

Décision n°2020-FO-05

du 18 novembre 2020

concernant une procédure au fond mettant en cause

Bahlsen Management S.à.r.l.

Bahlsen Luxembourg SCS

Bahlsen GmbH & Co KG

Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH

Bahlsen Beteiligungs-GmbH

Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA/SCA (Belgium)

Delhaize Distribution Luxembourg S.A.

Delhaize Distribution S.A.

Version publique

Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence en date du 15 décembre 2016 désignant monsieur Mattia Melloni conseiller pour diriger l'instruction du dossier ;

Vu l'avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016 ;

Vu la perquisition en date des 15 et 16 juillet 2015 des sociétés Bahlsen Luxembourg SCS et Bahlsen Management S.à.r.l. ;

Vu les communications des griefs du conseiller désigné en date du 14 février 2019 ;

Vu les observations écrites des parties suite aux communications des griefs ;

Entendu les parties et le conseiller désigné en leurs observations lors de l'audition du 6 février 2020 ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières

1	Introduction.....	5
2	Les entreprises en cause.....	5
	2.1 Le fournisseur: Bahlsen.....	5
	2.2 Le distributeur : Delhaize	7
3	Procédure.....	8
	3.1 L’auto-saisine du Conseil.....	8
	3.2 La perquisition de Bahlsen	9
	3.3 La procédure de clémence	10
	3.3.1 La demande de clémence de Bahlsen	10
	3.3.2 L’avis de clémence	10
	3.3.3 Les entretiens	10
4	Les pratiques : rappel des faits.....	11
	4.1 Les produits concernés	11
	4.2 Les pratiques constatées	12
	4.2.1 Le cadre des relations commerciales entre Bahlsen, fournisseur et Delhaize, distributeur.....	12
	4.2.2 Les prix de vente à Delhaize	13
	4.2.3 Les prix de revente.....	13
	4.2.4 Les pratiques prises dans leur ensemble	26
5	Les griefs notifiés.....	27
6	Analyse juridique.....	27
	6.1 Procédure: sur les moyens tirés du non-respect des droits de la défense	27
	6.1.1 Sur le moyen tiré des défauts de la Communication des griefs	27
	6.1.2 Sur le moyen tiré du manque d’impartialité.....	31
	6.1.3 Sur le moyen tiré du non-respect du principe de séparation des fonctions d’instruction et de décision	32
	6.2 Le droit applicable.....	33
	6.2.1 La Loi.....	33
	6.2.2 L’article 101, paragraphe 1 du TFUE et l’affectation du commerce entre Etats membres.....	33
	6.2.3 Les règles d’administration de la preuve	37
	6.3 Le marché concerné.....	39
	6.3.1 Le marché des produits concernés	40
	6.3.2 Le marché géographique.....	40
	6.3.3 Les parties présentes sur le marché des produits concernés	41
	6.3.4 Conclusion	41
	6.4 Accord et/ou pratique concertée sur les prix de revente minimaux ou fixes.....	41
	6.4.1 Les principes de l’interdiction des prix de revente imposés (minimaux ou fixes)	41
	6.4.2 Un concours de volontés.....	43
	6.4.3 En l’espèce.....	48
	6.5 L’accord s’inscrit dans le cadre de plusieurs accords parallèles entre Bahlsen et ses distributeurs, dont Delhaize.....	73
	6.5.1 Absence de preuves suffisantes pour retenir la qualification d’accord horizontal ou d’infraction unique et continue	73

	6.5.2	L'existence de plusieurs accords et/ou pratiques concertées parallèles entre Bahlsen et certains de ses distributeurs.....	75
	6.6	Restriction de concurrence « par objet »	75
	6.7	Non-application du règlement (UE) n°330/2010.....	78
	6.8	Non-application des articles 4 de la Loi et 101, paragraphe 3 du TFUE.....	79
7		Durée de l'infraction.....	81
8		imputabilité des pratiques	82
	8.1	Le droit applicable.....	82
	8.2	Les moyens de Bahlsen	84
	8.2.1	Quant au moyen fondé sur l'autonomie de Bahlsen Luxembourg.....	84
	8.2.2	Quant au moyen fondé sur la responsabilité solidaire	85
	8.3	En l'espèce	86
	8.3.1	Bahlsen.....	86
	8.3.2	Delhaize	87
9		Sanctions.....	87
	9.1	Sanctions au titre de l'article 20, paragraphe 2 de la Loi – les principes	87
	9.2	Nature intentionnelle ou négligente de l'infraction	89
	9.3	Détermination de la valeur des ventes.....	89
	9.4	Calcul du montant de base en fonction de la gravité et de la durée.....	91
	9.4.1	Gravité	91
	9.4.2	Durée.....	93
	9.4.3	Droit d'entrée.....	93
	9.4.4	Conclusion sur le montant de base.....	93
	9.5	Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et/ou atténuantes	94
	9.5.1	Circonstances aggravantes.....	94
	9.5.2	Circonstances atténuantes	96
	9.5.3	Majoration dissuasive	97
	9.5.4	Conclusion sur l'ajustement du montant de base.....	98
	9.6	Prise en compte des règles de clémence: Bahlsen	98
	9.6.1	Les principes	98
	9.6.2	En l'espèce: Bahlsen ne peut bénéficier de l'immunité ni d'une réduction d'amende au titre de la clémence.....	100
	9.7	Conclusion sur le montant de l'amende	104

1 INTRODUCTION

1. La présente décision est adressée aux sociétés Bahlsen Management S.à.r.l., Bahlsen Luxembourg SCS, Bahlsen GmbH & Co KG, Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH et Bahlsen Beteiligungs-GmbH (ci-après ensemble « Bahlsen »), d'une part et Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium), Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Distribution S.A., d'autre part, (ci-après « Delhaize »).
2. Elle examine et statue sur des griefs d'entente verticale par une pratique de prix de revente imposés tels qu'ils ont été notifiés aux entreprises en cause par des communications des griefs le 14 février 2019 (ci-après la « Communication des griefs »).

2 LES ENTREPRISES EN CAUSE

3. Les entreprises visées par la présente décision sont les entreprises détaillées dans la présente section, à savoir Bahlsen et Delhaize.

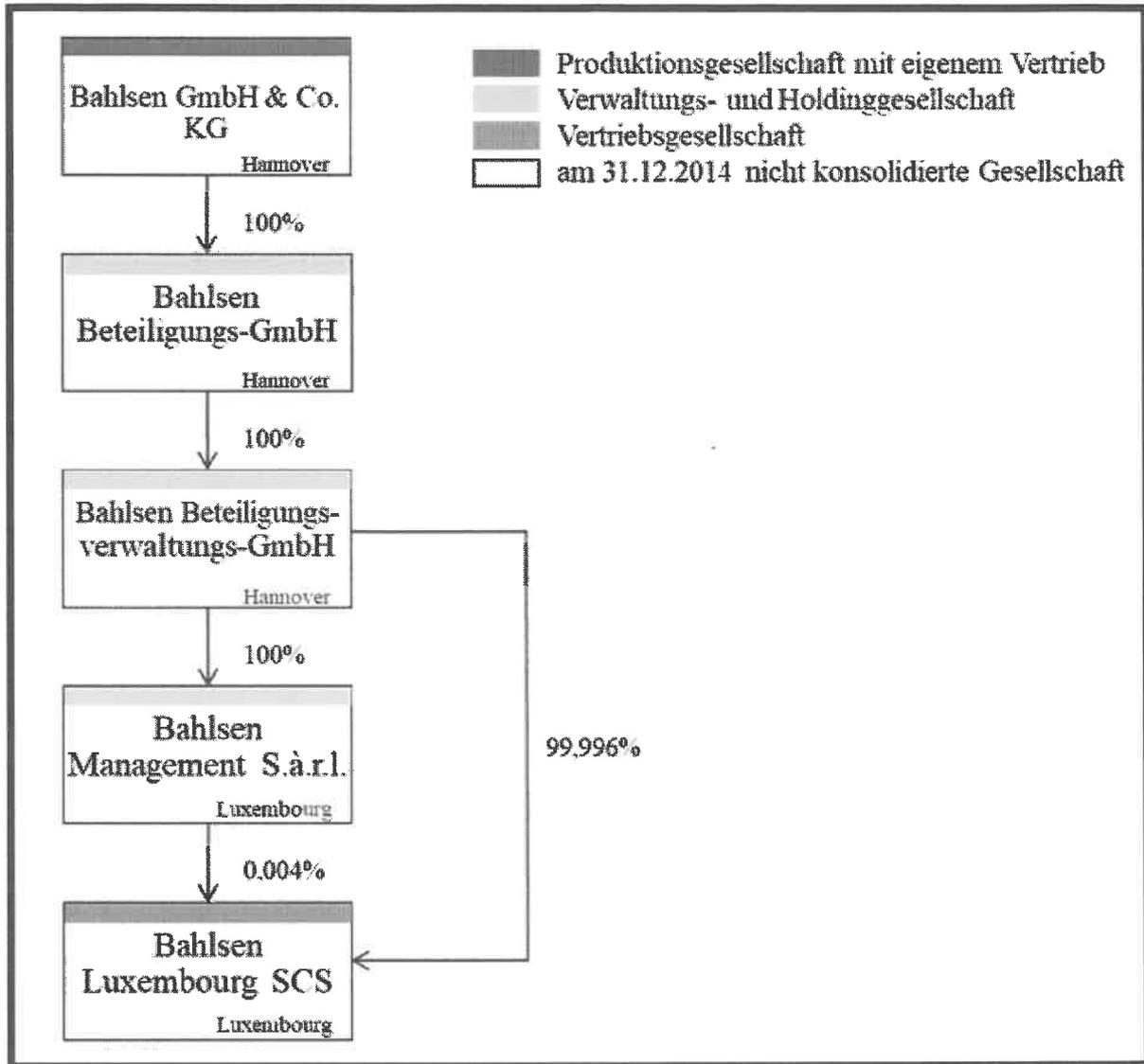
2.1 Le fournisseur: Bahlsen

4. Bahlsen est un groupe international, principalement actif dans la fabrication et la vente de biscuits et gâteaux. Le siège de la tête du groupe est établi à Hanovre, en Allemagne. Bahlsen commercialise ses produits au Luxembourg par l'intermédiaire de Bahlsen Management S.à.r.l. (ci-après « Bahlsen Management ») et principalement de Bahlsen Luxembourg SCS (ci-après « Bahlsen Luxembourg »).
5. Pour les besoins de la présente procédure, Bahlsen comprend les sociétés suivantes:
 - Les sociétés présentes au Luxembourg :
 - Bahlsen Luxembourg SCS, inscrite au registre du commerce et des sociétés (RCS) de Luxembourg sous le numéro B164380 et ayant son siège social au 145, rue de Cessange L-1321 Luxembourg ;
 - Bahlsen Management S.à.r.l., inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro B162664 et ayant son siège social au 145, rue de Cessange L-1321 Luxembourg ;
 - Les sociétés allemandes détenant l'intégralité du capital social des deux sociétés luxembourgeoises :
 - Bahlsen GmbH & Co KG, inscrite au répertoire des entreprises allemandes d'Hanovre sous le numéro HRA 26026 et ayant son siège en Allemagne ;

- Bahlsen Beteiligungs-GmbH, inscrite au répertoire des entreprises allemandes d'Hanovre sous le numéro HRB 56365 et ayant son siège social en Allemagne ;
et
 - Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, inscrite au répertoire des entreprises allemandes d'Hanovre sous le numéro HRB 206525 et ayant son siège social en Allemagne.
6. Bahlsen Management S.à.r.l. est une société luxembourgeoise constituée le 29 juillet 2011. Bahlsen Management ne détient que des participations dans d'autres sociétés¹ et ne commercialise pas de produits ou services. Elle est détenue à 100% par Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH. Celle-ci est détenue à son tour à 100% par Bahlsen Beteiligungs-GmbH, détenue par Bahlsen GmbH & Co KG.
7. Bahlsen Luxembourg SCS² est une société luxembourgeoise qui a été constituée le 30 octobre 2011. Bahlsen Management est l'associé commandité de Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH en est l'associé commanditaire.
8. La structure du groupe Bahlsen peut être schématisée comme suit :

¹ L'objet social de Bahlsen Management S.à.r.l. est le suivant : «*Gesellschaftszweck ist das Halten von Beteiligungen jeglicher Art an luxemburgischen und ausländischen Gesellschaften (i) von Wertpapieren jeder Art und von sonstigen Vermögensanlagen in jeder Form; (ii) der Erwerb von Wertpapieren, Beteiligungen und Vermögensanlagen jeder Art durch Kauf, Zeichnung oder in anderer Weise, sowie deren Übertragung durch Verkauf, Tausch oder in anderer Weise und (iii) die Verwaltung, Kontrolle und Entwicklung ihrer Beteiligungen, Wertpapieren und Vermögensanlagen.*»

² L'objet social de Bahlsen Luxembourg SCS est le suivant : «*Import und Verkauf im Groß- und Kleinhandel von Nahrungs- und Genussmitteln aller Art, insbesondere Süßwaren, sowie alle damit direkt oder indirekt zusammenhängenden Geschäfts-, Finanz- und Fabrikationsoperationen.* »



2.2 Le distributeur : Delhaize

9. Le distributeur visé par la présente décision est Delhaize. Pour les besoins de la présente procédure, Delhaize comprend les sociétés suivantes:

- Delhaize le Lion/De Leeuw Comm.VA/SCA (Belgium), inscrite au registre belge des personnes morales sous le numéro 0402.206.045 et ayant son siège social à Rue Ossegem 53, 1080 Molenbeeck-Saint-Jean (Bruxelles), Belgique ;
- Delhaize Distribution Luxembourg S.A., inscrite au R.C.S. de Luxembourg sous le numéro B70512 et ayant son siège social au Parc Logistique Eurohub Sud L-3434 Dudelange, Luxembourg ; et

- Delhaize Distribution S.A.³, inscrite au R.C.S. de Luxembourg sous le numéro B97993 et ayant son siège social au Parc Logistique Eurohub Sud L-3434 Dudelange, Luxembourg.
10. Le groupe Delhaize est le numéro deux de la grande distribution belge, mais réalise 85% de son chiffre d'affaires hors de Belgique⁴. Delhaize est présent sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg *via* 8 supermarchés Delhaize à Strassen, Walferdange, Bertrange, Belval, Schengen, Pommerloch, Alzingen et Huldange ainsi que *via* des commerces de proximité Shop&Go, AD Delhaize et Proxy Delhaize⁵.
 11. Les sociétés ayant pour objet social la gestion commerciale des enseignes Delhaize le Lion sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg sont Delhaize Distribution S.A. et Delhaize Distribution Luxembourg S.A.
 12. La société mère du groupe Delhaize, Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium) détient à hauteur de [REDACTED] le capital de ses filiales luxembourgeoises, Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Luxembourg S.A.⁶.

3 PROCEDURE

3.1 L'auto-saisine du Conseil

13. Par ordonnance du 6 janvier 2015, le président du Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») a, en application de l'article 7, paragraphe 4 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après la « Loi »), désigné le conseiller Marc Feyereisen pour diriger l'enquête à l'encontre des sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.
14. En date du 30 septembre 2016, le conseiller Jean-Claude Weidert a été désigné pour succéder à Marc Feyereisen dans la direction de l'enquête. Monsieur Weidert a ensuite été remplacé par l'actuel conseiller désigné Mattia Melloni par ordonnance du 15 décembre 2016.
15. Le 14 février 2019, monsieur Melloni a transmis la Communication des griefs aux parties en cause qui y ont répondu par observations (ci-après les « Observations ») en juin 2019.

³ La Communication des griefs faisait référence à la société « *Delhaize Luxembourg SA* » mais Delhaize a confirmé au Conseil par courrier du 22 juin 2020 que les sociétés du groupe opérationnelles au Luxembourg sont Delhaize Distribution Luxembourg SA et Delhaize Distribution SA.

⁴ Voir le rapport annuel Delhaize 2018, p.9.

⁵ Voir <https://www.delhaize.lu/fr/nos-magasins>.

⁶ Voir organigramme fourni par Delhaize suite à l'entrevue du 4 décembre 2017.

3.2 La perquisition de Bahlsen

16. Le 20 mai 2015, l'ancien conseiller désigné Marc Feyereisen a ordonné une inspection auprès des personnes morales Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management en application de l'article 16 de la Loi.
17. Le 22 mai 2015, l'ancien conseiller désigné Marc Feyereisen a, en vertu de la même disposition, déposé une requête au greffe du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en vue de la délivrance d'une ordonnance l'autorisant à procéder à une perquisition et saisie au siège social des sociétés Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management.
18. L'ancien conseiller désigné a fait valoir qu'il existait des indices graves permettant de soupçonner l'existence d'une entente verticale entre Bahlsen et la grande majorité des supermarchés établis au Luxembourg, concernant les prix de revente de plusieurs produits sucrés et salés de Bahlsen.
19. A l'appui de ses conclusions, l'ancien conseiller désigné a exposé qu'il ressortait des relevés de prix effectués par la société d'études Nielsen et commandés par l'Observatoire de la formation des prix en vue de l'élaboration de son « Etude 4 frontières » de 2015⁷ qu'une multitude de produits commercialisés par Bahlsen affichaient des prix identiques dans plusieurs supermarchés ou enseignes établis au Luxembourg.
20. Par ordonnance du 1er juin 2015, le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a constaté que, dans le dossier en question, il existait des indices graves permettant de soupçonner des pratiques prohibées par la Loi et/ou par l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »).
21. Il a dès lors fait droit à la demande de perquisition et saisie dans les locaux de Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management.
22. Les 15 et 16 juillet 2015, l'ancien conseiller désigné Marc Feyereisen a procédé à une perquisition dans les locaux de ces sociétés.
23. En date des 3 et 5 avril 2017, le nouveau conseiller désigné Mattia Melloni, en présence de monsieur François Thill, conseiller de direction adjoint auprès du service informatique, DG2, à la direction générale marché intérieur et politique régionale, officier de police judiciaire, affecté temporairement au service du Conseil par application de l'article 9, paragraphe 2 de la Loi, ainsi que de Me Wellens, mandataire de Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg, a procédé à l'indexation, l'extraction et au filtrage des données informatiques saisies lors des opérations de perquisition des 15 et 16 juillet 2015.

⁷ Document dans le domaine public à <https://odc.gouvernement.lu/fr/publications/rapport-etude-analyse/rapports-observatoire-formation-prix/rapport-thematique-ofp/rapport-thematique-ofp-005.html>

3.3 La procédure de clémence

3.3.1 *La demande de clémence de Bahlsen*

24. Suite à l'opération de perquisition et saisie menée les 15 et 16 juillet 2015, le 2 octobre 2015, Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management ont présenté oralement devant le président du Conseil, par l'intermédiaire de leur mandataire, une demande de clémence soit sur base de l'article 21, paragraphe 1, soit sur base des articles 21 paragraphes 2 ou 3 de la Loi.
25. Cette demande de clémence a été complétée par écrit les 19 octobre 2015, 22 décembre 2015, 21 janvier 2016, 27 janvier 2016, 22 février 2016, 3 mai 2016, 24 avril 2017 et 21 juillet 2017.

3.3.2 *L'avis de clémence*

26. Le 11 janvier 2016, le Conseil a rendu un avis de clémence sur base de l'article 21 paragraphe 6 de la Loi⁸, aux termes duquel il a confirmé le dépôt d'une demande de clémence de la part des sociétés Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management et leur a demandé de maintenir leur participation à l'entente, à l'époque présumée, jusqu'au 31 mars 2016, afin de préserver l'intégrité des inspections, au sens de l'article 21, paragraphe 5, (a) de la Loi. Le Conseil a également estimé provisoirement que ces sociétés pouvaient entrer dans le bénéfice de l'article 21 de la Loi.
27. Le 7 février 2018, sur base d'une demande à cet effet présentée le 21 juillet 2017, le Conseil a étendu l'avis de clémence aux sociétés Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen GmbH&Co KG et Bahlsen Beteiligungs-GmbH.

3.3.3 *Les entretiens*

28. Divers entretiens ont été organisés par le conseiller désigné avec les entreprises visées et notamment :
 - les 2 février et 4 mars 2016 avec Bahlsen Luxembourg ;
 - le 29 janvier 2018 avec Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Luxembourg S.A.

⁸ Avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016.

4 LES PRATIQUES : RAPPEL DES FAITS

29. Dans cette section, est exposé le contexte factuel des pratiques soumises à l'examen du Conseil. Ces faits seront ensuite analysés au regard de l'interdiction des ententes au sein de la section 6, consacrée à l'analyse juridique.

4.1 Les produits concernés

30. Bahlsen commercialise au Luxembourg *via* Bahlsen Luxembourg des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage)⁹ à des grossistes ainsi qu'à des distributeurs ou chaînes de supermarchés, en direct ou *via* des centrales d'achat.

31. Au cours de la période infractionnelle visée par la Communication des griefs, c'est-à-dire entre janvier 2011 et fin 2015, Bahlsen commercialisait environ ■■■ références¹⁰ au Luxembourg. Dans le segment des produits sucrés, Bahlsen vendait principalement des produits des marques phares du groupe Bahlsen, à savoir « *Bahlsen* », « *Leibniz* » et « *pick up!* ». Elle vendait aussi d'autres produits tels que des madeleines, sous la marque « *Saint-Michel* » qui appartient à la société Saint-Michel acquise par Bahlsen en 1994.

32. Dans le segment des produits salés, Bahlsen vendait principalement des produits de la marque « *Lorenz* ». Elle agissait comme détaillant de la société The Lorenz Bahlsen Snack-World GmbH & Co KG. Cette société a été fondée lorsque le segment salé a, dans le cadre de la restructuration du groupe Bahlsen en 1999, été séparé du groupe Bahlsen¹¹.

33. Au cours de la période infractionnelle visée et pour le Luxembourg, Delhaize s'approvisionnait en principe directement auprès de Bahlsen Luxembourg. Toutefois, pour certains produits, il arrive à Delhaize Luxembourg de s'approvisionner auprès de Bahlsen Belgique. En tout état de cause, quel que soit le mode d'approvisionnement, les produits sont vendus aux consommateurs luxembourgeois par Delhaize Luxembourg.

34. L'ensemble des produits Bahlsen étaient (et sont toujours) des produits de grande consommation distribués au consommateur dans différents types de points de vente et notamment dans les grandes surfaces, supermarchés et hypermarchés au Luxembourg. Dans une **présentation interne de ■■■**, Bahlsen indiquait : « (...) *the Luxembourg consumer has the highest consumption level of Bahlsen biscuits all over the world. Our*

⁹ Pièce I.B.1., demande de clémence.

¹⁰ Voir courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q3. 220 références représentent une moyenne.

¹¹ Pièce I.A.3., demande de clémence.

top 5 selling products on the Luxembourg market are: Pick up!, Choco Leibniz, Hit, Messino and Leibniz Minis»¹².

35. Il convient de noter que ces produits avaient par ailleurs une présence significative sur le marché. Si l'on se réfère à une présentation de réunion interne de [REDACTED] tel que fournie par Bahlsen, Bahlsen SCS Luxembourg se présentait comme le « leader » au Luxembourg en snacks salés en [REDACTED] et se référait à une part de marché de [REDACTED] pour ses produits « Lorenz » contre [REDACTED] pour son premier concurrent, Lay's Smith¹³. Par ailleurs, la même année sur le segment « biscuits », Bahlsen affichait une part de marché de [REDACTED], son premier concurrent – LU- se situant à [REDACTED]¹⁴. Dans une présentation interne de [REDACTED], Bahlsen se dépeignait comme ayant une « indisputable leadership position » en « salé » en [REDACTED]¹⁵.

4.2 Les pratiques constatées

36. Sont présentés dans cette section les éléments se rapportant aux relations entre Bahlsen et Delhaize. Un parallélisme a été constaté entre ces relations et celles entretenues par Bahlsen avec d'autres de ses distributeurs au Luxembourg. Les relations de Bahlsen et Delhaize sont donc exposées dans la présente section à la lumière de ce contexte particulier. Les éléments strictement propres à Delhaize sont néanmoins rassemblés, pour des raisons de clarté, dans la sous-section 4.2.3.5.

4.2.1 *Le cadre des relations commerciales entre Bahlsen, fournisseur et Delhaize, distributeur*

37. Il a été exposé par le demandeur de clémence que les contacts entre le fournisseur, Bahlsen, et le distributeur en cause, Delhaize, prenaient différentes formes au fil des années.

38. Au moment de l'entrée en relation commerciale, Bahlsen Luxembourg négociait avec le distributeur, Delhaize, les conditions de base de la relation commerciale dans un contrat-cadre qui incluait les conditions générales de Bahlsen et les conditions particulières principales négociées.

39. Puis, ce contrat-cadre était complété par autant de fiches techniques que de produits ayant fait l'objet d'un accord de commercialisation entre fournisseur et distributeur. Chaque fiche technique reprenait notamment le nom du produit, certaines de ses

¹² Voir dans inspection Bahlsen, scellés 2 et 3, échantillon saisi INFO, présentation attachée au courriel du [REDACTED] de [REDACTED] de Luxembourg/Bahlsen Groupe à [REDACTED] Holding/BahlsenGroupe, « WG : Präsentation von Bahlsen Luxembourg [REDACTED] ».

¹³ Pièce II.C.1.07., demande de clémence, Réunion interne [REDACTED] (Réunion sales & merch [REDACTED]), page 11.

¹⁴ Voir pièce II.C.1.07., demande de clémence, précitée, page 13.

¹⁵ Voir pièce II.B.7.5., demande de clémence, page 16.

caractéristiques, le nombre d'unités par lot, le tarif de base du produit, les remises consenties telles que négociées et le « *prix consommateur conseillé* » ou PVC¹⁶.

40. Une fois la relation commerciale initiée, des négociations annuelles ou trimestrielles se tenaient entre Bahlsen et Delhaize. La réunion annuelle avait pour objet une renégociation globale des conditions commerciales pour l'année à venir. En sus de cette négociation annuelle, Bahlsen – par l'intermédiaire de son [REDACTED] ou, plus rarement, de ses délégués commerciaux – rencontrait sur une base trimestrielle Delhaize pour faire le suivi de la relation commerciale.
41. En marge des réunions fixes annuelles et trimestrielles, des contacts réguliers ont été identifiés entre Bahlsen et Delhaize. Ces contacts se matérialisaient par des échanges de courriers, des communications téléphoniques ou la tenue de réunions physiques.
42. Dans le cadre de ces contacts, Bahlsen et Delhaize abordaient entre autres, d'une part, le thème des prix de gros auxquels Bahlsen facturait ses produits à Delhaize, et d'autre part, le thème des prix de revente acquittés par le consommateur dans les magasins Delhaize au Luxembourg.

4.2.2 *Les prix de vente à Delhaize*

43. Lors du lancement d'un nouveau produit de sa gamme, Bahlsen déterminait le prix de vente à facturer à son client distributeur pour chaque produit (le « *pricing proposal* » selon le jargon de Bahlsen). Ce prix de vente au distributeur, tel que Delhaize, était calculé par Bahlsen sur la base du coût du produit (incluant par exemple le coût d'achat des matières premières, le coût de production, les frais de livraison, *etc*) augmenté de la marge que Bahlsen entendait réaliser. Ce prix de vente était revu annuellement par Bahlsen, notamment en cas de hausse du prix des matières premières. Il faisait aussi l'objet d'une négociation annuelle avec le distributeur, pendant laquelle étaient discutées d'éventuelles remises. Ces remises étaient traditionnellement de trois types : remises sur facture, remises de coopération et remises sur volume. Au final, le prix de vente par Bahlsen au distributeur tenant compte de ces trois types de remises et qui était celui effectivement facturé à Delhaize, était appelé « prix 3x NET » ou encore « *tarif de base* ».

4.2.3 *Les prix de revente*

44. Comme il sera exposé ci-après, Bahlsen fixait pour ses produits un prix à la revente et le diffusait ensuite à Delhaize, en l'estampillant « *prix de vente* » ou « *prix conseillé* » ou « *PVC* », acronyme de « *prix de vente conseillé* ». Par commodité de langage, la présente décision se référera à l'acronyme « *PVC* » pour désigner ces prix de revente, qui, comme il sera démontré à la section 6, étaient prétendument conseillés par Bahlsen. Sous la

¹⁶ Voir la demande de clémence complémentaire du 19 octobre 2015, point 33. Pour des exemples de fiches techniques, voir annexe 1 au courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020.

surveillance de Bahlsen, Delhaize a ensuite, d'une manière significative, suivi ces prix dans ses magasins, soit en appliquant ce prix, soit en ne facturant pas en-dessous, faisant ainsi fonctionner le *PVC* comme un prix fixe ou minimum.

45. Les faits relatifs à chaque étape sont repris ci-dessous et seront ensuite analysés au regard de l'interdiction des ententes au sein de l'analyse juridique à la section 6 de la présente décision.

4.2.3.1 Le calcul par Bahlsen des prix de revente

46. Bahlsen fixait pour chaque produit de sa gamme, un prix de revente au détail, estampillé *PVC*. Ce prix était calculé par Bahlsen, en tenant compte de la marge des distributeurs¹⁷ mais en principe également des différentes études de marché disponibles sur le segment/produit concerné, sur les éventuelles recommandations de prix pour les nouveautés de la part du siège de Bahlsen, sur les retours d'expérience de commercialisation dans d'autres pays et sur la position ou situation concurrentielle du produit concerné et du positionnement des prix des concurrents.

4.2.3.2 La diffusion par Bahlsen aux distributeurs des PVC

47. La Communication des griefs a mis en évidence que ces *PVC* étaient ensuite transmis par Bahlsen à Delhaize *via* les fiches techniques de produits et lors de réunions¹⁸. Ces *PVC* étaient en outre rappelés à Delhaize lorsque Bahlsen souhaitait attirer son attention sur le fait qu'il ne les suivait pas et qu'il devait s'y ajuster¹⁹.

48. Par ailleurs, Bahlsen communiquait parfois à Delhaize – par exemple dans l'envoi par courriel d'une liste de nouveaux produits - un prix seul ou avec la mention « *prix à publier* » sans indication qu'il s'agissait d'un conseil de la part de Bahlsen ou d'une recommandation facultative²⁰. Lors de l'audition du 6 février 2020, Bahlsen a confirmé que cette expression « *prix à publier* » signifiait bien « *prix à afficher en magasin* ».

49. En outre, cette transmission à Delhaize de prix de revente prétendument conseillés était parfois faite à la demande de Delhaize lui-même²¹.

¹⁷ Voir Réponse à la question n°3, PV entretien M. [REDACTED] du 4 mars 2016.

¹⁸ Pour communication des *PVC* lors d'une réunion avec Delhaize, voir pièce II.D.4.01., demande de clémence, réunion avec Delhaize du 29 avril 2015, p 6 et 7, p 10 ; pièce II.D.4.02., demande de clémence, Dossier de réunion avec Delhaize 15 octobre 2014, p 4, 5, 12 et 13 ; pièce II.D.4.05., demande de clémence, Dossier de réunion Delhaize 23 octobre 2013 p 1, 5 et 7 ; pièce II.D.4.06., demande de clémence, Dossier de réunion avec Delhaize 10 octobre 2012 p. 2, 13, 14, 16-21 ; pièce II.D.4.07., demande de clémence, réunion avec Delhaize 18 juillet 2012 p1 ; pièce II.D.4.08, demande de clémence, Dossier de réunion avec Delhaize 17 novembre 2011, p1 ; pièce II.D.4.09., demande de clémence, Liste des produits_problématiques_imprimés pour Delhaize du 10 août 2011.

¹⁹ Voir pièce II.D.4.09., demande de clémence, Liste des produits_problématiques_imprimés pour Delhaize du 10 août 2011 avec la mention « *à changer* ». Voir aussi demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24.

²⁰ Pour communication à Delhaize, voir par exemple, les pièces II.D.4.23., II.E.4.1., demande de clémence, Liste des nouveaux produits pour Delhaize du 26 mai 2015. Pièce II.E.4.2., demande de clémence, Dossier de réunion avec Delhaize du 23 octobre 2009, présentation, p. 13.

²¹ Pour un exemple de demande par Delhaize, voir la pièce II.D.4.17., demande de clémence, du 19 janvier 2015 selon le courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q6.

4.2.3.3 Mise en œuvre par Delhaize

50. Une analyse du respect effectif de ces prix par Delhaize a été menée dans la présente décision.
51. Une telle analyse chiffrée a été rendue possible par l'existence de pièces établies de manière contemporaine à la période infractionnelle, c'est-à-dire *in tempore non suspecto*. Il s'agit de documents tels que des échanges de mails et de documents entre les parties en cause ainsi que des relevés de prix ou « *price panel reviews* »²² (aussi appelés « *PPRs* ») effectués chaque mois par Bahlsen dans différents points de vente de la distribution luxembourgeoise, et dans certains supermarchés Delhaize à Strassen, Alzingen, Pommerloch et Belval notamment.
52. A partir de ces relevés de prix établis *in tempore non suspecto*, la Communication des griefs a effectué une analyse en deux temps: tout d'abord, elle a synthétisé en cinq pages²³ les prix de revente effectivement pratiqués par plusieurs distributeurs au Luxembourg, y compris Delhaize, pour les années 2011, 2013 et 2015, et un échantillon de neuf produits vendus par Bahlsen à ces distributeurs. Ces documents de synthèse ont mis en évidence quand les prix de revente réels ont été identiques aux *PVC* et quand ils y ont été inférieurs. Ensuite, la Communication des griefs a, sur cette base, pour les catégories de ces neuf produits (noix, chips, biscuits sucrés pick-up, gâteaux et blondies/savaroises) pour les années 2011, 2013 et 2015 et tous distributeurs confondus, analysé:
- La proportion de prix réels identiques aux *PVC* ;
 - Le pourcentage de prix réels supérieurs aux *PVC* et
 - La proportion de prix réels inférieurs aux *PVC*.
53. Le résultat de cette analyse est le tableau synoptique inclus dans la Communication des griefs au point 4.3.6. sous le titre « *mise en œuvre des PVC par les distributeurs* ». La Communication des griefs a en outre mené une analyse du tableau synoptique en indiquant notamment que les prétendus *PVC* fonctionnaient très souvent comme des prix minimums et que par ailleurs, les prix inférieurs aux *PVC* étaient rapidement corrigés vers le haut afin d'être alignés sur ce *PVC*.
54. Dans la présente décision, le Conseil a procédé à sa propre analyse dont les conclusions montrent un respect significatif de la part de Delhaize des *PVC* communiqués par Bahlsen. Le détail de cette analyse est inclus au point 6.4.3.2.2. ci-dessous.

²² Ces relevés de prix ont été consignés à l'époque des faits dans les documents « *Price panel reviews* » ou « *PPR* » au dossier. Pour Delhaize, voir en particulier pièces II.B.1.001. à II.B.1.056, II.B.2.01, II.B.2.05, II.B.4.03, II.B.4.07 et II.B.4.08, demande de clémence.

²³ Voir documents en annexe à la Communication des griefs.

4.2.3.4 Police des prix par Bahlsen et parfois Delhaize lui-même

55. Une police des prix a été mise en œuvre par Bahlsen afin qu'il soit veillé au respect des *PVC* tels que diffusés par elle au préalable.

56. Cette police des prix prenait différentes formes : Bahlsen procédait à une veille des prix au moyen notamment des relevés de prix effectués dans les magasins et ce, depuis au moins 2006²⁴. Bahlsen abordait ensuite régulièrement avec les distributeurs, dont Delhaize, la question du respect des *PVC* et parfois, leur adressait des rappels à l'ordre.

4.2.3.4.1 La veille des prix, notamment par les relevés de prix (« *price panel reviews* ») établis par Bahlsen

57. Bahlsen menait une veille ou surveillance des prix pratiqués au détail par les distributeurs et notamment Delhaize, qui s'opérait au moyen de contrôles ponctuels²⁵ mais aussi de relevés de prix, « *plus ou moins chaque mois* »²⁶ d'après Bahlsen.

58. A partir d'avril 2015, c'est principalement [REDACTED], délégué commercial de Bahlsen, qui s'occupait de ce relevé régulier. Avant cette date, tous les délégués commerciaux s'en occupaient en remplissant des feuilles distribuées par [REDACTED] de Bahlsen. Ce dernier inscrivait alors les résultats dans un tableau Excel intitulé « *price panel review* » et/ou « *prix à la concurrence* »²⁷.

59. Le plus souvent, les prix déviant plus que marginalement (à la hausse ou à la baisse) des prix dits « *conseillés* » tels que diffusés par Bahlsen étaient surlignés en couleur jaune dans le « *PPR* »²⁸.

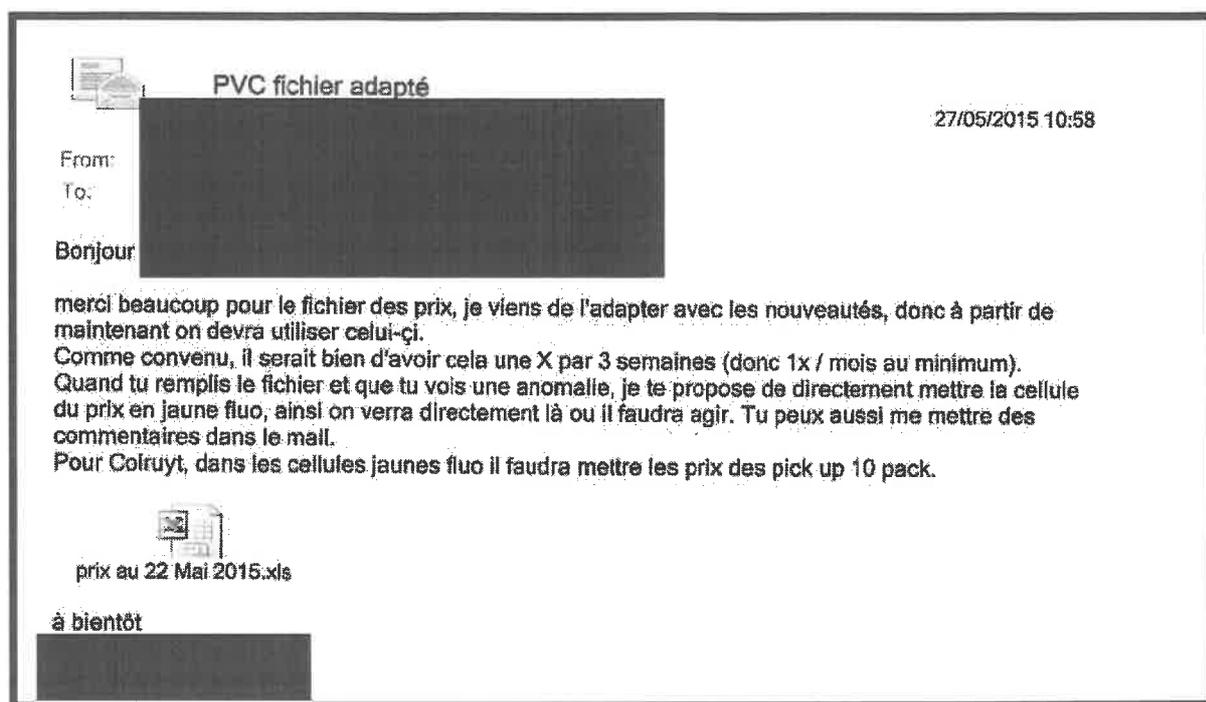
²⁴ Voir par exemple, la pièce II.B.4.22., demande de clémence, Price panel review 2006.

²⁵ Voir par exemple la pièce II.D.2.02., demande de clémence, faisant état d'un échange de courriels entre [REDACTED] et Bahlsen aux termes duquel il est rapporté que M. [REDACTED] de Bahlsen avait été vérifié de manière ponctuelle les prix pratiqués par un concurrent [REDACTED].

²⁶ Observations Bahlsen, point 42.

²⁷ Voir notamment pièces II.B.1.001 à II.B.1.108., demande de clémence du 19 octobre 2015, point 22.

²⁸ Voir la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 23.



Source: correspondance électronique du 27 mai 2015 de monsieur [redacted] à monsieur [redacted], pièce II.B.3.2., demande de clémence.

4.2.3.4.2 La thématization du respect des prix dits « *conseillés* »

60. Le respect des *PVC* et la question de l’alignement des prix étaient par ailleurs thématized lors de visites [redacted] de Bahlsen, monsieur [redacted], chez Delhaize²⁹. En d’autres termes, ce sujet était un point de discussion récurrent.

61. Lors de ces entretiens, monsieur [redacted] se munissait généralement d’une copie papier de la dernière version du tableau Excel ou « *price panel review* » confectionné préalablement par ses soins, reprenant l’ensemble des prix effectivement affichés par le distributeur concerné, comparés aux *PVC* fournis par Bahlsen³⁰.

4.2.3.4.3 Les demandes de correction de comportements déviants

62. A plusieurs reprises, Bahlsen a, de sa propre initiative ou à la demande expresse d’un distributeur³¹, rappelé à l’ordre d’autres distributeurs récalcitrants qui affichaient des prix déviant des *PVC*, en leur demandant de respecter ces prix. Les éléments spécifiques à Delhaize sont repris au paragraphe 4.2.3.5. ci-dessous.

²⁹ Voir par exemple la pièce II.D.4.12., demande de clémence, note de réunion fin 2010/début 2011 avec Delhaize faisant référence à l’ouverture d’un magasin à Strassen et la mention « *PVC check* » en lien avec un « *projet caisses* ». Pour un autre exemple, voir la pièce II.D.4.19, demande de clémence, échange de courriel entre Bahlsen et Delhaize du 3 décembre 2013 : « *PVC à corriger* ».

³⁰ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015 et complément à la demande de clémence du 3 mai 2016.

³¹ Voir par exemple, les demandes [redacted] telles que reflétées dans les pièces II.D.02., II.D.2.05. et II.D.2.01, demande de clémence.

63. Dans la demande de clémence modifiée du 24 avril 2017, Bahlsen a déclaré qu'il arrivait que son [REDACTED] identifie des déviations trop importantes des prix consommateurs par rapport aux prix de revente communiqués par Bahlsen et demande alors au distributeur de corriger ses prix consommateurs³².
64. Dans ses Observations, Bahlsen indique d'ailleurs avoir contacté les distributeurs, tels que Delhaize, quant au respect des *PVC*³³. Puis, elle précise avoir « *veillé à ne plus rappeler les détaillants quant au respect des PVC suite à la descente sur les lieux dans les locaux de Bahlsen mi-juillet 2015* »³⁴, ce qui atteste qu'elle l'avait fait jusque-là. Elle indique encore avoir tenu un discours auprès des détaillants consistant « *à dire que les pertes de marge pouvaient être évitées en respectant les PVC* »³⁵.
65. Les rappels à l'ordre par Bahlsen prenaient aussi la forme de visites de monsieur [REDACTED] auprès des distributeurs, dont Delhaize, qui étaient l'occasion de souligner certaines « *incohérences* » dans le respect des prix *PVC* par l'enseigne concernée, en s'appuyant sur le « *price panel review* » et, le cas échéant, sur une liste des produits identifiés comme « *problématiques* », c'est-à-dire les produits pour lesquels le prix appliqué par l'enseigne en cause déviait du *PVC* communiqué par Bahlsen³⁶. Comme indiqué plus haut, les prix déviants étaient surlignés en couleur jaune.
66. Plus rarement, des listes spécifiques étaient communiquées aux distributeurs concernés par courrier électronique afin que les prix mentionnés soient corrigés³⁷. Dans certains cas, les « *price panel review* » ou la liste des produits « *problématiques* » étaient accompagnés d'une mention précisant que le distributeur concerné était prié de respecter les *PVC* avec, le cas échéant, indication d'une date butoir³⁸ pour procéder à l'alignement.
- #### 4.2.3.4.4 Les mesures d'incitation
67. Selon la demande de clémence, Bahlsen ne consentait pas en principe de remises en contrepartie du respect des *PVC* communiqués. Toutefois, les pièces du dossier témoignent qu'à certaines occasions, une telle remise fut discutée avec certains

³² Voir en ce sens la demande de clémence du 24 avril 2017, page 2, 3^{ème} paragraphe.

³³ Observations Bahlsen en réponse à la Communication des griefs, point 19, 5^e paragraphe.

³⁴ Observations Bahlsen, point 35. Bahlsen fait ici référence à la perquisition opérée par le Conseil.

³⁵ Observations Bahlsen, point 42, 3^{ème} paragraphe.

³⁶ Pièces II.B.4.01. à II.B.4.22, demande de clémence (les pièces concernant Delhaize sont les pièces II.B.4.03., II.B.4.07., II.B.4.08. et II.B.4.12.). Voir également la pièce II.A.12., demande de clémence, attestation de monsieur [REDACTED], paragraphe 8.

³⁷ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24,

³⁸ Voir par exemple, pièces II.B.2.01., demande de clémence, contenant la mention « *à aligner pour le 30/10/2014* » à l'attention de Delhaize, la pièce II.B.2.03, demande de clémence, de septembre 2014 avec la mention « *à corriger* » à l'attention [REDACTED], ou encore la pièce II.B.2.09., demande de clémence, avec la mention « *A corriger svp* » à l'attention [REDACTED] en date du 20 janvier 2009.

distributeurs, et notamment Delhaize³⁹. Bahlsen dans ses Observations⁴⁰ indique qu'à au moins une reprise un rabais a pu être conditionné par un blocage des *PVC* par Delhaize dans son système de manière à ce que les prix en magasins soient automatiquement au niveau du *PVC*⁴¹.

68. Même si ces pièces se situent parfois hors période infractionnelle, elles apportent des éléments de compréhension utiles quant au contexte des pratiques mises en œuvre. Il ressort en effet d'une jurisprudence bien établie⁴² que l'autorité de concurrence peut tenir compte d'éléments établis en dehors de la période d'infraction si ces éléments font partie du faisceau d'indices invoqué afin de prouver ladite infraction ou qu'ils sont des éléments de compréhension du contexte de l'infraction.

4.2.3.5 *Éléments additionnels spécifiques relatifs à la participation de Delhaize à l'accord et/ou à la pratique concertée*

69. Le thème des *PVC* tels que diffusés par Bahlsen et du respect de ceux-ci par Delhaize, était régulièrement abordé⁴³ lors de réunions et dans les échanges de courriers électroniques entre Bahlsen et les responsables de Delhaize (monsieur [REDACTED] [REDACTED] notamment).

70. Suite à la communication⁴⁴ des listes de *PVC*, Bahlsen pouvait adresser ou donner à Delhaize une liste des produits dits « *problématiques* » que Bahlsen avait relevés dans

³⁹ Voir pièces suivantes de la demande de clémence : II.F.1.1., Dossier de réunion [REDACTED] de fin 2011, notes de la réunion, p.12 ; II.F.2.1., Dossier de réunion avec [REDACTED] du 22 décembre 2011, compte rendu discussion, p.1 ; II.F.2.2., Dossier de réunion avec [REDACTED] de janvier 2011, compte rendu discussion et proposition par [REDACTED], p.1 ; II.F.2.3., Dossier de négociation avec [REDACTED] 1^{ère} moitié de 2009, courriel de confirmation du 12 février 2009, p. 5 ; II.F.4.1, Présentation pour Delhaize du 23 octobre 2009, p. 18 et 19 (« *PV promo. 1,89. publié. 10% remise promo* ») et 29-30 (« *PV promo, 1,59. publié->30 points à l'achat de deux paquets* »), beaucoup de promotions étant faites en accord avec Bahlsen puisqu'elle les finançait alors intégralement (voir procès-verbal d'audition de monsieur [REDACTED] du 30 octobre 2015, page 4, 3^{ème} paragraphe et procès-verbal [REDACTED] [REDACTED], Bahlsen, 4 mars 2016, p2 point 4, 4^{ème} paragraphe).

⁴⁰ Observations Bahlsen, point 43, 2^{ème} paragraphe.

⁴¹ Voir pour l'interprétation du terme « *blocage* », la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63, deuxième paragraphe.

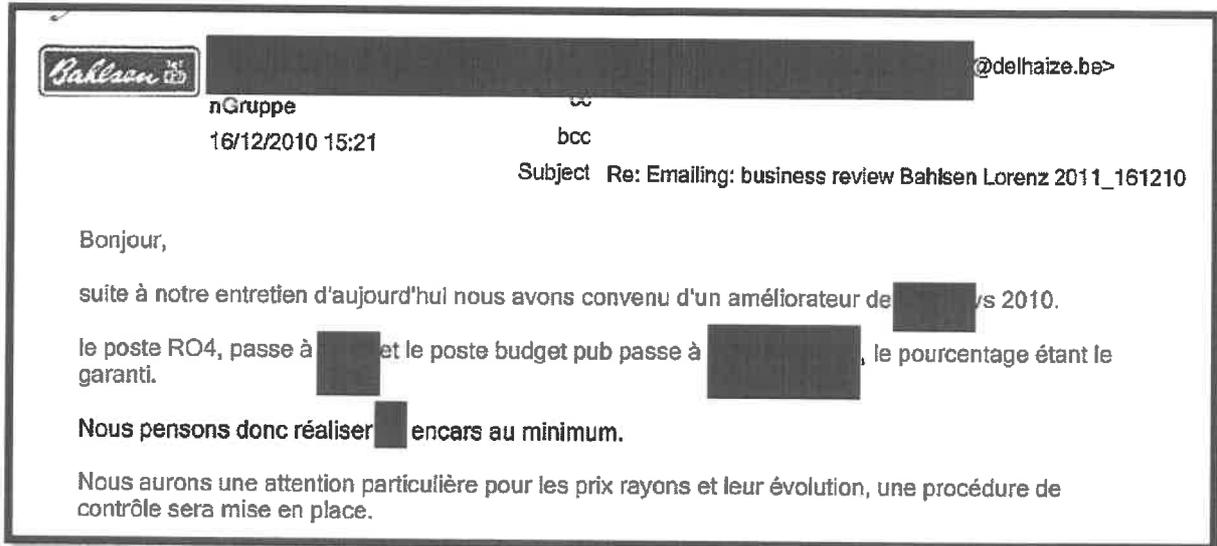
⁴² Voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 2 février 2012, *Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals/Commission*, T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48, point 193 et arrêt du 9 avril 2019, *Qualcomm / Commission*, T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232, point 91.

⁴³ Voir les pièces suivantes de la demande de clémence : II.D.4.01. Réunion avec Delhaize du 29 avril 2015, p. 10 et 6-7 ; II.D.4.19. Echange de courriels du 3 décembre 2013 entre Bahlsen et Delhaize ; II.D.4.06. Dossier de réunion avec Delhaize du 10 octobre 2012, compte rendu discussion et price panel review p. 2, 13-14 et 16-21 ; II.D.4.07. Réunion avec Delhaize du 18 juillet 2012, p. 1 ; II.D.4.08. Dossier de réunion avec Delhaize du 17 novembre 2011, compte rendu discussion, p. 1 ; II.D.4.12. Note de réunion de fin 2010-début 2011, p. 1 ; II.D.4.14. Dossier de réunion avec Delhaize du 07 juillet 2010, p. 7-8 et p.45 ; II.D.4.15. Dossier de réunion avec Delhaize du 03 décembre 2009, présentation et notes de la réunion p. 2 et 4 ; II.D.4.16. Présentation de Delhaize du 16 octobre 2009, p. 3. ; II.D.4.13. Correspondance (courriels) avec Delhaize du 28 juillet 2010 au 09 août 2010, p. 1 et 5 ; II.D.4.10 Dossier de réunion avec Delhaize du 16 décembre 2010, courrier et compte rendu discussion, p. 1-2 ; II.D.4.11. Dossier de réunion avec Delhaize du 02 décembre 2010, compte rendu discussion, p. 1.

⁴⁴ Pour des exemples de telles communications, voir demande de clémence : pièces II.D.4.02. Dossier de réunion avec Delhaize du 15 octobre 2014, p. 12-13 ; II.D.4.05. Dossier de réunion avec Delhaize du 23 octobre 2013, p. 5 ; II.D.4.09. Liste des produits « *problématiques* » (imprimé) pour Delhaize du 10 août 2011 ; II.E.4.1. Liste des

les magasins Delhaize, à savoir les produits pour lesquels les prix de vente consommateurs affichés par Delhaize ne correspondaient pas aux *PVC* et que Bahlsen demandait ensuite à Delhaize de modifier⁴⁵.

71. Quelques illustrations sont reproduites ci-après :



Source : courriel de Bahlsen à Delhaize du 16 décembre 2010 (pièce II.D.4.10, demande de clémence, page 1). Ce courriel montre que Bahlsen annonce une procédure de contrôle des prix rayons.

Relevé de prix du :		pour le 30/10/14		10-Oct	
		Code EAN		prix de vente	
				2014	D.L. Strass.
				Rég.	Pro.
NOIX					
78388	Kesche	100 gr	4018077783951	2.39	2.19
76607	Pistazien	100 gr	4018077766053	2.39	2.29
77406	Nuss-Cocktail	100 gr	4018077774068	2.39	2.36
77172	Wasabi	100 gr	4018077771750	2.39	2.25
75170	Erdnuesse ger paratiz	200 gr	4017100749001	1.49	1.35
76000	Nic Nac's paprika	125 gr	4017100758000	1.49	1.45
76403	Nic Nac's BBQ	110 gr	4018077764011	1.49	1.53
57152	Parli Beutel	500 gr	4017100571503	3.59	3.25
67050	Crunchips Satz	100 gr	4017100712203	1.25	1.09
67070	Crunchips Paprika	100 gr	4017100713903	1.25	1.09
76720	Crunchips Satz	175 gr	4018077771169	1.65	1.79
52670	Crunchips Paprika	175 gr	4018077675706	1.65	1.69
65280	Crunchips Red Chili	175 gr	4018077675102	1.65	1.79
67580	Crunchips Cheese & Onion	175 gr	4018077675607	1.65	1.59
66719	Crunchips Mushrooms	175 gr	4018077667176	1.65	1.79
69542	Crunchips Western Style	175 gr	4018077685292	1.65	1.79
67690	Crunchips x-cut Cheese & Onion	150 gr	4018077675406	1.65	1.79
67580	Crunchips x-cut Paprika	150 gr	4018077675508	1.65	1.79
67620	Crunchips x-cut Satz	150 gr	4018077675300	1.65	1.79
72145	Pomsticks sal	100 gr	4018077721572	1.49	1.29
72170	Pomsticks Hot&Spicy	100 gr	4018077721779	1.49	1.44
73284	Stackers paprika	175 gr	4018077732638	1.89	1.79
73274	Stackers sal	175 gr	4018077732737	1.89	1.79
60893	Snack-Hits	320 gr	4018077606991	2.49	2.19
79723	Curly	60 gr	4018077797255	0.99	0.85

à adapter sur p 1
au 30/10.

nouveaux produits pour Delhaize du 26 mai 2015 ; et II.E.4.2. Dossier de réunion avec Delhaize du 23 octobre 2009, présentation, p. 13.

⁴⁵ Pour des illustrations de telles demandes, voir la demande de clémence pièces : II.D.4.10. Dossier de réunion avec Delhaize du 16 décembre 2010, courriel et compte rendu discussion, p. 1-2 ; et II.D.4.03. Compte rendu discussion de la réunion avec Delhaize du 04 décembre 2013, p. 1.

Source : dossier de réunion avec Delhaize du 15 octobre 2014, p. 12-13 (pièce II.D.4.02., demande de clémence). Cet extrait montre que l'auteur des notes, monsieur [REDACTED] de Bahlsen, a demandé à Delhaize d'adapter ses prix au niveau du « *prix de vente* » c'est-à-dire le *PVC*.

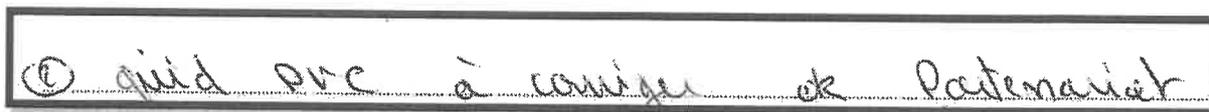
<p>ma demande est.</p> <p>① PVC complète et suivi par moi ok 1x / mois donner en main les corrections à apporter</p> <p>② S: switch pas de budget on top (max 1 € / produit / mo)</p>	<p>[REDACTED]</p>
--	-------------------

Source : dossier de réunion avec Delhaize du 16 décembre 2010, courriel et compte rendu discussion avec M. [REDACTED] (pièce II.D.4.10., demande de clémence, p. 2). Cet extrait montre que lors de la réunion en question, monsieur [REDACTED] (Bahlsen), l'auteur des notes, a discuté et obtenu l'accord de Delhaize quant au fait qu'il contrôlerait le suivi du *PVC* par Delhaize une fois par mois et qu'il donnerait en main propre à Delhaize les corrections à apporter.

DATE: 4/11/13	Repr.: LS
FIRMA: Delhaize Lux	GROUP: [REDACTED]
ADRESS: [REDACTED]	CONTACT: [REDACTED]
TARGET OF THE MEETING: [REDACTED]	
DEVELOPMENT OF THE MEETING: (objections, solutions)	
<p>Delinquier Total</p> <p>① switch</p> <p>② PVC et condition d'insertion</p>	

Source : compte-rendu de réunion avec Delhaize du 4 décembre 2013 (pièce II.D.4.03, demande de clémence). Cet extrait montre que lors d'une réunion de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) avec monsieur [REDACTED] (Delhaize) le 4 décembre 2013, le sujet du *PVC* et des corrections à apporter par Delhaize à son prix ont été abordés.

72. De plus, à plusieurs reprises, Bahlsen et Delhaize se sont accordés sur un « blocage »⁴⁶ par Delhaize dans son système informatique interne, des prix de vente consommateurs sur le niveau des *PVC* communiqués par Bahlsen, comme illustré ci-dessous :



© quid PVC à conique de partenariat

Source : dossier de réunion avec Delhaize du 17 novembre 2011, compte rendu de Bahlsen, p. 1 (pièce II.D.4.08., demande de clémence). Cet extrait montre d'une part qu'il existait un partenariat entre les parties quant au respect du *PVC* et que lors de cette réunion, monsieur [REDACTED] de Bahlsen a abordé avec Delhaize la question des prix, du respect du *PVC* et des corrections à apporter.

73. Bahlsen a également consenti à Delhaize des remises en contrepartie du respect des *PVC* communiqués⁴⁷.

74. Il est encore possible de retracer entre août et novembre 2012, plusieurs étapes aux termes desquelles :

- 1) Le 2 août 2012, Bahlsen a d'abord fait le relevé de prix en magasins Delhaize (Alzingen abrégé « Alz », en l'occurrence) (pièce II.B.1.031., demande de clémence).
- 2) Le 13 août 2012, Bahlsen envoie à Delhaize un courriel (pièce II.D.4.21., demande de clémence) qui fait manifestement suite à une conversation et dans lequel Bahlsen adresse à Delhaize les « adaptations à faire », indiquées en jaune dans la pièce jointe (pièce II.D.4.21 PJ).
- 3) Lors de la réunion du 10 octobre 2012, Delhaize est rappelé à l'ordre sur le *PVC* à bloquer (pièce II.D.4.06, demande de clémence, p.13).
- 4) Le PPR du 15 novembre 2012 atteste que les prix ont été adaptés au niveau des *PVC* par Delhaize (pièce II.B.1.027, demande de clémence).

75. A titre d'illustration, les évolutions de prix pour les cinq premières références⁴⁸ surlignées en jaune dans la liste communiquée par Bahlsen à Delhaize le 13 août 2012, sont résumées ci-dessous:

⁴⁶ Voir la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63, deuxième paragraphe.

⁴⁷ Voir pièces suivantes de la demande de clémence : II.F.4.1. Présentation pour Delhaize du 23 octobre 2009, p. 18 et 19 (« PV promo, 1,89. publié. 10% remise promo ») et 29-30 (« PV promo, 1,59. publié->30 points à l'achat de deux paquets »), toutes les promotions étant faites en accord avec Bahlsen puisqu'il les finance.

⁴⁸ Par exemple, références sélectionnées de manière aléatoire.

Référence	Prix relevé au magasin Delhaize « Alz » le 2 août 2012 en euros (pièce II.B.1.031, demande de clémence)	<i>PVC</i> <i>rappelé par Bahlsen à Delhaize le 13 août 2012 (pièce II.D.4.21 PJ, demande de clémence) en euros</i>	Prix relevé au magasin Delhaize « Alz » le 15 novembre 2012 en euros (pièce II.B.1.027., demande de clémence)
Bahlsen Leibniz Zoo 125g	1,26	1,39	1,39
Zoo country 125g	1,35	1,39	1,39
Leibniz Vollkorn 200g	1,54	1,59	1,59
Nuss dessert 125g	1,45	1,59	1,69
Messino vm 125g	1,53	1,59	1,59
Messino zb	1,53	1,59	1,59

76. Les extraits pertinents des pièces citées ci-dessus sont pour partie reproduits ci-dessous.



correction à apporter s v p

13/08/2012 15:13

bonjour,

voici le tableau ou vous pourrez aisément constater (en jaune), les adaptations à faire



img-813151102-0001.pdf

sincères salutations

ARTICLES					ARTICLES				
	POIDS	Centrale	N° Hoop	PVC Proposés		POIDS	Centrale	N° Hoop	PVC Proposés
SUCRE					SALES				
24 x stick up anis et sauge	20g	Lux	154787	0,69	14 x Studentenverfver	200g	Lux	154205	2,49
24 x stick up Black&White aversu	20g	Lux	156699	0,69	14 x Studentenverfver rosalternis	200g	Lux	154223	2,49
20x stick up classic	5x20g	Hoop	021208	1,39	14 x ric sans paprika	125g	Lux	153060	1,39
20x stick up fougère lait	5x20g	Hoop	021202	1,39	14 x ric sans Barbecue	125g	Lux	153434	1,40
20x stick up fougère	5x20g	Hoop	021207	1,39	14 x ric sans Choco&Orion	125g	Lux	153433	1,40
20 x stick up Black&White	5x20g	Lux	154457	1,59	24 x ric sans bar	48 g	Lux	154766	0,69
24 x stick up Coconut	4x20g	Lux	154016	OUT	14 x sachets gourmet goute lait	100g	Lux	152391	1,29
12 x Bahlsen Leibniz Mini Biscuits	150g	Lux	162400	1,29	14 x sachets P. gourmet goute bar	48 g	Lux	150954	0,69
12 x Bahlsen Leibniz Mini Croques	125g	Lux	163401	1,29	14 x Pilates Grandvalais 160gr	160g	Lux	161358	1,39
12 x Bahlsen Leibniz Zuo	120g	Hoop	041435	1,39	12 x Pilates 100gr	100g	Lux	161359	2,29
12 x Bahlsen Leibniz Zuo Country	120g	Lux	163086	1,39	12 x sachets 100gr	100g	Lux	155524	2,29
12 x Bahlsen Leibniz Zuo Protein Pack	200g	Lux	154010	New	12 x sachets 100gr	100g	Lux	162047	2,69
12 x Bahlsen Leibniz Vollkorn	200g	Lux	153482	1,59	12 x sachets 100gr	100g	Lux	152682	2,69
12 x Bahlsen Leibniz Vollkorn	200g	Lux	157656	New	12 x wasabi 100gr	100g	Hoop	021235	2,20
12 x Bahlsen Leibniz Quaker	200g	Lux	159409	1,39	12 x muscade 100gr	100g	Lux	153588	2,29
12 x Bahlsen Leibniz 30% Weinger Zucker	150g	Lux	153065	1,79	10 x parisi 500gr	500g	Lux	152888	3,20
12 x Bahlsen Leibniz Erdnuss&Alpaka	175g	Lux	158376	1,79					
12 x Bahlsen Leibniz Erdnuss&Alpaka schoko	185g	Lux	154291	1,79					
12 x Leibniz choco sticks D1	132g	Lux	155589	1,79					
12 x Leibniz choco sticks VM	132g	Lux	155598	1,79					
12 x Leibniz choco Crunchy	160g	Lux	154919	New					
12 x Bahlsen Choco Leibniz VM	125g	Hoop	021251	1,39					
12 x Bahlsen Choco Leibniz ZM	125g	Hoop	021204	1,39					
12 x Bahlsen Choco Leibniz Double choc	125g	Lux	161097	1,39					

Sources : courriel de Bahlsen à Delhaize du 13 août 2012 (pièce II.D.4.21., demande de clémence) et la pièce jointe (pièce II.D.4.21 PJ, demande de clémence).

CONCLUSIONS AND ACTION NEXT VISIT
 → accord tacite sur PVC à Hooper!

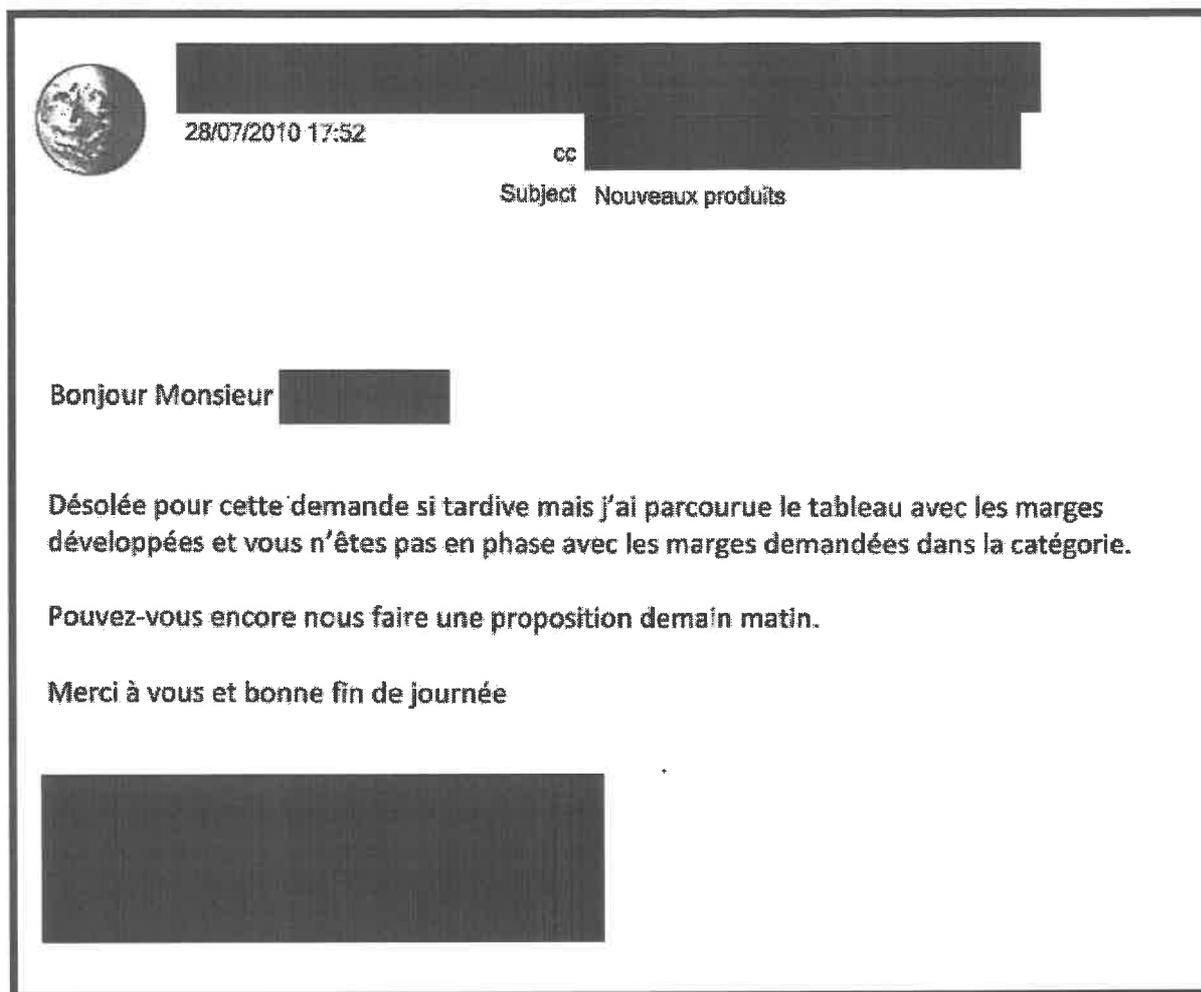
Source : dossier de réunion avec Delhaize du 10 octobre 2012, compte rendu de Bahlsen, p. 13 (pièce II.D.4.06, demande de clémence). Cet extrait montre qu'il y a eu accord tacite entre les parties sur le fait que Delhaize bloquerait ses prix au niveau du PVC.

77. Le suivi des PVC par les concurrents de Delhaize était également abordé lors des réunions entre Bahlsen et Delhaize⁴⁹. Des échanges de courriers électroniques démontrent que Delhaize a pris un rôle actif dans la fixation des PVC par Bahlsen ayant vocation à être communiqués aux enseignes concurrentes, et notamment Cactus⁵⁰.

78. Ainsi, en 2010, Delhaize s'est plaint d'une marge insuffisante et a demandé à Bahlsen de lui « faire une proposition ». En réponse, Bahlsen a « retravaillé » ses PVC à la hausse afin d'assurer à Delhaize une meilleure marge, comme illustré ci-dessous.

⁴⁹ Voir par exemple, la pièce II.D.4.06, demande de clémence, p. 16, Dossier de réunion avec Delhaize du 10 octobre 2012.

⁵⁰ Voir pièce II.D.4.13., demande de clémence, p.2.



Source : Courriel de [redacted] Delhaize Luxembourg à M. [redacted] de Bahlsen du 28 juillet 2010 (pièce II.D.4.13., demande de clémence, p. 2).

j'ai retravaillé le tableau sur ce que vous m'avez dit, les pvc légèrement plus haut, mais il faut se mettre d'accord pour que lorsque Cactus introduira les produits, je puisse lui dire à quel prix se positionner.

Source : Réponse de M. [redacted] (Bahlsen) à [redacted] (Delhaize) le 29 juillet 2010 (pièce II.D.4.13, demande de clémence).

79. Delhaize ne s'est à aucun moment distancié de la réponse reçue de [redacted], qui non seulement démontre une coordination sur le niveau des *PVC* à respecter entre Bahlsen et Delhaize, mais sous-entend également que le niveau de prix pratiqué par Cactus dépend aussi de cet accord entre Bahlsen et Delhaize.

4.2.4 Les pratiques prises dans leur ensemble

80. Les pratiques décrites s'inscrivaient dans une stratégie commerciale globale⁵¹ de Bahlsen lui évitant de réduire son prix de vente et au respect de laquelle différents distributeurs, dont Delhaize, trouvaient leur compte, en garantissant leur marge.

2* Suivi des PVC, tant « visuel » (avoir une étiquette en dessous du produit) que « réel » (c'est-à-dire le bon niveau de prix ex: pick up 5 pack=1.95€).

Source : réunion interne Bahlsen 4 décembre 2014, pièce II.C.1.10, demande de clémence, p.44.

81. Le respect des *PVC* était en effet un des objectifs commerciaux de Bahlsen, tel qu'il ressort clairement de comptes-rendus de réunions internes à Bahlsen, de l'évaluation de certains employés de Bahlsen ainsi que de son discours aux distributeurs⁵², dont Delhaize.

82. De l'aveu de Bahlsen elle-même dans la demande de clémence⁵³, la politique de respect des *PVC* a été mise en place, « pour répondre à la demande traditionnelle des supermarchés de revoir le tarif de base ou le tarif 3x NET vers le bas lorsque ceux-ci offrent les produits en question à un niveau de prix inférieur à celui du prix recommandé ».

83. Comme indiqué, les distributeurs, dont Delhaize, y trouvaient leur compte en voyant leur marge garantie, tout en ayant un certain degré d'assurance que leurs concurrents respecteraient aussi le niveau de *PVC* et ne viendraient pas leur opposer une concurrence trop vive au niveau du détail :

j'ai retravaillé le tableau sur ce que vous m'avez dit, les pvc légèrement plus haut, mais il faut se mettre d'accord pour que lorsque Cactus introduira les produits, je puisse lui dire à quel prix se positionner.

Source : Courriel de M. [REDACTED] (Bahlsen) à [REDACTED] (Delhaize) le 29 juillet 2010 (pièce II.D.4.13, demande de clémence).

⁵¹ Bahlsen a indiqué que « le *PVC* était le même pour tout le monde », voir procès-verbal d'audition de monsieur [REDACTED] du 30 mars 2015, page 5, 5^{ème} paragraphe. Voir aussi pièces (internes à Bahlsen) II.C.1.01. à II.C.3.1., demande de clémence du 19 décembre 2015, point 26.

⁵² Voir pièces de la demande de clémence : II.C.1.01. (page 45), II.C.1.02, (page 40) et II.C.3.1.

⁵³ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 27 et suivants.

5 LES GRIEFS NOTIFIES

84. Le 14 février 2019, des communications des griefs ont été adressées à Bahlsen et trois distributeurs, dont Delhaize, qui comptent parmi les acteurs significatifs de la grande distribution sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.
85. La Communication des griefs reçue par Delhaize faisait état de griefs d'accord et/ou pratique concertée avec Bahlsen, contraire aux articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE par le biais de pratiques de prix de revente imposés. Si Bahlsen a également reçu les communications des griefs communiquées aux autres distributeurs, Delhaize en revanche n'avait la visibilité que des communications des griefs concernant « *son* » accord avec Bahlsen, à l'exclusion de celles impliquant Bahlsen et d'autres distributeurs.
86. La Communication des griefs reçue par Delhaize et Bahlsen visait des pratiques de prix imposés concernant les produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen sous les marques « *Bahlsen* », « *Leibniz* » et « *Lorenz* », mises en œuvre à l'instigation et sous la houlette de Bahlsen.
87. D'après la Communication des griefs, Bahlsen et Delhaize s'y sont livrés au moins à compter de janvier 2011 et jusqu'en octobre 2015, date à laquelle la société Bahlsen a déposé une demande de clémence et mis fin à la pratique suite à sa perquisition par le conseiller désigné⁵⁴.

6 ANALYSE JURIDIQUE

6.1 Procédure: sur les moyens tirés du non-respect des droits de la défense

6.1.1 *Sur le moyen tiré des défauts de la Communication des griefs*

6.1.1.1 *Arguments de Delhaize*

88. Delhaize soutient aux points 16 et suivants de ses Observations que la Communication des griefs ne lui permet pas de présenter utilement sa défense car elle ne respecterait ni l'obligation de caractérisation de l'infraction, ni celle de motivation. Delhaize reproche en particulier à la Communication des griefs de ne pas préciser si Delhaize est poursuivi pour une infraction bilatérale ou complexe, d'avoir utilisé plusieurs tests juridiques différents pour caractériser l'infraction et enfin, de contenir un nombre important

⁵⁴ La demande de clémence a été déposée le 2 octobre 2015. A noter que le Conseil, pour les besoins de l'enquête, a demandé à Bahlsen de « *maintenir (sa) participation dans l'entente présumée à l'égard des autres participants jusqu'au 31 mars 2016* », avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016, article 3.

d'allégations factuelles sans éléments probants et de documents provenant uniquement de la demande de clémence de Bahlsen.

6.1.1.2 *Principes*

6.1.1.2.1 Sur la notion de communication des griefs

89. Le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « le Tribunal ») a jugé que la communication des griefs doit contenir : « *les éléments essentiels retenus à l'encontre de cette entreprise, tels que les faits reprochés, la qualification qui leur est donnée et les éléments de preuve sur lesquels la Commission se fonde, afin que cette entreprise soit en mesure de faire valoir utilement ses arguments dans le cadre de la procédure administrative engagée à son encontre* »⁵⁵.

6.1.1.2.2 Sur la notion de griefs

90. Aux termes de sa Communication sur les bonnes pratiques, la Commission européenne (ci-après la « Commission ») note que la communication des griefs a pour objectif d'informer les parties concernées des griefs qui leur sont faits en vue de leur permettre d'exercer leurs droits de la défense. Elle indique : « *Les parties concernées reçoivent ainsi toutes les informations dont elles ont besoin pour se défendre efficacement et réagir aux allégations dont elles font l'objet* »⁵⁶.

91. Un grief est donc un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises, la notification des griefs informant les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation⁵⁷.

6.1.1.2.3 Sur le standard de la preuve

92. Concernant la preuve, le Tribunal de l'Union a jugé que l'autorité de concurrence devait réunir des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour établir que l'infraction alléguée avait eu lieu⁵⁸. A cet égard, lorsque la Commission se fonde sur des éléments de preuve directs, il appartient aux entreprises concernées de démontrer que ces éléments de preuve sont insuffisants.

93. Toutefois, et d'après une jurisprudence bien établie, chacune des preuves apportées par l'autorité de concurrence ne doit pas nécessairement répondre à ces critères de précision et de concordance en ce qui concerne chaque élément de l'infraction. Il suffit que le

⁵⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 29 mars 2012, *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA contre Commission européenne*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, point 80.

⁵⁶ Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, 2011/C 308/06, point 82.

⁵⁷ Voir en ce sens, ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, *affaire des jouets*, point 459.

⁵⁸ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2019, *Sony Optiarc, Inc. et Sony Optiarc America, Inc contre Commission*, T-763/15, ECLI:EU:T:2019:517, points 41 et seq.

faisceau d'indices invoqué, apprécié globalement, répond à cette exigence, les indices devant en effet être appréciés non pas isolément, mais dans leur ensemble⁵⁹. Le Tribunal a en particulier retenu qu'il « *convenait également de tenir compte du fait que les activités anticoncurrentielles se déroulent de manière clandestine et que, partant, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence* »⁶⁰.

94. Le seul critère pertinent doit être la crédibilité des preuves et le Tribunal a souligné la grande importance qui doit être accordée à la circonstance qu'un document a été établi par un témoin direct des faits⁶¹.
95. A cet égard, et selon une jurisprudence constante, le seul fait que l'information ait été fournie par des demandeurs de clémence ne met pas en cause sa valeur probante. Le Tribunal a en particulier souligné que les déclarations allant à l'encontre des intérêts du déclarant doivent, en principe, être considérées comme des éléments de preuve particulièrement fiables, même s'il est utile qu'elles soient corroborées⁶², dans les cas où cela est nécessaire⁶³.
96. Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») a indiqué que l'autorité de concurrence pouvait se fonder sur un compte-rendu manuscrit établi au moment des faits infractionnels, une telle preuve, ne datant pas de la présentation de la demande de clémence mais étant contemporaine des faits, « *ne nécessite pas d'autres preuves concordantes* »⁶⁴.

6.1.1.3 *En l'espèce*

6.1.1.3.1 Concernant la Communication des griefs

97. Il convient de relever tout d'abord que la Communication des griefs précise clairement les faits reprochés, la durée des pratiques, leur qualification juridique et les entreprises visées (Bahlsen et Delhaize). Elle est composée d'une table des matières détaillée, suivie par des observations liminaires exposant d'emblée les pratiques anticoncurrentielles, objets des griefs, puis d'un paragraphe exposant la structure retenue. Il est fait référence dans les observations liminaires aux griefs, les faits sont exposés dans le cadre factuel, Delhaize faisant en outre l'objet d'un paragraphe dédié reprenant les éléments de fait qui

⁵⁹ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc*, précité, points 43 et 44. Voir également, l'arrêt du Tribunal du 8 septembre 2016, *Goldfish e.a. contre Commission*, T-54/14, EU:T:2016:455, points 91 et seq., ou encore l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2018, *Prysmian SpA et Prysmian Cavi e Sistemi Srl contre Commission*, T-475/14, ECLI:EU:T:2018:448, point 197.

⁶⁰ Voir arrêts du Tribunal, précités, *Sony Optiarc*, point 45 et *Goldfish e.a. contre Commission*, point 94.

⁶¹ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, point 46.

⁶² Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, points 46 et seq.

⁶³ Nous ajoutons.

⁶⁴ Arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, C-625/13P, ECLI:EU:C:2017:52, point 134.

lui sont propres. Enfin, l'analyse juridique aborde la définition du marché, qualifie les pratiques d'accord et/ou pratique concertée anticoncurrentiels, expose le test juridique utilisé et propose en outre au Conseil de retenir la qualification d'infraction unique et continue.

98. La Communication des griefs répond de ce fait aux exigences de la jurisprudence européenne et de la loi nationale en permettant aux entreprises mises en cause, Bahlsen et Delhaize, de connaître les pratiques qui leur sont reprochées afin d'exercer utilement leurs droits à la défense.

6.1.1.3.2 Concernant le test juridique appliqué

99. Il ressort clairement de la table des matières de la Communication des griefs que certains développements relèvent du rappel des faits (comme la section 4.3.6. citée par Delhaize) tandis que d'autres, comme notamment le test juridique appliqué, font partie de l'analyse juridique. Il appartenait donc à Delhaize de se reporter à l'analyse juridique pour connaître le test juridique utilisé par la Communication des griefs, ce qu'elle a de toute évidence fait puisqu'elle y fait elle-même référence dans le point 47 de ses Observations.

6.1.1.3.3 Concernant le type d'infraction

100. Concernant le type d'infraction (bilatérale ou complexe/infraction unique et continue), il ressort à nouveau clairement d'une simple consultation de la table des matières que dans son analyse juridique, la Communication des griefs caractérise les pratiques au point 5.2. puis expose au point 5.3 pourquoi elle propose au Conseil de retenir en outre une infraction « *unique et continue* ». En tout état de cause, il résulte de la notion même d'infraction unique et continue qu'elle suppose un « *ensemble de comportements* » et il n'y a donc pas d'incohérence à ce qu'un accord vertical bilatéral constitue, avec d'autres accords similaires ou même identiques, une « *infraction unique et continue* »⁶⁵. Le test juridique applicable est d'ailleurs similaire, qu'il s'agisse d'une infraction complexe ou bilatérale, comme le relève Delhaize au point 47 de ses Observations.

6.1.1.3.4 Concernant la preuve

101. Concernant l'allégation du défaut d'éléments probants, Delhaize cite quelques paragraphes isolés⁶⁶ qui sont en réalité étayés par des éléments de preuve exposés dans le paragraphe se rapportant spécifiquement à Delhaize dans la section 4.3.6. de la Communication des griefs⁶⁷. Par ailleurs, la Communication des griefs utilise à l'appui de ses arguments de nombreuses références, toutes présentes au dossier, consultables par les parties et dont Delhaize a pris connaissance.

102. Concernant enfin l'origine des pièces sur lesquelles se fonde la Communication des griefs, le fait qu'elles proviennent en grande partie de la demande de clémence n'affecte

⁶⁵ Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc précité*, point 212 et seq, et point 227+.

⁶⁶ Voir note de bas de page 19 dans les Observations de Delhaize faisant référence aux paragraphes 90 et 91 de la Communication des griefs adressée à Delhaize.

⁶⁷ Relative au fonctionnement détaillé des pratiques anticoncurrentielles.

pas leur crédibilité. C'est notamment le cas lorsque la preuve apportée est en elle-même suffisante, par exemple parce qu'un courriel fait apparaître les noms de l'expéditeur, du destinataire et la date, ou encore lorsque les preuves ont été établies *in tempore non suspecto*. Corroborer est en effet uniquement nécessaire lorsque les preuves fournies par le demandeur de clémence sont en elles-mêmes insuffisantes. Par ailleurs, et comme il a été exposé ci-dessus, aux termes d'une jurisprudence bien établie, le fait que des preuves aient été fournies par un demandeur de clémence n'affecte pas leur valeur probante, cette partie ayant en tout état de cause le plus grand intérêt à fournir des éléments corrects, notamment pour pouvoir bénéficier du régime de clémence qu'elle invoque.

103. Par conséquent, ce moyen arguant des défauts de la Communication des griefs ne saurait être retenu.

6.1.2 Sur le moyen tiré du manque d'impartialité

104. Delhaize soutient aux points 28 et suivants de ses Observations que la Communication des griefs et l'ensemble de la procédure dénotent un manque d'impartialité à l'encontre de Delhaize par rapport à Bahlsen, d'une part, et aux autres distributeurs qui n'ont pas reçu de communication de griefs, d'autre part.
105. Concernant tout d'abord le fait que Delhaize n'ait eu connaissance de l'enquête qu'après Bahlsen : cela découle de la nature même de la procédure aux termes de laquelle Bahlsen, seule, a soumis une demande de clémence et non Delhaize.
106. Il n'appartenait pas au conseiller désigné d'informer Delhaize d'une enquête avant même de déterminer s'il y avait des griefs à formuler à l'encontre de Delhaize. C'est l'objet même de la Communication des griefs que Delhaize a reçue le 14 février 2019.
107. Comme rappelé à l'article 25, paragraphe 1 de la Loi, l'objet de la Communication des griefs est de porter les griefs formulés par le conseiller désigné à la connaissance de l'entreprise destinataire afin qu'elle soit à même de présenter sa défense⁶⁸, ce qui a été fait par Delhaize au moyen d'une centaine de pages d'Observations le 12 juin 2019 et lors de l'audition du 6 février 2020. Les parties étaient par ailleurs libres, sous réserve d'éventuelles limites liées à la confidentialité, de venir consulter le dossier au Conseil de la concurrence. Dans ce cadre, Delhaize a d'ailleurs eu, à sa demande, un accès étendu audit dossier.
108. Quant aux pièces retenues ou non, ou aux réunions auxquelles il a été fait référence ou non, dans la Communication des griefs, il est de jurisprudence constante qu'il n'est en aucun cas exigé de discuter tous les points de fait et de droit soulevés par les parties au

⁶⁸ Voir également l'arrêt du Tribunal du 29 mars 2012, *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA contre Commission européenne*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, point 80.

cours de la procédure administrative⁶⁹ et que l'autorité de concurrence n'est tenue de se référer qu'aux éléments pertinents et crédibles⁷⁰. A cet égard, le reproche fait à la Communication des griefs de ne pas prendre en compte certaines pièces telles que des comptes-rendus de réunions ou des notes établies pour les besoins de la cause postérieurement aux faits reprochés, n'est pas pertinent⁷¹.

109. Le Tribunal a par ailleurs reconnu que lorsqu'elle exploite une documentation interne d'une entreprise, il est tout à fait normal que l'autorité de concurrence, tout en n'occultant pas l'existence de documents donnant un éclairage différent, fasse prioritairement état du comportement anticoncurrentiel de l'entreprise et non de ses actions licites mentionnées par certains autres documents internes, dès lors que c'est précisément ce comportement qu'il lui incombe d'établir⁷².
110. Enfin, sur le fait que d'autres distributeurs cités dans la Communication des griefs ne se soient pas vus notifier de griefs, il est logique qu'en l'absence de preuves suffisantes à l'encontre d'un participant présumé à un accord, le conseiller désigné ne saurait lui notifier de griefs. Il ne saurait de toute évidence en découler une atteinte aux droits de la défense des entreprises qui se sont vues notifier une Communication des griefs.
111. Par conséquent, ce moyen arguant du manque d'impartialité ne saurait être retenu.

6.1.3 *Sur le moyen tiré du non-respect du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision*

112. Bahlsen, aux points 23 et suivants de ses Observations, critique le rôle du président du Conseil de la concurrence et fait notamment référence à ses prétendues déclarations dans un article paru dans le journal « *d'Lëtzebuenger Land* »⁷³ le 7 juin 2019.
113. Mais tout d'abord, la seule citation attribuée explicitement à monsieur Barthelmé dans cet article est la suivante : « *le plus grand et volumineux dossier dans l'histoire du Conseil de la concurrence* », tandis que l'article indique par ailleurs que monsieur Barthelmé n'a pas souhaité commenter une affaire en cours. Force est ensuite de

⁶⁹ Voir l'arrêt du Tribunal du 1er juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc contre Commission*, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, point 81.

⁷⁰ Voir l'arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke e.a. / Commission*, T-379/10, ECLI:EU:T:2013:457, points 106 et 107.

⁷¹ Voir par exemple, Observations Delhaize, points 38 faisant état d'une réunion qui n'aurait pas été prise en compte par la Communication des griefs sans expliquer en quoi cela aurait été fait au détriment de cette partie ; ou encore en référence à une note sur la politique des prix de Delhaize (Observations Delhaize, annexe 3.3.1.), document rédigé pour les besoins de la cause, par les conseils de Delhaize, soit postérieurement aux faits infractionnels et par conséquent revêtu d'une valeur probante relative. Ce document fait entre autres [REDACTED] sans démontrer que celle-ci serait [REDACTED] assurée.

⁷² Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, *Tomra Systems e.a. contre Commission*, T-155/06, ECLI:EU:T:2010:370, points 35 et seq.

⁷³ Voir pièce II.A.16., demande de clémence.

constater que monsieur Barthelmé ne fait effectivement pas partie de la formation de décision du Conseil dans la présente affaire.

114. Par conséquent, le moyen arguant du non-respect du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision n'est pas fondé.

6.2 Le droit applicable

6.2.1 *La Loi*

115. Aux termes de l'article 3 de la Loi:

« Les accords, décisions ou pratiques concertées interdits en vertu de dispositions du présent article sont nuls de plein droit.

Sont interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché et notamment ceux qui consistent à :

- 1) Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions ;*
- 2) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;*
- 3) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;*
- 4) Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*
- 5) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »*

6.2.2 *L'article 101, paragraphe 1 du TFUE et l'affectation du commerce entre Etats membres*

116. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE est rédigé en termes similaires à l'article 3 de la Loi, à l'exception près qu'il subordonne son application à l'existence d'une affectation du commerce entre Etats membres.

117. Au titre de l'article 3, paragraphe 1 du règlement 1/2003/74 (ci-après le « règlement 1/2003 ») relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence par les autorités nationales de concurrence telles que le Conseil,

« Lorsque les autorités de concurrence des Etats membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1⁷⁵, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membre au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées ».

118. Toutefois, l'article 3, paragraphe 1 n'oblige pas les autorités de la concurrence et les juridictions nationales à appliquer le droit national de la concurrence lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 à des accords, décisions ou pratiques concertées et abus susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres. Elles peuvent n'appliquer que les seules règles de concurrence communautaires⁷⁶.

6.2.2.1 L'article 101, paragraphes 1 et 2 du TFUE

119. Aux termes de l'article 101, paragraphe 1 :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,*
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,*
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,*
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

⁷⁴ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4 janvier 2003, p.1.

⁷⁵ Il s'agit de l'ancienne numérotation de l'article 101, paragraphe 1 TFUE.

⁷⁶ Voir en ce sens le point 9 des lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07).

120. L'article 101, paragraphe 2 du TFUE précise que :

« *Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit* ».

6.2.2.2 L'affectation du commerce entre Etats membres

121. Selon une jurisprudence bien établie, l'article 101, paragraphe 1 du TFUE n'est applicable qu'aux accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées dont il peut être montré qu'ils sont de nature à affecter sensiblement les échanges entre Etats membres. L'accord ou la pratique concertée visé ne doit pas nécessairement avoir sensiblement affecté les échanges entre Etats membres, mais uniquement être de nature à avoir un tel effet⁷⁷.

122. Pour être susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, le comportement en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation du marché unique⁷⁸. A cet égard, peu importe que l'affectation soit positive (augmentation des échanges) ou négative (diminution des échanges)⁷⁹.

123. Aux termes des lignes directrices de la Commission s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, l'appréciation du critère de l'affectation du commerce doit prendre en compte plusieurs facteurs, tels que la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés, et la position et l'importance des entreprises en cause⁸⁰.

124. Concernant la nature de la pratique, il s'agit d'un accord vertical sur les prix qui a résulté en un prix de détail supérieur à ce qu'il aurait été en l'absence de la pratique. Les lignes directrices de la Commission sur l'affectation du commerce soulignent que de tels accords impliquant un prix imposé peuvent affecter les courants d'échanges d'une manière assez semblable à celle des accords horizontaux. Dans la mesure où le prix imposé est plus élevé que le prix pratiqué dans d'autres États membres, ce niveau de prix n'est défendable que si les importations en provenance d'autres États membres peuvent être contrôlées⁸¹.

125. La pratique implique notamment des sociétés établies au Luxembourg, des produits vendus au consommateur luxembourgeois et couvre par ailleurs l'ensemble du territoire luxembourgeois. Les relevés de prix opérés par Bahlsen et apparaissant dans les PPR

⁷⁷ Voir l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C-219/95 P, ECLI:EU:C:1997:375, point 19.

⁷⁸ Voir les arrêts de la Cour du 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados, NPID (MOTOE)*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, point 39 ; et du 11 juillet 1985, *Remia*, C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, point 22.

⁷⁹ Voir les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07), point 34.

⁸⁰ Voir les lignes directrices de la Commission, *précitées*, points 28 à 32 et la jurisprudence citée.

⁸¹ Lignes directrices, *précitées*, point 88.

ont été faits dans divers magasins de l'enseigne Delhaize à Strassen, Alzingen, Pommerloch ou encore Belval, c'est-à-dire dans l'ensemble du territoire du Grand-Duché.

126. Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, un accord qui s'étend à l'ensemble du territoire de l'un des Etats membres a pour effet, par sa nature même, de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le Traité⁸². En tout état de cause, l'article 101 du TFUE pourrait aussi être applicable à une partie seulement d'un Etat membre⁸³. Le Tribunal a aussi jugé : « *qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un Etat membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires. Cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire* »⁸⁴.
127. En l'espèce, l'accord de prix s'étendant à l'ensemble du territoire ou à une vaste majorité du territoire, il est fortement présumé comme étant susceptible d'affecter le commerce entre Etats membre. Aucun élément n'a été fourni par les parties pour renverser cette présomption.
128. Concernant la nature des produits, la pratique en cause a concerné, au Luxembourg, la vaste majorité des produits vendus par Bahlsen⁸⁵. L'importance des produits concernés a par ailleurs été rappelée au point 4.1, Bahlsen étant un leader du secteur et ses produits largement consommés.
129. Concernant la position et l'importance des entreprises, la jurisprudence a reconnu que la définition du marché et le calcul des parts de marché n'étaient pas nécessaires à l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, mais qu'il était néanmoins possible de présumer de son existence dès lors que la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5%⁸⁶. En l'espèce, les magasins Delhaize sont présents sur l'ensemble du territoire luxembourgeois et Delhaize a lui-même indiqué lors de l'audition du 6 février 2020 qu'il se considérait en [REDACTED] position [REDACTED] dans le secteur de la distribution au détail au Luxembourg qui est assez concentré entre les enseignes suivantes : Cactus, Delhaize (incluant aussi ses enseignes Cora, Match et Smatch), Auchan, Aldi et Lidl. Delhaize représentait par

⁸² Voir les arrêts de la Cour du 17 octobre 1972, *Cementhandelaren/Commission*, C-8/72, ECLI:EU:C:1972:84, point 29, et du Tribunal du 21 février 1995, *SPO e.a./Commission*, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34, point 229. Voir également l'arrêt de la Cour du 24 septembre 2009, *Erste Group Bank / Commission*, C-125/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, ECLI:EU:C:2009:576, point 38.

⁸³ Voir les lignes directrices de la Commission sur l'affectation du commerce, précitées, point 21.

⁸⁴ Voir l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a. / Commission*, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396, point 181.

⁸⁵ Voir les relevés PPR qui concernent l'ensemble de la gamme Bahlsen, et en particulier pour Delhaize, pièces II.B.1.001. à II.B.1.056, II.B.2.01, II.B.2.05, II.B.3.1., II.B.4.03, II.B.4.07. et II.B.4.08.

⁸⁶ Voir lignes directrices de la Commission, précitées, points 48 et 54.

ailleurs entre [REDACTED] des ventes de Bahlsen au Luxembourg entre 2012 et 2015⁸⁷. En ce qui concerne Bahlsen et comme indiqué au point 4.1. de la présente décision, elle se décrivait dans sa documentation interne comme un des acteurs principaux dans son secteur, avec une part de marché de l'ordre de [REDACTED] en produits salés et environ [REDACTED] dans le segment « biscuits » où elle détenait donc la première place. En outre, tant Bahlsen que Delhaize, appartiennent chacune à de grands groupes multinationaux : Bahlsen⁸⁸ vend ses produits dans plus de 55 pays, tandis que Delhaize est le numéro deux de la grande distribution belge et opère en Europe, aux Etats-Unis et en Indonésie.

130. Il convient également de relever que les pratiques verticales en cause entre Bahlsen et Delhaize s'inscrivent dans le cadre d'objectifs commerciaux poursuivis par Bahlsen au Luxembourg. Si les éléments de preuve font défaut pour établir une infraction unique englobant plusieurs distributeurs (voir section 6.5.), force est de constater que l'effet des pratiques entre Bahlsen et Delhaize a pu se cumuler aux effets des autres pratiques similaires menées par Bahlsen en parallèle avec d'autres distributeurs. Ces effets cumulatifs⁸⁹, qui relèvent du contexte économique et juridique dans lequel les pratiques ont été mises en œuvre, doivent être pris en compte. L'impact sur les courants d'échange entre Etats membres s'en est trouvé augmenté.
131. En l'espèce et du fait des pratiques sous examen, Delhaize a pu garantir sa marge, sans craindre que ses prix de détail perdent en compétitivité au Luxembourg. Ceux-ci ont été, du fait de la pratique, artificiellement élevés au Luxembourg, ce qui a potentiellement conduit les consommateurs au Luxembourg, dont les travailleurs transfrontaliers, à acheter ces produits dans les pays voisins notamment (France, Allemagne et Belgique) plutôt qu'au Luxembourg. L'importance des écarts de prix entre Etats membres est un facteur « *dont l'influence sur les échanges intracommunautaires est reconnue* »⁹⁰.
132. Ces éléments prouvent à suffisance de droit que la pratique en cause est susceptible d'avoir eu un effet sensible sur les échanges entre Etats membres de l'Union européenne.
133. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE est donc applicable.

6.2.3 *Les règles d'administration de la preuve*

6.2.3.1 *Les principes*

134. Concernant les preuves à fournir pour démontrer une infraction aux règles de concurrence, les juridictions de l'Union européenne appliquent le principe de la libre administration de la preuve. Les éléments de preuves admissibles en matière de violation de l'article 101 ou 102 du TFUE sont appréciés au regard de leur seule crédibilité.

⁸⁷ Pourcentage obtenu à partir des données de la pièce II.B.6.2., demande de clémence.

⁸⁸ <https://www.thebahlsenfamily.com/int/company/about-us/facts-figures-dates/>

⁸⁹ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce, *précitées*, point 49.

⁹⁰ Voir par exemple la décision de la Commission du 29 juin 2001, *Volkswagen*, COMP/F-2/36.693, JO L 262 du 2.10.01 p. 14, points 81 *et seq.*

135. Ainsi, « *selon les règles générales en matière de preuve, la crédibilité et, partant, la valeur probante d'un document dépend de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu* »⁹¹.
136. Il appartient au Conseil de prouver non seulement l'existence de l'entente, mais aussi sa durée⁹². Plus particulièrement, en ce qui concerne l'administration de la preuve, le Conseil doit établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction et doit faire état de preuves précises et concordantes.
137. Il est toutefois de jurisprudence constante que chacune des preuves apportées par le Conseil ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqué par le Conseil, apprécié globalement, réponde à cette exigence⁹³.
138. Par ailleurs, il est usuel que les activités que les accords anticoncurrentiels comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Il s'ensuit que, même si le Conseil découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, telles que les comptes rendus de réunions, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dès lors, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence⁹⁴.
139. En outre, la jurisprudence exige que, en l'absence d'éléments de preuve susceptibles d'établir directement la durée d'une infraction, l'autorité se fonde, au moins, sur des éléments de preuve se rapportant à des faits suffisamment rapprochés dans le temps, de façon qu'il puisse être raisonnablement admis que cette infraction s'est poursuivie de façon ininterrompue entre deux dates précises⁹⁵.
140. Enfin, concernant les éléments de preuve se situant en dehors de la période infractionnelle visée, il ressort d'une jurisprudence établie⁹⁶ que l'autorité de

⁹¹ Voir l'arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke e.a. / Commission*, T-379/10, ECLI:EU:T:2013:457, points 106 et 107.

⁹² Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 17 mai 2013, *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, T-147/09 et T-148/09, ECLI:EU:T:2013:259, point 50 et la jurisprudence citée.

⁹³ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 51 et la jurisprudence citée.

⁹⁴ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 52 et la jurisprudence citée.

⁹⁵ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 53 et la jurisprudence citée.

⁹⁶ Voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 2 février 2012, *Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals/Commission*, T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48, points 193 et 188, et aussi arrêt du 16 juin 2015, *FSL Holding e.a. contre*

concurrence peut en tenir compte s'ils font partie du faisceau d'indices invoqué afin de prouver ladite infraction ou s'ils aident à comprendre le contexte de l'infraction.

6.2.3.2 *En l'espèce*

141. En l'espèce, les preuves collectées pendant l'enquête se réfèrent en grande partie aux documents internes à Bahlsen, fournis lors de la demande de clémence et établis *in tempore non suspecto*, tels que les relevés de prix, les échanges de courriers/courriels et les notes et dossiers de réunion entre, d'une part Bahlsen, et d'autre part ses distributeurs, à savoir Delhaize en l'espèce.
142. Même si certaines pièces citées par la Communication des griefs et par la décision se situent parfois hors période infractionnelle, elles apportent des éléments de compréhension utiles quant au contexte des pratiques mises en œuvre et/ou font partie du faisceau d'indices invoqué afin de prouver l'infraction. Par conséquent, la présente décision les prend en compte quand ces critères sont remplis.

6.3 Le marché concerné

143. En vertu des lignes directrices de la Commission sur la définition du marché en cause, « *la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* ». Elle n'est ainsi pas à confondre avec « *le territoire à l'intérieur duquel elles vendent leurs produits ou, plus largement, l'industrie ou le secteur dont elles relèvent* »⁹⁷.
144. Sans devoir être exhaustive, l'analyse se doit d'être adéquate par rapport à la situation litigieuse examinée. Ainsi que la Cour l'a jugé, « *la définition du marché pertinent, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité [devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] a pour seul objet de déterminer si l'accord en cause est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* »⁹⁸.
145. Le Tribunal précise par ailleurs que « *l'obligation d'opérer une délimitation du marché en cause dans une décision adoptée en application de l'article 81CE [devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] s'impose (...) uniquement lorsque sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce*

Commission, T655/11, ECLI:EU:T:2015:383, point 178 et arrêt du 9 avril 2019, *Qualcomm / Commission*, T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232, point 91.

⁹⁷ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03), points 2 et 3.

⁹⁸ Voir l'ordonnance de la Cour du 16 janvier 2006, *Adriatica di Navigazione SpA/Commission*, C-111/04 P, ECLI:EU:C:2006:105, point 31.

entre les Etats membre et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »⁹⁹.

146. En l'espèce, d'une part, le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres est rempli¹⁰⁰. D'autre part, et comme démontré ci-après, l'infraction commise a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence. Par conséquent, l'application des articles 3 de la Loi et 101 du TFUE n'exige pas, en l'espèce, une définition du marché.
147. Il convient néanmoins de présenter le marché concerné, qui comprend une dimension de produits et une dimension géographique. Cette présentation est complétée par une description de la présence des parties sur ledit marché.

6.3.1 *Le marché des produits concernés*

148. Les produits concernés par les pratiques anticoncurrentielles sont les produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen en gros et revendus au consommateur au détail.
149. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, il n'est pas utile de délimiter de manière plus détaillée le marché de produits en cause car, quelle que soit la définition retenue, celle-ci n'a pas d'incidence sur la mise en évidence de la pratique anticoncurrentielle de prix imposés examinée dans la présente décision.
150. Que le marché inclue ou non des produits concurrents des produits Bahlsen¹⁰¹, la pratique constatée est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

6.3.2 *Le marché géographique*

151. Le marché géographique concerné est celui sur lequel les produits en cause sont revendus par Delhaize.
152. Les produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen le sont sur l'ensemble du territoire luxembourgeois.
153. Par ailleurs, les *PVC* concernaient les supermarchés Delhaize sur l'ensemble du territoire luxembourgeois.

⁹⁹ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, *Prym et Prym Consumer / Commission*, T-30/05, ECLI:EU:T:2007:267, point 86.

¹⁰⁰ Voir le point 6.2.2.2.

¹⁰¹ La question a été soulevée par Bahlsen dans ses Observations, au point 46.

154. Il peut donc être conclu que le marché concerné, dans sa dimension géographique, est le territoire national du Grand-Duché de Luxembourg.

6.3.3 *Les parties présentes sur le marché des produits concernés*

155. Les parties présentes sur le marché des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen et revendus au consommateur sur le territoire national de Luxembourg sont, d'une part, le fournisseur de ces produits, Bahlsen et d'autre part, les différents acheteurs en gros/vendeurs au détail, i.e. les distributeurs, dont Delhaize.

6.3.4 *Conclusion*

156. Le marché des produits concernés est donc le marché des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen et revendus sur le territoire national de Luxembourg.

157. Bahlsen et Delhaize opèrent sur ledit marché, à différents niveaux, Bahlsen étant le vendeur ou fournisseur desdits produits tandis que Delhaize en est acheteur en gros et revendeur au détail.

6.4 Accord et/ou pratique concertée sur les prix de revente minimaux ou fixes

6.4.1 *Les principes de l'interdiction des prix de revente imposés (minimaux ou fixes)*

158. Comme il a été rappelé au point 6.2., sont interdits en vertu des articles 3 de la Loi et 101 du TFUE, les accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et notamment ceux, qui consistent à fixer de façon directe ou indirecte les prix.

159. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE et l'article 3 de la Loi relatifs à l'interdiction des accords anticoncurrentiels appréhendent tant les accords horizontaux (entre concurrents) que les accords verticaux (entre non-concurrents), c'est-à-dire ceux conclus pour la vente et l'achat de biens ou de services entre des entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution¹⁰².

160. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales définissent les prix de vente imposés comme : « *les accords ou pratiques concertées ayant directement ou*

¹⁰² Voir le règlement (UE) n°330/2010 précité.

indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal¹⁰³ ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter »¹⁰⁴.

161. Le principe de la concurrence est que le distributeur doit pouvoir attirer le consommateur en lui proposant un prix plus bas que celui offert par ses concurrents sans être limité par un accord déterminant un prix de revente fixe ou minimum qu'il ne franchit pas.
162. La Commission a retenu à diverses occasions que des accords verticaux imposant à des distributeurs un prix fixe ou minimum, en limitant leur habilité à déterminer leur prix de revente indépendamment, restreignent la concurrence par objet au sens de l'article 101 paragraphe 1 du Traité¹⁰⁵. Les accords verticaux sur le prix de revente, aussi appelés « *resale price maintenance* » en anglais, visent les cas où fournisseur et distributeur s'accordent de manière à ce que le distributeur ne revende pas les produits du fournisseur au-dessous d'un prix spécifique. Le respect effectif par un distributeur d'un prix conseillé peut donc se mesurer au regard de l'application par ce distributeur de prix « *au moins égaux ou supérieurs* » aux prix convenus avec le fournisseur¹⁰⁶.
163. Aux termes du règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ci-après le « règlement (UE) n°330/2010 »), les accords verticaux qui, directement ou indirectement, pris isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, constituent des clauses dites « *noires* » ou « *restrictions caractérisées* ». L'imposition de prix de revente fixes ou minimums est ainsi explicitement qualifiée par l'article 4, paragraphe (a) du règlement vertical *susmentionné* de « *restriction caractérisée* », présumée restreindre la concurrence. Partant, il est peu probable que de tels accords remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et ils échappent au bénéfice de l'exemption par catégorie¹⁰⁷. Un accord qui contiendrait une telle restriction caractérisée ne peut non plus bénéficier de la « *sphère de sécurité* » réservée aux accords d'importance mineure, au sens de la Communication de la Commission applicable à ces accords¹⁰⁸.
164. Il y a lieu de noter qu'il est toutefois licite pour un fournisseur de déterminer des prix maximums de revente ou des prix conseillés, à condition que ces conseils soient sans ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix fixes ou

¹⁰³ Nous soulignons.

¹⁰⁴ Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, J.O.U.E., C 130 du 19.5.2010, p. 1, point 48.

¹⁰⁵ Voir par exemple la décision de la Commission du 24.07.2018, Asus, AT.40465, point 116.

¹⁰⁶ Voir ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, *affaire des jouets*, point 614.

¹⁰⁷ Voir les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales *précitées*, points 223 et suivants.

¹⁰⁸ Voir la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*), JO C 291, 30.8.2014, p. 1–4, points 2 et 13. Ainsi que l'arrêt de la Cour du 13 décembre 2012, *Expedia Inc. contre ADLC*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795.

minimums¹⁰⁹. Un alignement résultant d'un parallélisme de comportements n'est pas non plus illicite.

165. A cet égard, les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales précisent qu'un prix de vente est aussi considéré comme imposé lorsqu'il l'est par des moyens *indirects*. Sont ainsi cités plusieurs exemples, comme celui d'un accord :

- fixant la marge du distributeur, ou
- fixant le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini, ou
- subordonnant au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes, ou
- subordonnant au respect d'un niveau de prix déterminé le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur, ou
- reliant le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par la concurrence¹¹⁰.

166. La communication par un fournisseur d'un prix de revente sans préciser au distributeur qu'il s'agit d'une recommandation peut ainsi également être considérée comme un prix imposé par un moyen indirect.

6.4.2 *Un concours de volontés*

167. Pour qu'il y ait accord et/ou pratique concertée, il faut un concours de volontés, exprès ou tacite, entre au moins deux parties, comme en l'espèce entre fournisseur et distributeur.

6.4.2.1 *Une invitation acceptée*

168. Il y a accord et/ou pratique concertée au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE et/ou de l'article 3 de la Loi dès lors qu'est démontré un concours de volontés entre entreprises de se comporter d'une manière déterminée sur un marché donné, ayant pour objet et/ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence.

169. Il n'est pas nécessaire de définir avec précision si un certain comportement constitue un accord ou une pratique concertée, les deux concepts étant fluides et pouvant se recouper¹¹¹.

¹⁰⁹ Voir le règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J.O.U.E., L 102 du 23.4.2010, p. 1, les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, J.O.U.E., C 130 du 19.5.2010, p. 1, points 48 et 223 et suivants ; voir aussi par exemple, la décision du Conseil de la concurrence (France) du 5 décembre 2005, n°05-D-66, point 332.

¹¹⁰ Lignes directrices précitées dans la note de bas de page précédente, point 48.

¹¹¹ Voir la récente décision de la Commission du 5 mars 2019, *occupant safety systems*, AT.40481, point 46 et la jurisprudence citée.

170. La preuve de l'accord est rapportée, tant en droit interne qu'en droit de l'Union, dès lors qu'il y a, d'une part, invitation à un accord émanant de la part d'une des entreprises et, d'autre part, acquiescement, même tacite, des autres parties à cette invitation¹¹², la forme par laquelle se manifeste le concours de volontés n'ayant pas d'importance¹¹³.
171. Dans la décision *Guess* et la jurisprudence qu'elle cite, la Commission a retenu (nous traduisons):

«Aux fins d'application de l'article 101(1) du Traité, pour qu'il y ait accord entre entreprises, il est suffisant qu'au moins deux entreprises aient exprimé leur intention commune de se comporter sur le marché d'une certaine manière¹¹⁴. Bien que l'article 101(1) établisse une distinction entre accords et pratiques concertées, les notions d'accord et de pratique concertée doivent être interprétées largement¹¹⁵.

En vertu d'une jurisprudence bien établie, les conditions générales de vente, même si acceptées tacitement, et même si elles sont prétendument « imposées », équivalent à un accord aux fins d'application de l'article 101(1) du Traité¹¹⁶.

De la même manière, les mesures ou pratiques adoptées ou imposées d'une façon apparemment unilatérale par un fournisseur, par contraste avec des mesures véritablement unilatérales, peuvent constituer un accord ou une pratique concertée au sens de l'article 101(1) du Traité si, à tout le moins, l'acquiescement tacite de l'autre partie est établi¹¹⁷ (c'est-à-dire, dans le contexte de relations verticales, l'acquiescement du distributeur à la mesure adoptée par le fournisseur).

De plus, outre les cas où les mesures sont explicitement incluses au contrat, un concours de volontés peut aussi être constaté lorsque le contrat autorise le

¹¹² CA Paris, 1^{ère} chambre, 26 juin 2007, n° 2006/07821, affaire des parfums. Voir aussi l'arrêt de la Cour du 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission des Communautés européennes contre Bayer AG*, C-2/01P, ECLI:EU:C:2004:2, point 102.

¹¹³ Voir l'arrêt de la Cour du 5 décembre 2013, *Solvay SA/Commission*, C-455/11 P, ECLI:EU:C:2013:796, point 53 : « les notions d'accord et de pratique concertée, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE [devenu article 101 (1) du TFUE], appréhendent, d'un point de vue subjectif, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent (voir, notamment, arrêt *T-Mobile Netherlands e.a.* précité, point 23 ainsi que la jurisprudence citée). Il suffit, dès lors, que la preuve des éléments constitutifs de l'une ou de l'autre de ces formes d'infraction visées à cette disposition ait été établie pour que, en toute hypothèse, cette dernière s'applique ».

¹¹⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 11 janvier 1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission*, C-277/87, EU:C:1990:6, point 13; Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, *Bayer v Commission*, T-41/96, EU:T:2000:242, points 67 et 173.

¹¹⁵ Arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand AG v Commission*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 43.

¹¹⁶ Arrêt de la Cour, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission*, précité, point 2, dans lequel la Cour a jugé que les factures envoyées par Sandoz à ses clients comportant la mention "export interdit" serait l'élément de l'accord ayant pour objet la restriction de la concurrence et qui pourrait affecter le commerce entre Etats Membres. Aussi, arrêt du 9 juillet 2009, *Peugeot and Peugeot Nederland v Commission*, T-450/05, EU:T:2009:262, points 168-209.

¹¹⁷ Arrêt du Tribunal, *Bayer AG v Commission*, précité, points 70 à 72 et la jurisprudence citée; Arrêt du 3 décembre 2003, *Volkswagen AG v Commission*, T-208/01, EU:T:2003:326, points 34 à 36.

*fournisseur à adopter des mesures, même si ces mesures n'étaient pas explicitement indiquées au contrat*¹¹⁸ »¹¹⁹.

6.4.2.2 Les différents modes de preuve de l'acceptation

6.4.2.2.1 Les preuves documentaires

172. La preuve d'une acceptation peut être constituée de différentes manières : à partir de documents ou déclarations faisant *directement* état de l'application des prix convenus, comme par exemple une interdiction de revendre au-dessous du prix de vente « conseillé » directement intégrée dans les conditions générales de vente du fournisseur ; ou encore à partir de documents établissant *indirectement* que les prix convenus ont été appliqués, comme par exemple des courriers du distributeur relatifs aux conditions d'application de remises conditionnées au respect des prix préconisés par le fournisseur. Toutefois, même en l'absence de documents établissant directement ou indirectement l'acceptation, l'infraction peut aussi être prouvée s'il peut être établi que les *PVC* ont été *significativement appliqués*.

6.4.2.2.2 L'acceptation en l'absence de preuves documentaires directes ou indirectes : le faisceau d'indices

173. Il est utile de se référer ici à la jurisprudence nationale avec, par exemple, l'affaire Luxlait¹²⁰, et française¹²¹ qui a statué sur quelques cas, comme. Cette jurisprudence a estimé que la preuve de l'acceptation, en l'absence de preuves documentaires, était rapportée par la réunion de trois indices, constituant ensemble un faisceau, aussi appelé *triple test*:

1. Les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs, c'est-à-dire que le fournisseur a évoqué ce prix avec le distributeur ;
2. Les prix ont été significativement appliqués ou respectés par le distributeur;
3. Une police des prix a été mise en place pour éviter que des distributeurs déviants ne compromettent le fonctionnement durable de l'entente, c'est-à-dire que le fournisseur a au moins procédé à une surveillance des prix pratiqués par le distributeur.

¹¹⁸ Arrêt du 18 septembre 2003, *Volkswagen AG v Commission*, C-338/00 P, EU:C:2003:473, points 64 et 65.

¹¹⁹ Voir pour l'ensemble de la citation, la décision de la Commission du 17 décembre 2018, *Guess*, AT.40428, points 96 à 99.

¹²⁰ Voir décision du Conseil du 24 août 2018, *Luxlait*, 2018-FO-03. Pour la jurisprudence française, voir les affaires dites des *parfums* (ADLC, décision du 13 mars 2006, n°06-D-04, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe) et des jouets (ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets).

¹²¹ La pratique décisionnelle récente de la Commission a en effet eu à connaître davantage de cas d'ententes établies au moyen de preuves documentaires directes telles qu'une interdiction incluse dans les conditions générales de vente. Voir par exemple, Commission européenne, 17 décembre 2018, *Guess*, AT40.428, point 84.

174. La conjonction de ces indices est une condition suffisante pour établir l'accord et la fiabilité du faisceau d'indices doit être appréciée globalement, chaque élément du faisceau n'ayant pas à répondre au critère de preuve précis, graves et concordants dès lors que le faisceau répond à cette exigence¹²².

6.4.2.2.2.1 *L'évocation des prix conseillés*

175. L'évocation des prix s'entend de tout procédé par lequel le fournisseur fait connaître au distributeur le prix auquel il souhaite que son produit soit vendu au consommateur, le point crucial étant que les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur soient connus du distributeur. L'évocation des prix constitue une invitation à l'accord, même s'il convient de rappeler qu'à elle seule, elle n'est pas interdite.

6.4.2.2.2.2 *L'application significative des prix par le distributeur*

176. Il y a application significative lorsque les prix évoqués par le fournisseur ont été effectivement respectés par le distributeur, c'est-à-dire qu'il y a eu suivi strict du *PVC* ou que celui-ci a fonctionné dans les faits comme un prix minimum. Il est à cet égard possible d'utiliser des critères statistiques ainsi que tout autre élément pour mettre en évidence une telle application significative des prix de nature à constituer l'acquiescement à l'invitation à l'accord¹²³.

177. En l'absence de déclaration du distributeur ou de pièces établissant sans conteste l'application significative des prix, l'observation directe des prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des *PVC* apportent la preuve recherchée¹²⁴.

178. Un taux de respect d'au moins 80% est considéré comme constituant l'indice d'application significative des prix. En deçà de ce seuil, l'application significative des prix est prouvée par une analyse supplémentaire prenant en compte la concentration des prix relevés par rapport au prix dit « *conseillé* ».

179. A titre d'illustration, dans *l'affaire des parfums, traitée par l'autorité de concurrence française*, qui concernait une vingtaine de fournisseurs (soit 31 marques), les parties avaient soutenu qu'il n'était pas possible de déduire à partir des relevés de prix en cause le respect du *PVC*, dans la mesure où ces relevés avaient été réalisés sur des échantillons, selon elles, « *insuffisamment représentatifs au regard du nombre de produits relevés par marque, du nombre de points de vente concernés et de la période limitée où ces relevés ont été effectués* ». L'autorité française¹²⁵ a rejeté le moyen en indiquant que : « *les parties se trompent sur la nature de la preuve apportée par ces relevés. Il ne s'agit pas, en effet, de démontrer, statistiquement, l'existence d'un prix unique au voisinage ou au-dessus duquel la distribution des prix serait concentrée anormalement, par rapport à une répartition concurrentielle plus dispersée. Une telle preuve suffirait per se et*

¹²² Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, n°2010/23945, *affaire des parfums*, page 43, 1^{er} et 3^{ème} paragraphes.

¹²³ CA Paris, 26 juin 2007, n°2006/07821, *affaire des parfums*, page 33, 2^{ème} paragraphe.

¹²⁴ Voir l'affaire des Parfums, Conseil de la concurrence (France), 13 mars 2006, décision n°06-D-04, point 505.

¹²⁵ Décision n° 06-D-04 bis* du 13 mars 2006, affaire des parfums, points 510 et 511.

rendrait inutiles les autres éléments du dossier. Mais elle exigerait, comme le demandent les parties, un appareillage statistique considérable, le respect strict des règles de l'art, et, en raison de la complexité du champ de l'étude (grand nombre de marques, multitudes de points de vente et dynamique temporelle), probablement plusieurs centaines de milliers d'observations. Telle n'est pas la nature de la preuve exigée par la jurisprudence qui repose sur des indices destinés à prendre place dans un faisceau, sans que l'un d'entre eux soit suffisant à lui seul pour apporter la preuve de la pratique dénoncée ».

180. Ainsi, il ne s'agit pas de démontrer une vérité statistique absolue car une telle preuve rendrait inutile les autres éléments du dossier. Une telle étude chiffrée exhaustive nécessiterait le traitement systématique de plusieurs dizaines de milliers de données, prenant en compte l'ensemble des références et l'ensemble des relevés de prix pour toute la période infractionnelle. Le Conseil relève que si l'on voulait ainsi prendre en compte des relevés mensuels pendant 5 ans pour l'ensemble des références de Bahlsen¹²⁶, on obtiendrait plus de [REDACTED] données chiffrées à traiter, seulement dans un seul point de vente, soit environ le triple de ce qui a été pris en compte par l'autorité française dans l'affaire des parfums, dans laquelle un total de 31 marques étaient concernées et environ 4.300 relevés avaient été opérés¹²⁷. De plus, si l'on devait mener l'analyse dans huit hypermarchés Delhaize au Luxembourg, cela équivaldrait à plus de [REDACTED] relevés. Même si l'on ne devait prendre en compte que sept relevés annuels (au lieu de douze), qui est la moyenne dans les PPRs de Bahlsen, on aboutirait à environ [REDACTED] relevés, soit [10-15] fois plus que dans l'affaire des parfums qui concernait 31 marques. Dans l'affaire des jouets¹²⁸ avaient été pris en compte les prix pratiqués par chaque distributeur pour les références présentes dans les catalogues de Noël.
181. L'exhaustivité n'est pas exigée, la démonstration de l'application significative des PVC devant seulement reposer sur des indices au sein d'un faisceau, sans que l'un d'eux soit nécessairement suffisant à lui seul pour apporter la preuve de la pratique.
182. Le schéma d'analyse se présente comme suit : en premier lieu, l'indice d'application significative des prix s'observe par le taux de respect du prix « conseillé » au moyen d'un échantillon de produits, que le prix soit relevé une ou plusieurs fois dans des points de vente. Une marge peut être prise en compte dans l'analyse de l'alignement afin de ne pas assimiler au jeu de la concurrence des différences de prix minimales. Une marge de 1% a été prise en compte dans l'affaire des jouets ou encore les prix arrondis au 0,05€ supérieur dans l'affaire Diddl¹²⁹. Si le taux est supérieur ou égal à 80%, l'indice est établi. A défaut, et en second lieu, une analyse de la dispersion des prix pratiqués autour

¹²⁶ Pour le nombre de références, voir courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q5.

¹²⁷ Voir ADLC, décision 06-D-04 du 13 mars 2006, affaire des parfums, point 506.

¹²⁸ Voir ADLC, décision 07-D-50 du 20 décembre 2007, affaire des jouets, citée ci-dessus, points 369 et suivants.

¹²⁹ ADLC, décision du 15 décembre 2011, n°11-D-19, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie, point 76.

du *PVC* doit être faite. L'indice est alors constitué si les prix se concentrent, de manière générale, autour du *PVC*.

6.4.2.2.3 *La police des prix*

183. D'une part, plusieurs types d'indices peuvent attester de l'existence d'une police des prix et d'autre part, l'existence de « *représailles* » en bonne et due forme ne constitue qu'une manifestation particulièrement poussée de cette police des prix, parmi un large éventail d'actes de surveillance ou de pressions.
184. Ainsi, les mesures de police des prix peuvent prendre de multiples formes, telles que des actions de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer des mesures de rétorsion ou de représailles¹³⁰ pour remplir la condition de police des prix.

6.4.3 *En l'espèce*

6.4.3.1 *L'accord et/ou la pratique concertée est établi(e) par des preuves documentaires*

185. Si le dossier recèle bien la preuve d'une évocation des *PVC* par Bahlsen, il n'y a toutefois pas de preuve telle qu'une clause contractuelle, imposant à Delhaize le respect des *PVC* de manière expresse.
186. En revanche, le dossier fait état de nombreuses autres preuves documentaires *directes ou indirectes*, attestant de la politique des *PVC* de Bahlsen et de son acceptation par Delhaize, comme il a été exposé aux points 4.2.3. et notamment 4.2.3.5. de la présente décision.
187. Ces preuves documentaires, détaillées au point 4.2.3., établissent notamment que :
- Bahlsen a diffusé à Delhaize des prétendus *PVC*, procédé à des relevés de prix systématiques dans des magasins Delhaize, a contrôlé le niveau effectif des prix pratiqués par Delhaize, a porté à la connaissance de Delhaize les produits dits « *problématiques* » dont les prix n'étaient pas en phase avec les *PVC* et a demandé des corrections à Delhaize, sans que Delhaize ne se distancie de ces dernières pratiques;
 - Bahlsen et Delhaize se sont entendus sur un « *blocage* » automatique des prix de Delhaize au niveau du *PVC* ;
 - Bahlsen et Delhaize ont convenu du suivi du *PVC* en échange du versement de contreparties par Bahlsen ;

¹³⁰ Voir *affaire des jouets*, précitée, point 557. Voir également ADLC, décision 15-D-18 du 1^{er} décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux vidéo, point 156.

- Delhaize a demandé à Bahlsen de revoir ses *PVC* afin que sa marge soit garantie, alors que Delhaize devait en principe pouvoir augmenter sa marge, soit en augmentant son prix de détail, soit en renégociant son prix d'achat auprès de Bahlsen. En revanche, lier – dans une requête à Bahlsen - la question de sa marge au niveau des *PVC* émis par Bahlsen, démontre que ces *PVC* n'avaient rien de prix indicatifs, ni pour Delhaize, ni pour Bahlsen.

188. Comme indiqué ci-dessus, il convient de souligner que, ni Delhaize ni Bahlsen, ne se sont jamais distanciés de la réception de courriels incriminants reçus de l'autre partie. Or, il est de jurisprudence constante que l'absence de distanciation vaut acquiescement à l'accord¹³¹.

189. L'accord et/ou la pratique concertée est donc établi(e) par l'ensemble de ces preuves documentaires.

6.4.3.2 L'accord et/ou la pratique concertée est aussi établi(e) par un faisceau d'indices

190. En tout état de cause, même à supposer que les preuves documentaires n'aient pas été suffisantes (*quod non*), le faisceau d'indices exigé pour les cas où il n'y aurait pas de preuve documentaire d'un acquiescement à l'accord et/ou pratique concertée est également constitué.

6.4.3.2.1 Sur la première branche du test : l'évocation des prix par Bahlsen

6.4.3.2.1.1 Moyens soulevés par Delhaize

191. Si aux points 39 à 41 de ses Observations, Bahlsen reconnaît qu'elle a bien diffusé les *PVC* aux distributeurs tels que Delhaize, Delhaize, quant à lui, remet en cause l'élément d'évocation des prix en alléguant, aux points 53 et suivants de ses Observations, qu'il n'est pas en constitué en l'espèce.

192. Tout d'abord, Delhaize prétend qu'une simple évocation des prix n'est pas suffisante pour remplir la première condition du test.

193. Mais, comme il a été rappelé au point 6.4.2.2.3. de la présente décision, il est nécessaire, mais également suffisant, que les prix tels que souhaités par Bahlsen aient été connus des distributeurs et en l'espèce, de Delhaize. En effet, en l'absence d'une telle connaissance, il ne saurait y avoir concours de volontés. Le fait que les *PVC* aient été évoqués et donc connus de Delhaize est suffisant pour remplir la première condition du test.

194. Ensuite, Delhaize dresse au point 3.1.1. de ses Observations la liste des différentes preuves apportées par la Communication des griefs, en les contestant.

¹³¹ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 15 juillet 2015, *Voestalpine et Voestalpine Wire Rod Austria / Commission*, T-418/10, ECLI:EU:T:2015:516, points 125, 127 et 128.

195. Pourtant, et comme il a été exposé au point 4.2.3.2. de la présente décision, et en ce qui la concerne en particulier, Delhaize avait bien connaissance des *PVC*, ceux-ci ayant été évoqués par Bahlsen dans les fiches techniques des nouveaux produits, lors de réunions bilatérales régulières et parfois même parce que Delhaize elle-même en avait fait la demande.
196. Delhaize conteste à tort avoir reçu des fiches techniques contenant des *PVC* alors que la fiche technique accompagne, comme il a été exposé au point 4.2.1. de la présente décision, chaque nouveau produit puisqu'elle en contient les caractéristiques¹³². Il est incontesté que Delhaize a acheté des produits auprès de Bahlsen. Delhaize a par conséquent bien reçu ce type de fiches pour les produits achetés. Comme il a été exposé au point 6.2.3.2. de la présente décision, si l'autorité de concurrence est bien tenue d'apporter des preuves précises et concordantes, elle n'est nullement tenue de le faire pour chaque élément de l'infraction puisque les indices doivent être appréciés, non pas isolément, mais dans leur ensemble¹³³.
197. A cet égard, Delhaize conteste également à tort avoir reçu une liste des nouveaux produits contenant des *PVC*¹³⁴, alors même que cette pièce fait référence à « *Delhaize Luxembourg Centrale* ». Comme il a été rappelé au point 6.1.1.2.3. de la présente décision¹³⁵, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle peut être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices, car il serait sinon extrêmement difficile voire impossible de prouver de telles pratiques, par nature secrètes. Par conséquent, il peut en être raisonnablement déduit que cette pièce ou son contenu a été communiqué à Delhaize, tel que Bahlsen l'a indiqué¹³⁶.
198. D'une manière similaire, Delhaize conteste à tort avoir reçu les *PVC* établis par Bahlsen qui ont pourtant été communiqués lors des réunions bilatérales qui se tenaient régulièrement, comme exposé notamment aux points 4.2.3.2. et 4.2.3.4. de la présente décision et ce par divers moyens.
199. Delhaize conteste en outre à tort la valeur probante des pièces II.D.4.07 et II.D.4.08¹³⁷, ou encore de la pièce II.D.4.12.¹³⁸ contenant des notes manuscrites. Pourtant, les notes prises *in tempore non suspecto* ont une valeur probante reconnue par la jurisprudence et ne nécessitent pas d'autres preuves concordantes, comme exposé au point 6.1.1.2.3. de

¹³² Pour un exemple de fiche technique reçue par Delhaize, voir les pièces communiquées par Bahlsen dans son courrier au Conseil du 13 mars 2020, annexe 1.

¹³³ Voir la section 6.1.1.2.3. citant l'arrêt *Sony Optiarc*, précité, points 43 et 44, l'arrêt du Tribunal du 8 septembre 2016, *Goldfish e.a. contre Commission*, T-54/14, EU:T:2016:455, points 91 et seq., ou encore l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2018, *Prysmian SpA et Prysmian Cavi e Sistemi Srl contre Commission*, précité, point 197.

¹³⁴ Pièce II.E.4.1., demande de clémence, du 26 mai 2015.

¹³⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

¹³⁶ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 33, 2^e paragraphe faisant référence à la communication de la pièce en question.

¹³⁷ Voir la référence respectivement aux « *PVC* » et aux « *PVC à corriger* » en note manuscrite sur la première page de chacune de ces deux pièces de la demande de clémence.

¹³⁸ Cette pièce est une prise de notes relayant une discussion avec Delhaize comme en atteste la référence « *DLL* » et qui indique « *projet caisses-->PVC check* ».

la présente décision¹³⁹ où il a également été rappelé que l'existence d'une pratique anticoncurrentielle peut être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices, car il serait sinon extrêmement difficile voire impossible de prouver de telles pratiques, par nature secrètes.

200. Delhaize conteste encore à tort que la pièce II.D.4.09, qui est un extrait de « *price panel review* » concernant Delhaize, ait été réellement communiquée à Delhaize. Cette pièce fait pourtant état de la remarque « *à changer* » tout en comparant une liste de prix (*PVC*) systématiquement supérieurs aux prix qui ont été effectivement pratiqués à cette date par Delhaize¹⁴⁰. Bahlsen n'avait aucun intérêt à indiquer pour un usage purement interne que les prix effectivement pratiqués par Delhaize en août 2011, et tous inférieurs aux *PVC*, devaient être modifiés. A nouveau, et au vu de l'exigence posée par la jurisprudence d'apprécier les indices non pas isolément, mais dans leur ensemble, il convient de rejeter le moyen soulevé par Delhaize.
201. Enfin, Delhaize déforme le test juridique résultant d'une jurisprudence bien établie¹⁴¹ en alléguant aux points 83 et suivants de ses Observations, une absence de communication des prix « *contraignante* » ou encore une absence de communication des prix régulière et systématique, et en érigeant ces deux notions comme critères additionnels du test. Comme il a été exposé au point 6.4.2.2.1. de la présente décision, de tels critères ne sont pas exigés par la jurisprudence pour constituer l'indice d'évocation des prix. Le simple fait, par le fournisseur, de faire connaître au distributeur le prix auquel il souhaite que son produit soit vendu au consommateur, est suffisant pour constituer une invitation à l'accord.
202. De fait, les références de jurisprudence invoquées par Delhaize à l'appui de ses arguments dans ses notes de bas de page 55 et 56, non seulement ne remettent pas en cause le test juridique utilisé dans la Communication des griefs, mais sont également erronées¹⁴².

¹³⁹ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

¹⁴⁰ Voir les prix relevés chez Delhaize à la date de la pièce II.D.4.09. demande de clémence, contestée par Delhaize, dans le *Price panel review* du 10 août 2011, pièce II.B.1.043., demande de clémence, PPR 20110810 (prix concurrence au 10.08.2011) pour « *DLL Alz* », signifiant Delhaize à Esch-sur-Alzette.

¹⁴¹ Voir ci-dessus le point 6.4.2.2.2.

¹⁴² L'analyse détaillée de ces références citées par Delhaize dans ses notes de bas de page 55 et 56 ne remettent pas en cause le critère de l'évocation des prix tel qu'issu d'une jurisprudence établie et exposé dans la présente décision : (i) l'arrêt de la Cour d'appel de Paris n°06/9813 ne concerne pas une affaire de prix imposés mais de droits d'auteurs et concurrence déloyale ; (ii) Aucun des paragraphes 161 cités par Delhaize dans la décision n°06-D-04 bis n'est pertinent dans la mesure où ils ne font pas partie de la discussion juridique sur le critère de l'évocation des prix mais de l'exposé général des faits ; (iii) le paragraphe 15 de la décision de l'ADLC n°15-D-07, cité par Delhaize est un rappel des faits mais ne fait pas partie de l'analyse juridique développée par la décision. Au contraire, cette décision n°15-D-07 en son point 39 se réfère, pour le critère de l'évocation des prix, à la même définition que la présente décision en son point 6.4.1.2.1, à savoir une simple communication des *PVC* ; (iv) les points cités par Delhaize dans la décision de l'ADLC n°06-D-37 se contentent de rappeler des faits de l'espèce et/ou ne remettent pas en cause la condition d'évocation des prix telle qu'utilisée ; (v) idem pour les paragraphes cités par Delhaize dans la décision de l'ADLC n°05-D-70 ; (vi) idem pour les paragraphes 67 et 226 de la décision 05-D-32 qui à nouveau relèvent du rappel de faits propres à ces espèces sans avoir d'incidence sur

203. Les éléments rapportés sont donc suffisants pour établir que Delhaize avait connaissance des *PVC* du fait de l'évocation de ceux-ci par Bahlsen.

6.4.3.2.1.2 *Conclusion sur la première branche du test*

204. Les moyens relatifs à la non-évocation des *PVC* doivent donc être écartés et la première branche du test (évocation des prix) est remplie.

6.4.3.2.2 Sur la deuxième branche du test : l'application significative des prix par le distributeur

6.4.3.2.2.1 *Moyens soulevés par Bahlsen*

205. Au point 44 de ses Observations, Bahlsen conteste l'application significative des *PVC*. Elle fait référence à son analyse quantitative et à la pièce II.B.6.1. et inclut un tableau aux pages 22 et 23 de ses Observations. La méthodologie avancée est un calcul à partir des PPRs prenant en compte une pondération de l'importance du chiffre d'affaires généré par les produits concernés. Sont également considérés par Bahlsen comme respectant le *PVC*, les prix affichant une différence de 1 euro cent avec ce *PVC*.

206. Mais tout d'abord, Bahlsen ne donne que très peu de détails quant à la méthodologie qu'elle utilise, par exemple quant aux produits inclus ou non. Sa méthode de pondération ne trouve pas d'équivalent en jurisprudence et est, par ailleurs, critiquable au sens où le chiffre d'affaires réalisé par un produit peut être éclaté entre plusieurs références. Ainsi en 2012 par exemple, Bahlsen vendait à Delhaize environ une dizaine de déclinaisons différentes du produit *Pick Up*, chaque référence de la « famille *Pick Up* » générant pour Bahlsen un chiffre d'affaires distinct¹⁴³. En d'autres termes, la pondération opérée par Bahlsen n'est que très relative. Elle l'est d'ailleurs d'autant plus que si, sur dix références, l'une représente 30% des ventes mais est inférieure de 2 cents au *PVC*, alors que les neuf autres suivent ce *PVC*, alors le taux sera au-dessous du seuil des 80%. Ceci, quand bien même, premièrement, neuf références sur dix suivraient le *PVC* et, deuxièmement, la référence restante serait très proche de celui-ci. Enfin, quand les taux sont inférieurs à 80%, Bahlsen ne propose aucune analyse de la dispersion. Pourtant, si malgré un taux de suivi inférieur à 80%, les prix s'avèrent graviter autour du *PVC*, alors l'indice d'une application significative est également constitué.

207. Il semble que le tableau aux pages 22 et 23 des Observations Bahlsen soit issu de la pièce II.B.6.1., versée au dossier par Bahlsen. Cette pièce fournit quant à elle des chiffres de 2012 à début 2016 et comporte de nombreux cas où le seuil de 80% est atteint ou franchi concernant les prix pratiqués par Delhaize, sauf effectivement pour 2015 qui est l'année

le test juridique appliqué et le critère de l'évocation des prix ; (vii) la référence par Delhaize dans la décision de l'ADLC n°05-D-66 n'est pas non plus de nature à remettre en cause le test juridique utilisé dans la présente décision ; (viii) la référence à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris n°2008/00255 p 11 dans *l'affaire des jouets* n'énonce pas non plus la condition de « sollicitations régulières et systématiques » invoquée par Delhaize pour qualifier le critère de l'évocation des prix.

¹⁴³ Voir pièce II.B.6.2., demande de clémence.

reproduite dans les Observations de Bahlsen. Bahlsen ne tire pourtant aucune conclusion de ces chiffres quant à une application significative par Delhaize.

208. Il s'ensuit que les moyens de Bahlsen ne sont pas fondés.

6.4.3.2.2.2 *Moyens soulevés par Delhaize*

209. Aux points 140 et suivants de ses Observations, Delhaize conteste une mise en œuvre significative des *PVC* en alléguant l'insuffisance de preuves et l'aspect contestable de l'analyse développée par la Communication des griefs.

210. Tout d'abord, au point 175 de ses Observations, Delhaize critique le manque de représentativité de l'échantillon utilisé par la Communication des griefs pour son analyse de l'application significative. Elle invoque à cet égard une décision de la cour d'appel de Paris, mais de façon tronquée. La Cour d'appel¹⁴⁴, confirmant la décision de l'autorité de concurrence, a jugé dans *l'affaire des parfums* que les relevés de prix en l'espèce, certes, ne représentaient pas toutes les caractéristiques suffisantes à une démonstration statistique du respect des prix imposés, mais « *qu'ils pouv(ai)ent cependant, avec d'autres éléments, constituer partie d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants visant à démontrer le respect effectif des prix conseillés par les distributeurs ; que c'est à bon droit que ces relevés ont pu être retenus par le Conseil comme des indices ou plus exactement des fragments d'indice susceptibles d'établir la réalité des faits d'entente verticale sur les prix (...)* ».

211. Ensuite, aux points 209 à 226 de ses Observations, Delhaize conteste que la Communication des griefs contienne des preuves factuelles de son acceptation. Mais, il a tout d'abord été démontré au point 6.4.3.1. qu'il existait des preuves documentaires directes et indirectes d'une telle acceptation par Delhaize. Par ailleurs, c'est seulement en l'absence de telles preuves documentaires qu'il convient ensuite d'examiner s'il y a eu application significative des *PVC* par le distributeur, en l'occurrence Delhaize. En argumentant qu'il n'y a pas de preuves factuelles de son acceptation au sein de son analyse de l'application significative, Delhaize commet une erreur de raisonnement.

212. Au point 213, Delhaize prétend que rien « *ne vient corroborer l'affirmation selon laquelle Delhaize aurait bloqué les PVC* ». Il ne s'agit toutefois pas ici de savoir si Delhaize a bloqué les *PVC* ou non, mais d'analyser si Delhaize a significativement respecté la politique des *PVC*. Il sera démontré par la suite que tel a bien été le cas. En tout état de cause, en acceptant de bloquer les *PVC*, ou même seulement parce qu'elle a discuté d'un tel blocage avec Bahlsen, sans s'en distancier à aucun moment, Delhaize a accepté d'appliquer les *PVC*. Il ressort des preuves analysées au point 6.4.3.1. que, non seulement le blocage des *PVC*, c'est-à-dire le blocage automatique des prix pratiqués au niveau du *PVC*¹⁴⁵, a bien été discuté entre Bahlsen et Delhaize, mais également que

¹⁴⁴ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, RG n°2010/23945, page 48, paragraphes 5 et 6.

¹⁴⁵ Voir pour l'interprétation du terme « *blocage* » la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63, deuxième paragraphe.

Delhaize ne s'est à aucun moment distancié des discussions tenues sur ce sujet avec Bahlsen.

213. Delhaize soutient par ailleurs¹⁴⁶ que, du fait de [REDACTED], il était techniquement impossible à son équipe en charge des contacts avec Bahlsen d'agir sur la fixation des prix de détail pratiqués par Delhaize. Néanmoins, [REDACTED] aucune mesure de nature à empêcher la communication des PVC par une équipe à l'autre n'ayant été spécifiquement mise en place. Cet argument est donc insuffisant à établir qu'aucune intervention n'a pu advenir sur les prix pratiqués dans les points de vente Delhaize au Luxembourg. La note produite par Delhaize sur sa politique de prix¹⁴⁷ n'apporte aucun élément propre à invalider ce constat.
214. Aux points 227 et suivants de ses Observations, Delhaize s'attache à critiquer la méthode suivie par la Communication des griefs. Ses critiques reposent principalement sur le manque de crédibilité des relevés PPR, sur le fait que certains produits retenus par la Communication des griefs dans son échantillon [REDACTED] et donc ne seraient pas concernés par les griefs, et enfin, que la particularité de la politique de prix de Delhaize ne soit pas prise en compte. Néanmoins, comme exposé au point 4.2.3.4.1., les PPRs sont une bonne preuve à la disposition du Conseil en ce qu'ils ont été établis *in tempore non suspecto* et à ce titre, sont plus crédibles que des données internes à Delhaize et produites pour les besoins de la cause. Concernant les produits achetés [REDACTED] et comme il a été rappelé dans les faits en section 4 relative aux faits, Delhaize a lui-même indiqué¹⁴⁸ que cette [REDACTED]. En ce qui concerne par exemple le produit « Pick Up ! Classic » par paquets de 5¹⁴⁹ retenu par la Communication des griefs dans son échantillon d'analyse, force est de constater qu'il [REDACTED] et est donc bien visé par les griefs retenus. Enfin, en réponse au dernier point de Delhaize sur sa politique de prix, il convient de noter que [REDACTED].

¹⁴⁶ Points 213 à 226 des Observations Delhaize.

¹⁴⁷ Observations Delhaize, annexe 3.3.1., point 12.

¹⁴⁸ Courrier de Delhaize au Conseil du 28 février 2020, réponse à la question Q2.

¹⁴⁹ 5 x 28g, voir Communication des griefs, point 75 listant dans son échantillon la référence « 28380 » qui correspond à « PiCK UP ! Classic 5x28gr Multi-Pack » dans les PPRs.

¹⁵⁰ Voir courrier de Delhaize au Conseil en date du 28 février 2020, réponse de Delhaize à la question Q2 et le document y annexé [REDACTED].

¹⁵¹ Notamment les supermarchés Delhaize à Strassen, Alzingen, Pommerloch ou encore Belval, selon les PPR, pièces de la demande de clémence II.B.1.001. à II.B.1.056, II.B.2.01, II.B.2.05, II.B.3.1., II.B.4.03, II.B.4.07. et II.B.4.08.

215. Aux points 246 et suivants de ses Observations, Delhaize soumet sa propre analyse, également détaillée dans son annexe 3.3.2. « *Analyse économique de la mise en œuvre* » en utilisant à l'appui les données internes de Delhaize sur les prix pratiqués (« *Base Delhaize* », annexe 3.3.8. aux Observations Delhaize). Cette analyse est toutefois critiquable à divers égards :

- L'analyse de Delhaize à partir des données Bahlsen¹⁵² indique que les pourcentages de mise en œuvre sont « *dans tous les cas, inférieurs au seuil de 80%* ». Mais, Delhaize arrête ici son analyse alors que la jurisprudence recommande dans ce cas d'affiner afin de déterminer pour chaque produit la dispersion des prix par rapport au *PVC*. Par ailleurs, lorsqu'elle se fonde sur ses propres données¹⁵³, Delhaize analyse bien la dispersion, mais elle le fait de manière agrégée sur tous les produits en calculant des moyennes. Or, la jurisprudence¹⁵⁴ fait en général une analyse par produit.
- Le critère de l'application significative des *PVC* est considéré comme un indice qui, considéré au sein d'un faisceau c'est-à-dire avec d'autres indices, peut prouver un accord sur les prix de revente, en l'absence de preuve documentaire directe ou indirecte. Une analyse statistique exhaustive et systématique de toutes les références n'est en aucun cas exigée. Si tel devait être le cas, où comme en l'espèce il existe un très grand nombre de références (■ en moyenne) et que l'infraction s'étend sur plus de cinq années, cela aboutirait à rendre la preuve de l'infraction impossible à constituer. Pourtant, Delhaize, au moyen de son étude, vise clairement à une exhaustivité totale. C'est une démarche louable mais qui, outre le fait qu'elle ne corresponde pas à la méthode exigée par la jurisprudence, comporte des erreurs, comme exposé ci-dessous.
- L'analyse de Delhaize prétend poser des hypothèses conservatrices mais exclut en bloc certains produits achetés *via* la Belgique tels que listés dans la pièce I.B.2.¹⁵⁵. Cette pièce a été versée au dossier par Bahlsen qui avait à cette occasion elle-même exposé que Delhaize Luxembourg s'approvisionnait pour ces produits auprès de Bahlsen Belgique¹⁵⁶. Mais tout d'abord, selon Delhaize¹⁵⁷, ■. Ensuite, cette pièce fait seulement référence à « *l'assortiment 2015* ». Par ailleurs, force est de constater que tous les produits listés dans les PPRs et donc vendus dans les magasins Delhaize au Luxembourg ont fait l'objet de relevés de prix par Bahlsen et ont été comparés au *PVC* émis par Bahlsen Luxembourg. Ainsi, le produit « *Pick UP ! classic* » en paquets de cinq apparaissant dans la pièce I.B.2. (demande de clémence) et inclus dans l'échantillon retenu par la

¹⁵² Section 2 de l'annexe 3.3.2. aux Observations Delhaize.

¹⁵³ Section 5 de l'annexe 3.3.2. aux Observations Delhaize, voir les points 79 et suivants « *résultats* ».

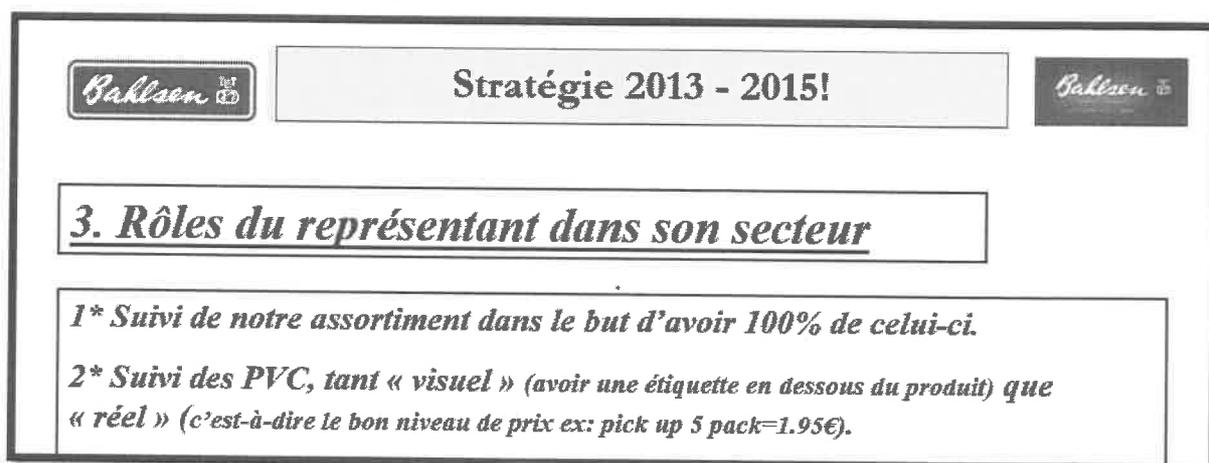
¹⁵⁴ Voir par exemple ADLC, décision du 13 mars 2006, n°06-D-04, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe (*affaire des parfums*) notamment dans laquelle ont été faites des analyses de la dispersion par produit par exemple pour « eau de toilette en vaporisateur 100 ml de Azzaro pour homme » (point 522) et « pour vaporisateur 24 faubourg Hermès » (point 574).

¹⁵⁵ Voir Annexe Delhaize 3.3.2., point 19 faisant référence à la pièce I.B.2., demande de clémence.

¹⁵⁶ Voir demande de clémence du 22 décembre 2015, point 2.

¹⁵⁷ Voir courrier de Delhaize au Conseil en date du 28 février 2020, réponse de Delhaize à la question Q2.

Communication des griefs, a été exclu par Delhaize de sa propre analyse car estampillé « belge ». Pourtant, [REDACTED] et il faisait partie intégrante de la stratégie PVC de Bahlsen comme attesté par le compte-rendu de réunion interne ci-dessous (pièce II.C.1.10, demande de clémence, page 44 pour 2013-2015 ou encore pièce II.C.1.11., demande de clémence, page 9 pour 2010-2012). Ceci signifie que l'exclusion en bloc par Delhaize des produits dits « belges » de son analyse, sur le fondement de la pièce I.B.2. n'est pas correcte.



Bahlsen **Stratégie 2013 - 2015!** **Bahlsen**

3. Rôles du représentant dans son secteur

1* Suivi de notre assortiment dans le but d'avoir 100% de celui-ci.

2* Suivi des PVC, tant « visuel » (avoir une étiquette en dessous du produit) que « réel » (c'est-à-dire le bon niveau de prix ex: pick up 5 pack=1.95€).

Source : réunion interne Bahlsen 4 décembre 2012, pièce II.C.1.10, demande de clémence, page 44.

- Delhaize exclut également de son analyse les « produits nouveaux » en invoquant l'inapplicabilité de l'interdiction des prix imposés à cette catégorie de produits. Puisqu'il invoque ici une exemption, Delhaize aurait dû détailler en quoi cette exemption se justifiait pour chaque produit, au regard des conditions posées par les articles 101, paragraphe 3 du TFUE et 4 de la Loi. Comme rappelé par les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales¹⁵⁹, l'éventualité de pouvoir pratiquer des prix imposés pour faciliter le lancement de produits nouveaux n'est qu'une possibilité, qui doit être justifiée, et ne saurait être comprise comme systématique. Comme démontré au point 6.8. ci-dessous, cette preuve incombe à Delhaize et est d'autant plus nécessaire que certains produits soi-disant « nouveaux » faisaient en réalité partie de la gamme Bahlsen depuis plusieurs mois, voire plusieurs années. Certains produits ont ainsi pu être artificiellement classés dans cette catégorie alors que

¹⁵⁸ Voir réponse de Delhaize à la question Q2, dans son courrier au Conseil en date du 28 février 2020 [REDACTED]

¹⁵⁹ Le paragraphe 225 dispose que : « Toutefois, les prix de vente imposés peuvent (nous soulignons) ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficacité, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3 ». Voir les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, JO C130 du 19 mai 2010.

leur « nouveauté » se résumait à un grammage légèrement modifié par rapport à la version antérieure du même produit.

- Concernant l'étude de la dispersion et la présentation graphique en Figure 2¹⁶⁰ des nuages de prix, Delhaize omet de faire figurer l'origine de l'axe des prix, ce qui a pour conséquence de présenter de manière amplifiée tout éventuel écart par un effet de « zoom », c'est-à-dire en faisant apparaître comme une dispersion - à tout le moins - visuellement significative, un faible écart par rapport au *PVC*.
- L'analyse de Delhaize pose également un certain nombre de postulats non justifiés, tels que les « données Delhaize (...) étant de nature plus fiables que celles de Bahlsen »¹⁶¹.

216. Aux points 311 et suivants de ses Observations, Delhaize s'attache à démontrer l'insuffisance de preuves de sa participation, de manière systématique et répétitive, en reproduisant son argumentaire cinq fois, quasiment à l'identique - soit une fois par année - sur onze pages. Mais tout d'abord, et comme démontré, preuves documentaires à l'appui dans la présente décision à la section 4 (Les pratiques : rappel des faits) puis à la section 7 (durée de l'infraction), l'adhésion de Delhaize à la politique de Bahlsen est bien établie pour toute la période infractionnelle, soit du 1^{er} janvier 2011 au 2 octobre 2015. Par ailleurs et comme rappelé au point 6.4.3.2.¹⁶², l'adhésion a en outre été, de manière surabondante, établie à l'aide d'un faisceau d'indices.

217. Comme expliqué ci-dessus, un tel faisceau doit être apprécié globalement, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle pouvant être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices. Il serait autrement extrêmement difficile, voire impossible de prouver de telles pratiques, par nature secrètes.

218. Les moyens soulevés par Delhaize ne peuvent donc pas être retenus.

6.4.3.2.2.3 Conclusion sur la deuxième branche du test

219. Nonobstant le rejet des critiques formulées par les entreprises à l'égard de la méthodologie utilisée dans la Communication des griefs, et nonobstant le rejet des analyses propres menées par les entreprises, il appartient au Conseil d'établir le respect significatif des *PVC* par sa propre analyse. La méthodologie retenue par le Conseil afin de vérifier l'existence d'un indice d'application significative des *PVC* de la part de Delhaize est décrite ci-dessous et se fonde sur un échantillon de produits.

a) La méthodologie suivie par le Conseil

220. Afin de vérifier l'indice d'application significative des *PVC*, les variables retenues doivent être utiles, c'est-à-dire permettre de mesurer si les *PVC* ont été significativement suivis et/ou ont agi comme un prix minimum en-deçà duquel Delhaize n'a pas abaissé ses prix. A cette fin, à l'instar de la Communication des griefs, il est raisonnable de

¹⁶⁰ Annexe Delhaize 3.3.2., page 15.

¹⁶¹ Annexe Delhaize 3.3.2., point 63.

¹⁶² Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

prendre en compte un échantillon de produits Bahlsen et les prix pratiqués par Delhaize au cours de la période infractionnelle.

- Le fournisseur

221. Le cas d'espèce ne concerne qu'un fournisseur, à savoir Bahlsen qui, entre 2011 et 2015, vendait au Luxembourg environ [REDACTED] références de produits¹⁶³, certaines références étant des déclinaisons d'un même produit mais en des recettes différentes¹⁶⁴ et/ou dans des emballages de tailles variées¹⁶⁵. Par exemple, aux termes du relevé PPR du 10 octobre 2014¹⁶⁶, Bahlsen commercialisait 17 types de chips « *Crunchips* » qui se différenciaient seulement par leur parfum (sel, paprika, barbecue, cheese & onion, etc) et/ou par la taille de l'emballage (50, 90, 100, 175 grammes etc).

- Les produits

222. La Communication des griefs avait annoncé retenir un échantillon de 9 produits¹⁶⁷ et 5 catégories de produits dans son « *tableau synoptique* »¹⁶⁸. Il convient de relever, à propos de ce tableau synoptique, les points suivants :

(1) Toutes les références sélectionnées dans l'échantillon annoncé de 9 produits ne se retrouvaient pas dans le tableau synoptique, et notamment pas les « *choco Leibniz VM 125g* » (référence 20910) ni « *Saltletts sticks classic 250g* » (référence 70680) ;

(2) La référence 20005 « *Savaroises au Chocolat 220g* » utilisée par la Communication des griefs pour les années 2011 et 2013, en remplacement de la référence 54100 « *Blondies* », est un produit de la marque « *St Michel* », qui appartient bien à Bahlsen mais ne faisait pas partie des marques expressément visées par la Communication des griefs.

223. Malgré cela, procéder à l'analyse d'un échantillon de produits relève d'une méthodologie raisonnable, la jurisprudence citée ci-dessus n'exigeant pas de traiter de

¹⁶³ Voir courrier Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse Bahlsen à la question Q3 faisant référence pour les années 2011 à 2015, à des chiffres allant de [REDACTED]

¹⁶⁴ Par exemple, les biscuits PickUp disponibles en version « *classic* », « *caramel* », « *fourré lait* », « *wild berry* » etc.

¹⁶⁵ Par exemple, les chips « *Crunchips Salz* » disponibles en sachets de 50, 90, 100 ou 175 grammes.

¹⁶⁶ Pièce II.B.1.008., demande de clémence.

¹⁶⁷ Voir Communication des griefs, point 4.3.6., avec les références 70770 (Erdnuesse ger gesalz bar), 79880 (Nic Nac bar), 65080 (Crunchips Salz 50g), 65090 (Crunchips Paprika 50g), 70680 (Saltletts sticks classic 250g), 20910 (Choco Leibniz VM 125g), 28380 (PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack), 43980 (Comtess Schoko – Chips 350g) et 54100 (Blondies 240g), étant noté par la Communication des griefs que « *pour les années 2011 et 2013, les produits 43980 et 54100 ne figuraient pas dans la « price panel review ». Ils ont été remplacés par les produits 47400 et 20005* », ainsi que les tableaux en annexes à la Communication des griefs faisant référence à ces 9 références. Le produit 47400 est « *Comtess Schoko 400g* » et le produit 20005 est « *Savaroises au Chocolat 220g* ».

¹⁶⁸ Voir Communication des griefs, point 4.3.6., les 5 catégories retenues par la Communication des griefs dans le tableau synoptique étaient : Noix, chips, biscuits sucrés PickUp, Gâteaux et Blondies/savaroises ch. (« *ch.* » pour « *chocolat* »).

manière systématique l'intégralité des références. Comme exposé ci-dessus¹⁶⁹ et dans la logique du raisonnement par faisceau d'indices, il ne s'agit pas de démontrer une vérité statistique absolue, mais au contraire de prendre en compte des éléments utiles et significatifs. Cette méthodologie se justifie notamment du fait du nombre très important de déclinaisons d'un même produit.

224. A titre de comparaison, dans *l'affaire des parfums*, l'autorité française de concurrence avait analysé un unique relevé de prix par produit, pour moins de deux produits par marque¹⁷⁰.
225. Comme indiqué plus haut, l'objectif est ici de vérifier, si avec d'autres éléments, on est en présence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants¹⁷¹. Après avoir écarté les références « *choco Leibniz VM 125g* » (20910), « *Saltlets sticks classic 250g* » (70680) et « *Savaroises au Chocolat 220g* » (20005) pour les raisons expliquées ci-dessus, il est donc raisonnable de retenir pour l'analyse un échantillon comportant les six références restantes analysées par la Communication des griefs : deux références de type « *noix* » (77770 « *Erdnuesse ger gesalz bar* » et 79880 « *Nic Nac bar* »)¹⁷², deux références de type « *chips* » (65080 « *Crunchips Salz (50g)* » et 65090 « *Crunchips Paprika (50g)* »)¹⁷³, un gâteau (47400-45040 « *Comtess Schoko* »)¹⁷⁴ et une référence de biscuit sucré 28380 « *PickUp classic 5x28g* »¹⁷⁵.
226. L'échantillon est assez varié en ce qu'il regroupe des produits de plusieurs segments. Le produit « *Pick-Up* » était la meilleure vente de Bahlsen en sucré¹⁷⁶ sur toute la période infractionnelle et Bahlsen le décrivait dans une présentation interne de 2014 comme l'un de ses produits phares dans cette catégorie¹⁷⁷. Les « *Crunchips* » (marque Lorenz)

¹⁶⁹ Voir point 6.4.2.2.2.2.

¹⁷⁰ Voir ADLC, décision du 13 mars 2006, n°06-D-04, *Affaire des Parfums*, point 330 : « Dans le cadre de l'enquête administrative demandée par le Conseil, les enquêteurs de la DGCCRF ont procédé, dans le courant de l'été 1999, à environ 4300 relevés de prix portant sur 59 produits de parfums pour femmes et pour hommes, de maquillage et de soins appartenant à 31 marques différentes... ». Voir aussi le point 332 de la décision montrant le nombre de produit par marque/fournisseur.

¹⁷¹ Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, RG n°2010/23945, page 48, paragraphes 5 et 6.

¹⁷² Ces deux références appartiennent à la marque « Lorenz » de Bahlsen à laquelle elle fait référence dans une présentation interne de [REDACTED] comme « leader en Salé » avec [REDACTED] de parts de marché, voir pièce II.C.1.07, demande de clémence, p. 11.

¹⁷³ Les noix et les « Crunchips » sont les produits phares de Bahlsen en salé si l'on se réfère au classement des produits dans les présentations internes Bahlsen. Voir par exemple pour 2011/2012 la pièce II.C.1.09., demande de clémence, p. 9, pour 2012/2013 la pièce II.C.1.06., demande de clémence, p. 10, pour 2013/2014 la pièce II.C.1.02 p. 10 et pour juin 2014/2015 la pièce II.C.1.01., demande de clémence, p. 7.

¹⁷⁴ A l'inverse de ce qui a été considéré par la Communication des griefs, la décision se réfère au produit Comtess Schoko car même si le grammage et la référence du produit ont pu changer au cours de la période infractionnelle, le produit a toujours été vendu par Bahlsen et acheté par Delhaize.

¹⁷⁵ [REDACTED]

¹⁷⁶ Voir par exemple, demande de clémence, pièce II.C.1.01, p.6 pour 2014 et 2015, pièce II.C.1.02, p. 9 pour 2013 et 2014, pièce II.C.1.06 p. 9 pour 2012 et 2013, pièce II.C.1.09. p. 8 pour 2011 et 2012.

¹⁷⁷ Voir dans inspection Bahlsen, scellés 2 et 3, échantillon saisie INFO, présentation attachée au courriel du [REDACTED] de [REDACTED] de Luxembourg/Bahlsen Groupe à [REDACTED] Holding/BahlsenGroupe, « WG : Präsentation von Bahlsen Luxemburg [REDACTED] ».

gènèrent le plus fort revenu de Bahlsen en salé¹⁷⁸. Font aussi partie de l'échantillon, les produits « *Erdnuesse* » et « *Nic Nac bar* », deux références de milieu de gamme, également de marque Lorenz avec laquelle Bahlsen est leader¹⁷⁹ au Luxembourg en salé. La référence « *Comtess Schoko* » qui est un gâteau fait partie de la gamme vendue par Delhaize au Luxembourg de manière constante¹⁸⁰.

Tableau 1 - Produits de l'échantillon de référence

Produit	Erdnuesse ger gesalz bar	Nic Nac bar	Crunchips Salz (50g)	Crunchips Paprika (50g)	PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack	Comtess Schoko ¹⁸¹
Référence	70770	79880	65080	65090	28380	47400/45040
Bahlsen dans les PPRs						

- Les prix pratiqués et les PVC

227. A l'instar de la méthode retenue par la Communication des griefs, la présente décision s'appuie sur les relevés de prix établis *in tempore non suspecto* par Bahlsen dans différents supermarchés Delhaize au Luxembourg et tels que recensés dans les « *price panel review* » ou « *PPR* »¹⁸², comme il a été exposé au point 4.2.3.4. ci-dessus. Ces prix affichés en magasin sont ensuite comparés aux *PVC* tels que communiqués par Bahlsen à Delhaize et qui sont eux aussi repris dans les PPRs, dans la colonne « prix de vente ». A cet égard, des relevés de prix établis de manière contemporaine à l'infraction et pour certains, échangés entre les parties sont des données fiables¹⁸³ et nécessairement plus fiables que des données purement internes agrégées et analysées *a posteriori* pour les besoins de la cause.

¹⁷⁸ Voir par exemple, demande de clémence, pièce II.C.1.01., p. 7 pour 2014 et 2015, pièce II.C.1.04., p. 8 pour 2013 et 2014, pièce II.C.1.07, p. 9 pour 2012 et 2013, pièce II.C.1.09, p. 9 pour 2011 et 2012.

¹⁷⁹ Voir pièce II.C.1.07., demande de clémence, page 11, par exemple pour 2013 où Bahlsen estime sa part de marché en snack salés à ■■■ au Luxembourg.

¹⁸⁰ Voir PPR.

¹⁸¹ 400g et référence 47400 jusqu'en mars 2013 (jusqu'au PPR du 25 mars 2013, pièce II.B.1.024. demande de clémence) puis 350g avec la référence 45040 (à partir du PPR du 25 mai 2013, pièce II.B.1.023, demande de clémence).

¹⁸² Ont été utilisés les PPR pour les années 2011, 2013 et 2015 (pièces de la demande de clémence II.B.1.001 à II.B.1.052 et pièces II.B.1.109 à II.B.1.111) dès lors qu'un relevé de prix était disponible. La date indiquée dans le titre de chaque pièce PPR a été prise en compte comme étant la date du relevé de prix. Les pièces précises utilisées pour chaque produit sont détaillées ci-après, par référence, au sein de l'analyse de la dispersion.

¹⁸³ Voir les points 6.1.1.2.3. (sur la procédure et notamment la crédibilité et force probante des PPR), 6.2.3. (sur les règles de preuve) et 6.4.2.2.2.1. (sur le critère d'évocation des prix par Bahlsen en l'espèce).

228. Comme exposé au point 6.4.1., la prohibition des prix imposés porte sur des prix fixes et/ou minima. En d'autres termes, le critère de l'application significative doit être apprécié au regard des prix au moins égaux ou supérieurs au *PVC*. Si l'on prend uniquement en compte le respect strict du *PVC*, risquent alors d'échapper à l'analyse les cas où le *PVC* a fonctionné, du fait de l'accord, tel un prix minimum que le distributeur s'est interdit de franchir, au détriment du consommateur.
229. Afin d'être complète, l'analyse présentera, non seulement les cas où les prix de Delhaize ont été supérieurs ou égaux au *PVC* (**voir analyse ci-dessous au b**), mais aussi les cas où il y a eu alignement avec le *PVC* (**voir analyse ci-dessous au c**). Pour ces derniers cas, à l'instar de ce qui se pratique en jurisprudence¹⁸⁴, une marge a été prise en compte dans l'analyse de l'alignement afin de ne pas assimiler au jeu de la concurrence des différences de prix insignifiantes. En l'espèce, si l'on considère l'échantillon de produits en cause, le *PVC* le plus faible était celui du produit « *Crunchips* » qui à son niveau promotionnel était de 0,49 euros. Une marge comprise entre 0,01 et 0,02 euros, soit de l'ordre de 4% du *PVC*, est donc en l'espèce raisonnable. En effet, toute marge inférieure à 0,01 euro n'apparaîtrait pas dans le prix au détail qui ne compte que deux chiffres après la virgule. 4% représente donc la marge raisonnable devant être prise en compte dans l'analyse de l'alignement avec le *PVC* dans la présente affaire.

- Le facteur temporel

230. La période infractionnelle proposée par la Communication des griefs s'étendant du 1^{er} janvier 2011 au 31 octobre 2015, le conseiller désigné a retenu pour les besoins de l'analyse un échantillon de trois années - 2011, 2013 et 2015 -, reflétant le début, le milieu et la fin de la période. Environ sept relevés de prix ont été opérés chaque année pour chaque produit.
231. A titre de comparaison, dans d'autres cas¹⁸⁵, un unique relevé par produit par an pendant une période de quatre années a été pris en compte. L'échantillon temporel proposé par la Communication des griefs est donc tout à fait justifié pour les besoins de l'analyse de l'indice.
232. En résumé, la méthode telle qu'exposée ci-dessus, comparant tous les relevés de prix dans les PPRs pour les années 2011, 2013 et 2015 aux *PVC* dans ces mêmes PPRs, pour les six références sélectionnées est fiable et justifiée au sens où elle s'appuie sur un échantillon comportant:
- un nombre satisfaisant de produits du seul fournisseur en cause, à savoir Bahlsen ;
 - un nombre important de données prix ;

¹⁸⁴ Voir les cas cités à la section 6.4.2.2.2.2. qui font référence à une marge de 1% ou un arrondi au 0,05 € supérieur.

¹⁸⁵ Voir la section 6.4.2.2.2.2. de la présente décision.

- des années représentatives couvrant les différentes phases de la période infractionnelle.

Ces éléments étant établis, il convient de procéder à l'analyse.

b) L'analyse par étapes du respect des PVC : prix supérieurs ou égaux au PVC

- Première étape : le taux agrégé de respect

233. Pour l'échantillon sélectionné et selon les critères exposés ci-dessus, la décision suit la méthodologie expliquée ci-dessus, qui consiste à vérifier si le taux de respect des PVC est supérieur ou égal à 80%. Dans l'affirmative, l'indice d'application significative est établi. Dans le cas contraire, il convient d'approfondir l'analyse en prenant en considération la dispersion ou concentration des prix relevés par rapport au PVC et voir si celle-ci est significative ou non.

234. L'analyse des relevés PPR pour les six produits de l'échantillon, en agrégé, aboutit, en ce qui concerne Delhaize et pour les trois années cumulées, au résultat suivant : un taux de 67,48%, soit inférieur au seuil des 80%.

Tableau 2 – taux de respect par Delhaize toutes références confondues

2011-2013-2015	Cas en valeur absolue	Pourcentage
<i>PVC suivi</i>	58	47.15%
Supérieur au <i>PVC</i>	25	20.33%
Sous-total	83	67.48%
Inférieur au <i>PVC</i>	40	32.52%
Total	123	100%

235. Le taux agrégé étant inférieur au seuil des 80%, il convient d'affiner l'analyse par référence.

- Deuxième étape : le taux de respect par référence

Tableau 3 – taux de respect par Delhaize et par référence au sein de l'échantillon

Référence	Taux de prix supérieurs ou égaux au <i>PVC</i>	Nombre de relevés pendant les années 2011-2013-2015
70770 Erdnuesse ger. Gesalz bar	66.67%	18
79880 Nic Nac bar	100.00%	21
65080 Crunchips Salz (50g)	85.71%	21
65090 Crunchips Paprika (50g)	71.43%	21
28380 PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack	28.57%	21
47400/45040 Comtess Schoko	52.38%	21

236. Le taux de suivi est donc significatif pour deux références sur six, à savoir les « *Nic Nac bar* » (Réf. 79880) et les « *Crunchips Salz* » (Réf. 65080). **L'analyse de la dispersion est effectuée ci-dessous au d) pour les quatre autres références.**

c) L'analyse par étapes du respect des *PVC* : prix égaux au *PVC*

237. Comme indiqué plus haut, sont ici uniquement pris en compte les prix alignés au *PVC* à 4% près¹⁸⁶.

- Première étape : le taux agrégé de respect est égal à 88,83%

238. L'analyse des PPRs pour les six produits de l'échantillon, en agrégé, aboutit, en ce qui concerne Delhaize, pour les seuls prix alignés au *PVC* et pour les trois années cumulées (2011, 2013 et 2015), au résultat suivant : un taux de 88,83%, soit au-dessus du seuil des 80%.

239. Il n'est donc pas nécessaire d'approfondir l'analyse et il y a de ce fait application significative par Delhaize. Néanmoins, le taux de respect par référence est présenté ci-dessous, à titre surabondant.

- A titre surabondant, deuxième étape : le taux de respect par référence

¹⁸⁶ Voir point 225.

Tableau 4 – taux de respect par Delhaize et par référence au sein de l'échantillon

Référence	Taux des prix alignés au <i>PVC</i> avec une marge de 4%	Nombre de relevés pendant les années 2011-2013-2015
70770 Erdnuesse ger. Gesalz bar	67%	18
79880 Nic Nac bar	100%	21
65080 Crunchips Salz (50g)	95%	21
65090 Crunchips Paprika (50g)	95%	21
28380 PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack	95%	21
47400/45040 Comtess Schoko	81%	21

240. Le taux de suivi est donc significatif pour toutes les références sauf une, « *Erdnuesse ger. Gesalz bar* » (Réf. 70770) dont **l'analyse de la dispersion est présentée ci-dessous au d) à titre surabondant.**

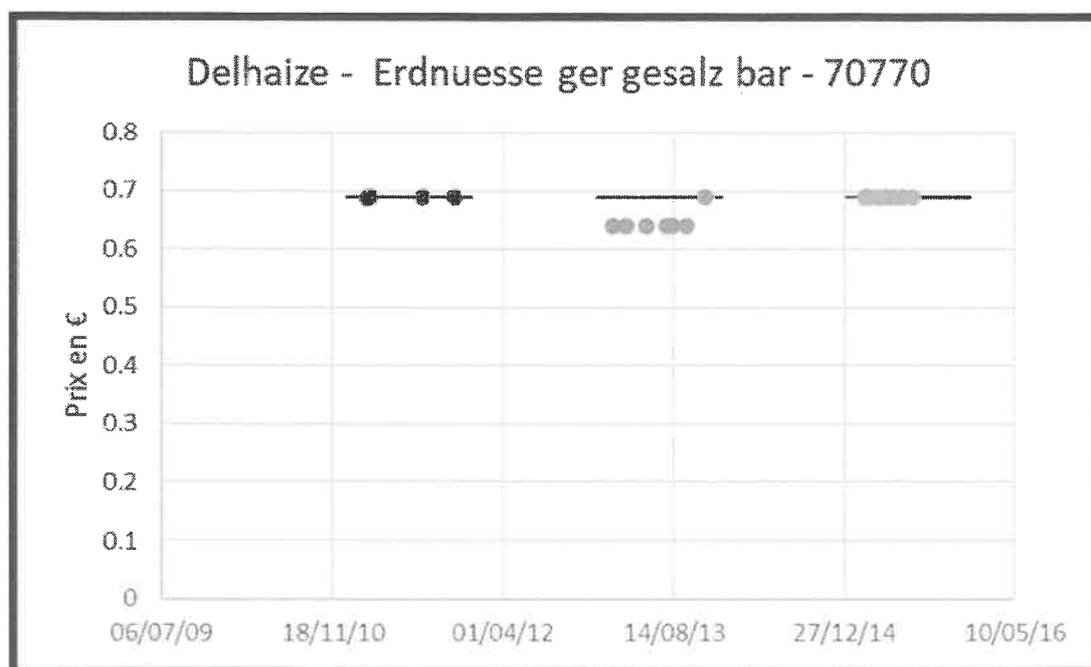
d) L'analyse de la dispersion pour quatre références

241. Dans le cadre de la prise en compte des prix supérieurs ou égaux au *PVC*, il convient de procéder à une analyse de la dispersion ou concentration des prix pour les quatre références n'affichant pas un taux de suivi significatif, à savoir les « *Erdnuesse* » (Réf. 70770), les « *Crunchips paprika* » (Réf. 65090), les « *PickUp !* » (Réf. 28380) et les « *Comtess Schocko* » (Réf. 47400-45040).

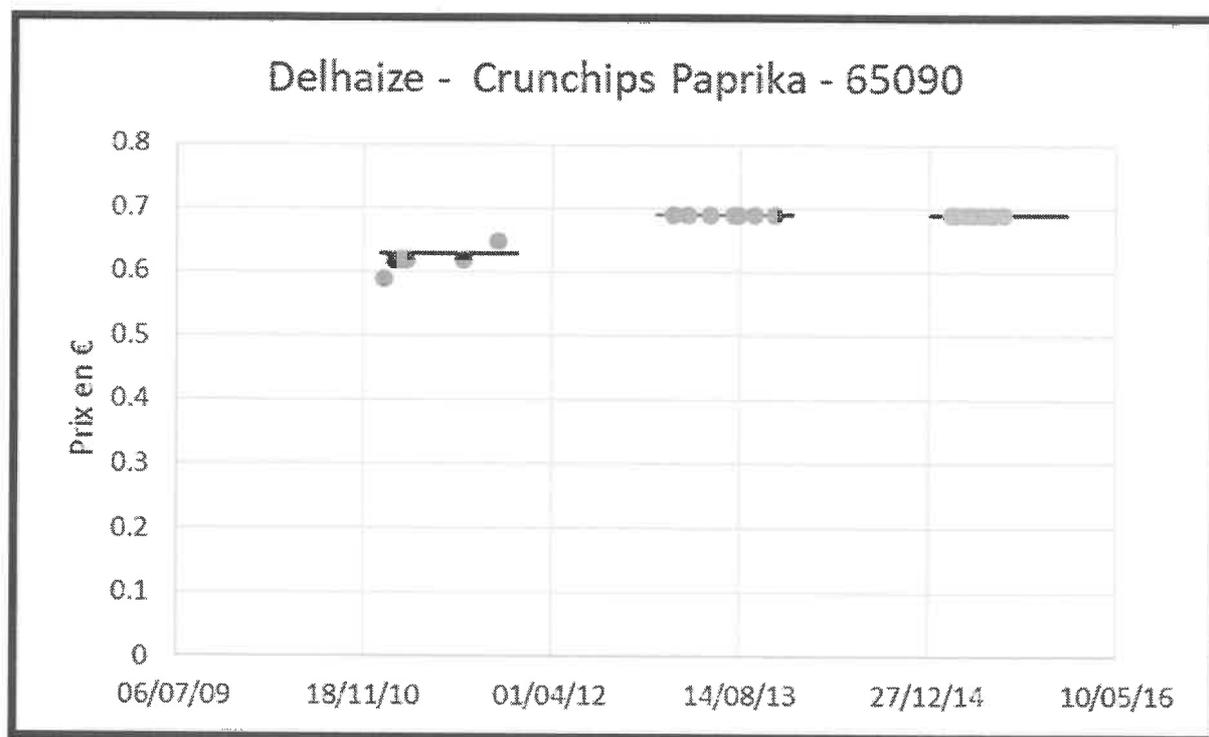
- Pour les quatre références : *Erdnuesse* », « *Crunchips paprika* », « *PickUp !* » et « *Comtess Schocko* »

***Erdnuesse ger(östet) gesalz bar*¹⁸⁷ – 70770**

¹⁸⁷ Ont été pris en compte les *PVC* et relevés de prix dans toutes les pièces comportant un relevé pour Delhaize, à savoir les pièces de la demande de clémence II.B.1.041, II.B.1.043, II.B.1.45. et II.B.1.046 pour 2011, les pièces II.B.1.018 et II.B.1.020 à II.B.1.025 pour 2013 et les pièces II.B.1.001. à II.B.1.007. pour 2015.

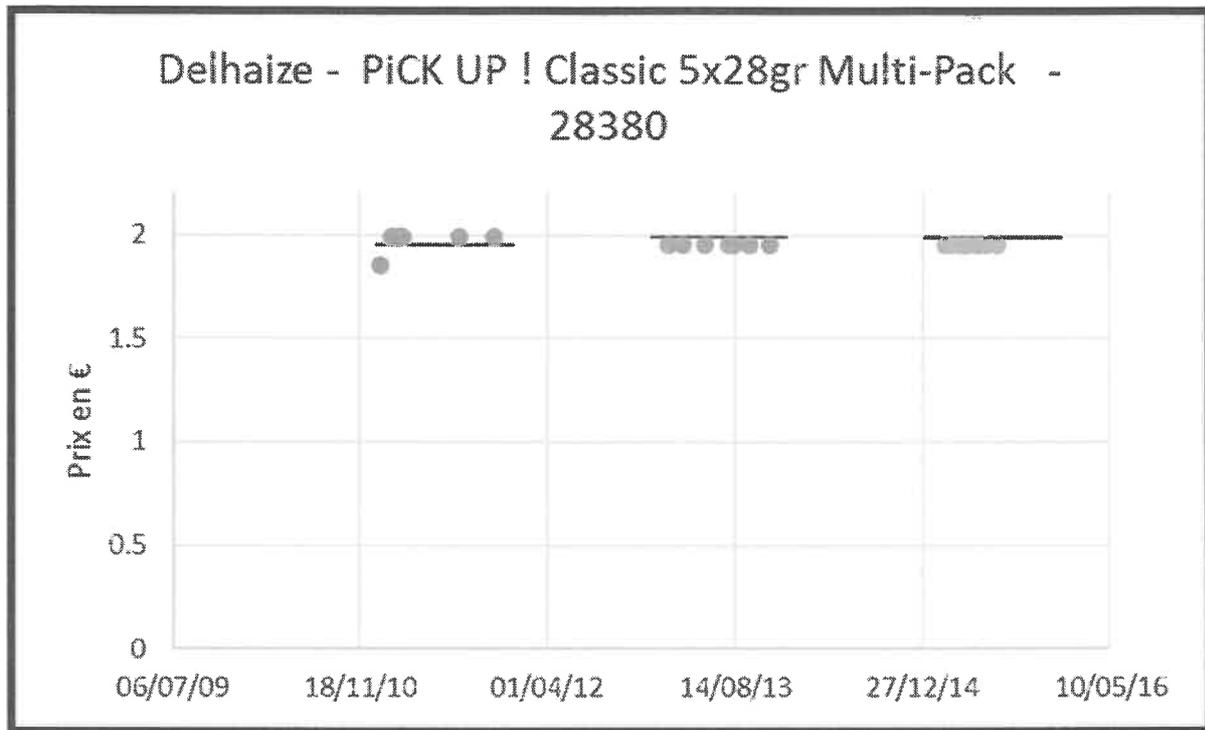
Tableau 5 – analyse de la dispersion par rapport au *PVC*

242. Pour cette référence, le taux de suivi est très significatif en 2011 et 2015 puisqu'il est total (100%). En revanche, pour 2013, les prix sont dans six cas sur sept inférieurs au *PVC* : ils se situent tous au même niveau, soit 7,25% plus bas que le *PVC*.

Crunchips Paprika (50g)¹⁸⁸ – 65090**Tableau 6** – analyse de la dispersion par rapport au *PVC*

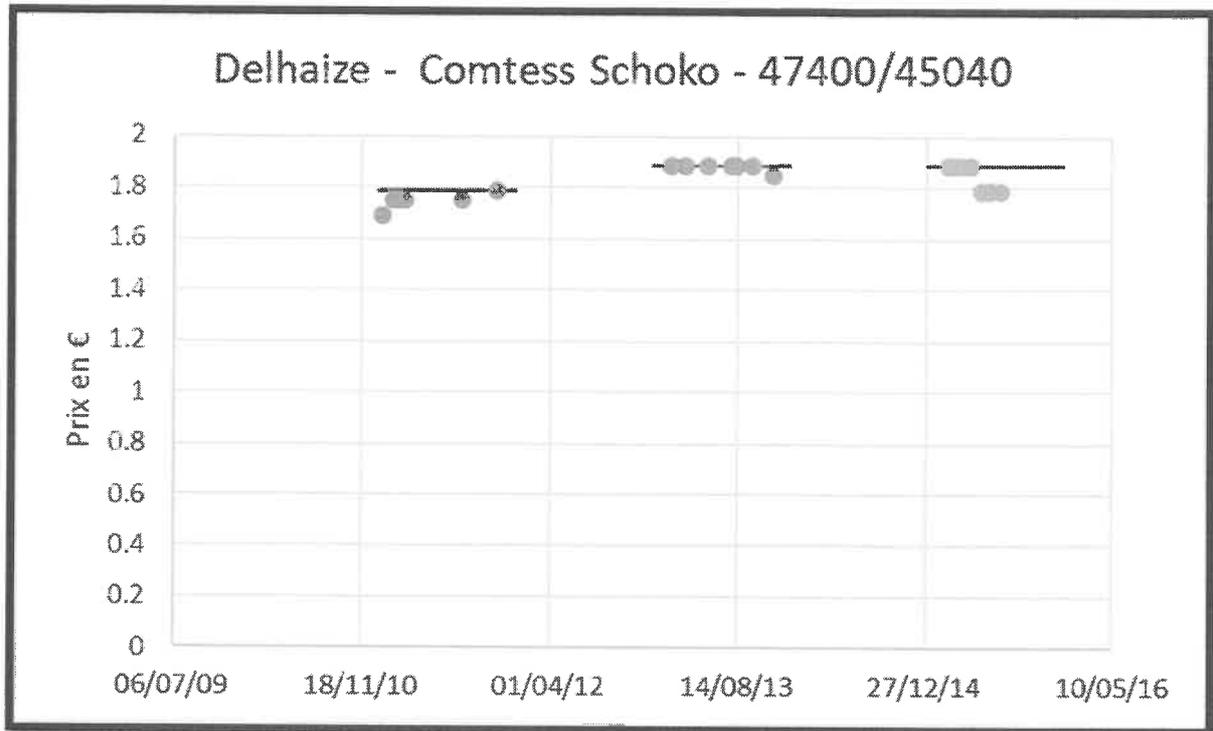
243. Le taux de suivi est très significatif en 2013 et 2015 avec 100% de suivi sur 14 relevés. Pour 2011, le prix est, notamment à une reprise, inférieur au *PVC* de 6,35%. Il s'écarte du *PVC* à six autres reprises mais de manière peu significative (inférieur de 1,59% à cinq reprises et supérieur de 3,17% à une reprise). Globalement, la concentration autour du *PVC* est importante.

¹⁸⁸ Ont été pris en compte les *PVC* et relevés de prix dans toutes les pièces comportant un relevé pour Delhaize, à savoir les pièces de la demande de clémence II.B.1.041, II.B.1.043, II.B.1.45 à II.B.1.047, II.B.1.049 et II.B.1.052 pour 2011, les pièces II.B.1.018 et II.B.1.020 à II.B.1.025 pour 2013 et les pièces II.B.1.001. à II.B.1.007. pour 2015.

PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack¹⁸⁹ – 28380**Tableau 7 – analyse de la dispersion par rapport au PVC**

244. Pour cette référence, le taux de suivi est très significatif pour les trois années, les prix n'étant pas nécessairement égaux au *PVC*, mais très concentrés autour de celui-ci. La dispersion n'est pas du tout significative pour 2011, avec un seul prix (en janvier) inférieur de 5,13% au *PVC*, suivi par des prix constamment à 2,05% au-dessus du *PVC*. En 2013 et 2015, les prix sont inférieurs au *PVC* de 2,01% à sept reprises chaque année. La dispersion est donc également non-significative.

¹⁸⁹ Ont été pris en compte les *PVC* et relevés de prix dans toutes les pièces comportant un relevé pour Delhaize, à savoir les pièces de la demande de clémence II.B.1.041, II.B.1.043, II.B.1.45 à II.B.1.047, II.B.1.049 et II.B.1.052 pour 2011, les pièces II.B.1.018 et II.B.1.020 à II.B.1.025 pour 2013 et les pièces II.B.1.001. à II.B.1.007. pour 2015.

Comtess Schoko¹⁹⁰ – 47400 puis 45040**Tableau 8** – analyse de la dispersion par rapport au *PVC*

245. Pour 2011, le prix est à une reprise inférieur au *PVC* de 5,59% puis à cinq reprises inférieur de 2,23% au *PVC*. Il est à une reprise égal au *PVC*. En 2013, il n'y a qu'une déviation minimale (-2,12%). Pour 2011 et 2013, la dispersion est donc non-significative. En 2015, le prix reste égal au *PVC* quatre fois sur sept, puis y est inférieur de 5,29% à trois reprises.

- Pour les autres références, à titre surabondant : « Nic Nac bar » et « Crunchips salz »

246. Pour les autres références, à savoir « *Erdnuesse ger. Gesalz bar* » (70770) et « *Crunchips Salz* » (65080), l'analyse de la dispersion est faite de manière surabondante à titre purement illustratif. Elle montre qu'il y a eu concentration importante autour du *PVC*, soit une absence de dispersion significative.

¹⁹⁰ Ont été pris en compte les *PVC* et relevés de prix dans toutes les pièces comportant un relevé pour Delhaize, à savoir les pièces de la demande de clémence II.B.1.041, II.B.1.043, II.B.1.45 à II.B.1.047, II.B.1.049 et II.B.1.052 pour 2011, les pièces II.B.1.018 et II.B.1.020 à II.B.1.025 pour 2013 et les pièces II.B.1.001. à II.B.1.007. pour 2015.

e) Conclusion sur l'existence d'un indice d'application significative des PVC de Bahlsen par Delhaize

247. En conclusion, il ressort de l'analyse ci-dessus que :

- Dans le cadre de l'analyse des prix égaux au PVC à 4% près, le taux de suivi par Delhaize est significatif puisqu'il atteint 88,83%, donc supérieur au seuil des 80%.
- Dans le cadre de l'analyse des prix supérieurs ou égaux au PVC :
 - Le suivi est globalement significatif pour toutes les références et pour toutes les années analysées, avec une forte concentration des prix autour du PVC.
 - On constate certains écarts mais peu nombreux et négligeables, car se situant dans une fourchette d'environ 5% autour du PVC¹⁹¹, comme par exemple pour la référence « Comtess Schocko » en 2015 où le prix a été fixé à 5,29% au-dessous du PVC, à partir du mois de mai.
 - La seule dispersion plus notoire concerne la référence « Erdmuesse geröstet gesalz » (Réf. 70770) où l'on relève une certaine dispersion des prix de l'ordre de 7% inférieurs au PVC, mais seulement pendant l'année 2013. Toutefois, tous les prix relevés en 2011 étaient exactement alignés au PVC et le dernier relevé pour l'année 2013¹⁹² démontre un réalignement au niveau exact du PVC. Cet alignement parfait se confirme pour tous les relevés de l'année 2015¹⁹³.
 - La dispersion n'est donc pas significative.

248. Il résulte de ce qui précède qu'il y a une application significative des PVC de Bahlsen par Delhaize.

6.4.3.2.3 Concernant la troisième branche du test : la police des prix

6.4.3.2.3.1 Moyens soulevés par Delhaize

249. Aux points 99 et suivants de ses Observations, Delhaize conteste le critère de la police des prix en soutenant, d'une part, qu'il y aurait une insuffisance de preuve de l'existence d'une telle police (point 3.2.2.) et, d'autre part, qu'il y aurait des preuves démontrant l'absence d'une police des prix (point 3.2.3.).

250. Concernant l'insuffisance de preuve de l'existence d'une police des prix, Delhaize reprend tout d'abord les arguments qu'elle avait développés au préalable quant au manque allégué de caractérisation de l'infraction, au fait que certaines preuves ne concerneraient pas la période infractionnelle, au défaut de preuve, au défaut de valeur

¹⁹¹ Delhaize dans son analyse a pris comme référence [REDACTED] par rapport au PVC comme mesure de la dispersion. Voir dans les Observations Delhaize, Tableaux 8 à 12, « dispersion avec un écart > [REDACTED] ».

¹⁹² Voir PPR, pièce II.B.1.018., demande de clémence.

¹⁹³ Voir PPR, pièces de la demande de clémence II.B.1.001. à II.B.1.07 pour 2015.

probante de certaines pièces et au fait que les preuves utilisées par la Communication des griefs ne se réfèreraient qu'à la demande de clémence.

251. Comme indiqué au point 6.2.3. de la présente décision, les pièces se situant en dehors de la période infractionnelle retenue par la présente décision ont été écartées de l'analyse, sauf lorsqu'elles faisaient partie du faisceau d'indices pour prouver l'infraction, comme permis par une jurisprudence bien établie¹⁹⁴.
252. Pour le reste, le Conseil renvoie aux éléments de réponse déjà développés dans la présente décision, à savoir le point 6.1.1., qui démontrent que les moyens soulevés par Delhaize ne sont pas fondés. Concernant l'allégation selon laquelle les preuves seraient « *très peu nombreuses* »¹⁹⁵, le Conseil renvoie à l'exposé des pratiques dans la section 4 de la présente décision. Concernant l'allégation selon laquelle les PPRs seraient des « *documents purement internes* »¹⁹⁶ à Bahlsen, des preuves documentaires exposées en section 4¹⁹⁷ attestent non seulement qu'ils ont bien été communiqués à Delhaize, mais aussi que les prix des produits « *problématiques* » que Bahlsen surlignait en jaune dans ces PPRs ont été modifiés par Delhaize.
253. Enfin, et à l'instar de l'approche qu'il a retenue au sujet du critère de l'évocation des prix, Delhaize déforme à nouveau les principes retenus par la jurisprudence concernant le test juridique applicable. Aux points 108 et suivants de ses Observations, Delhaize invoque l'absence de sanctions, le fait que des contrôles qu'il qualifie de « *passifs* » ne suffiraient pas à prouver une police des prix ou encore qu'une police des prix devrait être démontrée par trois éléments cumulatifs (contrôle du comportement, intervention et mesures coercitives).
254. Toutefois, comme il a été rappelé au point 6.4.2.2.3. de la présente décision, la jurisprudence admet que la police des prix puisse revêtir de multiples formes telles qu'une surveillance régulière ou des rappels à l'ordre, sans qu'il faille démontrer l'existence de mesures de rétorsion ou de représailles.
255. Delhaize essaie tout d'abord de présenter les mesures de police de prix mises en place par Bahlsen comme de simples mesures légitimes de veille des prix¹⁹⁸. Néanmoins et comme exposé au point 4.2.3.4. dans l'analyse des faits, ces mesures ont été au-delà d'une simple veille ou vérification d'erreurs techniques en termes d'affichage des prix. A cet égard, la référence à la pièce II.A.9-11 citée par Delhaize est erronée au sens où cette pièce confirme qu'était considéré comme un prix « *aberrant* » non pas une erreur technique d'affichage de prix faisant apparaître un écart entre le prix affiché en rayon et

¹⁹⁴ Voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 2 février 2012, *Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals/Commission*, T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48, point 193.

¹⁹⁵ Observations Delhaize point 108.

¹⁹⁶ Observations Delhaize, point 118.

¹⁹⁷ Voir point 4.2.3.5. ci-avant.

¹⁹⁸ Points 114 et suivants des Observations Delhaize.

le prix pratiqué en caisse, mais bien un écart des prix affichés en rayon (et pratiqués en caisse) par rapport au *PVC*¹⁹⁹ tel que communiqué par Bahlsen.

256. Ensuite, Delhaize invoque différents points relatifs à l'absence d'intervention par Bahlsen dans la politique des prix des distributeurs et à l'absence de mesures incitatives ou coercitives. Il s'agit toutefois d'arguments déjà soulevés dans les sections précédentes de ses Observations et qui ont déjà été traités par la présente décision, et en particulier pour rappeler que la jurisprudence n'exige pas de mesures de coercition pour qu'il y ait police des prix, des mesures de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre étant suffisants²⁰⁰.
257. Aux points 308 et suivants de ses Observations, Delhaize énonce également que la branche du test relative à la police des prix exigerait la participation par le distributeur aux mesures de police pour que la branche soit constituée. Il s'agit d'une représentation tronquée de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui a certes indiqué qu'une telle participation du distributeur, additionnée à l'évocation des prix et à une application significative, établissait l'acceptation par ce distributeur²⁰¹. Cette participation est ainsi évoquée en tant qu'un des éléments du faisceau pour établir l'accord de volontés, mais n'est pas requise pour établir la troisième branche du test, la police des prix. Ainsi, la participation du distributeur aux mesures de police n'est en aucun cas une condition nécessaire à la constitution de la branche : « (...) *cette démonstration (d'un accord de volontés*²⁰²), *faute de clauses contractuelles claires signées entre les parties au contrat de distribution sélective noué entre elles, résulte de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants comprenant 1) l'évocation entre le fournisseur et ses distributeurs des prix de revente des produits au public, 2) la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance de ces prix et enfin 3) le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués ; que la conjonction de ces indices est une condition suffisante*²⁰³ pour établir l'entente du fournisseur en général et celle d'un distributeur particulier avec son fournisseur (...) »²⁰⁴.

258. Le moyen ne peut donc être retenu.

6.4.3.2.3.2 Moyens soulevés par Bahlsen

259. Au point 50 de ses Observations, Bahlsen indique tout d'abord qu'aucun élément n'atteste que Bahlsen aurait pris des mesures, à la demande d'un distributeur, visant à faire respecter les *PVC*. Par ailleurs, Bahlsen prétend que des mesures de rétorsion sont nécessaires pour que cet indice soit constitué.

¹⁹⁹ Voir la pièce II.A.9-11, demande de clémence, page 2, à partir du paragraphe 4 et page 3, 1^{er} paragraphe.

²⁰⁰ Voir point 6.4.2.2.2.3. de la présente décision.

²⁰¹ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, RG n°2010/23945, page 43, paragraphe 2 : « (...) *la conjonction, de l'existence de prix évoqués, de leur application significative et de la participation aux mesures de police par un distributeur particulier établit l'acceptation expresse de ce distributeur particulier pour adhérer à l'accord* ».

²⁰² Nous ajoutons.

²⁰³ Nous soulignons.

²⁰⁴ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, n°2010/23945, affaire des parfums, page 43, 1^{er} paragraphe.

260. Toutefois et comme démontré dans la section précédente, l'interprétation des mesures de police à laquelle Bahlsen se réfère est incorrecte. D'une part, aux termes d'une jurisprudence constante, l'intervention d'un autre distributeur n'est pas requise pour que l'élément tenant à la police des prix soit constitué²⁰⁵. D'autre part, de simples actions de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre sont suffisants²⁰⁶, ce que Bahlsen a non seulement opéré mais même revendiqué dans ses Observations²⁰⁷. Bahlsen conteste que les principes énoncés par la jurisprudence française soient applicables en l'espèce. Pourtant, elle ne conteste pas l'application du raisonnement par faisceau d'indices à trois branches, dont fait partie la branche relative à la police des prix telle qu'interprétée par cette jurisprudence.

261. Les moyens soulevés par Bahlsen ne sont donc pas fondés.

6.4.3.2.3.3 *Conclusion sur la troisième branche du test*

262. Comme indiqué au point 6.4.2.2.3. ci-dessus, les mesures de police des prix peuvent prendre de multiples formes, telles que des actions de surveillance régulières ou des rappels à l'ordre, sans qu'il soit besoin de démontrer des mesures de rétorsion ou de représailles²⁰⁸.

263. Il y a bien eu, en l'espèce, des mesures de police des prix sous la forme d'actions de surveillance très régulières, de contrôle et de rappels à l'ordre, par Bahlsen, d'ailleurs suivis d'effet. Ces faits ont été largement exposés dans la section 4 de la présente décision.

264. Par conséquent, l'indice de police des prix est bien constitué en l'espèce.

6.4.3.3 *Conclusion*

265. En conclusion, l'accord et/ou pratique concertée, au sens des articles 3 de la Loi et 101 paragraphe 1 du TFUE, entre Bahlsen et Delhaize est prouvé(e) par des preuves documentaires, et à titre surabondant, également par un faisceau d'indices graves, précis et concordants.

6.5 L'accord s'inscrit dans le cadre de plusieurs accords parallèles entre Bahlsen et ses distributeurs, dont Delhaize

6.5.1 *Absence de preuves suffisantes pour retenir la qualification d'accord horizontal ou d'infraction unique et continue*

²⁰⁵ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, n°2010/23945, *affaire des parfums*, page 43, 1^{er} paragraphe exposant les trois branches du test comme condition suffisante pour établir l'accord.

²⁰⁶ Voir point 6.4.2.2.3.

²⁰⁷ Voir Observations Bahlsen, par exemple point 36 et point 19, 5^{ème} paragraphe.

²⁰⁸ ADLC, décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007, *affaire des jouets*, points 557 et suivants.

266. Comme exposé au point 4.2.4., le respect des *PVC* était un objectif commercial clair et récurrent de Bahlsen, au respect duquel Delhaize trouvait son compte et participait activement, au même titre que d'autres distributeurs de Bahlsen au Luxembourg.
267. Au problème de la pression sur les marges de Delhaize, au moins deux solutions auraient *en théorie* pu être explorées par les parties en cause. La première solution aurait consisté soit pour Delhaize à obtenir, ou pour Bahlsen à concéder, une réduction du tarif de gros par la négociation à la baisse de ce tarif, soit pour Delhaize à s'approvisionner ailleurs. Cela aurait permis un maintien de marge, malgré la concurrence au niveau du détail. Cette voie aurait signifié une baisse de revenu pour Bahlsen. La deuxième solution aurait consisté, pour Delhaize, en une augmentation de ses prix de détail afin d'empêcher cette pression sur sa marge.
268. En l'espèce néanmoins, la réponse qui a été apportée a été une politique illégale de respect des *PVC*, orchestrée par Bahlsen et mise en œuvre par plusieurs distributeurs, dont Delhaize. L'objectif était bien une solution globale permettant à Bahlsen de ne pas baisser son tarif de base, tout en permettant aux distributeurs de protéger leur marge : « (...) *respecter un prix conseillé est une garantie de marge pour la chaîne en question, surtout lorsque la plupart des autres enseignes sont disposées à respecter les prix conseillés* »²⁰⁹. Il est évident que la marge garantie n'a d'intérêt que si chaque distributeur a par ailleurs l'assurance qu'il continuera à vendre autant, c'est-à-dire que ses clients n'iront pas s'approvisionner chez ses concurrents. En d'autres termes, la mise en place de *PVC* n'a d'intérêt, comme souligné par Bahlsen, que si « *la plupart* » des enseignes respectent les *PVC*.
269. Malgré certains éléments incriminants²¹⁰, la Communication des griefs n'a néanmoins pas pu rassembler suffisamment d'éléments de preuve de nature à caractériser un accord ou une pratique concertée horizontale entre distributeurs, ni par le biais de contacts directs entre ces distributeurs, ni par le biais de contacts indirects *via* Bahlsen (entente dite « *Hub and Spoke* »).
270. Par ailleurs, il n'a pas non plus pu être établi à suffisance de droit que chaque distributeur destinataire d'une Communication des griefs, et notamment Delhaize, avait eu connaissance du comportement infractionnel des autres distributeurs, ni même qu'ils auraient pu le prévoir raisonnablement. En conséquence, les éléments de preuve pour établir à suffisance une infraction unique et continue²¹¹ n'ont pas non plus pu être réunis.

²⁰⁹ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 31.

²¹⁰ Voir par exemple, le courriel de M. [REDACTED] à [REDACTED] du 29 juillet 2010, pièce II.D.4.13, demande de clémence : « *j'ai retravaillé le tableau sur ce que vous m'avez dit, les pvc légèrement plus haut, mais il faut se mettre d'accord pour que lorsque [REDACTED] introduira les produits, je puisse lui dire à quel prix se positionner* ». Ou encore le courriel de monsieur [REDACTED] à monsieur [REDACTED] (Bahlsen) du 2 mai 2015, pièce II.D.2.01., demande de clémence : « *A l'exception de [REDACTED], le reste de la concurrence commence à tirer les prix vers le bas de façon radicale (...). Je garde le même niveau de prix qu'un [REDACTED] mais garantisseez-moi que vous allez faire quelques « actions » afin que mes « collègues » ne gangrène(nt) plus le marché* ».

²¹¹ Sur le concept d'infraction unique et continue, voir par exemple l'arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Participazioni*, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, points 81 à 83.

6.5.2 *L'existence de plusieurs accords et/ou pratiques concertées parallèles entre Bahlsen et certains de ses distributeurs*

271. Même si suffisamment d'éléments de preuve n'ont pu être rassemblés pour caractériser une pratique anticoncurrentielle horizontale (entre concurrents), il est établi qu'en parallèle de l'accord de prix entre Bahlsen et Delhaize existaient deux autres accords et/ou pratiques concertées similaires, entre Bahlsen d'une part, et respectivement Auchan et Cactus, d'autre part, tels qu'établis par les décisions n°2020-FO-03 et n°2020-FO-04 du Conseil en date du 18 novembre 2020.
272. Ces trois accords et/ou pratiques concertées parallèles portant sur les produits d'un même fournisseur ont nécessairement eu un effet cumulé, augmentant l'effet restrictif sur la concurrence *intra marque* des produits Bahlsen au Grand-Duché de Luxembourg, et ce d'autant plus que les trois distributeurs en cause, Delhaize, Cactus et Auchan sont parmi les acteurs principaux du secteur de la distribution au détail au Luxembourg et représentent ensemble plus de [REDACTED] des ventes de Bahlsen au Luxembourg²¹².

6.6 Restriction de concurrence « par objet »

273. Les articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE interdisent les accords, décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.
274. Selon une jurisprudence bien établie, « *le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué* »²¹³.
275. Ainsi, dès lors que leur objet²¹⁴ est contraire à la concurrence, ces accords sont interdits, indépendamment de leur effet sur la concurrence²¹⁵. Certains types de coordinations

²¹² Voir pièce II.B.6.2., demande de clémence.

²¹³ Voir l'arrêt du Tribunal du 9 juillet 2009, *Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland NV c/ Commission*, T-450/05, ECLI:EU:T:2009:262, points 43 à 45.

²¹⁴ Voir les arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, 56/64 et 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 ; du 21 septembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, C-105/04 P, ECLI:EU:C:2006:592, point 125 ; et *Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland NV c/ Commission*, précité, points 43 à 45.

²¹⁵ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 14 mars 2013, *Allianz Hungària*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, point 34.

peuvent en effet, de par leur nature même, être nuisibles au jeu de la concurrence²¹⁶, sans qu'il soit nécessaire d'analyser leurs effets²¹⁷.

276. Afin d'apprécier si un accord et/ou une pratique concertée comporte une restriction de la concurrence « par objet », il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre dudit contexte, il y a également lieu de prendre en considération la nature des biens ou services affectés ainsi que les conditions réelles de fonctionnement et la structure du marché ou des marchés en question²¹⁸.
277. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord et/ou d'une pratique concertée, rien n'interdit au Conseil d'en tenir compte²¹⁹.
278. La Cour a, par ailleurs, déjà constaté que, pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que l'accord et/ou la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il soit concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur²²⁰.
279. Un accord sur les prix constitue une restriction de concurrence « par objet », qu'il intervienne entre concurrents (restriction horizontale) ou entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution (restriction verticale).
280. S'agissant en particulier des accords verticaux, la Cour a fait observer que : « *la circonstance qu'il s'agi[sse] [dans les deux cas] de restrictions verticales n'exclut nullement la possibilité que l'accord en cause dans l'affaire principale constitue une restriction de concurrence « par objet ». En effet, si les accords verticaux sont, par leur nature, souvent moins nuisibles pour la concurrence que les accords horizontaux, ils peuvent, toutefois, dans certaines circonstances, également comporter un potentiel restrictif particulièrement élevé. La Cour a ainsi déjà à plusieurs reprises jugé qu'un accord vertical avait pour objet de restreindre la concurrence* »^{221 222}.

²¹⁶ Voir l'arrêt de la Cour, *Competition Authority / Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, précité, point 17.

²¹⁷ Voir les arrêts de la Cour du 30 juin 1966, *L.T.M./M.B.U.*, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38 ; et du 20 novembre 2008, *Competition Authority / Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, points 15 à 17.

²¹⁸ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungària*, précité, point 36.

²¹⁹ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungària*, précité, point 37.

²²⁰ Ibid., point 38.

²²¹ Nous soulignons.

²²² Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungària*, précité, point 43.

281. A cet égard, le règlement (UE) n°330/2010 exclut du domaine de l'exemption par catégorie certaines restrictions dites « caractérisées » telles que celles qui ont pour objet l'imposition d'un prix de vente fixe ou minimal²²³.
282. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales précisent que : « *La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter. Lorsque des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées fixent directement le prix de vente, la restriction est flagrante* »²²⁴.
283. Sont ainsi qualifiées de restriction caractérisée ou flagrante les accords verticaux qui, directement ou indirectement, ont pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, et en particulier, de l'empêcher d'offrir au consommateur un prix inférieur à celui pratiqué par ses concurrents et inférieur au prix qui peut lui être recommandé par son fournisseur.
284. En l'espèce, l'objectif poursuivi par l'accord et/ou pratique concertée entre Bahlsen et Delhaize a consisté à restreindre la concurrence sur le marché des produits en cause à travers la fixation d'un prix de revente au consommateur fonctionnant comme un prix fixe et/ou minimum sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché de Luxembourg, garantissant par là-même un niveau de marge minimum à Delhaize et de revenu minimum à Bahlsen au détriment du consommateur.
285. Un tel accord recèle par nature un degré suffisant de nocivité à l'égard du libre jeu de la concurrence, et en particulier sur le marché luxembourgeois de la distribution des produits en cause, pour être constitutif d'une restriction de la concurrence « par objet » particulièrement nuisible aux intérêts du consommateur.
286. La prise en compte du contexte économique et juridique²²⁵ dans lequel s'inscrit la pratique n'est pas de nature à modifier ce constat ou à faire naître un doute quant à sa nocivité :
- (i) La pratique des prix imposés est reconnue comme une infraction « *par objet* » ;
 - (ii) Les produits en cause sont des produits dits « de grande consommation » qui pour certains sont considérés comme des produits classiques ou incontournables que toute enseigne de la grande distribution se doit de proposer à sa clientèle. Ces produits, tels que les snacks, biscuits et chips, de par leur nature, peuvent aussi faire

²²³ Voir article 4(a) du règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

²²⁴ Voir lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), point 48.

²²⁵ Les éléments de nature économique ou juridique entrant dans l'appréciation du contexte juridique ou économique dans lequel l'accord et/ou la pratique concertée se réalise ne doivent pas être nécessairement cantonnés au seul marché pertinent. Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) / Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, points 77 et 78.

l'objet d'achats impulsifs de la part des consommateurs qui seront dès lors potentiellement moins enclins à être attentifs au prix qu'il leur est demandé d'acquitter. En d'autres termes, une augmentation même minime du prix, bien qu'elle génère automatiquement un revenu substantiel pour le vendeur du fait des volumes vendus, ne sera pas nécessairement décelée immédiatement par le consommateur ;

- (iii) Le secteur de la distribution au détail ou grande distribution comporte au Luxembourg un nombre relativement important de concurrents²²⁶, tout en étant assez concentré et quelques acteurs, comme par exemple Delhaize, y ont une présence significative²²⁷ ;
- (iv) Enfin, il a été démontré que Bahlsen et Delhaize se sont intentionnellement livrés à la pratique ayant pour objet de restreindre la concurrence au Luxembourg. Si l'intention n'est pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord ou d'une pratique concertée, il peut néanmoins en être tenu compte²²⁸.

287. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'accord et/ou la pratique concertée il s'en cause est une restriction de concurrence « par objet ».

6.7 Non-application du règlement (UE) n°330/2010

288. Le règlement (UE) n°330/2010 prévoit qu'à certaines conditions, un accord ou une pratique concertée qualifié d'anti-concurrentiel aux termes de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE peut échapper au régime d'interdiction énoncé par cet article et bénéficier d'une exemption dite « par catégorie » telle que prévue à l'article 101, paragraphe 3 du TFUE.

289. Toutefois, pour pouvoir bénéficier d'une telle exemption, l'accord ou la pratique concertée en cause ne doit pas contenir de restriction caractérisée, à savoir une restriction considérée comme portant trop gravement préjudice au consommateur pour pouvoir bénéficier de l'exemption prévue par le législateur européen.

290. La pratique des prix de vente imposés est l'une des restrictions caractérisées que le règlement exclut du bénéfice de l'exemption par catégorie.

291. Ainsi, l'article 4 du règlement d'exemption prévoit que :

²²⁶ Y sont actifs les entreprises suivantes : Delhaize, Cactus, Auchan, Aldi, Lidl, Match, Cora, Colruyt, Pal, Massen, Alima, La Provençale...

²²⁷ Lors de l'audition du 6 février 2020, Delhaize a estimé être le numéro [REDACTED], dans le secteur de la distribution au détail au Luxembourg.

²²⁸ Voir l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54.

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet :

(a) de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties [...] ».

292. En l'espèce, l'infraction constituant une restriction caractérisée, le règlement (UE) n°330/2010 n'est pas applicable et les parties en cause ne peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie.

6.8 Non-application des articles 4 de la Loi et 101, paragraphe 3 du TFUE

293. Aux termes de l'article 4 de la Loi :

« Les dispositions de l'article 3 ne s'appliquent pas :

- aux accords ou catégorie d'accords entre entreprises,*
- aux décisions ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
- aux pratiques concertées ou catégorie de pratiques concertées*

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;*
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »*

294. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE peut également être déclaré inapplicable par application de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, reprenant les mêmes conditions que l'article 4 de la Loi.

295. Aux termes de ces dispositions et sous réserve que certaines conditions soient prouvées, un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée qualifié d'entente anticoncurrentielle peut échapper au régime d'interdiction énoncé par les articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE. La charge de la preuve de ces conditions repose toujours sur l'entreprise à l'encontre de laquelle la pratique anticoncurrentielle est caractérisée.

296. Comme démontré, l'infraction en cause – une restriction « par objet » - qui consiste en une pratique anticoncurrentielle de prix imposés est une restriction grave et caractérisée de concurrence.
297. De telles restrictions, si elles sont exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie applicable à certains accords verticaux comme il a été rappelé, peuvent en théorie bénéficier de l'exemption individuelle fondée sur l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et/ou de l'article 4 de la Loi. Néanmoins, aux termes de la législation européenne et d'une jurisprudence constante de l'Union, il est fort peu probable que des restrictions graves puissent remplir les conditions prévues aux articles 101, paragraphe 3 du TFUE et 4 de la Loi²²⁹.
298. En effet, un accord de prix imposés ne crée en général pas de gains d'efficacité dont le consommateur bénéficie de manière équitable²³⁰. Au contraire, il opère un transfert de valeur du consommateur au distributeur et au producteur, puisqu'il se traduit par des prix plus élevés, sans générer la moindre contrepartie pour le consommateur en cause.
299. Delhaize a justifié l'application de *PVC* et invoqué - indirectement - le bénéfice des articles 101, paragraphe 3 TFUE et 4 de la Loi pour les seuls produits qualifiés de « nouveaux »²³¹. Néanmoins, le bénéfice de l'exemption individuelle n'est pas automatique et à cet égard, il n'a pas été démontré de manière circonstanciée, ni par Delhaize ni par Bahlsen, en quoi et pour quels produits une pratique de prix imposés aurait généré des gains d'efficacité de nature à justifier une telle exemption.
300. Au contraire, si l'on se réfère à la liste de produits invoquée par Delhaize pour 2015²³², il ressort que certaines prétendent « nouvelles » références, telles que les produits Comtess Marmor 350g ou encore Comtess Schoko 350g, existaient depuis au moins 2010²³³, même si ces produits avaient alors un grammage légèrement différent (400 grammes au lieu de 350 grammes, avec le même *PVC* par ailleurs)²³⁴. Ces deux produits, au grammage de 350 grammes, sont qualifiés par Delhaize de « nouveaux » dans la liste de 2015 alors qu'ils apparaissent dans les relevés PPR dès mai 2013²³⁵. Dès lors, en l'absence de plus amples explications, il est difficile de comprendre en quoi un prix imposé serait justifié dans de tels cas, le caractère « nouveau » n'étant pas démontré.

²²⁹ Voir, en ce sens, les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité (2004/C 101/08), point 46 ainsi que l'arrêt de la Cour, *Competition Authority/Beef Industry Development Society et Barry Brothers précité*, point 17.

²³⁰ Voir point 33 des lignes directrices citées au point précédent.

²³¹ Voir Observations Delhaize, point 249 notamment et annexe 3.3.2., point 20.

²³² Pièce II.D.4.17., demande de clémence.

²³³ Voir par exemple les relevés PPR, pièces de la demande de clémence II.B.1.056 pour un relevé au 21.10.2010, II.B.1.043 pour un relevé au 10.08.2011, II.B.1.028 pour un relevé au 15.10.2012.

²³⁴ Ce qui peut expliquer l'utilisation de nouvelles références.

²³⁵ Voir pièce II.B.1.023, demande de clémence, du 25 mai 2013. A noter que les références chiffrées ne sont pas les mêmes qu'en 2015 mais la dénomination du produit et le grammage sont identiques dans les PPRs depuis mai 2013 et jusqu'en 2015.

301. En l'espèce, il n'a pas été établi par les parties en cause, auxquelles incombe la charge de la preuve²³⁶, que les conditions énoncées aux articles 101, paragraphe 3 du TFUE et 4 de la Loi étaient remplies. Par conséquent, la pratique en cause ne peut bénéficier de l'exemption et est interdite en application des articles 101, paragraphe 1 du TFUE et 3 de la Loi.

7 DUREE DE L'INFRACTION

302. Si l'on se réfère aux pièces du dossier telles qu'exposées dans la section 4 de la présente décision et notamment aux éléments concrets de la participation de Bahlsen et Delhaize à l'entente, les comportements se sont manifestés au moins à compter du 23 octobre 2009 :

- Une présentation de Bahlsen pour Delhaize du 23 octobre 2009²³⁷ fait référence à des prix publiés et des remises financées par Bahlsen²³⁸. Par ailleurs, les échanges entre les parties en cause concernant les prix de détail à adapter ou corriger, les *PVC* à bloquer ou encore la marge et le niveau du *PVC* sont reflétés dans des courriels dès le 28 juillet 2010²³⁹ et s'étendent sur toute la période. A cet égard, le dernier échange en ce sens au dossier est daté du 15 octobre 2014²⁴⁰.
- En outre, même si l'évocation à elle seule n'est pas illicite, il existe des preuves de l'évocation des *PVC* dès 2006²⁴¹ et par ailleurs, le PPR le plus récent versé au dossier date du 15 juillet 2015²⁴².

303. Les comportements se sont terminés pour Bahlsen le 2 octobre 2015, lorsqu'elle a déposé une demande de clémence au Conseil. Concernant Delhaize, sa participation a continué jusqu'au 31 mars 2016, date jusqu'à laquelle le Conseil avait demandé au candidat à la clémence de poursuivre sa participation à l'entente présumée²⁴³.

304. Toutefois, la Communication des griefs retient une période infractionnelle courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 octobre 2015²⁴⁴.

²³⁶ Voir par exemple en ce sens, l'arrêt de la Cour du 6 octobre 2009, C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission of the European Communities (C-501/06 P)*, ECLI:EU:C:2009:610, point 83.

²³⁷ Voir pièce II.F.4.1., demande de clémence, Présentation pour Delhaize du 23 octobre 2009, p. 18 et 19 (par exemple : « *PV promo, 1,89. publié. 10% remise promo* ») et p. 29-30 (par exemple : « *PV promo, 1,59. publié->30 points à l'achat de deux paquets* »).

²³⁸ Voir procès-verbal d'audition de monsieur [REDACTED] du 30 octobre 2015, page 4, 3^{ème} paragraphe et procès-verbal audition monsieur [REDACTED], p2, point 4, paragraphe 4.

²³⁹ Voir pièce II.D.4.13., demande de clémence.

²⁴⁰ Pièce II.D.4.02., demande de clémence.

²⁴¹ Le plus ancien PPR au dossier affiche la date du 23 mars 2006, Voir pièce II.B.1.108., demande de clémence.

²⁴² Pièce II.B.1.001., demande de clémence.

²⁴³ Voir avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016, article 3 demandant à Bahlsen de « *maintenir [sa] participation à l'entente présumée à l'égard des autres participants jusqu'au 31 mars 2016* ».

²⁴⁴ Voir Communication des griefs, point 217.

305. La décision du Conseil peut aménager et compléter la communication des griefs, tant en fait qu'en droit, dès lors qu'elle ne met pas à la charge des parties des infractions différentes de celles visées dans la communication des griefs et ne retient pas de faits sur lesquels les intéressés n'ont pas déjà eu l'occasion de s'expliquer²⁴⁵. En l'espèce, aucun grief nouveau n'est retenu à l'encontre des parties. Par ailleurs, toutes les pièces utilisées dans la décision étaient non seulement au dossier mais également citées dans la Communication des griefs.
306. Néanmoins, estimant que les parties, et notamment Delhaize, n'ont pas eu l'occasion de s'exprimer sur une extension éventuelle, jusqu'au 31 mars 2016, de la période infractionnelle telle que proposée par la Communication des griefs, la présente décision retient la période infractionnelle de la Communication des griefs du 1er janvier 2011 au 2 octobre 2015 pour l'entente verticale entre Bahlsen et Delhaize.
307. Concernant enfin la continuité de la participation des parties à l'entente, les indices rapportés dans la présente décision²⁴⁶ ont bien été constatés pendant toutes les années couvertes par la période infractionnelle retenue. Il a été rappelé aux points 6.1.1.2.3.²⁴⁷ et 6.2.3.1. que l'existence d'une pratique anticoncurrentielle peut être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices, qui doivent être appréciés globalement car il serait sinon extrêmement difficile voire impossible de prouver de telles pratiques, par nature, secrètes. Au vu des éléments rapportés dans la présente décision qui se rapportent à des faits répétitifs et/ou suffisamment rapprochés, il peut être raisonnablement déduit que Bahlsen et Delhaize ont participé à l'entente, de manière ininterrompue, pendant toute la période du 1^{er} janvier 2011 au 2 octobre 2015.

8 IMPUTABILITE DES PRATIQUES

8.1 Le droit applicable

308. Selon une jurisprudence bien établie, une société mère peut être tenue responsable de l'infraction commise par sa filiale aux articles 101, paragraphe 1 du TFUE et 3 de la Loi au motif qu'elles forment une unité économique. Tel sera le cas lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, la filiale ne jouit pas d'une réelle autonomie dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, mais applique pour l'essentiel les

²⁴⁵ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma / Commission*, C-41/69, points, ECLI:EU:C:1970:71, 91 à 94, l'arrêt du Tribunal du 27 juin 2012, *Berning & Söhne GmbH & Co / Commission*, T-445/07, ECLI:EU:T:2012:321, points 47 à 50.

²⁴⁶ Voir notamment les sections 4.2.3. et 6.4.2.

²⁴⁷ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, C-625-13P, ECLI:EU:C:2017:52, point 134.

instructions qui lui sont données par sa société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques²⁴⁸.

309. Dans le cas où le capital social de la filiale est détenu à 100% par la société mère, il existe une présomption réfragable selon laquelle la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale. C'est l'appartenance à une entité économique unique qui est ainsi présumée. Si tel est le cas, et en l'absence de preuve apportée par les parties en cause de l'autonomie de comportement de la filiale, la société mère est considérée comme solidairement responsable du paiement de toute amende infligée à la filiale²⁴⁹. Ceci est une « *conséquence normale de l'imputation de responsabilité du comportement d'une société à une autre, en particulier lorsque ces deux sociétés constituent une même entreprise* »²⁵⁰.
310. Au titre d'une jurisprudence bien établie²⁵¹, la société mère qui se voit imputer le comportement infractionnel de sa filiale est personnellement condamnée pour une infraction aux règles européennes et nationales de concurrence qu'elle est censée avoir commise elle-même, en raison de l'influence déterminante qu'elle exerçait sur la filiale et qui lui permettait de déterminer le comportement de cette dernière sur le marché. Le droit de la concurrence de l'Union repose notamment sur le principe de la responsabilité personnelle de l'unité économique ayant commis l'infraction. Ainsi, si la société mère fait partie de cette unité économique, elle est considérée comme personnellement et solidairement responsable avec les autres personnes juridiques constituant cette unité de l'infraction commise²⁵².
311. Aux termes de l'article 13 de la Directive dite « ECN+ »²⁵³, « *les Etats membres veillent à ce que, aux fins d'infliger des amendes aux sociétés mères et aux successeurs juridiques et économiques des entreprises, la notion d'entreprise soit appliquée* ». Certes le délai de transposition de cette directive n'arrive à terme que le 4 février 2021. Néanmoins, en vertu d'une jurisprudence bien établie²⁵⁴, les Etats membres doivent s'abstenir de toute mesure susceptible de compromettre sérieusement la réalisation de l'objectif d'une directive, et ce, avant même l'expiration du délai de transposition.

²⁴⁸ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV et autres / Commission*, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, point 58.

²⁴⁹ Voir l'arrêt *Akzo Nobel NV et autres contre Commission*, précité, point 61.

²⁵⁰ Voir l'arrêt du Tribunal du 31 mars 2009, *Arcelor Mittal Luxembourg e.a./Commission*, T-405/06, ECLI:EU:C:2009:90, point 117.

²⁵¹ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 27 avril 2017, *Akzo Nobel N.V. e.a. / Commission*, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314, points 56 et 57.

²⁵² Voir l'arrêt de la Cour du 10 avril 2014, *Commission / Siemens Österreich*, C-231/11 P à C-233/11P, ECLI:EU:C:2014:256, points 39 et suivants, et la jurisprudence citée.

²⁵³ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JOUE du 14.1.2019 L11/3.

²⁵⁴ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 27 octobre 2016, *Milev*, C-439/16 PPU, EU:C:2016:818, point 32 et du 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.* C-212/04, EU:C:2006:443, points 122 et 123.

312. C'est à ce titre que les sociétés mères se voient adresser la décision relative aux comportements de leurs filiales, sans qu'il soit besoin qu'elles aient été à l'origine ou même impliquées dans la commission de l'infraction par ces filiales.

8.2 Les moyens de Bahlsen

313. Delhaize ne conteste pas l'imputabilité des comportements de ses filiales aux sociétés mères.

314. Bahlsen expose en revanche plusieurs moyens aux points 29 et suivants de ses Observations.

8.2.1 *Quant au moyen fondé sur l'autonomie de Bahlsen Luxembourg*

315. Tout d'abord, Bahlsen²⁵⁵ indique que les sociétés Bahlsen allemandes ne détiennent pas directement 100% des parts dans Bahlsen Luxembourg mais 99,996%, les 0,004% restants étant détenus par Bahlsen Management S.à.r.l.. Toutefois, ceci n'est pas de nature à remettre en cause la présomption capitalistique dans la mesure où la participation des sociétés allemandes dans Bahlsen Luxembourg est très proche des 100% et qu'en tout état de cause, Bahlsen Management, elle aussi mise en cause et qui détient les 0,004% restants, est elle-même détenue à 100% par ces sociétés allemandes.

316. Bahlsen réfute ensuite la présomption capitalistique qui fait présumer que Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management, puisqu'elles sont détenues à 100% par les sociétés Bahlsen allemandes, font partie toutes ensemble de la même entreprise au sens du droit européen de la concurrence.

317. Bahlsen fait notamment valoir que Bahlsen Luxembourg jouissait d'une autonomie de comportement, son directeur général étant investi de larges pouvoirs de décision et ses actionnaires ne s'étant jamais immiscés dans la gestion commerciale de Bahlsen Luxembourg, les *PVC* n'ayant en particulier jamais été abordés. Néanmoins, la pièce II.B.7.1. (de la demande de clémence) sur laquelle se fonde Bahlsen atteste seulement qu'un pouvoir de représentation a été octroyé à monsieur [REDACTED], ce qui est classique s'agissant du directeur général de la société, mais en aucun cas suffisant à rebuter la présomption d'influence décisive exercée par les sociétés mères sur Bahlsen Luxembourg. Les pièces II.B.7.2. et II.B.7.3. invoquées par Bahlsen ne sont que deux simples résolutions d'actionnaires pour 2014 et 2015, en relation avec l'établissement des comptes annuels, l'utilisation des bénéfices, la décharge octroyée aux gestionnaires et le choix des commissaires aux comptes. A nouveau, il s'agit de documents classiques de la vie d'une société et ne sont pas de nature à prouver que Bahlsen Luxembourg jouissait d'une autonomie par rapport à ses sociétés mères. Enfin, les pièces II.B.7.4. à II.B.7.6. (de la demande de clémence) encore citées par Bahlsen montrent que Bahlsen

²⁵⁵ Point 29 des Observations Bahlsen.

Luxembourg [REDACTED], ce qui est aussi classique entre filiales et sociétés mères, notamment quand ces dernières doivent valider les choix stratégiques de la filiale. Le fait que les *PVC* n'aient pas été abordés dans ces présentations est sans doute logique, au vu des dates de ces comptes-rendus et du fait que la demande de clémence avait été déposée en octobre 2015. En tout état de cause, Bahlsen devrait démontrer l'autonomie de Bahlsen Luxembourg d'une manière générale et pas seulement par rapport à la pratique infractionnelle en cause.

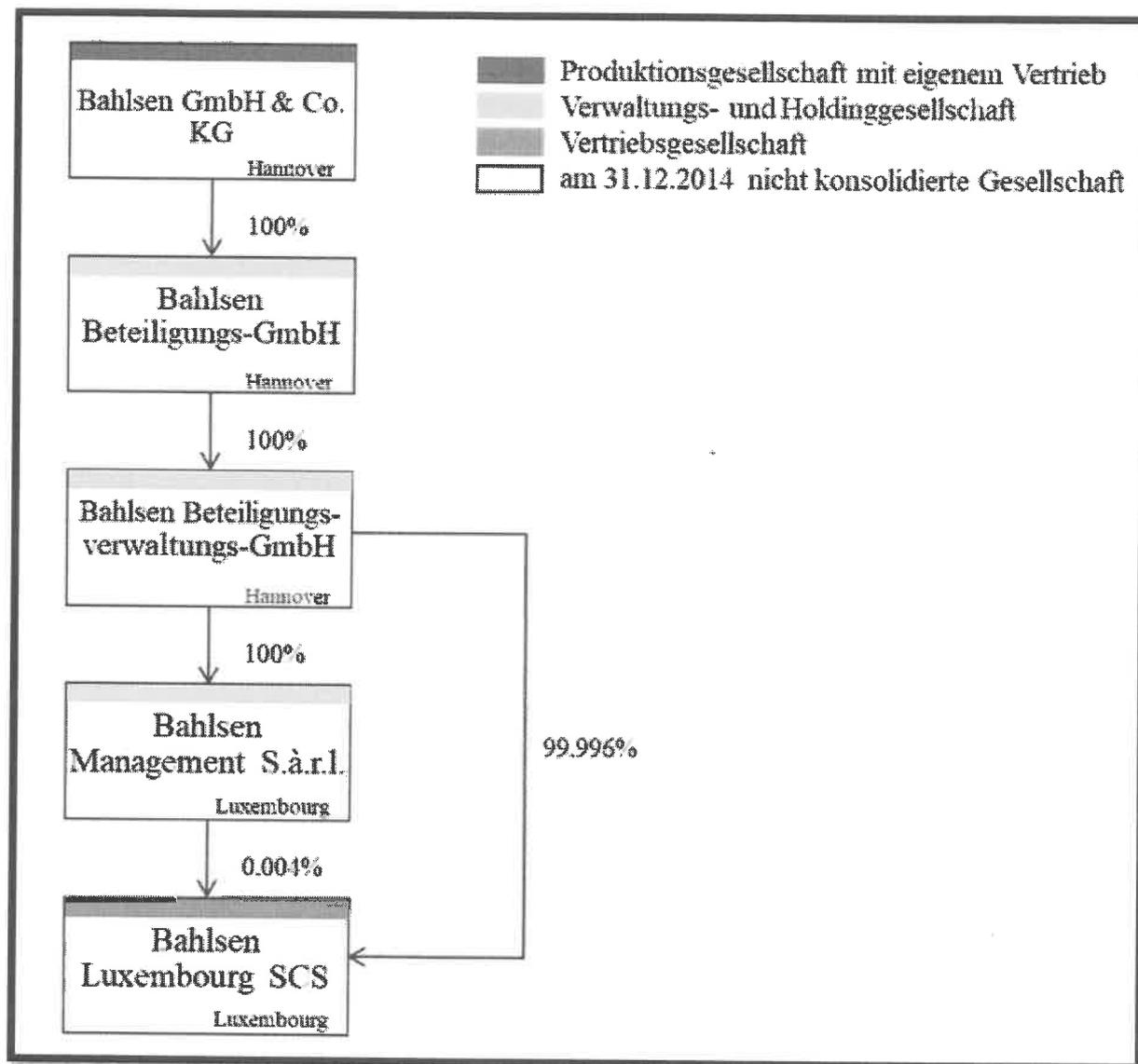
318. La présomption d'absence d'autonomie de Bahlsen Luxembourg n'a pas été renversée et ce moyen ne peut donc être retenu.

8.2.2 *Quant au moyen fondé sur la responsabilité solidaire*

319. Au point 30 de ses Observations, Bahlsen conteste le principe de responsabilité conjointe des entités allemandes et des entités luxembourgeoises de Bahlsen.

320. Pourtant, en vertu d'une jurisprudence bien établie rappelée plus haut, en l'absence d'autonomie de la filiale, les sociétés mères sont considérées comme solidairement et personnellement responsables du paiement de toute amende infligée à leurs filiales²⁵⁶.

²⁵⁶ Voir l'arrêt *Akzo Nobel NV et autres contre Commission précité*, point 61.

8.3 En l'espèce8.3.1 *Bahlsen*

321. Les deux filiales du groupe Bahlsen implantées et actives au Luxembourg sont les sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.

322. Bahlsen Management est détenue à 100% par Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH. Celle-ci est détenue à son tour à 100% par Bahlsen Beteiligungs-GmbH, elle-même détenue à 100% par Bahlsen GmbH & Co KG²⁵⁷.

²⁵⁷ Voir point 2.1. de la présente décision.

323. Bahlsen Management est par ailleurs l'associé commandité de Bahlsen Luxembourg tandis que Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH en est l'associé commanditaire. C'est deux sociétés détiennent ensemble Bahlsen Luxembourg à hauteur de 100%.
324. Dès lors, les sociétés Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen Beteiligungs-GmbH et Bahlsen GmbH & Co KG sont présumées exercer une influence déterminante sur leurs filiales, Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.
325. En l'absence de preuve par Bahlsen d'un comportement autonome de ces filiales, les sociétés Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen Beteiligungs-GmbH et Bahlsen GmbH & Co KG sont donc solidairement responsables du paiement de l'amende infligée par la présente décision aux sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.

8.3.2 Delhaize

326. En l'espèce, la société mère du groupe Delhaize, Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium) détient à hauteur de [REDACTED] le capital de ses filiales luxembourgeoises, Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Luxembourg S.A.²⁵⁸.
327. Dès lors, c'est à juste titre que la Communication des griefs a retenu que la société Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium) est présumée exercer une influence déterminante sur ses filiales précitées au paragraphe précédent.
328. En l'absence de preuve par Delhaize d'un comportement autonome de ces filiales, la société Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium) est donc solidairement responsable du paiement de l'amende infligée par la présente décision aux sociétés Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Distribution S.A..

9 SANCTIONS

9.1 Sanctions au titre de l'article 20. paragraphe 2 de la Loi – les principes

329. Aux termes de l'article 20, paragraphe 2 de la Loi:

« Le Conseil peut, en adoptant une décision sur la base de l'article 11, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes lorsque, intentionnellement ou non, elles ont commis une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 101 et 102

²⁵⁸ Voir organigramme fourni par Delhaize suite à l'entrevue du 4 décembre 2017.

du Traité. Ces amendes sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, 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.

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

Le montant maximal de l'amende prononcé sur base du présent paragraphe 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 ».

330. Ces dispositions reflètent les critères également utilisés par la Commission européenne pour le calcul des amendes en cas d'infraction à l'article 101 du TFUE, tels qu'explicités à l'article 23 du règlement 1/2003²⁵⁹ et en application des principes énoncés dans les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes²⁶⁰ (ci-après « les lignes directrices »).
331. Aux termes des lignes directrices, la Commission se réfère, comme base pour la détermination des amendes, à la valeur des ventes des biens ou des services en relation avec l'infraction. La combinaison de la valeur des ventes et de la durée est considérée comme une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction, ainsi que le poids relatif de chaque entreprise y ayant participé²⁶¹.
332. Aux termes de la jurisprudence européenne et pour la détermination du montant des amendes, il y a lieu de tenir compte de la durée de l'infraction et de tous les éléments de nature à entrer dans l'appréciation de la gravité de celle-ci, tels que le comportement de chacune des entreprises, le rôle joué par chacune d'elles dans l'établissement des pratiques concertées, le profit qu'elles ont pu tirer de ces pratiques, leur taille et la valeur des marchandises concernées ainsi que le risque que des infractions de ce type représentent pour l'Union européenne. Parmi ces éléments figurent également le nombre et l'intensité des comportements anticoncurrentiels²⁶². Cependant, la Cour a rappelé qu'il n'existe pas de liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte afin d'apprécier la gravité d'une infraction²⁶³.

²⁵⁹ Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p 1.

²⁶⁰ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2 sous a), du règlement (CE) n°1/2003 (2006/C 210/02).

²⁶¹ Point 6 des lignes directrices.

²⁶² Voir l'arrêt de la Cour du 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, points 56 et 57.

²⁶³ Voir par exemple les arrêts de la Cour du 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer/Commission*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, point 54, ainsi que du 13 juin 2013, *Versalis/Commission*, C-511/11 P, EU:C:2013:386, point 82.

333. Il incombe en outre au Conseil de veiller au pouvoir dissuasif de son action et à cet égard, il est également approprié d'inclure dans l'amende un montant spécifique, indépendant de la durée de l'infraction, en vue de dissuader les entreprises de s'engager dans des comportements illicites²⁶⁴.
334. En résumé, les éléments ci-dessus sont pris en compte et, en veillant à individualiser²⁶⁵ les amendes et à ne pas dépasser le maximum légal de 10% du chiffre d'affaires mondial, la méthodologie suivante est appliquée :
- 1) Prise en compte de la nature intentionnelle ou négligente de l'infraction ;
 - 2) Détermination de la valeur des ventes ;
 - 3) Calcul du montant de base de l'amende en fonction de la gravité et de la durée ;
 - 4) Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et/ou atténuantes ;
 - 5) Prise en compte des règles de clémence ;
 - 6) Calcul d'un montant de dissuasion ;
 - 7) Conclusion sur le montant de l'amende.

9.2 Nature intentionnelle ou négligente de l'infraction

335. Pour qu'une infraction aux règles de concurrence puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibéré, il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait eu conscience d'enfreindre une interdiction édictée par ces règles. Il suffit qu'elle n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le marché commun²⁶⁶.
336. En l'espèce, tant Bahlsen que Delhaize disposent de l'expertise juridique et économique suffisante pour connaître les conséquences de leur comportement anticoncurrentiel. Sur la base des faits exposés dans la section 4 ci-dessus, l'infraction a été commise intentionnellement par Bahlsen et Delhaize.

9.3 Détermination de la valeur des ventes

337. Selon une jurisprudence bien établie, la part du chiffre d'affaires provenant des marchandises faisant l'objet de l'infraction est de nature à donner une juste indication de l'ampleur d'une infraction sur le marché concerné. En particulier, le chiffre d'affaires

²⁶⁴ Lignes directrices, point 7.

²⁶⁵ Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a./Commission*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, point 102.

²⁶⁶ Arrêt du Tribunal du 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries / Commission*, T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255, point 412.

réalisé sur les produits ayant fait l'objet d'une pratique restrictive constitue un élément objectif qui donne une juste mesure de la nocivité de cette pratique pour le jeu normal de la concurrence²⁶⁷.

338. En outre, la jurisprudence européenne précise que, si la notion de valeur des ventes ne saurait, certes, s'étendre jusqu'à englober les ventes réalisées par l'entreprise en cause qui ne relèvent pas du champ d'application de l'entente reprochée, il serait toutefois porté atteinte à l'objectif poursuivi par les dispositions concernées si cette notion devait être entendue comme ne visant que le chiffre d'affaires réalisé avec les seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par cette entente. Une telle limitation réduirait artificiellement l'importance économique de l'infraction, en créant une « *prime au secret* » pour les cas où un nombre limité de preuves directes des ventes réellement affectées par l'accord a été trouvé²⁶⁸.
339. En vue de déterminer le montant de base de l'amende, il convient d'utiliser la valeur des ventes de biens (hors taxes) réalisées, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné, soit le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. Le point 13 des lignes directrices précise qu'est normalement utilisé le montant des ventes réalisées par l'entreprise en cause durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction, soit en l'espèce 2014.
340. Comme il a été indiqué dans la section 6.3. ci-dessus, le marché de produits concerné par les pratiques anticoncurrentielles est celui des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen au Luxembourg. La Communication des griefs avait expressément visé les produits commercialisés par Bahlsen sous les marques « *Bahlsen* », « *Leibniz* » et « *Lorenz* ». Il convient de préciser que les produits « *Pick up* » sont également commercialisés sous la marque « *Bahlsen* ». En revanche, la Communication des griefs n'avait pas inclus dans les griefs les produits de marque « *Saint-Michel* ». Pour cette raison, la présente décision exclut les produits de marque « *Saint-Michel* » du calcul de l'amende.
341. La valeur des ventes au Luxembourg de produits de marque « *Bahlsen* » incluant « *Pick Up* », « *Lorenz* » et « *Leibniz* » – mais à l'exclusion des produits de marque « *Saint-Michel* » – est la suivante :
- Valeur des ventes de Bahlsen avec Delhaize en 2014: [REDACTED] euros²⁶⁹.

²⁶⁷ Voir pour un exemple l'arrêt de la Cour du 16 juin 2011, *Team Relocations e.a./ Commission*, T-204/08, ECLI:EU:T:2011:286, point 61-66.

²⁶⁸ Voir par exemple, l'arrêt de la Cour du 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe / Commission*, C-580/12 P, ECLI:EU:C:2014:2363, point 56 et suivants.

²⁶⁹ Courrier de Bahlsen au Conseil du 10 avril 2020. [REDACTED]

- Valeur des ventes Delhaize en 2014 : [REDACTED] euros²⁷⁰.

9.4 Calcul du montant de base en fonction de la gravité et de la durée

342. Conformément au point 19 des lignes directrices, le montant de base est lié à une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années d'infractions (durée). En règle générale, la proportion de la valeur des ventes prise en compte est fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30%, en fonction de facteurs tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction et sa mise en œuvre ou non²⁷¹.

9.4.1 *Gravité*

343. Selon une jurisprudence bien établie, « *l'appréciation de la gravité de l'infraction, aux fins de la fixation de l'amende, d[evrait] être effectuée en tenant compte notamment de la nature des restrictions apportées à la concurrence, du nombre et de l'importance des entreprises concernées, de la fraction respective du marché qu'elles contrôlaient dans la Communauté ainsi que de la situation du marché à l'époque où l'infraction avait été commise* »²⁷².

344. En l'espèce, il s'agit d'un accord vertical et/ou la pratique concertée sur les prix couvrant l'ensemble du territoire du Grand-Duché et constituant une infraction « *par objet* ». Une telle pratique restreint, par sa nature-même, la concurrence²⁷³. De ce fait, l'accord en cause n'est pas non plus couvert par la communication de la Commission sur les accord d'importance mineure²⁷⁴ qui peut parfois s'appliquer à des accords impliquant des parties ayant de faibles parts de marché. De plus, il convient de rappeler que cet accord et/ou pratique concertée s'inscrit dans le contexte d'autres accords similaires, produisant un effet restrictif cumulé sur le marché²⁷⁵.

345. Même s'il ne s'agit pas d'une restriction horizontale mais verticale, c'est-à-dire affectant principalement la concurrence intramarque, cette restriction de concurrence revêt

²⁷⁰ Courrier Delhaize au Conseil du 28 février 2020, réponse à la question 3. Ce chiffre reflète la valeur des ventes réalisées par Delhaize avec les produits Bahlsen au Luxembourg [REDACTED], voir en ce sens le courrier de Delhaize au Conseil du 22 juin 2020, réponse à la question 2.

²⁷¹ Point 22 des lignes directrices.

²⁷² Voir l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV / Commission*, C-41/69, ECLI:EU:C:1970:71, point 176.

²⁷³ Voir la décision de la Commission du 24 juillet 2018, *ASUS*, AT.40465, point 138.

²⁷⁴ Voir point 163 de la présente décision. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*), JO C 291, 30.8.2014, p. 1–4.

²⁷⁵ Voir section 6.5.2. de la présente décision.

néanmoins un caractère certain de gravité²⁷⁶ et ce d'autant plus qu'elle concerne les prix, soit un critère essentiel de l'exercice du jeu concurrentiel. L'imposition de prix de vente fixes ou minima conduit à une diminution de la concurrence et à une augmentation des prix qui porte nécessairement atteinte au bien-être du consommateur. Les produits objets de l'entente étaient en effet des produits de grande consommation et de nature à faire l'objet d'achats impulsifs de la part des consommateurs. Pour ces raisons, ces derniers ont pu être des « victimes faciles » des pratiques constatées. Même apparemment minimales à l'échelle de l'achat individuel, de telles hausses de prix ne sont pourtant pas indolores pour le consommateur.

346. A titre de comparaison, la Commission a récemment fixé à 7% le pourcentage de la valeur des ventes devant être pris en compte dans plusieurs cas d'accords verticaux sur les prix²⁷⁷.
347. Il ressort également de l'analyse menée dans la présente décision que l'accord a bien été mis en œuvre. En l'espèce, l'accord a été mis en œuvre entre respectivement, Bahlsen, un des leaders²⁷⁸ du secteur dans les produits en cause ou similaires et, Delhaize, un des principaux distributeurs au détail de ces produits au Luxembourg. Delhaize a estimé son positionnement lors de l'audition du 6 février 2020 comme [REDACTED] au Luxembourg, [REDACTED] sur le segment de la distribution de détail. L'implication d'une enseigne de la grande distribution est d'autant plus grave que ce type d'enseignes, et notamment Delhaize lors de l'audition du 6 février 2020, se présentent en général comme ayant une politique de prix agressive.
348. Une estimation sommaire, à titre illustratif, de l'ampleur du dommage à l'économie peut être faite afin de pouvoir apprécier l'impact de la pratique sanctionnée. Ainsi, si l'on considère que le chiffre d'affaires annuel de Bahlsen Luxembourg en 2013 – soit environ au milieu de la période infractionnelle qui s'est étendue de 2011 à 2015 – était d'environ [REDACTED] d'euros²⁷⁹, on peut dès lors considérer qu'un dommage de l'ordre de [REDACTED] euros est causé à l'économie chaque année et chaque fois que l'entente permet de renchérir de 1% le prix de détail des produits concernés. Les éléments au dossier permettent d'évaluer à plusieurs points de pourcentage l'effet des pratiques sur les prix de détail. Par exemple, au point 6.4.3.2.2.3. de la présente décision, ont pu être constatés des écarts de l'ordre de 5% avec le *PVC* avant alignement ou réalignement. Ceci indiquerait que les prix auraient pu être inférieurs d'environ 5% au niveau atteint du fait de l'entente. Aussi, un supplément de prix, payé chaque année par les consommateurs,

²⁷⁶ Voir par exemple la décision de l'ADLC du 10.07.2019, n°19-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles haut de gamme, points 185 et suivants.

²⁷⁷ Voir les décisions du 24 juillet 2018, *Asus, Philips, Pioneer et Denon & Marantz*, AT.40465, AT.40181, AT.40182 et AT.40469 et du 17 décembre 2018, *Guess*, AT.40428.

²⁷⁸ Dans une présentation interne de [REDACTED], Bahlsen présente sa marque « Lorenz » comme « leader en Salé » au Luxembourg avec [REDACTED] de parts de marché, le premier concurrent se situant à hauteur de [REDACTED], voir pièce II.C.1.07, demande de clémence, p. 11. Par ailleurs, la même année sur le segment « biscuits », Bahlsen affiche une part de marché de [REDACTED], le premier concurrent – LU – se situant à [REDACTED], voir même document page 13. Dans la même présentation, page 40, Bahlsen se présentait comme « leader du marché ».

²⁷⁹ Courrier de Bahlsen au Conseil de la concurrence du 15 juin 2016.

de plusieurs points de pourcentage constitue une évaluation prudente du dommage causé à l'économie. A titre d'exemple, un supplément de l'ordre de 3% maintenu pendant cinq ans équivaut à un montant du dommage à l'économie de l'ordre de [1-2 million(s)] d'euros. Un supplément de l'ordre de 5% pendant cinq ans équivaut à un montant de l'ordre de [2-3 millions] millions d'euros.

349. Au vu de ce qui précède, la proportion – pour les besoins du calcul de l'amende – est donc fixée à 7% de la valeur des ventes.

9.4.2 *Durée*

350. Concernant la durée, le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes est multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction. Aux termes du point 24 des lignes directrices, les périodes de moins d'un semestre sont comptées comme une demie année et les périodes de plus de six mois mais de moins d'un an, comme une année complète.

351. En l'espèce, comme exposé à la section 7 de la présente décision, les parties en cause ont participé de manière ininterrompue à l'infraction entre le 1^{er} janvier 2011 et le 2 octobre 2015, soit pendant 4 ans et 9 mois. Il convient donc de considérer que l'infraction a duré 5 ans.

9.4.3 *Droit d'entrée*

352. Aux termes des lignes directrices, il est également possible d'inclure dans le montant de base une somme (aussi appelée « *droit d'entrée* ») comprise entre 15 et 25% de la valeur des ventes afin de dissuader les entreprises de participer à des accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production, voire pour d'autres infractions²⁸⁰.

353. Certes, il ne s'agit pas en l'espèce d'une entente horizontale mais néanmoins d'une entente verticale sur les prix, infraction grave et « *par objet* », par nature restrictive de concurrence. Il convient donc d'ajouter au montant de base une somme de 7% du montant de la valeur des ventes²⁸¹.

9.4.4 *Conclusion sur le montant de base*

²⁸⁰ Points 25 des lignes directrices, nous soulignons.

²⁸¹ Voir pour le pourcentage pris en compte au titre du droit d'entrée, les décisions récentes de la Commission reprenant le même montant que celui imposé au titre de la proportion de la valeur des ventes, telles que par exemple la décision de la Commission du 5 mars 2019, Affaire AT.40481, *Occupants Safety systems (II) supplied to the Volkswagen Group and the BMW Group*, point 110, ou encore la décision du 21 février 2018, affaire AT.40009 – *Maritime Car Carriers*, point 114.

354. Il s'agit de multiplier le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes (7%) par le nombre d'années de participation (5 ans) et d'ajouter le « *droit d'entrée* » (7% de la valeur des ventes). Le montant de base est donc de :

Bahlsen : [REDACTED] euros

Delhaize : [REDACTED] euros

9.5 Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et/ou atténuantes

355. A l'instar de la Commission, le Conseil peut prendre en compte certaines circonstances aggravantes et/ou atténuantes et appliquer une majoration dissuasive qui peuvent ensemble conduire à un ajustement du montant de base²⁸².

9.5.1 *Circonstances aggravantes*

9.5.1.1 *Bahlsen*

356. Parmi les circonstances aggravantes pouvant être prises en considération par le Conseil figure le fait, pour une entreprise, de jouer un rôle de meneur ou d'incitateur, ou plus largement un rôle particulier dans la conception ou la mise en œuvre de l'infraction²⁸³.

357. Ainsi, le rôle de « chef de file » joué par une entreprise dans le cadre d'une entente doit être pris en compte aux fins du calcul du montant de l'amende, dans la mesure où une entreprise ayant joué un tel rôle doit, de ce fait, porter une responsabilité particulière par rapport aux autres entreprises²⁸⁴.

358. Selon la jurisprudence de l'Union, pour être qualifiée de meneur, l'entreprise doit avoir représenté une force motrice significative pour l'entente²⁸⁵ en portant une responsabilité particulière et concrète dans le fonctionnement de celle-ci.

359. En particulier, sans qu'il soit nécessaire que l'intéressé ait exercé des pressions ou ait dicté leur conduite aux autres membres de l'entente, des éléments tels que l'élaboration ou la suggestion de la conduite à tenir par les membres de l'entente, sans nécessairement être en mesure de leur imposer, peut suffire à ce que l'entreprise soit considérée comme

²⁸² Voir les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes, *précitées*, points 27 et suivants.

²⁸³ Voir l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, *Siemens / Commission*, T-110/07, ECLI:EU:T:2011:68, point 337.

²⁸⁴ Voir l'arrêt du Tribunal du 14 mai 1998, *Mayr-Melnhof / Commission*, T-347/94, ECLI:EU:T:1998:101, point 291 et du 29 avril 2004, *Tokai Carbon e.a. / Commission*, T-236/01, ECLI:EU:T:2004:118, point 301, et la jurisprudence citée.

²⁸⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 15 mars 2006, *BASF / Commission*, T-15/02, ECLI:EU:T:2006:74, point 374 et du 18 juin 2008, *Hoechst / Commission*, T-410/03, ECLI:EU:T:2008:211, point 423 et la jurisprudence citée.

force motrice significative de l'entente²⁸⁶. Ainsi, la jurisprudence européenne²⁸⁷ a retenu notamment que l'organisation de réunions afin de faire fonctionner l'entente, la surveillance et l'exercice de pressions éventuelles pour faire respecter l'infraction ou encore la centralisation et/ou la distribution de données sont des éléments pouvant permettre de considérer l'entreprise comme meneur de l'entente.

360. En l'espèce, Bahlsen organisait de manière régulière des réunions avec Delhaize, lors desquelles la question des *PVC* était un thème récurrent et un objectif commercial stratégique de Bahlsen²⁸⁸.
361. Bahlsen collectait les données de prix pratiquées par Delhaize dans ses magasins, puis identifiait les prix dits « problématiques » avant de les communiquer à Delhaize lors des réunions ou par courrier si les prix relevés ne respectaient pas le *PVC*²⁸⁹. Bahlsen a d'ailleurs indiqué que : « *la démarche de l'équipe commerciale et plus particulièrement du [REDACTED] était de tenter de convaincre les détaillants de s'aligner sur le niveau des prix conseillés* »²⁹⁰. Le [REDACTED] de l'époque, monsieur [REDACTED], a joué un rôle prépondérant dans le fonctionnement de l'entente, comme le prouvent l'envoi de courriels ou sa présence régulière aux réunions avec Delhaize²⁹¹. Enfin, Bahlsen a reconnu avoir envoyé des rappels concernant le respect des *PVC* de manière régulière aux détaillants et notamment Delhaize²⁹².
362. Par conséquent, l'ensemble de ces éléments démontrent l'exercice par Bahlsen d'un rôle prépondérant de chef de file et de coordinateur ayant organisé et fait fonctionner l'entente dans la durée. Bahlsen peut dès lors être considéré comme force motrice significative dans la commission de l'infraction.
363. Pour ces raisons, le Conseil considère qu'il convient d'augmenter le montant de base de sa sanction de 50%²⁹³.

9.5.1.2 Delhaize

364. Il n'y a pas de circonstances aggravantes dans le chef de Delhaize.

²⁸⁶ Voir arrêt *BASF / Commission* précité, point 374.

²⁸⁷ Arrêt du Tribunal du 8 septembre 2010, *Detafina / Commission*, T-29/05, ECLI:EU:T:2010:355, point 335. Voir l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, *Siemens/Commission*, T-110/07, ECLI:EU:T:2011:68, point 337.

²⁸⁸ Demande de clémence du 19 octobre 2015, points 26 et 27. Voir aussi pièces II.D.4.01 à II.D.4.16., demande de clémence.

²⁸⁹ Voir le rappel des faits en section 4 de la présente décision et demande de clémence du 19 octobre 2015, points 24 et 25. Voir aussi pièces II.D.4.1. à II.D.4.16., demande de clémence.

²⁹⁰ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 28.

²⁹¹ Voir le rappel des faits en section 4 de la présente décision et la demande de clémence du 19 octobre 2015, points 38 et 40.

²⁹² Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 39.

²⁹³ Pour un exemple de taux similaire, voir la décision de la Commission du 30 octobre 2002, 2003/675/CE relative à une procédure d'application de l'article 81 [CE] et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/35.587 *Video Games*, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution et COMP/36.321 Omega – Nintendo), JO 2003, L 255, p. 33, point 406, confirmée par l'arrêt du Tribunal du 30 avril 2009, *Nintendo Co. Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission*, ECLI:EU:T:2009:131, points 131 et 215.

9.5.2 Circonstances atténuantes

9.5.2.1 *Bahlsen*

365. Bien que les conditions d'immunité et de réduction du montant de l'amende ne soient pas réunies²⁹⁴ comme il sera démontré ci-dessous, le Conseil estime que Bahlsen peut, à titre exceptionnel²⁹⁵, bénéficier d'une circonstance atténuante dans la mesure où elle a apporté pendant l'enquête des éléments de preuve présentant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments déjà en possession du Conseil lors de la demande de clémence.

366. Dans de rares cas, la Commission a reconnu une telle circonstance atténuante au titre d'une coopération effective²⁹⁶ en dehors du champ d'application de la communication de la Commission²⁹⁷ sur l'immunité et la réduction d'amendes (ci-après « *la Communication de la Commission* »). Dans ces décisions, la Commission a réduit le montant de base de l'amende de 40%²⁹⁸ et de 50%²⁹⁹.

367. En l'espèce toutefois, Bahlsen n'a pas offert une coopération inconditionnelle, pleine et entière, comme il sera analysé à la section 9.6.2. En conséquence, le Conseil octroie à Bahlsen une réduction limitée à 30% du montant de base.

9.5.2.2 *Delhaize*

368. [REDACTED], Delhaize a proposé des engagements, [REDACTED]. Toutefois, la teneur de ces engagements n'est ni suffisante ni appropriée au vu de la nature de la violation reprochée³⁰². En outre, le seul fait de proposer des engagements ne suffit pas en soi à caractériser la coopération de l'entreprise comme allant au-delà de ses obligations juridiques³⁰³. En l'espèce, cette proposition, [REDACTED]

²⁹⁴ Voir section 9.6. de la présente décision.

²⁹⁵ Voir en ce sens, décision de la Commission du 20 octobre 2005 relative à une procédure d'application de l'article 81, paragraphe 1 du traité, COMP/C.38.281/B.2), Tabac brut – Italie, points 385 à 398. Voir également l'arrêt du Tribunal du 17 mai 2011, *Arkema France contre Commission*, T-343/08, ECLI:EU:T:2011:218, points 169 et 170. Voir également l'arrêt du Tribunal du 27 février 2014, *LG Display et LG Display Taiwan contre Commission*, T-128/11, ECLI:EU:T:2014:88, point 208 et la jurisprudence citée.

²⁹⁶ Voir lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes, *précitées*, point 29.

²⁹⁷ Voir en ce sens la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des accords, 2006/C 298/11, JOUE 8.12.2006, C 298/17, points 8 et suivants.

²⁹⁸ Voir décisions de la commission du 5 juillet 2000, *Nathan-Bricolux*, (JO 2001 L54 p.1., point 134 et décision de la Commission du 30 octobre 2002, *Consoles de jeux*, JO2003 L255, p.33, point 457.

²⁹⁹ Voir décision de la Commission du 20 octobre 2005, *Tabac brut italien*, *précitée*, point 398.

³⁰⁰ Voir Procès-verbal du 29 janvier 2018.

³⁰¹ Voir Observations de Delhaize en réponse à la Communication des griefs, section 5 et annexe 5.

³⁰² Contrairement notamment aux situations soumises au Conseil à l'occasion de précédentes décisions et citées par Delhaize au point 356 de ses Observations.

³⁰³ Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 17 décembre 2015, *Orange Polska S.A. contre Commission*, T-486/11, points 221 et 224.

9.5.4 Conclusion sur l'ajustement du montant de base

374. Le montant de base pour Bahlsen est ajusté à la hausse de 50% et à la baisse de 30%, soit

$$\blacksquare + 50\% - 30\% = \blacksquare \text{ euros}$$

375. Le montant de base pour Delhaize est ajusté comme suit :

$$\blacksquare \times 1,1 = \blacksquare \text{ euros}$$

9.6 Prise en compte des règles de clémence: Bahlsen

9.6.1 *Les principes*

376. Le système d'immunité vise à récompenser les entreprises pour leur coopération à l'enquête. Les ententes anti-concurrentielles sont bien souvent secrètes et c'est la raison pour laquelle la coopération des entreprises y participant est précieuse aux autorités de concurrence.

377. Toutefois l'immunité ou toute réduction d'amende doit refléter la contribution effective de l'entreprise³⁰⁸.

378. Droit national et droit de l'Union procèdent en la matière de la même logique et à ce titre, la Communication de la Commission sur l'immunité et la réduction d'amendes³⁰⁹ constitue une référence utile.

9.6.1.1 Droit national

379. L'article 21 de la Loi relatif à l'immunité et à la réduction d'amendes dispose :

« (1) Le Conseil peut exempter une entreprise de toute amende à imposer en vertu de l'article 20, paragraphe 2 lorsque: a) cette entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui permettent d'effectuer des inspections ciblées au sujet d'une entente présumée au sens de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 101 du Traité et b) que le Conseil ne disposait pas, au moment du dépôt de la demande, de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection.

(2) Lorsqu'aucune exemption n'a été accordée en vertu du paragraphe précédent, le Conseil peut encore exempter de toute amende une entreprise qui dépose une demande afférente après que le Conseil ait disposé de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection lorsque: a) cette entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui

³⁰⁸ Voir en ce sens la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des accords, 2006/C 298/11, JOUE 8.12.2006, C 298/17, point 5.

³⁰⁹ Précitée.

permettent d'établir une violation de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 101 du Traité en rapport avec l'entente présumée et b) que le Conseil ne disposait pas, au moment de la communication de ces éléments, de preuves suffisantes pour conclure à une violation de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 101 du Traité en rapport avec l'entente présumée.

(3) Le Conseil peut consentir une réduction d'amende à une entreprise qui fournit avant la notification de la communication des griefs des preuves de l'entente présumée qui apportent une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve déjà en la possession du Conseil au moment du dépôt de la demande.

(4) Le bénéfice de l'immunité totale est exclu à l'égard de l'entreprise qui a contraint une ou plusieurs autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'entente présumée.

(5) Afin de pouvoir bénéficier de l'immunité ou de la réduction de l'amende, l'entreprise doit: a) mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de sa demande. Toutefois, le Conseil peut dispenser l'entreprise de cette obligation pour la durée qu'il détermine si la poursuite de la participation de l'entreprise est raisonnablement nécessaire pour préserver l'intégrité des inspections; b) apporter au Conseil une coopération véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande jusqu'à la décision finale.

(6) A la suite de la démarche de l'entreprise, le Conseil adopte un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'immunité ou la réduction de l'amende, après que l'entreprise concernée a présenté ses observations; cet avis est transmis à l'entreprise et n'est pas publié. Il ne peut faire l'objet d'un recours qu'ensemble avec la décision sur le fond ».

380. En résumé et à la condition d'une coopération sans faille de l'entreprise demandant la clémence :

- Le Conseil peut octroyer le bénéfice de l'immunité totale à condition que l'entreprise soit la première à fournir des éléments de preuve suffisants, soit pour déclencher une inspection, en lui apportant des éléments que le Conseil n'avait pas déjà en sa possession au moment de la demande (article 21, paragraphe 1 de la Loi); soit pour établir une infraction avec des éléments qui, en leur absence, n'auraient pas permis au Conseil de conclure à une violation de l'article 3 de la Loi (article 21, paragraphe 2 de la Loi);
- Le bénéfice de l'immunité totale est toutefois exclu lorsque l'entreprise en a contraint d'autres ;
- Le Conseil peut octroyer une réduction d'amende lorsque des éléments de preuve apportant une valeur ajoutée significative sont fournis par rapport aux éléments déjà en la possession du Conseil.

9.6.1.2 Droit de l'Union

381. La Communication de la Commission pose également, dans ses points 8 à 30, des principes similaires à ceux de la Loi et qui peuvent être résumés comme suit :

- L'exemption totale est possible si l'entreprise est la première à fournir des renseignements qui permettent une inspection ciblée ou la constatation d'une infraction ;
- L'immunité totale ne peut être accordée si au moment de la communication des éléments, la Commission disposait déjà de preuves suffisantes pour mener une inspection ou avait déjà effectué une telle inspection ;
- L'entreprise doit apporter une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande ;
- Toute entreprise qui en a contraint d'autres à se joindre à l'entente ou à y rester ne peut bénéficier de l'immunité d'amende, mais éventuellement d'une réduction ;
- La Commission peut octroyer une réduction d'amende à des entreprises dévoilant leur participation à une entente mais qui ne remplissent pas les conditions du bénéfice de l'immunité totale, à condition notamment d'apporter des preuves à valeur ajoutée significative et une coopération véritable ;
- La première entreprise peut alors bénéficier d'une réduction comprise entre 30 et 50% par rapport au montant de l'amende qui lui aurait à défaut été infligée. Pour définir le niveau de réduction précis, la Commission prend en compte la date à laquelle les éléments ont été communiqués et le degré de valeur ajoutée.

9.6.2 *En l'espèce: Bahlsen ne peut bénéficier de l'immunité ni d'une réduction d'amende au titre de la clémence*

382. En l'espèce, il convient de rappeler que les 15 et 16 juillet 2015³¹⁰, Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management ont fait l'objet d'une perquisition de leurs locaux, suite à l'auto-saisine du Conseil.

383. Le 2 octobre 2015, soit près de trois mois après la perquisition de ses locaux, Bahlsen a déposé une demande de clémence, qu'elle a complétée par la suite.

384. Le 11 janvier 2016, le Conseil a rendu un avis, estimant provisoirement³¹¹ que les sociétés Bahlsen concernées pouvaient « entrer dans le bénéfice de l'article 21 de la Loi ». Cet avis indiquait notamment que le Conseil n'était pas en mesure d'évaluer, au

³¹⁰ Voir section 3.2. ci-avant.

³¹¹ Nous soulignons.

moment de l'adoption de l'avis, s'il pourrait exempter Bahlsen, cette décision étant soumise à un examen approfondi du dossier³¹².

385. Le 7 février 2018, l'avis a ensuite été étendu aux sociétés Bahlsen allemandes.

386. Le 14 février 2019, la Communication des griefs a proposé au Conseil d'octroyer l'immunité d'amende à Bahlsen sur le fondement de l'article 21, paragraphe 2 de la Loi et souligné que Bahlsen avait fait preuve d'une coopération efficace tout au long de l'enquête.

9.6.2.1 L'article 21, paragraphe 1 de la Loi

387. Tout d'abord, l'article 21, paragraphe 1 de la Loi établit clairement que, dans le cas où le Conseil dispose déjà d'éléments de preuve lui ayant permis d'ordonner une inspection, le seuil de coopération permettant au demandeur de clémence d'obtenir une immunité d'amende est plus élevé. C'est *a fortiori* le cas lorsque la demande de clémence intervient après l'inspection, comme c'est le cas en l'espèce. Pour cette raison, l'article 21, paragraphe 1 de la Loi n'est pas applicable dans la mesure où c'est la perquisition par le Conseil chez Bahlsen qui a déclenché la demande de clémence de Bahlsen. En d'autres termes, en l'absence de perquisition par le Conseil de Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management en juillet 2015, Bahlsen n'aurait pas informé le Conseil au sujet de l'infraction. Il ressort en effet de ses Observations en réponse à la notification de griefs que Bahlsen n'a pas d'opinion quant au caractère infractionnel ou non de ses pratiques : « *Au vu de ce qui précède, Bahlsen Luxembourg avoue certes avoir eu, à plusieurs reprises, des contacts avec des détaillants afin d'essayer de les convaincre de venir à une situation où les prix conseillés seraient respectés et suivis. Cependant, il revient au Conseil de la concurrence (et non à Bahlsen) de faire l'appréciation juridique de cette pratique, surtout quant à l'existence ou non d'une violation de l'article 101(1) TFUE ou l'article 3 de la Loi* »³¹³.

388. Conformément à la Communication de la Commission, l'immunité totale ne peut être accordée si, au moment de la communication des éléments, la Commission disposait déjà de preuves suffisantes pour mener une inspection ou avait déjà effectué une telle inspection. En l'espèce, au moment de la demande de clémence initiale, Bahlsen n'avait quoi qu'il en soit fourni qu'une partie de ses éléments de preuve et le Conseil avait déjà mené l'inspection chez Bahlsen.

389. Bahlsen, au point 55 de ses Observations demande l'immunité totale en affirmant que, grâce aux éléments fournis dans sa demande de clémence, le Conseil aurait pu inspecter Delhaize. Elle indique par ailleurs qu'elle a attiré l'attention du Conseil sur un marché de produits, à savoir celui des produits « *Lorenz* » et « *Saint-Michel* », autre que celui

³¹² Avis de clémence n°2016-CL-01, point 20.

³¹³ Voir Observations Bahlsen, point 19.

initialement objet de l'investigation du Conseil, à savoir les produits « *Bahlsen* » et « *Leibniz* »³¹⁴.

390. Ces arguments ne peuvent toutefois pas être reçus pour les raisons suivantes : d'une part, le Conseil n'a de toute façon pas mené d'inspection chez Delhaize et, d'autre part, le Conseil avait déjà mené une inspection chez Bahlsen, avant que Bahlsen ne décide de faire une demande de clémence. Aux termes d'une jurisprudence bien établie³¹⁵, l'objectif des règles sur l'immunité est de récompenser les contributions permettant de déceler l'existence d'une entente et non de récompenser le soutien aux mesures supplémentaires d'une enquête en cours, sous la forme d'une seconde inspection plus ciblée.
391. Par ailleurs, il est artificiel de soutenir que les produits « *Lorenz* » et « *Saint Michel* » sont un marché de produits distincts des produits « *Bahlsen* » et « *Leibniz* ». Tous ces produits sont en effet commercialisés par Bahlsen. Par ailleurs, « *Bahlsen* », « *Lorenz* », « *Saint Michel* », « *Leibniz* » et « *PickUp !* » ne sont que les marques affichées par ces produits, selon la gamme à laquelle ils appartiennent (sucré/salé par exemple), à cause de raisons historiques (achat de Saint Michel par Bahlsen) ou encore en raison d'un positionnement marketing particulier (les logos « *PickUp* » et « *Bahlsen* » cohabitent sur le produit « *PickUp* »). Certes, l'ordonnance du président du Tribunal d'arrondissement du 1^{er} juin 2015, qui a autorisé les perquisition et saisie chez Bahlsen à Luxembourg, se référait « *au marché luxembourgeois concernant les produits « Bahlsen » et/ou « Leibniz »* », mais elle ne faisait pas référence à la notion de marque, ni à des produits « *sucrés* » ou « *salés* ».
392. Le système d'immunité, tant en droit national que de l'Union européenne vise à récompenser les entreprises qui aident les autorités de concurrence à déceler des ententes, bien souvent secrètes. L'immunité, en ce sens, doit refléter la contribution effective de l'entreprise. En l'espèce, le Conseil a lui-même déclenché l'enquête et, en l'absence de perquisition chez Bahlsen, cette dernière n'aurait pas contacté le Conseil et donc *a fortiori* n'aurait fourni, de manière spontanée, aucun élément de preuve.
393. Il s'ensuit que Bahlsen ne peut pas obtenir l'immunité sur le fondement de l'article 21, paragraphe 1 de la Loi.

9.6.2.2 L'article 21, paragraphe 2 de la Loi

394. L'article 21, paragraphe 2 de la Loi pourrait potentiellement trouver à s'appliquer au sens où, au moment de la demande de clémence, le Conseil, malgré la perquisition de Bahlsen, ne disposait pas encore d'éléments suffisants pour conclure à une infraction aux articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE.
395. Néanmoins, un certain nombre d'obstacles s'y opposent qui sont exposés ci-après.

³¹⁴ Voir Observations de Bahlsen en réponse à la Communication des griefs, point 55.

³¹⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, *Kone contre Commission*, T-151/07, ECLI:EU:2011:365, point 111.

9.6.2.3 Obstacles au bénéfice de l'immunité au titre de l'article 21, paragraphe 2 de la Loi

La contrainte telle que visée à l'article 21, paragraphe 4 de la Loi

396. Toutefois, Bahlsen a – par la mise en œuvre d'une police des prix - contraint d'autres entreprises et notamment Delhaize, à participer à l'accord, afin qu'il soit veillé au respect des prétendus *PVC*, par une veille des prix, la discussion très régulière du respect de ces *PVC* avec Delhaize et la formulation de rappels à l'ordre en cas d'écart³¹⁶. A cet égard, une telle notion de contrainte, classique dans le cadre d'ententes anti-concurrentielles, n'est pas incompatible avec le fait qu'il y ait bien eu un concours de volontés, et donc un « accord » conclu entre deux parties, Bahlsen et Delhaize, au sens des articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE.

397. En application de l'article 21, paragraphe 4 de la Loi et du fait de cette contrainte exercée, le bénéfice de l'immunité ne peut donc être accordé à Bahlsen.

Le manque de coopération véritable, totale et permanente telle que visée à l'article 21, paragraphe 5 de la Loi

398. Par ailleurs, selon l'article 21, paragraphe 5, b), le bénéfice de l'immunité (ou de la réduction d'amende) est soumis à la condition que l'entreprise apporte au Conseil « une coopération véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande jusqu'à la décision finale ». A l'instar de ce qui est pratiqué par d'autres autorités³¹⁷, cela signifie qu'à aucun moment, l'entreprise ne remette en cause devant l'autorité de concurrence, et ce jusqu'au terme de la procédure, les éléments factuels qu'elle a révélés à l'autorité dans le cadre de la procédure de clémence et qui fondent l'avis de clémence, la matérialité des faits qu'elle a dénoncés ou l'existence même des pratiques. Or, en l'espèce, le positionnement de Bahlsen est à tout le moins ambiguë : au mieux elle ne prend pas parti sur l'existence d'une infraction ou la minimise³¹⁸. Mais, il lui arrive aussi de contester la matérialité des faits qu'elle a par ailleurs dénoncés : Bahlsen, dans ses Observations, conteste par exemple qu'il y ait eu une application significative des *PVC*³¹⁹ alors qu'elle a par ailleurs versé la preuve de pourcentages de suivis supérieurs au seuil des 80%³²⁰ ou encore, qu'elle indique dans un autre document relatif à la

³¹⁶ Voir points 4.2.3.4. et 4.2.3.5. pour les détails.

³¹⁷ Voir en ce sens le communiqué de procédure du 3 avril 2015 de l'ADLC relatif au programme de clémence, point 23 (ii) https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/cpro_autorite_clemence_revise_0.pdf.

³¹⁸ Voir point 19 des Observations Bahlsen, paragraphes 5 et 6 : « soit le Conseil estime que ce type de contacts (...) est suffisant, voire apporte une valeur ajoutée significative pour l'établissement d'une violation (...), soit ce type de contacts ne constitue pas de violation (...) ». Ou encore, point 32 : « les pratiques faisant l'objet de la présente procédure concernant des prix de vente conseillés qui, au vu des éléments communiqués par Bahlsen dans sa demande de clémence, seraient, selon le conseiller désigné, plutôt des prix de revente imposés ». Point 33 : « les pratiques faisant l'objet de la présente procédure ne concernent pas nécessairement l'entièreté du territoire du Grand-Duché de Luxembourg comme le prétend le conseiller désigné ». Aux points 50 et suivants, Bahlsen conteste que les conditions du triple test soient remplies et conclut : « le taux de suivi des différents principaux détaillants au Luxembourg est très variable et reste généralement à un niveau inférieur à 80% (...) ».

³¹⁹ Voir Observations Bahlsen, points 43 et suivants.

³²⁰ Voir pièce II.B.6.1. versée par Bahlsen le 21 juillet 2017, avec le complément à sa demande de clémence.

numérotation des pièces qu'une certaine catégorie d'entre-elles sont relatives au « *respect [par les entreprises du] pvc avec contrepartie* »³²¹.

399. Le bénéfice du régime d'immunité ou de réduction de l'amende n'est justifié, d'après la jurisprudence de l'Union, que lorsque le comportement de l'entreprise facilite la tâche de l'autorité dans la constatation de l'existence d'une infraction³²². En conséquence et au vu des éléments rappelés ci-dessus, il n'est pas possible de considérer la coopération fournie par Bahlsen comme « *véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande et jusqu'à la décision finale* » tel qu'exigé par l'article 21, paragraphe 5 de la Loi.
400. Bahlsen ne peut donc pas bénéficier de l'immunité ni d'une réduction d'amende au titre du programme de clémence.

9.7 Conclusion sur le montant de l'amende

401. Aux termes de l'article 20, paragraphe 2, alinéa 3 de la Loi, le montant final de l'amende ne peut excéder 10 % du chiffre d'affaires total 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.
402. Ce chiffre d'affaires doit être calculé sur la base des chiffres d'affaires cumulés de toutes les sociétés de chaque groupe constituant une "entreprise" au sens du droit de la concurrence³²³. Cette référence est la mieux à même de constituer une indication fiable de la taille et de la puissance économique de l'entreprise en question.
403. Concernant Bahlsen, le chiffre d'affaires mondial le plus élevé au sens de l'article 20, paragraphe 2, alinéa 3 de la Loi est celui de l'année [REDACTED] d'euros³²⁴. Le plafond de 10% pour Bahlsen s'élève donc à [REDACTED] d'euros.
404. Concernant Delhaize, le chiffre d'affaires mondial le plus élevé au sens de l'article 20, paragraphe 2, alinéa 3 de la Loi est celui de l'année [REDACTED], à savoir [REDACTED] euros³²⁵. Le plafond de 10% pour Delhaize s'élève donc à [REDACTED] euros.

³²¹ Lettre de Bahlsen au Conseil du 12 décembre 2018.

³²² Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 24 juin 2015, *Fresh Del monte Produce / Commission et Commission / Fresh Del Monte Produce*, C-293/13P et C-294/13P, ECLI:EU:C:2015:416, point 184.

³²³ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, *Akzo Nobel e.a./Commission*, T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381, point 90.

³²⁴ Courriel de Bahlsen au Conseil en date du 15 mars 2020, annexe 2.

³²⁵ Courrier Delhaize au Conseil de la concurrence du 28 février 2020, réponse à la question Q3. [REDACTED].

405. Le montant total de l'amende est donc pour:

Bahlsen de: 268.251 euros.

Delhaize de: 223.342 euros

406. Ces montants sont en-deçà du plafond légal applicable au cas d'espèce, tel que rappelé ci-dessus.

ADOPTÉ LA DÉCISION SUIVANTE:

Article premier:

En pratiquant, de janvier 2011 à octobre 2015, des prix de revente fixes et minima (prix imposés à la revente), les sociétés Bahlsen Management S.à.r.l., Bahlsen Luxembourg SCS, Bahlsen GmbH & Co KG, Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen Beteiligungs-GmbH, Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium), Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Distribution S.A. ont enfreint l'interdiction énoncée aux articles 3 de la Loi et 101 du TFUE.

Article deux:

Pour l'infraction visée à l'article 1er, le Conseil leur impose les amendes suivantes:

Bahlsen de: 268.251 euros, montant au paiement duquel sont solidairement tenues les sociétés Bahlsen Management S.à.r.l., Bahlsen Luxembourg SCS, Bahlsen GmbH & Co KG, Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH et Bahlsen Beteiligungs-GmbH.

Delhaize de: 223.342 euros, montant au paiement duquel sont solidairement tenues les sociétés Delhaize le Lion/De Leeuw Comm. VA/SCA (Belgium), Delhaize Distribution Luxembourg S.A. et Delhaize Distribution S.A.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg, le 18 novembre 2020.

Agnès GERMAIN
Conseillère

Thierry HOSCHEIT
Conseiller suppléant

Thierry LALLEMANG
Conseiller suppléant

Indications sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat à la Cour dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où le requérant a pu en prendre connaissance.

