

Audience publique du 30 mars 2015

Recours formé par
la société ..., ..., (RFA)
contre une décision du Conseil de la concurrence,
en présence de ...,
..., ..., ...,
..., ...et
...,
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 Braunschweig* sous le numéro HRB Nr. ..., tendant à la réformation de la décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013, n° ... ;

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 respectivement 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, n° ... ;

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, n° ..., 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 la ... 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 ;

Vu le jugement du 10 novembre 2014, n° 33903 du rôle ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport complémentaire ainsi que Maître Vincent WELLENS, Maître Patrick KINSCH, Maître Céline MARCHAND, assistée de Maître Carmen SCHANK, en remplacement Maître Léon GLODEN, et Maître Anne MERTENS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 2 mars 2015.

Le présent litige s'inscrit dans le cadre des procédures d'appel d'offres lancées par la ... depuis les années 1990 aux fins de se fournir en aiguillages pour son réseau ferroviaire.

Dans le cadre de ces marchés publics, les sociétés ..., ..., ... ainsi que ..., entre autres, participèrent à différents appels d'offres.

Le 14 juillet 2011, les sociétés ... et ...introduisirent une demande de « marqueur », dispositif permettant à une entreprise disposant d'ores et déjà d'un certain nombre d'éléments qui l'amènent à penser qu'elle a enfreint le droit des cartels, mais qui a besoin d'un peu de temps pour rassembler les preuves requises, de prendre date, l'entreprise se voyant alors accorder ce que l'on appelle un « marqueur », c'est-à-dire un droit d'être le premier pendant un temps défini en vue de l'application de l'article 21, paragraphe 1^{er}, point a) de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Le 9 septembre 2011, les sociétés ... et ...introduisirent une demande formelle de clémence, suivie en cela en date du 22 septembre 2011 par leur société mère, à savoir la société ..., ainsi que par la société

Le 21 octobre 2011, le Conseil de la Concurrence émit un avis de clémence à l'égard des quatre sociétés susmentionnées.

Le 9 novembre 2012, la société ..., ensemble avec sa société mère, la société anonyme de droit anglais ..., introduisit à son tour une demande de « marqueur », formalisée par une demande explicite de clémence du 10 décembre 2012.

Finalement, le 25 mars 2013, la ... et sa société-mère, ..., introduisirent ensemble une demande de clémence auprès du Conseil de la concurrence.

Par décision du 23 octobre 2013, référencée sous le n° ...¹, 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.

Le Conseil de la concurrence constata à cet effet que les sociétés précitées avaient mis en place un système de concertation destiné à déterminer à l'avance les résultats des procédures de marché public : c'est ainsi que les sociétés en cause s'étaient mises d'accord pour à réserver à la société ... l'exclusivité des marchés publics au Luxembourg dans le secteur concerné au moins de 2005 à 2011 ; en contrepartie, ... s'était engagée à s'abstenir de soumissionner sur le marché des aiguillages en Allemagne. En pratique, la société ... coordonnait à l'avance les prix à offrir par les autres sociétés dans le cadre des soumissions publiques de la ..., afin de s'assurer que ceux-ci soient systématiquement supérieurs à ceux qu'elle offrait, les prix de ses concurrents étant en outre fixés à des montants artificiellement élevés, de sorte à se garantir l'attribution des marchés en cause.

C'est ainsi que dans le dispositif de la décision en question, sous son article 1^{er}, le Conseil de la concurrence a retenu l'existence d'une entente dans le secteur de la production et de la vente de systèmes d'aiguillage pour le réseau ferroviaire, en application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des articles 3 et 4 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence entre les sociétés ... (anciennement ...), ..., ... et

Sous l'article 2 du dispositif de la décision et en vertu du programme de clémence, le Conseil de la concurrence accorda l'immunité d'amende aux sociétés ... et ..., au motif que celles-ci avaient, à partir du 14 juillet 2011, dévoilé le cartel aux autorités de la concurrence en leur fournissant toutes les preuves utiles et nécessaires à l'établissement de l'infraction.

En revanche, statuant sur les demandes de clémence lui soumises, le Conseil de la concurrence sanctionna les sociétés ... et ..., respectivement à hauteur de ...euros et ... euros.

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 à l'encontre 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 ... zu reduzieren oder, falls nicht, hilfsweise den Bußgeldbetrag unter Berücksichtigung der oben beschrieben Bußgeldparameter mindestens deutlich herabzusetzen bzw. die Entscheidung aufzuheben (...) » .*

¹ Version publique consultable sous : http://www.concurrence.public.lu/fr/decisions/ententes/2013/decision-2013-fo-03/Entscheidung-n_2013-FO-03---oeffentliche-Version.pdf

Dans le cadre de son mémoire en réponse sur intervention déposé au greffe du tribunal administratif en date du 24 septembre 2014 la société ... précisa encore explicitement avoir limité sa demande à l'article 2 de la décision déferée, et plus particulièrement à l'article de la décision où le Conseil de la concurrence a fixé l'amende lui infligée, de sorte que son recours ne porte pas contre l'article 1^{er} de la décision constatant l'infraction à l'article 101 TFUE dans son chef.

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

Le 25 juillet 2014, la ..., ci-après « les ... », 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 contesté cette ordonnance sur la base de l'article 66 du Nouveau Code de Procédure Civile, 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.

Par jugement du 12 novembre 2014, n° 33903 du rôle, le tribunal administratif, tout en ayant expressément réservé toutes les autres questions et moyens de forme et de fond relatifs à l'instance principale, déclara l'intervention volontaire telle que formulée par l'Etat luxembourgeois et les ... irrecevable à défaut d'intérêt, tout en rejetant les demandes en obtention d'une indemnité de procédure telles que formulées par les sociétés ..., ..., ..., ..., ... et Il condamna encore les ... et l'Etat luxembourgeois aux frais engendrés par leur requête en permission d'intervention volontaire et les actes de procédure y relatifs, tout en réservant les frais de l'instance principale.

Cette question ayant été tranchée, il incombe au tribunal d'analyser le recours principal tel qu'introduit par la société ... en sa forme et quant au fond.

Quant à la recevabilité

Au vœu des dispositions de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, « *Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions du Conseil en formation collégiale prises en application de la*

présente loi », tandis qu'il résulte de la combinaison des articles 7, paragraphe 3, et 20, paragraphe 1^{er}, de la même loi que les amendes sont décidées par le Conseil en formation collégiale.

Il s'ensuit qu'un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert à l'égard d'une décision infligeant une amende à une entreprise s'étant livrée à des pratiques anti-concurrentielles.

En l'espèce, la société demanderesse n'a certes pas explicitement identifié son recours comme tendant à la réformation ou l'annulation de la décision déferée - le terme utilisé d'« *Einspruch* » n'opérant à cet égard pas de distinction - ; toutefois, la référence à l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 et le dispositif tendant à une réduction drastique de l'amende infligée identifient le recours comme tendant à la réformation de la décision du Conseil de la concurrence du 23 octobre 2013.

Ce recours est recevable pour avoir été déposé dans les formes et délai de la loi, délai qui, à défaut de toute indication particulière figurant dans la loi précitée, est de trois mois conformément à l'article 13 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

Avant de statuer plus en avant, le tribunal est encore appelé à se prononcer sur la question de la langue de la procédure, respectivement sur la recevabilité des mémoires déposés par la partie étatique.

En effet, si la requête introductive d'instance et le mémoire en réplique tels que déposés par la société ..., ci-après « la société ... », sont rédigés en langue allemande, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, pour sa part, a déposé des mémoires en français, en faisant plaider que comme le principe de la liberté dans le choix de la langue s'appliquerait devant les juridictions administratives, le Conseil de la concurrence serait libre de faire usage de la langue française qui serait employée traditionnellement en matière de rédaction des actes de procédure, et ce d'autant plus qu'il n'existerait aucune particularité du droit de la concurrence qui pourrait justifier l'emploi de la langue allemande devant le tribunal administratif.

La société ..., en réplique, a justifié l'emploi de la langue allemande par-devant le tribunal administratif en s'emparant de l'article 3 de la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues, tout en expliquant qu'en l'espèce toutes les sociétés ayant participé au cartel en cause, exception faite de la société ... (actuellement ..., ci-après « la société ... »), seraient domiciliées en Allemagne, que les demandes adressées au Conseil de la concurrence avaient été rédigées en allemand, tout comme d'ailleurs la décision du Conseil de la concurrence, et que l'entente sous analyse s'inscrirait dans la suite d'un cartel ayant existé en Allemagne : dès lors, elle se rapporte à la sagesse du tribunal en ce qui concerne le choix de la langue par l'Etat pour ses propres mémoires, et partant en ce qui concerne leur recevabilité.

Il est vrai que l'article 3 de la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues dispose qu'« *en matière administrative, contentieuse ou non contentieuse, et en matière judiciaire, il peut être fait usage des langues française, allemande ou luxembourgeoise, sans préjudice des dispositions spéciales concernant certaines matières* » : dès lors, tel qu'argumenté par la société ..., le choix de la langue allemande est légitime, puisqu'expressément prévu par la loi précitée, encore que traditionnellement les jugements sont rédigés en français.

Il est encore vrai que conformément à l'article 4 de la loi du 24 février 1984 « *Lorsqu'une requête est rédigée en luxembourgeois, en français ou en allemand, l'administration doit se servir, dans la mesure du possible, pour sa réponse de la langue choisie par le requérant* », de sorte à avoir obligé le Conseil de la concurrence à répondre en langue allemande aux demandes d'immunité respectivement de clémence lui adressées.

En revanche, d'une part, cette disposition, relative à la procédure administrative pré-contentieuse, ne s'applique pas aux débats devant le juge, l'administration, au travers de son litismandataire, n'adressant en effet - nonobstant la terminologie réservée par la loi modifiée du 21 juin 1999 - pas une réponse à une requête d'un administré, mais déposant en réponse à l'argumentation juridique d'un requérant, sa propre argumentation en défense, laquelle s'adresse principalement au tribunal, appelé à départager les moyens respectifs des parties. D'autre part, l'obligation ainsi imposée aux administrations par la loi du 24 février 1984 sur le régime des langues ne s'applique pas non plus aux juridictions qui demeurent libres de faire usage de la langue française qui est employée traditionnellement pour la rédaction des décisions judiciaires

Il s'ensuit, d'une part, qu'aucune irrecevabilité ne saurait être tirée d'un changement de la langue utilisée lors du passage d'une procédure administrative vers une instance judiciaire par l'administration, et, d'autre part, que le tribunal demeure libre de faire usage de la langue française qui est employée traditionnellement en matière de rédaction des actes de procédure, et notamment des jugements².

Quant au fond

Le tribunal, comme retenu ci-avant, statue en l'espèce en tant que juge de la réformation. Le recours en réformation est l'attribution légale au juge administratif de la compétence spéciale de statuer à nouveau, en lieu et place de l'administration, sur tous les aspects d'une décision administrative querellée. Le jugement se substitue à la décision litigieuse en ce qu'il la confirme ou qu'il la réforme. Cette attribution formelle de compétence par le législateur appelle le juge de la réformation à ne pas seulement contrôler la légalité de la décision que l'administration a prise sur base d'une situation de droit et de fait telle qu'elle s'est présentée à elle au moment où elle a été appelée à statuer, mais encore à vérifier si son appréciation se couvre avec celle de l'administration³ et, dans la négative, à substituer sa propre décision à celle de l'administration, indépendamment de la légalité de la décision déferée⁴.

Ce pouvoir se heurte toutefois à deux limitations.

Ainsi, encore que le juge de la réformation est appelé à refaire une appréciation des éléments de fait et de droit avec effet au jour où il statue, démarche comportant le pouvoir de substituer en définitive sa décision à celle de l'autorité administrative, il n'en reste pas moins qu'également le juge de la réformation ne statue que dans la limite des moyens utilement produits devant lui⁵. Plus particulièrement, l'examen auquel il doit se livrer ne peut s'effectuer que dans le cadre des moyens invoqués par le demandeur pour contrer les motifs

² Trib. adm. 28 octobre 1998, n° 9569, Pas. adm. 2012, V° Langues, n° 3 ; voir aussi Cass. 30 juin 2011, n° 46/11 et tout récemment trib. adm. 23 février 2015, n° 33882.

³ Cour adm. 23 novembre 2010, n° 26851C, Pas. adm. 2012, V° Recours en réformation, n° 11.

⁴ Cour adm. 6 mai 2008, n° 23341C, ibidem.

⁵ Cour adm. 12 juillet 2007, n° 22717C, Pas. adm. 2012, V° Recours en réformation, n° 18.

spécifiques à l'acte déféré, mais son rôle ne consiste pas à procéder indépendamment des moyens à un réexamen général et global de la situation de l'administré. De même, si le juge de la réformation peut être appelé à substituer sa propre décision impliquant que cette analyse s'opère au moment où il est appelé à statuer, et partant à prendre le cas échéant une décision plus sévère - équivalant à une réformation *in peius* de la décision lui déférée - encore faut-il, d'une part, que le juge se soit vu soumettre des éléments de fait et de droit éventuellement nouveaux justifiant une telle décision, et, d'autre part, que l'administration ait conclu en ce sens.

Le juge de la réformation ne saurait par ailleurs dépasser son rôle de juge qui consiste à statuer par rapport à une espèce donnée. Il ne saurait, en particulier, étendre son contrôle de l'opportunité de manière à empiéter sur le terrain des choix de politique générale, en imposant à une matière des orientations qui dépassent le cadre d'une décision limitée à une espèce donnée⁶.

Or, il convient, dès l'ingrès, de relever que l'objet central du présent litige, à savoir l'amende fixée par le Conseil de la concurrence, constitue en tant que sanction pécuniaire l'instrument essentiel de la prévention et de la répression des pratiques anticoncurrentielles. Aussi, cette sanction, comme tout châtiment, doit être dotée d'une certaine efficacité pour qu'elle soit utile à la société et dans le contexte du droit de la concurrence l'efficacité de la sanction passe par la force dissuasive de cette dernière : en d'autres termes, la dissuasion est un aspect essentiel de l'amende administrative⁷⁸.

C'est encore ainsi, au niveau du droit communautaire, lorsque la Commission européenne constate une infraction aux dispositions des articles 101 et 102 du TFUE (anciennement articles 81 et 82 du Traité CE), et que l'imposition d'une amende à ceux qui ont méconnu les règles de droit s'impose, qu'elle fixe les amendes à un niveau suffisamment dissuasif, non seulement en vue de sanctionner les entreprises en cause (effet dissuasif spécifique), mais aussi en vue de dissuader d'autres entreprises de s'engager dans des comportements contraires auxdits articles ou de continuer de tels comportements (effet dissuasif général).⁹ Plusieurs décisions de la Commission ont ainsi rappelé que les amendes administratives devaient être dotées d'un pouvoir de dissuasion¹⁰.

L'entreprise, supposée rationnelle, arbitrera en effet entre les gains espérés issus de la pratique anticoncurrentielle concernée et le montant de la sanction encourue. Deux leviers d'action à la disponibilité des autorités sont ainsi le montant de la sanction et la probabilité de détection de la pratique. Il apparaît souvent que le niveau élevé du premier vienne compenser le manque de moyens pour améliorer la dernière. Le mécanisme incitatif repose alors sur la fixation d'un niveau suffisamment élevé de sanction pour qu'elle en devienne dissuasive¹¹.

⁶ Trib. adm. 12 juillet 2000, n° 11322, Pas. adm. 2012, V° Recours en réformation, n° 23.

⁷ Voir : Valérie Giacobbo-Peyronnel et Philippe Singler « *Quelques réflexions et interrogations au sujet de l'effet dissuasif des amendes en droit communautaire de la concurrence* », Revue Concurrence n°4/2009.

⁸ L. Bernardeau, J.-Ph. Christienne, *Les amendes en droit de la concurrence - Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, 2013, n° 6.

⁹ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, 2006/C 210/02, point 4, publiées au JOUE n°C.210 du 1^{er} septembre 2006, p.2.

¹⁰ Voir notamment CJCE, 7 juin 1983, « *Musique Diffusion française c. Commission* », C-100/80 à 103/80.

¹¹ P. Bougette, *De la justesse des amendes dans les affaires antitrust*, 16 décembre 2010, disponible sous <http://avocats-publishing.com/De-la-justesse-des-amendes-dans>

Il est ainsi admis que le Conseil de la concurrence doit être guidé à chaque étape du calcul de l'amende par l'exigence d'un effet suffisamment dissuasif. Des amendes suffisamment dissuasives sont également une condition essentielle pour l'effectivité du programme de clémence. En effet, des amendes insuffisamment dissuasives n'inciteront pas les contrevenants à en faire usage¹² : *a fortiori*, cette logique s'applique également au juge statuant sur une telle question en tant que juge du fond.

Dès lors, le juge, appelé à se prononcer sur une sanction dissuasive telle que l'amende administrative veillera à s'inscrire dans cette politique, et outre le fait de réprimer le contrevenant, tentera de le faire renoncer à sa pratique. L'amende infligée au contrevenant doit donc tenir compte de la dissuasion de ce même contrevenant, mais aussi des contrevenants potentiels : dès lors cette dissuasion passe essentiellement par le prononcé de sanctions aux montants particulièrement forts.

Enfin, et au titre de dernière remarque liminaire, le tribunal tient encore à rappeler qu'une décision administrative est présumée régulière et qu'il appartient à la personne qui introduit un recours contentieux à l'encontre d'une décision administrative d'établir, moyennant les moyens présentés à l'appui de son recours, qu'elle est illégale ou non fondée¹³.

C'est sur cette toile de fond que le tribunal se propose d'examiner la décision lui déférée par rapport aux moyens développés par la société demanderesse, contrebalancés par ceux avancés par la partie étatique.

La société ...critique la décision déférée pour divers motifs relevant essentiellement du calcul de l'amende lui imposée, motifs qui en substance peuvent être énumérés comme suit :

- la part de marché hypothétique de la société ...n'aurait pas été déterminée correctement afin calculer sa part relative dans le chiffre d'affaires total des participants aux marchés en cause : c'est ainsi, d'une part, que la part de marché hypothétique devrait être calculée sur base du marché des aiguillages standards (« *DB-Regelweichen* ») uniquement, en faisant abstraction du marché privé des aiguillages ; d'autre part, le Conseil de la concurrence aurait dû calculer les parts de marché hypothétiques sur base des ventes de tous les fournisseurs potentiels, et non seulement des participants à l'entente ;

- la société ...estime encore que certains paramètres déterminant le montant de base de l'amende seraient trop élevés, la société demanderesse contestant ainsi le niveau du coefficient de gravité retenu, lequel porterait atteinte au principe de la non-discrimination respectivement au principe d'égalité ainsi qu'au principe de la confiance légitime ;

- la société ...reproche ensuite au Conseil de la concurrence de n'avoir retenu aucune circonstance atténuante en sa faveur, à l'exception de la reconnaissance de l'absence d'exceptions dilatoires, honorée par une réduction de l'amende de 10 %. A cet égard, la société ...affirme que les ... auraient toléré, voire encouragé le comportement anticoncurrentiel des membres du cartel ; elle-même aurait été exposée aux menaces continues de la société ... ;

¹² Conseil de la concurrence belge, Document de consultation - Communication du Conseil de la concurrence sur le calcul des amendes, point 7.

¹³ Trib. adm. 28 février 2007, n° 21857, confirmé par arrêt du 12 juillet 2007, n° 22738C, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 365.

elle aurait encore mis en œuvre dès 2008 un programme de mise en conformité (« *compliance program* ») en son sein.

- enfin, elle critique le Conseil de la concurrence pour ne pas avoir honoré sa demande de réduction d'amende (« *Bonusantrag* »), alors pourtant qu'elle aurait communiqué des preuves de qualité supérieure et qui présenteraient un élément constituant une valeur ajoutée significative pour l'enquête.

L'Etat du Grand-Duché de Luxembourg, rejoint en ses moyens par les sociétés tierces intéressées ..., ..., ..., ..., ... et ..., conclut au débouté de la société ...et à la confirmation de la décision déferée.

1. Comme relevé ci-dessus, la société ...conteste les paramètres de calcul retenus par le Conseil de la concurrence dans sa décision.

Dans ce contexte, elle constate que le Conseil de la concurrence s'est référé pour le calcul de l'amende aux « *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003* », pour en déduire que le Conseil de la concurrence serait tenu de s'y conformer, lesdites lignes directrices s'imposant au Conseil de la concurrence, indépendamment de leur valeur légale initiale, en tant que règles qu'il se serait lui-même données.

La société ...reproche plus particulièrement au Conseil de la concurrence de ne pas avoir pris en compte sa position réelle sur le marché luxembourgeois des aiguillages, le Conseil de la concurrence ayant d'après la demanderesse plutôt dû tenir compte du chiffre d'affaires de tous les concurrents potentiels susceptibles de fournir les produits en cause aux

Elle estime en effet que le Conseil de la concurrence, pour le calcul de l'amende, n'aurait pas dû prendre en compte le marché dit privé des aiguillages (aiguillages pour le trafic de banlieue, tramways etc, ainsi qu'aiguillages pour l'industrie) mais uniquement les aiguillages fabriqués selon le standard DB (*Deutsche Bahn*) et utilisés pour la circulation ferroviaire standardisée nationale et internationale. A cet effet, elle souligne que l'entente ne portait que sur des aiguillages au standard DB, seuls aiguillages concernés par les soumissions publiques des Aussi, le chiffre d'affaires réalisé par des fournisseurs sur le marché « privé » des aiguillages n'aurait aucune incidence sur son propre chiffre d'affaires qu'elle aurait pu réaliser, à défaut de cartel, sur le marché luxembourgeois, ce dernier se limitant aux fournitures aux normes DB.

En droit, s'emparant de décisions de la Commission européenne, elle affirme que la façon de procéder du Conseil de la concurrence serait contraire à celles-ci, la Commission européenne ayant retenu que si certes, à défaut de part de marché réalisée au niveau communautaire, il convenait de calculer une part de marché hypothétique, cette part devait toutefois se rapporter au seul produit ayant fait l'objet du cartel sanctionné : dès lors, il aurait appartenu au Conseil de la concurrence de ne prendre en considération que les aiguillages relevant du standard DB.

Elle considère encore que le fait d'inclure ses parts de marché « privé » des aiguillages, en Allemagne, dans le calcul des parts de marché pour les besoins de la répartition entre les co-cartellistes du montant global de l'amende serait une violation du principe *non bis*

in idem, car elle aurait déjà été sanctionnée pour des violations du droit de la concurrence sur ce marché par l'autorité de concurrence allemande.

Enfin, elle relève que sa part de marché sur le seul marché des aiguillages standard DB serait insignifiante : or, il conviendrait de calculer sa part hypothétique de marché sur les chiffres qu'elle aurait pu atteindre en l'absence de cartel, de sorte en fait à tenir compte des effets concrets de l'entente, lesquels auraient été très faibles, la société ...expliquant n'avoir en tout état de cause pas réussi à percer de manière significative sur le marché allemand des aiguillages DB, de sorte qu'elle n'aurait pas pu, sans entente, exercer une quelconque influence sur le marché luxembourgeois, la société demanderesse se prévalant à cet égard de difficultés concrètes qui l'auraient de toute façon empêchée d'obtenir des marchés des

Le tribunal relève de prime abord, d'une part, que les « *Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003* », ci-après « *les lignes directrices* », telles qu'invoquées par le Conseil de la concurrence pour le calcul de l'amende imposée, ne sont, selon les termes du juge communautaire, que des « *règles indicatives* [que la Commission européenne] *s'est elle-même imposées* » afin de préciser « *les critères qu'elle compte appliquer dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation* »¹⁴, voire, selon la doctrine, que des règles de *soft law*¹⁵ et, d'autre part, que la Commission européenne avait elle-même précisé au moment de rendre publiques ses nouvelles lignes directrices en 2006 que ce texte n'était pas contraignant pour les autorités nationales de concurrence, ces dernières « *conserv[ant] toute latitude en matière d'amendes, même lorsqu'il s'agit d'appliquer les articles [101 et 102] du traité* [sur le fonctionnement de l'Union européenne] »¹⁶ (« TFUE »). Ceci fait écho au règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, qui consacre deux articles distincts à la possibilité, pour les autorités nationales de la concurrence, d'une part, et pour la Commission européenne d'autre part, d'infliger des amendes en cas de violation des articles 101 et 102 TFUE. Ainsi, l'article 23 du prédit règlement prévoit les conditions dans lesquelles la Commission européenne peut infliger des amendes à des entreprises dans le cadre de l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Cette disposition ne concerne pas les autorités de concurrence des Etats membres, qui sont visées par l'article 5 du règlement, lequel dispose notamment que « *[l]es autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles [101] et [102] du traité dans des cas individuels (...) [et] peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes : (...) infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national* ». En l'absence de règle communautaire prévoyant les modalités de détermination des amendes par les autorités de concurrence nationales, celles-ci sont donc libres, lorsqu'elles imposent des amendes au titre des articles 101 et 102 TFUE, d'appliquer des règles distinctes de celles auxquelles la Commission européenne est soumise, sous réserve du respect de leur obligation d'assurer une application effective des articles 101 et 102 TFUE.

¹⁴ TPI 28 avril 2010, *Oxley Threads Ltd contre Commission européenne*, affaire T448/05, point 62.

¹⁵ Giulia F. Jaeger, « *Analyse de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence luxembourgeois en matière d'amende* », JTL, 2014, p. 157, n° 15.

¹⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne du 26 juin 2006, « *Concurrence: lignes directrices révisées de la Commission pour le calcul des amendes infligées en cas d'entente – Questions fréquemment posées* », Bruxelles, MEMO/06/256.

Toutefois, en adoptant de telles règles de conduite, puis en les publiant, il est admis que la Commission européenne s'autolimite dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation¹⁷. Elle est donc tenue de les observer, sauf à méconnaître les principes d'égalité de traitement, de protection de la confiance légitime et de sécurité juridique, ce qui confère aux lignes directrices des « *effets juridiques* ».

C'est ainsi en effet que notamment le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes a jugé, dans un arrêt en date du 27 septembre 2006¹⁸, que : « *les lignes directrices sont susceptibles de déployer des effets juridiques. Ces effets juridiques découlent non pas d'une normativité propre des lignes directrices, mais de l'adoption et de la publication de celles-ci par la Commission. Cette adoption et cette publication des lignes directrices entraînent une autolimitation du pouvoir d'appréciation de la Commission, qui ne peut se départir de ces dernières sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement, la protection de la confiance légitime et la sécurité juridique.* » Dès lors, ces lignes directrices énoncent une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont l'administration ne peut s'écarter, dans un cas particulier, sans présenter des justifications¹⁹.

Aussi, et par analogie le Conseil de la concurrence, en s'inspirant pour le calcul de l'amende explicitement, au-delà des critères figurant à l'article 20 de la loi du 23 octobre 2011 et à défaut de la communication de règles propres à l'autorité de la concurrence luxembourgeoise, ce que l'on peut déplorer, des lignes directrices de la Commission, doit être considéré comme s'étant soi-même imposé des directives au sens de la jurisprudence administrative c'est-à-dire des indications générales sur l'approche qui guide la mise en œuvre de ses compétences décisionnelles dans le cadre de dossiers individuels²⁰ qui l'engagent et lui sont donc opposables. En effet, les directives internes qu'une autorité administrative, dans le cadre de son champ de compétence, peut adopter pour se donner des lignes de conduite en fixant notamment des procédures ou critères suivant lesquels certaines affaires qui lui sont soumises ou qui relèvent de son domaine de compétence sont à traiter notamment par les fonctionnaires qui se trouvent sous ses ordres, doivent être respectées par cette autorité et par les autorités subordonnées, de sorte que l'administré peut, en vertu de l'adage « *tu patere legem quam ipse fecisti* », requérir le respect de celles de ces directives internes dont il a pu avoir connaissance à travers une certaine publicité leur conférée²¹, sous peine de voir ce non-respect sanctionné par le tribunal administratif.

Néanmoins, une autorité conserve toujours la possibilité de s'en affranchir dans des circonstances particulières ou pour des raisons d'intérêt général. En effet, si une autorité administrative peut encadrer sa pratique à l'aide de directives, celles-ci ne peuvent cependant pas lier son pouvoir d'appréciation. Une autorité administrative doit en effet toujours procéder à un examen individuel de la situation de l'intéressé, sans se trouver contrainte dans son

¹⁷ L. Bernardeau, J.-Ph. Christienne, op.cit., pt. II.1401, p.714.

¹⁸ TPI, 27 septembre 2006, *Archer Daniels Midland Co. c/Commission*, T-59/02, pt.43.

¹⁹ Voir, en ce sens encore CJCE 18 mai 2006, *Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission*, C-397/03, point 91.

²⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 15^e édition, 2001, p. 51. ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12^e édition, 2007, p. 499; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 13^e édition, 2001, p. 615, ainsi que des principes posés dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 décembre 1970 (*Crédit foncier de France c/ Gaupillat et Ader*). CE Sect., 11 décembre 1970, n°78880, Rec. Lebon, p. 750, concl. Bertrand.

²¹ Trib. adm. 13 décembre 2006, n° 19410a ; voir aussi notamment 14 février 2010, n° 26812, confirmé sur ce point par arrêt du 27 juillet 2011, n° 28115C, Pas. adm. 2012, V° Impôts, n° 477.

appréciation par le contenu des directives : l'existence de directives n'écarte ni l'obligation de procéder à un examen particulier d'une affaire ni la possibilité de déroger aux principes de la directive si les circonstances de l'affaire le justifient²².

Il en est de même en droit communautaire, où la jurisprudence retient que l'autolimitation du pouvoir d'appréciation de la Commission résultant de l'adoption des lignes directrices n'est pas incompatible avec le maintien d'une marge d'appréciation substantielle pour la Commission²³.

En l'espèce, il convient dès lors de retenir que les lignes directrices de 2006 telles qu'é émises par la Commission, et sur lesquelles s'est basé le Conseil de la concurrence, constituent pour ce dernier, précisément du fait qu'il s'y est référé, des directives qui déterminent, de manière générale et abstraite, la méthodologie applicable aux fins de détermination du montant de l'amende infligée, sans que ces directives ne revêtent un caractère impératif excluant toute possibilité d'y déroger si des données particulières d'un cas déterminé sont invoquées ou lorsque l'intérêt général l'exige²⁴.

Au-delà de cette conclusion, tirée de la qualité de ces lignes directrices de directives par rapport au Conseil de la concurrence, le tribunal retient encore qu'en tout état de cause, indépendamment de leur qualification au niveau national, ces mêmes lignes directrices contiennent en leur point 37 une clause de réserve, libellée comme suit : « *Bien que les présentes Lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21* ».

Dès lors, le Conseil de la concurrence demeure dans ces conditions libre de se départir des lignes directrices, et ce, d'une part, du fait de leur qualité de « *simples* » directives, et, d'autre part, du fait de la clause de réserve y explicitement inscrite.

En l'espèce, la méthodologie suivie par le Conseil de la concurrence consiste dans un premier temps à déterminer un montant de base de l'amende pour ensuite, dans une seconde étape, adapter ce montant de base en tenant compte d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes, ainsi que du titre du système de clémence prévu à l'article 21 de la loi du 21 octobre 2011 et du plafond maximal des 10 % du chiffre d'affaires mondial tel qu'imposé à l'article 20, paragraphe 2, de la loi du 21 octobre 2011.

Plus particulièrement, dans la décision déférée, le Conseil de la concurrence, après avoir explicitement indiqué et cité les lignes directrices de la Commission²⁵, retient dans un premier temps que le montant de base de l'amende à infliger est à établir par application d'un pourcentage de la valeur des ventes, déterminé en fonction du degré de gravité des infractions retenues, à savoir un pourcentage des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, à savoir les aiguillages pour les chemins de fer.

Toutefois, compte tenu des particularités du marché des aiguillages pour rails de train, à savoir le fait que les entreprises allemandes et luxembourgeoises n'avaient respectivement

²² Cour adm. 12 novembre 2002, n° 15102C, Pas. adm. 2012 V° Etrangers, n° 500.

²³ TPI 8 juillet 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Commission*, T-44/00, points 246, 274 et 275.

²⁴ Cour adm. 21 novembre 2002, n° 15006C, Pas. adm. 2012 V° Etrangers, n° 500.

²⁵ Points 68 et 69 de la décision.

pas de chiffre d'affaires sur le marché luxembourgeois et sur le marché allemand, résultat direct de l'exécution et de l'application de l'entente anti-concurrentielle²⁶, d'une part, et que le nombre de concurrents ayant participé à l'entente avait varié au cours de l'existence du cartel, de sorte que le montant des ventes annuelles était variable²⁷, le Conseil de la concurrence a été amené à s'écarter de la méthodologie retenue par les lignes directrices et à additionner les chiffres d'affaires, résultant de tous les appels d'offres adjugés par les ..., pour toutes les années sur lesquelles s'étendaient les infractions reprochées : « *Als Wert der verkauften Ware wird im vorliegenden Fall die Gesamthöhe der von den Kartellteilnehmern gewonnenen Aufträge aus den ...-Ausschreibungen während der Kartelldauer zurückbehalten* », c'est-à-dire « *die über die gesamte Kartelldauer addierten Umsätze, die sich aus den über die Ausschreibungen vergebenen Aufträge ergeben* »²⁸.

Cette digression de la méthodologie des lignes directrices n'est pas critiquée par la société Il convient en tout état de cause de constater que dans la présente affaire, la société ...n'était pas active sur le marché luxembourgeois, de sorte que la valeur de ses ventes de services, liées directement ou indirectement à l'infraction, était nulle ou non représentative de l'incidence, sur le marché en cause, de la participation de la société demanderesse aux infractions en question. Partant, le Conseil de la concurrence était dans l'impossibilité de retenir la valeur des ventes de la société ...sur le marché luxembourgeois dès lors qu'elle ne représentait aucunement ladite valeur. Ces circonstances particulières de la présente affaire ont permis au Conseil de la concurrence de, voire l'ont obligé à, s'écarter de la méthodologie exposée dans les lignes directrices sur le fondement du point 37 desdites lignes²⁹.

Il convient toutefois de relever que l'approche du Conseil de la concurrence, consistant à se limiter au montant de base des aiguillages DB pour le seul marché luxembourgeois, doit être considérée comme clémente, puisque le libellé du point 13 des lignes directrices fait référence aux « *ventes [...] en relation directe ou indirecte avec l'infraction* » et non aux seules « *ventes réellement affectées par l'infraction* » : selon le Tribunal de Première Instance, cette formulation du point 13 vise donc toutes les ventes réalisées sur le marché pertinent, ce qui « *ressort par ailleurs très clairement de la version allemande du paragraphe 6 des lignes directrices de 2006, dans lequel il est question de 1 'Umsatz auf den vom Verstoß betroffenen Märkten'* (ventes réalisées sur les marchés concernés par l'infraction)»³⁰, le Tribunal de Première Instance ayant plus particulièrement exclu que ce marché soit limité aux seules ventes résultant directement de l'infraction, c'est-à-dire aux seuls cas pour lesquels l'autorité de la concurrence dispose de preuves documentaires de l'infraction³¹, mais que la valeur des ventes résultant de toutes les prestations réellement affectées par les pratiques infractionnelles peut être prise en considération.

Ensuite, pour déterminer le montant de base de l'amende individuelle pour chaque participant aux infractions retenues, le Conseil de la concurrence a calculé la part relative de chaque membre du cartel dans le chiffre total de tous les participants sur le marché en cause, pour la durée totale de l'infraction, le Conseil de la concurrence ayant à cet égard plus particulièrement retenu tant le marché des aiguillages DB que celui des aiguillages

²⁶ Points 72 à 74 de la décision.

²⁷ Point 75 de la décision.

²⁸ Point 77 de la décision.

²⁹ voir, en ce sens et par analogie, CJCE 7 juin 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Commission*, C-76/06 P, point 30, ainsi que TPI 6 février 2014, *AC-Treuhand AG contre Commission*, T-27/10, point 304.

³⁰ TPI, 16 juin 2011, *Putters International c/. Commission*, T-211/08, point 59.

³¹ Ibidem, points 55 à 62.

« privés »³², en s'appuyant sur le fait que l'entente ne se limitait pas aux seuls aiguillages DB, mais à tout le marché des aiguillages en Allemagne (et au Luxembourg).

Il convient à cet égard de relever, à l'instar de la partie étatique, que l'inclusion des ventes sur le marché privé des aiguillages, en sus de celles réalisées sur le marché des aiguillages DB, sert uniquement à la répartition du montant de base entre les participants du cartel sanctionné, tandis que le montant de base retenu se fonde uniquement sur les seules ventes d'aiguillages DB sur le marché luxembourgeois.

Or, il résulte à ce sujet des lignes directrices, prises en leur point 18, que *« Lorsque l'étendue géographique d'une infraction dépasse le territoire de l'Espace Economique Européen («EEE») (par exemple dans le cas de cartels mondiaux), les ventes concernées de l'entreprise à l'intérieur de l'EEE peuvent ne pas refléter de manière adéquate le poids de chaque entreprise dans l'infraction. Tel peut en particulier être le cas d'accords mondiaux de répartition de marché. Dans de telles circonstances, en vue de refléter tout à la fois la dimension agrégée des ventes concernées dans l'EEE et le poids relatif de chaque entreprise dans l'infraction, la Commission peut estimer la valeur totale des ventes des biens ou services en relation avec l'infraction dans le secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné, déterminer la part des ventes de chaque entreprise participant à l'infraction sur ce marché³³ et appliquer cette part aux ventes agrégées de ces mêmes entreprises à l'intérieur de l'EEE. Le résultat sera utilisé à titre de valeur des ventes aux fins de la détermination du montant de base de l'amende ».*

En l'espèce, il est constant en cause que l'entente ne se limitait pas au seul marché des aiguillages DB, mais à l'ensemble des aiguillages pour chemins de fer sur les marchés respectivement luxembourgeois et allemand, l'existence de l'entente incriminée ayant faussé la concurrence tant au niveau du marché des aiguillages DB qu'à celui du marché privé, puisque l'essence-même du cartel résidait dans la répartition géographique du marché entre ses participants, entraînant ainsi, d'une part, l'absence d'offres effectives et de ventes d'aiguillages par la société ... sur le marché privé allemand et, d'autre part et corrélativement, l'absence d'offres effectives et partant de ventes notamment par la société ...sur le marché luxembourgeois.

L'inclusion par le Conseil de la concurrence du marché privé afin de déterminer la part relative respective de chaque participant est partant justifiée.

Cette conclusion n'est pas éternuée par les développements de la société ...notamment basés sur l'arrêt « *Appareillages de commutation à isolation gazeuse* », affaire dans laquelle la Commission avait appliqué un traitement différencié aux différentes entreprises, en fonction des parts de marché mondiales, étant donné le caractère mondial des arrangements de l'entente ; en particulier, la Commission avait souligné le fait que le rôle des entreprises japonaises aurait été considérablement sous-estimé si elle s'était appuyée sur les chiffres d'affaires relatifs au seul Espace économique européen, étant donné que, en vertu des accords sous-tendant l'entente, ces entreprises s'étaient, dans une large mesure, abstenues d'activités sur les marchés européens. En effet, le juge communautaire, confirmant la décision de la Commission, loin de retenir que la part de marché devait être évaluée par rapport à un même produit déterminé, a au contraire retenu que les lignes directrices ne prévoient pas que la capacité économique effective des entreprises ou le poids spécifique de leur comportement

³² Point 80 de la décision.

³³ Souligné par le tribunal.

doivent être appréciés à l'aune d'un critère particulier, tel que leur part de marché relative au produit en cause au sein de l'Espace économique européen ou au sein du marché commun, mais que « *la Commission est libre d'appliquer, à cet égard, un critère approprié au regard des circonstances de chaque cas particulier* »³⁴, le Tribunal de Première Instance ayant encore rappelé que les lignes directrices prévoient de prendre en compte la capacité économique effective des auteurs d'infractions à créer un dommage important aux autres opérateurs et de tenir compte du poids spécifique du comportement de chaque entreprise sur la concurrence.

La société ...entend encore se prévaloir du fait que l'inclusion de ses parts de marché « privé » des aiguillages en Allemagne dans le calcul des parts de marché pour les besoins de la répartition entre les co-cartellistes du montant global de l'amende serait une violation du principe *non bis in idem* tel qu'ancré, car elle aurait déjà été sanctionnée pour des violations du droit de la concurrence sur ce marché par l'autorité de concurrence allemande, la société demanderesse donnant à considérer que l'autorité de concurrence allemande aurait tenu compte, pour lui infliger une amende, de sa part de marché relative aux aiguillages privés.

Il est vrai, d'une part, que le principe *non bis in idem* inscrit à l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit aux Etats de poursuivre ou de punir pénalement pour une même infraction quiconque a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif, et, d'autre part, que de part leur double nature répressive et préventive, les amendes relèvent d'un droit à la frontière du droit pénal et appellent dès lors le respect de certaines garanties attachées à la « matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Toutefois, le principe *non bis in idem* ne s'oppose *a priori* pas à ce que des autorités distinctes connaissent d'infractions différentes issues d'un même fait³⁵, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'autorités relevant d'Etats différents.

Il convient ainsi de relever que le Tribunal a été itérativement amené à rappeler qu'en vertu d'une jurisprudence déjà ancienne³⁶, le principe *non bis in idem*, aux termes duquel il est interdit de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger un *même* intérêt juridique, est toutefois soumis à trois conditions cumulatives, à savoir l'identité des faits, l'identité du contrevenant et l'identité d'intérêt juridique protégé³⁷. Or, en ce qui concerne cette dernière condition, la Cour a rappelé que l'exercice des pouvoirs par les autorités des Etats chargées de la protection de la libre concurrence, dans le cadre de leur compétence territoriale, obéit à des exigences qui sont propres auxdits Etats^{38 39}.

En d'autres termes, la territorialité du droit de la concurrence exclut l'application de la règle *non bis in idem*⁴⁰.

³⁴ TPI, 3 mars 2011, *Siemens c/ Commission*, T-110/07, points 279.

³⁵ Voir notamment trib. adm. 13 décembre 2004, n° 18277, Pas. adm. 2012, V° Transports, n° 65.

³⁶ CJCE, 5 mai 1966, *Gutmann c/ Commission CEEA*, aff. 18/65 et 35/65.

³⁷ TPI 27 septembre 2006, *Roquette Frères SA c/ Commission*, T-322/01, point 278

³⁸ CJCE, 29 juin 2006, *SGL Carbon AG c/ Commission* (« électrodes de graphite »), C-308/04 P, point 29.

³⁹ Voir aussi : M. Debroux, « L'«imprévisibilité transparente» : La politique de sanction de la Commission en matière de cartels », *Concurrences*, n° 4-2006, n° 18, p. 50.

⁴⁰ Décision 2002/742/CE de la Commission du 5 décembre 2001, relative à une procédure au titre de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE (affaire COMP/E-1/36.604 « Acide citrique »).

Le moyen afférent de la société ...est à rejeter.

La société ...critique ensuite la décision déferée, toujours au niveau des paramètres retenus pour le calcul de l'amende, au motif que le Conseil de la concurrence aurait dû calculer sa propre part de marché en se basant sur la valeur totale des ventes sur le marché des aiguillages DB, que ce soit par des entreprises membres du cartel ou non. A cet égard, la société ...estime que tant le chiffre d'affaires de la société ... pour toute la période concernée, que celui des sociétés tierces, à savoir notamment les sociétés ... et ..., auraient dû être pris en considération, la société demanderesse affirmant que ces sociétés auraient été en mesure de fournir des aiguillages DB, et ce également sur le marché luxembourgeois, de sorte qu'il aurait convenu d'intégrer leurs parts de marchés dans le calcul afférent, la société ...entendant s'emparer à cet effet en droit du point 18 des lignes directrices.

Il faut toutefois souligner que, si le marché pertinent est celui sur lequel s'est réalisée l'infraction, l'assiette du « montant variable » est constituée de la valeur des ventes réalisées par chaque entreprise individuelle, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, sur ce marché. En d'autres termes, cette assiette n'est pas constituée de l'ensemble des ventes réalisées sur le marché par toutes les entreprises qui y opèrent, au-delà de celles concernées par la sanction, ni du chiffre d'affaires cumulé de ces entreprises⁴¹, mais de la part de marché cumulée de toutes les parties concernées par l'infraction⁴².

Admettre le raisonnement de la partie demanderesse reviendrait purement et simplement à diluer la part de marché de la société ...- les entreprises non-cartellisées représentant environ 80 % du marché global - et partant à ramener l'amende lui infligée à une proportion insignifiante : or, une telle façon de procéder, outre d'être contraire aux lignes directrices, lesquelles exigent la prise en compte d'éléments en relation directe ou indirecte avec l'infraction, serait encore contraire à l'idée transcendante à tout le droit communautaire de la concurrence, à savoir à la nécessité de maintenir le caractère dissuasif des amendes.

C'est par conséquent à juste titre que le Conseil de la concurrence n'a pas intégré les ventes des entreprises non-cartellisées dans le calcul de la répartition du montant de base entre les entreprises incriminées.

Il est d'ailleurs intéressant de relever à cet égard que dans une affaire relative à une entente entre producteurs de câbles électriques à haute tension, la Commission, « *lors de l'établissement des chiffres de ventes pertinents pour déterminer le montant de l'amende, [...] est parvenue à la conclusion que, en raison de la protection du territoire d'origine mise en place par l'entente, les ventes (inexistantes ou très faibles) des sociétés asiatiques en Europe ne reflétaient pas de manière adéquate le poids de chaque entreprise dans l'infraction. En conséquence, conformément au point 18 des lignes directrices et à la pratique suivie lors de précédentes affaires, la Commission a établi les ventes concernées des parties en prenant en compte les ventes globales des membres de l'entente dans l'EEE et en les attribuant à chacune des parties en fonction de sa part respective des ventes sur le marché plus vaste (presque mondial) faisant l'objet de l'entente. Les ventes concernées englobent*

⁴¹ L. Bernardeau, J.-Ph. Christienne, op.cit., pt. I.198, p.77.

⁴² Voir notamment point 22 des lignes directrices : « Afin de décider si la proportion de la valeur des ventes à prendre en considération dans un cas donné devrait être au bas ou au haut de cette échelle, la Commission tiendra compte d'un certain nombre de facteurs, tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées (...) ».

tous les câbles électriques souterrains et sous-marins à haute tension, ainsi que des produits et services connexes »⁴³.

Il résulte encore plus particulièrement du résumé de la décision de la Commission du 2 avril 2014 relative à cette affaire⁴⁴, pris en ses points combinés 10 (identification des sociétés ayant participé à l'entente) et 13 à 15 (méthode de calcul) que la Commission a bien retenu « *les ventes en relation avec l'infraction réalisées par l'ensemble des entreprises [en infraction] dans l'EEE en fonction de leurs parts respectives des ventes en relation avec l'infraction au niveau mondial* », c'est-à-dire en fonction des parts respectives de la valeur des ventes réalisées par les seuls membres de l'entente, jugés responsables de l'infraction, parts énumérées sous le point 15.

En ce qui concerne l'inclusion de la part de marché de la société ... pour toute la période concernée, alors que le Conseil de la concurrence a écarté la participation de cette société au cartel pour la période de janvier 2005 au 30 juin 2007, la société ... estime que cette appréciation serait contraire à la réalité, et elle entend baser cette affirmation sur une apparente contradiction affectant la décision déférée, en ce que le Conseil de la concurrence aurait pourtant retenu qu'une rencontre aurait eu lieu de manière présumée (« *mutmasslich* ») entre la société ... et la société ... en date du 21 février 2005, de sorte que la participation de cette dernière société au cartel serait également établie pour la période de janvier 2005 au 30 juin 2007.

Cette argumentation est toutefois à rejeter en son intégralité, le tribunal constatant à cet égard, de concert avec la société ..., que le Conseil de la concurrence n'a, sous le point 43 de la décision, fait qu'émettre un soupçon, soupçon dont il n'a cependant pas tenu compte, tel qu'exposé sous le point 75, parce que la participation de cette société à partir de cette date précoce n'avait pas pu être dûment établie à l'exclusion de tout doute (« *zweifelsfrei* »). En effet, l'autorité de la concurrence ne saurait s'arrêter à de pures conjectures, mais doit se fonder sur des facteurs économiques objectifs⁴⁵ : s'il subsiste un doute, il doit profiter à l'entreprise destinataire de la décision constatant une infraction⁴⁶, puisque la présomption d'innocence constitue un principe général du droit de l'Union⁴⁷, la société demanderesse elle-même insistant d'ailleurs dans ses écrits sur le fait que la preuve d'un comportement anticoncurrentiel doit impérativement être rapportée à l'exclusion de tout doute raisonnable. Par ailleurs, et au-delà de ce principe, il échet de rappeler que la charge de la preuve du caractère erroné sinon illégal de la décision déférée appartient à la société demanderesse : or, celle-ci ne fournit aucun élément probant susceptible d'énervier les conclusions afférentes du Conseil de la concurrence.

Quant à l'inclusion des sociétés ... et ..., accusées d'avoir également participé au cartel sanctionné par le Conseil de la concurrence, la société demanderesse donne à considérer que la première société aurait participé jusqu'en 2005 à des soumissions publiques relatives à des aiguillages ; elle estime que le fait que ... n'aurait plus ensuite présenté des offres ne serait pas un hasard, la demanderesse se prévalant à ce sujet d'un téléfax adressé par la société ...

⁴³ Communication du 2 avril 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-358_fr.htm

⁴⁴ Résumé de la décision relative à l'affaire AT.39610 *Câbles électriques* tel que publié au JOUE C 319 17.9.2014, p. 10–15

⁴⁵ TPI, 9 juillet 2003, *ADM c/ Commission* (« lysine »), T-224/00, point 159.

⁴⁶ Voir en ce sens, CJCE 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continentaal / Commission*, 27/76, point 265

⁴⁷ CJUE 22 novembre 2012, *E.ON Energie / Commission*, C-89/11 P, point 72

notamment à ... aux fins d'informer celle-ci des prix que ... entendait offrir pour un projet luxembourgeois.

Quant à la société ..., il résulterait de la décision déferée que la société ... aurait trouvé un arrangement avec cette société, en ce sens qu'elle ne participerait plus à des soumissions publiques au Luxembourg, arrangement qui aurait été par la suite respecté par

Il résulte toutefois de la décision déferée que le Conseil de la concurrence avait estimé ne pas disposer de preuves suffisantes pour incriminer les deux sociétés en question. C'est ainsi que sous le point 25 de la décision, le Conseil de la concurrence a retenu ne pas disposer de preuve d'une participation de ... au cartel après 2005, tandis qu'en ce qui concerne la société ..., il a encore estimé ne pas disposer de preuve suffisante d'une participation de cette société au cartel, le Conseil de la concurrence relevant d'ailleurs que la société ... avait obtenu une soumission relative à des aiguillages de la part des ... en octobre 2005 et en avril 2010, ... ayant par ailleurs encore participé (infructueusement) en 2006 et 2009 à des soumissions luxembourgeoises⁴⁸, de sorte à énerver *a priori* l'accusation proférée par la société

Dès lors, en application des règles régissant la charge de la preuve reposant au niveau pré-contentieux sur le Conseil de la concurrence, et au niveau contentieux sur la société ..., le moyen afférent de cette dernière est à rejeter en ses différents volets.

Enfin, en ce qui concerne le moyen, non autrement développé la société ..., selon lequel le tribunal devrait encore intégrer les parts du marché privé des participants au cartel *allemand*, faisant l'objet d'une procédure diligentée par les autorités de la concurrence allemandes, celui-ci est à rejeter au vu de la territorialité du droit de la concurrence.

2. Tel qu'indiqué ci-avant, la société ...estime également que certains des paramètres déterminant le montant de base de l'amende seraient trop élevés, la société demanderesse contestant ainsi en particulier le niveau du coefficient de gravité retenu, 17 %, lequel porterait atteinte au principe de la non-discrimination respectivement au principe d'égalité ainsi qu'au principe de la confiance légitime, pour revendiquer l'annulation pure et simple de l'amende, respectivement pour demander sa fixation sur base d'un taux de l'ordre de 5 %.

La société ...conteste ainsi de manière générale le niveau du coefficient de gravité, pour ensuite s'emparer de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, dont il découlerait que l'autorité infligerait des amendes reposant sur des taux largement inférieurs à 17 %, la société demanderesse se prévalant en particulier d'une décision du Conseil de la concurrence du 20 décembre 2012 ayant retenu un taux d'1 % ainsi que d'une décision du 5 février 2014 dans laquelle le Conseil de la concurrence se serait contenté d'un engagement des auteurs de l'infraction sans les sanctionner.

Elle conclut dès lors à une violation du principe de l'égalité devant la loi, du principe de l'égalité devant les services publics ainsi que de l'article 18 TFUE.

Le tribunal tient de prime abord à rappeler que la présente affaire s'inscrit dans le cadre spécifique d'une violation par les membres du cartel incriminé aux dispositions des articles 101 et 102 du TFUE - élément essentiel formellement reconnu par la société

⁴⁸ Points 26 et 34 de la décision.

demanderesse - de sorte à avoir entraîné l'application des dispositions afférentes de droit communautaire, relatives aux pratiques anti-concurrentielles. Dans cette optique particulière, le Conseil de la concurrence a encore été amené à s'inspirer des lignes directrices émises par la Commission, et ce notamment afin de garantir à son niveau une application homogène des dispositions communautaires par les différentes autorités nationales.

Or, l'affaire ayant donné lieu à la décision invoquée du 20 décembre 2012 s'inscrivait dans un contexte purement national, excluant l'application du droit communautaire⁴⁹, de sorte à ne pas pouvoir servir de point de comparaison, le principe constitutionnel d'égalité devant la loi édicté par l'article 10bis (1) - et non pas l'article 10 de la Constitution tel qu'indiqué erronément par la partie demanderesse -, principe dont est dérivé celui d'égalité devant les services publics, appelant en effet une analyse à deux degrés : dans un premier stade, il y a lieu, de façon préalable, de vérifier la comparabilité des deux catégories de personnes par rapport auxquelles le principe est invoqué. Ce n'est que si cette comparabilité est vérifiée que, dans un deuxième stade, la juridiction saisie analyse si la différenciation qui existe par hypothèse entre ces deux catégories de personnes est objectivement justifiée ou non⁵⁰.

En ce qui concerne la décision du 5 février 2014⁵¹, le tribunal constate que cette décision s'inscrit dans le cadre déterminé de l'article 13 de la loi du 23 octobre 2011, aux termes duquel le Conseil de la concurrence peut adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction lorsque les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations relevées dans la communication des griefs, le Conseil de la concurrence pouvant par voie de décision rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises.

Or, il ne résulte d'aucun élément fourni par la société demanderesse au tribunal que cette dernière aurait pu, en fait ou en droit, également s'inscrire dans ce cadre spécifique.

En ce qui concerne l'affaire dite « *des carreleurs* », ayant fait l'objet de la décision du 5 mars 2010⁵², il s'agissait de la première procédure en matière d'entente menée par le Conseil de la concurrence en application de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Celle-ci ayant trait à des faits antérieurs à 2005, respectivement 2006, le Conseil de la concurrence n'a pas fait application des lignes directrices de 2006, de sorte que les sanctions retenues s'inscrivant sur une autre toile de fond légale, ne peuvent pas, objectivement, être considérées à titre de comparaison.

Il n'appert dès lors pas que la société ...puisse se prévaloir d'un traitement discriminatoire au vu de ces trois décisions du Conseil de la concurrence.

Enfin, en ce qui concerne la discrimination sur la base de la nationalité telle qu'alléguée par la société ..., au motif que le Conseil de la concurrence aurait sanctionné moins durement les ententes formées exclusivement par des entreprises luxembourgeoises que celles comportant des entreprises non luxembourgeoises, un tel moyen, outre d'être pour le moins saugrenu et non étayé par le moindre indice, doit encore être rejeté, le tribunal n'ayant ci-avant constaté aucune discrimination, et *a fortiori* aucune discrimination en raison de la nationalité.

⁴⁹ Point 48 la décision du 20 décembre 2012, *ULC contre assurances*, 2012-FO-08.

⁵⁰ Cour adm. 5 mai 2009, n° 24618C2, Pas. adm. 2012, V° Lois et règlements, n° 4.

⁵¹ Décision du 5 février 2014, *OAI*, n° 2014-E-02.

⁵² Décision 5 mars 2010, n° 2010-FO-01.

La société ...conteste encore le niveau du coefficient de gravité retenu au motif qu'il violerait le principe de la confiance légitime. Elle fait à cet égard plaider, toujours par rapport à la pratique décisionnelle antérieure du Conseil de la concurrence, qu'elle aurait été en droit de se voir infliger une amende correspondant à cette pratique antérieure, alors que le prononcé, qualifié de non justifié et d'inattendu, d'une amende sur base d'un coefficient de gravité de 17 % heurterait le principe général du droit relatif à la protection de la confiance légitime.

Toutefois, il convient de souligner que d'une manière générale, un administré ne peut prétendre au respect d'un droit acquis que si, au-delà de ses attentes, justifiées ou non, l'autorité administrative a créé à son profit une situation administrative acquise et réellement reconnu ou créé un droit subjectif dans son chef. Ce n'est qu'à cette condition que peut naître dans le chef d'un administré la confiance légitime que l'administration respectera la situation par elle créée, les deux notions de droits acquis et de légitime confiance étant voisines⁵³.

C'est ainsi que lorsqu'un particulier diligent est surpris du fait qu'il s'est raisonnablement fié au « *pré-comportement* » objectif de la personne publique, et n'est dès lors pas en mesure de prévoir l'adoption - ou la modification - soudaine d'une disposition de nature à affecter ses intérêts, la « *légitimité* » de sa confiance subjective peut être présumée, et ce avec d'autant plus de force lorsque existent des dispositions concrètes et objectives indéniablement prises dans la confiance⁵⁴. Cette dernière condition en particulier - l'existence de dispositions concrètes et objectives prises dans la confiance - présuppose plus précisément l'existence d'une relation étroitement personnelle entre l'administré et l'administration tel qu'un acte administratif individuel créateur de droits⁵⁵.

Or, en l'espèce, outre que le tribunal vient de retenir ci-avant que la pratique décisionnelle antérieure du Conseil de la concurrence ne saurait être invoquée à titre de comparaison par la société ..., de sorte qu'elle ne saurait *a fortiori* non plus légitimement en tirer une quelconque attente, il y a lieu de constater que la société ...ne s'est jamais vue antérieurement reconnaître par le Conseil de la concurrence le droit de prétendre à une faible amende de l'ordre de 5 % par le biais d'une décision individuelle prise en sa faveur, que ce soit une décision de principe ou une décision arrêtant le montant même de l'amende.

Les juridictions européennes ont d'ailleurs confirmé que le principe de la confiance légitime ne s'oppose en tout état de cause pas à la possibilité pour la Commission de faire évoluer sa politique de sanction : « *il est de jurisprudence constante que les opérateurs économiques ne sont pas fondés à placer une confiance légitime dans le maintien d'une situation existante pouvant être modifiée dans le cadre du pouvoir d'appréciation des institutions communautaires (...)* Ainsi, il a déjà été jugé que la Commission était en droit d'élever le niveau général des amendes dans les limites fixées par le règlement n° 17, si cela était nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de concurrence »⁵⁶.

⁵³ Voir par analogie pour des applications de ce principe : trib. adm 25 janvier 2010, n° 25548, confirmé sur ce point par arrêt du 18 mai 2010, 26683C, Pas. adm. 2012, V° Etrangers, n° 254, ou encore trib. adm. 12 décembre 2011, n° 27543, et trib. adm. 12 mars 2012, n° 28296.

⁵⁴ Sylvia CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, n° 214, p. 405, cité dans Cour adm. 11 février 2010, n° 25840C.

⁵⁵ Voir par exemple trib. adm. 25 janvier 2012, n° 27953 ou encore trib. adm. 3 novembre 2014, n° 33178.

⁵⁶ CJCE, 7 juin 1983, *SA Musique Diffusion française et autres c/ Commission*, C-100 à 103/80, point 109.

Cette solution, transposée au niveau national, a par conséquent habilité le Conseil de la concurrence, notamment à l'occasion du passage des lignes directrices de 1998 à celles de 2006, à procéder à une augmentation du niveau des amendes, et ce en conformité avec l'évolution de la politique communautaire anti-concurrentielle dans le sens d'une sévérité accrue.

Dès lors, le moyen de la société demanderesse tiré d'une violation des principes de sécurité juridique et de confiance légitime des administrés est à rejeter pour être non fondé.

Le tribunal tient de surcroît à souligner qu'en la matière spécifique des amendes sanctionnant des pratiques anti-concurrentielles, une certaine imprévisibilité du montant des amendes est en tout état de cause de mise.

Le Tribunal de Première Instance a ainsi souligné « *que, afin d'éviter une rigidité normative excessive et de permettre une adaptation de la règle de droit aux circonstances, un certain degré d'imprévisibilité quant à la sanction pouvant être imposée pour une infraction donnée doit être permis. Une amende comprenant une variation suffisamment circonscrite entre l'amende minimale et l'amende maximale pouvant être infligée pour une infraction donnée est ainsi susceptible de contribuer à l'efficacité de cette sanction, tant du point de vue de son application que de son pouvoir de dissuasion* »⁵⁷.

Cette volonté a ainsi trouvé un écho auprès de l'autorité de la concurrence française, qui retient que « *La détermination des sanctions pécuniaires peut en effet impliquer de prendre en considération, conformément à l'exigence légale d'individualisation, un grand nombre d'éléments dont la nature et l'importance peuvent varier d'une affaire à l'autre. Il n'est donc ni possible, ni souhaitable, tant du point de vue de l'Autorité que dans l'intérêt des entreprises et des organismes concernés, de concevoir, au-delà de la méthode suivie pour déterminer les sanctions pécuniaires, un barème mécanique permettant de prévoir par avance leur montant précis. Ce montant ne peut être pleinement compris qu'à la lecture de l'ensemble des motifs pertinents de la décision concernée et à la lumière du contexte de l'affaire en cause* »⁵⁸, le président de l'autorité de la concurrence française ayant pour sa part estimé que « *si la sanction doit être prévisible, elle ne doit pas l'être entièrement pour garder son caractère dissuasif. Si les entreprises savent exactement à quelle sanction elles s'exposent, elles se livreront à un calcul rationnel et optimiseront leur comportement en conséquence. La sanction doit donc conserver une part de mystère* »⁵⁹.

L'imprévisibilité alléguée de l'amende ne constitue dès lors pas, *per se*, une situation irrégulière ou illégale sanctionnable par le tribunal.

Les moyens de la société ..., consistant à contester le niveau du coefficient de gravité de 17 % par rapport aux principes de la non-discrimination et la confiance légitime, sont par conséquent à rejeter comme non fondés.

⁵⁷ TPI, 27 septembre 2006, *Jungbunzlauer AG c/ Commission*, T-43/02, point 84.

⁵⁸ Communiqué du 16 mai 2011 de l'autorité de la concurrence française relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, point 16.

⁵⁹ Voir l'audition de M. Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence par la Commission des affaires économiques du 23 juin 2010, compte rendu n° 78, disponible sous <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-eco/09-10/c0910078.asp>

Au-delà de cette conclusion, et par rapport à la contestation générale et abstraite par la société ...du coefficient de 17 % concrètement retenu par le Conseil de la concurrence, il échet de rappeler, comme développé à titre préliminaire, que la philosophie même de ces lignes directrices s'inscrit dans le cadre d'une « *majoration dissuasive* » des amendes par rapport aux lignes directrices antérieures, datant de 1998⁶⁰, le point 21 des lignes directrices de 2006 prévoyant qu'en règle générale, la proportion de la valeur des ventes prise en compte sera fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30 %. En pratique, les montants de base retenus par la Commission s'inscrivent généralement dans une fourchette de 15 à 20 %⁶¹.

Il convient ensuite de souligner qu'il résulte explicitement de ces mêmes lignes directrices - dont la société demanderesse a réclamé dans le cadre du moyen analysé ci-avant une application textuelle - en leur point 23 que « *Les accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production, qui sont généralement secrets, comptent, par leur nature même, parmi les restrictions de concurrence les plus graves. Au titre de la politique de la concurrence, ils doivent être sévèrement sanctionnés. Par conséquent, la proportion des ventes prise en compte pour de telles infractions sera généralement retenue en haut de l'échelle* ».

Il n'est en l'espèce pas contesté, mais même explicitement admis, que la pratique anti-concurrentielle sanctionnée consistait en un accord de répartition de marché, considéré comme rangeant parmi les pratiques anti-concurrentielles les plus graves, qui « *doivent être sévèrement sanctionnés* ». En effet, ces pratiques se caractérisent par une manipulation directe des paramètres essentiels de la concurrence et sont parmi les plus difficiles à détecter du fait de leur caractère secret, raisons pour lesquelles elles se rangent par leur nature-même parmi les infractions les plus graves aux règles de concurrence et sont considérées comme « *injustifiables* » par l'OCDE⁶², cette dernière préconisant « *des sanctions efficaces, d'une nature et d'un niveau propres à dissuader les personnes physiques et morales de participer à ces ententes* ».

Le point 25 des lignes directrices prévoit par ailleurs, alors même que la gravité a déjà été prise en compte dans l'évaluation du montant, de majorer systématiquement de 15 à 25% de la valeur des ventes le montant de base, cette augmentation considérable du montant de base (appelée « *taxe à l'entrée* » ou « *droit d'entrée* ») devant intervenir notamment en cas d'accords horizontaux sur les prix, de répartition de marché et de limitation de la production, l'objectif de cette mesure étant à nouveau de dissuader les participants à une entente. Le tribunal note en passant que le Conseil de la concurrence n'a pas eu recours à ce « *droit d'entrée* », estimant que le taux retenu de 17 % serait suffisamment dissuasif⁶³ : l'autorité de

⁶⁰ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 15 paragraphe 2 du règlement n°17 et de l'article 65 paragraphe 5 du traité CECA, JO C 9, 14.1.1998.

⁶¹ A titre d'exemple : le pourcentage retenu était de 15% dans les décisions *Gaz* (39.401, 8 juillet 2009, point 365) et *Bananes* (39.188, 15 octobre 2008, point 460), de 19% dans la décision *Chlorate de sodium* (38.695, 11 juin 2008, point 521) ; il était de 18% dans la décision *Verre Plat* (39.165, 28 novembre 2007, point 482) comme dans la décision *Bandes vidéo professionnelles* (38.432, 20 novembre 2007, point 215) ; il était de 16% dans les décisions *Verre automobile* (39.125, 12 novembre 2008, point 678), *Transformateurs d'énergie* (39.129, 7 octobre 2009, point 247), et *Caoutchouc butadiène-nitrile* (38.628, 23 octobre 2008, point 175) ; il était de 17% dans les décisions *Services de déménagement internationaux* (38.543, 11 mars 2008, point 543) et *Carbure de calcium* (39.396, 22 juillet 2009, point 10 du résumé de la décision publié au JO C 301 du 11 décembre 2009, p.18) ; il était enfin compris entre 20% et 18% selon les entreprises dans la décision *Stabilisants thermiques*, (38.589, 11 novembre 2009, points 708-709).

⁶² Recommandation n° C(98)35/Final du Conseil de l'OCDE du 25 mars 1998 concernant une action efficace contre les ententes injustifiables.

⁶³ Point 82 de la décision.

concurrence a, ce faisant, indéniablement fait à nouveau preuve de clémence, analyse apparemment partagée par la doctrine⁶⁴.

C'est encore ainsi que l'autorité de la concurrence française applique d'office un taux compris entre 15 % et 30 % dans le cas des accords horizontaux entre concurrents ayant pour objet une fixation des prix, une répartition des marchés ou des clients⁶⁵, à l'instar du Conseil de la concurrence belge qui retient pour « *des infractions très graves et graves* », telles qu'en l'espèce, un pourcentage compris entre 15 % et 30 %⁶⁶.

Le tribunal estime partant, dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, que le taux de 17 % tel que retenu par le Conseil de la concurrence doit être considéré comme à tout le moins approprié eu égard, notamment, à la gravité des infractions retenues, encore que, comme relevé par la partie étatique, un tel taux se situe indéniablement du côté modéré de la fourchette applicable.

3. La société ...fait ensuite grief au Conseil de la concurrence de n'avoir retenu aucune circonstance atténuante en sa faveur, à l'exception de la reconnaissance de l'absence d'exceptions dilatoires, honorée par une réduction de 10 % de l'amende.

Dans ce contexte, elle reproche d'abord plus particulièrement au Conseil de la concurrence de ne pas avoir motivé son refus de tenir compte des circonstances atténuantes dont elle s'était prévalu, ce qui serait contraire à l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure administrative non contentieuse.

S'il est vrai que le Conseil de la concurrence, dans la décision déferée, n'a pas pris position par rapport à toutes les circonstances atténuantes mises en avant par la société demanderesse dans ses prises de position datées du 10 décembre 2012 et surtout du 14 juin 2012 - prises de position développant explicitement notamment l'affirmation que les ... auraient encouragé, sinon admis les pratiques anti-concurrentielles dénoncées et que la société ...aurait dès 2008 mis en œuvre un *compliance program* au sein de l'entreprise -, le Conseil de la concurrence n'invoquant ainsi pour les écarter que les menaces prétendument subies de la part de la société ...⁶⁷, le tribunal constate cependant, d'une part, que la société ..., au-delà du constat d'une violation du prédit article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, n'en tire aucune conclusion en droit concernant la décision déferée.

D'autre part, les motifs sur lesquels repose l'acte, si l'acte lui-même ne les précise pas, peuvent être communiqués au plus tard au cours de la procédure contentieuse pour permettre à la juridiction administrative d'exercer son contrôle de légalité, étant donné qu'il est loisible à l'administration de présenter ses motifs en cours d'instance, à condition que la juridiction administrative puisse en contrôler la légalité au moment où elle est appelée à statuer⁶⁸.

Quant au fond, la société ...demande la reconnaissance de trois prétendues circonstances atténuantes supplémentaires.

⁶⁴ Giulia F. Jaeger, op.cit., p.57, n° 16

⁶⁵ Communiqué du 16 mai 2011 de l'autorité de la concurrence française relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, point 41.

⁶⁶ Conseil de la concurrence belge, Document de consultation - Communication du Conseil de la concurrence sur le calcul des amendes, point 28.

⁶⁷ Point 92 de la décision.

⁶⁸ Trib. adm. 26 avril 2004, n° 17153, Pas. adm. 2012, V° Procédure administrative non contentieuse, n° 74, et autres références y citées.

Il convient à cet égard de relever que les lignes directrices prévoient, sous leur point 29, que « *le montant de base de l'amende peut être réduit lorsque la Commission constate l'existence de circonstances atténuantes, telles que :*

- *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve qu'elle a mis fin à l'infraction dès les premières interventions de la Commission. Ceci ne s'appliquera pas aux accords ou pratiques de nature secrète (en particulier les cartels) ;*
- *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que l'infraction a été commise par négligence ;*
- *lorsque l'entreprise concernée apporte la preuve que sa participation à l'infraction est substantiellement réduite et démontre par conséquent que, pendant la période au cours de laquelle elle a adhéré aux accords infractionnels, elle s'est effectivement soustraite à leur application en adoptant un comportement concurrentiel sur le marché; le seul fait qu'une entreprise a participé à une infraction pour une durée plus courte que les autres ne sera pas considéré comme une circonstance atténuante, puisque cette circonstance est déjà reflétée dans le montant de base ;*
- *lorsque l'entreprise concernée coopère effectivement avec la Commission, en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de ses obligations juridiques de coopérer ;*
- *lorsque le comportement anti-concurrentiel a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation ».*

Il convient d'office de relever qu'aux termes de ces lignes directrices, la charge de la preuve incombe à l'entreprise concernée, ce qui fait écho aux règles de preuve en matière de contentieux administratif, exposées au début du présent jugement. Dès lors, le tribunal ne saurait en tout état de cause faire droit à la demande tendant à voir ordonner une mesure d'instruction sur base de l'article 14 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, laquelle ne pouvant être instituée pour parer à une carence d'une partie dans l'agencement de la preuve qu'il lui incombe de rapporter⁶⁹.

Il convient ensuite encore de relever qu'il résulte de la jurisprudence communautaire que les lignes directrices n'indiquent pas de manière impérative les circonstances atténuantes que la Commission serait tenue de prendre en compte : « *par conséquent, la Commission conserve une certaine marge pour apprécier d'une manière globale l'importance d'une éventuelle réduction du montant des amendes au titre des circonstances atténuantes* »⁷⁰.

Enfin, la pratique de la Commission dessine encore une tendance plus générale à reconnaître de moins en moins de circonstances atténuantes, notamment depuis l'adoption des lignes directrices de 2006⁷¹.

Concrètement et en premier lieu, la société ...affirme que les ... auraient toléré, voire même encouragé le comportement anticoncurrentiel réprimé.

⁶⁹ Voir trib. adm. 8 juin 2005, n° 18679 et 19195, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 620.

⁷⁰ TPI, 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich e.a. c/ Commission*, T-122/07 à T-124/07, point 208.

⁷¹ L. Bernardeau, J.-Ph. Christienne, op.cit., pt. I.344, p. 166.

Elle base cette affirmation sur l'allégation que le cartel trouverait son origine au cours des années 1970 ou 1980 dans le vœu des ... de ne recourir qu'à des entreprises luxembourgeoises en général et à la société ... en particulier, la société demanderesse reposant cette allégation en particulier sur la demande de clémence de la société ..., de sorte que le cartel se serait ensuite développé de manière autonome entre les entreprises concernées.

La société ...entend par conséquent déduire de ces circonstances de la création de l'entente et du fait que la société ... ait par la suite emporté presque la totalité des marchés d'aiguillages des ... que ces dernières auraient nécessairement eu connaissance de l'entente et l'aient à tout le moins toléré, cette déduction étant encore renforcée par le fait, établi par témoignage, que les ... auraient entretenu de très bonnes relations avec la société ..., ainsi que par le fait que les ... ont conclu avec la société ... un accord-cadre en vue de la livraison de pièces détachées pour aiguillages.

Il convient de prime abord de rappeler que les lignes directrices prévoient, en guise de circonstances atténuantes, un comportement actif (*« lorsque le comportement anti-concurrentiel a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques »*) ou à tout le moins concret de l'autorité publique en cause.

Or, les éléments soumis par la société demanderesse au tribunal ne laissent pas entrevoir un tel comportement, le seul fait d'avoir favorisé apparemment - la société ...ne versant d'ailleurs à cet égard aucun élément probant - un fournisseur déterminé à une époque, tel que souligné à bon escient par la partie étatique, où l'ouverture d'un marché public à visée européenne n'était pas encore exigée par la législation européenne étant à cet égard insuffisant. Il est encore constant en cause que les ... ont ensuite systématiquement procédé par la voie d'appels d'offres à l'échelle européenne, sans qu'il ne soit établi, ni même allégué, que lesdits marchés aient été rédigés ou agencés de façon à favoriser la société

Il ne saurait non plus être déduit un quelconque rôle actif, ni même d'ailleurs passif, du seul fait que les ... aient entretenu de bonnes relations avec la société ..., cette dernière société étant devenue, du fait de l'entente, son principal fournisseur d'aiguillages.

Si la société demanderesse entend appuyer son argumentation sur une décision de la Commission, dont il résulterait que le fait qu'une autorité publique ait encouragé, sinon favorisé un comportement anti-concurrentiel constituerait une circonstance atténuante dans le chef des entreprises concernées, le tribunal constate qu'au contraire, cette décision⁷², dont il convient de citer les passages pertinents, conforte sa propre analyse en fait et en droit :

« Plusieurs sociétés [...] ont indiqué dans leur réponse à la communication des griefs que des autorités publiques, et notamment la Commission, auraient été au courant du système des devis de complaisance et auraient toléré ce système. L'absence de réaction de la part de la Commission aurait été de nature à conforter les entreprises dans la légitime impression que la pratique ne constituerait pas une infraction puisqu'elle était sollicitée par des fonctionnaires, notamment de la Commission, et aurait donc dû être connue de cette dernière.

La Commission n'accepte pas cette allégation. Ces affirmations ne sont étayées par aucune preuve ou élément de preuve. Aucune société n'a fourni de preuve tangible montrant

⁷² Décision de la Commission du 11 mars 2008, *Services de déménagements internationaux*, COMP 38543, points 596-598.

que le système des devis de complaisance était connu, autorisé, voire encouragé par des autorités publiques [...].

Le fait même que des institutions publiques [...] exigeaient la soumission de [plusieurs] devis montre qu'elles voulaient faire jouer la concurrence et qu'elles n'avaient aucun intérêt à tolérer voire encourager le système des devis de complaisance. Bien au contraire, ces institutions publiques [...] semblent compter parmi les victimes principales de la soumission de devis fictifs ».

Cette motivation, que le tribunal reprend *mutatis mutandis*, l'amène à rejeter la prise en compte de cette prétendue circonstance atténuante.

La société ...entend en second lieu se prévaloir des menaces exercées sur elle par la société ..., menaces qui résulteraient du fait que la société ..., en cas de non-respect de l'entente par la société demanderesse, aurait aisément pu s'introduire sur le marché allemand des aiguillages privés, ce qui aurait eu des conséquences économiques néfastes pour la société ..., la société demanderesse se prévalant à cet égard d'un incident particulier où cours duquel la société ... lui aurait concrètement reproché d'avoir emporté un marché au Luxembourg et de vouloir « ruiner » les prix du marché, le représentant de la société ... ayant menacé la société ...de « ruiner » en retour les prix sur le marché allemand, en soulignant que le marché luxembourgeois de la société ...ne concernerait que 15 aiguillages, alors que son marché en Allemagne, susceptible d'être enlevé par la société ..., concernerait une centaine d'aiguillages.

Le tribunal, de concert avec la partie étatique et le Conseil de la concurrence, ne saurait admettre pareille circonstance comme constituant une circonstance atténuante : en effet, la « menace » ainsi mise en avant ne constitue ni plus ni moins, tel que souligné par le Conseil de la concurrence, que la mise en application de l'accord de répartition de marchés, dans le cadre duquel les entreprises concernées s'étaient mises d'accord pour à réserver à la société ... l'exclusivité des marchés publics au Luxembourg dans le secteur concerné tandis qu'en contrepartie, ... s'était engagée à s'abstenir de s'engager sur le marché des aiguillages en Allemagne : il va de soi que le respect de cette entente s'appuyait sur le « risque » de voir ... s'engager sur le marché allemand des aiguillages, partant d'ouvrir celui-ci à la concurrence ; or, pareille circonstance ne saurait être retenue comme une menace justifiant le bénéfice d'une réduction de l'amende.

Par ailleurs et en tout état de cause, par analogie, la société ...« *ne saurait se prévaloir de cette circonstance, dès lors qu'elle aurait pu dénoncer lesdites pressions aux autorités compétentes et introduire auprès de la Commission une plainte en application de l'article 3 du règlement n° 17⁷³, plutôt que de participer aux activités en question* »⁷⁴.

Enfin, il convient de relever que la société demanderesse ne conteste pas l'octroi de l'immunité à la société ..., ce volet de la décision du Conseil de la concurrence n'ayant pas été déféré au tribunal. Or, aux termes du point 13 de la « *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des*

⁷³ Actuellement règlement n° 1/2003.

⁷⁴ TPI 30 avril 2009, *Itochu Corp. c/ Commission* (« Consoles de jeux »), T-12/03, point 140, citant : TPI 20 mars 2002, *Ke Kelit c/Commission*, T-17/99, point 50, ainsi que TPI 29 novembre 2005, *Union Pigments c/ Commission*, T-62/02, point 63.

ententes⁷⁵ », actuellement applicable aux lignes directrices, « toute entreprise qui a pris des mesures pour contraindre d'autres entreprises à se joindre à l'entente ou à y rester ne peut prétendre au bénéfice de l'immunité d'amende ».

Dès lors, et *a contrario*, le fait que le Conseil de la concurrence a accordé notamment à la société ... l'immunité d'amende, décision non attaquée, exclut *a priori* que la société ... ait contraint la société ...notamment à demeurer dans l'entente.

En troisième lieu, la société demanderesse met en avant le fait que depuis sa reprise par la société ... en août 2008, elle aurait instauré un programme de mise en conformité (« *compliance program* ») au sein de l'entreprise, comportant des formations régulières du personnel dirigeant en matière de droit des ententes ainsi que l'édiction de recommandations internes. Par ailleurs, toute infraction à ce code interne ferait l'objet d'une instruction interne aboutissant en fonction des faits à la prise de mesures de formation, de mesures disciplinaires voire à des mesures relevant du droit du travail, pouvant aller jusqu'au licenciement des personnes concernées. Elle affirme avoir en l'espèce procédé au licenciement de plusieurs personnes qui n'auraient pas totalement coopéré lors de l'instruction menée par les autorités de concurrence, la société ...affirmant ne plus tolérer d'infraction à la législation, et à la législation de la concurrence en particulier, de sorte que le risque de toute récidive au Luxembourg par l'un de ses employés serait exclu.

Le tribunal relève que l'existence d'un programme de conformité seul ne protège pas l'entreprise ou les personnes contre les mesures d'application de la loi du 23 octobre 2011 susceptibles d'être prises par le Conseil de la concurrence. Toutefois, lorsque l'autorité de la concurrence, et, après elle, le cas échéant, le juge administratif, choisit la manière la plus appropriée de régler un cas d'infraction, ils peuvent tenir compte de la préexistence d'un programme crédible et efficace aux fins de la détermination de la sanction. Un programme sera jugé crédible et efficace si l'on peut démontrer qu'il a été conçu, mis en œuvre et appliqué raisonnablement dans les circonstances données.

Toutefois, l'expérience révèle que de nombreuses entreprises se dotent de tels mécanismes une fois qu'une infraction a été commise : il s'agit dès lors pour ces entreprises contrevenantes d'obtenir une certaine indulgence de la part des autorités de concurrence⁷⁶.

Ce constat a notamment amené la Commission à ne plus prendre en compte depuis 1992 les « *compliance programs* » en tant que circonstance atténuante, la Commission refusant désormais, par principe et systématiquement, la prise en compte des programmes de conformité dans la détermination du montant de l'amende, cette position ayant encore été confortée par le Tribunal de Première Instance⁷⁷, lequel a ainsi été amené à retenir que « *s'il est certes important qu'une entreprise prenne des mesures pour empêcher que de nouvelles infractions au droit de la concurrence de l'Union soient commises à l'avenir par des membres de son personnel, la prise de telles mesures ne change rien à la réalité de l'infraction constatée* »⁷⁸.

⁷⁵ Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 2006/C 298/11, JOUE, 8.12.2006, p. 17-22.

⁷⁶ J.-C. Roda et V. Ledoux, *Les « compliance programs » en droit de la concurrence*, CCC, n° 12, décembre 2007, étude 14, p.5.

⁷⁷ L. Bernardeau, J.-Ph. Christienne, *op.cit.*, pt. I.389 et 390, p.185.

⁷⁸ TPI 13 juillet 2011, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, T-138/07, point 282.

Au-delà de cette position de principe, à laquelle le tribunal, à l'instar du Conseil de la concurrence, adhère, il convient encore de relever que, concrètement, l'efficacité, voire même la sincérité du programme de conformité prétendument mis en œuvre par la société demanderesse sont sujets à caution, puisque en dépit de l'instauration d'un tel programme interne en 2008, la société ...a continué à participer activement à l'entente jusqu'en 2011, ce constat rejoignant le constat plus général de l'instauration de programmes de conformité factices par des entreprises aux seules fins de pouvoir, le cas échéant, bénéficier de l'indulgence des autorités de concurrence.

Il résulte de ce qui précède que le tribunal ne saurait faire droit à la demande de la société ...tendant à l'obtention d'une réduction supplémentaire de l'amende infligée, en sus de la reconnaissance de l'absence d'exceptions dilatoires, honorée par le Conseil de la Concurrence d'une réduction de 10 % de l'amende.

4. La société ...conteste finalement dans son recours le refus du Conseil de la concurrence de procéder à une réduction de l'amende selon l'article 21, paragraphe 3, de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Elle fait à cet égard plaider qu'elle aurait communiqué au Conseil de la concurrence des éléments de preuve écrits et pertinents relatifs à l'existence et à l'étendue de l'entente incriminée, et qu'elle remplirait encore les autres conditions de l'article 21 de la loi du 23 octobre 2011, à savoir qu'elle aurait mis fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande et qu'elle aurait apporté au Conseil de la Concurrence une coopération véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande jusqu'à la décision finale. Patrant, elle sollicite du tribunal l'obtention par réformation de la décision déferée d'une réduction de l'amende d'au moins 50 %.

La société demanderesse plus précisément dénie aux éléments fournis antérieurement par la société ... une force probante importante, sous prétexte qu'il ne s'agirait principalement que d'explications et de messages électroniques, alors qu'en ce qui la concerne, elle aurait fourni des éléments réellement utiles.

Elle affirme encore que ses preuves écrites auraient, d'une part, apporté de nouveaux éléments relatifs aux prix de projet concrets ; elle aurait ainsi été la seule entité membre du cartel à avoir fourni des informations relatives à l'incidence du cartel sur les prix de marché des aiguillages DB, informations dont il résulterait de manière claire et précise comment elle-même avait continué aux ... les prix fixés par la société ... dans le cadre de l'entente ; elle reproche à ce sujet au Conseil de la concurrence de pas avoir retenu en sa faveur ces éléments probants au motif erroné que ces informations ne seraient que de faible valeur, puisqu'il serait évident que les prix retenus pour les autres soumissionnaires et membres du cartel auraient été surfaits.

La société ...relève qu'elle aurait en sus fourni de nouveaux éléments relatifs aux circonstances dans lesquelles la société ... l'aurait contacté relativement à des projets concrets et comment elle-même aurait introduit les prix préfixés par la société ... dans ses propres offres adressées aux Ainsi, suite aux demandes de clémence introduites par les autres participants à l'entente, elle aurait pu identifier deux autres projets auxquels l'engagement anti-concurrentiel aurait été appliqué, et ce notamment un projet relatif à la Gare de Bettembourg, projet pour lequel elle aurait fourni des informations précises relatives au

fonctionnement de l'entente. Elle estime à cet égard que ni la société ... S.A, ni la société ... n'auraient fourni des informations de qualité comparable.

La société demanderesse conteste encore la pertinence de la motivation avancée par le Conseil de la concurrence pour ne pas tenir compte de ces éléments, à savoir le fait que le conseiller rapporteur, chargé de l'instruction, aurait pu obtenir sans problème ces éléments des

La société ...met ensuite en avant qu'elle aurait de même fourni des explications inédites, portant notamment sur la manière dont elle s'assurait que son offre soit écartée pour certains projets, explications qu'elle estime également avoir une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession du Conseil de la concurrence.

Dès lors, elle estime que les éléments produits par elle auraient une valeur ajoutée significative élevée ; elle relève encore qu'au vu de la jurisprudence européenne, une telle valeur ajoutée significative s'appliquerait également à des éléments qui corroboreraient des informations déjà en possession de l'autorité de la concurrence, une telle corroboration, lorsqu'elle porte sur la même période que l'entente, qu'elle repose sur des éléments détaillés et se réfère à de la correspondance interne, devant être considérée comme donnant droit à une réduction significative de l'amende, à savoir d'au moins 50 %.

Aux termes de l'article 21, paragraphe 3, de la loi du 23 octobre 2011, « *le Conseil peut consentir une réduction d'amende à une entreprise qui fournit avant la notification de la communication des griefs des preuves de l'entente présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil au moment du dépôt de la demande* », une telle réduction d'amende devant encore remplir les conditions inscrites au paragraphe 5 du même article, à savoir que « *l'entreprise doit : a) mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande. Toutefois, le Conseil peut dispenser l'entreprise de cette obligation pour la durée qu'il détermine si la poursuite de la participation de l'entreprise est raisonnablement nécessaire pour préserver l'intégrité des inspections b) apporter au Conseil une coopération véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande jusqu'à la décision finale* ».

Par ailleurs, comme indiqué ci-avant, les lignes directrices, cadre dans lequel tant le Conseil de la concurrence que le tribunal se sont inscrits, pour leur part, ont fait l'objet de la « *Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes* », laquelle précise en son point 5 que « *la coopération d'une ou de plusieurs entreprises peut légitimer une réduction du montant de l'amende infligée par la Commission. Toute diminution de ce montant doit refléter la contribution effective de l'entreprise, tant en ce qui concerne sa qualité et sa date, à l'établissement, par la Commission, de la preuve de l'infraction. Ces réductions seront limitées aux entreprises qui fournissent à la Commission des éléments de preuve qui représentent une valeur ajoutée significative par rapport à ceux qui sont déjà en sa possession* ».

La procédure et les conditions d'une telle réduction d'amende sont détaillées sous les points 24 à 26 de cette même Communication :

« (24) *Afin de pouvoir prétendre à une telle réduction, une entreprise doit fournir à la Commission des éléments de preuve de l'infraction présumée qui apportent une valeur*

ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de la Commission, et doit remplir les conditions cumulatives fixées aux points (12) a) à c) ci-dessus.

(25) La notion de « valeur ajoutée » vise la mesure dans laquelle les éléments de preuve fournis renforcent, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée. Lors de cette appréciation, la Commission estimera généralement que les éléments de preuves écrits datant de la période à laquelle les faits se rapportent ont une valeur qualitative plus élevée que les éléments de preuve établis ultérieurement. Les éléments de preuves à charge se rattachant directement aux faits en question seront le plus souvent considérés comme qualitativement plus importants que ceux qui n'ont qu'un lien indirect avec ces derniers. De même, le degré de corroboration d'autres sources nécessaire pour pouvoir se fonder sur une preuve à l'égard d'autres entreprises impliquées dans l'affaire influera sur sa valeur, de sorte que les preuves déterminantes se verront attribuer une valeur plus élevée que les éléments de preuve tels que les déclarations qui doivent être corroborées si elles sont contestées.

(26) Dans toute décision finale arrêtée au terme de la procédure administrative, la Commission déterminera le niveau de réduction dont l'entreprise bénéficiera, qui s'établira comme suit par rapport au montant de l'amende qui lui aurait à défaut été infligée :

- Première entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 30 et 50 %,*
- Deuxième entreprise à fournir une valeur ajoutée significative : réduction comprise entre 20 et 30 %,*
- Autres entreprises fournissant une valeur ajoutée significative : réduction maximale de 20 % ».*

Ces principes ainsi que le système de clémence sous-jacent imposent une triple conclusion préliminaire :

Premièrement, la société ...a introduit sa demande de réduction en date du 10 décembre 2012, soit plus d'une année après la demande d'immunité des sociétés ..., et ...déposée le 9 septembre 2011 ; elle est à ce titre la première entreprise susceptible d'être prise en compte au titre d'une réduction partielle de l'amende : dès lors et en tout état de cause, la réduction d'amende à laquelle elle pourrait théoriquement prétendre se situerait dans la première fourchette, à savoir entre 30 % et 50 % : le tribunal ne saurait dès lors faire droit à la demande de la société ...tendant à l'obtention d'une réduction supérieure à 50 %.

Deuxièmement, le système de clémence, et en particulier le système des fourchettes de taux de réduction appliqué en fonction du « rang » de la déclaration - allant de l'immunité totale à une réduction maximale de 20 % - repose essentiellement sur l'instauration d'une mise en compétition des différents membres d'une entente, l'entreprise ayant été la plus rapide à dénoncer l'entente bénéficiant de la réduction la plus substantielle. Ce système récompense dès lors en quelque sorte la réactivité des entreprises, puisque plus les informations sont données à un stade précoce, plus l'entreprise sera éligible à un taux élevé de réduction, ce qui justifie l'importance du mécanisme du « marqueur ».

Or, comme relevé ci-avant, la société ...a introduit sa demande de réduction seulement en date du 10 décembre 2012, soit plus d'une année après la demande d'immunité introduite le 9 septembre 2011 par les sociétés ..., et ..., telle que complétée en date du 20 février 2012, près de 13 mois après l'émission par le Conseil de la concurrence d'un avis de clémence en date du 21 octobre 2011 aux sociétés ..., ..., ... et ... et 9 mois après la désignation par le Conseil de la concurrence du conseiller désigné aux fins d'instruction.

Ce moment relativement tardif disqualifie dès lors d'emblée la société ...à prétendre à une réduction se situant en haut de la fourchette de premier rang ; en effet, il convient de relever que la Commission a insisté sur la pertinence de la date de prise de contact, en ce que la qualité de la coopération ne peut à elle seule suffire à octroyer le maximum de réduction si la demande tarde à être envoyée⁷⁹.

Troisièmement, une réduction d'amende est octroyée à la seule entreprise qui fournit des éléments de preuve comportant une « valeur ajoutée significative » par rapport aux éléments de preuve déjà en possession de l'autorité de la concurrence. A ce titre, les éléments de preuve fournis doivent renforcer la capacité de l'autorité de la concurrence d'établir l'existence de l'entente présumée, par leur nature ou par leur niveau de précision : la clémence n'a d'intérêt du point de vue des autorités et du point de vue du système, que si elle permet de déceler les preuves d'un cartel.

Les formules utilisées par le point 25 de la Communication citée ci-avant établissent une hiérarchisation de la valeur des preuves. Ainsi, des éléments établis au moment des pratiques en cause ont une valeur supérieure à ceux établis postérieurement. En conséquence, un compte-rendu d'une réunion ou un document retraçant les conditions du partage des marchés établi lors de la constitution ou du fonctionnement de l'entente a plus de valeur qu'une attestation mise en forme postérieurement. Dans la même perspective, les éléments de preuve permettant d'établir de manière directe l'existence de l'entente, comme par exemple un compte-rendu de réunion, ont une valeur supérieure aux éléments fournissant des preuves indirectes, comme des factures de restaurant, d'hôtel ou des billets d'avion qui ne feraient que laisser supposer qu'une rencontre a pu avoir lieu. Enfin, les éléments de preuve qui n'ont pas besoin d'être corroborés par d'autres éléments ont une valeur fondamentale⁸⁰, une note explicative de la Commission parlant à cet égard de « *compelling evidence* », c'est-à-dire « *conclusive, stand-alone evidence as compared with, for instance, a corporate statement uncorroborated by other pieces of evidence which would not be used as evidence against other parties to the cartel if they all contradicted it in similar statements* »⁸¹.

Ainsi, une réduction du montant d'une amende au titre de la coopération lors de la procédure administrative n'est justifiée que si le comportement de l'entreprise en cause a permis à l'autorité de la concurrence de constater l'infraction avec moins de difficulté et, le cas échéant, d'y mettre fin⁸².

En ce qui concerne la valeur ajoutée des éléments fournis par la société ..., le tribunal note toutefois que la société demanderesse reste essentiellement vague dans ses développements relatifs à la plus-value concrète des différents éléments par rapport à ceux

⁷⁹ L. Bernardeau, J.-Ph. Christienne, op.cit., pt.656, p.321.

⁸⁰ F. Mélin, Les programmes de clémence en droit de la concurrence - Droit français et droit communautaire, Joly, n° 174, p.106.

⁸¹ *Competition : revised Leniency Notice - frequently asked questions*, MEMO/06/469

⁸² Voir notamment TPI 14 mai 1998, SCA Holding/Commission, T-327/94, point 156.

fournis par les entreprises ayant obtenu l'immunité ; quant à ses propres éléments, le tribunal relève encore la société ...procède majoritairement par des affirmations sur base d'exemples et par des références à des pièces faisant partie de la procédure administrative, sans se livrer, dans le cadre de ses écrits au niveau contentieux, à un exposé et à une discussion concrètes de tous les éléments pertinents censés justifier sa demande de réduction.

Or, comme indiqué en début du présent jugement, le demandeur, sur qui repose dans une première étape la charge de la preuve, doit, au niveau contentieux formuler les moyens à la base de son recours avec une précision telle que le tribunal appelé à statuer soit mis en mesure d'analyser *in concreto* la légalité ou la régularité de la décision déferée et il lui incombe de fournir des éléments concrets sur lesquels il se base⁸³. Il ne suffit dès lors pas de contester la conclusion d'une décision administrative donnée, en renvoyant en substance le juge administratif au contenu du dossier administratif, mais il appartient au demandeur d'établir que la décision critiquée est non fondée ou illégale⁸⁴.

Le tribunal ne statuera partant que dans la limite des moyens lui concrètement soumis, et ne procèdera pas, indépendamment de toute discussion afférente, à un examen de tous les éléments soumis par la société demanderesse au Conseil de la concurrence dans le cadre de sa demande de réduction.

Le tribunal constate ensuite que les sociétés ... et ..., de leur côté, dans leur demande d'immunité du 9 septembre 2011, ont décrit de manière détaillée l'objet de l'entente de base et son renouvellement en 2004/2005 à l'occasion du projet d'un centre d'aiguillages à Witten en Allemagne. Elles ont encore dévoilé l'application concrète de l'entente, en révélant notamment que la société ... établissait ses propres prix en vue de l'obtention d'un marché public et qu'elle fixait ensuite des prix plus élevés à soumettre par les autres membres du cartel, notamment par la société ..., la société ... prenant soin de faire varier les différences de prix de marché en marché, afin d'éviter la détection de l'entente. Dans le même écrit, elles ont encore précisé l'application de l'entente par rapport aux différents marchés touchés des ..., en précisant le rôle des différents membres de l'entente lors du renouvellement du cartel et ensuite, chronologiquement, lors des différents marchés des

Le tribunal relève encore que ces explications circonstanciées reposaient sur des pièces annexées à la demande d'immunité, comportant notamment un tableau récapitulatif des projets poursuivis par les ..., avec en particulier l'indication à chaque fois de l'offre de la société ..., des concurrents présents et indication de la société s'étant vue attribuer la commande. Ces pièces comportaient encore des copies de messages électroniques relatifs aux prix convenus, tels que fixés par la société

À cet égard, il convient tout d'abord de rappeler que la société demanderesse ne conteste pas l'octroi en faveur des sociétés ... et ...de l'immunité telle que prévue à l'article 21 de la loi du 23 octobre 2011, lorsqu'une entreprise a été « *la première à fournir des éléments de preuve qui permettent d'effectuer des inspections ciblées au sujet d'une entente présumée [...]* » et « *que le Conseil ne disposait pas, au moment du dépôt de la demande, de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection* ». Il est donc constant en cause que le Conseil de la concurrence avait déjà reçu des éléments de preuve suffisants pour

⁸³ Trib. adm. 9 décembre 1997, n° 9683, confirmé sur ce point par arrêt du 18 juin 1998, n° 10504C, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 373, et autres références y citées.

⁸⁴ Trib. adm. 17 novembre 2004, n° 18360a, Pas. adm. 2012, V° Recours en réformation, n° 21, et autres références y citées.

soupçonner une infraction au Luxembourg et procéder à des inspections ciblées au moment où la société ...a formulé sa demande de clémence.

Il convient de surcroît de constater que le Conseil de la concurrence disposait, à la date de la demande de la société ..., le 10 décembre 2012, non seulement d'un faisceau d'indices justifiant une inspection, mais encore bien d'éléments de preuve suffisants lui permettant de constater effectivement l'infraction au Luxembourg de 2005 à 2011, puisque, comme indiqué ci-avant, les sociétés ... et ..., dans leur demande d'immunité déposée le 9 septembre 2011, avaient fourni des données concrètes sur l'entente, les deux sociétés ayant ainsi informé le Conseil de la concurrence de ce qu'une entente concernant la répartition du marché des aiguillages au Luxembourg existait, de la liste des participants à l'entente, des principes régissant l'attribution des projets et d'autres éléments concernant la mise en œuvre de l'entente, ces données ayant encore été précisées et détaillées par un complément du 20 février 2012, portant notamment sur la mise en pratique concrète de l'entente dans le chef de la société ..., et comportant des pièces corroborant leurs explications, et en particulier des documents étayant le fait que des réunions avaient eu lieu entre des représentants de la société ... et des représentants de la société

La société ...semble pourtant vouloir dénier la valeur probante telle que reconnue par le Conseil de la concurrence aux éléments fournis par les sociétés ... et ..., sans avoir pour autant déféré au tribunal le volet de la décision du Conseil de la concurrence ayant accordé à ces sociétés l'immunité, et ce au vu du fait que ces deux sociétés auraient produit à l'appui de leur demande d'immunité des e-mails, lesquels, selon la société demanderesse, ne jouiraient que d'une force probante toute relative (« *eher geringe Beweiskraft* »), la société ...entendant à cet égard se prévaloir d'une jurisprudence déterminée⁸⁵. Cette référence n'est cependant en l'espèce pas pertinente, alors qu'elle concerne un cas de figure totalement différent, à savoir la force probante d'un message électronique échangé entre deux parties, dont l'une des parties nie en avoir reçu communication : or, en l'espèce, la question de la réception des courriels invoqués par les sociétés ... et ...n'a jamais été évoquée, et *a fortiori* contestée par les entreprises concernées, de sorte qu'ils ont valablement pu être retenus par le Conseil de la concurrence comme établissant la participation des entreprises en question au cartel.

La société ..., pour sa part, affirme avoir communiqué de nouveaux éléments et se réfère à un passage précis de la communication des griefs dont il résulterait que le conseiller désigné aurait retenu qu'elle serait la seule entreprise à avoir fourni des informations relatives aux conséquences de l'entente sur les prix du marché des aiguillages DB au Luxembourg. Le tribunal constate à cet égard que dans le passage mis en avant⁸⁶ par la société demanderesse, le conseiller désigné n'a pas explicitement retenu une telle exclusivité mais a constaté que des explications fournies par rapport à un projet déterminé (« ...») par la société ...illustreraient dans quelle mesure les prix offerts par la société ... seraient supérieurs à ceux du marché, à savoir d'environ 20 %, la demande de réduction introduite par la société demanderesse comportant effectivement une telle précision. Toutefois, cette indication ne repose que sur une estimation approximative de la société ..., alors qu'il ne résulte pas sur quels éléments concrets celle-ci se base pour avancer ce chiffre, sa demande de réduction ne comportant à cet égard aucun élément probant.

Quant au principe-même d'une offre par la société ... de prix supérieurs à ceux du marché, ce principe, qui comme relevé à bon droit tant par le Conseil de la concurrence que

⁸⁵ Cour d'appel, 21 décembre 2011, n° 31982, JTL, 2012, p.119.

⁸⁶ Communication des griefs du 2 mai 2013, point 5.2.3, p.26.

par la partie étatique, dont l'application avait d'ores et déjà été révélée par les sociétés ayant obtenu une immunité, doit être considéré comme relevant de l'essence-même d'une entente sur les prix : il ne s'agit dès lors pas d'une information à valeur ajoutée significative.

La société demanderesse affirme ensuite avoir soumis au Conseil de la concurrence des éléments à haute valeur probante - et ce notamment par rapport aux éléments fournis par d'autres membres de l'entente - qui identifieraient de manière précise et agencée les projets des ... ayant fait l'objet de l'entente et qui seraient étayés par des preuves écrites, la société demanderesse renvoyant à cet égard le tribunal à des annexes de sa demande de clémence, dont il résulterait de quelle manière elle aurait soumis les prix préfixés par la société ... dans le cadre de ses propres offres adressées aux

Il convient d'abord, et de manière générale, de relever que le renvoi, sans autre précision, à des documents comportant ensemble près de 80 pages, sans indication des passages pertinents et sans aucune discussion de leur contenu, n'est pas à prendre en considération par le tribunal, étant donné qu'il n'appartient pas au tribunal de suppléer à la carence de la partie demanderesse et de rechercher lui-même les moyens précis qui auraient pu se trouver à la base de ses conclusions, en procédant indépendamment des moyens effectivement soutenus par la partie demanderesse à un réexamen général et global de sa situation : dès lors, le seul renvoi à des documents très largement à caractère technique, sans autre précision et explication, ne permet pas au tribunal de cerner *in concreto* et sans ambiguïté le contenu exact des moyens effectivement soulevés⁸⁷.

Il convient ensuite de constater que les documents ainsi visés par la société demanderesse sont en majeure partie constitués de copies des cahiers de charge relatifs aux projets « ... » et « ... » : il s'agit dès lors, *per se*, en majeure partie d'informations non pertinentes. Quant au fait que ces documents permettraient d'établir que la société ...aurait effectivement transposé les prix préfixés par la société ... dans ses propres offres, une telle information a pour seule portée de confirmer que la société demanderesse avait effectivement respecté les termes de l'entente, c'est-à-dire qu'elle avait respecté son engagement d'offrir les prix exagérés tels que fixés par la société ... afin de garantir à celle-ci de remporter les marchés ... : il s'agit là d'une information d'ores et déjà fournie par les sociétés ayant obtenu l'immunité, avec la nuance que ces sociétés avaient précisé que la société ...n'avait à une occasion pas respecté « par erreur », les termes de l'entente et avait emporté un marché déterminé.

Ces informations ne constituent donc qu'un élément de preuve parmi d'autres dans le cadre de l'établissement de la mise en œuvre de l'entente au Luxembourg.

Il convient par ailleurs, à l'instar du Conseil de la concurrence⁸⁸, de relever que ces informations étaient librement disponibles, puisqu'elles résultaient directement des dossiers de soumission détenus par les ... : de ce point de vue, le fait pour la société ...de mettre en avant des éléments dont elle savait pertinemment qu'ils risquaient d'être communiqués au Conseil de la concurrence par les ... ne saurait être considéré comme preuve d'une collaboration effective et comme éléments à valeur ajoutée significative. Le fait que le conseiller désigné n'en disposait pas au moment de la demande de clémence de la société demanderesse n'est à cet égard pas pertinent, les éléments de preuve susceptibles d'être pris en compte au titre du programme de clémence fournis devant renforcer la *capacité* de

⁸⁷ Trib. adm. 25 juin 2002, n° 14462, Pas. adm. 2012, V° Procédure contentieuse, n° 391.

⁸⁸ Point 98 de la décision.

l'autorité de la concurrence d'établir l'existence de l'entente présumée, ce qui n'est pas le cas d'informations ni secrètes, ni cachées, mais détenues par l'autorité publique victime de l'entente.

La société demanderesse affirme ensuite avoir soumis au Conseil de la concurrence de nouveaux éléments, éclairant la manière dont la société ... la contactait pour des projets déterminés et comment elle transposait les prix préfixés par la société ... dans ses propres offres adressées aux ..., la société demanderesse renvoyant à nouveau le tribunal à des pièces annexées à sa demande de clémence, dont il résulterait en particulier que les prix transmis par un employé déterminé de la société ... auraient été tels quels repris par la société ... dans sa propre offre adressée aux Or, outre que la référence indiquée par la société demanderesse dans sa requête introductive d'instance (« *Anlage 2* ») ne semble pas correspondre à la pièce versée en cause ainsi référencée, le tribunal retient, pour les mêmes motifs que ceux développés ci-avant, que ces éléments n'apportent pas de plus-value significative, étant en particulier souligné que la façon de procéder telle que mise en avant par la société demanderesse avait d'ores et déjà été dévoilée, courriels à l'appui, par la société ... dans sa demande d'immunité du 9 septembre 2011. Le tribunal ne saurait en particulier suivre l'affirmation de la demanderesse qu'elle serait la seule à avoir produit des preuves permettant d'établir qu'il ne se serait en l'occurrence pas seulement agi d'une tentative d'entente, mais d'un cartel effectivement appliqué, alors qu'il ressort de la demande des sociétés ... et ... du 9 septembre 2011, telle que complétée par des informations du 20 février 2012, que celle-ci comportait déjà une description claire de l'entente telle qu'effectivement appliquée, entente visée ultérieurement par la coopération de la société

Eu égard à ce qui a été constaté précédemment et au fait que la société ... ne saurait remettre en question le fondement de l'immunité conférée par le Conseil de la concurrence aux sociétés ... et ..., à savoir qu'il disposait déjà d'informations lui ayant permis de constater l'infraction au Luxembourg, la société demanderesse ne saurait pas non plus prétendre que c'est uniquement l'ensemble de ses propres déclarations et éléments qui auraient permis au Conseil de la concurrence de prouver l'existence de l'entente au Luxembourg.

La discussion entamée par la société ... relative à la pauvre qualité des éléments fournis par la société ... dans le cadre de la demande de clémence de celle-ci n'est pas non plus pertinente, la société ... s'étant vue refuser toute réduction d'amende au vu de l'absence d'éléments à valeur ajoutée significative.

La société ... estime également qu'elle aurait apporté des preuves démontrant comment elle aurait fait en sorte de ne pas remporter l'appel d'offres en ne respectant pas les conditions de livraison, la société demanderesse ne précisant toutefois pas cette affirmation. Le tribunal n'est cependant pas en mesure de prendre position par rapport à un tel moyen simplement suggéré, sans être soutenu effectivement.

Enfin, elle veut pour preuve de la valeur ajoutée significative des éléments mis en avant le fait que le Conseil de la concurrence, dans sa décision, se serait régulièrement rapporté à sa propre demande de clémence.

La société demanderesse ne saurait toutefois tirer argument du nombre de références dans la décision attaquée à sa demande de clémence. En effet, le fait que le Conseil de la concurrence ait exploité, dans la décision attaquée, l'ensemble des éléments de preuve dont il disposait, et donc également les informations communiquées par la société ... dans sa demande

de clémence, ne démontre pas pour autant que ces dernières informations présentaient une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve dont disposait déjà le Conseil de la concurrence à cette date⁸⁹.

Au-delà de toutes ces considérations, la société demanderesse estime encore avoir droit à une réduction d'amende au motif que la jurisprudence européenne et la pratique décisionnelle de la Commission admettraient que les éléments fournis par un demandeur de clémence devraient être pris en compte dès qu'ils corroborent les informations déjà en possession de l'autorité de concurrence, la société demanderesse s'emparant à cet égard de différentes décisions de la Commission ayant accordé sur cette base des réductions d'amende déterminées.

Il convient de prime abord de rappeler que l'octroi d'une telle diminution du montant de base de l'amende est nécessairement lié aux circonstances de l'espèce, qui peuvent amener la Commission à ne pas l'accorder à une entreprise partie à un accord illicite⁹⁰, de sorte que les cas d'espèce mis en avant par la société demanderesse ne sauraient, à eux seuls, établir une pratique ou un principe de réduction déterminé, et ce d'autant plus, tel que relevé pertinemment par la partie étatique, que la société demanderesse n'a pour des raisons évidentes cité que les seuls cas des entreprises auxquelles la Commission a accordé une réduction de l'amende dans le cadre de son programme de clémence.

Il convient ensuite de constater que la société demanderesse maintient son argumentation à un niveau théorique et abstrait, en procédant uniquement par l'affirmation que ses informations seraient d'une valeur ajoutée significative, parce qu'elles corroboreraient les éléments détenus par le Conseil de la concurrence, sans spécifier les informations et éléments déterminés ainsi visés, de sorte à ne pas permettre au tribunal de comparer, dans la limite des moyens lui présentés, les éléments se trouvant déjà dans le dossier du Conseil de la concurrence au moment de la demande de clémence et ceux produits par la société ...dans sa demande, afin de vérifier le degré de corroboration requis par les éléments dont disposait le Conseil de la concurrence et la plus-value alléguée apportée par les confirmations fournies par la société Le tribunal, pour autant que de besoin et à cet égard, rappelle que les courriels versés en cause par les sociétés ... et ...ne nécessitaient pas d'accusés de réception ou de preuves d'envoi pour être retenus par le Conseil de la concurrence comme éléments probants.

Enfin, une déclaration se limitant à corroborer, dans une certaine mesure, une déclaration dont l'autorité de la concurrence disposait déjà ne facilite pas la tâche de celle-ci de manière significative et est, partant, insuffisante pour justifier une réduction du montant de l'amende au titre de la coopération⁹¹.

Il se dégage dès lors de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'en l'état actuel du dossier et compte tenu des moyens figurant dans la requête introductive d'instance, complétés par le mémoire en réplique, le tribunal ne saurait accorder de réduction d'amende à la société ..., celle-ci n'ayant pas, au vu de ses moyens, fourni d'éléments à valeur ajoutée significative, que ce soit à titre de preuve, ou à titre de corroboration.

Partant, au vu de l'ensemble des développements qui précèdent, le tribunal estime, dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, que le montant de l'amende infligée à la

⁸⁹ Voir par analogie : TPI 13 juillet 2011, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, T-138/07, point 346.

⁹⁰ CJUE 9 juillet 2009, *Archer Daniels Midland/Commission*, C-511/06 P, point 104.

⁹¹ TPI 13 juillet 2011, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, T-138/07, point 309.

la société ...pour les infractions constatées dans la décision attaquée est approprié eu égard, notamment, à la gravité desdites infractions et eu égard à la politique de répression mise en place notamment au niveau communautaire à travers le règlement (CE) n° 1/2003, les lignes directrices et les principes de la jurisprudence communautaire, et ce sur la toile de fond de la nécessité d'éviter une application luxembourgeoise divergente de ces dispositions, ce qui pourrait avoir comme effet de favoriser le *forum shopping*⁹².

La société ...réclame encore l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 10.000 euros, demande qui, au vu de l'issue du litige, est à rejeter.

Quant à sa demande tendant à voir accorder au jugement à intervenir le bénéfice de l'exécution d'office pendant le délai et l'instance d'appel, cette demande, en tout état de cause non justifiée au vu de l'issue du litige, se heurterait de toute façon à l'article 45 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, aux termes duquel il est sursis à l'exécution des jugements ayant annulé ou réformé des décisions attaquées.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

reçoit le recours en réformation en la forme ;

quant au fond, déclare le recours non fondé et en déboute ;

rejette la demande en obtention d'une indemnité de procédure telle que formulée par la société demanderesse ;

condamne la société demanderesse aux frais de l'instance

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 30 mars 2015 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 30/3/2015
Le Greffier du Tribunal administratif

⁹² Voir en ce sens : projet de loi n° 5229 relative à la concurrence, session ordinaire 2003-2004, commentaire des articles, article 17 « Amendes ».