

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle: **23178C**

Inscrit le 11 juillet 2007

AUDIENCE PUBLIQUE DU 24 JANVIER 2008

**Recours formé par la société à responsabilité limitée.... , ...
contre une décision du conseil de la concurrence
en matière de concurrence
Appel
(jugement entrepris du 13 juin 2007, no 21870 du rôle)**

Vu l'acte d'appel déposé au greffe de la Cour administrative le 11 juillet 2007 par Me Georges PIERRET, avocat à la Cour, au nom de la société à responsabilité limitée... , établie à ..., ayant son siège social à ..., contre un jugement rendu en matière de concurrence par le tribunal administratif le 13 juin 2007, à la requête de l'actuelle appelante 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 Jean-Lou THILL, demeurant à Luxembourg, du 17 juillet 2007 portant signification de ce recours au conseil de la concurrence, établi à L-2449 Luxembourg, 6, boulevard Royal ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 12 octobre 2007 par Me Claude SCHMARTZ, avocat à la Cour inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte du conseil de la concurrence ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL du 11 octobre 2007 portant signification de ce mémoire en réponse à la société appelante ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 25 octobre 2007 par Me Georges PIERRET en nom et pour compte de la société appelante, lequel mémoire a été notifié le 23 octobre 2007, par voie de télécopie, au mandataire constitué pour le conseil de la concurrence ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 22 novembre 2007 par Me Claude SCHMARTZ pour compte du conseil de la concurrence, lequel mémoire a été notifié le même jour, par voie de télécopie, au mandataire constitué pour l'appelante ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le conseiller-rapporteur entendu en son rapport à l'audience publique du 15 janvier 2008 lors de laquelle Me Caroline GODFROID, en remplacement de Me Georges PIERRET, et Me Claude SCHMARTZ ont encore été entendus en leurs plaidoiries respectives.

Par jugement rendu le 13 juin 2007, le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement, a déclaré irrecevable le recours introduit le 25 août 2006 par la société à responsabilité limitée... , tendant à la réformation ou à l'annulation d'une décision du conseil de la concurrence du 27 juin 2006 refusant de faire droit à sa demande de clémence, telle que prévue par l'article 19 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, la demande étant à situer dans le contexte de la fixation d'une éventuelle sanction en raison de sa participation à une entente illicite présumée, le tribunal étant arrivé à la conclusion que le recours était dirigé non pas contre une décision administrative susceptible de faire grief, mais contre un acte simplement préparatoire d'une décision finale.

Le 11 juillet 2007, Me Georges PIERRET, avocat à la Cour, agissant en nom et pour compte de la société , a interjeté appel contre le susdit jugement.

La société appelante critique la décision d'irrecevabilité au motif que le recours contentieux par elle introduit devant le tribunal administratif serait expressément prévu par l'article 26 de la loi précitée du 17 mai 2004 en ce sens que cet article prévoit qu'un « *recours en réformation est ouvert contre les décisions du conseil prises en vertu des articles 18 et 19* » et que l'avis de clémence querellé émanant du conseil de la concurrence aurait précisément été rendu sur base de l'article 19 de ladite loi du 17 mai 2004.

Il est soutenu qu'en retenant 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 d'une 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* », les premiers juges auraient mal appliqué un texte de loi clair en opérant une distinction non prévue à cet égard.

Ainsi, les premiers juges auraient soustrait la décision litigieuse à la voie de recours légalement prévue.

Il est encore soutenu qu'un refus du bénéfice de la clémence aurait évidemment une conséquence au niveau pécuniaire, car il « *exclut dès le début la partie appelante d'une immunité ou d'une réduction de l'amende* ».

La société estime encore que dès lors que l'article 19 prévoit une possibilité de recours contre toutes les décisions visées par l'article 19, la décision litigieuse serait par la force des choses « *susceptible de recours* » et qu'il serait erroné de conditionner la recevabilité du recours par d'autres vérifications.

En ordre subsidiaire, il est soutenu par la société appelante que la décision entreprise serait constitutive d'une décision administrative finale de nature à faire grief, au motif qu'il s'agirait d'une décision prise par une autorité administrative indépendante ; qu'indépendamment de la dénomination « avis », il ne s'agirait pas d'un acte de procédure préparatoire par le fait d'exclure définitivement toute immunité et réduction de l'amende « *qu'elle risque d'encourir* » ; qu'elle serait détachable de la décision fixant le montant de l'amende et qu'elle serait « *susceptible* » de produire des effets juridiques et d'affecter sa situation patrimoniale.

En ce qui concerne le bien-fondé de son recours, la société appelante expose remplir les conditions en vue de se voir admettre au bénéfice d'une mesure de clémence en ce sens qu'elle aurait parfaitement collaboré avec l'Inspection de la Concurrence ; qu'elle aurait fourni tous les éléments de preuve et d'informations en sa possession concernant l'entente présumée et qu'il serait faux de l'exclure du bénéfice sollicité au seul motif qu'elle n'aurait apporté « *aucun élément nouveau* » au dossier, alors qu'une obligation afférente ne serait pas légalement prévue et que le fait même qu'elle n'aurait pas apporté pareil élément nouveau resterait au stade de simple allégation.

Enfin, la société appelante sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure d'un import de 2.000.- € sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Le conseil de la concurrence a pris position dans un mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 12 octobre 2007. Dans son mémoire, il revient en premier lieu à la « *question de la procédure à suivre à son égard* », compte tenu du fait de l'absence de personnalité morale dans son chef et des exigences fondamentales tenant à son statut d'autorité administrative indépendante, question qu'elle avait soulevée en première instance et au titre de laquelle les premiers juges ont retenu qu'elle pouvait intervenir *qualitate qua* dans une procédure pour assurer la défense de ses décisions. Le conseil estime que cette question n'a pas été mise dans le débat par l'appelante mais, si la Cour devait estimer devoir réexaminer cette question, il déclare se rallier aux conclusions des premiers juges y relatives.

Pour le surplus, le conseil de la concurrence conclut en substance au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement en ce qu'il est retenu que l'avis de clémence litigieux ne serait qu'une étape procédurale intermédiaire tendant à préparer une décision finale, de sorte que pareil avis ne serait pas directement attaquant.

Concernant le fond, le conseil de la concurrence réitère ses arguments développés en première instance et demande à ce qu'il soit sursis à statuer sur le fond du recours de l'actuelle appelante.

L'appelante a fait développer ses moyens et arguments à travers un mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 25 octobre 2007 et le conseil de la concurrence y a répondu par le dépôt d'un mémoire en duplique en date du 22 novembre 2007.

L'appel est recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

La Cour est de prime abord amenée à revenir sur la question de la capacité pour agir en justice du conseil de la concurrence.

Les premiers juges ont reconnu « *l'existence administrative* » du conseil de la concurrence et ils ont admis qu'indépendamment du fait que ledit conseil n'est pas doté de la personnalité juridique, il puisse se défendre *qualitate qua* en cause.

Or, la capacité active d'ester en justice ne pouvant être reconnue qu'à des personnes disposant de la personnalité juridique, force est d'en dégager en l'espèce que dès lors que le conseil de la concurrence, créé par la loi précitée du 17 mai 2004, n'a pas été doté de la personnalité juridique, il ne saurait être admis à agir en justice en son nom personnel et pour son propre compte, fût-ce comme partie défenderesse dans le cadre d'un contentieux administratif en vue de la défense d'une décision qu'il a été amenée à prendre. - Cette conclusion n'est pas ébranlée par le fait que la loi de 2004 reconnaît une large indépendance audit conseil, étant donné qu'il reste un simple organe de l'Etat qui n'a pas d'existence personnelle propre.

S'il est certes vrai que le système légal institué par la susdite loi de 2004 serait autrement plus fonctionnel et l'indépendance du conseil de la concurrence autrement plus grande s'il pouvait agir en son nom personnel, tel ne saurait être le cas qu'à la *conditio sine qua non* que le législateur reconnaisse expressément une personnalité propre audit conseil. La problématique afférente n'est d'ailleurs point nouvelle, étant donné que déjà la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers, dans leur avis commun du 24 janvier 2004 (document parlementaire n° 5229², pages 2 et 5) y ont insisté en les termes clairs suivants : « *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.* »

Cet état des choses n'est cependant pas de nature à porter autrement à conséquence dans le cas d'espèce en raison de la combinaison des deux éléments que sont, d'une part, la considération que le conseil de la concurrence constitue un organe de l'Etat et, d'autre part, le fait qu'au cours de la première instance, l'Etat est intervenu pour déclarer que « *dans la mesure où Votre tribunal estimerait qu'un organe de l'Etat non doté de la personnalité juridique ne pourrait pas intervenir comme défendeur dans un recours dirigé contre une décision qu'il a pris, (...) le Gouvernement se rallie aux arguments développés par le mandataire du Conseil de la Concurrence dans les mémoires qu'il a déposés dans le cadre du présent recours, ces arguments sont censés faire partie intégrante de la présente prise de position* », de sorte qu'il y a lieu de passer outre un certain nombre d'imprécisions terminologiques et de retenir qu'en l'occurrence, la partie défenderesse initiale, actuelle partie intimée, n'est autre que l'Etat, agissant par le truchement des actes de procédure déposés en nom et pour compte de son organe qu'est le conseil de la concurrence en vue de la défense de la décision litigieuse émanant dudit conseil.

Au fond, les moyens d'appel ayant trait à la recevabilité de la requête introductive de première instance relevant du fond de l'appel (Cour adm. 11 mai 2006, n° 20937C du rôle, Pas. adm. 2006, V° Procédure contentieuse, n° 13), la Cour est appelée à examiner le bien-fondé ou mal-fondé des analyses et conclusions des premiers juges relativement à l'irrecevabilité du recours contentieux introduit par la société pour ne pas viser une décision administrative susceptible de faire grief, mais simplement un acte préparatoire d'une décision finale.

Le contentieux administratif est le contentieux des décisions administratives. Il s'ensuit que l'ouverture d'un recours devant les juridictions administratives est conditionnée par la vérification de ce que l'acte litigieux constitue une décision administrative, c'est-à-dire qu'il doit émaner d'une autorité administrative légalement habilitée à prendre des décisions unilatérales obligatoires pour les administrés et qu'il revêt les caractéristiques d'une véritable décision, affectant les droits et intérêts de la personne qui la conteste (cf. trib. adm. 6 octobre 2004, n° 16533 du rôle, Pas. adm. 2006, V° Actes administratifs, n° 1).

En l'espèce, il est incontestable et incontesté que l'acte litigieux posé par le conseil de la concurrence, tel que ce conseil est organisé par la loi précitée du 17 mai 2004, émane d'un organisme de droit public légalement habilité à mettre en œuvre un pouvoir administratif et à prendre des décisions unilatérales obligatoires, c'est-à-dire qu'il émane d'une autorité administrative.

Il reste à savoir si l'acte litigieux revêt les caractéristiques d'une véritable décision, d'une part, et s'il affecte les droits et intérêts de la demanderesse initiale, d'autre part.

Les premiers juges, après avoir situé le cadre plus général de la réglementation du programme de clémence mis en place par les autorités luxembourgeoises en matière d'ententes entre entreprises ; après avoir placé l'acte (un avis de clémence en l'occurrence négatif) dans le contexte juridique spécifique dans lequel il est intervenu, à savoir l'article 19, intitulé « *immunité et réduction des amendes* », de la loi précitée du 17 mai 2004 et après avoir analysé minutieusement le régime dudit article 19, analyse à laquelle la Cour renvoie et qu'elle fait sienne, ont pu constater à bon droit le caractère décisionnel de l'avis de clémence négatif litigieux. Cette conclusion n'ayant pas été remise dans le débat par les parties au cours de l'instance d'appel, il n'y a pas besoin d'y réserver plus de développements.

Ce qui partage les parties est la conclusion des premiers juges relativement au caractère préparatoire dudit avis de clémence et le défaut de grief dans le chef de la société .

Or, la décision administrative, pour être susceptible de faire grief et de ce fait être susceptible de faire l'objet d'un recours, doit s'analyser en un acte susceptible de produire par lui-même des effets juridiques affectant la situation personnelle ou patrimoniale de celui qui réclame (trib. adm. 18 mars 1998, n° 10286 du rôle, Pas. adm. 2006, V° Actes administratifs, n° 13 et autres références y citées). N'ont pas cette qualité de décision faisant grief, comme n'étant pas destinés à produire, par elles-mêmes, des effets juridiques, les informations données par l'administration, tout comme les déclarations d'intention ou les actes préparatoires d'une décision (trib. adm. 23 juillet 1997, n° 9658 du rôle, Pas. adm. 2006, V° Actes administratifs, n° 17 et autres références y citées).

Ainsi, échappent au recours contentieux les actes préparatoires qui ne font que préparer la décision finale et qui constituent des étapes dans la procédure d'élaboration de celle-ci (Cour adm. 22 janvier 1998 n°s 9647C, 9759C, 10080C et 10276C, Pas. adm. 2006, V° Actes administratifs, n° 24 et autres références y citées).

Il convient encore de rejoindre les premiers juges sous ce rapport et de mettre en exergue que l'avis de clémence que le conseil de la concurrence peut être appelé à prendre dans le cadre de l'article 19 de la loi précitée du 17 mai 2004 n'a pas d'existence autonome, mais s'analyse en une étape d'une procédure complexe tendant à préparer la prise d'une décision d'exemption ou de réduction d'amende ultérieure par le conseil de la concurrence, cette dernière décision

étant par ailleurs elle-même conditionnée par la prise préalable d'une décision d'infliger à l'entreprise concernée une sanction pécuniaire sous forme d'amende.

Force est donc de constater que l'avis de clémence, fût-il négatif, n'est qu'un simple maillon d'une chaîne et en tant que tel il n'est pas de nature à faire grief *per se* du fait de ne déployer ses effets que dans l'hypothèse où une amende sera finalement prononcée à l'encontre de l'entreprise concernée.

C'est à tort que, comme en première instance, l'appelante entend faire état de ce que faute de spécification de la décision visée, la rédaction de l'article 26 de la loi du 17 mai 2004, en ce qu'il dispose en 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* » ouvrirait une voie de recours directe contre l'avis litigieux, les premiers juges étant à entériner en ce qu'après avoir admis que ce libellé pouvait *a priori* prêter à confusion, ils ont retenu en substance que cette disposition était à situer dans le contexte général du régime de clémence prévu par l'article 19 de la loi de 2004 et que l'élément terminologique déterminant au niveau de l'article 26 est la référence spécifique aux « *décisions* » du conseil de la concurrence et non celle plus générale à l'article 19, de sorte qu'il y avait lieu de dégager que le recours en réformation institué par l'article 26 s'entend par rapport à la décision finale, sous forme de sanction pécuniaire, et non pas spécifiquement et directement contre l'avis de clémence visé par les dispositions du point (4) de l'article 19 de la même loi. La Cour n'entrevoit pas non plus que le législateur ait eu l'intention de déroger aux conditions générales de recevabilité d'un recours contentieux contre les décisions administratives.

C'est encore à tort que l'appelante s'estime lésée en ses droits de la défense et soutient que l'avis de clémence litigieux serait soustrait à une voie de recours contentieuse, dès lors que si ledit avis ne donne pas lieu *per se* à un recours contentieux, il n'en reste pas moins que les éventuels vices pouvant affecter cet élément de la procédure peuvent utilement et effectivement être invoqués au niveau d'un recours dirigé contre la décision finale à intervenir à l'aboutissement de la procédure d'élaboration de celle-ci.

L'appel n'étant pas fondé, le jugement entrepris est à confirmer dans toute sa teneur.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un import de 2.000.- €, formulée par la partie appelante, est à rejeter comme n'étant pas fondée, étant donné que la partie appelante a succombé dans ses moyens et arguments et qu'il n'est pas autrement établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les sommes exposées par elle.

Par ces motifs,

la Cour, statuant à l'égard de toutes les parties en cause ;

reçoit l'appel du 11 juillet 2007 ;

le dit non fondé et en déboute ;

partant **confirme** le jugement entrepris du 13 juin 2007 ;

rejette la demande de la société appelante en allocation d'une indemnité de procédure ;
condamne la société appelante aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi jugé par :

Francis DELAPORTE, premier conseiller,
Henri CAMPILL, conseiller,
Serge SCHROEDER, conseiller,

et lu par le premier conseiller en l'audience publique au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête en présence du greffier de la Cour Anne-Marie WILTZIUS.

WILTZIUS

DELAPORTE

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 24 janvier 2008
Le greffier de la Cour administrative

