

Décision N° 2008-AA-03

du 13 octobre 2008

**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**

**inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° [REDACTED],
établie à [REDACTED]**

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 10 juin 2008 ;

Vu la demande de l'Inspection de la concurrence du 28 juillet 2008 ;

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 14 mars 2008 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 10 points.

Cette demande a été notifiée le 17 mars 2008. La [REDACTED] en a accusé réception en date du 28 avril 2008.

La [REDACTED] n'a pas donné suite à cette demande de renseignements.

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 10 juin 2008 une décision pour poser à la [REDACTED] les mêmes questions que celles posées en date du 14 mars 2008. Cette décision était basée sur l'article 13, paragraphe 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

Cette décision a été notifiée le 13 juin 2008. La [REDACTED] n'en a pas spécialement accusé réception.

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 28 juillet 2008 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 11 juillet 2008, date limite fixée dans la décision du 10 juin 2008 pour répondre aux questions posées.

La [REDACTED] a été informée de cette démarche par courrier du Conseil de la concurrence du 12 août 2008, l'invitant par ailleurs à présenter ses observations avant le 15 septembre 2008. Ce courrier a été notifié le 19 août 2008. Aucune réaction n'est parvenue au Conseil de la concurrence de la part de la [REDACTED].

L'Inspection de la concurrence a informé le Conseil avoir eu des contacts oraux avec la [REDACTED] au cours desquels celle-ci lui aurait affirmé avoir envoyé les réponses au questionnaire à l'Institut Luxembourgeois de Régulation, mais que vérification faite auprès de cet Institut, aucun courrier afférent n'y était entré. L'Inspection a demandé au Conseil à prendre une décision sur base du dossier tel que transmis.

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 prononcée 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-dénaturées 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 autres 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.

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

7. 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 10 juin 2008 prenant appui sur l'article 13, paragraphe 3 de la loi de 2004. Cette décision a été notifiée à la [REDACTED].

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.

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

8. Face aux questions précises et détaillées formulées par l'Inspection de la concurrence dans son questionnaire envoyé en dates des 14 mars 2008 et 10 juin 2008, 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

9. 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.

10. Le Conseil estime toutefois qu'il n'a pas pu être dans l'intention du législateur de laisser 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.

D'autres arguments militent en ce sens. Ainsi, 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.

11. En cherchant à adopter des critères objectifs et transparents, le Conseil estime approprié de se référer au 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* ».

De tels 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 en l'espèce, 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. Conclusion

12. Le Conseil estime sur base des développements qui précèdent que la demande de l'Inspection de la concurrence est justifiée en son principe. L'absence de réaction quelconque de la [REDACTED] dénote son intention manifeste de ne pas fournir à l'Inspection de la concurrence les renseignements sollicités par celle-ci.

Le Conseil estime dès lors que le comportement de la [REDACTED] justifie d'une part le prononcé sur base de l'article 18, paragraphe 1^{er}, point 2 de la loi de 2004 d'une amende à titre de sanction, et d'autre part le prononcé sur base de l'article 20, paragraphe 1^{er}, point 3 de la loi de 2004 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.

4. Fixation des montants et délais

13. Tant l'amende que l'astreinte sont à fixer en fonction d'un plafond évalué par rapport aux derniers chiffres disponibles. En l'absence d'éléments d'appréciation afférents au dossier, le Conseil de la concurrence a pris connaissance des comptes sociaux publiés au registre de commerce et des sociétés. Ceux-ci portent sur les années 2004 à 2006.

Les comptes publiés des années 2005 et 2006 ne permettent pas de dégager directement le chiffre d'affaires réalisé au cours de ces deux années, tandis que les comptes de l'année 2004 (et par extension ceux de l'année 2003 qui sont inclus dans ceux de 2004) comportent expressément le poste «Chiffre d'affaires». Les deux présentations ont comme point commun le poste « Marge brute », dont la valeur dans les comptes des années 2003 et 2004 est obtenue en déduisant du poste « Chiffre d'affaires » un poste « Services et biens ». Il faut en déduire que dans la présentation de ses comptes adoptée par la [REDACTED], le chiffre d'affaires est nécessairement supérieur à la marge brute.

Pour le dernier exercice clôturé, soit 2006, le chiffre d'affaires est donc supérieur au montant de 265.431,69 € indiquée au titre de la marge brute. Le montant exact du chiffre d'affaires ne peut cependant être dégagé des documents publiés. Pour les besoins de la suite, cette somme de 265.431,69 € est partant un montant minimum à prendre en considération.

4.1. L'amende

14. Pour la fixation du taux de l'amende, il faut tenir compte de la gravité de l'infraction. Le Conseil de la concurrence estime que l'obstruction faite par une entreprise aux mesures d'investigation diligentées par l'Inspection de la concurrence constitue une violation grave des obligations légales de cette entreprise, nonobstant la question de la

responsabilité directe de cette entreprise dans les faits qui font l'objet de l'investigation, puisque pareille obstruction met obstacle à ce que l'Inspection de la concurrence exerce correctement son rôle d'organe de recherche, de détection et d'enquête dans le domaine du droit économique tendant à la sauvegarde de la libre concurrence.

La violation de la loi est aggravée par le fait que la [REDACTED] n'a réagi en aucune manière aux sollicitations dont elle a été l'objet par l'Inspection de la concurrence, ne serait-ce que pour demander des éclaircissements sur le sens et la portée du questionnaire ou demander un report du délai de réponse.

Le Conseil relève encore que l'infraction commise par la [REDACTED] perdure depuis le 5 mai 2008, date limite de réponse à la demande de renseignements initiale du 14 mars 2008.

15. Le plancher du maximum de l'amende est à fixer à 1% du minimum à prendre en considération au titre du chiffre d'affaires, partant à $(265.431,69 \times 1\% =) 2.654,32 \text{ €}$.

Dans ces limites, le Conseil estime approprié de fixer l'amende à 1.500 €.

4.2. L'astreinte

16. Le plafond inférieur du maximum de l'astreinte journalière est à fixer à 5% du minimum à prendre en considération au titre du chiffre d'affaires journalier moyen, partant à $(265.431,69 : 365 \times 5\% =) 36,36 \text{ €}$.

Dans ces limites, le Conseil estime approprié de fixer l'astreinte journalière à 20 €.

17. Le régime légal applicable aux astreintes à prononcer par le Conseil de la concurrence en application de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence permet de les faire courir à une date antérieure à sa décision, et ce à partir du jour auquel l'entreprise était en demeure de s'exécuter en étant avertie des conséquences pouvant découler d'une exécution défectueuse des ses obligations légales (Tribunal administratif 30 avril 2008, N° 22864, 22957 et 23253 du rôle; Tribunal administratif 30 avril 2008, N° 22862, 22958 et 23252; Tribunal administratif 30 avril 2008, N° 22882 et 23384 du rôle). Ces conditions sont remplies en l'espèce par l'effet de la décision de l'Inspection de la concurrence du 10 juin 2008, de sorte que l'astreinte peut en principe être imposée à partir de la date à laquelle la [REDACTED] était définitivement en défaut de s'exécuter.

Mais l'astreinte journalière ne peut être due qu'après notification par l'Inspection de la concurrence d'une décision prise sur base de l'article 13, paragraphe 3 de la loi de 2004, qui doit laisser à l'entreprise un délai d'au moins un mois pour répondre à la demande de renseignements contenue dans pareille décision.

En l'espèce, la décision du 10 juin 2008, postée le 10 juin 2008, a été notifiée le 13 juin 2008 à la [REDACTED]. La décision indique pour délai ultime pour répondre à

la demande de renseignements la date du 11 juillet 2008. Cette date ne respecte pas le délai minimum de un mois imposé par la loi. Il y a dès lors lieu de redresser cette erreur dans la présente décision et de dire que l'astreinte journalière ne peut être imposée qu'au plus tôt à partir de l'expiration du délai de un mois après la notification de la décision, soit à partir du 14 juillet 2008.

Compte tenu des délais qui avaient été accordés à la [REDACTED] depuis la première demande de renseignements du 14 mars 2008, il semble approprié de faire courir l'astreinte à partir de l'expiration du délai pour répondre à la décision de demande de renseignements, partant à partir du 14 juillet 2008.

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 1.500 €.

Article 2 :

Le Conseil de la concurrence prononce à l'encontre de la [REDACTED] une astreinte journalière de 20 € à partir du 14 juillet 2008.

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 10 juin 2008.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 13 octobre 2008.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

(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.