

Audience publique du 10 novembre 2014

Recours formé par
la société ..., ..., (RFA)
contre une décision du Conseil de la concurrence,
en présence de ...,
..., ..., ...,
..., ..., ...,
et
de la ...
ainsi que l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg
en matière de droit de la concurrence

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 33903 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 20 janvier 2014 par Maître Vincent WELLENS, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société ..., établie et ayant son siège social à D- ... (RFA), ..., inscrite au *Amtsgericht* ... sous le numéro HRB Nr. ..., tendant à la réformation de la décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013, no. 2013-FO-03 ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL, demeurant à Luxembourg, du 12 février 2014, portant signification du susdit recours aux sociétés ..., ..., ..., ..., ..., ... et ... ;

Vu la constitution d'avocat déposée au greffe du tribunal administratif le 3 mars 2014 par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour le compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu les constitutions d'avocat déposées au greffe du tribunal administratif le 12 mars 2014 par Maître Anne MERTENS, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour le compte des sociétés ..., ...et ... ;

Vu la constitution d'avocat déposée au greffe du tribunal administratif le 19 mars 2014 par Maître Léon GLODEN, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour le compte des sociétés ... et ... ;

Vu la constitution d'avocat déposée au greffe du tribunal administratif le 20 mars 2014 par Maître Anne MERTENS, préqualifiée, pour le compte de la société ... ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif en date du 22 avril 2014 par Maître Patrick KINSCH pour le compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif en date du 6 mai 2014 par Maître Anne MERTENS pour le compte de la société anonyme ... ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif en date du 9 mai 2014 par Maître Léon GLODEN pour le compte des sociétés ... et ... ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif en date du 12 mai 2014 par Maître Anne MERTENS pour le compte des sociétés ... et ... ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif en date du 28 mai 2014 par Maître Anne MERTENS pour le compte de la société ... ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif en date du 6 juin 2014 par Maître Vincent WELLENS pour le compte de la société ... ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe du tribunal administratif en date du 2 juillet 2014 par Maître Léon GLODEN pour le compte des sociétés ... et ... ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe du tribunal administratif en date du 7 juillet 2014 par Maître Patrick KINSCH pour le compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu la requête en permission d'intervention volontaire déposée en date du 25 juillet 2014 au greffe du tribunal administratif par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, représenté aux fins de la présente instance par Maître Philippe-Emmanuel PARTSCH, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour la ... et l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg représenté par son ministre du Développement durable et des Infrastructures sollicitant l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par le recours en réformation portant le numéro 33903 du rôle, en matière de droit de la concurrence et dirigé contre la décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013 (no. 2013-FO-03) ;

Vu l'ordonnance du 6 août 2014 autorisant les parties intervenantes, à savoir la ... et l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, représenté par son ministre du Développement durable et des Infrastructures, à intervenir au provisoire volontairement dans l'affaire principale portant le numéro 33903 du rôle, introduite à la requête de la société ... contre la décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013 (no 2013-FO-03) et autorisant les parties intervenantes et défenderesses sur intervention à produire des mémoires y relatifs ;

Vu la constitution d'avocat déposée au greffe du tribunal administratif le 28 août 2014 par Maître Vincent WELLENS, préqualifié, pour le compte de la société anonyme de droit anglais ..., ayant son siège social à ... (Royaume-Uni), ..., immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Londres sous le n° ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions ;

Vu le mémoire en réponse sur intervention déposé au greffe du tribunal administratif en date du 24 septembre 2014 par Maître Vincent WELLENS, pour le compte de la société ... ;

Vu le mémoire en réponse sur intervention déposé au greffe du tribunal administratif

en date du 24 septembre 2014 par Maître Anne MERTENS, pour le compte des sociétés ..., ..., ... et ... ;

Vu le mémoire en réponse sur intervention déposé au greffe du tribunal administratif en date du 24 septembre 2014 par Maître Léon GLODEN, pour le compte des sociétés ... et ... ;

Vu le mémoire en réplique sur intervention déposé au greffe du tribunal administratif en date du 1^{er} octobre 2014 par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, pour le compte de ...et de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu le mémoire en réplique sur intervention déposé au greffe du tribunal administratif en date du 1^{er} octobre 2014 par Maître Patrick KINSCH, pour le compte de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg ;

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

Le juge-rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maître Philippe-Emmanuel PARTSCH, Maître Vincent WELLENS, Maître Patrick KINSCH, Maître Léon GLODEN et Maître Anne MERTENS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 13 octobre 2014.

Par décision du 23 octobre 2013, référencée sous le n° 2013-FO-03, le Conseil de la concurrence infligea une amende d'un montant total de ... euros à la société ...ainsi qu'à la ..., lesquelles auraient, ensemble avec la société ... (anciennement ...) et sa filiale ..., établi un cartel dans le secteur de la production et de la vente d'aiguillages ayant eu pour objet de fausser les marchés publics organisés par la ...pendant la période de 2005 à 2011.

En vertu du programme de clémence, le Conseil de la concurrence accorda l'immunité d'amende aux sociétés ... et

Par requête inscrite sous le numéro 33903 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 20 janvier 2014, la société ... a fait introduire un recours tendant à la réformation et subsidiairement à l'annulation de la prédite décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013, ladite requête tendant aux termes de son dispositif principalement à :

- « (...) - *den vorliegenden Einspruch als zulässig anzunehmen ;*
- *zu erklären, dass der Einspruch dem Grunde nach begründet ist ;*
- *die Entscheidung vom 23. Oktober 2013, welche vom Einspruch betroffen ist, abzuändern und die in dieser Entscheidung verhängte Geldbuße auf EUR 11.207,7 zu reduzieren oder, falls nicht, hilfsweise den Bußgeldbetrag unter Berücksichtigung der oben beschrieben Bußgeldparameter mindestens deutlich herabzusetzen bzw. Artikel 2 der Entscheidung aufzuheben (...)» .*

La société ... a encore mis en intervention les sociétés ..., ..., ..., ..., ..., ... et

Le 25 juillet 2014, la ...ainsi que l'Etat luxembourgeois ont fait déposer au greffe du tribunal administratif une requête en permission d'intervention volontaire sollicitant

l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par le prédit recours en réformation contre la décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013.

Par ordonnance du 6 août 2014, il a été fait droit à cette requête en permission d'intervention volontaire.

La société ..., d'un côté, ainsi que les sociétés ..., ..., et ..., de l'autre côté, firent part au tribunal de leur opposition à cette ordonnance par courriers respectifs du 19 août 2014, afin d'obtenir la rétractation, sinon la modification de l'ordonnance en cause.

Par requête datée du 29 août 2014, la société ... a encore contesté cette ordonnance sur la base de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), tout en sollicitant à titre subsidiaire sur la base de l'article 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, des mesures en sauvegarde de ses intérêts consistant dans la levée, voire la suspension de son obligation telle que lui imposée par la prédite ordonnance de communiquer tous les actes et pièces du dossier dans la procédure principale.

Les différentes parties ayant été conviées en chambre du conseil en date du 17 septembre 2014, elles ont été invitées à produire chacune un mémoire supplémentaire relatif à l'intervention volontaire ainsi qu'à ses conséquences, la question afférente ayant été fixée pour plaidoiries au 13 octobre 2014.

En effet, au vu de l'opposition des parties défenderesses sur intervention, il échet de trancher avant tout autre progrès en cause la question de la recevabilité de la requête en permission d'intervention volontaire et, le cas échéant, des conséquences de l'intervention volontaire de la ...ainsi que de l'Etat luxembourgeois quant à leur accès aux actes de procédure et aux pièces de l'instance principale, toutes autres question et moyens de forme et de fond relatifs à l'instance principale demeurant saufs.

La ..., ci-après « ... », ainsi que l'Etat luxembourgeois justifient leur requête en permission d'intervention volontaire en rappelant qu'une intervention peut être introduite par toute personne justifiant d'un intérêt à agir, voire dès lors que l'intervenant justifie d'un intérêt direct ou indirect, matériel ou moral, voire même dès lors qu'il existe un risque que le jugement à intervenir ne crée un simple préjugé favorable, les parties intervenantes considérant encore que l'intérêt à agir de l'intervenant volontaire devrait être apprécié beaucoup plus largement que l'intérêt à agir du requérant.

Elles affirment que cette condition d'intérêt serait remplie tant par les ... que par l'Etat.

En effet, en vertu de la loi modifiée du 10 mai 1995 relative à la gestion de l'infrastructure ferroviaire, l'Etat a la pleine propriété du réseau ferré, dont la gestion serait confiée aux ..., gestionnaire de l'infrastructure, le financement afférent étant enfin assuré par un fonds spécial, dénommé « *Fonds du Rail* ». C'est ainsi que les travaux de maintenance, de réparation ou d'extension de l'infrastructure ferroviaire seraient réalisés par les ..., en qualité de gestionnaire de l'infrastructure, et financés par le Fonds du Rail, pour le compte de l'Etat.

En l'espèce, les ... auraient intérêt au maintien de la décision déférée du Conseil de la concurrence, étant donné que la décision litigieuse constaterait des infractions graves et caractérisées au droit de la concurrence qui auraient causé aux ... un préjudice du fait

notamment des surpris pratiqués vis-à-vis d'eux dans le cadre des marchés publics faussés. Dès lors, la décision litigieuse, en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles, permettrait aux ... d'établir la faute des membres du cartel, le lien de causalité avec leur préjudice et ainsi d'obtenir réparation de leur préjudice.

Les parties intervenantes donnent toutefois à considérer, en ce qui concerne précisément cette question du préjudice, que le Conseil de la concurrence ne répare pas les préjudices subis par les victimes des pratiques anticoncurrentielles, alors qu'il incombe aux juges nationaux compétents de sanctionner les droits que les victimes d'infractions au droit de la concurrence tireraient des articles 101 et 102 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »). Il serait ainsi de jurisprudence constante que toute personne est en droit de demander réparation du préjudice que lui aurait causé un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, les parties intervenantes soulignant que la Cour de Justice de l'Union européenne veillerait tout particulièrement à ce que les justiciables soient effectivement en mesure de préparer un recours en réparation, par exemple en ayant accès à des documents, un tel droit étant regardé comme renforçant le caractère opérationnel des règles de concurrence de l'Union et comme étant de nature à décourager les accords ou les pratiques, souvent dissimulés, susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, en permettant aux personnes ayant subi un préjudice en raison d'une violation au droit de la concurrence de prétendre à une compensation intégrale comprenant non seulement le dommage réel (*damnum emergens*), mais également le manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts.

Les ... et l'Etat mettent encore en exergue le fait que l'intérêt à agir en réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles serait reconnu en droit français, les victimes de pratiques anticoncurrentielles pouvant ainsi obtenir réparation de leur préjudice sur le fondement de l'article 1382 du Code civil français, sous réserve qu'elles justifient d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et leur dommage ; or, dans le cadre d'une telle action en réparation, la décision de l'autorité de la Concurrence vaudrait preuve de la faute.

Elles expliquent que compte tenu de la difficulté de mettre à jour les infractions au droit de la concurrence, il serait de la plus grande importance pour les victimes de comportements anticoncurrentiels de pouvoir se fonder sur des décisions des autorités de la concurrence constatant de telles infractions ; aussi, dans la mesure où le recours introduit par la société ... pourrait aboutir à un débat sur l'existence même de l'entente entre les opérateurs de même que sur la durée de l'entente, la gravité des violations du droit de la concurrence, le nombre de procédures de marchés publics faussés, l'étendue des surpris en résultant, les ... auraient un intérêt direct à prendre part à ce débat.

Quant à l'Etat, celui-ci aurait également un intérêt à intervenir en sa qualité de propriétaire de l'infrastructure ferroviaire, financé, par le biais du Fonds du Rail, par lui. Or, à la suite du surcoût causé aux ... par les opérateurs actifs dans le secteur de l'aiguillage, dans le cadre des achats effectués sur base de marchés publics manipulés, l'Etat aurait été amené à payer aux ... une dotation plus élevée que celle qu'il aurait versée si les marchés publics de commande d'aiguillage n'avaient pas été faussés, l'Etat affirmant vouloir demander « *avec un soin tout particulier* » des dommages-intérêts à des entreprises qui, par des violations du droit de la concurrence, lui auraient occasionné des dommages et à travers lui, à toute la collectivité, et ce sur la toile de fond de la nécessité d'une vigilance toute particulière à propos des marchés publics faussés en temps d'austérité budgétaire.

Ainsi, les parties intervenantes auraient manifestement intérêt au maintien de la décision du Conseil de la concurrence et de la constatation d'une entente et de ses caractéristiques. Or, celles-ci n'auraient pas été définies dans le dispositif de la décision du Conseil de la concurrence, mais seulement dans ses motifs. Comme le droit des ... et de l'Etat de demander ultérieurement des dommages-intérêts serait directement fonction de la gravité, de la durée de l'infraction et des montants des commandes affectés par cette entente, et ce d'autant plus que la méthode de calcul des amendes serait étroitement liée aux caractéristiques de l'entente (gravité, durée, montants des marchés concernés), et qu'un débat sur les montants des amendes infligées serait susceptible d'avoir une incidence sur la valeur et le maintien des motifs de la décision du Conseil de la concurrence relatifs à la détermination et à la caractérisation de l'entente, l'Etat et les ... auraient intérêt au maintien des constatations du Conseil de la concurrence.

Il en irait d'ailleurs de même en matière de clémence, où la gravité et la durée de l'infraction devraient être prises en compte dans le calcul de l'amende d'une entreprise bénéficiant d'une réduction au titre de la clémence, du fait de la fourniture à l'autorité de preuves apportant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments déjà en sa possession.

Dès lors, les parties intervenantes auraient intérêt à intervenir en vue du maintien intégral de la décision du Conseil de la concurrence, en ce compris les motifs décisifs de celle-ci, ces motifs pouvant être invoqués dans le cadre d'une demande ultérieure en dommages-intérêts formulés par les ... et l'Etat en leurs qualités de personnes morales de droit public investies de missions d'intérêt général financées par les contribuables ; comme il leur serait revenu que la société ... avait introduit un recours contre la décision du Conseil de la concurrence, pendant devant le Tribunal administratif et inscrit sous le numéro 33903 du rôle, elles demanderaient la permission d'intervenir volontairement dans le cadre de la procédure initiée par la société

La société ..., de son côté, s'oppose à l'intervention des ... et de l'Etat pour divers motifs, lesquels peuvent être résumés comme suit :

- non-respect de la procédure d'intervention telle que prévue par l'article 20 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives par le président du tribunal administratif, au motif que la requête en permission d'intervention aurait dû être préalablement notifiée aux parties, et que les parties, en tout état de cause auraient dû être autorisées à prendre position ; la société ... estimant que l'absence d'un tel débat contradictoire devrait entraîner l'irrecevabilité de l'intervention des ... et de l'Etat, voire la nullité de l'ordonnance autorisant cette intervention ;

- défaut d'intérêt dans le chef des ... et de l'Etat, la société ... relevant à cet égard que la requête d'intervention des ... et de l'Etat serait principalement justifiée par le souci de maintenir les constats opérés par la décision litigieuse sur la durée de l'entente, la gravité des violations du droit de la concurrence, le nombre de procédures de marchés publics faussées, l'étendue des surprix en résultant, éléments que la partie demanderesse et défenderesse sur intervention soutient toutefois ne pas contester à travers son recours, la société ... précisant limiter sa demande subsidiaire d'annuler la décision à l'article 2 de celle-ci, c'est-à-dire l'article de la décision où le Conseil de la concurrence a fixé l'amende lui imposée, et non

viser l'article 1^{er} de la décision constatant l'infraction dans son chef, de sorte à modifier, respectivement préciser le dispositif de sa requête introductive d'instance en conséquence. La partie demanderesse soutient encore que comme la solution du litige concernerait uniquement la réduction de l'amende, cette question n'aurait aucune importance pour l'Etat ou pour les ... dans une procédure civile en dommages et intérêts ; dans le même ordre d'idées, elle considère que la procédure en intervention entamée par l'Etat et les ... aurait pour seul but d'obtenir accès au dossier administratif et, plus particulièrement, aux demandes de clémence des différents participants à l'entente anticoncurrentielle sur le marché des aiguillages, de sorte que les parties intervenantes seraient dépourvues de tout intérêt requis pour une intervention devant le tribunal administratif, c'est-à-dire d'un intérêt à la solution du litige ;

- la société ... soulève ensuite l'incompétence du tribunal administratif pour connaître des prétentions civiles des ... et l'Etat ;

- enfin, elle estime que la demande en permission d'intervention ne serait pas fondée, l'intervention de l'Etat en tant que victime n'étant pas conciliable avec son rôle de partie défenderesse ayant rendu la décision litigieuse ;

- à titre subsidiaire, elle conteste toute obligation dans son chef de communiquer sa demande de clémence, voire d'autres secrets ou informations confidentielles et s'oppose à ce que les ... et l'Etat aient accès au dossier intégral de la procédure, et ce en arguant du fait, en substance, que les demandes de clémence devraient bénéficier d'une certaine confidentialité et ne devraient pas être automatiquement divulguées à des parties tierces intéressées à la poursuite d'une action civile en dommages et intérêts sous peine de miner l'efficacité des programmes de clémence, la société ... estimant qu'en tout état de cause ni le Tribunal administratif, ni son Président ne seraient habilités à ordonner la communication à des tiers intervenants de documents qui contiendraient des secrets d'affaires et des données confidentielles.

Les sociétés ..., ..., et ..., pour leur part, outre de réitérer les critiques émises par la société ... quant au respect de l'article 20 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et à l'absence d'intérêt à agir dans le chef des ... et de l'Etat, ces sociétés mettant également en exergue le fait que le véritable objet de l'intervention des ... et de l'Etat serait de tenter d'obtenir communication de documents confidentiels échangés dans le cadre de la procédure devant le Conseil de la concurrence et de se ménager des preuves pour une éventuelle action en responsabilité ultérieure devant les juridictions civiles, insistent également sur le caractère confidentiel de certaines des pièces de la procédure principale, dont leur demande de clémence et ses documents complémentaires.

Quant aux sociétés ... et ..., celles-ci concluent à titre principal à ce que la demande en permission d'intervenir volontairement à l'instance principale formulée par les ... et l'Etat soit écartée pour avoir été formulée en violation des règles de procédure en matière d'intervention volontaire devant les juridictions administratives, la procédure en deux temps adoptée par les ... et l'Etat, comportant d'abord le dépôt d'une requête unilatérale en « *permission d'intervention volontaire* », et, dans un second temps, celui d'un mémoire en intervention volontaire précisant l'intérêt à intervenir des requérantes sur intervention après avoir pris connaissance de l'ensemble des actes de procédure et pièces, n'ayant aucune base légale, et procédant d'une lecture erronée de l'article 20 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Elles estiment ensuite que l'intervention aurait été faite de manière tardive, en ce sens que comme le rapport et les plaidoiries sur le principal ont été fixés à l'audience du tribunal administratif du 2 mars 2014, l'intervention volontaire des ... et de l'Etat reviendrait nécessairement à retarder la prise de la décision au fond.

Elles considèrent encore que la demande en permission d'intervenir volontairement contreviendrait au principe d'unicité de l'Etat, compte tenu du fait que l'Etat serait déjà représenté à l'instance principale agissant par son organe, le Conseil de la concurrence, en qualité de partie défenderesse.

Enfin, les ... et l'Etat n'apporteraient pas la preuve d'un intérêt à intervenir à l'instance principale.

Subsidiairement, si le tribunal administratif devait autoriser les ... et/ou l'Etat à intervenir à l'instance principale, les sociétés ... et ... font plaider que la communication des actes et pièces de la procédure devrait être refusée aux parties intervenantes, cette communication se heurtant au caractère confidentiel de la procédure de clémence et des secrets d'affaires.

L'Etat, agissant cette fois-ci par son organe, le Conseil de la concurrence, réfute toute atteinte au principe de l'unicité de l'Etat, en rappelant la nécessaire indépendance du Conseil de la concurrence par rapport au pouvoir exécutif de l'Etat.

En revanche, il abonde dans le sens des autres parties défenderesses sur intervention en déniaient tant à l'Etat qu'aux ... tout intérêt à intervenir dans l'instance principale, en soulignant que la décision adoptée par le Conseil de la concurrence ne serait critiquée par la société ... que du seul point de vue de la fixation du quantum de l'amende, aspect ne pouvant intéresser ni les ..., ni l'Etat en leur qualité de victime des agissements anticoncurrentiels des fournisseurs d'aiguillages.

Quant à la question de la communication des pièces, le Conseil de la concurrence est d'avis qu'il y aurait lieu, en procédant à une balance des intérêts des victimes d'infractions aux dispositions du droit de la concurrence, d'une part, et ceux de la procédure spécifique de clémence, de refuser à l'Etat et aux ... l'accès aux documents versés dans le cadre d'une demande en clémence, documents à la confidentialité desquels le Conseil de la concurrence attacherait un poids important.

Au vu des différents moyens et arguments échangés de part et d'autre, le tribunal entend de prime abord rappeler le cadre de l'intervention volontaire litigieuse.

Force est à cet égard de constater que l'intervention n'est réglée en contentieux administratif luxembourgeois par le législateur que de manière sommaire, l'article 20 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives - lequel ne constitue d'ailleurs qu'une retranscription de l'ancien article 22 de l'arrêté royal grand-ducal du 21 août 1866 portant règlement de procédure en matière de contentieux devant le Conseil d'Etat - se bornant à prévoir que « *L'intervention est formée par une requête, conforme aux dispositions des articles 1^{er} et 2, qui est notifiée aux parties, pour y répondre dans le délai fixé par le président du tribunal ou le président de la chambre appelée à connaître de l'affaire principale; néanmoins, la décision de l'affaire principale qui serait instruite ne peut être retardée par une intervention. Lorsque l'intervention est faite*

après que tous les mémoires prévus par l'article 5 ont été échangés, les parties défenderesses sur intervention peuvent communiquer dans le mois, à peine de forclusion, un mémoire supplémentaire. L'intervention n'est plus recevable après que le juge-rapporteur a commencé son rapport en audience publique. »

En pratique, l'intervention volontaire s'effectue habituellement par le dépôt au greffe du tribunal administratif et la signification concomitante aux parties à l'instance principale d'une *requête en intervention volontaire*, les parties pouvant y répondre dans les délais leur impartis par le président.

Dans la mesure toutefois où une partie candidate à intervenir ne dispose pas d'ores et déjà des informations suffisantes concernant la procédure pendante au principal, par exemple lorsque des intéressés ont eu vent du recours sans qu'aucune notification ne leur ait été adressée, parce qu'il n'était pas possible de les identifier, les dispositions de l'article 20 de la loi du 21 juin 1999, en combinaison avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ne prohibent pas un *procedere* en deux temps consistant en premier lieu en une *requête en permission d'intervenir* avec fixation des délais par le président du tribunal ou le président de la chambre appelée à connaître de l'affaire principale, sous l'obligation de fournir les éléments suffisants pour documenter ses qualités et intérêt à intervenir, la décision présidentielle y relative n'étant que provisoire, tandis que dans un second temps la partie intervenante est alors admise à voir notifier sa requête en intervention proprement dite, laquelle peut revêtir la forme d'un mémoire, de sorte à répondre aux exigences de l'article 20, ensemble les articles 1^{er} et 2 de la loi du 21 juin 1999 précitée rendus applicables à travers lui¹.

Il convient à cet égard, et au vu de certains moyens et demandes de parties défenderesses sur intervention, de souligner que l'ordonnance par laquelle le président de la chambre saisie déclare la demande d'intervention recevable n'a d'autre objet que d'empêcher des interventions téméraires et vexatoires. En effet, comme indiqué ci-avant, dans le cas de figure d'une intervention en deux temps, le président de la chambre saisie statue, dans un premier temps, sans délai et par ordonnance, sur la recevabilité de la demande en intervention, mais c'est le jugement, dans un deuxième temps, qui statue définitivement sur cette recevabilité. Il s'ensuit que l'ordonnance par laquelle le président de la chambre saisie déclare recevable, après une enquête nécessairement sommaire, la demande en intervention, ne peut être considérée que comme une mesure d'ordre intérieur, provisoire par laquelle le demandeur en intervention est autorisé à participer aux débats : une telle ordonnance ne préjuge donc pas de la décision définitive sur la recevabilité de la demande en intervention, avec cette conséquence qu'aucune autorité de chose jugée ne peut y être attachée.

Cette conclusion entraîne trois conséquences :

D'une part, du fait de son caractère de mesure d'ordre intérieur, provisoire, une telle ordonnance n'est susceptible d'aucun recours. Il convient d'ailleurs de préciser à cet égard que d'une manière générale, hormis une exception explicitement prévue par la loi, à savoir l'article 6 de la loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, les ordonnances rendues en contentieux administratif, s'agissant tantôt de mesures d'ordre intérieur, tantôt de mesures préparatoires, tantôt de décisions de justice explicitement non appelables - telles que les ordonnances prises sur base des articles

¹ Trib. adm. 10 mai 2000, n° 11539, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 412.

11 et 12 de la loi du 21 juin 1999 - ne sont pas susceptibles de recours.

De seconde part, s'agissant d'une requête unilatérale n'aboutissant qu'à une ordonnance provisoire, la requête ne doit pas être immédiatement notifiée aux parties, mais peut l'être seulement simultanément avec l'ordonnance présidentielle fixant les délais dans lesquels les mémoires en réponse en intervention sont à produire, encore que l'omission de pareille communication demeure sans conséquences, si ce n'est que le défendeur en intervention dispose alors du droit de réclamer une remise en cause à l'effet de formuler sa réponse s'il le juge nécessaire et si le délai qui lui a été laissé avant l'audience est reconnu insuffisant².

En effet, et de troisième part, le caractère provisoire de l'ordonnance en question et l'absence à ce stade de débat contradictoire a pour corollaire nécessaire que la question de la recevabilité de l'intervention, explicitement réservée, est à toiser par la juridiction, statuant en composition collégiale, dans le cadre du jugement relatif à l'instance principale, cette question y étant jointe en tant qu'incident - question qui en l'espèce sera anticipativement tranchée par le présent jugement interlocutoire -, de sorte à écarter tout reproche d'absence de débat contradictoire qui affecterait une telle procédure en deux temps. L'ordonnance en effet, comme exposé ci-dessus, n'accueille jamais l'intervention qu'à titre provisoire et le jugement peut encore la rejeter pour un motif de recevabilité (défaut d'intérêt, caractère tardif, vice de forme).

En ce qui concerne à présent la question de la recevabilité de l'intervention, et plus particulièrement de l'intérêt à intervenir, le tribunal rappelle que si l'intérêt à intervenir est apprécié *a priori* de manière plus libérale que l'intérêt à agir - encore que l'intérêt de l'intervenant doive également être certain, actuel, direct et personnel, « *même lorsqu'il s'agit d'une intervention volontaire et en défense de l'acte attaqué* »³ -, il n'en demeure pas moins que les qualité et intérêt de l'intervenant volontaire se mesurent en tout état de cause aux qualité et intérêt pour former tierce opposition, lesquels sont conditionnés par le préjudice pouvant résulter par lui du *dispositif* de la décision au principal, lequel peut seul faire l'objet d'une tierce opposition, une simple atteinte à des intérêts lésés, susceptible de trouver une satisfaction par d'autres voies, ne suffisant pas pour fournir un intérêt à agir au biais d'une tierce opposition⁴.

Il convient plus particulièrement de souligner que l'intérêt, que ce soit l'intérêt à agir ou celui à intervenir, se mesure par rapport au seul dispositif de la décision faisant l'objet du litige au principal, seul élément de la décision susceptible d'entraîner des conséquences directes en procédant à une modification de l'ordonnancement juridique : le dispositif est donc des divers éléments de l'acte, le seul qui puisse faire grief et un recours ne peut être exercé contre un élément de l'acte autre que le dispositif : partant, un requérant ne peut se prévaloir, pour justifier son recours, de la seule motivation révélée par la décision⁵, l'intervenant volontaire devant en effet avoir intérêt à la solution de l'affaire⁶.

² Voir Conseil d'Etat, 17 mai 1888, Pas. 2, p.471, ainsi que Conseil d'Etat 15 novembre 1906, Pas. 7, p.405 et Conseil d'Etat 16 janvier 1985, n° 7427.

³ Conseil d'Etat belge, 1^{er} février 2005, n° 139.995.

⁴ Trib. adm. 10 mai 2000, n° 11539, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 411, et autres références y citées.

⁵ Voir J. Falys, La recevabilité des recours en annulation des actes administratifs, Bruylant, Bruxelles, 1975, n° 78 et 79, et les arrêts du Conseil d'Etat belge y cités.

⁶ R. Andersen, L'intervention devant le Conseil d'Etat, Liber Amicorum Michel Mahieu, p.349

Il convient ensuite de relever qu'une requête en intervention volontaire, lorsqu'elle intervient en défense d'un acte attaqué, peut seulement apporter des éclairages nouveaux sur ce litige, mais non en modifier la portée: dès lors, les moyens figurant éventuellement dans la requête en intervention mais non produits par le défendeur au principal, ne sont pas recevables⁷ ; lorsqu'elle intervient en revanche en appui à une requête, elle ne peut qu'étayer les moyens développés dans la requête principale ; ainsi, par une intervention, un intervenant ne peut ni étendre la portée de la requête, ni exposer des moyens nouveaux⁸ : en d'autres termes, l'intervenant ne peut que s'associer à l'action principale⁹.

Dès lors, l'intervention d'un tiers est conditionnée par deux éléments, à savoir la portée de la décision *a quo*, telle que délimitée par son dispositif, et la portée de l'action principale, également délimitée par le dispositif de la requête introductive d'instance, lequel circonscrit l'objet de la demande, consistant dans le résultat que le plaideur entend obtenir¹⁰.

En l'espèce, le tribunal constate de prime abord que la décision litigieuse a un double objet, tel que délimité par son dispositif, à savoir, d'une part, dans son article 1^{er}, la constatation d'une violation des dispositions de l'article 101 TFUE et des articles 3 et 4 des lois du 17 mai 2004 et du 23 octobre 2011 relatives à la concurrence, dans le chef des sociétés ..., ..., ... et ..., et, d'autre part, dans son article 2, d'infliger une amende d'un montant total de ...euros aux sociétés ... et ..., les sociétés ... et ... se voyant exonérées du paiement d'une amende.

Quant au dispositif de la requête introductive d'instance telle que déposée par la société ..., celui-ci se lit (dans sa version précisée) comme suit : « (...) *die Entscheidung vom 23. Oktober 2013, welche vom Einspruch betroffen ist, abzuändern und die in dieser Entscheidung verhängte Geldbuße auf EUR ... zu reduzieren oder, falls nicht, hilfsweise den Bußgeldbetrag unter Berücksichtigung der oben beschriebenen Bußgeldparameter mindestens deutlich herabzusetzen bzw. Artikel 2 der Entscheidung aufzuheben* (...) ».

Le débat dans l'action principale, tel que cerné par cette double limitation, est partant circonscrit à la question du quantum de l'amende ; en revanche, la question de la constatation d'une violation des dispositions de l'article 101 TFUE et des articles 3 et 4 des lois du 17 mai 2004 et du 23 octobre 2011 relatives à la concurrence par les sociétés contrevenantes, telle que tranchée par l'article 1^{er} de la décision du Conseil de la concurrence, ne fait pas partie du litige principal.

Or, la seule fixation d'une amende, en ce compris la question de son montant, est dépourvue de toute incidence, juridique ou matérielle, directe ou indirecte, sur la situation des parties tierces intervenantes Etat luxembourgeois et

Il s'ensuit que tant l'Etat luxembourgeois que les ... n'ont pas d'intérêt suffisant à intervenir dans la procédure pendante au principal, telle que délimitée ci-dessus.

Cette conclusion est encore corroborée par les propres explications de ces deux parties

⁷ Voir notamment trib. adm. 26 juin 2013, n° 31418.

⁸ M. Leroy, Contentieux administratif, 3^e édition, p.566.

⁹ Voir notamment trib. adm. 2 décembre 2013, n° 32742.

¹⁰ Trib. adm. 21 novembre 2001, n° 12921, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 284, et autres références y citées.

intervenantes, lesquelles mettent en exergue leur intérêt à voir maintenir les constatations opérées par le Conseil de la concurrence relatives aux caractéristiques de l'entente, constatations relevant des seuls motifs de la décision faisant l'objet du recours principal, et ce dans l'optique affichée de pouvoir ultérieurement poursuivre les contrevenants devant les juridictions civiles en vue d'obtenir des dommages et intérêts, les parties intervenantes situant ainsi explicitement leur intérêt à intervenir dans le maintien des motifs de la décision incriminée.

Or, la seule possibilité invoquée par l'Etat luxembourgeois et les ... d'une éventuelle action judiciaire en paiement de dommages et intérêts, à défaut d'indication de tout autre intérêt administratif, ne suffit pas à justifier qu'elles possèdent l'intérêt légal requis. En effet, la thèse suivant laquelle une éventuelle action en responsabilité suffirait à elle seule, c'est-à-dire à défaut de tout autre intérêt administratif, à justifier l'existence d'un intérêt pour intervenir devant les juridictions administratives aboutirait à vider de sa substance la condition de recevabilité que constitue l'exigence d'un intérêt et à dénaturer le recours devant les juridictions administratives¹¹.

L'intervention volontaire telle que formulée par l'Etat luxembourgeois et les ... est par conséquent à rejeter pour être irrecevable.

L'Etat luxembourgeois, *qualitate qua*, et les ... n'étant pas admis à intervenir au litige au principal, la question de la communication des actes de procédure et des pièces échangées par les parties ainsi que l'accès au dossier administratif ne se pose pas, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser plus avant les moyens échangés à cet égard de part et d'autre.

Les sociétés ..., ..., ..., et ... réclament la condamnation solidaire sinon *in solidum* de l'Etat luxembourgeois et des ... en leurs qualités de parties demanderesse en intervention à une indemnité de procédure d'un montant de 1.000.- euros sur base de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives. Les conditions d'application et notamment l'établissement du caractère d'iniquité résultant du fait de laisser les frais non répétables à charge des parties demanderesse en intervention n'ayant pas été rapportées à suffisance comme étant remplies en l'espèce, il y a lieu de rejeter leur demande.

La même conclusion s'impose en ce qui concerne la demande en obtention d'une indemnité de procédure d'un montant de 2.000 euros formulée par les sociétés ... et

Quant à la demande de distraction des frais au profit du mandataire de la société ... qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, il convient de rappeler qu'il ne saurait être donné suite à la demande en distraction des frais posée par le mandataire d'une partie, pareille façon de procéder n'étant point prévue en matière de procédure contentieuse administrative.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement et sur incident,

¹¹ Voir par analogie, trib. adm. 30 mai 2005, n° 18895, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 48.

vidant anticipativement et avant tout autre progrès en cause la question de la recevabilité de la requête en permission d'intervention volontaire de la ...ainsi que de l'Etat luxembourgeois quant à leur accès aux actes de procédure et aux pièces de l'instance principale, toutes autres question et moyens de forme et de fond relatifs à l'instance principale demeurant saufs,

déclare l'intervention volontaire de la ...et de l'Etat luxembourgeois irrecevable pour défaut d'intérêt,

condamne la ...et l'Etat luxembourgeois aux frais engendrés par leur requête en permission d'intervention volontaire et les actes de procédure y relatifs,

rejette les demandes tendant à la condamnation de la ...et de l'Etat luxembourgeois à une indemnité de procédure telles que formulées par les sociétés ..., ..., ... et ..., d'une part, et les sociétés ... et ..., d'autre part,

réserve les frais de l'instance principale,

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 10 novembre 2014 par :

Marc Sünner, premier vice-président,
Thessy Kuborn, premier juge,
Alexandra Castegnaro, juge,

en présence du greffier en chef Arny Schmit.

s. Schmit

s. Sünner

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 10/11/2014
Le Greffier du Tribunal administratif