



Décision N° 2007-AA-03

du 30 mars 2007

**concernant une demande à voir prononcer dans le cadre d'une enquête menée par
l'Inspection de la concurrence une amende et des astreintes à l'encontre de la**



Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la loi du 1^{er} décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes ;

Vu la décision de l'Inspection de la concurrence du 4 décembre 2006 ;

Vu la demande de l'Inspection de la concurrence du 8 février 2007 ;

Vu les pièces du dossier ;

considérant ce qui suit :

1. Faits et rétroactes

1. Dans le cadre d'une enquête menée sur l'existence éventuelle d'une violation des articles 3 et 4 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence et/ou de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne, l'Inspection de la concurrence avait adressé en date du 28 septembre 2006 une demande de renseignements à la [REDACTED] sur base de l'article 13, paragraphe 2 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. La substance de cette demande de renseignements était contenue dans un questionnaire portant sur 18 points.

Par courrier de son mandataire du 3 novembre 2006, adressé au Conseil de la concurrence et continué par celui-ci à l'Inspection de la concurrence, la [REDACTED] a répondu à cette demande en expliquant que son directeur faisait l'objet d'une convocation devant le juge d'instruction en raison des mêmes faits. Elle a fait état d'un certain nombre de principes généraux tenant au procès équitable, au respect des droits de la défense et au respect du secret de l'instruction pour demander à ce que le délai accordé pour répondre à la demande de l'Inspection de la concurrence soit rapporté sinon sine die, du moins à une date ultérieure en attendant les suites à réserver par le juge d'instruction à cette audition.

L'Inspection de la concurrence a pris position par courrier du 10 novembre 2006 en refusant toute prolongation du délai en raison des motifs invoqués par la [REDACTED].

La [REDACTED] a encore demandé par courrier du 27 novembre 2007 à se voir adresser une traduction en langue allemande du courrier du 28 septembre 2006 avec ses annexes. Il ne résulte pas du dossier soumis au Conseil si ce courrier a connu une réponse directe de la part de l'Inspection de la concurrence.

2. Estimant que l'absence de toute réponse à ses questions ne lui permettait pas d'accomplir sa mission légale, l'Inspection de la concurrence a adopté en date du 4 décembre 2006 une décision pour poser à la [REDACTED] les mêmes questions que celles posées en date du 28 septembre 2006. Cette décision était basée sur l'article 13, paragraphe 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Par courrier du 11 janvier 2007, la [REDACTED] a fait parvenir à l'Inspection de la concurrence une copie d'un recours déposé en date du 10 janvier 2007 au tribunal administratif à l'encontre de la décision du 4 décembre 2007, en soutenant que dès lors, la demande de renseignement « tombe à faux en attendant qu'il soit statué sur ce recours ».

3. Exposant que la [REDACTED] restait toujours en défaut de lui fournir les réponses aux questions posées et que ce refus de répondre n'était justifié par aucun élément, l'Inspection de la concurrence a saisi le Conseil de la concurrence en date du 8 février 2007 pour voir prononcer à l'encontre de la [REDACTED] sur base des articles 18 et 20 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence une amende et des astreintes journalières à partir du 16 janvier 2007, date limite fixée dans la décision du 4 décembre 2006 pour répondre aux questions posées.

La [REDACTED] a été informée de cette démarche par courriers du Conseil de la concurrence des 13 et 14 février 2007, l'invitant par ailleurs à présenter ses observations. Aucune réaction n'est parvenue au Conseil de la concurrence de la part de la [REDACTED].

Par courrier du 12 mars 2007, l'Inspection de la concurrence a encore transmis au Conseil de la concurrence copie d'une ordonnance rendue en date du 5 mars 2007 par le Président du tribunal administratif, rejetant une requête en sursis à exécution contre la décision de l'Inspection de la concurrence du 4 décembre 2006 introduite par la [REDACTED] en date du 26 février 2007.

2. Cadre juridique

4. L'article 13, paragraphe 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence dispose que :

(3) Lorsque l'Inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 18 et indique les sanctions prévues à l'article 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif.

Les articles 18 et 20 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence disposent comme suit au sujet des sanctions encourues dans le cadre de l'application de l'article 13, paragraphe 3 :

Article 18

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes, lorsque, intentionnellement ou non,
1) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 13, paragraphe 2;

2) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit;

3) elles commettent une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 81 ou 82 du Traité.

(2) Les amendes prévues au paragraphe précédent sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende.

Le montant maximum de l'amende prononcé sur base des paragraphes précédents est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

Article 20

(1) Le Conseil peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 pour cent du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre:

1) à mettre fin à une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 ou des articles 81 ou 82 du Traité conformément à une décision prise en application de l'article 10;

2) à respecter une décision ordonnant des mesures conservatoires prises en application de l'article 11 ou une décision relative à des engagements prise en application de l'article 12;

3) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 13, paragraphe 3.

Il résulte de l'agencement de ces dispositions légales qu'il appartient au Conseil de la concurrence de vérifier si l'entreprise interrogée par l'Inspection de la concurrence a fourni des réponses exactes, complètes et non-dénaturé dans le délai prescrit, respectivement des réponses complètes et exactes. Si tel n'est pas le cas, le Conseil de la concurrence peut prononcer à l'encontre de l'entreprise concernée une amende ou des astreintes, ou les deux à la fois. Ces dispositions sont prévues dans la loi, en ce qui concerne les amendes, pour sanctionner les entreprises qui refusent de répondre aux questions qui sont posées par l'Inspection de la concurrence, et, en ce qui concerne les astreintes, pour les inciter à collaborer aux enquêtes menées par l'Inspection de la concurrence dans le domaine de la concurrence. La possibilité de prononcer des amendes et la publicité qui peut en être faite ont par ailleurs pour finalité indirecte d'inciter les entreprises qui seraient interrogées par l'Inspection de la concurrence à collaborer afin d'éviter le prononcé d'une sanction financière. Ce n'est que si la menace de telles sanctions est suffisamment élevée, tant en ce qui concerne leur probabilité que leur montant, qu'elles sont en mesure de produire cet effet dissuasif.

5. Il en résulte deux conséquences. D'une part, le Conseil de la concurrence, tout comme l'Inspection de la concurrence, est chargé de mettre en œuvre la législation prohibant et sanctionnant les comportements anticoncurrentiels, et à ce titre le Conseil est

tenu dans la mesure du possible d'appuyer les démarches de l'Inspection de la concurrence afin d'assumer cette mission légale. D'autre part, le Conseil de la concurrence ne doit que vérifier si les conditions légales et matérielles mises au prononcé des amendes et astreintes sont remplies, sans qu'il ne puisse s'ériger en juge de l'action de l'Inspection de la concurrence. Il ne lui appartient donc pas d'apprécier la légalité ou l'opportunité des décisions prises par l'Inspection de la concurrence dans le cadre de la mise en œuvre de ses pouvoirs d'enquête prévus aux articles 13 et suivants de la loi.

6. Dès lors, et en l'absence de toute prise de position adressée par la [REDACTED] au Conseil de la concurrence, la présente décision ne prend position que par rapport aux éléments de droit et de fait qui conditionnent l'application par le Conseil de l'article 18, paragraphe 1, point 2 et de l'article 20, paragraphe 1, point 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

7. La présentation de ce cadre juridique doit être complétée par une précision concernant le statut du Conseil de la concurrence.

Si la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence adopte une vision juridictionnelle des procédures suivies devant le Conseil de la concurrence et des garanties à accorder aux entreprises visées par une procédure basée sur le droit de la concurrence, il n'en reste pas moins qu'en ce qui concerne son statut juridique, la loi opte clairement pour celui d'une autorité administrative. Cette réalité est affirmée dans l'article 6, paragraphe 1er de loi qui énonce que le Conseil est une autorité administrative indépendante. Elle a encore été relevée au cours des travaux préparatoires à l'adoption de la loi par le Conseil d'Etat lorsque celui-ci a justifié la soumission des décisions du Conseil au contrôle des juridictions administratives par la considération qu'il prenait des décisions de nature administrative (documents parlementaires 5229-5, page 4).

3. Conditions d'application de la loi

3.1. Le caractère exécutoire de la décision de l'Inspection de la concurrence prise sur base de l'article 13, paragraphe 3 de la loi de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence

8. La décision que le Conseil de la concurrence est appelée à prendre sur base de l'article 18, paragraphe 1^{er}, point 2 et de l'article 20, paragraphe 1^{er}, point 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence présuppose l'existence d'une décision de l'Inspection de la concurrence prise sur base de l'article 13, paragraphe 3 de cette loi qui puisse être mise à exécution.

Le dossier renseigne une décision de l'Inspection de la concurrence datée du 4 décembre 2006 prenant appui sur l'article 13, paragraphe 3 de la loi de 2004. Cette décision a été notifiée à la [REDACTED] qui a exercé un recours à son encontre.

Conformément aux principes généraux régissant le droit administratif et à l'article 11 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, cette décision est exécutoire sans autres formalités, ce caractère exécutoire ne pouvant être suspendu que par le biais d'une ordonnance rendue par le Président du tribunal administratif sur base de l'article 11 précité, qui requiert qu'un recours au fond ait été déposé.

Le recours introduit par la [REDACTED] en date du 10 janvier 2007 contre la décision du 4 décembre 2006 n'entame donc pas son caractère exécutoire. Seule la requête en sursis à exécution présentée en outre par la [REDACTED] en date du 26 février 2007 aurait pu mettre à néant ce caractère exécutoire. Cette requête a toutefois été rejetée par ordonnance du Président du tribunal administratif du 5 mars 2007.

Il en résulte que la décision de l'Inspection de la concurrence du 4 décembre 2006 est exécutoire et que l'Inspection de la concurrence peut saisir le Conseil en vue de voir constater le non-respect de cette décision, de voir sanctionner la [REDACTED] par le prononcé d'une amende et de voir inciter la [REDACTED] à y répondre par le prononcé d'une astreinte.

3.2. Le caractère exhaustif des réponses fournies par la [REDACTED]

9. Face aux questions précises et détaillées formulées par l'Inspection de la concurrence dans son questionnaire envoyé en dates des 28 septembre 2006 et 4 décembre 2006, force est de constater qu'aucune réponse n'a été fournie par la [REDACTED]. La condition d'application afférente de l'article 18, paragraphe 1^{er}, point 2 et de l'article 20, paragraphe 1^{er}, point 3 est donc remplie.

3.3. Les critères légaux pour la fixation du montant de l'amende

10. L'article 18, paragraphe 2 de la loi impose de fixer l'amende d'une part par rapport « à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi » et d'autre part sur base du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise « au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ». Or, ces deux séries de critères se réfèrent aux éléments de fond du dossier, alors qu'au stade de la procédure auquel l'Inspection de la concurrence met en œuvre les pouvoirs d'enquête prévus par les articles 13 et suivants de la loi, il n'est établi ni qu'il existe réellement une violation de la loi, ni à partir de quel moment elle a été le cas échéant mise en œuvre, ni qu'une éventuelle violation de la loi pourra être imputée à l'entreprise sollicitée pour fournir des renseignements.

Saisi par l'Inspection de la concurrence en vue de prononcer une amende pour défaut de coopération de la part d'une entreprise sur base de l'application combinée de l'article 13, paragraphe 3 et de l'article 18, paragraphe 1^{er}, point 2 de la loi, le Conseil de la concurrence se voit donc amené à devoir appliquer à la fixation du taux de l'amende des critères qui ne peuvent être appréciés à ce stade. Or, la faculté de prononcer des amendes est destinée à persuader les entreprises d'une façon générale, par crainte de la sanction financière, à coopérer avec l'Inspection de la concurrence afin de permettre à celle-ci de collecter les données nécessaires à l'exécution de sa mission légale, qui est celle de constater et de rechercher les infractions aux articles 3 à 5 de la loi et des articles 81 et 82 du Traité (cf. article 8 de la loi). L'absence de collecte de ces informations met par ailleurs en définitive le Conseil de la concurrence dans l'impossibilité d'assumer sa mission légale, qui est de veiller à l'application des articles 3 à 5 de la loi et des articles 81 et 82 du Traité (cf. article 6 de la loi). Dans un cas concret, le prononcé réel d'une amende a pour objectif de sanctionner une entreprise qui fait obstacle à l'exécution de leurs missions par les autorités de concurrence.

Ainsi, le Conseil se trouve enfermé de par la rédaction de la loi dans un cercle vicieux. Les origines en sont à rechercher dans la genèse des dispositions légales afférentes. Dans le projet de loi initial, il était en effet prévu d'ériger les faits constitutifs d'un défaut de collaboration en infractions pénales punies d'amendes correctionnelles à prononcer par les juridictions pénales, tandis que le Conseil de la concurrence ne devait se voir attribuer compétence pour prononcer des amendes administratives qu'à l'égard des faits constitutifs de violations de la législation de fond et contrevenant à des mesures conservatoires (document parlementaire N° 5229). Sur initiative du Conseil d'Etat, les deux catégories d'amendes se sont vues conférer la même nature et ont été regroupées dans un même article (documents parlementaires N° 5229-5, 5229-6 et 5229-7), sans qu'il n'ait été tenu compte à ce moment du fait que les critères d'appréciation adaptés aux violations des dispositions de fond n'étaient pas appropriés, sinon inapplicables, au domaine des mesures d'instruction.

11. Le Conseil estime toutefois qu'il n'a pas pu être dans l'intention du législateur de laisser pour lettre morte les pouvoirs d'enquête de l'Inspection de la concurrence et les pouvoirs de coercition du Conseil de la concurrence qui sont requis pour faire appliquer le droit économique relatif au jeu de la concurrence, dont le principe n'a pas été mis en cause lors des travaux parlementaires, et qu'à défaut de pouvoir appliquer les critères énoncés à l'article 18, paragraphe 2 de la loi, il lui importe de dégager d'autres critères objectifs et transparents.

La possibilité pour le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité de concurrence nationale de pouvoir imposer des amendes découle encore directement de l'article 5 du Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, directement applicable.

Il importe encore de garder à l'esprit que les compétences de l'Inspection de la concurrence et du Conseil de la concurrence ne se limitent pas au droit national, mais s'étendent à la recherche, à la constatation et à la sanction des violations portées au droit

communautaire de la concurrence. Or, les obligations découlant à charge du Luxembourg de son appartenance à la Communauté européenne impliquent d'une façon générale celle d'organiser son système juridique de telle façon à assurer l'efficacité de la mise en œuvre du droit communautaire. La CJCE juge à cet égard que « *conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les États membres, il appartient aux États membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leurs territoires l'exécution des réglementations communautaires, notamment dans le cadre de la politique agricole commune. Pour autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comportent pas de règles communes à cet effet, les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national, étant entendu que cette règle doit se concilier avec la nécessité d'une application uniforme du droit communautaire, nécessaire pour éviter un traitement inégal des opérateurs économiques* » (CJCE 21 septembre 1983, arrêt *Deutsche Milchkontor GmbH*). Cette obligation découle encore d'une façon particulière de l'article 35 du Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. Le respect de cette obligation requiert que les autorités luxembourgeoises puissent effectivement et efficacement recueillir les informations requises aux fins de la poursuite des violations aux articles 81 et 82 du Traité. Une des mesures requises à cet effet consiste à prévoir la possibilité d'amendes en cas de refus de réponse.

12. En cherchant à adopter des critères objectifs et transparents, le Conseil estime approprié de prendre appui sur le Règlement (CE) N° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, qui a servi de source d'inspiration générale à la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Ce règlement permet en son article 23, paragraphe 1^{er} à la Commission d'imposer dans le cadre des mesures d'enquête des amendes « *à concurrence de 1% du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent* », l'article 23, paragraphe 3 précisant que « *pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci* ». Ces critères sont à la fois suffisamment précis pour pouvoir être appliqués et suffisamment généraux pour pouvoir être appliqués non seulement aux violations des dispositions de fond mais également aux incidents survenus au cours de l'enquête. Le Conseil entend partant s'y référer en se prononçant sur le montant de l'amende encourue, étant précisé qu'en l'absence de chiffres sur l'exercice social précédent, le Conseil entend se référer aux chiffres disponibles de l'exercice social précédent le plus récent.

3.4. Le principe rendant impossible l'auto-incrimination

13. La réglementation nécessaire à l'application du droit de la concurrence comporte deux procédures successives, mais nettement distinctes : une première procédure d'enquête préalable et une seconde procédure, de nature contradictoire, engagée par la communication des griefs.

La procédure d'enquête préalable a uniquement pour objet de permettre à l'autorité de recueillir les renseignements et la documentation nécessaires pour vérifier la réalité et la portée d'une situation de fait et de droit déterminée. A cet effet, la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a doté l'Inspection de la concurrence de larges pouvoirs d'enquête et a imposé aux entreprises l'obligation de collaborer aux mesures d'investigation.

La notification de la communication des griefs ouvre la seconde procédure, de nature contradictoire. Dans le cadre de cette procédure, les entreprises jouissent d'un certain nombre de possibilités destinées à sauvegarder leurs droits : consultation du dossier, présentation de mémoires, audition.

Si les droits de la défense doivent être respectés dans le cadre de la procédure administrative susceptible d'aboutir à des sanctions, il importe toutefois d'éviter que ces droits ne puissent être irrémédiablement compromis dans le cadre de la procédure d'enquête préalable qui peut avoir un caractère déterminant pour l'établissement de la preuve du caractère illégal de comportements d'entreprises de nature à engager leur responsabilité. Ainsi, si certains droits de la défense ne concernent que la procédure contradictoire qui fait suite à la communication des griefs, d'autres doivent être respectés dès le stade de l'enquête préalable (voir en ce sens CJCE 18 octobre 1989, arrêt Orkem, aff. N° 374/87).

14. A cet égard se pose la question de savoir si l'entreprise peut être contrainte au stade de l'enquête préliminaire de communiquer à l'Inspection de la concurrence des éléments qui emporteraient une auto-incrimination ou un aveu d'un comportement illicite dans son chef. Confronté à cet argument, le Président du tribunal administratif a estimé dans le cadre de la requête en sursis présentée par la [REDACTED] contre la décision du 4 décembre 2006 que ce principe ne jouait qu'en matière pénale. Il ne serait donc pas d'application aux procédures devant les autorités administratives.

L'application de ce principe a d'un autre côté été reconnue au niveau communautaire en droit de la concurrence. Il a été consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 25 février 1993, arrêt Funke/France ; CEDH 17 décembre 1996, arrêt Saunders/Royaume-Uni ; CEDH 3 mai 2001, arrêt J.B./Suisse), de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE 18 octobre 1989, arrêt Orkem/Commission, affaire 374/87 ; CJCE 15 octobre 2002, arrêt Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, affaires C-238/99P e.a. ; CJCE 29 juin 2006, arrêt Commission/SGL Carbon, affaire C-301/04P) et du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (TPICE 20 février 2001, arrêt Mannesmannröhren-Werke/Commission, affaire T-112/98 ; TPICE 29 avril 2004, arrêt Tokai Carbon e.a./Commission, affaires T-236/01 e.a.).

Dans ses conclusions relatives à l'affaire SGL Carbon, l'avocat général Geelhoed a résumé comme suit la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes dans cette matière : « *La Cour a à cet égard établi une distinction entre la fourniture de réponses à des questions, d'une part, et la présentation de documents,*

d'autre part. En ce qui concerne les réponses aux questions, la Cour a tracé une distinction supplémentaire. Elle a affirmé que la Commission a le pouvoir de contraindre une entreprise à répondre à des questions de nature factuelle, mais qu'elle n'a pas le pouvoir de forcer une entreprise à lui fournir des réponses qui pourraient impliquer une reconnaissance de sa part de l'existence d'une infraction. C'est ce dernier aspect à l'égard duquel une entreprise peut invoquer son droit à garder le silence en tant que partie de ses droits de la défense. En ce qui concerne les documents, la Cour n'a pas limité les pouvoirs d'enquête de la Commission. L'entreprise concernée doit, si on le lui demande, divulguer les documents qui existent déjà et qui ont trait à l'objet de l'enquête, même si ces documents pourraient être utilisés pour établir l'existence d'une infraction » (considérant N° 47). Au regard de la sauvegarde des droits de la défense relativement aux réponses que les entreprises sont tenues de fournir, il a ajouté que « Il est évident que l'application effective, à l'aide de moyens raisonnables, des principes de base de l'ordre juridique public de la Communauté devrait demeurer possible, tout comme il est évident que les droits de la défense devraient être également respectés. Selon nous, ce dernier point est garanti. En l'état actuel de la jurisprudence, un défendeur est encore en mesure, soit durant la procédure administrative, soit au cours de la procédure devant les juridictions communautaires, de soutenir que les documents présentés ont un autre sens que celui que leur attribue la Commission » (considérant N° 67).

15. Le Conseil de la concurrence estime indiqué en l'état actuel du droit et de la jurisprudence luxembourgeoise de suivre les principes dégagés au niveau communautaire. Il en résulte :

- que l'Inspection de la concurrence peut poser toutes questions, même celles dont les réponses impliquent de la part de l'entreprise un aveu ou une auto-incrimination
- que l'entreprise a une obligation légale de coopération impliquant l'obligation d'apporter dans les délais une réponse exacte, complète et non-dénaturée aux questions dont les réponses n'impliquent pas de sa part un aveu ou une auto-incrimination
- que l'entreprise n'est pas tenue de répondre aux questions dont les réponses n'impliquent pas de sa part un aveu ou une auto-incrimination, mais que si elle y répond, elle adopte une attitude allant au-delà de son obligation légale de collaboration et peut légitimement s'attendre à ce que ce comportement de collaboration volontaire soit pris en compte à titre de circonstance atténuante au stade ultérieur de la fixation de l'amende encourue au titre de la violation des dispositions de fond de la loi
- que si l'entreprise refuse de répondre aux questions dont les réponses n'impliquent pas de sa part un aveu ou une auto-incrimination, elle ne peut être sanctionnée de ce fait par l'imposition d'une amende, ni y être contrainte par le prononcé d'une astreinte.

16. Appelé à mettre en œuvre les pouvoirs de sanction et de contrainte qui lui sont dévolus par la loi, le Conseil de la concurrence estime nécessaire de s'assurer que ceux-ci puissent être appliqués à l'égard de l'intégralité des questions posées par l'Inspection de la concurrence.

A cet égard, le Conseil constate que les questions posées portent essentiellement sur des éléments factuels, sinon sur le fonctionnement de mécanismes commerciaux (question N° 12) ou invitent la [REDACTED] à fournir son avis au sujet d'une problématique générale (question N° 11). Toutefois, les questions N° 5, 6 et 18, point a) ne portent pas seulement sur des informations factuelles. L'Inspection de la concurrence y invite la [REDACTED] à décrire les « raisons » d'activités de collaboration, respectivement l'« objet » des réunions auxquelles cette dernière aurait participé, alors qu'il est clair que l'institution soupçonne que l'objet de ces collaborations et réunions a été de conclure des accords de nature à empêcher ou à restreindre le jeu de la concurrence. Il s'ensuit que de telles demandes sont de nature à obliger la [REDACTED] à avouer sa participation à un accord illégal contraire aux règles de la concurrence. Le Conseil ne peut donc employer les moyens de sanction et de contrainte à l'égard de ces volets.

Le Conseil tient néanmoins à préciser que la [REDACTED] est tenue de répondre aux questions N° 5 et 6 pour autant que ne sont pas concernées les raisons des activités y abordées, respectivement pour autant que les raisons présidant à ces collaborations sont étrangères à un comportement anticoncurrentiel, de même qu'elle est tenue de répondre aux points b) et c) de la question N° 18 en rapport avec toutes les réunions énumérées au point a).

Le Conseil souligne par ailleurs que conformément aux principes esquissés ci-dessus, la [REDACTED] reste libre de répondre aux différents points qui sont exclus du recours aux moyens de sanction et de contrainte.

4. Conclusion

17. Le Conseil estime sur base des développements qui précèdent que la demande de l'Inspection de la concurrence est justifiée en sa majeure partie. Le contenu et les termes des prises de position successivement adoptées par la [REDACTED] dénotent son intention manifeste de ne pas fournir à l'Inspection de la concurrence les renseignements sollicités par celle-ci, sans qu'elle ne puisse se prévaloir d'une cause de justification à l'appui de ce refus.

Le Conseil estime dès lors que le comportement de la [REDACTED] justifie d'une part le prononcé d'une amende à titre de sanction et d'autre part le prononcé d'une astreinte afin d'inciter la [REDACTED] à fournir les réponses souhaitées au plus vite pour permettre à l'Inspection de la concurrence de continuer et de parfaire son enquête.

18. Tant l'amende que l'astreinte sont à fixer en fonction d'un plafond évalué par rapport aux derniers chiffres disponibles. En l'absence de réponse aux questions posées sur ce point par l'Inspection de la concurrence, le Conseil de la concurrence a pris inspection

des comptes sociaux publiés au registre de commerce et des sociétés. Ceux-ci portent en dernier lieu sur l'année 2005. Il y a partant lieu de s'y référer.

Le compte de pertes et profits au 31 décembre 2005 indique au titre du poste « Bruttoresultat », auquel le Conseil entend se référer comme se rapprochant le plus de la notion de chiffre d'affaires, le montant de 851.413,89 €.

19. Le maximum de l'amende est à fixer à 1% du chiffre d'affaires, partant à (851.413,89 x 1% =) 8.514,14 €

Dans ces limites, le Conseil estime approprié de fixer l'amende à 3.000 €.

20. Le maximum de l'astreinte journalière est à fixer à 5% du chiffre d'affaires journalier moyen, partant à (851.413,89 : 365 x 5% =) 116,63 €

Dans ces limites, le Conseil estime approprié de fixer l'astreinte journalière à 40 €.

Compte tenu des délais qui avaient été accordés à la [REDACTED] depuis la première demande de renseignements du 28 septembre 2006, il semble approprié de faire courir l'astreinte à partir de l'expiration du dernier délai accordé pour répondre, partant à partir du 16 janvier 2007.

a adopté la présente décision

Article 1^{er} :

Le Conseil de la concurrence prononce à l'encontre de la [REDACTED] une amende d'un montant de 3.000 €.

Article 2 :

Le Conseil de la concurrence prononce à l'encontre de la [REDACTED] une astreinte journalière au taux de 40 € à partir du 16 janvier 2007.

Cette astreinte est due jusqu'au jour auquel la [REDACTED] répond de façon exacte, complète et non dénaturée au questionnaire qui lui a été adressé par l'Inspection de la concurrence dans la décision de cette dernière du 4 décembre 2006, à l'exclusion des volets portant sur les raisons des activités de collaboration abordées dans les questions N° 5 et 6, lorsque ces raisons sont de nature à impliquer une violation du droit de la concurrence, ainsi que de celles portant sur l'objet des réunions mentionnées au point a) de la question N° 18.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 30 mars 2007.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller suppléant

(signé)
Jean-Claude WIWINIUS
Conseiller

L'article 1^{er} de la présente décision est susceptible d'un recours en réformation devant le Tribunal Administratif.

Le délai de recours est de deux mois à partir de la notification de la présente décision.

Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour.

L'article 2 de la présente décision est susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal Administratif.

Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification de la présente décision.

Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour.