

Décision N° 2011-AA-01
du 6 avril 2011
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
[REDACTED],
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 25 août 2010 ;

Vu la demande de l'Inspection de la concurrence du 24 novembre 2010 ;

Vu les pièces du dossier ;

considérant ce qui suit :

Table des matières :

1. Faits et rétroactes	2
2. Cadre juridique.....	3
3. Conditions d'application de la loi.....	6
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	6
3.2. Le caractère exhaustif des réponses fournies par la S.A. Adequat Immobilier ...	6
3.3. Conclusion.....	6
4. Fixation des montants et délais	7
4.1. Chiffre d'affaires de référence	7
4.2. L'amende.....	7
4.2.1. La gravité des faits	9
4.2.2. La durée des faits	9
4.2.3. Le montant de l'amende.....	10
4.3. L'astreinte.....	10
4.3.1. Le montant de l'astreinte	10
4.3.2. Le point de départ de l'astreinte.....	10

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 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'Inspection de la concurrence avait adressé en date du 25 août 2010 une demande de renseignements à la [REDACTED] par voie de décision sur base de l'article 13, paragraphe 3 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence. La substance de cette demande de renseignements était contenue dans un questionnaire portant sur 27 points.

Cette demande a été notifiée le 25 août 2010. La [REDACTED] en a accusé réception en date du 16 septembre 2010.

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

2. Exposant que la [REDACTED] restait en défaut de lui fournir les réponses aux questions posées et que ce défaut de réponse n'avait fait l'objet d'aucune explication de la part de l'entreprise, l'Inspection de la concurrence a saisi le Conseil de la concurrence en date du 24 novembre 2010 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 25 octobre 2010, date limite fixée dans la décision du 25 août 2010 pour répondre aux questions posées.

La [REDACTED] a été informée de cette démarche par courrier du Conseil de la concurrence du 8 décembre 2010, l'invitant par ailleurs à présenter ses observations avant le 10 janvier 2011. Ce courrier a été notifié le 9 décembre 2010.

Par courrier du 17 janvier 2011, le Conseil de la concurrence a été informé par l'entreprise qu'elle ne serait pas en mesure de respecter le délai pour retourner le dossier. Elle a sollicité un délai supplémentaire.

Par courriel en réponse du 26 janvier 2011, la [REDACTED] a été renseignée sur la situation juridique, les fonctions respectives de l'Inspection de la concurrence et du Conseil de la concurrence et sur l'articulation entre la procédure menée par l'Inspection de la concurrence et celle introduite devant le Conseil de la concurrence.

Il résulte de courriers adressés par l'Inspection de la concurrence au Conseil de la concurrence en dates des 4 février 2011 et 9 mars 2011 que jusqu'à ces dates, la [REDACTED] n'a pas donné suite à la demande de renseignements.

2. Cadre juridique

3. 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-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.

4. Cette faculté de prononcer des amendes et astreintes bénéficie de plusieurs justifications générales.

En premier lieu, elle est destinée à inciter et à persuader les entreprises visées par une sollicitation, par crainte des conséquences financières (sanction en ce qui concerne les amendes, incitation en ce qui concerne les astreintes), à coopérer avec l'Inspection de la concurrence dans sa mission de collecte de données. Cette collecte est nécessaire à

l'exécution de la mission légale de l'Inspection de la concurrence, qui est celle de constater et de rechercher les infractions aux articles 3 à 5 de la loi et des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (cf. article 8 de la loi). L'absence de collecte de ces informations mettrait 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 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (cf. article 6 de la loi). Ce n'est que si la menace de telles conséquences financières est suffisamment élevée, tant en ce qui concerne leur probabilité que leur montant, qu'elles sont en mesure de produire cet effet persuasif.

En deuxième lieu, la possibilité pour le Conseil de la concurrence en tant qu'autorité de concurrence nationale d'imposer des amendes découle 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.

En dernier lieu, il importe de garder à l'esprit que les compétences de l'Inspection de la concurrence et du Conseil de la concurrence ne se limitent pas à l'application du 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 l'Union européenne impliquent d'une façon générale celle d'organiser son système juridique de telle façon à assurer l'efficacité et l'effectivité 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 101 et 102 du traité. Une des mesures requises à cet effet consiste à prévoir la possibilité d'amendes en cas de refus de réponse.

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

concurrency 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^{er}, point 2 et de l'article 20, paragraphe 1^{er}, 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 25 août 2010 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 date du 25 août 2010, 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. Conclusion

9. 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 pertinente de la [REDACTED] endéans les délais imposés et encore au delà de la date limite dénote son intention 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

4.1. Chiffre d'affaires de référence

10. Tant l'amende que l'astreinte sont à fixer en fonction d'un plafond évalué par rapport aux derniers chiffres disponibles sur le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise. L'information sur le chiffre d'affaires de la [REDACTED] a été sollicitée à la question N° 5 du questionnaire. Elle n'a pas été fournie par l'entreprise.

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, pour constater que la [REDACTED] n'y a publié que ses bilans annuels, le dernier remontant au 31 décembre 2009. Ces bilans ne permettent pas au Conseil d'apprécier le volume du chiffre d'affaires de la [REDACTED].

Dans la mesure où l'application de la loi ne peut être écartée en raison des carences de la [REDACTED], le Conseil est amené à fixer l'amende et les astreintes de façon forfaitaire en fonction de ce qu'il estime se trouver dans les limites légales

4.2. L'amende

11. 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 « individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende » et finalement dans les limites d'un maximum de « 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 ».

12. Appelée à statuer sur la correcte application de ces dispositions légales par le Conseil de la concurrence, la Cour administrative a statué comme suit par rapport aux différents critères légaux (Cour administrative 13 novembre 2008, N° 24434C du rôle) :

« Considérant que le paragraphe (2) en question énonce tout d'abord le principe général que les amendes doivent être proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus ;

Considérant que ce principe général reste éminemment valable pour les faits sous analyse, la gravité visant en l'occurrence le fait de ne pas fournir les renseignements requis dans le délai et la durée des faits retenus visant dans le cadre précis de l'espèce la durée de non-fourniture des renseignements sollicités, compte tenu notamment du délai fixé ;

Considérant que par ailleurs l'alinéa 2 du paragraphe (2) de l'article 18 prérelaté trouve également pleine application en l'occurrence en ce que « les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque amende » ;

Considérant que d'un autre côté la Cour partage l'analyse du conseil de la concurrence en ce que le montant maximum de l'amende prononcée sur base des paragraphes précédents, tel qu'énoncé par l'alinéa 3 du paragraphe (2) dudit article 18, évalué à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial y précisé doit valoir essentiellement pour les amendes à prononcer au fond également prévues par le paragraphe 1^{er} du même article 18 ;

Considérant que s'il est manifeste que le paragraphe (2) de l'article 18 répond aux hypothèses multiples relatives aux phases d'instruction et de fond prévues par le paragraphe (1) et épouse dès lors cette diversité par le renvoi opéré sans formuler une réponse distributive complète, le texte légal en question ne se résume cependant pas en un cercle vicieux tel que mis en avant par le conseil de la concurrence ;

Considérant qu'il est patent que si le critère de l'importance du dommage causé à l'économie, repris par le paragraphe (2) de l'article 18 sous revue a essentiellement trait aux amendes prononcées au fond, de même que celui de l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la loi de 2004, le critère de la situation de l'entreprise ou du groupe concerné est cependant en général tel qu'il est applicable à toutes les amendes énumérées au paragraphe (1) dudit article 18 ;

Considérant que force est à la Cour de retenir que le législateur, à travers le texte de loi inégalement différencié, finit par laisser au conseil de la concurrence une marge d'appréciation qui, sans être cadrée en tous points in concreto, se trouve néanmoins balisée à travers les principes généraux de la proportionnalité, de l'individualité, voire de la spécialité, de la gravité des faits, de la durée de la situation ainsi que de l'exigence de motivation ut singula pour chaque amende prononcée ;

Considérant que c'est à bon droit que le conseil de la concurrence a considéré le maximum de l'amende fixée au paragraphe (2) alinéa 3 de l'article 18 sous revue comme étant un maximum plutôt lointain, devant valoir pour les amendes prononcées au fond ;

Considérant que dans le cadre de son pouvoir d'appréciation le conseil a pu, tel qu'il l'a fait, prendre référence par rapport à des standards existant en droit communautaire ;

Que plus particulièrement c'est de façon adéquate que le conseil s'est orienté par rapport au maximum de 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au courant de l'exercice social précédent les faits sanctionnés, notamment en cas de non-fourniture de renseignements sollicités dans le délai imparti, prévu dans le cas précis où la Commission européenne peut infliger une amende conformément à l'article 23 dudit règlement CE 1/2003 aux entreprises y visées dans le cadre de ses attributions propres ; »

Par la suite, le Conseil va procéder à une fixation de l'amende à imposer à la [REDACTED] en procédant de façon individuelle et motivée par rapport à la situation propre de l'entreprise.

4.2.1. La gravité des faits

13. 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.

4.2.2. La durée des faits

14. 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. Ce n'est qu'en date du 17 janvier 2011, soit presque trois mois après l'écoulement du délai initialement fixé par l'Inspection de la concurrence au 25 octobre 2010, et après avoir reçu le courrier de la part du Conseil de la concurrence du 8 décembre 2010, et une semaine après l'écoulement du délai qui lui avait été fixé par ce dernier que la [REDACTED] a réagi une première fois. Par la suite, et malgré les éclaircissements qui lui ont été apportés par courriel du 26 janvier 2011, la [REDACTED] n'a toujours pas fourni les réponses requises jusqu'à la date d'adoption de la présente décision.

La [REDACTED] se trouve donc en état de violation de la loi depuis plus de cinq mois.

4.2.3. Le montant de l'amende

15. Le Conseil estime approprié de fixer dans le présent dossier l'amende à l'encontre de la [REDACTED] à 3.000€.

4.3. L'astreinte

4.3.1. Le montant de l'astreinte

16. La loi ne fixe pas de critères spécifiques à prendre en considération lors de la fixation du montant de l'astreinte journalière.

17. Le Conseil estime approprié de fixer dans le présent dossier l'astreinte journalière à charge de la [REDACTED] à 100€.

4.3.2. Le point de départ de l'astreinte

18. L'arrêt précité de la Cour administrative du 13 novembre 2008 a décidé « *qu'il n'était légalement possible pour le conseil de fixer l'astreinte, dans la mesure où les renseignements requis ne se trouvaient pas fournis de manière complète et exacte, qu'au plus tôt à partir de la date de la notification faite de la décision contenant la fixation de l'astreinte en question* ».

Le Conseil ne saurait donc faire courir les astreintes, tel que demandé par l'Inspection de la concurrence, à partir de l'expiration du délai accordé à l'entreprise pour répondre à la demande de renseignements. Elles ne courront qu'à partir de la notification de la présente décision.

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€ (trois mille Euros).

Article 2 :

Le Conseil de la concurrence prononce à l'encontre de la [REDACTED] une astreinte journalière de 100€ (cent Euros) à partir du jour de la notification de la présente décision.

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 25 août 2010.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 6 avril 2011.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Luisito BERTINELLI
Conseiller suppléant

(signé)
Pierre CALMES
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.