus par la présente Charte qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci.

3. Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

L'article 4 du Protocole n° 7 consacre également le principe non bis in idem :

« 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

2. Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

3. Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention ».

Les articles 144bis et 144ter de la Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (objet de la Première procédure) prévoient, notamment, ce qui suit :

“... lorsqu'il applique des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients, le prestataire du service universel est tenu de respecter les principes de transparence et de non-discrimination en ce qui concerne tant les tarifs proprement dits que les conditions qui s'y rapportent. Lesdits tarifs tiennent compte des coûts évités par rapport aux services traditionnels comprenant la totalité des prestations proposées concernant la levée, le transport, le tri et la distribution des correspondances individuelles et s'appliquent, tout comme les conditions y afférentes, de la même manière tant dans les relations entre les tiers et le prestataire du service universel fournissant des services équivalents. Tous ces tarifs sont à la disposition des particuliers utilisant les services postaux dans des conditions similaires.

... le financement de services universels en dehors du secteur réservé par des recettes provenant de services du secteur réservé est interdit, sauf si une telle subvention croisée s'avère absolument indispensable à l'accomplissement des obligations spécifiques de service universel imposées au domaine concurrentiel. Les mesures prises pour l'exécution de l'alinéa 1er, 6° font l'objet d'un arrêté royal délibéré en conseil des ministres, sur avis de l'institut.”

Les articles 102 du TFUE et 3 de la Loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique (telle qu'en vigueur en l'espèce) sanctionnent l'abus de position dominante (objet de la Seconde procédure) comme suit :

« Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

et :

« Est interdit, sans qu'une décision préalable ne soit nécessaire à cet effet, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché belge concerné ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- 1° imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;*
- 2° limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;*
- 3° appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*
- 4° subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

V.3.

Dans son arrêt de renvoi, la Cour de cassation délimite le cadre légal comme suit :

1. L'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi.

En vertu de l'article 52, § 3, de la Charte, dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention de

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue.

Selon l'article 4, § 1^{er}, du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État.

V.4.

La Cour de cassation ajoute l'examen de jurisprudence de la Cour Européenne. La Cour des marchés renvoie à l'arrêt de la Cour de cassation à ce sujet.

VI. La saisine de la Cour des marchés.

Le fait que l'un ou l'autre fait a été contesté ou non devant la Cour de cassation n'est pas pertinent. La Cour de cassation :

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il donne acte à la demanderesse de sa reprise d'instance, succédant au Conseil de la concurrence ;

Il s'ensuit que la cause revient devant la Cour de céans où les parties peuvent faire valoir tous les moyens et arguments en ce compris des éléments qui n'avaient pas précédemment été invoqués devant la cour d'appel qui a rendu l'arrêt qui a été cassé par la Cour de cassation.

L'article 1110, alinéa 4 du Code judiciaire stipule quant à la compétence de la juridiction de renvoi :

« Cette juridiction se conforme à l'arrêt de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. Aucun recours en cassation n'est admis contre la décision de cette juridiction, en tant que celle-ci est conforme à l'arrêt de cassation ».

BPOST estime que la Cour de cassation a jugé « sans aucune réserve, sur base de la jurisprudence de la CJUE et de la Cour EDH, que les conditions de base pour l'application du principe *Ne bis in idem* étaient remplies, dès lors qu'elle n'applique pas la troisième condition et renvoie l'affaire à la Cour d'appel uniquement en ce qui concerne l'absence de motivation au sujet du motif d'exception. »

La Cour de cassation considère notamment :

Il s'ensuit, sans aucun doute raisonnable, que l'article 50 de la Charte ne fait pas obstacle à un cumul de poursuites pénales, au sens de cette disposition, fondées sur les mêmes faits, lors même que l'une d'elles aboutit à une décision définitive d'acquiescement, lorsque, en application de l'article 52, § 1^{er}, de la Charte, dans le respect du principe de proportionnalité, de telles poursuites visent, en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires ayant pour objet des aspects différents du même comportement infractionnel.

En l'espèce, la Cour de cassation n'a pas pris position ferme quant à savoir s'il y a lieu de tenir compte des trois critères ou non en vue de l'application de l'adage *ne bis in idem*.

Dans la mesure où l'ABC fait valoir :

Deuxième branche : le principe non bis in idem s'applique en droit de la concurrence sans que cela signifie pour autant que les poursuites et sanctions considérées revêtent un caractère pénal

1. *L'ABC observe que le principe non bis in idem peut trouver à s'appliquer en droit de la concurrence. La jurisprudence l'illustre depuis plusieurs années².*
2. *Cela ne revient pas à dire pour autant que les poursuites et sanctions du Conseil de la concurrence revêtiraient nécessairement un caractère pénal³.*

le moyen en vertu duquel il faudrait examiner si les deux sanctions revêtent un caractère pénal (« noyau dur » ou non) est sans incidence.

En tout état de cause, la Cour des marchés est « *le tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi* » au sens de la CEDH (article 6.1) et du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial tel que garanti par l'article 47 du Charte des Droits Fondamentaux de l'union Européenne.

2 CIUE, 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S*, C-204/00 et autres, EU :C :2004 :6, point 338.

3 La Cour de cassation ne s'est d'ailleurs pas prononcée sur cette question dans son arrêt du 22 novembre 2018.

VII. La discussion au fond : l'application de l'adage *non bis in idem* :

VII.1.

BPOST développe le moyen suivant :

1. VIOLATION DU PRINCIPE GÉNÉRAL DE DROIT « NE BIS IN IDEM », DE L'ARTICLE 4, § 1 DU PROTOCOLE ADDITIONNEL N° 7 À LA CEDH, DE L'ARTICLE 14.7 DU PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS ET POLITIQUES, DE L'ARTICLE 54 DE LA CONVENTION D'APPLICATION DE SCHENGEN ET DES ARTICLES 50 ET 52, § 1 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

À titre principal, la Décision constitue une violation du principe Ne bis in idem selon lequel nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions d'un même État en raison de faits pour lesquels il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif de cet État.

En l'espèce, les procédures menées devant l'IBPT et le Conseil sont toutes deux de nature pénale et la Décision porte sur des faits identiques à ceux qui ont fait l'objet de la décision de l'IBPT du 20 juillet 2011 (décision contre laquelle bpost a introduit un recours devant Votre Cour et qui a résulté en l'annulation définitive de cette décision).

Par ailleurs, les conditions strictes requises pour faire exception à l'interdiction du cumul des poursuites et sanctions pénales ne sont pas remplies. Il n'existe en effet pas de « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les procédures de l'IBPT et du Conseil.

À titre subsidiaire, même à supposer qu'un tel « lien matériel et temporel suffisamment étroit » existe et que les autres conditions définies par la Cour européenne des droits de l'Homme soient remplies, bpost est protégé par le niveau de protection plus étendu prévu aux articles 50 et 52, § 1 de la Charte, selon lesquels le cumul des poursuites doit, entre autres, être également proportionné, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Pour BPOST il n'y a que deux critères qui doivent être examinés. Elle fait valoir que les conditions strictes requises pour faire exception à l'interdiction du cumul des poursuites et sanctions pénales ne sont pas remplies.

BPOST fait valoir :

« L'article 6 CEDH garantit certains droits aux parties à un procès (article 6, § 1 ; volet civil). Ces droits sont particulièrement renforcés en matière pénale, au sens de la Convention (article 6, § 2 et 3 ; volet pénal et article 4 § 1 du Protocole n° 7). Dans son deuxième moyen, l'Autorité avance que les procédures d'infraction menées devant le Conseil ainsi que les amendes qu'il impose ne relèvent pas du droit pénal ou à tout le moins de son « noyau dur », de sorte que le volet pénal de l'article 6 CEDH ne s'appliquerait pas dans toute sa rigueur.⁵ De plus, selon l'Autorité, la compétence de pleine juridiction qu'exerce Votre Cour compenserait l'impact des

⁴ Les termes « *non bis in idem* » et « *ne bis in idem* » sont utilisés comme équivalents et synonymes.

⁵ Conclusions de l'Autorité du 28 juin 2019, points 53-57 et conclusions de l'Autorité du 25 mars 2016, points 403 et suivants.

griefs procéduraux, de sorte qu'une telle compétence offrirait la protection juridictionnelle requise par la CEDH⁶. Il échet toutefois de constater

(i) que la Commission a explicitement reconnu dans ses Observations le caractère pénal des procédures menées et des sanctions imposées par l'IBPT et le Conseil⁷ et

(ii) que l'Autorité, se référant à l'arrêt Toshiba de la CJUE, a reconnu le caractère pénal de procédures d'infraction en droit de la concurrence dans ses conclusions devant Votre Cour du 1 juillet 2013 et du 30 octobre 2013.⁸

De plus, l'Autorité et la Commission n'ont pas contesté devant la Cour de cassation l'application des articles 6 et 7 de la CEDH et de l'article 50 de la Charte dans la présente affaire. »

VII.2.

En réponse, l'ABC développe le moyen suivant :

MOYEN 1

La Décision ne constitue pas une méconnaissance du principe non bis in idem ou des articles 4, § 1er du protocole additionnel n° 7 à la CEDH ou des articles 50 et 52, § 1er de la Charte des droits fondamentaux.

[.....]

Deuxième branche, le principe non bis in idem s'applique en droit de la concurrence sans que cela signifie pour autant que les poursuites et sanctions considérées revêtent un caractère pénal.

Troisième branche, en toute hypothèse, les procédures menées par l'IBPT, d'une part, et l'autorité de la concurrence, d'autre part, ne concernent pas une même infraction, dans la mesure où les faits matériels considérés ne sont pas identiques ; en particulier, la période infractionnelle retenue n'est pas exactement équivalente à celle retenue par l'IBPT.

Quatrième branche, la Cour de cassation juge qu'il peut être fait exception au principe non bis in idem si, bien que les poursuites et sanctions parallèles visent les mêmes faits, ces poursuites et sanctions visent, en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents du même comportement infractionnel concerné.

Cinquième branche, dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne diffère selon qu'elle concerne le droit de la concurrence ou non, c'est la jurisprudence en matière de droit de la concurrence (en particulier l'arrêt Toshiba) qui est pertinente en l'espèce ; elle prévoit un critère de « l'intérêt juridique protégé » pour la définition de l'idem factum (idem factum légal).

⁶ Conclusions de l'Autorité du 28 juin 2019, points 58-59 et conclusions de l'Autorité du 25 mars 2016, point 404.

⁷ Voir les Observations, notamment points 1 et 51.

⁸ Conclusions du Conseil du 1 juillet 2013 dans l'affaire Bruxelles, 10 novembre 2016, 2013/MR/2, point 50 et Conclusions du Conseil du 30 octobre 2013 dans l'affaire Bruxelles, 10 novembre 2016, 2013/MR/2, point 403.

Sixième branche, pour autant que de besoin, l'existence d'une jurisprudence différenciée de la Cour de justice selon que la matière touche ou non au droit de la concurrence est justifiée au regard des spécificités du droit de la concurrence.

Septième branche, les procédures menées par l'IBPT d'une part et par l'autorité de la concurrence d'autre part visent, en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires ayant pour objet, le cas échéant, des aspects différents du même comportement infractionnel concerné (ou, en d'autres termes, protègent des intérêts juridiques différents).

Huitième branche, à titre subsidiaire, même en appliquant les enseignements tirés – selon bpost – d'une jurisprudence de l'Union (Menci, Garlsson, Enzo Di Puma) ou de la Cour européenne des droits de l'Homme (A et B contre Norvège) qui ne concerne pas le droit de la concurrence, la Décision attaquée ne méconnaît pas le principe non bis in idem.

Neuvième branche, la « charge » que représente pour bpost le cumul des procédures n'est pas contraire au principe de proportionnalité.

Dixième branche, à titre plus subsidiaire, si la Cour devait estimer que le cadre de référence jurisprudentiel pour apprécier l'application du principe non bis in idem en droit européen de la concurrence présente des incertitudes, il conviendrait que la Cour adresse à la Cour de justice des questions préjudicielles lui permettant d'obtenir une certitude juridique à cet égard.

VII.3.

La Commission Européenne fait valoir :

« 55. En résumé, la Commission estime qu'il ne peut être déduit des arrêts du 20 mars 2018 que la Cour de Justice aurait renoncé aux trois conditions qu'elle a dégagé en matière de concurrence. À défaut d'indication expresse du contraire, la Commission estime que cette jurisprudence n'est pas applicable et que le critère de l'identité de l'intérêt juridique protégé reste bien d'application dans le domaine du droit de la concurrence lorsque le cumul de poursuites et infractions trouve sa source dans des infractions à des législations relatives à des matières différentes.

Les jurisprudences Toshiba, d'une part, et Menci, Garlsson Real Estate et Enzo Di Puma, d'autre part, continuent d'évoluer parallèlement dans leurs domaines respectifs.

56. Par conséquent, la Commission émet ses doutes quant à la pertinence de la référence opérée, par la Cour de cassation, exclusivement aux arrêts Menci, Garlsson Real Estate et Enzo Di Puma en vue de solutionner la présente affaire.

En effet, la présente affaire s'inscrit dans le cadre du droit de la concurrence et concerne, plus particulièrement, une situation où BPOST a fait l'objet de deux poursuites indépendantes pour deux infractions distinctes basées sur des dispositions légales distinctes poursuivant des objectifs d'intérêt général distincts et complémentaires, à savoir :

- l'une diligentée par l'IBPT pour violation de la réglementation sectorielle applicable, plus précisément de l'interdiction de pratiques discriminatoires et de l'obligation de transparence reprises aux articles 144bis et 144ter, § 1, 5° de la Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (la Première procédure);*

- l'autre diligentée par l'ABC pour violation de la réglementation européenne et nationale en matière de concurrence, plus précisément de l'interdiction d'abus de position dominante sanctionnée aux articles 102 du TFUE et 3 de la Loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique (la Seconde procédure).

L'existence d'une éventuelle violation du principe non bis in idem dans le cas d'espèce devrait, selon la Commission, être examinée au regard des critères dégagés par la Cour de Justice en matière de concurrence. Il devrait, ainsi, être tenu compte du fait que l'ABC et l'IBPT ont appliqué des législations différentes visant des intérêts juridiques distincts et des infractions distinctes.

Finale­ment, la Commission tient à préciser que l'on ne se situe pas ici au niveau d'une exception au principe (article 52 de la Charte), mais bien du principe lui-même (article 50 de la Charte) puisqu'il n'y a pas d'idem factum légal au sens de la jurisprudence Toshiba.

57. En réponse aux conclusions de BPOST sur ce point, la Commission souhaite encore apporter une précision quant à la portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2018.

Il est tout à fait erroné de prétendre que la Cour de cassation « ne maintient pas la condition du même intérêt juridique protégé » et qu'elle aurait « statué définitivement sur ce point » en ne suivant pas la position de la Commission sur ce point.

L'arrêt de la Cour de cassation n'a pas une telle portée car il ne statue pas sur la question de savoir si ladite condition doit être maintenue ou non. Il ne dit pas non plus que cette condition n'est pas/plus applicable.

Il ne peut être déduit de la seule circonstance que la Cour de cassation ne rencontre pas les observations de la Commission et les conclusions de l'Avocat général DE KOSTER sur cette question, qu'elle aurait exclu la thèse qui y est défendue. D'une part, la Cour de cassation n'était pas tenue d'y répondre ; d'autre part, elle casse l'arrêt attaqué sur base d'un autre motif.

Par ailleurs, la Commission estime que, si la Cour de cassation avait estimé devoir trancher ce point, elle n'aurait pas manqué de le faire.

Partant, il ne peut être déduit de l'arrêt du 22 novembre 2018 que la Cour de cassation aurait définitivement statué sur ce point. »

La Commission Européenne observe que :

- « la décision de la Cour de cassation de se référer exclusivement aux arrêts *Menci*, *Garlsson Real Estate* et *Enzo di Puma*, sans tenir compte de la jurisprudence *Toshiba*⁹, est surprenante dans la mesure où ces trois arrêts sont étrangers au droit de la concurrence, alors que la présente affaire s'inscrit dans un tel domaine » et que, en outre, ces trois arrêts portent sur des situations fortement différentes du cas d'espèce puisqu'ils concernent une duplication de procédures et sanctions en raison d'une *même infraction* faisant l'objet d'une double qualification et double répression en droit national, l'une étant d'ordre administrative (mais à caractère pénal), l'autre d'ordre pénal.

⁹ CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*

- la présente affaire concerne une duplication de procédures et sanctions en raison de *deux infractions* envisagées par des législations différentes qui sont applicables parallèlement au sein d'un même État membre mais poursuivent des intérêts juridiques distincts.
- dans l'*arrêt Menci*, la Cour de Justice était saisie de la question de savoir si des poursuites pénales peuvent être engagées contre une personne pour omission de verser la TVA due dans les délais légaux, alors que cette personne s'est déjà vu infliger, par l'administration fiscale, une sanction administrative définitive pour les mêmes faits.
- la Cour de Justice rappelle, qu'en vertu de l'article 50 de la Charte, un cumul tant de poursuites que de sanctions présentant une nature pénale au sens de cet article pour les mêmes faits et contre une même personne est, en principe, interdit.
- dans son examen de la condition de « *l'existence d'une même infraction* », la Cour de Justice affirme que, dans les circonstances du cas d'espèce, « *le critère pertinent aux fins d'apprécier l'existence d'une même infraction est celui de l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles qui ont conduit à l'acquittement ou à la condamnation définitive de la personne concernée* »¹⁰. Elle ajoute que « *la qualification juridique, en droit national, des faits et l'intérêt juridique protégé ne sont pas pertinents* » pour cet examen « *dans la mesure où la portée de la protection conférée par l'article 50 de la Charte ne saurait varier d'un État membre à l'autre* »¹¹.
- dans son examen de « *la justification de la limitation* », la Cour de Justice a précisé que le principe *non bis in idem* ne s'oppose pas à un éventuel cumul de poursuites et de sanctions pénales, d'une part, et de poursuites et de sanctions administratives de nature pénale, d'autre part, à charge d'une même personne pour la même infraction pour autant que les conditions de l'article 52, § 1 de la Charte soient réunies¹².

Il importe donc que la réglementation nationale en vertu de laquelle les poursuites sont engagées :

- vise un objectif d'intérêt général qui est de nature à justifier un tel cumul de poursuites et de sanctions ;
- contienne des règles assurant une coordination limitant au strict nécessaire la charge supplémentaire qui résulte, pour les personnes concernées, d'un cumul de procédures ; et
- prévoie des règles permettant d'assurer que la sévérité de l'ensemble des sanctions imposées soit limitée à ce qui est strictement nécessaire par rapport à la gravité de l'infraction concernée¹³.

La Cour de Justice précise chacune de ces conditions dans cet *arrêt Menci*. Elle ajoute encore qu'il convient de tenir compte de l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits

10 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15 *Menci*, § 35.

11 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15 *Menci*, § 36.

12 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15 *Menci*, § 40 e.s.

13 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15 *Menci*, § 61-63.

de l'homme au sujet de l'article 4 du Protocole n° 7, laquelle a déjà jugé – dans l'affaire *A et B c/ Norvège* – qu'un cumul de poursuites et sanctions fiscales et pénales réprimant une même infraction à la loi fiscale ne viole pas le principe *non bis in idem* lorsque les procédures fiscales et pénales en cause présentent un lien matériel et temporel suffisamment étroit¹⁴.

- dans l'arrêt *Garlsson Real Estate*, la Cour de Justice était saisie de la question de savoir si une procédure administrative peut être diligentée pour des faits ayant déjà donné lieu à une condamnation pénale définitive à l'encontre de la même personne.
- la Cour reprend le même raisonnement que dans l'arrêt *Menci* mais conclut, cette fois, à une interdiction de cumul dans la mesure où la condamnation pénale suffisait, en l'espèce, à réprimer l'infraction de manière effective, proportionnée et dissuasive¹⁵.
- dans l'arrêt *Enzo Di Puma*, la Cour de Justice était saisie de la question de savoir si une décision définitive ayant constaté que les faits constitutifs de l'infraction pénale n'étaient pas établis, faisait obstacle à la poursuite d'une autre procédure administrative pour les mêmes faits menant à des sanctions de nature pénale.
- l'affaire avait un angle particulier dès lors qu'il s'agissait essentiellement de savoir si l'autorité de la chose jugée d'une décision de relaxe (et non de condamnation) rendue sur le plan pénal pouvait s'étendre à l'autorité administrative.
- la Cour de Justice a considéré, dans le cas d'espèce, qu'il n'y avait pas lieu à cumul¹⁶.

VII.4. Décision de la Cour des marchés : principes.

La Cour estime qu'une situation telle que celle du cas d'espèce – où deux procédures distinctes sont diligentées contre une même entreprise en vue de l'imposition de sanctions administratives à caractère pénal en raison d'infractions différentes à une réglementation sectorielle et au droit de la concurrence – devrait, en principe, être examinée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'arrêt *Toshiba*¹⁷. Dans cet arrêt, la Cour de justice exige une triple identité en matière de concurrence. En sus des deux premières conditions (le 'bis' et le 'idem'), il doit en effet exister une similarité d'intérêt juridique protégé entre les deux procédures. Cette condition est notamment fondée sur la prémisse établie dans l'arrêt *Walt Wilhelm*, selon laquelle les droits européen et nationaux de la concurrence ne poursuivraient pas les mêmes objectifs. En dépit des nombreux positionnements d'avocats généraux (voire, ci-dessous) en faveur de l'abandon d'une telle spécificité, la Cour de justice a confirmé la positivité de cette condition dans l'arrêt *Toshiba*.

Afin de déterminer s'il y a eu violation, dans le cas d'espèce, du principe *non bis in idem*, il devrait donc, en principe, être tenu compte de la circonstance que la Première et la Seconde procédure trouvent leur fondement dans des législations distinctes visant à protéger des intérêts légaux distincts

14 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15 *Menci*, § 60 e.s.

15 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-537/16, *Garlsson e.a.*, § 63.

16 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-597/16, *Enzo Di Puma e.a.*

17 CJUE (grande chambre), 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e. a.*

– condition confirmée par la jurisprudence *Toshiba*¹⁸ – à savoir, d'une part, garantir la libéralisation du secteur postal par le biais d'obligations de transparence et non-discrimination (Première procédure) et, d'autre part, garantir la libre concurrence au sein du marché intérieur par le biais d'une interdiction des abus de position dominante (Seconde procédure).

Cette condition a été dégagée dans l'affaire *Aalborg Portland*¹⁹ et a été expressément confirmée par la Cour de Justice dans l'affaire *Toshiba*²⁰ ainsi que par le Tribunal de première instance dans l'affaire *Marine Harvest*²¹.

La pertinence du critère de l'intérêt juridique protégé, ressort notamment d'affaires concernant un cumul de sanctions infligées par les autorités nationales de la concurrence d'un État membre et/ou par la Commission²².

Le critère de l'identité de l'intérêt juridique protégé a été établi et appliqué par la CJUE dans les affaires dont elle était saisie en matière de concurrence mais pas dans d'autres domaines juridiques que le droit de la concurrence²³.

Dans le cadre de l'affaire *Toshiba*, la CJUE n'a pas suivi les conclusions de l'Avocat général KOKOTT qui l'invitait explicitement à renoncer à l'application de cette condition en droit de la concurrence²⁴.

Dans ses conclusions, l'Avocat-général reconnaît pourtant expressément que « les juridictions de l'Union ont jusqu'à présent considéré, dans les affaires de concurrence, que l'application du principe non bis in idem était soumise à la triple condition de l'identité des faits, du contrevenant et de l'intérêt juridique protégé », que « le principe non bis in idem interdit donc de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique » et que « c'est sur la base de ce dernier critère que, dans des affaires de concurrence, la Cour a écarté l'application de la règle du non-cumul des sanctions dans la relation entre l'Union et des États tiers »²⁵.

Elle estime, néanmoins, que la Cour de justice devrait uniformiser sa jurisprudence et ne plus appliquer le critère de l'intérêt juridique protégé en droit de la concurrence, à l'instar des autres domaines juridiques²⁶.

La Cour de justice n'a pas suivi l'Avocat-général sur ce point, puisqu'elle a très clairement indiqué que « la Cour a considéré, dans des affaires relevant du droit de la concurrence, que l'application du principe non bis in idem était soumise à la triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé »²⁷, ce qui constitue une prise de position on ne peut plus claire de la part de la Cour de justice : invitée par son Avocat-général d'abandonner sa jurisprudence en matière de *ne bis in idem*, variant en fonction du domaine de droit concerné, elle a expressément refusé de le faire.

18 CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*

19 CJUE, 7 janvier 2004, aff. C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00, C-219/00, *Aalborg Portland*.

20 CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation*.

21 Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-704/14, *Marine Harvest*.

22 CJUE, 13 février 1969, aff. C-14/68, *Walt Wilhelm et al. v. Bundeskartellamt* ; CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation* ; Trib. UE, 26 octobre 2017, aff. T-704/14, *Marine Harvest*.

23 Conclusions de l'Avocat général KOKOTT, avant CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation*, §§ 114 e.s.

24 Conclusions de l'Avocat général KOKOTT, avant CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation*, §§ 117 e.s.

25 Conclusions de l'Avocat général KOKOTT, avant CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation*, §§ 114 e.s.

26 Conclusions de l'Avocat général KOKOTT, avant CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation*, §§ 114 e.s.

27 CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation*, § 97.

En d'autres termes, suivant cette jurisprudence la condition de l'identité de l'intérêt juridique protégé doit être remplie pour qu'il soit question d'un *ne bis in idem* en droit de la concurrence.

Dans son arrêt de renvoi, la Cour de cassation cite les articles 50 et 52, § 3 de la Charte, ainsi que l'article 4, § 1^{er} du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et se réfère, ensuite, aux arrêts prononcés, le 20 mars 2018, par la Cour de justice dans les affaires *Menci*, *Garlsson Real Estate* et *Enzo di Puma*²⁸.

Le premier arrêt se réfère également à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *A et B c/ Norvège*²⁹.

Selon la Cour de cassation il suit de la jurisprudence européenne, « *sans aucun doute raisonnable, que l'article 50 de la Charte ne fait pas obstacle à un cumul de poursuites pénales, au sens de cette disposition, fondées sur les mêmes faits, lors même que l'une d'elles aboutit à une décision définitive d'acquiescement, lorsque, en application de l'article 52, § 1^{er}, de la Charte, dans le respect du principe de proportionnalité, de telles poursuites visent, en vue de la réalisation d'un objectif d'intérêt général, des buts complémentaires ayant pour objet des aspects différents du même comportement infractionnel* ».

La Cour des marchés remarque qu'une divergence d'interprétation entre la Cour de justice et la Cour européenne peut constituer une violation de l'article 52, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Selon cette disposition, « *dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention* »

VII.5. Décision de la Cour : Examen des thèses des parties - théories.

Aucune des affaires de la Cour de justice, auxquelles la Cour de cassation réfère, ne concernait le droit de la concurrence alors que le cas d'espèce vise un cumul de poursuites et sanctions infligées par des autorités en charge, d'une part, de la régulation d'un secteur spécifique et, d'autre part, des autorités nationales de la concurrence en charge de veiller au respect du droit de la concurrence sur le marché.

Le cas d'espèce concerne des poursuites et sanctions distinctes pour des infractions qui sont matériellement différentes, l'une découlant du droit européen de la concurrence, et l'autre du droit national organisant un secteur d'activité spécifique (tel que celui des services postaux).

Il faudra examiner en l'espèce, si l'application de la jurisprudence *Toshiba* pourrait mener à une conclusion différente de celle qui consiste à invoquer le principe *non bis in idem*, à savoir que les conditions d'identité de fait (*idem factum* matériel) et d'identité de l'intérêt juridique protégé (*idem factum* légal) ne sont pas nécessairement remplies et qu'il n'y aurait donc peut-être pas de violation du principe *non bis in idem*.

28 CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15 *Menci*; aff. C-537/16, *Garlsson e.a.*; aff. C-596/16 et C-597/16, *Di Puma e.a.*

29 CEDH, 15 novembre 2016, *A et B c. Norvège*.

Dans son avis, la Commission Européenne fait valoir « si l'on ne tient pas compte de l'intérêt juridique protégé par chacun des différents domaines juridiques concernés, l'on court le risque de réduire considérablement – voire réduire à néant – le champ d'application du droit de la concurrence puisque celui-ci revête une 'dimension horizontale' par rapport à celui des réglementations sectorielles. En cas de chevauchement et d'application préalable d'une réglementation sectorielle, le droit de la concurrence risquerait d'être privé de tout, ou tout au moins d'une partie considérable de, son effet utile. »

Quoi qu'il en soit, les faits à l'origine de la Première et de la Seconde procédure ne sont pas les mêmes et ces deux procédures prétendument constitutives d'un *bis in idem* relèvent d'intérêts juridiques protégés distincts.

À juste titre, la Commission Européenne fait état du risque que, si l'on applique le principe *non bis in idem* sans avoir égard à la jurisprudence confirmée dans l'arrêt *Toshiba*³⁰ et qui est propre au droit de la concurrence, il pourrait être porté atteinte à l'application effective du droit de la concurrence de l'Union européenne par les autorités de la concurrence dès qu'intervient au préalable une autorité de régulation nationale en charge d'un secteur spécifique.

Il pourrait arriver qu'une même entreprise mette en œuvre une pratique qui constitue une violation à la fois du droit de la concurrence et d'une réglementation sectorielle. Dans la mesure où il s'agit d'infractions à des législations distinctes protégées par des autorités distinctes par le biais de procédures distinctes, l'application effective de ces législations passe nécessairement par la prise en compte des différents intérêts juridiques protégés par celles-ci. Il s'agit d'une condition nécessaire à l'application du principe du *non bis in idem*, préconisée par la jurisprudence *Toshiba*.

Ceci est primordial afin d'éviter qu'une entreprise ayant fait l'objet de poursuites sur pied d'une réglementation sectorielle poursuivant un objectif bien spécifique puisse invoquer le principe *non bis in idem*, afin d'échapper à l'application du droit de la concurrence, alors que celui-ci poursuit un objectif spécifique distinct du premier. Cela aurait pour conséquence de laisser non résolues – et impunies – des situations d'entraves à la libre concurrence.

À juste titre, la Commission Européenne fait valoir qu'une telle situation doit être évitée.

Faisant abstraction du principe de la proportionnalité entre les amendes respectives (dans l'état actuel de la cause, la Cour des marchés n'examine pas (encore), l'application de ce critère) il faudrait apparemment considérer que le principe *ne bis in idem* n'a pas vocation à s'appliquer dans une situation, dans laquelle deux autorités nationales distinctes appliquent le droit national sectoriel d'une part et le droit de la concurrence et les règles de l'Union de concurrence d'autre part et sanctionne, une entreprise en lui infligeant, dans le cadre d'une législation, une amende pour la violation de ce droit et ce même lorsqu'en vertu d'une décision judiciaire devenue définitive, une sanction sous forme d'amende infligée par un régulateur sectoriel a été annulée.

30 CJUE, 14 février 2012, aff. C-17/10, *Toshiba Corporation e.a.*

Dans l'arrêt PZU cité – qui semble le plus récent en la matière – la Cour de justice n'a pas fait application des arrêts *Menci*, *Garlsson Real Estate* et *Enzo Di Puma*, bien que l'avocat général eût suggéré de mettre en doute le triple critère, toujours en mettant l'accent sur la finalité à assurer que les autorités nationales de concurrence n'adoptent pas de décisions susceptibles de compromettre l'efficacité des règles de concurrence de l'Union.

L'arrêt cité souligne, à cet égard, que « les règles de concurrence aux niveaux européen et national considèrent les pratiques restrictives sous des aspects différents et leurs champs d'application ne coïncident pas »³¹.

Dans ses conclusions du 26 septembre 2019 dans l'affaire *Marine Harvest* l'avocat-général TANCHEV considère notamment ³²:

« 91. Selon la jurisprudence, le principe *ne bis in idem*, qui est désormais consacré à l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »), doit être respecté dans les procédures tendant à l'infliction d'amendes, relevant du droit de la concurrence. Ce principe interdit qu'une entreprise soit condamnée ou poursuivie une nouvelle fois du fait d'un comportement anticoncurrentiel du chef duquel elle a été sanctionnée ou dont elle a été déclarée non responsable par une décision antérieure qui n'est plus susceptible de recours. (33) ³³

92. Il s'ensuit que le principe *ne bis in idem* – dont l'application à l'imposition d'amendes pour la violation des obligations imposées aux entreprises par le règlement no 139/2004 découle de la jurisprudence citée au point précédent – a deux composantes : premièrement, il doit s'agir du même comportement (composante « *idem* ») ; et deuxièmement, la décision antérieure doit être définitive (composante « *bis* »). »

[...]

« 95. Selon la jurisprudence, dans des affaires relevant du droit de la concurrence, l'application du principe *ne bis in idem* est soumise à la triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé. (34) ³⁴ »

31 CJUE, 3 avril 2019, aff. C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, § 25.

32 CJUE, 26 sept. 2019, C-10/18. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CJUE/2019/CJUE62018CC0010>

33 (33) Arrêts du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, EU:C:2002:582, point 59) ; du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU:C:2012:72, point 94) ; et du 3 avril 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* (C-617/17, EU:C:2019:283, point 28).

34 (34) Arrêts du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU :C :2004 :6, point 338), et du 14 février 2012, *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, EU :C :2012 :72, point 97). Dans un souci d'exhaustivité, je souhaite préciser que la pertinence de la troisième condition mentionnée au point 95 ci-dessus, à savoir l'unité de l'intérêt juridique protégé, a fait l'objet de critiques. Selon la jurisprudence, les règles de concurrence de l'Union et les règles de concurrence nationales poursuivent des « fins distinctes » (voir arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.*, 14/68, EU :C :1969 :4, point 11) et, partant, protègent des intérêts légaux distincts. Il s'ensuit que le principe *ne bis in idem* n'interdit pas que des amendes distinctes soient infligées à la même entreprise pour la violation, d'une part, des règles de concurrence de l'Union et, d'autre part, de règles de concurrence nationales. Toutefois, la pertinence de la condition tenant à l'unité de l'intérêt juridique protégé est contestée, étant donné, premièrement, que cette condition n'est pas appliquée des domaines du droit de l'Union autres que le droit de la concurrence (voir conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.*, C-17/10, EU:C:2011:552, point 116, et de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire *Menci*, C-524/15, EU:C:2017:667, point 27), et, deuxièmement, qu'elle s'accorde mal avec la convergence croissante des règles de concurrence nationales et de l'Union, ainsi qu'avec le système de mise en œuvre décentralisé du droit de la concurrence mis en place par le règlement (CE) no 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1) (voir conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.*, C-17/10, EU:C:2011:552, points 121 à 123 ; de l'avocat général Wahl dans l'affaire *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, C-617/17, EU:C:2018:976, point 48 ; et Veenbrink, M. « Bringing Back Unity : Modernizing the Application of the Non Bis in Idem Principle », *World Competition*, 2019, Volume

VI.6. Décision de la Cour : Examen des thèses des parties – considérations de fait.

La Première procédure était fondée sur les articles 144*bis* et 144*ter*, § 1er, 5° de la Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques visant à mettre à charge des prestataires de service postal universel certaines obligations de transparence et non-discrimination dans l'adoption et l'application de leur système de tarification destinées à garantir la libéralisation du secteur postal³⁵. La décision de l'IBPT indiquait explicitement que l'application des règles de la concurrence européenne et nationale n'était pas concernée par cette procédure³⁶.

Tout en reconnaissant l'application du droit de la concurrence au secteur postal et en se référant largement à la position de la Commission à cet égard, l'IBPT a explicitement déclaré ne pas évaluer la conformité du comportement de BPOST avec les règles de la concurrence nationale ou européenne, étant donné qu'il ne s'est pas considéré compétent pour appliquer ces règles de la concurrence, entre autres, parce qu'elles poursuivent des objectifs différents³⁷. L'IBPT a déclaré que sa procédure était menée « *sans préjudice de l'application des règles de la concurrence par les autorités compétentes* »³⁸.

Dans le cadre de la Seconde procédure, l'ABC n'a pas sanctionné BPOST pour un manque de transparence ou pour des pratiques discriminatoires. Elle a appliqué le droit belge et européen de la concurrence en vue de sanctionner des pratiques anti-concurrentielles dans le chef de BPOST, à savoir des pratiques susceptibles, d'une part, « *d'avoir un effet d'éviction* » des intermédiaires et concurrents potentiels de BPOST et, d'autre part, « *un effet fidélisant sur les plus grands clients de bpost* » de sorte à « *augmenter les barrières à l'entrée dans le secteur de la distribution* »³⁹.

Contrairement à ce qu'allègue BPOST, ces législations ne visent pas « *exactement le même but, à savoir la sauvegarde d'une concurrence libre et loyale sur le marché postal* »⁴⁰. Les liens existants entre ces deux législations, mis en exergue par BPOST, ne suffisent pas à considérer qu'elles visent purement et simplement le même but.

Il n'est pas contesté que le droit (européen) de la concurrence a une dimension horizontale en ce qu'il tend à éviter que la concurrence ne soit faussée sur l'ensemble du marché intérieur. Ce marché intérieur se décline en différents sous-marchés qui sont soumis au droit de la concurrence mais aussi à des réglementations spécifiques dont le but n'est pas – ou pas uniquement – de maintenir une concurrence libre et non faussée.

La Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, appliquées

42, numéro 1, p. 67 à 86). Cette question, toutefois, ne se pose pas dans le cas présent, pour la raison qui est exposée au point 101 ci-dessous. ». CJUE, 26 sept. 2019, C-10/18. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CJUE/2019/CJUE62018CC0010>

35 Décision de l'IBPT, § 28.

36 Décision de l'IBPT, § 46.

37 Décision de l'IBPT, § 52.

38 Décision de l'IBPT, § 28.

39 Décision de l'ABC, pp. 33-45.

40 Conclusions d'appel de BPOST après cassation, p.55, n°199.

par l'IBPT dans la Première procédure, est une transposition de la Directive 97/67 du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service. Or, les objectifs poursuivis par cette Directive ne se résument pas au maintien d'une concurrence libre et non faussée sur le marché postal.

L'application du principe *non bis in idem* à la lumière des précisions apportées par la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de concurrence, notamment en ce qu'elle établit une condition d'identité de l'intérêt juridique protégé, devrait donc être déterminante pour la solution du présent litige.

VI.7. Décision de la Cour : conclusions *prima facie*.

Il apparaît *prima facie* à la Cour des marchés que la sanction par le Régulateur IBPT [qui sanctionne BPOST en raison d'une violation, par celle-ci, de l'obligation de non-discrimination prévue aux articles 144bis et 144ter, § 1, 5° de la Loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, violation consistant, en résumé, en la mise en place, par BPOST, pour l'année 2010, d'un système de tarification – et plus particulièrement de rabais sélectif – fondé sur une différence de traitement injustifiée entre intermédiaires et clients directs] n'a pas pour objet de réprimer les mêmes faits que la sanction de l'ABC (à la date des faits encore le Conseil de la concurrence) [basée sur un constat de l'existence d'un abus de position dominante dans le chef de BPOST et, partant, d'une infraction aux articles 3 de la Loi du 15 septembre 2006 sur la protection de la concurrence économique et 102 du TFUE, suite à l'adoption et la mise en œuvre de son nouveau système de tarification, appelé le modèle expéditeur, de janvier 2010 à juillet 2011].

Il y a, *prima facie*, pour le juge national des motifs pour décider que le principe *ne bis in idem* ne devrait pas s'appliquer lorsque les différentes sanctions infligées par des autorités distinctes n'avaient pas pour objet de réprimer lesdits même faits ou effets et qu'il y a un risque de réduire considérablement le champ d'application du droit de la concurrence puisque celui-ci revête une 'dimension horizontale' par rapport à celui des réglementations sectorielles et qu'en cas de chevauchement et d'application préalable d'une réglementation sectorielle, le droit de la concurrence risquerait d'être privé de tout, ou tout au moins d'une partie considérable, de son effet utile.

Prima facie, la Cour des marchés considère qu'il y a lieu de tenir compte de l'intérêt juridique protégé par chacun des différents domaines juridiques concernés (*idem factum légal*) tel que prôné par la jurisprudence Toshiba et qu'il est nécessaire de maintenir ces principes encore actuellement en matière de concurrence comme le seul moyen d'assurer l'application effective des législations européennes et nationales en matière de concurrence parallèlement ou complémentaires aux procédures engagées sur la base de dispositions réglementaires sectorielles.

La Cour des marchés fait sienne les hésitations de l'Avocat-général TANCHEV (en cause *Marine Harvest*) (voir ci-devant) lorsqu'il observe :

*« Dans un souci d'exhaustivité, je souhaite préciser que la pertinence de la troisième condition mentionnée au point 95 ci-dessus, à savoir l'unité de l'intérêt juridique protégé, a fait l'objet de critiques. Selon la jurisprudence, les règles de concurrence de l'Union et les règles de concurrence nationales poursuivent des « fins distinctes » (voir arrêt du 13 février 1969, *Wilhelm e.a.*, 14/68, EU :C :1969 :4, point 11) et, partant, protègent des intérêts légaux distincts. Il s'ensuit que le principe ne bis in idem n'interdit pas que des amendes distinctes soient infligées à la même entreprise pour la violation, d'une part, des règles de concurrence de l'Union et, d'autre part, de règles de concurrence nationales. Toutefois, la pertinence de la condition tenant à l'unité de l'intérêt juridique protégé est contestée, étant donné, premièrement, que cette condition n'est pas appliquée des domaines du droit de l'Union autres que le droit de la concurrence (voir conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Toshiba Corporation e.a.*, C-17/10, EU:C:2011:552, point 116, et de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire *Menci*, C-524/15, EU:C:2017:667, point 27), et, deuxièmement, qu'elle s'accorde mal avec la convergence croissante des règles de concurrence nationales et de l'Union, ainsi qu'avec le système de mise en œuvre décentralisé du droit de la concurrence mis en place par le règlement (CE) no 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 et 102 TFUE] ».*

Devant l'incertitude judiciaire, la Cour des marchés estime cependant qu'il y a lieu de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'UE.

Tenant compte de ce qui précède, la Cour des marchés estime qu'il est nécessaire d'interroger la Cour de justice sur l'interprétation à donner au principe 'non bis in idem' en matière de concurrence. Il s'agit d'une question d'interprétation qui présente un intérêt général pour l'application uniforme du droit de l'Union, dès lors que la question du maintien ou non du troisième critère de la jurisprudence *Toshiba* en matière de concurrence est susceptible de se poser dans des termes similaires devant les autres juridictions des Etats membres de l'Union.

Il paraît dès lors préférable d'obtenir de la Cour de justice une interprétation qui pourra être utile pour l'ensemble des Etats membres, plutôt que la Cour des marchés se livre elle-même à une interprétation limitée au cadre belge.

Avant de statuer quant au fond, il convient dès lors de poser à la Cour de justice les questions préjudicielles figurant au dispositif.

VI.8. Décision de la Cour : questions préjudicielles - formulation.

Dans leurs notes déposées à l'audience du 29 janvier 2020, les parties suggèrent à la Cour des marchés de formuler les questions préjudicielles qui suivent.

La Commission Européenne propose la formulation suivante :

« Le principe du non bis in idem, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende pour violation du droit européen de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative lui imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale, eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, dans la mesure où le critère de l'unité de l'intérêt légal protégé n'est pas rempli du fait que la présente affaire vise deux infractions différentes à deux législations distinctes relevant de deux domaines juridiques séparés ? ».

« Le principe du non bis in idem, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende pour violation du droit européen de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative lui imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale, eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, pour le motif qu'une limitation au principe du non bis in idem serait justifiée par le fait que la législation en matière de concurrence poursuit un objectif complémentaire d'intérêt général, à savoir sauvegarder et maintenir un système sans distorsion de concurrence au sein du marché intérieur, et n'excède pas ce qui est approprié et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitimement poursuivi par cette législation ; et/ou en vue de protéger le droit et la liberté d'entreprendre de ces autres opérateurs sur pied de l'article 16 de la Charte ? ».

L'ABC déclare que les formulations (principale et subsidiaire) proposées par la Commission européenne lui conviennent

BPOST, pour sa part, suggère d'autres formulations à savoir :

« L'article 50 de la Charte, doit-il, à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'application de l'article 4 du Protocole N° 7 qui considère que le critère de l'identité des faits ne nécessite pas une identité de l'intérêt juridique protégé, être interprété en ce sens qu'il subordonne l'application du principe ne bis in idem non seulement à l'unité de contrevenant et à l'identité des faits, mais également à l'unité de l'intérêt juridique protégé dans une affaire comme celle en l'espèce ou l'autorité administrative compétente d'un État membre a imposé une amende à caractère pénal pour violation du droit européen et national de la concurrence après que la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative à caractère pénal lui imposée par le régulateur postal

national du même État membre pour une prétendue violation de la législation postale (à savoir la disposition transposant en droit belge l'article 12 de la Directive Postale), eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires? »

Avec comme version alternative :

Le principe du non bis in idem, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il, à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'application de l'article 4 du Protocole N° 7, être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende à caractère pénal pour violation du droit européen et national de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative à caractère pénal lui imposée par le régulateur postal national du même État membre pour une prétendue violation de la législation postale (à savoir la disposition transposant en droit belge l'article 12 de la Directive Postale), eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires ? »

Et comme seconde question :

« Le principe du non bis in idem, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il, à la lumière de l'article 52, § 1 et 3 et de la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'application de l'article 4 du Protocole N° 7, être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende à caractère pénal pour violation du droit européen et national de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative à caractère pénal lui imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale (à savoir la disposition transposant en droit belge l'article 12 de la Directive Postale), eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, qu'à condition qu'il est satisfait aux conditions suivantes: 1) il existe entre les procédures un lien matériel et temporel suffisamment étroit et 2) le cumul des procédures n'excède pas ce qui est approprié et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitimement poursuivi par cette législation? ».

La Commission Européenne et l'ABC objectent que :

« la Commission est intervenue à la présente procédure en qualité d'amicus curiae afin de veiller à la préservation de l'intérêt public communautaire, lequel consiste, en l'espèce, de l'avis de la Commission, à éviter la prononciation d'un jugement qui serait contraire à la jurisprudence Toshiba et au critère de l'intérêt juridique protégé qui y est préconisé, lequel reste pertinent dans le domaine de la concurrence.

Les questions préjudicielles proposées par BPOST ne s'inscrivent pas dans une telle optique et il ne saurait être transigé sur l'intérêt public, en procédant notamment à la suppression de toute référence à l'intérêt juridique protégé ou, subsidiairement, à la mise en balance avec la liberté d'entreprise, comme semble le suggérer BPOST. »

La Cour fait sienne ces observations et décide de poser les questions préjudicielles telles que suggérées par la Commission Européenne et par l'ABC.

Les questions suggérées par BPOST sont (trop) biaisées et imprégnées des thèses particulières de cette partie alors qu'il est exigé d'une réponse à une question préjudicielle qu'elle revêtît un caractère objectif avec transposabilité à des cas similaires.

Avant dire droit au fond, il paraît impératif d'obtenir la réponse de la Cour de justice de l'UE à ces questions préjudicielles.

En vertu de l'article 94 du Règlement de procédure de la Cour de Justice la Cour donne :

- a) l'exposé sommaire des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées : voir chapitres II et III ci-devant ;
- b) la teneur des dispositions nationales susceptibles de s'appliquer en l'espèce, le cas échéant, la jurisprudence nationale pertinente : voir chapitre V ci-devant;
- c) l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union, ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal : voir chapitre VI.7 ci-devant.

VIII. Décision de la Cour des marchés :

VIII.1.

Le recours de BPOST est recevable en tant que dirigé contre l'ABC et PUBLIMAIL.

L'intervention de la Commission Européenne en tant que *amicus curiae* est recevable.

VIII.2.

Il y a lieu de donner acte à la SA PUBLIMAIL de son désistement de son appel incident.

VIII.3.

Il y a lieu de donner acte à BPOST de son désistement envers les parties suivantes :

- la société anonyme LINK2BIZ INTERNATIONAL, déclarée en faillite par le tribunal de commerce de Nivelles le 13 septembre 2010 ;
- Maître Marc-Alain SPEIDEL en sa qualité de curateur de la S.A. LINK2BIZ INTERNATIONAL ;
- la société anonyme G3 WORLDWIDE (BELGIUM) avec pour dénomination commerciale « SPRING » ;
- Monsieur Rudi VAN RILLAER, administrateur délégué de G3 WORLDWIDE BELGIUM.

VIII.4.

Avant dire droit, il y a lieu de poser les questions préjudicielles à la CJUE (voir le dispositif).

VIII.5.

Il y a lieu de réserver le surplus en ce compris les dépens.

Par Ces Motifs**La Cour des marchés,**

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Statuant contradictoirement,

Dit le recours de BPOST recevable en tant que dirigé contre l'ABC et PUBLIMAIL ;

Dit l'intervention en tant que *amicus curiae* de la COMMISSION EUROPÉENNE recevable ;

Donne acte à BPOST de son désistement d'action envers :

- la société anonyme LINK2BIZ INTERNATIONAL,
- Maître Marc-Alain SPEIDEL en sa qualité de curateur de la S.A. LINK2BIZ INTERNATIONAL,
- la société anonyme G3 WORLDWIDE (BELGIUM) avec pour dénomination commerciale « SPRING »,
- Monsieur Rudi VAN RILLAER, administrateur délégué de G3 WORLDWIDE BELGIUM ;

Donne acte à la SA PUBLIMAIL de son désistement de son appel incident ;

Avant dire droit, pose les questions préjudicielles suivantes à la Cour de Justice de l'Union Européenne (Greffe de la Cour, Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxembourg) :

Première question :

« Le principe du non bis in idem, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende pour violation du droit européen de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative lui imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale, eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, dans la mesure où le critère de l'unité de l'intérêt légal protégé n'est pas rempli du fait que la présente affaire vise deux infractions différentes à deux législations distinctes relevant de deux domaines juridiques séparés ? ».

Seconde question :

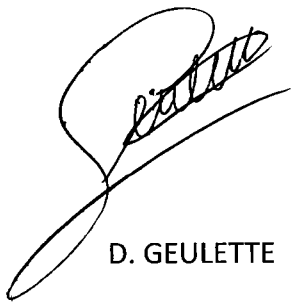
« Le principe du non bis in idem, tel que garanti par l'article 50 de la Charte, doit-il être interprété en ce sens qu'il n'empêche pas l'autorité administrative compétente d'un État membre d'imposer une amende pour violation du droit européen de la concurrence, dans une situation telle que celle du cas d'espèce, où la même personne juridique a déjà été définitivement acquittée d'une amende administrative lui imposée par le régulateur postal national pour une prétendue violation de la législation postale, eu égard aux mêmes faits ou à des faits similaires, pour le motif qu'une limitation au principe du non bis in idem serait justifiée par le fait que la législation en matière de concurrence poursuit un objectif complémentaire d'intérêt général, à savoir sauvegarder et maintenir un système sans distorsion de concurrence au sein du marché intérieur, et n'excède pas ce qui est approprié et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitimement poursuivi par cette législation ; et/ou en vue de protéger le droit et la liberté d'entreprendre de ces autres opérateurs sur pied de l'article 16 de la Charte ? ».

Réserve à statuer pour le surplus,

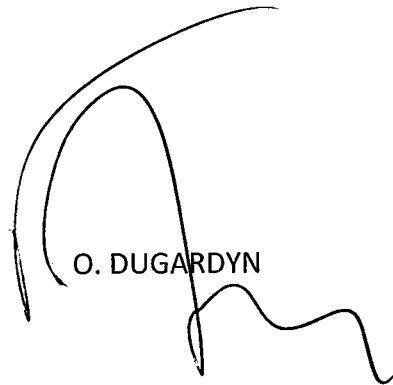
* * *

Cet arrêt a été prononcé à l'audience publique du 19 février 2020 par

M. BOSMANS	Conseiller ff. président
A-M. WITTERS	Conseiller
O. DUGARDYN	Conseiller
D. GEULETTE	Greffier



D. GEULETTE



O. DUGARDYN



A-M. WITTERS



M. BOSMANS