

GRAND-DUCHE DE
LUXEMBOURG

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro 38930C du rôle
Inscrit le 2 janvier 2017

Audience publique du 1^{er} juin 2017

**Appel formé par
l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG
contre un jugement du tribunal administratif
du 21 novembre 2016 (n° 35847a du rôle) ayant statué sur le recours
de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, Luxembourg,
contre une décision du Conseil de la concurrence
en matière de droit de la concurrence**

Vu la requête d'appel inscrite sous le numéro 38930C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 2 janvier 2017 par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 41a, avenue J.F. Kennedy, immatriculée au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B 186 371, représentée par Maître Philippe-Emmanuel PARTSCH, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'ordre des avocats à Luxembourg, assistée par la société ASHURST LLP, inscrite au Barreau de Bruxelles, établie au 489, avenue Louise, B-1050 Bruxelles, représentée par Maître Denis WAELBROECK, avocat, inscrit à l'Ordre francophone des avocats au Barreau de Bruxelles, demeurant à Bruxelles, au nom de L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG déclarant agir par son organe, le Conseil de la Concurrence, représenté par son président en fonctions, dont les bureaux se trouvent à L-2449 Luxembourg, 19-21, boulevard Royal, dirigée contre un jugement du tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg du 21 novembre 2016 (n° 35847a du rôle) ayant déclaré recevable et fondé le recours en réformation de l'établissement public ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS (EPT), établi et ayant son siège social à L-2020 Luxembourg, 8a, avenue Monterey, représenté par son comité de direction en fonction, pour annuler en conséquence, dans le cadre du recours en réformation, la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, n° 2014-FO-07 et décharger l'EPT de l'amende lui imposée de ... €, tout en condamnant l'Etat au paiement d'une indemnité de procédure de ... € ainsi qu'aux frais de l'instance ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Laura GEIGER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL, les deux demeurant à Luxembourg, immatriculés auprès du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, du 4 janvier 2017 portant signification de cette requête d'appel à l'établissement public EPT, préqualifié ;

Vu la demande en augmentation des délais de fourniture d'un mémoire en réponse formulée par Maître Marc THEWES, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des

avocats à Luxembourg, au nom de l'établissement public EPT ;

Vu l'ordonnance présidentielle du 18 janvier 2017 fixant, de l'accord des mandataires des parties, le calendrier d'instruction de l'affaire ainsi que la date des plaidoiries ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 14 février 2017 par Maître Marc THEWES, assisté de Maître Alexandre VERHEYDEN et Maître Laurence VAN MULLEM, avocats inscrits à l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles, au nom de l'établissement public EPT ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 27 mars 2017 par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, sous la signature de Maître Philippe-Emmanuel PARTSCH, au nom de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe de la Cour administrative le 5 mai 2017 par Maître Marc THEWES, au nom de l'établissement public EPT, préqualifié ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement dont appel ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maîtres Philippe-Emmanuel PARTSCH, assisté de Maître Denis WAELBROECK, et Marc THEWES, assisté de Maître Thibault CHEVRIER, de Maître Alexandre VERHEYDEN et de Maître Laurence VAN MULLEM, en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 23 mai 2017.

A la date du 26 avril 2006, les sociétés anonymes ..., actuellement ..., déposèrent une plainte contre l'établissement public ENTREPRISE DES POSTES ET TÉLÉCOMMUNICATIONS, ci-après « EPT », auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence sur base de l'article 5 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, ci-après « la loi du 17 mai 2004 », repris par l'article 5 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, ci-après « la loi du 23 octobre 2011 », ayant abrogé celle précitée du 17 mai 2004, et de l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne, ci-après le « TCE », lui-même entretemps remplacé par l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, ci-après le « TFUE ». Cette plainte fut complétée par le dépôt d'observations le 15 juin 2006.

L'Inspection de la concurrence adressa une première demande de renseignements à l'EPT le 11 août 2006.

Le président du Conseil de la concurrence prit en date du 22 janvier 2008 une décision référencée sous le numéro 2008-MC-01 imposant des mesures conservatoires à l'EPT, laquelle fut annulée par un jugement du tribunal administratif du 20 mai 2009 (n^{os} 24306 et 24408 du rôle), lui-même confirmé par arrêt de la Cour du 4 mars 2010 (n^o 25855C du rôle).

En date du 17 janvier 2014, le Conseil de la concurrence envoya à l'EPT la communication des griefs émanant du conseiller désigné.

En date du 13 novembre 2014, le Conseil de la concurrence prit à l'encontre de l'EPT la décision référencée sous le n^o 2014-FO-07, dont le dispositif est libellé comme suit :

« Article 1^{er} :

En pratiquant des rabais de couplage dans leur offre « INTEGRAL », l'EPT a violé l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE), subsidiairement l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 et l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011. L'infraction s'étend sur la période allant de fin 2005 à début 2008.

Article 2 :

Pour l'infraction visée à l'article 1^{er}, le Conseil impose une amende de ... euros à l'EPT ».

Par rapport aux griefs soulevés dans la communication des griefs, le Conseil de la concurrence en rejeta trois et en retint un seul, à savoir celui portant sur les rabais de couplage pratiqués dans l'offre « *Integral* » de l'EPT relative à trois abonnements combinés en matières respectivement de téléphone fixe, d'internet et de téléphonie mobile. Il conclut pour les seules années 2006 et 2007 à un abus de position dominante dans le chef de l'EPT tout en énonçant que cette situation avait pris fin au début de l'année 2008. Au niveau de la fixation de l'amende, le Conseil de la concurrence procéda à une réduction de 50% en tenant compte de diverses circonstances impliquant une fonction réductrice, à savoir le fait que le régulateur avait approuvé une offre de référence pour la revente de l'abonnement, les effets proconcurrentiels en termes de bénéfices pour le consommateur des rabais, la bonne coopération de l'EPT et la longueur de la durée de la procédure.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 12 février 2015 (n° 35847 du rôle), l'EPT fit introduire un recours tendant aux fins suivantes telles que désignées dans son dispositif :

- à titre principal, à l'annulation de la totalité de la décision du 13 novembre 2014 aux motifs de violation des principes de sécurité juridique, d'attente légitime, de respect des droits de la défense et/ou du fait d'une mauvaise application des règles présidant à la définition du marché et/ou à l'appréciation de l'existence d'une position dominante ;
- à titre subsidiaire, à l'annulation partielle de ladite décision en ce qu'elle (i) procédait d'une application illégale des conditions d'un abus de rabais de couplage et (ii) imposait une amende à l'EPT pour cette violation ;
- à titre encore plus subsidiaire, à l'annulation partielle de la décision en ce qu'elle imposait illégalement à l'EPT une amende ;
- à titre infiniment subsidiaire, à la réformation de la décision en ce qu'elle fixait le montant de l'amende à un niveau excessif.

En date du 15 mai 2015, la société anonyme ... fit déposer au greffe du tribunal administratif une requête en intervention volontaire en sollicitant l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par l'EPT sous le numéro 35847 du rôle.

Par jugement non appelé du 24 juin 2015 (n° 35847 du rôle), le tribunal administratif déclara l'intervention volontaire de la société ... irrecevable pour défaut d'intérêt.

Quant à l'instance principale, le tribunal, par jugement du 21 novembre 2016 (n° 35847a du rôle) déclara le recours en réformation de l'EPT recevable en la forme, tout en

déclarant irrecevable la demande de réformation *in pejus* formulée par l'Etat au titre de demande incidente.

Au fond, le tribunal déclara le recours en réformation de l'EPT justifié et, dans le cadre de ce recours en réformation, annula la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014 et déchargea l'EPT de l'amende lui imposée de ... €. Il accueillit la demande en paiement d'une indemnité de procédure formulée par l'EPT et condamna l'Etat au paiement d'un montant de ... € à ce titre. Le même jugement rejeta la demande en distraction des frais formulée par le mandataire de l'EPT et condamna l'Etat aux frais de l'instance.

Pour arriver à cette conclusion, le tribunal retint quatre séries de griefs se conjuguant de manière à entraîner l'annulation de la décision litigieuse du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014 dans le cadre du recours en réformation formé par l'EPT.

En substance, le tribunal conclut à un non-respect flagrant du délai raisonnable, à une violation du droit de l'EPT à l'accès au dossier, à une irrégularité au niveau de la demande d'informations adressée à l'EPT, ainsi qu'à l'application d'une méthodologie en rupture par rapport à la communication de la Commission européenne en la matière à laquelle pourtant le Conseil de la concurrence avait déclaré vouloir s'orienter.

Au vu de la vérification de ces quatre griefs, le tribunal déclara l'examen des autres moyens présentés par l'EPT surabondant et déchargea celle-ci de l'amende lui imposée de ... € en déclarant que toute autre décision dans le sens d'un allègement de la sanction imposée se serait heurtée, au-delà du vice de l'instruction irrégulière du dossier, de celui des irrégularités extrinsèques retenues et de la méthodologie erronée appliquée, de manière encore plus accentuée au principe du délai raisonnable. A cet égard, le tribunal estima qu'au moment de rendre son jugement, le délai encouru depuis le dépôt de la plainte en avril 2006 avait déjà dépassé le seuil de dix ans prévu comme tel par l'article 23 (5) de la loi du 23 octobre 2011, instauré en vue d'assurer la sécurité juridique. Le tribunal mit encore en exergue le but d'une sanction en matière de droit de la concurrence qu'il analysa comme étant essentiellement dissuasif en ce sens que pour être doté d'une certaine efficacité en vue d'être utile à la société, dans le contexte précité de la concurrence, le prononcé d'une telle sanction devait intervenir rapidement. Cette exigence découle de la nécessité de refléter la réalité économique du comportement sanctionné et d'éviter que d'autres acteurs adoptent un même comportement. Dans cette optique, l'essence de l'action de l'autorité de la concurrence aurait dû s'exercer immédiatement, sinon rapidement. Cette exigence ressortirait d'autant plus clairement sur la toile de fond du cas d'espèce en ce que le comportement sanctionné par le Conseil de la concurrence et dénoté pour les années 2006 et 2007 avait pris fin au début de l'année 2008 au plus tard. Dans cette perspective, l'imposition *ex post* d'une amende éventuellement moindre par le tribunal, plus de huit ans après la cessation de l'activité prétendument anticoncurrentielle, est considérée par celui-ci comme étant en tout état de cause largement en inadéquation avec le but poursuivi par le droit de la concurrence en général et par les sanctions prises en cette matière en particulier.

Sur base de ces considérations, le tribunal décida, suite à l'annulation de la décision déferée du Conseil de la concurrence, de ne point renvoyer le dossier devant cette autorité en vue d'une nouvelle instruction de l'affaire, le délai supplémentaire requis ne se trouvant, aux yeux du tribunal, plus du tout justifiable dans ce cas de figure.

Par requête d'appel déposée au greffe de la Cour administrative le 2 janvier 2017, l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, déclarant agir par son organe, le Conseil de la concurrence, a fait régulièrement entreprendre le jugement dont appel du 21 novembre 2016, dont il sollicite l'infirmer dans le sens qu'il a annulé la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014 et demande, par réformation dudit jugement, à voir déclarer le recours de l'EPT non fondé.

L'EPT de son côté demande la confirmation du jugement dont appel en ce qu'il a annulé la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014 et corollairement le rejet de l'appel.

A titre subsidiaire, l'EPT demande, par réformation du jugement entrepris, l'annulation partielle de la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014 en ce qu'elle procède d'une application illégale des règles en matière de rabais de couplage et impose une amende à l'EPT.

A titre encore plus subsidiaire, l'EPT conclut, toujours par réformation du jugement entrepris, à l'annulation partielle de la même décision critiquée en ce qu'elle impose illégalement une amende à l'EPT.

A titre infiniment subsidiaire, l'EPT conclut, toujours par réformation du jugement entrepris, à la réformation de la décision critiquée en ce qu'elle fixe le montant de l'amende à un niveau excessif et par conséquent sollicite, dans cet ordre d'idées infiniment subsidiaire, la fixation de l'amende à un montant d'un niveau moindre.

La Cour retient liminairement que suite au jugement précité, non appelé, du tribunal du 24 juin 2015 ayant déclaré l'intervention volontaire présentée par la société anonyme ... irrecevable pour défaut d'intérêt, seuls subsistent à l'instance principale l'EPT et l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG.

A cet escient, il est constant en cause que le Conseil de la concurrence ne disposant pas de la personnalité juridique, c'est l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG qui se trouvait être partie défenderesse en première instance, de même que c'est l'Etat qui opère en tant que partie appelante déclarant agir « *par son organe, le Conseil de la concurrence* ».

Encore que le mandataire de la partie intimée ait expliqué à l'audience que sa partie préférerait actuellement être désignée par « *Post Luxembourg* » et que cette désignation soit cumulativement opérationnelle à celle classique d'« *Entreprise des Postes et Télécommunications* », la Cour, dans une optique de continuité et de meilleure lisibilité, entend opter également au niveau du présent arrêt pour la désignation d'« *EPT* ».

Il convient de souligner que la partie appelante invoque en substance un moyen nouveau en appel, tout en reprenant pour le surplus, quitte à les étayer ponctuellement, des moyens déjà présentés antérieurement en première instance.

Pour l'essentiel, l'intimée répond au moyen nouveau et s'échange à travers des raisonnements déjà substantiellement menés en première instance, par rapport aux autres moyens réitérés par la partie appelante en instance d'appel.

S'agissant d'une affaire d'envergure, non pas tellement quant à son objet rémanent, mais au regard du nombre de pages d'écritures et, plus loin, de pièces déposées à l'appui de celles-ci, la Cour se doit, dans l'intérêt de la lisibilité de son arrêt, d'opter pour la méthode synthétique.

La Cour siège dans le cadre d'un recours en réformation. Elle statue dès lors, en principe, en tenant compte des éléments de fait et de droit, tels qu'ils se présentent au jour où elle rend son arrêt. Or, l'envergure de l'affaire, en termes d'écritures, est aux antipodes de son actualité.

La Cour souscrit entièrement aux considérations des premiers juges déjà ci-avant relatées suivant lesquelles le contexte du droit de la concurrence est particulier et les autorités y investies se doivent d'intervenir à brève échéance.

C'est à bon droit que le tribunal a retenu que l'action des autorités en matière de droit de la concurrence doit refléter la réalité économique du comportement d'un acteur économique mis en question devant le Conseil de la concurrence et donner l'exemple afin que d'autres acteurs n'adoptent pas le même comportement tant qu'il n'est pas mis en exergue comme n'étant pas conforme aux règles de la concurrence. Cette conclusion s'impose d'autant plus pour des activités économiques dont l'encadrement régulateur, de même que les modalités d'exercice, compte tenu notamment de l'évolution technologique, sont essentiellement évolutifs, changeants et fluctuants.

Or, tel est précisément le cas pour les trois activités visées dans le chef de l'EPT par la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, à savoir l'internet, la téléphonie mobile et la téléphonie fixe regroupés dans l'offre « *Integral* » de l'EPT sanctionnée à travers cette décision au niveau des rabais de couplage y prévus.

Sur cette toile de fond d'une évolution galopante des données technologiques et économiques à la base des fondamentaux ayant donné lieu au présent litige, la Cour se doit de relever qu'elle est pour le moins profondément interloquée par le déroulement dans le temps de la procédure de la présente affaire devant le Conseil de la concurrence. Avec les yeux d'un spectateur de l'an 2017, il est difficile d'appréhender sereinement le fait que pour un comportement sanctionné ayant pris fin au plus tard au début de l'année 2008, au-delà de toute considération de bien-fondé, la première communication des griefs n'a eu lieu qu'en 2014 tandis que la première demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence adressée à l'EPT date du 11 août 2006, suite à la plainte du 26 avril 2006, complétée le 15 juin 2006. Puis les mesures conservatoires du 22 janvier 2008 décidées par le président du Conseil de la concurrence furent définitivement annulées par jugement non appelé du tribunal du 20 mai 2009.

Il convient de souligner surtout le fait que près de huit années après la plainte initiale, de toute apparence en corrélation avec un changement de composition du Conseil de la concurrence, à la date du 17 janvier 2014, la communication des griefs de la part du conseiller désigné se trouve vérifiée à l'encontre de l'EPT comme étant le premier véritable acte de procédure engagé à son encontre, la décision présidentielle définitivement annulée du 22 janvier 2008 devant être regardée comme n'ayant jamais existé.

Dans l'optique du but du droit de la concurrence et des objectifs d'une procédure devant le Conseil de la concurrence, au-delà de toute question de régularité de la procédure et

de bien-fondé par ailleurs, une question rétrospective demeurera sans réponse directe, à savoir celle de savoir si, dans l'intérêt d'une évacuation plus efficace des affaires plus récentes nécessitant d'autant plus une intervention à brève échéance du Conseil, un classement de la plainte sans suites pour dépassement du délai raisonnable et résorption de la situation incriminée depuis près de six ans n'avait pas dû être préférée dès l'époque en 2014, plus de six ans après la fin définitive de la situation épinglée ?

C'est encore dans cette optique que la méthode synthétique, pour laquelle opte la Cour dans le traitement du présent dossier, s'impose d'autant plus.

1. Quant au moyen nouveau de l'appelante en appel

Le premier moyen de la partie appelante est relatif à l'ensemble du jugement.

C'est un moyen nouveau qui est admissible comme tel devant la Cour en application de l'article 41 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives.

D'après la partie appelante, ce premier moyen de portée générale se rapporte à l'ensemble de la motivation de l'annulation de la décision litigieuse du Conseil de la concurrence par le jugement dont appel, ensemble pris de l'insuffisance de motifs et de la contradiction entre les motifs du jugement ainsi que de la violation des conséquences juridiques du dépassement du délai raisonnable et des règles en matière de prescription.

La partie appelante reproche essentiellement au tribunal d'être resté en défaut d'avoir établi les conséquences juridiques de chacune des irrégularités qu'il a retenues au niveau de la décision critiquée du Conseil de la concurrence, de sorte qu'il n'aurait pas dûment justifié l'annulation par lui finalement décidée dans le cadre du recours en réformation.

De même, l'Etat estime que le tribunal serait resté en défaut d'avoir établi, ou du moins d'avoir valablement établi, en quoi chacune de ces prétendues irrégularités a eu un impact sur la validité de ladite décision critiquée. Il reproche ainsi au tribunal d'avoir simplement constaté que les prétendues irrégularités, prises globalement, justifieraient l'annulation de ladite décision.

Suivant la partie appelante, l'approche du tribunal serait lacunaire, contradictoire et contraire aux conséquences juridiques du dépassement du délai raisonnable. L'Etat estime que le tribunal, après avoir exclu à juste titre que le dépassement du délai raisonnable puisse entraîner comme tel l'annulation de la décision critiquée, aurait cependant finalement tenu compte de cette circonstance non pour opérer une simple réduction de l'amende, mais pour, au contraire, prononcer l'annulation de la décision toute entière et, pour le surplus, refuser le renvoi de l'affaire devant le Conseil de la concurrence. Ce faisant, le tribunal aurait également violé les règles relatives à la prescription.

Les autres moyens soulevés par l'appelante se rapportent distributivement aux différents griefs retenus par le tribunal à l'encontre de la décision critiquée du Conseil de la concurrence, à savoir ceux relatifs à l'accès au dossier dans le chef de l'EPT, à la régularité d'une demande d'informations, à la violation des règles en matière de délimitation des marchés, à l'établissement d'un abus de position dominante, à la qualification de l'offre

« *Integral* » d'infraction par objets et enfin celui relatif aux règles concernant la *reformatio in pejus*.

L'EPT conclut au rejet de tous ces moyens. Elle souscrit à la manière de procéder du tribunal dans sa démarche globale ayant abouti à l'annulation de la décision critiquée du Conseil de la concurrence. Par rapport aux autres moyens de l'appelante, l'EPT conclut également chaque fois à leur rejet, principalement par confirmation du jugement dont appel, sinon par entérinement de ses propres éléments de motivation déjà formulés en première instance.

Si la Cour vient de choisir, dans le contexte donné compte tenu des spécificités de l'affaire, la méthode synthétique, elle ne saurait, dans les mêmes circonstances, que confirmer la démarche du tribunal qui, après avoir non pas épuisé l'ensemble des moyens présentés par l'EPT en première instance afin de mettre à néant la décision litigieuse, a cependant retenu quatre griefs qui, considérés ensemble et à les supposer vérifiés, justifient, dans leur globalité, la sanction de l'annulation prononcée dans le cadre du recours en réformation, ensemble la décision de non-renvoi devant l'autorité compétente.

Il est de jurisprudence constante que, surtout s'agissant d'éléments de légalité externe, des griefs retenus à ce niveau par la juridiction peuvent entraîner, même dans le cadre d'un recours en réformation, l'annulation de la décision critiquée, laquelle opère *ex tunc* et met à néant toute la procédure menée.

Dans une procédure complexe, l'accumulation de plusieurs facteurs entraînant ensemble l'annulation de la décision administrative critiquée ne comporte cependant pas nécessairement et impérativement que, pour chacun des griefs retenus, le juge saisi doive vérifier *ut singulus* s'il avait, le cas échéant, entraîné la nullité de la même décision s'il ne s'était trouvé vérifié qu'à l'état isolé, tous les autres griefs ne l'ayant pas été.

Dans la mesure où plusieurs griefs se trouvent vérifiés, il serait contraire à toute règle de bon sens que de vouloir charger la discussion par une analyse individuelle des conséquences de chacun de ces griefs, dans l'hypothèse non donnée où il se trouverait vérifié seul à l'état isolé.

En effet, dans une matière évolutive telle celle sous analyse, l'effet de balance est d'autant plus prononcé et pour une procédure complexe, tel grief, fût-il isolé, n'aurait pas fait pencher la balance, tandis que l'accumulation de plusieurs griefs, même si de manière isolée ils n'avaient pas fait pencher le plateau vers l'annulation de la décision, peut cependant, suivant les circonstances de la cause, emporter précisément cette conséquence juridique.

Au niveau du dépassement du délai raisonnable, la Cour n'entrevoit pas d'éléments contradictoires dans la démarche du tribunal. En effet, le tribunal n'a fait rien d'autre que de retenir d'abord que de manière isolée le dépassement du délai raisonnable n'est pas de nature à entraîner l'annulation de la procédure menée, mais devrait tout au plus trouver un impact au niveau de l'import de la sanction à prononcer. Cependant, dans la constellation de plusieurs irrégularités retenues tant au niveau de la procédure proprement dite qu'à celui de la méthodologie employée, ce sont ces irrégularités multiples, certes sur la toile de fond du dépassement outrancier du délai raisonnable, qui ont entraîné l'annulation globalement vue de la décision critiquée du Conseil de la concurrence.

S'y ajoute qu'au niveau des considérations sur les objectifs du droit de la concurrence et du but d'une procédure menée devant le Conseil de la concurrence, le dépassement outrancier vérifié des limites temporelles a amené – à bon escient – le tribunal à ne pas renvoyer l'affaire devant le Conseil de la concurrence en prosécution de cause.

Statuant dans le cadre du recours en réformation, le tribunal a ainsi non pas jugé en termes de prescription mais en termes d'opportunité de continuer les poursuites. Le tribunal souligne ne pas statuer en termes de prescription en ce qu'il mentionne lui-même que le délai de dix ans correspond au délai de prescription « *susceptible certes de suspension* ».

Dès lors, le tribunal n'a pas refusé le renvoi pour raison de prescription, mais pour raison d'aggravation du dépassement du délai raisonnable.

En effet, pareil dépassement devenant de plus en plus outrancier, compte tenu du temps couru et de l'annulation de l'entièreté de la procédure menée, équivaut à faire tendre vers zéro une sanction éventuelle à prononcer à l'issue d'une nouvelle procédure à mener, autrement dit, à faire tendre également vers zéro l'opportunité de poursuivre.

Dans le cadre du recours en réformation, usant de son pouvoir de pleine juridiction, quoiqu'annulant pour l'essentiel, le tribunal a pu décider, tel qu'il l'a fait, à supposer les griefs retenus vérifiés, tel que le tribunal l'avait retenu, qu'il n'y avait pas lieu à renvoi de l'affaire devant le Conseil de la concurrence.

La Cour, dans une vue rétrospective, ne saurait qu'approuver cette démarche globale du tribunal quant à ses principes. Cette démarche rejoint par ailleurs les considérations liminaires de la Cour suivant lesquelles toute cette affaire n'aurait normalement pas eu lieu d'être plus de six ans après la résorption de la situation ni devant le Conseil de la concurrence, ni par la suite, si tant a été que jusqu'en 2014 aucun acte de procédure n'avait en définitive été valablement posé par rapport aux faits qui remontaient aux années 2006 et 2007 et à la situation qui se trouvait globalement résorbée depuis début 2008, le tout dans un environnement technologique et économique éminemment évolutif, changeant et fluctuant.

2. Quant à l'accès au dossier

La partie appelante critique concrètement le passage suivant du jugement dont appel, figurant au dernier alinéa de la page 25 et libellé comme suit :

« En revanche, s'agissant des statistiques du nombre des clients Integral/large bande masquées dans le fichier Excel accompagnant la réponse de l'ILR, si, à première vue, le défaut d'accès en tant que tel à ces données n'est pas sujet à critique, puisque celles-ci émanent de l'EPT elle-même, le tribunal est toutefois amené à relever que le débat des parties porte également sur la question de l'exactitude de ces statistiques, l'EPT argumentant que celles-ci auraient montré un dépassement du nombre des clients Integral du nombre des clients hors Integral à une date autre que celle retenue par le Conseil de la concurrence sur base de la réponse de l'ILR. Or, le fait que l'EPT n'a pas pu consulter ces statistiques dans la réponse de l'ILR et était ainsi dans l'impossibilité de critiquer utilement celle-ci, a impliqué une violation du droit à l'accès au dossier, dont le tribunal examinera ultérieurement les conséquences à tirer ».

La partie étatique conteste qu'il y ait eu un défaut d'accès au dossier dans le chef de l'EPT et estime que celle-ci a monté en épingle un problème qui, en réalité, n'en était point. Les chiffres masqués figurant au niveau de la réponse de l'ILR du 12 juin 2013, produite suite à la demande d'informations du Conseil de la concurrence du 13 mai 2013, contiendraient des informations sur une base annuelle pour la période de 2004 à 2012 et ne mentionneraient des offres regroupant plusieurs services de communication électronique que pour les seules années 2011 et 2012. Dans la mesure où les abus de position dominante retenus à l'encontre de l'EPT viseraient les seules années 2006 et 2007, le problème soulevé serait inopérant. De toute manière, le tribunal aurait omis de tirer ultérieurement dans son jugement les conséquences annoncées par rapport au défaut d'accès au dossier par lui retenu, par ailleurs à tort suivant la partie appelante.

Les parties au litige ne critiquent pas en appel l'analyse préalablement faite par le tribunal entérinant le principe que des données puissent être masquées dans une communication du régulateur pour des raisons de confidentialité. Seulement, il convient de préciser dès à présent que si l'autorité administrative se base néanmoins sur de pareilles pièces, il lui appartient au préalable, sauf exception, sur base des dispositions générales de l'article 13 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, de communiquer à la partie concernée le contenu essentiel se rapportant aux pièces dont la consultation a été refusée et qui seraient utilisées au désavantage de cette partie, de même que l'occasion doit lui être donnée de présenter ses observations afférentes.

Le grief du non-accès au dossier retenu par le tribunal ne doit pas être regardé de manière isolée, mais il convient de l'entrevoir en relation avec l'élément de fond auquel les données non accessibles ont globalement trait.

Il s'agit en dernière analyse de la date retenue par le Conseil de la concurrence, à laquelle se serait situé le basculement en termes de dépassement du nombre des clients « *Integral* » par rapport au nombre des clients « *hors Integral* ».

Cette date est fondée, du moins en apparence et en considération à partir du point de vue de l'opérateur EPT, sur la réponse précitée de l'ILR du 12 juin 2013 dont les chiffres ont été essentiellement masqués.

Or, par rapport à cette date, deux observations majeures se dégagent suivant l'ensemble des éléments actuellement disponibles au dossier. D'un côté, cette date figure comme étant emblématique dans le contexte de la démarche du Conseil de la concurrence consistant à aboutir à dégager un abus de position dominante dans le chef de l'EPT. D'un autre côté, il apparaît actuellement que la date dénotée par le Conseil de la concurrence ne correspond pas à la véritable date de basculement que la même autorité entendait dégager. Dans la mesure des conclusions concordantes des parties, une différence de plusieurs mois au moins se dégage actuellement, sans préjudice quant au *quantum* exact.

Il est vrai que cette date de basculement, quel que soit son caractère emblématique, a trait essentiellement à la durée de l'infraction reprochée à l'EPT. Cependant, cette infraction, qui se rapporte au rabais de couplage, doit être mise en relais, à travers notamment la date de basculement précitée, avec les données sur lesquelles le Conseil de la concurrence s'est basé et qui, elles-mêmes à nouveau, sont en relation directe avec la communication de la réponse de l'ILR du 12 juin 2013. Il se dégage en effet de l'ensemble des éléments du dossier une

sorte de bloc sous-jacent constitué par les troncs communicants des chiffres essentiellement masqués émanant de la réponse de l'ILR du 12 juin 2013 ensemble la date de basculement dont s'agit et l'infraction finalement retenue dans le chef de l'EPT en termes d'abus de position dominante dans le contexte des rabais de couplage. Il s'agit en quelque sorte d'un iceberg sous-jacent véhiculant l'infraction retenue.

Au vu des liens ainsi dégagés, le tribunal est à rejoindre dans sa conclusion de l'existence d'une violation du droit à l'accès au dossier au sujet des données masquées de la réponse de l'ILR du 12 juin 2013 dans le cas de figure vérifié de l'espèce où le Conseil de la concurrence n'a pas fait part à l'EPT du lien qu'il attachait aux chiffres masqués, et partant non communiqués, par rapport à la date effective de basculement du nombre des clients « *Integral* » par rapport au nombre des clients « *hors Integral* » et plus loin, du lien avec l'infraction finalement retenue au niveau des rabais de couplage dans le chef de l'EPT.

En d'autres termes, la violation du droit d'accès au dossier de l'EPT ne se trouve non seulement vérifiée en tant que telle, mais encore en combinaison avec la non-communication suffisante à l'administré par l'autorité de décision d'éléments précisément masqués sur lesquels elle s'est de toute apparence basée pour prendre sa décision en défaveur dudit administré.

Il vient d'être relevé ci-avant que si le tribunal n'a pas dégagé *ut singula* la conséquence de la violation du droit à l'accès au dossier par lui dénotée, il n'en reste pas moins que de manière patente, cette violation a conflué dans l'annulation globalement retenue par lui. Le principe afférent vient d'être entériné au niveau de l'analyse du premier moyen d'appel.

Il convient de souligner à ce stade qu'une fois arrivé au bout de l'analyse de tous les moyens ayant trait aux éléments retenus par le tribunal pour justifier de manière globale l'annulation de la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, la Cour se repenchera sur la question *in concreto* en vue de savoir, compte tenu du mérite respectif des différents moyens d'appel, si l'analyse afférente du tribunal est à confirmer ou non au-delà du principe d'une annulation globale entérinée par la Cour ci-avant.

Sous cette réserve, ce second moyen d'appel est dès lors à rejeter et le jugement du tribunal à confirmer dans la limite du moyen soulevé.

3. Quant à la demande d'informations adressée à l'EPT le 30 mars 2010

La partie appelante soulève un troisième moyen d'appel tiré de ce que ce serait à tort que le tribunal aurait retenu un non-respect du formalisme prévu par l'article 13 de la loi du 17 mai 2004 applicable au moment de l'envoi de la demande d'informations litigieuse du 30 mars 2010 par la ci-avant Inspection de la concurrence à l'EPT.

Le passage critiqué du jugement dont appel, mis en exergue par la partie appelante, figurant en bas de page 26 est le suivant :

« S'agissant de la demande d'information adressée à l'EPT, qui de manière non contestée ne correspond pas aux exigences de l'article 13, précité, force est de constater que cette disposition prévoit que les formalités y prévues sont à respecter sous peine de nullité. Les formalités inscrites à l'article 13, d'une part, ont un aspect coercitif en ce que le

destinataire de la demande d'information est informé de son obligation matérielle, sous peine de sanctions en cas de fourniture d'informations inexactes ou dénaturées, de fournir les renseignements demandés, et, d'autre part, ont pour objet d'informer le destinataire de la demande de l'objectif de la demande et de la nécessité de délivrer des informations complètes et exactes qui sont susceptibles d'être utilisées contre une entreprise dans le cadre d'une procédure pour pratiques anticoncurrentielles, susceptible de déboucher sur des sanctions lourdes. Sous ces deux aspects, les formalités inscrites à l'article 13 doivent être considérées comme étant des formalités substantielles censées garantir l'exactitude des informations recueillies, qui ne sauraient être couvertes par le seul fait que l'EPT a répondu à la demande d'information sans avoir soulevé le non-respect du formalisme de l'article 13. Le tribunal examinera ci-après les conséquences à déduire en l'espèce du non-respect de cette formalité ».

Tout d'abord il convient de retenir qu'également en instance d'appel, aucune des parties n'a contesté que les différentes demandes de renseignements du 30 mars 2010 ne contenaient ni la base juridique ni le but les sous-tendant, ni encore les sanctions prévues à l'article 18 de la loi du 17 mai 2004 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

Il est constant en cause que l'omission de ces éléments est formellement prévue « *sous peine de nullité* » par le paragraphe 2 de l'article 13 de la loi du 17 mai 2004, applicable à l'époque où la demande litigieuse est intervenue, cet article n'ayant été remplacé que plus tard par l'article 14 de la loi du 23 octobre 2011.

Si la partie étatique ne conteste pas ces données, elle estime cependant que l'EPT n'a pas pu se méprendre alors que la demande serait intervenue dans un dossier bien connu par elle et que le courrier litigieux mentionnerait bien en objet qu'il s'agissait d'une demande de renseignements dans le cadre de l'examen de l'offre « *Integral* » de l'EPT.

Suivant l'Etat, l'article 13 de la loi du 17 mai 2004 prévoirait la seule nullité de la demande d'informations elle-même, mais non celle de la décision finale. Dès lors, cette demande constituerait un acte détachable qui, par ailleurs, aurait pu être attaqué comme tel dès l'époque de sa prise par l'EPT.

L'Etat souligne encore que cette demande n'aurait eu aucune influence sur le seul grief finalement retenu contre l'EPT dans sa décision. Elle aurait posé des questions uniquement sur l'accès à l'infrastructure de l'EPT par les autres opérateurs du marché, tandis que ce point n'aurait finalement pas été retenu dans la décision litigieuse comme grief à l'encontre de l'EPT. De plus, le tribunal n'aurait pas dégagé quel grief serait accru à l'EPT, ni lesquels de ses droits auraient été violés à travers la non-observation des formalités prévues par l'article 13 de la loi du 17 mai 2004.

Enfin, la partie appelante entend dégager une contradiction des motifs en la matière en ce que le tribunal, dans le même jugement, aurait écarté comme nulles les demandes d'informations adressées parallèlement le même jour aux opérateurs ... et ..., alors que celles-ci auraient présenté les mêmes irrégularités, tandis que pour la demande adressée à l'EPT, le tribunal aurait conclu à l'annulation de la décision finale du 13 novembre 2014 actuellement litigieuse. D'ailleurs, suivant la partie appelante, le tribunal n'aurait pas établi non plus pour ce grief les conséquences de l'irrégularité constatée en ce qu'il aurait mentionné que celles-ci seraient déduites « *ci-après* », sans que le tribunal n'ait cependant procédé à cette déduction.

Tout d'abord, le tribunal ne s'est pas contredit au niveau des motifs, étant donné que contrairement aux affirmations de la partie étatique, les demandes d'informations adressées le même 30 mars 2010 aux opérateurs ... et ... ont bel et bien été déclarées nulles par le tribunal « *conformément aux dispositions de l'article 13, paragraphe (2), de la loi du 17 mai 2004* ». Seulement, les réponses afférentes adressées par lesdits opérateurs à l'Inspection de la concurrence ont été déclarées susceptibles d'être prises en considération. De fait, il n'existe pas de pareilles réponses.

Le contenu de l'article 13, paragraphe 2, de la loi du 17 mai 2004 est univoque et strict à la fois : l'Inspection indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de sa demande, sans que le texte de loi ne donne aucune précision supplémentaire afférente. Dès lors, c'est à juste titre que le tribunal a écarté l'argumentaire réitéré en appel par la partie étatique, suivant lequel l'EPT aurait été bien au courant dans quel dossier la demande de renseignements lui avait été adressée et aurait bien saisi la portée de celle-ci par rapport aux informations y demandées.

De même, la loi n'exige aucunement qu'une atteinte aux droits de la défense de la personne adressée soit vérifiée ni que celle-ci fasse état d'une quelconque autre atteinte à ces droits, quels qu'ils soient pour que la nullité y visée soit encourue.

Si deux jugements du tribunal ont accueilli en 2011 des demandes en annulation à l'encontre de demandes en renseignements sur le fondement de l'article 13, paragraphe 3, de la loi du 17 mai 2004, cette faculté reconnue n'empêche cependant pas l'opérateur intéressé d'invoquer ultérieurement le grief de la non-observation des formalités à l'article 13 de la loi du 17 mai 2004 au niveau de son recours dirigé contre la décision finale afférente du Conseil de la concurrence.

Dans la mesure où le but poursuivi par la demande de renseignements, de même que l'indication des sanctions encourues en cas de fourniture d'un renseignement inexact ou dénaturé, sont à entrevoir de manière globale, l'analyse de la partie étatique sur la nécessité de l'existence d'un lien causal entre la demande de renseignements et le grief finalement retenu par l'autorité de décision afin de sous-tendre sa décision de condamnation est à déclarer non pertinent.

Enfin, tout comme pour le moyen précédent, le tribunal a certes renvoyé à des développements ultérieurs pour ce qui est de la sanction à prononcer par rapport à la nullité retenue sur base de l'article 13, paragraphe 2, de la loi du 17 mai 2004.

Cependant, le tribunal a bien retenu que cet élément a à son tour conflué dans sa décision globale d'annuler la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014.

Le principe de cette manière de procéder vient d'être entériné par la Cour au niveau de l'analyse du premier moyen d'appel ci-dessus.

4. Quant aux règles en matière de délimitation des marchés

Le quatrième moyen de la partie appelante a trait à la partie du jugement dont appel dans laquelle le tribunal a énoncé que le Conseil de la concurrence aurait dû procéder à une analyse propre sur la question de l'existence d'un marché distinct pour les offres multi-produits et que cette analyse n'aurait pas pu être une analyse *ex ante* en relais par rapport aux définitions de marché retenues par l'ILR mais une analyse concrète *ex post* sur le comportement concret de l'opérateur économique visé face aux conditions du marché du moment. Le tribunal a en substance retenu que le Conseil de la concurrence n'avait pas procédé à une telle analyse propre sous un angle de vue concret *ex post*, de sorte que sa méthodologie, s'agissant de la définition des marchés pertinents, était sujette à critique.

Pour le tribunal, cette critique implique encore que l'analyse subséquente faite quant à l'existence d'une position dominante repose sur des prémisses incorrectes, au-delà des contestations des parties quant à la question de savoir sur quel marché la position dominante doit être vérifiée et que, plus loin encore, la méthodologie à appliquer par la suite pour examiner si un abus de position dominante se trouve vérifié est à son tour viciée.

La partie appelante soutient en substance que la nécessité de mener une appréciation *ex post*, tel que retenu par le tribunal, ne serait pas requise par les règles du droit de la concurrence applicables à l'époque. Le Conseil de la concurrence aurait été autorisé à faire usage de toutes les données disponibles relatives à la situation des années 2006 à 2008 et aurait dès lors pu se baser valablement sur les analyses de l'ILR de l'époque et la note du 8 octobre 2007 soumise par l'EPT dans le cadre de la procédure conservatoire pour conclure à l'absence d'un marché distinct pour les offres multi-produits.

La partie étatique estime également que les analyses de marché de l'ILR ne seraient pas des analyses de marché *ex ante*.

L'Etat reproche au tribunal d'avoir commis une erreur de fait en ayant retenu que l'analyse *ex ante* n'était plus nécessairement pertinente et aurait aisément pu être complétée par des éléments tenant compte de l'évolution concrète des marchés à partir de l'année 2006. Il estime que la décision du Conseil de la concurrence aurait précisément pris en compte des éléments relatifs à l'évolution concrète des marchés après 2005. De fait, la décision litigieuse aurait retenu l'absence de commissions d'infractions par l'EPT postérieures aux années 2006 et 2007.

Suivant la partie étatique, le tribunal aurait commis également une erreur de fait en critiquant la décision du Conseil de la concurrence pour ne pas avoir procédé à une analyse propre du marché des offres multi-produits, en relayant simplement les analyses de l'ILR. Suivant la partie étatique, une telle analyse propre aurait été effectuée aux considérants 43 et 44 de la décision litigieuse. Celle-ci aurait encore procédé de manière valable en se référant à la note de l'EPT du 8 octobre 2007, à la décision du président du Conseil de la concurrence du 22 janvier 2008 dans la procédure conservatoire, à la pratique de la Commission européenne, de même en ce que les autorités de la concurrence des Etats membres de l'ECN auraient été consultées.

La partie étatique reproche encore une autre erreur de fait au tribunal pour avoir constaté, de manière générale, que le Conseil de la concurrence avait adhéré aux analyses de marché retenues dans la communication des griefs, laquelle avait repris les définitions de marché retenues par l'ILR. Au contraire, la partie étatique estime que le Conseil de la concurrence a procédé à une analyse complémentaire telle que celle-ci se dégagerait des

considérants 28, 32 et 33 de la décision litigieuse. De même, cette décision se référerait-elle à la délimitation des marchés retenue par la Commission européenne ainsi que, par référence, à ses propres décisions et avis qui confirmeraient la délimitation des marchés effectuée par l'ILR.

Dans la mesure où le Conseil de la concurrence aurait reconnu dans sa décision litigieuse qu'il n'y avait pas de marché distinct pour les offres multi-produits durant la période pertinente des années 2006 et 2007, l'analyse du tribunal, suivant laquelle la méthode sur la dominance était à son tour incorrecte, devrait tomber à faux.

Tel que déjà relevé pour les moyens précédents, l'Etat estime qu'ici encore le tribunal aurait omis de tirer les conséquences juridiques de l'irrégularité par lui mise en avant quant à la méthode employée par le Conseil de la concurrence par rapport à la délimitation des marchés par lui opérée.

La partie étatique estime que le Conseil de la concurrence n'était en tout cas pas tenu de mener une analyse propre de la définition de marché et qu'il pouvait valablement procéder par référence aux analyses effectuées par d'autres autorités de contrôle. Elle affirme que le Conseil de la concurrence, à travers la décision litigieuse, aurait procédé à une analyse en bonne et due forme des offres multi-produits. Par ailleurs, il aurait soumis sa communication des griefs à la Commission européenne, laquelle n'aurait par ailleurs jamais formellement défini un tel marché des offres multi-produits. Plus loin, les autorités de contrôle des pays membres de l'ECN auraient également été contactées.

Le grief retenu par le tribunal qui est à la base du présent moyen a mis l'accent principal sur la méthodologie qui sous-tend la détermination du marché pertinent et non pas sur l'existence effective de tel ou tel marché.

La période à prendre en considération pour l'analyse du marché pertinent est en l'occurrence celle des années 2006 et 2007, à savoir les années infractionnelles pour lesquelles la décision litigieuse du Conseil de la concurrence a retenu un abus de position dominante dans le chef de l'EPT.

Bien que la décision litigieuse n'ait été prise qu'en 2014, le placement dans le temps de la méthode à opérer pour dégager le marché pertinent n'a pas été concrètement mis en cause par les parties au litige.

Si la réponse au moyen ne consiste certes pas à dégager s'il existait à l'époque un marché d'offres multi-produits distinct ou non, il n'en reste pas moins que l'existence sinon vérifiée, du moins apparente de pareil marché pour la période pertinente des années 2006 et 2007 est un indice valable pour sous-tendre le point de vue retenu par le tribunal consistant à exiger dans le chef du Conseil de la concurrence non seulement l'existence vérifiée d'une analyse propre mais encore celle d'une analyse concrète effectuée *ex post* sur base de la situation effective sur le terrain durant les deux années en question en relation avec l'absence éventuelle d'un pareil marché spécifique des offres multi-produits.

Dans cette optique et suivant un concept d'effet utile se focussant à dégager une solution au moyen d'appel, la Cour n'entend pas mener ici une analyse en profondeur sur l'existence effective durant les années 2006 et 2007 d'un marché d'offres multi-produits au Grand-Duché de Luxembourg.

Cependant, il résulte des éléments non contestés du dossier que plusieurs offres multi-produits avaient déjà été lancées par plusieurs opérateurs durant l'année 2005, avant que l'opérateur historique, l'EPT, n'eût lancé son produit « *Integral* » litigieux.

Par ailleurs, parmi les multiples réponses formulées au titre du réseau ECN par les autorités membres, il se dégage qu'une dizaine de ces autorités de concurrence nationales ont sinon reconnu, du moins envisagé l'existence d'un marché spécifique pour les offres multi-produits pour l'époque litigieuse.

Dans un contexte concurrentiel en mutation constante et sur un terrain évolutif aux progrès technologiques galopants, il aurait appartenu au Conseil de la concurrence de mener à plus forte raison sa propre analyse en dégageant avec précision pour les années 2006 et 2007 sinon qu'un jeune marché émergent spécifique pour les offres multi-produits pouvait être délimité à l'époque, du moins pour quelles raisons concrètes la présence de multiples offres multi-produits permettait néanmoins la conclusion qu'on pouvait écarter avec précision et informations concrètes à l'appui la consécration, pour les années infractionnelles données, de l'existence effective de pareil marché spécifique.

C'est précisément cette analyse concrète qui fait défaut en l'espèce. C'est encore ce défaut de méthodologie qui a été valablement dégagé par les premiers juges dans le jugement dont appel.

Au-delà des considérations sur le délai raisonnable à mener par ailleurs, le Conseil de la concurrence, en ne statuant qu'en 2014, aurait d'autant plus pu et dû profiter du recul du temps pour mener une analyse propre de nature à dégager de manière effective si l'existence d'un marché spécifique pour les offres multi-produits pouvait être concrètement et précisément retenue pour la période concernée et, dans la négative, pour quelles raisons précises l'existence de pareil marché spécifique ne se trouvait pas valablement vérifiée à l'époque.

Tel que les premiers juges l'ont encore concrètement dégagé, cette carence dans la méthodologie opérée au niveau de la détermination du marché pertinent conditionne nécessairement l'analyse subséquente menée par le Conseil de la concurrence en termes de position dominante et, plus loin encore, celle lui ayant servie à dégager un abus de position dominante dans le chef de l'EPT, de nature à vicier à leur base ces deux séries d'analyses subséquentes.

En d'autres termes, le raisonnement et l'analyse du Conseil de la concurrence, à travers sa décision litigieuse, se trouvent l'un et l'autre viciés dès la délimitation du marché pertinent en raison de la méthodologie inadaptée et, par ailleurs, contraire à la recommandation de la Commission européenne valable pour l'époque, se dégageant de la communication de 2009 de la Commission européenne sur l'application de l'article 102 TFUE, tel que retenu plus précisément avec pertinence par les premiers juges.

Le nœud de la déficience de la décision critiquée du Conseil de la concurrence repose précisément dans cette méthodologie inadaptée suivie par celui-ci par rapport à la détermination du marché pertinent. Ce vice se répercute par rapport aux étapes subséquentes du raisonnement qu'a nécessairement dû parcourir le Conseil de la concurrence, une fois le marché pertinent par lui délimité improprement.

A ce stade de l'analyse, le moment est venu pour la Cour de dresser un bilan. Il appert à la suite de l'analyse de ce quatrième moyen d'appel que celui-ci non seulement doit être écarté pour ne pas être fondé, mais que le défaut de méthodologie retenu à juste titre par les premiers juges est de nature à vicier la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 23 novembre 2014 d'une manière telle qu'à lui seul ce vice a pu en emporter l'annulation en considération de ce que ce même vice s'est nécessairement répercuté sur les étapes ultérieures de l'analyse du Conseil de la concurrence qui, de la sorte, s'en trouvaient inévitablement affectées à leur tour.

Concernant les réponses fournies par les autorités membres du réseau ECN, il convient encore de souligner que pour l'essentiel les éléments de motivation afférents n'avaient pas encore été produits en instance contentieuse et ne se trouvaient de la sorte pas à la disposition de la partie intimée jusque dans la présente instance d'appel. Même si au niveau directement procédural, l'admission de nouveaux moyens en appel comprend aussi la possibilité de fourniture de nouveaux éléments et, corrélativement, de pièces non encore fournies jusque lors, il n'en reste pas moins qu'en présence d'éléments essentiels sur lesquels l'autorité de décision aurait pu sinon aurait dû se fonder, leur production dès la première phase de l'instance contentieuse aurait répondu à des impératifs de loyauté et de transparence qui, par ailleurs, sont appelés, des deux côtés, à guider le cheminement vers une décision juste et équitable en matière de droit de la concurrence.

Sans que cet élément de production tardive des données en question par l'autorité de décision en instance contentieuse ne soit dirimant, la démarche opérée pèse cependant de manière négative dans la balance, à l'encontre de ladite autorité pour ce qui concerne le bien-fondé de sa démarche en matière de détermination du marché pertinent et soutient d'autant plus le raisonnement d'ores et déjà valablement retenu y relativement par les premiers juges, en l'absence des pièces seulement produites en instance d'appel.

Par ailleurs, ces pièces ne font que confirmer, en appel, la démarche et le raisonnement opérés par le tribunal.

La nullité retenue par le tribunal, dans le cadre du recours en réformation, par rapport au volet essentiel de la décision critiquée du Conseil de la concurrence concernant à la base la détermination du marché pertinent dans le cadre duquel toute la question du jeu du mécanisme de concurrence est à analyser emporte, par elle seule, en quelque sorte *per se*, l'annulation de la décision toute entière dans la mesure où la détermination du marché pertinent détermine l'ensemble des raisonnements ultérieurs à mener en la matière. Il s'agit précisément de la pierre angulaire du système.

Dans les conditions données, les nullités retenues, à juste titre, par le tribunal au niveau de ses motivations que la partie appelante a tenté de remettre en question à travers ses deuxième et troisième moyen, ci-avant analysés, ne s'articulent en définitive qu'en des éléments d'appoint sans qu'il ne soit nécessaire à la Cour et, *a fortiori*, qu'il n'aurait été, dans les conditions données, nécessaire pour le tribunal de dégager de manière plus en avant l'impact respectif de ces deux nullités retenues, la première au niveau de l'accès au dossier et la seconde au niveau du contenu manifestement insuffisant de la demande d'informations du 30 mars 2010 par rapport aux exigences formelles de l'article 13 de la loi du 17 mai 2004.

Si l'annulation encourue prend d'autant plus de relief sur la toile de fond d'un dépassement caractérisé du délai raisonnable, il vient d'être retenu au niveau de l'analyse du

premier moyen d'appel qu'effectivement ce dépassement ne s'analyse pas, de par sa nature, en motif d'annulation. Cependant, le dépassement caractérisé du délai raisonnable a permis au tribunal, tel qu'il l'a fait à bon escient, de justifier le non-renvoi par lui opéré, dans le cadre du recours en réformation, du dossier devant le Conseil de la concurrence.

Plus particulièrement la décision de non-renvoi rejoint la considération énoncée par la Cour à titre liminaire, en entérinant en cela une analyse judicieuse des premiers juges dans leur jugement dont appel, en énonçant que le but des sanctions prononcées doit être essentiellement dissuasif et que pour être dotées d'une certaine efficacité il faut que leur prononcé intervienne rapidement afin non seulement de refléter la réalité économique du comportement sanctionné, mais encore d'éviter que d'autres acteurs adoptent un même comportement. L'action du régulateur en matière de concurrence se doit d'être sinon immédiate, du moins rapide et le non-renvoi d'un dossier, tel celui sous analyse, permet à un organe, tel le Conseil de la concurrence, dont les effectifs ne sont nullement surdimensionnés, de se consacrer à des affaires « *fraîches* » conformément à l'objectif ci-avant tracé de sa mission.

Il est patent, eu égard au fait que toute la procédure devant le Conseil de la concurrence aurait dû être reprise à un stade éminemment antérieur, que la conséquence inévitable d'une accentuation du dépassement du délai raisonnable justifie pleinement la décision de non-renvoi du tribunal.

Au regard du bilan d'ores et déjà tiré par la Cour à partir des quatre premiers moyens d'appel, l'analyse des moyens subséquents, si elle ne devient pas surabondante, se résumera toutefois à la question de savoir si les différents moyens soulevés en cinquième, sixième et septième lieu par la partie appelante gardent quelque caractère opérant au regard de la conclusion ci-avant tirée à partir des quatre premiers moyens d'appel.

5. Quant aux règles en matière d'établissement de l'abus

La partie étatique reproche aux premiers juges trois séries d'irrégularités par eux commises dans les parties respectives du jugement dont appel relatives à l'examen par la décision critiquée du Conseil de la concurrence de l'existence d'un comportement abusif dans le chef de l'opérateur EPT. Suivant la partie étatique, ces irrégularités se déclinent par trois et portent respectivement sur la qualification des comportements en cause, sur le test applicable et sur l'analyse des effets de rabais de couplage.

En premier lieu, par rapport à la qualification des comportements en cause, la partie appelante estime que le tribunal a décidé à tort que :

« (...) en opérant une assimilation entre rabais de couplage et rabais de fidélité se caractérisant par un approvisionnement exclusif, et en procédant à un test d'éviction suivant la méthode par composante, le Conseil de la concurrence a ignoré les lignes directrices contenues dans la Communication de la Commission, qu'il déclare pourtant lui-même vouloir suivre.

A titre liminaire, le tribunal relève que, tel que cela a été souligné à juste titre par l'EPT, et tel que le Conseil de la concurrence l'a retenu lui-même, les rabais de couplage s'appliquent à plusieurs produits distincts, offrant des remises ou des rabais subordonnés à l'achat de deux produits différents, alors que les rabais de fidélité s'appliquent sur un ou

plusieurs produits d'un même marché et récompensent l'achat supplémentaire de produits d'un même marché. Il s'ensuit qu'il s'agit de deux types de rabais différents qui a priori ne sont pas assimilables tels quels ».

A ce niveau, la partie appelante reproche au tribunal une approche indument formaliste à travers la distinction par lui opérée entre les termes « *rabais de fidélité* » et « *rabais de couplage* ». La partie appelante met en exergue que ces deux pratiques sont extrêmement apparentées au point que la CJUE utiliserait en pratique souvent indifféremment l'un et l'autre. Dès lors, le tribunal aurait jugé à tort que les rabais de couplage et les rabais de fidélité ne sont pas assimilables, contrairement à la ligne de conduite dégagée par la CJUE et la Commission européenne, lesquelles avaliseraient l'absence d'étanchéité absolue entre ces deux catégories. Selon la partie étatique, ce seraient plus les mots utilisés que la réalité qui compteraient dans le chef du tribunal. La décision litigieuse du Conseil de la concurrence aurait bien identifié l'existence dans le cas d'espèce d'une pratique de couplage se dégageant des éléments du dossier tout en soulignant un rapprochement entre rabais de couplage et rabais de fidélité.

L'Etat explique que des rabais multi-produits pourraient avoir strictement le même effet restrictif en invitant les clients à s'approvisionner de façon principale voire exclusive auprès de l'entreprise dominante et seraient dès lors également une forme de rabais de fidélisation. En substance, la partie étatique reproche au tribunal d'avoir retenu que la pratique opérée par la décision litigieuse du Conseil de la concurrence s'écarte de l'approche de la Commission européenne et d'avoir décidé que l'approche du Conseil de la concurrence et les conclusions par lui tirées de son analyse, reposaient sur la prémisse que les remises accordées dans le cadre de l'offre « *Integral* » étaient à assimiler à des rabais de fidélité.

Sous un deuxième aspect quant à la nécessité d'un test, la partie étatique reproche au tribunal d'avoir retenu à tort que « (...) *le principe même de l'application de ce test en l'espèce à une offre susceptible d'être qualifiée de vente groupée mixte ou rabais multi-produits au sens de la pratique administrative de la Commission, sans procéder à un examen de répliquabilité d'une telle offre, malgré le fait qu'il était en présence d'indices quant à la possibilité d'une telle répliquabilité et malgré sa position contraire affichée par rapport à la même problématique dans le cadre de ses avis à l'égard de l'ILR, est critiquable et n'est pas conforme au droit de la concurrence* ».

La partie étatique estime que la décision du Conseil de la concurrence aurait au contraire appliqué et observé la ligne de conduite de la communication de la Commission européenne et, pour le surplus aurait opté pour l'approche la plus favorable à l'opérateur incriminé en le faisant profiter de tout doute existant en la matière.

En troisième lieu, au niveau de l'analyse des effets d'éviction afin de vérifier si l'entreprise occupant une position dominante a exploité de manière abusive celle-ci par l'application de ses pratiques tarifaires, la partie étatique est d'avis qu'ici encore le Conseil de la concurrence, à travers sa décision critiquée, aurait clairement démontré l'effet d'éviction des rabais de couplage contenus dans l'offre « *Integral* » pour la période des années 2006 et 2007. De même, pour arriver à cette conclusion, la décision litigieuse aurait suivi une approche rigoureusement conforme au droit de la concurrence et en particulier à la communication de la Commission européenne pertinente de 2009 sur l'application de l'article 102 TFUE, cela contrairement aux affirmations afférentes du tribunal dans son jugement dont appel.

Cependant, en relais par rapport à la conclusion tirée ci-avant par la Cour au niveau du quatrième moyen, en ce que la Cour a confirmé l'approche du tribunal suivant laquelle la méthodologie appliquée par la décision litigieuse du Conseil de la concurrence en matière de délimitation des marchés était inadaptée par rapport à la détermination du marché pertinent en ce qu'elle s'abstenait de dégager l'existence éventuelle, voire probable, d'un marché spécifique des offres multi-produits à l'époque pertinente des années 2006 et 2007, il convient de répéter par rapport au cinquième moyen soulevé par la partie étatique que ce grief d'une méthodologie inadaptée, sous-tendant de manière essentielle l'annulation de la décision critiquée, se répercute nécessairement sur les suites de la démarche de la même décision.

Les trois aspects mis en exergue par le cinquième moyen consistant dans la qualification des comportements abusifs dans le test applicable et dans l'analyse des effets d'éviction se trouvent dès lors directement impactés par l'erreur de méthodologie antérieure au niveau de la délimitation du marché pertinent, de sorte que pour le moins, compte tenu de ce qui précède, le moyen d'appel est inopérant sous ces trois volets, au-delà de toute différence d'analyse des parties au litige voire de celle seule du tribunal.

Dès lors, une analyse plus approfondie de ces aspects par la Cour n'est pas nécessaire pour résoudre en profondeur le point litigieux effectif, en ce qu'il se trouve conditionné d'ores et déjà par la solution dégagée au niveau du quatrième moyen ci-avant.

6. Sur la qualification de l'offre « *Integral* » d'infraction par objet (« *per se* ») au sens de l'article 102 TFUE

Au titre de son sixième moyen d'appel, la partie étatique reproche au tribunal que par rapport à l'appréciation des rabais il aurait jugé à tort à la page 32 du jugement dont appel que *« la partie étatique a fondamentalement changé sa position en cours de procédure en ce que c'est pour la première fois dans le cadre de la procédure contentieuse devant le tribunal qu'elle invoque comme motif justifiant la décision du Conseil de la concurrence une violation per se de l'article 102 TFUE, tandis que le Conseil de la concurrence n'a pas fait application d'une telle approche »*, de même qu'à la page 51 du jugement le tribunal répèterait à tort ce même constat dans les termes suivants : *« Si dès lors, de l'avis du Conseil de la concurrence, plus particulièrement la Communication de 2009 de la Commission et les lignes d'orientation y contenues sont susceptibles de trouver application en l'espèce, il est d'autant plus surprenant qu'à l'heure actuelle, l'Etat entend se départir des principes consacrés dans la Communication, en adoptant une position diamétralement opposée à l'approche économique préconisée par la Commission, à savoir en fondant son argumentation principalement sur l'approche d'une violation per se de l'article 82 TCE dont le caractère non fondé a été retenu ci-avant par le tribunal »*.

Sans qu'il ne soit besoin de pousser plus loin l'analyse, il convient de retenir dès ce stade que compte tenu de la conclusion tirée par la Cour au niveau du quatrième moyen d'appel, laquelle ne se trouve nullement ébranlée par les aspects de ce sixième moyen d'appel, le changement de position dénoté dans le chef du Conseil de la concurrence durant la procédure contentieuse, quel que soit le bien-fondé du reproche formulé par le tribunal, n'est pas de nature à tenir en échec l'annulation d'ores et déjà encourue par la décision critiquée au regard des moyens antérieurement analysés.

Le moyen est dès lors à écarter dès ce stade pour ne pas être opérant.

7. Quant aux règles concernant la *reformatio in pejus*

Enfin, au titre d'un septième moyen d'appel, la partie étatique reproche au tribunal d'avoir erronément appliqué les règles relatives à la *reformatio in pejus*.

Il est patent qu'au regard des conclusions ci-avant prises aboutissant à la confirmation de l'annulation de la décision critiquée du Conseil de la concurrence dès le stade de la détermination impropre du marché pertinent, la question de la *reformatio in pejus* ne saurait utilement se poser d'une manière quelconque en vue de la solution du litige.

Ce dernier moyen est dès lors à son tour à écarter pour être inopérant.

8. Quant à une éventuelle évocation de l'affaire

Dans un dernier ordre d'idées, dans l'hypothèse la Cour aurait accueilli les moyens soulevés en appel contre le jugement attaqué, « *le Conseil [de la concurrence] considère que la cause est en état d'être jugée au fond par Votre Cour et demande son évocation* ».

Toutefois, au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, la Cour ne se trouve pas dans l'hypothèse mise en avant par la partie appelante, en l'occurrence de manière formelle par le « *Conseil* », de sorte qu'une évocation de l'affaire n'est pas à l'ordre du jour devant la Cour.

9. Conclusion globale

En conclusion globale, il convient de retenir à partir de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'appel laisse d'être fondé et que le jugement dont appel est à confirmer dans sa double conclusion consistant dans l'annulation de la décision critiquée du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014 dans le cadre du recours en réformation et le non-renvoi de l'affaire devant ledit Conseil, eu égard au dépassement caractérisé du délai raisonnable qui ne risquerait que de s'aggraver en conséquence.

La partie intimée EPT a conclu en ordre principal à la confirmation du jugement dont appel.

Ces conclusions ont été accueillies en substance par la Cour.

Dès lors, les ordres subsidiaire, plus subsidiaire et infiniment subsidiaire par elle mis en avant n'encourent pas l'analyse par la Cour pour la solution du litige.

10. Quant aux indemnités de procédure

L'appelante n'ayant pas autrement remis en question la condamnation intervenue à son encontre au paiement d'une indemnité de procédure pour la première instance, il n'y a pas lieu pour la Cour d'y statuer plus en avant. Le jugement dont appel est dès lors également à confirmer sous cet aspect.

L'EPT sollicite la condamnation de l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG à une indemnité de procédure de ... € pour l'instance d'appel pour les frais qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge au vu de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin

1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, parmi lesquels les honoraires d'avocat.

Eu égard à l'issue du litige et plus particulièrement au fait que la partie intimée a dû assurer sa défense en appel dans une affaire pour laquelle, dès la communication des griefs intervenus près de 8 ans après la plainte initialement déposée, un dépassement caractérisé du délai raisonnable se trouvait vérifié, lequel ne s'est fait qu'accentuer tout au long de la procédure, il y a lieu d'accueillir favorablement le principe de l'allocation d'une indemnité de procédure à l'EPT.

Eu égard à l'ensemble des considérations du dossier, aux caractères de technicité et de complexité de l'affaire, ainsi que des spécificités afférentes ci-avant dégagées, il convient d'allouer *ex aequo et bono* à l'EPT une indemnité de procédure de ... € à régler par l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG.

Par ces motifs,

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

déclare l'appel recevable ;

au fond, le dit non justifié ;

partant en déboute la partie appelante ;

confirme le jugement dont appel ;

condamne l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG à payer à l'EPT une indemnité de procédure de ... € pour l'instance d'appel ;

condamne la partie appelante aux dépens de l'instance d'appel.

Ainsi délibéré et jugé par :

Francis DELAPORTE, président,
Henri CAMPILL, vice-président,
Serge SCHROEDER, premier conseiller,

et lu par le président en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier assumé Ramon HERRIG.

S.HERRIG

s.DELAPORTE

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 6 juin 2017
Le greffier de la Cour administrative