

Audience publique du 13 juin 2007

Recours formé par la société à responsabilité limitée ..., ...
contre une décision du conseil de la concurrence
en matière de concurrence

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 21870 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif le 25 août 2006 par Maître Georges PIERRET, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société à responsabilité limitée ..., établie à L-..., ayant son siège social à L-..., tendant à l'annulation d'une décision du conseil de la concurrence du 27 juin 2006 refusant de faire droit à sa demande d'attribution du bénéfice de la clémence ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick KURDIBAN, agissant en remplacement de l'huissier de justice Jean-Lou THILL, demeurant à Luxembourg, du 31 août 2006 portant signification de ce recours au conseil de la concurrence établi à L-2449 Luxembourg, 6, boulevard Royal, représenté par son président actuellement en fonction ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif le 14 décembre 2006 par Maître Claude SCHMARTZ, avocat à la Cour inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte du conseil de la concurrence ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 4 janvier 2007 par Maître Georges PIERRET pour compte de la société à responsabilité limitée ... ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe du tribunal administratif le 2 février 2007 par Maître Claude SCHMARTZ pour compte du conseil de la concurrence ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif le 26 avril 2007 par le délégué du Gouvernement ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision déferée ;

Entendu le juge-rapporteur en son rapport ainsi que Maître Gabrielle EYNARD, en remplacement de Maître Georges PIERRET, Maître Claude SCHMARTZ et Monsieur le délégué du Gouvernement Guy SCHLEDER en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 7 mai 2007.

Après avoir fait l'objet d'un contrôle par l'inspection de la concurrence en date du 7 décembre 2005, la société à responsabilité limitée ..., ci-après désignée par « la société ... », s'adressa au président du conseil de la concurrence par courrier de son mandataire du 15 décembre 2005 dans les termes suivants :

« Voici la prise de position des gérants de ma partie qui ont assisté de façon correcte et loyale aux opérations de l'inspection, ne les ont aucunement contrariés et ont même remis les pièces requises. Ils ont partant remis à l'Inspection la « totalité des éléments de preuve et des informations en leur possession », concernant l'entente présumée. Ma partie offre par ailleurs à votre Conseil une coopération à qualifier de totale, vue qu'elle n'a rien à cacher. L'entente présumée n'avait en effet pas pour but de léser le contribuable ou la collectivité nationale. Les prix en effet étaient tout à fait raisonnables, et aucune collusion n'a été organisée pour causer un dommage à l'économie nationale. La soumission a en plus été annulée.

Je vous prie de bien vouloir prendre en considération, avant toute éventuelle sanction que vous seriez amené de prendre, que la société ... offre un travail rémunéré à nombre de salariés, et qu'elle est réputée pour le sérieux de ses prestations.

Ma partie se permet de ce fait de requérir au vu des éléments précités de faire abstraction d'une sanction à son égard, en vertu du principe de clémence prévu par le texte de loi.

En ordre subsidiaire, et vu que ma partie a commis l'action critiquée de façon primaire et unique, je vous prie de ne lui infliger qu'une simple amende de principe ».

Suivant avis de clémence référencé sous le numéro 2006-CL03 du 27 juin 2006, le conseil de la concurrence a pris position comme suit par rapport à cette demande :

« (...) »

13. *Les faits tels que décrits par la s.à r.l. ... dans le cadre de la présentation de sa demande basée sur l'article 19 de la Loi sont susceptibles de constituer le cas échéant une violation de l'article 3 de la Loi et/ou de l'article 81 du Traité en ce qu'ils laissent supposer une pratique de répartition des parts de marché. Il est donc utile de mettre en œuvre l'article 19 de la Loi.*
14. *La s.à r.l. ... a entrepris sa démarche sur base de l'article 19 de la loi après que des mesures d'investigation formelle avaient été entamées sur base d'autres informations à disposition des autorités, ce qui exclut qu'elle puisse bénéficier d'une immunité d'amendes. Toutefois, la s.à r.l. ... a entrepris sa démarche avant l'envoi de la communication des griefs, de sorte qu'elle reste éligible à une mesure de réduction d'amende.*
15. *Il ne résulte d'aucun élément actuellement soumis au Conseil que la s.à r.l. ... ait contraint d'autres entreprises de quelque façon que ce soit de participer aux pratiques incriminées. Elle ne peut donc être exclue de ce fait du bénéfice potentiel de la clémence.*

16. *Le Conseil retient par ailleurs*
- *que rien n'indique à l'heure actuelle que la s.à r.l. ... n'ait pas cessé sa participation à l'entente en question au plus tard le 15 décembre 2005.*
 - *que rien n'indique à l'heure actuelle que la s.à r.l. ... n'entende pas respecter son engagement de fournir une coopération pleine et entière jusqu'à l'adoption d'une décision finale.*
17. *Toutefois, le Conseil est amené à constater que la s.à r.l. ... n'a pas fourni d'informations présentant une plus-value par rapport aux éléments dont les autorités avaient déjà connaissance au moment de sa démarche. Les informations fournies ne permettant pas à l'Inspection de la concurrence de conduire effectivement ses investigations de façon plus concrète et étendue. Ces informations n'apportent pas un éclairage supplémentaire sur les pratiques en cause par rapport aux données à la connaissance des autorités.*
- Par ailleurs, le simple aveu d'avoir participé à une activité illégale ne peut être considéré à cet égard comme information utile apportant une plus-value. D'une part, l'aveu dans ce cas concret ne remplit pas les conditions de ce critère. D'autre part, admettre l'aveu d'une façon générale comme information utile reviendrait à vider la procédure de clémence de tout effet utile. Celle-ci est destinée à inciter les entreprises à informer les autorités de concurrence le plus tôt possible, et au mieux avant toute mesure d'investigation, de l'existence et des éléments constitutifs d'une entente et à les faire bénéficier en contre-partie de la clémence. Si on devait considérer l'aveu comme information utile ouvrant droit à la procédure de clémence, on en viendrait à permettre aux entreprises de conclure et de mettre en œuvre les ententes, et à se réfugier derrière l'aveu en cas de découverte de cette entente par les autorités pour néanmoins bénéficier de la clémence.*
18. *En ce qui concerne l'aspect de la célérité avec laquelle la s.à r.l. ... déclare avoir agi pour apporter son concours, le Conseil tient à souligner que l'époque de la demande de clémence est d'importance afin d'apprécier l'étendue de la réduction d'amende qui peut le cas échéant être attribuée à l'entreprise : plus l'entreprise agit tôt, plus sa démarche est de nature à être utile aux autorités, et plus le bénéfice de la clémence peut être élevé. Toutefois, le seul fait pour une entreprise d'agir rapidement après une mesure d'investigation n'est pas suffisant pour ouvrir la possibilité de profiter de la clémence lorsque une ou plusieurs des conditions de fond ne sont pas remplies.*
19. *Le Conseil conclut de ce qui précède que la s.à r.l. ... ne remplit pas toutes les conditions pour pouvoir bénéficier de la procédure de clémence ».*

Aux termes de l'article 2 de cet avis de clémence, le conseil de la concurrence a estimé que la société ...ne remplit pas les conditions d'attribution du bénéfice de la clémence.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 25 août 2006, la société ...a fait introduire un recours contentieux tendant à la réformation de l'avis de clémence prévisé du 27 juin 2006 refusant de faire droit à sa demande en immunité, sinon à l'octroi de la clémence telle que prévue par l'article 19 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Subsidiairement elle sollicite l'annulation de l'avis de clémence déféré ainsi que le renvoi du dossier devant qui de droit.

L'article 26 (2) de la loi précitée du 17 mai 2004 disposant que « *un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du conseil prises en vertu des articles 18 et 19* » sous la précision que ce recours doit être intenté dans un délai de deux mois, le tribunal administratif est en principe compétent pour connaître du recours principal en réformation introduit à l'encontre de l'acte déféré, étant entendu que celui-ci est intervenu sur base de l'article 19 (4) de la loi précitée du 17 mai 2004 et que l'article 26 (2) prérelaté ne distingue pas *a priori* suivant les différents paragraphes de l'article 19.

Dans son mémoire en réponse, le conseil de la concurrence relève qu'il a été créé par la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence en tant qu'autorité administrative indépendante et qu'il constitue partant une administration de l'Etat qui n'est pas soumise à la tutelle hiérarchique d'un ministère ou d'une autre administration, sans que cette même loi ne lui ait cependant conféré le statut d'établissement public, ni aucun autre statut de nature à lui conférer la personnalité juridique.

Il se rapporte à la sagesse du tribunal quant à la question de savoir si l'article 4, paragraphe 1^{er} de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives qui prévoit que la requête introductive d'instance doit être signifiée à la partie défenderesse, vise uniquement les parties défenderesses qui jouissent de la personnalité juridique, auquel cas le présent recours aurait dû suivre le régime du paragraphe 2 dudit article 4 et être déposé au greffe du tribunal administratif pour être traité conformément aux règles procédurales applicables aux recours contre les décisions prises par l'Etat, ou si cette disposition vise aussi les entités qui prennent des décisions administratives sans jouir de la personnalité juridique, auquel cas le recours ne soulèverait pas d'objections de ce point de vue.

Le conseil de la concurrence met en évidence les implications de la réponse à cette question aussi bien pour lui-même, et cela au-delà du seul volet de la procédure de clémence actuellement en cause, que potentiellement pour d'autres administrations formellement indépendantes existantes ou à créer en rappelant qu'en cas de recours contre les décisions de l'Etat, la défense est en règle générale assurée par un délégué du Gouvernement, mais que les attributions autonomes du conseil de la concurrence ne coïncident pas nécessairement avec celles du Gouvernement, de même que dans le cadre de l'exercice de ses propres pouvoirs administratifs dans le domaine économique, le conseil de la concurrence peut être amené à prendre des décisions qui peuvent soit être contraires aux orientations politiques du Gouvernement, soit entraver les activités économiques de l'Etat gérées par le Gouvernement, l'exemple cité à ce titre étant celui où le conseil de la concurrence imposerait une amende à une entreprise contrôlée par l'Etat ou lui imposerait l'interdiction d'exécuter certaines pratiques. Or, le Gouvernement étant libre dans l'hypothèse d'un recours dirigé contre une décision de l'Etat, respectivement d'assurer la défense ou non voire d'assurer une défense dans les termes qui lui conviennent, il estime que son indépendance d'action laisserait d'être garantie, voire risquerait

d'être compromise. Il en déduit qu'en cas de recours juridictionnel contre ces décisions, ces recours devraient lui être notifiés directement afin de lui permettre d'assurer la défense de ses propres décisions.

La question de l'incidence de l'absence de personnalité juridique dans le chef du conseil de la concurrence sur sa capacité d'ester en justice conditionnant directement la recevabilité du mémoire en réponse présenté pour compte du conseil de la concurrence en l'espèce et conditionnant ainsi la configuration du débat juridique engagé devant le tribunal, il y a lieu de la toiser liminairement, avant d'aborder la question de la recevabilité du recours sous examen.

L'Etat s'étant vu signifier le recours par la voie du greffe, le délégué du Gouvernement a précisé que soucieux de respecter le caractère indépendant du conseil de la concurrence, il estime en ordre principal ne pas être juridiquement obligé d'intervenir dans le litige opposant la société ...au conseil de la concurrence.

A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le tribunal estimerait qu'un organe de l'Etat non doté de la personnalité juridique ne peut pas intervenir comme défendeur dans un recours dirigé contre une décision qu'il a prise, le délégué du Gouvernement s'est rallié aux arguments développés par le mandataire du conseil de la concurrence dans les mémoires qu'il a déposés dans le cadre du présent litige en précisant que les arguments déployés dans le cadre de ces mémoires sont censés faire partie intégrante de sa propre prise de position.

Tel que relevé par le conseil de la concurrence, la loi du 17 mai 2004 précitée ne lui a pas conféré la personnalité juridique et les problèmes susceptibles d'être engendrés par cette absence ont été entrevus lors des travaux préparatoires à l'adoption de ladite loi, le conseil de la concurrence s'étant référé à cet égard à l'avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers (document parlementaire n° 5229-2, p. 2, alinéa 2 et p. 5, sub. art. 6) qui avait retenu que *« les Chambres voudraient notamment faire part de leur doute quant à l'indépendance de ce conseil de la concurrence du fait que le projet de loi examiné ne contient pas de dispositions prévoyant que ce conseil bénéficie de la personnalité juridique, qualité pourtant indispensable pour ester en justice. Il s'ensuit qu'une action en justice au nom du conseil ne pourra être introduite que par l'Etat. En plus, ce défaut risque d'entraîner des problèmes au niveau de la prise des décisions en ce qui concerne des recours en justice »*.

S'il est certes de principe que la possession du droit subjectif que constitue la faculté d'agir en justice postule la personnalité juridique en tant que support des droits subjectifs ¹, il n'en demeure pas moins qu'il est de l'essence même du contentieux administratif que l'auteur en titre de l'acte administratif litigieux soit admis à se défendre.

L'indépendance du conseil de la concurrence étant expressément consacrée par le législateur qui, moyennant les dispositions de l'article 6 (1) de la loi du 17 mai 2004 précitée l'a créé en tant que *« autorité administrative indépendante »*, cette reconnaissance légale, confortée en l'espèce par la volonté clairement exprimée de l'Etat de respecter le caractère indépendant du conseil de la concurrence en s'abstenant d'intervenir en tant que partie défenderesse, il y a lieu de reconnaître l'existence administrative du conseil de la concurrence en l'admettant à se défendre

¹ Jacques Falys, La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs, Bruylant 1975, n° 288, p. 260

qualitate qua en l'espèce et, s'agissant de la partie adverse, de ne point s'arrêter à la question de la personnalité juridique ².

Dans son mémoire en réponse le conseil de la concurrence a également soulevé la question de la nécessité d'une mise en intervention de l'inspection de la concurrence en faisant valoir qu'une issue favorable du recours sous examen serait de nature à affecter l'exécution de ses devoirs par l'inspection de la concurrence. Il expose à ce titre que d'après le système de la loi précitée de 2004, l'inspection de la concurrence est chargée d'effectuer les enquêtes relativement au respect des règles relatives à la concurrence et qu'à cet effet, elle adresse des demandes de renseignement écrites aux entreprises et organismes concernés, elle peut entendre toute personne physique, elle peut procéder à des visites des lieux, perquisitions et saisies et si les personnes visées par les mesures d'enquête ont un devoir général de collaboration, celui-ci va plus loin pour les entreprises qui bénéficient d'une mesure de clémence. Aux termes de la loi, afin de conserver le bénéfice de la clémence, elles devraient fournir de leur propre initiative tous les éléments de preuve qu'elles détiennent ou qu'elles viennent à détenir, sans pouvoir se borner à répondre aux questions qui leur sont posées ou à produire les documents qui leur sont demandés, ceci tout au long de la procédure jusqu'à adoption de la décision définitive, de sorte qu'il importerait que l'inspection de la concurrence soit informée de l'identité des entreprises qui bénéficient de la clémence, le conseil de la concurrence, de son côté, l'informant par ailleurs de l'adoption d'un avis de clémence favorable.

Conformément aux dispositions de l'article 8 (1) de la loi du 17 mai 2004 précitée, l'inspection de la concurrence est créée en tant que « *service auprès du ministre* », non spécialement doté d'une indépendance administrative, voire d'une personnalité juridique propre, de sorte à constituer une émanation directe du ministère auquel elle est rattachée. Il s'ensuit que par la signification du recours sous examen à l'Etat, l'inspection de la concurrence, en tant que service administratif relevant du ministère de l'Economie, a été valablement mise en intervention par la possibilité conférée à l'Etat de prendre position par rapport au recours sous examen.

Dans son mémoire en réplique, la société ...conclut au rejet du mémoire en réponse présenté par le conseil de la concurrence déposé au greffe du tribunal administratif le 14 décembre 2006 pour cause de tardiveté en faisant valoir qu'il n'aurait pas été signifié dans le délai légal de trois mois à dater de la signification de la requête introductive d'instance.

S'il est certes vrai que conformément aux dispositions de l'article 5 (1) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, « (...) *le défendeur et le tiers intéressé sont tenus de constituer avocat et de fournir leur réponse dans le délai de trois mois à dater de la signification de la requête introductive* », il n'en reste pas moins que conformément aux dispositions du point (6) du même article 5 « *les délais prévus aux paragraphes 1 et 5 (...) sont suspendus entre le 16 juillet et le 15 septembre* », de sorte qu'en l'espèce le délai de trois mois pour fournir une réponse n'a commencé à courir qu'en date du 16 septembre 2006.

Il s'ensuit que le moyen tendant à voir écarter le mémoire en réponse du conseil de la concurrence pour cause de tardiveté laisse d'être fondé.

² voir en ce sens *ibid* p. 263

Quant à la recevabilité du recours

Le conseil de la concurrence conclut à titre principal à l'irrecevabilité du recours en réformation sous examen pour être prématuré en ce qu'il serait dirigé non pas contre une décision administrative proprement dite, mais contre un avis de clémence qui ne serait pas une décision définitive, mais un acte simplement préparatoire, provisoire et conditionnel.

A l'appui de cette conclusion, il expose le mécanisme général de la procédure de clémence en rappelant que les ententes au sens respectivement de l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 précitée et de l'article 81 du Traité instituant les Communautés Européennes seraient souvent secrètes et partant difficilement détectables, de sorte qu'il aurait paru utile de donner aux entreprises actives dans une telle entente, mais disposées à y mettre fin, la possibilité d'informer les autorités de concurrence de l'existence de la pratique anti-concurrentielle et de fournir à ces autorités toutes les informations dont elles disposent pour leur permettre de devenir actives à leur tour, tout en conférant à ces entreprises, en contrepartie de leur collaboration, une garantie de confidentialité et un avantage au stade de la fixation des sanctions pécuniaires encourues. La confidentialité ainsi garantie serait assurée par le fait que jusqu'à un stade avancé de la procédure, en pratique jusqu'à ce qu'une ou plusieurs entreprises soient nommément poursuivies par le biais d'une communication des griefs, aucun tiers ne serait informé ni de l'existence, ni du contenu d'une demande de clémence, tandis que l'avantage consenti aux entreprises désireuses de s'exprimer prendrait la forme, selon les circonstances, soit d'une immunisation totale des sanctions, soit d'une réduction qui serait fonction de l'époque du début de la collaboration et de l'utilité des informations fournies.

Le conseil de la concurrence explique que l'introduction de cette procédure de clémence serait justifiée par la considération que l'intérêt général de l'économie et des consommateurs de voir mettre fin aux activités de la pratique devrait primer l'utilité de sanctionner individuellement de façon exhaustive tous les participants à cette pratique. Ainsi, afin d'éviter que l'entreprise en question ne soit soumise à des représailles de la part des autres participants, ainsi que d'assurer l'efficacité des investigations menées par les autorités de concurrence en évitant notamment qu'à partir de la connaissance de la demande de clémence les autres participants puissent procéder à la destruction des éléments de preuve pertinents, ainsi que d'éviter encore que les entreprises, si elles étaient informées du degré d'information des autorités de concurrence, ne présentent à leur tour une demande de clémence en présentant des informations d'une valeur légèrement supérieure sans pour autant révéler l'intégralité des informations dont elles disposent, l'exigence fondamentale de secret et de confidentialité aurait amené le législateur à inscrire expressément dans la loi que l'avis de clémence est transmis à la seule entreprise demanderesse et n'est pas publié.

Cette obligation au secret et à la confidentialité trouverait encore une justification dans le fonctionnement du Réseau Européen de la Concurrence, tel qu'institué par le règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, dont les règles de fonctionnement contiendraient également un certain nombre de dispositions destinées à protéger le caractère confidentiel des informations, ce qui se traduirait au niveau national par l'imposition de conditions strictes aux échanges d'informations par le biais des dispositions de l'article 27 de la loi précitée de 2004.

A partir des caractéristiques mêmes de la procédure de clémence, le conseil de la concurrence estime que la confidentialité requise pour une mise en œuvre efficace du programme de clémence serait anéantie en cas de recours contre l'avis de clémence puisque la procédure juridictionnelle est publique et contradictoire. Le simple fait de l'introduction du recours révélerait en effet l'existence de la démarche de l'entreprise à ses concurrents et l'exposerait aux représailles de la part de ceux-ci. Il s'y ajouterait que cette connaissance de la démarche de l'entreprise permettrait aux concurrents d'anticiper les mesures d'investigation lorsqu'elles n'ont pas encore eu lieu et leur permettrait soit de détruire les preuves documentaires, soit d'effectuer eux-mêmes une demande de clémence qu'ils n'auraient pas faite autrement, compromettant ainsi encore le fonctionnement du système.

Le déroulement de la procédure juridictionnelle permettrait encore en principe à l'entreprise demanderesse et à ses concurrents d'avoir connaissance des éléments de preuve et d'information en la possession de l'autorité de concurrence dans l'hypothèse où le tribunal entendrait examiner le fond de l'avis de clémence en vérifiant le caractère exact de l'appréciation des faits par rapport aux conditions de l'octroi du bénéfice de la clémence. Dans la mesure où le tribunal devrait, à cet effet, logiquement disposer du dossier sur lequel s'est fondé le conseil de la concurrence pour porter son appréciation et que ce dossier pourrait contenir des éléments qui ont pu provenir au conseil de la concurrence soit de l'entreprise demanderesse en clémence, soit de ses propres investigations, soit encore de la part d'autres autorités de concurrence membres du réseau européen de la concurrence, le contenu de ces informations pourrait être tel qu'elles ne devraient pas, à ce stade, être révélées. Outre le fait que la divulgation de ces informations permettrait aux entreprises d'évaluer l'état des connaissances de l'autorité de concurrence et d'adapter le cas échéant leur comportement en conséquence, cette divulgation d'information par le conseil de la concurrence amènerait encore celui-ci à violer ses obligations internationales lorsqu'il s'agit d'informations reçues de la part d'une autre autorité de concurrence à charge de ne pas les révéler à des tiers.

Le conseil de la concurrence poursuit son argumentation en faisant valoir que la nature même de l'avis de clémence s'opposerait à l'admission d'un recours immédiat, étant donné qu'il ne s'agirait pas d'une mesure définitive faisant grief. Ainsi l'octroi ou le refus de la mesure de clémence serait soumis à un certain nombre de conditions qui devraient être remplies soit au moment de la demande de clémence, soit ultérieurement et l'appréciation plus particulièrement fournie par le conseil de la concurrence dans l'avis de clémence quant au respect des conditions exigées au moment de la demande de clémence serait basée sur les circonstances de fait établies à ce stade de la procédure seulement qui, en règle générale, serait très précoce. Cette appréciation ne pourrait pas de ce fait, prendre en considération tous les aspects de l'affaire qui ne seront révélés qu'ultérieurement au cours de l'enquête, de même que dans l'avis de clémence, le conseil de la concurrence ne pourrait pas non plus, par la force des choses, apprécier le respect des conditions imposées aux entreprises au cours de l'enquête. Une appréciation finale et globale sur le respect des conditions de la clémence n'interviendrait ainsi qu'à l'issue de la procédure d'enquête, lorsque le conseil de la concurrence est appelé à décider sur l'existence d'une violation de la loi sur base de l'article 10 de la loi précitée du 17 mai 2004, ainsi que sur les sanctions à imposer le cas échéant sur base de l'article 18 de la même loi. Ce serait seulement dans ce cadre qu'il vérifierait si toutes les conditions étaient remplies et réduirait le cas échéant et en conséquence les amendes qui seraient dues en principe.

L'avis de clémence ne serait pas non plus un acte de nature à faire grief, étant donné qu'il ne pourrait produire ses effets qu'à l'encontre d'une entreprise qui fait l'objet d'une procédure de sanction. Or, tel ne serait pas le cas dans le chef d'une entreprise demanderesse en clémence aussi longtemps qu'aucune communication des griefs ne lui a été envoyée, la procédure administrative, jusqu'à l'envoi de la communication des griefs, se trouvant encore dans un processus de recherche et de découverte des faits qui ne serait dirigé contre aucune entreprise en particulier. Ainsi, l'avis de clémence ne porterait aucune appréciation sur le fond et ne préjugerait en rien des suites ultérieures, étant donné qu'il ne serait pas établi, à ce stade procédural, que l'entreprise concernée fasse réellement l'objet d'une procédure de sanction. L'avis de clémence ne produirait ainsi ses effets définitifs qu'ensemble avec la décision à intervenir le cas échéant sur le fond, de sorte que, cet avis de clémence ne pourrait être sujet à recours qu'ensemble avec cette décision sur le fond.

Outre le fait que l'existence d'un recours autonome contre l'avis de clémence serait de nature à paralyser, sinon du moins à ralentir l'action du conseil de la concurrence en ce qu'il se trouverait empêché de prendre une décision sur le fond dans l'hypothèse où la demanderesse en clémence qui a introduit le recours serait ensuite visée par la communication des griefs, le conseil de la concurrence relève qu'il faudrait également prendre en compte l'incidence du droit communautaire dans la présente matière. Ainsi l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 précitée serait écrit sur le modèle de l'article 81 du Traité et le conseil de la concurrence serait compétent pour appliquer ces deux dispositions de manière non pas cumulative mais alternative, la première s'appliquant aux affaires purement nationales tandis que l'article 81 du Traité s'applique aux affaires dans lesquelles il y a une affectation du commerce intracommunautaire. Or l'obligation de coopération loyale entre les instances communautaires et les instances nationales, ainsi que l'obligation d'assurer l'effectivité du droit communautaire obligerait les autorités nationales, tant administratives que judiciaires, de tout entreprendre pour assurer que l'effectivité de l'application du droit communautaire soit garantie, ce qui, dans le présent cadre, devrait conduire le tribunal à refuser la possibilité d'exercer un recours immédiat à l'encontre de l'avis de clémence. Le conseil de la concurrence relève dans ce contexte que le tribunal peut solliciter de la part de la commission européenne sur base de l'article 15 paragraphe 1^{er} du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, un avis au sujet de cette question relative à l'application des règles communautaires de concurrence.

Quant au moyen d'irrecevabilité du recours lui opposé par le conseil de la concurrence, la société ...se prévaut du caractère clair et non équivoque des dispositions de l'article 26 de la loi du 17 mai 2004 précitée qui prévoit qu'un recours devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du conseil prises en vertu des articles 18 et 19 de la même loi. Elle fait valoir ensuite que l'avis de refus de clémence litigieux exclurait le principe même d'une immunité ou d'une réduction à son égard au motif qu'elle ne remplirait pas les conditions pour bénéficier de la clémence, pour soutenir l'avis négatif ainsi émis par le conseil de la concurrence devrait pouvoir faire l'objet d'un recours contentieux sous peine de priver la procédure de clémence prévue par la loi de toute raison d'être. Elle estime en outre que contrairement aux affirmations de la partie défenderesse, la loi ne conférerait pas à l'avis de clémence un caractère conditionnel sur lequel le conseil de concurrence pourrait revenir à tout moment, tout en relevant que dans l'avis déféré le

conseil de la concurrence ne prévoirait pas non plus dans quel cas de figure il serait possible de revenir sur cet avis négatif.

Elle relève en outre que si le conseil de la concurrence avait estimé qu'au moment de la demande de clémence par elle introduite, le stade précaire de la procédure d'investigation l'empêchait de disposer des éléments nécessaires pour prendre une décision, il aurait dû surseoir à statuer et non pas l'exclure d'office du bénéfice d'une réduction d'amende ou de l'immunité.

Les auteurs de la loi du 17 mai 2004 ont précisé que « *l'une des difficultés de la lutte contre des ententes injustifiables est de lever la chape de silence qui les recouvre* » et que l'expérience de la Commission Européenne en matière de programme de clémence « *a démontré que la collaboration d'une entreprise à la découverte de l'existence d'une entente a une valeur intrinsèque* » sous la précision que « *l'incitation résulte de la possibilité d'accorder aux entreprises dénonciatrices une immunité ou une réduction d'amende* »³.

La réglementation du programme de clémence mis en place par les autorités luxembourgeoises et inspirée de la politique de la Commission européenne en la matière, telle que retenue en définitive à l'article 19 de la loi du 17 mai 2004, est agencée en quatre points, l'article en question intitulé « *immunité et réduction des amendes* » étant libellé comme suit :

« (1) le Conseil peut exempter une entreprise de toute amende lorsque celle-ci est la première à dénoncer une entente sur l'existence de laquelle ni le Conseil ni l'Inspection ne disposent d'information.

(2) le Conseil peut réduire l'amende infligée à une entreprise lorsque celle-ci dénonce une entente avant l'envoi d'une communication des griefs.

(3) une entreprise peut bénéficier de l'immunité ou d'une réduction de l'amende si :

- elle fournit au Conseil ou à l'Inspection la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente présumée et lui apporte une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil ;
- elle met fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle dénonce celle-ci au Conseil ou à l'Inspection ;
- le Conseil ou l'Inspection ne disposent pas d'éléments qui prouvent que l'entreprise a contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale.

(4) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil, à la demande du rapporteur général ou de son délégué, adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations ; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié ».

³ Voire. Projet de loi n° 5229, commentaire des articles, p. 23, sub. art. 18

Les points (1) et (2) de l'article 19 ont trait aux décisions que le conseil peut prendre en la matière, en l'occurrence une décision d'exemption d'une entreprise de toute amende, ou bien une décision de réduction de l'amende. Le point (3) du même article énonce ensuite les conditions qu'une entreprise doit remplir pour pouvoir bénéficier d'une décision d'immunité ou de réduction de l'amende, tandis que le point (4) a trait à un stade préalable à la prise des décisions prévues sous les points (1) et (2), en ce qu'il concerne l'avis de clémence que le Conseil, à la demande du rapporteur général ou de son délégué, est appelé à adopter à la suite de la démarche de l'entreprise. Il se dégage du libellé dudit point (4) que cet avis est un préalable nécessaire à la prise d'une décision d'exemption ou de réduction d'amende ultérieure par le Conseil, étant donné qu'il revient à cet avis de préciser les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende et que le Conseil, lorsqu'il est saisi d'une demande afférente du rapporteur général ou de son délégué, ne dispose pas d'une faculté d'adopter un avis de clémence, mais est tenu d'adopter un tel avis, l'utilisation par le législateur du verbe au présent (« *adopte* ») excluant toute latitude pour ce faire dans le chef du conseil.

En adoptant un avis de clémence, tant positif dans le sens de préciser les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende le cas échéant encourue, que négatif dans le sens de retenir que l'entreprise ne remplit pas les conditions pour bénéficier de la clémence, le Conseil prend un acte revêtant les caractéristiques d'une décision administrative. En cas d'avis de clémence positif les conditions pour prétendre le cas échéant en fin d'instruction à une exemption ou réduction d'amende se trouvent en effet déterminées, tandis qu'en cas de décision négative, l'entreprise, faute de s'être vu imposer des conditions afférentes, n'est pas mise en mesure de bénéficier de l'immunité ou d'une réduction d'amende.

Il n'en demeure cependant pas moins qu'une décision administrative, pour être susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux, doit également être de nature à faire grief, étant entendu que la jurisprudence qualifie d'acte de nature à faire grief un acte susceptible de produire par lui-même des effets juridiques affectant directement la situation personnelle ou patrimoniale de celui qui réclame⁴. Il s'ensuit qu'un acte qui ne fait que préparer la décision finale et qui ne constitue partant qu'une étape dans la procédure d'élaboration de celle-ci échappe en principe au recours contentieux pour autant que cet acte préparatoire et préliminaire aboutit nécessairement à l'adoption d'une décision finale clôturant la phase d'instruction.

Le recours contentieux devant en effet rester ouvert contre tout acte qui, même intervenu dans le cadre d'une procédure préliminaire à l'adoption de la décision définitive, met définitivement fin à la procédure en empêchant toute décision au fond, il y a partant lieu d'examiner la nature de l'acte administratif déféré en ce qu'il s'analyse en un avis défavorable de clémence, ainsi que de déterminer ce qu'il y a lieu d'entendre par décision définitive en la matière sous examen.

Dans la mesure où le bénéfice de la clémence n'est appelé à déployer ses effets en définitive que dans l'hypothèse où une amende sera prononcée à l'encontre de l'entreprise concernée, il est à qualifier d'accessoire à l'amende en ce que par essence il n'est pas détachable

⁴ cf. Fernand Schockweiler, *Le contentieux administratif et la procédure administrative non contentieuse en droit luxembourgeois*, p. 33

de la sanction pécuniaire sous forme d'amende à prononcer le cas échéant par voie de décision du Conseil en application de l'article 18 de la loi du 17 mai 2004, précitée.

Il s'y ajoute que l'avis de clémence, qu'il soit positif ou négatif, n'est pas de nature à empêcher l'aboutissement de la procédure principale qui se soldera le cas échéant par la décision d'infliger à l'entreprise concernée une amende au fond, et qui constitue la décision définitive en la matière affectant l'entreprise concernée dans sa situation personnelle et patrimoniale.

Il se dégage des considérations qui précèdent que l'avis de clémence revêt les caractéristiques d'un acte de procédure préparatoire à une décision définitive et qu'à ce titre il est certes susceptible de faire l'objet de critiques qui lui sont spécifiques dans le cadre d'un recours ultérieur à introduire le cas échéant contre une décision prise en application de l'article 18 de la loi du 17 mai 2004 précitée, voire concomitamment sur base de l'article 19 (1) et (2) de la même loi, mais qu'il n'est pas susceptible d'être qualifié de décision définitive dans la procédure administrative engagée pour n'en constituer qu'une simple étape non détachable.

S'il est encore vrai, ainsi que le soutient la partie demanderesse, que la rédaction de l'article 26 de la loi du 17 mai 2004, en ce qu'il dispose sous son point (2) qu'« *un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert contre les décisions du conseil prise en vertu des articles 18 et 19* » sans autrement spécifier ce qu'il y a lieu d'entendre plus particulièrement par décision prise en vertu de l'article 19 au regard notamment des différents paragraphes que comporte cette disposition légale, peut prêter à confusion, force est néanmoins de relever que la détermination de ce qu'est une décision susceptible de recours contentieux doit s'effectuer indépendamment du caractère général d'une disposition relative aux voies de recours, l'élément terminologique déterminant au niveau de l'article 26 étant la référence spécifique aux « *décisions* » du Conseil et non celle plus générale à l'article 19. Il s'y ajoute que les décisions ainsi visées, en l'occurrence celles des points (1) et (2) de l'article 19, ont trait aux sanctions pécuniaires encourues, à diminuer ou immuniser le cas échéant moyennant le bénéfice de la clémence, et qu'il est précisé au niveau du commentaire de l'article 25 initial du projet de loi ayant abouti à la loi relative à la concurrence, correspondant à l'actuel article 26, que le recours devant le tribunal administratif « *contre les décisions relatives aux sanctions pécuniaires* » est un recours en réformation, le but poursuivi par l'introduction de ce type de recours étant celui de permettre au tribunal d'annuler ou de refixer le cas échéant les amendes encourues⁵.

La volonté ainsi commentée du législateur est de nature à corroborer la conclusion que le recours en réformation institué par l'article 26 de la loi du 17 mai 2004 précitée s'entend par rapport à la décision finale, sous forme de sanction pécuniaire, et non pas spécifiquement contre l'avis de clémence visé par les dispositions du point (4) de l'article 19 de la même loi.

Il se dégage de l'ensemble des considérations qui précèdent que le recours sous examen est prénaturel et partant irrecevable pour s'analyser en un acte simplement préparatoire d'une décision finale, seule susceptible, le cas échéant, de faire grief à l'entreprise demanderesse.

Par ces motifs,

⁵ cf. doc. parl. 5229, Commentaire des articles, p. 24, sub. article 25

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

déclare le recours irrecevable

condamne la société demanderesse aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 13 juin 2007 par :

Mme Lenert, vice-président,
Mme Lamesch, premier juge,
M. Sünner, juge,

en présence de M. Schmit, greffier en chef.

s. Schmit

s. Lenert