



Décision N° 2010-FO-01

du 5 mars 2010

**concernant une procédure au fond pour violation du droit de la concurrence
mettant en cause**

- 1) la S.A. Altwies,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B92470,
établie à L-5501 Remich, 1, rue Dicks
- 2) la s.à r.l. Andreosso Carrelages,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° 34089,
établie à L-3327 Crauthem, 4A, Z.I. Am Bruch
- 3) la s.à r.l. Carrelages Bintz,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B49831,
établie à L-8370 Hobscheid, 96, rue Kraizerbruch
- 4) la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r. l. & Cie,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B42888,
établie à L-7333 Steinsel, 68 rue des Prés
- 5) Marc F. Decker,**
exerçant le commerce sous la dénomination Baucenter Decker-Ries à
L- 4024 Esch-sur-Alzette, Z.I. Route de Belval,
inscrit au registre de commerce et des sociétés sous le N°A26974,
demeurant à L-4243 Esch-sur-Alzette, 115, rue J.P. Michels
- 6) la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B 74626,
établie à L-5280 Sandweiler, Zone Industrielle
- 7) la s.à r.l. Maroldt,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B27150,
établie à L-1852 Luxembourg, 5, rue Kalchesbruck,
- 8) la S.A. Carrelages Willy Pütz,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B96322,
établie à L-9122 Schieren, rue de la Gare
- 9) la s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B91525,
établie à L-9706 Clervaux, 2, rue de Bastogne
- 10) la S.A. Carrelages Wedekind,**
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B53410,
établie à L-6776 Grevenmacher, 23, Potaschbiërg

Le Conseil de la concurrence ;

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

Vu les pièces du dossier ;

Vu la communication des griefs de l'Inspection de la concurrence du 5 août 2009 ;

Vu les prises de position écrites présentées à l'Inspection de la concurrence à la suite de la communication des griefs par

- 1) Me Jean Tonnar pour compte de Marc F. Decker en date du 28 septembre 2009
- 2) la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils en date du 12 octobre 2009
- 3) Me Georges Pierret pour compte de la s.à r.l. Andreosso Carrelages en date du 13 octobre 2009
- 4) Me Fernand Entringer pour compte de la s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux en date du 14 octobre 2009
- 5) Me Fernand Entringer pour compte de la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie en date du 28 octobre 2009
- 6) Me François Prüm pour compte de la s.à r.l. Maroldt en date du 4 novembre 2009
- 7) Me Henri Frank pour compte de la S.A. Carrelages Wedekind en date du 12 novembre 2009 ;

Après avoir entendu successivement lors de l'audition des 28 et 29 janvier 2010 l'Inspection de la concurrence en la personne de M. Daniel Becker, rapporteur général, en présence Mme Viviane Faber, rapporteur et M. Guy Wetzel, inspecteur, la partie plaignante, M. le Ministre du Développement durable et des Infrastructures, Département des travaux publics, par l'organe de Mme Félicie Weycker, en présence de MM. Louis Reuter et Marc Barthelmé, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie, M. le Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, par l'organe de M. Pierre Rauchs, muni d'un pouvoir spécial, et les entreprises poursuivies S.A. Altwies, s.à r.l. Andreosso Carrelages, assistée de Me Pierre Medinger en remplacement de Me Georges Pierret, s.à r.l. Carrelages Bintz, assistée de Me Arsène Kronshagen, s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, assistée de Me Fernand Entringer, Marc F. Decker, assisté de Me Jean Tonnar, s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils, assistée de Me Celia Luis, en remplacement de Me François Collot, s.à r.l. Maroldt, assistée de Mes François Prüm et Christophe Jolk, S.A. Carrelages Willy Pütz, assistée de Mes Vic Elvinger et de Catherine Desso, s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux, assistée de Me Fernand Entringer et S.A. Carrelages Wedekind, assistée de Me Henri Frank ;

Vu les observations écrites présentées par la S.A. Altwies le 1^{er} février 2010, la s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux le 2 février 2010, la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie le 2 février 2010 et la s.à r.l. Carrelages Bintz le 3 février 2010.

Considérant ce qui suit ;

1.	Procédure	5
1.1.	Déroulement	5
1.2.	Régularité.....	5
2.	Confidentialité	6
3.	Les griefs formulés par l’Inspection de la concurrence	7
4.	Faits.....	8
4.1.	Le lot N° 23/04 du chantier « Cité judiciaire ».....	8
4.2.	Les autres lots du chantier « Cité judiciaire ».....	13
4.3.	Autres chantiers	15
5.	Affectation du commerce intracommunautaire et loi applicable.....	18
6.	Applicabilité de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au secteur de la fourniture et de la pose de carrelages.....	20
7.	Appréciation des pratiques mises à jour	20
7.1.	Le caractère illicite des pratiques : article 3 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence	21
7.1.1.	Observations liminaires et principes.....	21
7.1.2.	La concertation entre entreprises sur les marchés publics.....	26
7.1.2.1.	La délimitation des faits pertinents constants.....	26
7.1.2.2.	L’entente sur la répartition des marchés.....	28
7.1.2.3.	L’entente sur les prix	31
7.1.2.4.	Les participants à l’entente	33
7.1.3.	La « protection de chantier »	37
7.2.	Les causes de justification alléguées : article 4 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence	39
8.	Les sanctions.....	41
8.1.	La cessation de la pratique illicite	41
8.2.	La publication de la décision du Conseil.....	42
8.3.	Les amendes.....	42
8.3.1.	Opportunité des amendes.....	42
8.3.2.	Fixation des amendes.....	43
8.3.2.1.	Les critères communs à toutes les entreprises	44
8.3.2.1.1.	Les critères légaux de fixation des amendes.....	45
8.3.2.1.1.1.	La gravité des faits retenus	45
8.3.2.1.1.2.	La durée des faits retenus.....	47
8.3.2.1.1.3.	L’importance du dommage causé à l’économie	47
8.3.2.1.1.4.	Le seuil maximal des amendes : le chiffre d’affaires de référence.....	49
8.3.2.1.2.	Les circonstances atténuantes communes aux entreprises.....	51
8.3.2.1.2.1.	La circonstance atténuante tirée de l’absence de réaction des pouvoirs publics face aux pratiques de concurrents étrangers	51
8.3.2.1.2.2.	La circonstance atténuante tirée de l’absence d’effet d’augmentation des prix offerts	56
8.3.2.1.3.	Arguments de défense divers	56
8.3.2.1.3.1.	L’absence de différence entre une pratique consistant à créer une grande association momentanée regroupant toutes les entreprises et une pratique consistant à créer plusieurs petites associations momentanées regroupant <i>in fine</i> toutes les entreprises	56

8.3.2.1.3.2. Imputabilité : l'absence d'autonomie et d'indépendance des entreprises	57
8.3.2.1.3.3. La crise économique et la situation financière des entreprises	57
8.3.2.1.4. Les circonstances aggravantes communes aux entreprises.....	58
8.3.2.2. L'individualisation de la situation des entreprises	58
8.3.2.2.1. La s.à r.l. Andreosso Carrelages	58
8.3.2.2.1.1. Le programme de clémence	59
8.3.2.2.1.2. L'amende	60
8.3.2.2.2. La s.à r.l. Carrelages Bintz.....	60
8.3.2.2.2.1. Les circonstances atténuantes	60
8.3.2.2.2.2. L'amende	60
8.3.2.2.3. La s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie.....	60
8.3.2.2.4. Marc F. Decker	61
8.3.2.2.4.1. Les circonstances atténuantes	61
8.3.2.2.4.2. Le programme de clémence	62
8.3.2.2.4.3. L'amende	62
8.3.2.2.5. La s.à r.l. Maroldt.....	62
8.3.2.2.5.1. Les circonstances aggravantes	63
8.3.2.2.5.2. Le programme de clémence	63
8.3.2.2.5.3. L'amende	65
8.3.2.2.6. La S.A. Carrelages Willy Pütz.....	65
8.3.2.2.6.1. Le programme de clémence	65
8.3.2.2.6.1. L'amende	67
8.3.2.2.7. La S.A. Carrelages Wedekind.....	67
8.3.2.2.7.1. Les circonstances atténuantes	67
8.3.2.2.7.2. L'amende	68

1. Procédure

1.1. Déroulement

1. Par courrier du 9 novembre 2005, le Ministre des Travaux Publics a déposé auprès de l'Inspection de la concurrence une plainte sur base de l'article 8 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence au titre d'une soumission publique du 14 juillet 2005 relative aux travaux de carrelages sanitaires pour les besoins du chantier « Cité judiciaire » au Plateau du Saint Esprit qui présentait une suspicion d'entente entre plusieurs associations momentanées pour l'établissement des prix.

2. Après enquête, dont notamment des visites surprises dans les locaux de trois entreprises en date du 7 décembre 2005, l'Inspection de la concurrence a procédé à la rédaction d'une communication des griefs datée du 5 août 2009 qu'elle a adressée aux entreprises concernées, ainsi qu'à la partie plaignante, le Ministre des Travaux public.

3. Après écoulement des délais accordés aux entreprises et au Ministre des Travaux Publics pour prendre position par rapport à cette communication des griefs, le dossier a été transmis au Conseil de la concurrence en date du 20 novembre 2009.

Par courrier du Conseil de la concurrence du 25 novembre 2009, toutes les parties intéressées ont été convoquées à l'audition pour les dates des 28 et 29 janvier 2010, et un certain nombre d'indications pratiques sur le déroulement de l'audition leur ont été fournies.

Par courrier du 8 janvier 2010, toutes les parties concernées ont été informées de l'endroit auquel l'audition avait lieu.

En dates des 28 et 29 janvier 2010, la parole a été donnée successivement à l'Inspection de la concurrence, au Ministre du Développement durable et des Infrastructures, Département des Travaux Publics, au Ministre de l'Economie et du Commerce extérieur et aux entreprises poursuivies S.A. Altwies, s.à r.l. Andreosso Carrelages, s.à r.l. Carrelages Bintz, s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, Marc F. Decker, s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils, s.à r.l. Maroldt, S.A. Carrelages Willy Pütz, s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux et S.A. Carrelages Wedekind.

1.2. Régularité

4. La s.à r.l. Carrelages Bintz a déclaré assister à l'audition des 28 et 29 janvier 2010 sous réserve de la régularité de la procédure, tandis que la S.A. Carrelages Wedekind a déclaré y assister sous toutes réserves, sans qu'aucune de ces deux entreprises n'ait formulé une objection précise.

5. Marc F. Decker pour sa part a mis en cause la régularité de la saisine de l'Inspection de la concurrence par le courrier de plainte du Ministre des Travaux

Publics du 9 novembre 2005. Il a relevé que ce courrier mentionne avoir été fait sur base de l'article 8 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, alors cependant que la saisine aurait dû se faire sur base de l'article 9 de ladite loi. Invoquant par la suite les dispositions dudit article 9, il a soulevé ignorer si la saisine s'est faite par courrier recommandé avec accusé de réception ou par déclaration, mais a fait valoir que ce courrier ne respectait pas les dispositions dudit article en ce qu'il ne comportait pas la description détaillée du fait dénoncé, son incrimination et tous les éléments de son existence présumée.

Ce faisant, Marc F. Decker confond toutefois les modalités de saisine du Conseil de la concurrence, qui sont régies de façon détaillée par l'article 9 invoqué par lui, et les modalités de présentation d'une plainte auprès de l'Inspection de la concurrence, qui sont visées par l'article 8, cité par le Ministre des Travaux Publics dans sa lettre de plainte adressée à l'Inspection de la concurrence.

Dans la mesure où le courrier du 9 novembre 2005 correspond à une plainte adressée à l'Inspection de la concurrence, que ce courrier est partant régi par l'article 8 de la loi de 2004, et que les prescriptions afférentes n'ont pas été violées, la procédure n'encourt pas d'irrégularité de nature à empêcher le Conseil de poursuivre l'analyse du dossier.

6. Le Conseil relève que l'Inspection de la concurrence a opéré deux erreurs dans l'identification des entreprises visées, sans que ces erreurs n'aient donné lieu à contestations, et procède dans le cadre de la présente décision aux rectifications qui s'imposent. Il en est ainsi au sujet de la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l.& Cie, à laquelle l'Inspection de la concurrence a attribué la forme sociale d'une société à responsabilité limitée, alors qu'il s'agit d'une société en commandite simple, et de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils, à laquelle l'Inspection de la concurrence a attribué le numéro d'inscription au Registre de commerce et des sociétés A28225, alors qu'il s'agit du numéro d'inscription de M. Willy Lang en nom personnel, le numéro de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils étant le B74626.

Le Conseil tient encore compte du changement de siège social de la s.à r.l. Andreosso Carrelages opéré depuis la notification de la communication des griefs.

2. Confidentialité

7. Au début des investigations, trois entreprises sont entrées en contact avec les autorités de concurrence en vue de solliciter le bénéfice de la clémence sur base de l'article 19 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Les avis de clémence adoptés par le Conseil de la concurrence ont été, conformément aux dispositions de la loi, communiqués aux seules entreprises sans être publiés. Toutefois, l'existence et la teneur de ces avis ont été divulguées par la communication des griefs de l'Inspection de la concurrence et les conditions d'application de l'article 19 de la loi sont précisées par la présente décision du Conseil de la concurrence pour deux raisons : d'une part les motifs qui justifient la confidentialité accordée à ces avis cessent d'être valides à ce stade ultime de la procédure et d'autre part la fixation du

taux de l'amende à prononcer le cas échéant doit être placée dans le contexte de la procédure de clémence.

8. Au cours des investigations menées par l'Inspection de la concurrence, Marc F. Decker avait demandé à voir considérer toutes les réponses fournies dans le cadre d'une demande de renseignements comme étant confidentielles. Cette demande a été rejetée par décision du Président du Conseil de la concurrence du 31 juillet 2009, notifiée le 3 août 2009. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours.

Aucune des autres entités contactées en vue de fournir des renseignements n'a invoqué les dispositions de l'article 24, paragraphes 2 à 4 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence traitant de la protection des secrets d'affaires ou autres informations confidentielles.

3. Les griefs formulés par l'Inspection de la concurrence

9. Dans sa communication des griefs, l'Inspection de la concurrence conclut
- que le marché concerné s'entend comme devant être défini individuellement pour chaque procédure de soumission publique, et que partant en l'espèce deux marchés sont concernés, à savoir
 - la soumission publique du 14 juillet 2005 relative à la fourniture et des travaux de pose de carrelage portant sur le lot N° 23/04 relatif au chantier « Cité judiciaire »
 - la soumission publique du 3 octobre 2005 relative à la fourniture et des travaux de pose de carrelage portant sur le lot N° 24/02 relatif au chantier « Cité judiciaire »L'Inspection de la concurrence exclut expressément de son analyse l'existence d'une entente plus large couvrant d'autres chantiers ou soumissions publiques depuis l'année 2000¹.
 - que ces marchés, en raison de leur envergure, doivent faire l'objet d'une publication au niveau européen et ont partant une portée géographique européenne
 - que la violation du droit de la concurrence retenue est de nature à affecter le commerce intracommunautaire, mais non pas de façon sensible, de sorte qu'il convient d'appliquer en ordre principal le droit national, et en ordre subsidiaire le droit communautaire pour le cas où il devait s'avérer que l'affectation du commerce intracommunautaire était néanmoins sensible
 - qu'il y a eu violation par les 10 entreprises visées par la procédure de l'article 3 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, sinon de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne², par le fait de

¹ Voir paragraphes N° 108 et 109 de la communication des griefs.

² L'Inspection de la concurrence s'est référée à l'article 81 du traité CE, en vigueur à l'époque de l'envoi de la communication des griefs. Depuis l'entrée en vigueur du traité dit de Lisbonne au 1^{er} décembre 2009, le droit de la concurrence est régi au niveau communautaire par l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) en ce qui concerne les ententes et pratiques concertées (et l'article 102 du même Traité en ce qui concerne les abus de position dominante). Pour les besoins de la présente décision, le Conseil fait usage de la nouvelle numérotation, sauf pour les citations employées le cas échéant.

s'être concertées dans le cadre des soumissions publiques des 14 juillet 2005 et 3 octobre 2005 relatives au chantier « Cité judiciaire ». La concertation aurait porté sur

- les offres de prix, sans pour autant tendre à une hausse artificielle des prix
 - l'échange d'informations
 - la répartition des marchés
 - l'élaboration des analyses de prix sollicitées après l'ouverture des soumissions publiques
- que cette infraction s'étend du 14 avril 2005, date figurant sur un téléfax permettant de déduire l'existence de contacts entre entreprises, au 3 octobre 2005, date d'ouverture de la seconde soumission concernée.

Au cours de l'audition des 28 et 29 janvier 2010 et sur base des explications fournies par les entreprises desquelles il résulte que le téléfax portant la date du 14 avril 2005 n'a pas pu être envoyé à cette date et n'a été expédié en réalité qu'au plus tôt le 12 juillet 2005, l'Inspection de la concurrence a demandé à voir fixer le début de l'infraction au 13 juin 2005, date d'une première réunion entre entreprises.

10. L'Inspection de la concurrence a encore analysé le mécanisme de la « protection de chantier » comme pouvant constituer une entente entre fournisseur et client de nature à fausser ou forclure le marché en retenant l'existence d'un tel accord entre la S.A. Carrelages Willy Pütz et son fournisseur de carrelage pour les besoins du chantier « Cité judiciaire ». Elle conclut à l'absence de preuve d'un tel accord par l'une quelconque des neuf autres entreprises de carrelages concernées par la présente procédure avec un de ses fournisseurs³. *In fine*, elle a cependant expressément inclus ce mécanisme dans les griefs adressés à toutes les entreprises⁴.

4. Faits

11. Les éléments d'appréciation réunis au dossier par l'Inspection de la concurrence permettent de retenir comme étant établis les faits suivants.

4.1. Le lot N° 23/04 du chantier « Cité judiciaire »

12. Un avis de publication de la soumission publique pour des travaux de carrelages sanitaires dans le cadre de la construction de la Cité judiciaire au Plateau du Saint Esprit (lot N° 23/04 ; pour le bureau d'architecte en charge de la gestion du chantier, le projet portant le numéro 2005-13a) est publié par le Ministère des Travaux Publics le 25 mai 2005 dans la presse indigène et le 26 mai 2005 dans le Journal officiel des Communautés européennes.

³ Communication des griefs, paragraphes N° 175 à 181.

⁴ Communication des griefs, paragraphes N° 260 à 263.

13. Le 7 juin 2005 à 15.58 heures, la S.A. Carrelages Willy Pütz informe son fournisseur (en la personne de Elvire Steemans) que le bordereau du chantier « *Cité judiciaire Luxembourg* » est sorti et que le carrelage requis est pour partie de la catégorie « *MOSA Global* ». Se référant à des démarches d'avant-projet, elle demande à voir organiser une « protection de chantier ». Le même jour à 17.24 heures, la S.A. Carrelages Willy Pütz renseigne son fournisseur sur les quantités et les délais d'exécution en vue de l'offre de prix. Elle s'enquiert aussi de la disponibilité de plinthes assorties à ce programme de carrelage.

Elvire Steemans de son côté interroge son interlocuteur en date du 9 juin 2005 sur l'identité de l'architecte en charge du chantier « *Cité judiciaire* ».

14. En date du 13 juin 2005 a lieu dans les locaux commerciaux de la s.à r.l. Maroldt une réunion entre responsables de plusieurs entreprises de carrelages. A cette réunion étaient présents d'après l'agenda de M. Christian Maroldt : « M. Sutter⁵, Decillia, Lang⁶, And.⁷, B/A/ ».

Dans le cadre de la demande de clémence présentée par la S.A. Carrelages Willy Pütz le 7 décembre 2005, Michel Sutter a expliqué en substance que cette réunion avait eu pour objectif de constituer les différentes associations momentanées en vue de la soumission publique pour le chantier « *Cité judiciaire* » devant être ouverte le 14 juillet 2005. Il avait été convenu qu'une des associations prépare les offres des autres, et que le matériel serait fourni par son entreprise. Dans un procès-verbal additionnel dressé en date du 12 décembre 2005 dans le cadre de la demande de clémence, Michel Sutter explique plus en avant qu'il avait été décidé que l'association momentanée Maroldt/Decker/De Cillia remporterait le lot relatif à la soumission du 14 juillet 2005, et que c'était celle-ci qui devait préparer les soumissions des deux autres associations, tandis que l'association momentanée Andreosso/Bintz devait remporter le lot subséquent dans le cadre du même chantier.

L'existence de la réunion du 13 juin 2005 à 16.30 heures est confirmée par Christian Maroldt, gérant de la s.à r.l. Maroldt, dans le cadre de la présentation de la demande de clémence pour compte de son entreprise en date du 19 décembre 2005. Il explique qu'il avait été prévu au départ que toutes les entreprises forment une seule grande association momentanée pour participer à la soumission, mais que par suite de la division des travaux en plusieurs lots, il avait été décidé de constituer des associations momentanées plus réduites et de répartir les différents lots entre elles. Il confirme que l'association momentanée dont faisait partie son entreprise devait remporter aux termes de l'accord le lot N° 23-04.

Dans le cadre de la présentation de cette demande, la s.à r.l. Maroldt verse au dossier les offres de prix qu'elle avait adressées aux deux autres associations momentanées pour être incluses dans leurs soumissions respectives, l'une intitulée « *citejuandreosso* »⁸ et l'autre « *citejuputz* ».

⁵ Il s'agit de l'administrateur délégué de la S.A. Willy Pütz.

⁶ Il s'agit d'un représentant de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils.

⁷ Il faut probablement lire « Andreosso ».

⁸ Il s'agit du document saisi par l'Inspection de la concurrence lors de l'inspection du 7 décembre 2005 dont question ci-dessous au paragraphe N° 15.

Dans sa réponse du 31 janvier 2007 à une décision de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence, la s.à r.l. Maroldt précise qu'à la réunion du 13 juin 2005 étaient présents la s.à r.l. Andreosso Carrelages, la s.à r.l. Carrelages Bintz, la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, Marc F. Decker, la S.A. Carrelages Willy Pütz et la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils.

La réunion de concertation du 13 juin 2005 est encore confirmée par Flora Andreosso, gérante de la s.à r.l. Andreosso Carrelages, lors de la présentation d'une demande de clémence en date du 13 février 2006. Elle confirme qu'il était convenu que le premier lot relatif au chantier « Cité judiciaire » devait revenir à la s.à r.l. Maroldt, tandis que son entreprise devait profiter du second lot à attribuer plus tard. Elle indique par ailleurs que son entreprise a demandé à la s.à r.l. Maroldt que celle-ci établisse les prix qu'elle devait soumettre dans le cadre du premier lot.

L'existence de cette réunion du 13 juin 2005 est encore confirmée par

- Marc F. Decker dans sa réponse du 6 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Il se souvient de la présence de Michel Sutter (S.A. Carrelages Willy Pütz) et de Christian Maroldt (s.à r.l. Maroldt) et d'un total de 6 à 8 personnes présentes, sans pouvoir se souvenir de l'identité de celles-ci. Il décrit la réunion comme ayant eu pour finalité de constituer diverses associations momentanées et de répartir entre celles-ci les lots en lesquels les travaux relatifs au chantier « Cité judiciaire » étaient subdivisés. Il dit ne pas se souvenir de discussions sur les prix ou d'offres fictives.
- la s.à r.l. Andreosso Carrelages dans sa réponse du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Elle mentionne la présence de Michel Sutter (S.A. Carrelages Willy Pütz), Marc F. Decker, Alain Lang (s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils), Jean Bintz (s.à r.l. Carrelages Bintz) et d'autres personnes. Elle ne donne pas d'indications sur les sujets traités.
- la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils dans sa réponse du mois de novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Elle mentionne la présence de Christian Maroldt (s.à r.l. Maroldt), M. De Cillia (s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie), Jean Bintz (s.à r.l. Carrelages Bintz) et Marc F. Decker et une ou deux autres firmes. Elle précise que la réunion avait eu lieu « *pour parler du projet de la Cité Judiciaire* ».
- la s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux dans sa réponse du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Elle dit ne pas se souvenir des personnes présentes et ne donne pas d'indications concrètes sur les points qui y ont été discutés.
- la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie dans sa réponse du 7 mai 2007 à une décision de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Elle se souvient de la présence de Christian Maroldt (s.à r.l. Maroldt), Marc F. Decker, Alain Lang (s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils) et Michel Sutter (S.A. Carrelages Willy Pütz). Elle n'exclut pas la présence de Jean Bintz (s.à r.l. Carrelages Bintz) et d'un représentant de la s.à r.l. Andreosso Carrelages. Il résulte de cette réponse que le chantier « Cité judiciaire » était abordé lors de cette réunion à l'effet de former plusieurs associations momentanées pour y soumissionner.

- la s.à r.l. Carrelages Bintz dans sa réponse du 10 janvier 2007 à une décision de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Elle précise la présence de Christian Maroldt (s.à r.l. Maroldt), Michel Sutter (S.A. Carrelages Willy Pütz), M. De Cillia (s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie), d'un représentant de la s.à r.l. Andreosso Carrelages et d'un représentant de la S.A. Carrelages Wedekind. Elle précise que le chantier « Cité judiciaire » faisait partie des sujets de discussion.

15. Sur base des différentes positions du bordereau de soumission, Christian Maroldt, gérant de la s.à r.l. Maroldt, envoie par fax à Flora Andreosso, gérante de la s.à r.l. Andreosso Carrelages, un relevé de positions avec indication de quantités, de prix unitaires et de prix totaux, avec la référence « *citejuandreosso* » et les annotations manuscrites « *Flora. Ci-joint TES PRIX. Ass. Mom. Andreosso + Bintz* », le mot « *TES* » étant souligné quatre fois.

Ce document a été trouvé dans le cadre de l'enquête sur les lieux auprès de la s.à r.l. Andreosso Carrelages, avec des inscriptions portées par l'appareil de télécopieur indiquant la date du 14 avril 2005. Il résulte cependant des explications fournies par les parties, et notamment de l'analyse comparative de ce document avec un second document appréhendé à la même occasion mais apparemment sans lien avec la présente affaire, que cette date du 14 avril 2005 est fautive, et que le document en question a été envoyé au plus tôt le 12 juillet 2005 après 8.23 heures.

Les quantités et prix figurant dans le document faxé par la s.à r.l. Maroldt à la s.à r.l. Andreosso Carrelages se retrouvent ensuite dans le bordereau de soumission déposé par l'association momentanée Andreosso/Bintz⁹.

Dans le cadre de la présentation de la demande de clémence par la s.à r.l. Maroldt, celle-ci a déposé au dossier tant le document cité ci-dessus envoyé à la s.à r.l. Andreosso Carrelages, vierge de toute mention manuscrite, qu'un document identique dans sa configuration mais comportant d'autres prix, portant la référence « *citejuputz* », qui a été envoyé à la S.A. Carrelages Willy Pütz. D'après les dires de Christian Maroldt, gérant de la s.à r.l. Maroldt, lors de l'audition, ce document a été envoyé à la S.A. Carrelages Willy Pütz à la même date que celui envoyé à la s.à r.l. Andreosso Carrelages et également par télécopieur. L'existence de l'envoi de ce relevé est confirmée par la S.A. Carrelages Willy Pütz dans sa réponse du 15 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. La S.A. Carrelages Willy Pütz précise ne pas en avoir conservé de copie. L'offre finalement soumise par l'association momentanée Pütz/Wedekind ne figurant pas au dossier, il ne peut être vérifié si les quantités et prix émarginés dans le projet de la s.à r.l. Maroldt sont repris dans cette offre. Le Conseil note cependant que le montant total auquel aboutit le projet est identique au total de l'offre soumise par l'association momentanée Pütz/Wedekind.

⁹ Si on peut constater une légère différence de 99,60€ HTVA entre les totaux des deux documents, cette différence résulte d'une mauvaise transcription des chiffres en raison de la mauvaise qualité du télécopieur. Pour exemple, il suffit de considérer le poste N° 96 « Gittex » du document envoyé par Christian Maroldt, qui correspond au poste 1.4.4.2. « Filet d'armature de renfort » du bordereau. Le total du télécopieur peut se lire 620€, chiffre repris dans le bordereau, mais le produit du prix unitaire (6,50 €) avec la quantité (80) donne un total de 520€.

16. Le 14 juillet 2005, lors de l'ouverture des offres soumises, il s'avère que trois associations momentanées ont présenté des offres. Dans l'ordre de classement sur base du prix offert, il s'agit

- a) de l'association momentanée formée par les entreprises s.à r.l. Maroldt, Marc F. Decker et s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie (ci-après Maroldt/Decker/De Cillia)
- b) de l'association momentanée formée par les entreprises S.A. Carrelages Willy Pütz et S.A. Carrelages Wedekind (ci-après Pütz/Wedekind)
- c) de l'association momentanée formée par les entreprises s.à r.l. Andreosso Carrelages et s.à r.l. Carrelages Bintz et (ci-après Andreosso/Bintz)

17. Le bureau d'architectes S.A. C3 en charge de la gestion du chantier, constatant dans chacune des offres un dépassement notable du devis estimatif (+33,19% pour la mieux disante), et un écart très faible entre chacune des offres (4% entre les deux premières classées ; 1,58% entre les 2^e et 3^e classées), sollicite en date du 21 juillet 2005 une analyse de prix auprès de chacun des trois soumissionnaires.

Le 26 juillet 2005 à 9.59 heures, la S.A. Carrelages Willy Pütz envoie par téléfax un document à Christian Maroldt intitulé « *Analyse de prix* » avec la mention manuscrite « *Suivant demande de Mr Sotto¹⁰. Christian. Peux tu jeter un coup d'œil à cette fiche et me dire si on peut l'envoyer à l'architecte. (signé) Serge¹¹* ». Ce fax est retourné par Christian Maroldt à la S.A. Carrelages Willy Pütz en date du 26 juillet 2005 à 16.09 heures, avec mention d'une correction à faire pour le poste « *1.1.2.6. Isolation Isolgomma* » et la mention « *Sinon OK* », suivi du paraphe de Christian Maroldt.

Le 27 juillet 2005, une analyse de prix est fournie à la S.A. C3 pour compte de l'association momentanée Pütz/Wedekind par un responsable de la S.A. Carrelages Willy Pütz. Cette analyse reprend les chiffres du document tel qu'envoyé et corrigé le 26 juillet 2005.

En date du 3 août 2005, une deuxième analyse des prix est envoyée à la S.A. C3 pour compte d'une association momentanée inexistante « *Bintz/Andreosso/De Cillia* », signée par Christian Maroldt.

En date du même 3 août 2005, Christian Maroldt envoie à la s.à r.l. Andreosso Carrelages, à l'attention de Flora Andreosso, un courrier en indiquant « *Association momentanée Andreosso&Bintz. Madame, suite à votre demande, nous vous envoyons l'analyse de prix concernant les positions ci-dessous à remettre aux bureaux d'Arch. C3 M. Soto : [suivent les positions pour lesquelles une analyse de prix a été demandée par le bureau d'architecte¹²]* ». Une analyse de prix correspondant à ces données n'a pas été envoyée à la S.A. C3. Le Conseil note toutefois que sur le procès-verbal de fin d'investigation dressé le 7 décembre 2005 dans la cadre de l'enquête sur les lieux auprès de la s.à r.l. Andreosso Carrelages, il est indiqué que « *la gérante a avoué qu'une analyse des prix a été faite par l'entreprise Maroldt pour le lot 23/04.*

¹⁰ Sergio Soto est l'architecte responsable du chantier auprès de la S.A. C3.

¹¹ Le signataire est Serge Bour, responsable des chantiers dans la S.A. Carrelages Willy Pütz.

¹² A deux exceptions près, les prix indiqués par Christian Maroldt dans ce document sont supérieurs à ceux qu'il a soumis lui-même à la S.A. C3 le même jour pour compte de l'association momentanée inexistante « *Bintz/Andreosso/De Cillia* ».

Andreosso Carrelages n'a pas de moyen informatique à réaliser une analyse de prix ».

La S.A. C3 fait une analyse de ces données dans un courrier du 23 septembre 2005 adressé à l'association momentanée Luxconsult-Geprolux.

18. Par courrier du 29 septembre 2005, l'Administration des Bâtiments publics informe le Ministre des Travaux Publics des résultats de la soumission publique dont elle déduit une concertation entre les associations momentanées Maroldt/Decker/De Cillia et Andreosso/Bintz. Elle propose de procéder à l'annulation du marché, et demande à être autorisée à recourir à la conclusion d'un marché négocié avec l'association momentanée Pütz/Wedekind et toute autre entreprise qui n'a pas participé à la soumission.

La Commission des soumissions propose dans sa réunion du 21 octobre 2005 d'annuler la soumission publique en raison des irrégularités constatées, d'écarter les associations momentanées Maroldt/Decker/De Cillia et Andreosso/Bintz du marché et d'entrer en négociations avec la seule association momentanée restante en vue de la conclusion d'un marché négocié.

Par courrier du 14 novembre 2005, le Ministre des Travaux Publics informe les trois associations momentanées soumissionnaires de son intention d'annuler la soumission publique, et les invite à lui présenter leurs observations.

Par la suite, la soumission a été effectivement annulée et le marché a été attribué par voie de marché négocié à une association momentanée constituée par la S.A. Altwies et la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils, qui a confié certains travaux en sous-traitance à la s.à r.l. Carrelages Bintz.

4.2. Les autres lots du chantier « Cité judiciaire »

19. Il résulte de la réponse du Ministre des Travaux Publics du 11 septembre 2007 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence du 28 septembre 2006 que le chantier « Cité judiciaire » était en fin de compte réparti en ce qui concerne les travaux de carrelage en 4 lots. Outre le lot N° 23/04, il s'agissait

- d'un lot dont l'avis de soumission a été publié les 12 et 22 août 2005, dont l'ouverture des soumissions a eu lieu le 3 octobre 2005, à l'attribution duquel deux associations momentanées avaient concouru (Andreosso/De Cillia et Wedekind/Altwies) et qui avait été attribué à l'association momentanée Andreosso/De Cillia
- d'un lot dont l'avis de soumission a été publié les 4 et 17 octobre 2005, dont l'ouverture des soumissions a eu lieu le 7 décembre 2005, à l'attribution duquel une seule association momentanée avait concouru (Maroldt/Decker) et qui avait été attribué à celle-ci
- d'un lot dont l'avis de soumission a été publié les 27 et 31 octobre 2006, dont l'ouverture des soumissions a eu lieu le 29 novembre 2006, à l'attribution duquel deux associations momentanées avaient concouru (Andreosso/De Cillia

et Altwies/Schott) et qui avait été attribué à l'association momentanée Andreosso/De Cillia.

Le Ministre des Travaux Publics précise que dans le cadre de ces procédures, aucune concertation entre soumissionnaires n'a pu être constatée par ses services.

20. L'enquête de l'Inspection de la concurrence a permis de mettre à jour deux réunions postérieures à celle du 13 juin 2005 qui peuvent concerner ces lots. Ces réunions se sont tenues en dates des 9 septembre 2005 et 6 octobre 2005.

21. D'une part, l'enquête sur les lieux du 7 décembre 2005 a dévoilé un courriel du 9 septembre 2005 par lequel Michel Sutter, administrateur délégué de la S.A. Carrelages Willy Pütz, informe son responsable des chantiers Serge Bour des résultats d'une réunion du même jour. Il y écrit notamment :

« ...

*Cité judiciaire :a)Andreosso(mandataire)De Cillia
b)Putz/Decker/Lang
c)Wedekind/Altwies »*

D'autre part, et après exécution de l'enquête sur les lieux, la S.A. Carrelages Willy Pütz a fourni par courrier du 14 décembre 2005 à l'Inspection de la concurrence une liste de 18 dates auxquelles des réunions entre carreleurs ont eu lieu, dont les deux dernières portent les dates du 9 septembre 2005 et du 6 octobre 2005, ce courrier précisant que l'objet de la réunion du 9 septembre 2005 était « *Cours de justice, Cité Judiciaire* ».

22. Dans le cadre de la demande de clémence présentée par la s.à r.l. Andreosso Carrelages en date du 13 février 2006, Flora Andreosso confirme aussi qu'à part la réunion du 13 juin 2005, il y a eu une deuxième réunion relative au chantier « Cité judiciaire ». Elle n'en fournit pas d'autres détails, sauf qu'il avait été convenu que son entreprise emporterait la deuxième soumission publique relative à ce chantier.

23. Dans sa réponse du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence, la S.A. Altwies confirme sa présence à une réunion le 6 octobre 2005, ensemble avec Christian Maroldt (s.à r.l. Maroldt), Michel Sutter (S.A. Carrelages Willy Pütz), M. De Cillia (s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie) et une personne de la s.à r.l. Andreosso Carrelages. Elle explique sans autres précisions que les discussions ont porté « *sur un ensemble de projets en cours et des nouveaux produits nous concernant* ».

24. La s.à r.l. Carrelages Bintz confirme la réalité des réunions des 9 septembre 2005 et 6 octobre 2005 dans sa réponse du 10 janvier 2007 à une décision de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence. Elle dit cependant ne plus se souvenir des personnes présentes, ni des sujets qui ont été discutés.

25. Dans sa réponse du 31 janvier 2007 à une décision de demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence, la s.à r.l. Maroldt dit d'une part ne pas pouvoir confirmer la date du 9 septembre 2005, ni celle d'une réunion du 6 octobre 2005, mais explique par la suite que lors des deux réunions des 9 septembre

2005 et 6 octobre 2005, les entreprises présentes ont travaillé sur les lots autres que le N° 23/04 du chantier « Cité judiciaire ».

4.3. Autres chantiers

26. Dans le cadre de l'inspection sur les lieux qui a eu lieu en date du 7 décembre 2005, l'Inspection de la concurrence a mis à jour un courriel adressé le 9 septembre 2005 par Michel Sutter, administrateur délégué de la S.A. Carrelages Willy Pütz, à son responsable des chantiers Serge Bour pour l'informer des résultats d'une réunion du même jour en écrivant :

« Cours de justice :

1) Anneau et palais : a) association Wedekind mandataire et Altwies

Sous traitant Bintz

b) Association De Cillia/Andreosso

c) Maroldt

2) Galerie et parking : a) Association Putz (mandataire) Decker et Lang

b) Maroldt

c) De Cillia/Andreosso

Cité judiciaire : a) Andreosso (mandataire) De Cillia

b) Putz/Decker/Lang

c) Wedekind/Altwies »

Dans le même courriel, Michel Sutter écrit encore « *Soumission Beckerich. Bintz désire avoir l'affaire et nous transmet nos prix.* », ainsi que « *Au niveau des autres bordereau j'ai émis le souhait de les recevoir (Herrenberg, Senirs CSISS....) et ils préfèrent attendre les publications !* ».

27. Dans un procès-verbal dressé le 12 décembre 2005 dans le cadre de la demande de clémence présentée par la S.A. Carrelages Willy Pütz, Michel Sutter explique que neuf entreprises¹³ se sont concertées depuis plusieurs années déjà sur la répartition de soumissions publiques et d'autres grands chantiers. Il fait remonter ces concertations au 19 juillet 2000 au moins. Par courrier du 14 décembre 2005, la S.A. Carrelages Willy Pütz fournit une liste de 18 dates¹⁴ auxquelles des réunions ont eu

¹³ Michel Sutter énumère la s.à r.l. Andreosso Carrelages, la s.à r.l. Carrelages Bintz, la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, Marc F. Decker, la S.A. Carrelages Wedekind, la s.à r.l. Maroldt, la S.A. Carrelages Willy Pütz, la s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux et la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils, qui sont toutes visées par la présente procédure.

Parmi les entreprises visées par la présente procédure, seule la S.A. Altwies ne figure pas dans l'énumération de Michel Sutter.

¹⁴ Il s'agit des dates suivantes, avec les précisions sur les chantiers concernés:

« 6.11.2000 Chambre de commerce

30.4.2001 Maroldt, Decker et Andreosso Hôpital Kirchberg

7.5.2001 signature Hôpital Kirchberg

17.5.2001

7.12.2001

15.3.2002 Lycée Mamer, Esch, Cours de Justice

28.2.2003

28.3.2003 Lycée Mamer, Auberge de Jeunesse

21.11.2003 Piscine de Bonnevoie

lieu entre les entreprises de carrelages en vue de se répartir un certain nombre de marchés pour partie nommément désignés.

Par courrier de son mandataire du 18 septembre 2006, la S.A. Carrelages Willy Pütz verse encore au dossier une attestation de Michel Sutter dont il résulte que 10 entreprises¹⁵ participaient à ces réunions, dont il ne pouvait retracer les dates que depuis l'année 2000. Il précise que l'entreprise Trierweiler a participé parfois à ces réunions, et que lors d'une réunion du 21 septembre 2004, certaines entreprises de marbriers étaient aussi présentes¹⁶. D'après cette attestation, les réunions ont généralement eu lieu dans les locaux de la s.à r.l. Maroldt, dont le gérant Christian Maroldt convoquait les réunions et dirigeait les débats. Quant au mécanisme de l'entente, Michel Sutter indique que les entreprises s'accordaient sur celle qui devait remporter le marché, et que celle-ci devait alors préparer les offres de prix des autres intervenants. Pour les chantiers importants, les entreprises s'associaient en associations momentanées.

28. Dans le procès-verbal dressé le 19 décembre 2005 dans le cadre de la demande de clémence présentée par s.à r.l. Maroldt, Christian Maroldt explique d'abord en ce qui concerne le chantier « Cité judiciaire » que diverses entreprises de carrelage s'étaient réunies en date du 13 juin 2005 qu'il avait été initialement prévu de constituer une seule association momentanée pour participer à la soumission publique en prévision du fait qu'elle devait être unique, mais qu'au vu de sa subdivision en plusieurs lots il avait été alors convenu de constituer différentes associations momentanées plus petites et que le premier lot devrait revenir à l'association momentanée à laquelle son entreprise participait. Il affirme par la suite que « *en ce qui concerne le chantier de la Cour de Justice, diverses entreprises luxembourgeoises de carrelage dont la nôtre se sont rencontrées dans nos bureaux à des fins identiques* ».

29. Dans le procès-verbal dressé le 13 février 2006 dans le cadre de la demande de clémence présentée par la s.à r.l. Andreosso Carrelages, Flora Andreosso indique d'une façon générale que les entreprises de carrelage se voient en principe une fois par année, sans préciser l'ordre du jour ou les sujets débattus lors de ces réunions, sauf à préciser qu'il ne s'agissait pas de se concerter sur les prix.

19.3.2004

19.5.2004 Bohler, Dexia, cours de Justice

10.6.2004

21.9.2004 Lampertz, Maroldt, SB, Préfalux

8.10.2004 Piscine Bettembourg

5.11.2004 Erpeldange, Dommeldange

13.6.2005

9.9.2005 Cours de justice, Cité Judiciaire

6.10.2005 »

Dans sa réponse du 15 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence, la S.A. Carrelages Willy Pütz n'exclut pas qu'il ait pu y avoir d'autres réunions qui ne figurent pas dans les agendas.

¹⁵ Cette attestation énumère toutes les entreprises visées par la présente procédure, y inclus la S.A. Altwies qui faisait défaut dans le procès-verbal du 12 décembre 2005.

¹⁶ La S.A. Carrelages Willy Pütz explique cependant dans sa réponse du 15 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence que la présence des marbriers était destinée à permettre la constitution d'une association momentanée capable de soumettre une offre conjointe sur le carrelage et le marbre, tel que cela était exigé par l'entreprise ayant sollicité une offre.

Dans sa réponse du 14 novembre 2006 à la demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence, la s.à r.l. Andreosso Carrelages confirme expressément trois dates figurant dans la liste fournie par la S.A. Carrelages Willy Pütz en date du 14 décembre 2005, à savoir les dates des 6 novembre 2000, 30 avril 2001 et 15 mars 2002, en admettant l'existence d'autres dates qui ne figurent pas dans ses agendas. Elle précise que l'objet de ces réunions était de s'entraider, et non pas pour discuter des prix.

30. La s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils confirme dans sa réponse du mois de novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence l'existence de diverses réunions au fil des ans. Sans en fournir de détails, elle indique que ces réunions avaient « *principalement pour objectif des discussions sur le renouvellement de la convention collective des carreleurs et sur la concurrence étrangère déloyale* ».

31. Dans sa réponse du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence, la S.A. Altwies confirme, outre sa présence à la réunion du 6 octobre 2005 dont question ci-dessus aux paragraphes N° 20 à 25, l'existence d'autres réunions en présence de Christian Maroldt (s.à r.l. Maroldt), Marc F. Decker, Michel Sutter (S.A. Carrelages Willy Pütz), M. De Cillia (s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie) et M. ou Mme Andreosso (s.à r.l. Andreosso Carrelages), les projets discutés ayant été « *contrat collectif, nouveaux produits, principes de pose, clients douteux, entre-aides mutuelles* ».

32. En ce qui concerne le courriel du 9 septembre 2005 et les chantiers y cités, il est établi que pour le chantier « Herrenberg », la publication de l'avis de marché a eu lieu le 28 septembre 2005 et que l'ouverture de la soumission a eu lieu le 28 octobre 2005. Dans l'ordre de classement sur base du prix, des soumissions ont été faites par quatre associations momentanées, composées respectivement par Pütz/Altwies/Lang/Bintz, Maroldt/De Cillia, Andreosso/Wedekind et Cala-Bau s.à r.l. et autres. Le marché a été attribué à l'association Pütz/Altwies/Lang/Bintz.

Sur demande du Conseil lors de l'audition, aucune partie à la procédure n'a donné d'indications précises concernant les dates de publication et d'ouverture des soumissions des chantiers « Beckerich » et « Senirs CSISS ».

Quant à la signification du courriel du 9 septembre 2005, la s.à r.l. Carrelages Bintz a expliqué qu'elle ne pouvait s'expliquer les termes d'un message interne à la S.A. Carrelages Willy Pütz la concernant, et que la transmission de prix dont question concernant le chantier « Beckerich » porterait sur les prix de carrelage qu'elle se procurerait auprès d'un fournisseur et qu'elle communiquerait à la S.A. Carrelages Willy Pütz. Cette dernière n'a pas fourni d'explications sur la signification du message, ni pour soutenir la prise de position de la s.à r.l. Carrelages Bintz visant à contester les termes clairs et précis employés, ni pour leur donner une autre signification, ni encore pour confirmer que ce message indique le début de la mise en œuvre d'un processus similaire à celui mis en œuvre pour le chantier « Cité judiciaire ».

5. Affectation du commerce intracommunautaire et loi applicable

33. De la question de savoir si le comportement sous examen est de nature à affecter le commerce intracommunautaire dépend la réponse à la question de savoir s'il doit être apprécié sur base du droit communautaire, i.e. des articles 101 et/ou 102 du TFUE, ou sur base du droit national, i.e. des articles 3 et 4, respectivement 5 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Le droit communautaire des articles 101 et 102 du TFUE n'a en effet vocation à s'appliquer que lorsque la pratique en cause est susceptible d'affecter de manière sensible¹⁷ le commerce intracommunautaire.

La notion d'affectation du droit communautaire étant une notion propre au droit communautaire, c'est à juste titre que l'Inspection de la concurrence s'est référée dans le cadre de cette analyse aux sources du droit communautaire, et plus précisément à la Communication de la Commission comportant Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité¹⁸ et les références jurisprudentielles y citées. Ces lignes directrices approchent ce critère à travers ses trois éléments constitutifs que sont le commerce entre Etats membres, l'affectation de ce commerce et le caractère sensible de cette affectation.

34. L'élément lié au commerce entre Etats membres requiert que la pratique sous examen produise une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux Etats membres. En l'espèce, les activités économiques concernées, à savoir la fourniture et la pose de carrelages dans le cadre de soumissions publiques relèvent des procédures communautaires pour dépasser un certain seuil et s'exercent au-delà des frontières du Luxembourg. Elles peuvent potentiellement concerner les échanges économiques avec l'ensemble des Etats des Communautés européennes, même si dans la pratique et dans la réalité seules les régions limitrophes des pays avoisinants sont concernés¹⁹.

35. L'élément lié à la probabilité de l'affectation du commerce entre Etats requiert que la pratique sous examen soit de nature à produire avec un degré de probabilité suffisant une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres. En l'espèce, tel est le cas pour une pratique affectant un service (pose de carrelage) et un produit (carrelage) qui peuvent être aisément négociés au-delà des frontières et qui s'inscrivent pour le surplus dans une procédure

¹⁷ Aux termes de l'article 6 de la loi du 17 mai 2004, le Conseil de la concurrence applique les articles 81 et 82 du traité CE (i.e. articles 101 et 102 du TFUE) à titre exclusif lorsque le commerce intracommunautaire est susceptible d'être affecté par une affaire qui lui est soumise. Cette disposition légale ne comporte donc pas de référence au critère de la sensibilité. En raison de la primauté du droit communautaire sur le droit national, cette disposition légale doit toutefois être appliquée en conformité du droit communautaire, de sorte que la condition de l'affectation sensible, qui fait partie intégrante du droit communautaire comme conditionnant son applicabilité, doit être prise en considération par le Conseil.

¹⁸ Communication publiée au JOCE, C 101/81 du 27 avril 2004.

¹⁹ Cette restriction nécessite toutefois à son tour d'être nuancée, dans la mesure où les entreprises concernées par la présente procédure ont fait valoir dans différentes prises de position que ces marchés étaient souvent emportés par des entreprises établies dans les régions frontalières, pour être soustraites à des entreprises établies dans des régions plus lointaines, respectivement en ayant recours à des ouvriers en provenance de pays plus lointains.

de soumission publique obligatoirement adressée à toutes les entreprises établies sur le territoire des Communautés européennes. Les comportements sous examen sont dès lors de ceux qui par leur nature même sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire.

36. L'élément lié au caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats requiert une appréciation quantitative, en termes de chiffres d'affaire et/ou en termes de parts de marché, des entreprises concernées sur le marché concerné. Les Lignes directrices précitées prévoient deux présomptions réfutables. La première dit qu'un accord n'est pas susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres si la part de marché des entreprises en cause ne dépasse pas 5% et si le chiffre d'affaire cumulé réalisé par les entreprises concernées avec les produits concernés ne dépasse pas 40 millions d'euros. La seconde dit par contre qu'un accord qui par nature est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres est présumé l'affecter de façon sensible si la part de marché des entreprises en cause dépasse 5% ou si le chiffre d'affaire cumulé réalisé par les entreprises concernées avec les produits concernés dépasse 40 millions d'euros.

Il a été retenu au paragraphe précédent que les pratiques sous examen étaient de par leur nature susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Il convient donc de vérifier si l'une ou l'autre des deux conditions est vérifiée pour déterminer si en l'espèce il y a affectation sensible du commerce intracommunautaire. Cette appréciation se fait à ce stade sous réserve des développements ultérieurs sur l'existence d'une infraction au droit de la concurrence et de la participation effective des diverses entreprises à cette infraction.

Le marché géographique en cause devant être considéré comme étant le marché communautaire, dans la mesure où les soumissions publiques sont publiées au niveau communautaire et s'adressent donc à toutes les entreprises communautaires actives dans la fourniture et la pose de carrelages, il devient évident que les dix entreprises concernées par la présente procédure, étant des PME implantées localement, ne détiennent certainement pas plus de 5% des parts de ce marché.

D'autre part, les chiffres fournis par les dix entreprises en rapport avec leur chiffre d'affaires concernant les activités liées au carrelage se présentent comme suit sur les deux dernières années pour lesquelles des chiffres ont été collectés :

	2004	2005
S.A. Altwies	1.151.727	987.299
s.à r.l. Andreosso Carrelages	3.551.085	4.099.328
s.à r.l. Carrelages Bintz	977.963	776.290
s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r. l. & Cie	5.656.162	5.547.134
Marc F. Decker	2.065.000	2.915.000
s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils	3.385.458	2.989.068
s.à r.l. Maroldt	4.211.974	5.031.544
S.A. Carrelages Willy Pütz	7.008.068	7.408.203
s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux ²⁰	4.978.410	5.274.666
S.A. Carrelages Wedekind	2.731.554	2.920.667
Total	35.717.401	37.949.199

37. Il résulte de ce qui précède qu'aucune des deux conditions n'est remplie. Il faut partant retenir en fin de compte que la condition de l'affectation sensible du commerce entre Etats membres n'est pas remplie. Le dossier est donc soumis au droit luxembourgeois.

6. Applicabilité de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence au secteur de la fourniture et de la pose de carrelages

38. La s.à r.l. Maroldt a fait valoir que la loi de 2004 avait été adoptée pour limiter les comportements et les agissements des grands producteurs actifs sur un plan international ou mondial, mais qu'elle n'était pas destinée à s'appliquer à des petites entreprises agissant localement.

39. Cette interprétation du champ d'application de la loi de 2004 est cependant contredite par l'article 1^{er} de cette loi, aux termes duquel elle « *s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, ..., sauf dispositions législatives contraires* ». La s.à r.l. Maroldt ne fait état d'aucune disposition légale qui exempterait soit les petites entreprises, soit les entreprises du secteur de la fourniture et de la pose de carrelage de l'application des dispositions légales relatives au maintien de la concurrence.

7. Appréciation des pratiques mises à jour

40. En suivant la structure de la loi, il faut dans un premier temps examiner si les différents comportements mis à jour sont interdits par l'article 3 pour ensuite, en cas

²⁰ La s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux a expliqué ne pas être en mesure de fournir le détail de son chiffre d'affaire lié aux activités dans le domaine du carrelage. Elle a seulement fourni son chiffre d'affaires global.

de réponse affirmative à cette première question, apprécier s'ils peuvent être justifiés par rapport aux conditions énoncées par l'article 4.

7.1. Le caractère illicite des pratiques : article 3 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence

7.1.1. Observations liminaires et principes

41. Le droit de la concurrence prohibe d'une façon générale tous les comportements sur les marchés, tel que des ententes, qui sont de nature à diminuer l'incertitude dans laquelle les entreprises doivent se trouver placées concernant le comportement de leurs concurrents. Cette incertitude est la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en termes de qualité et de prix pour obtenir le marché. A l'inverse, toute limitation de cette incertitude abaisse le niveau de concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur²¹. Le droit de la concurrence vise ainsi toutes pratiques qui tendent à supprimer ou à amenuiser dans une vision anticoncurrentielle l'autonomie décisionnelle ou commerciale des entreprises.

Les éléments d'application essentiels du droit de la concurrence ont été récemment rappelés dans un arrêt de la CJCE du 4 juin 2009, affaire C-8/08, rendu sur renvoi préjudiciel, aux considérants 23 à 43. Compte tenu de l'importance de ces développements, le Conseil tient à les reproduire à cet endroit²² :

« 23 À titre liminaire, il convient de relever que les notions d'« accord », de « décisions d'associations d'entreprises » et de « pratique concertée » appréhendent, du 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, en ce sens, arrêt Commission/Anic Participazioni, précité, point 131).

24 Dès lors, ainsi que l'a relevé en substance M^{me} l'avocat général au point 38 de ses conclusions, les critères dégagés par la jurisprudence de la Cour aux fins d'apprécier si un comportement a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont applicables qu'il s'agisse d'un accord, d'une décision ou d'une pratique concertée.

25 À cet égard, il convient de relever que la Cour a déjà fourni un certain nombre de critères permettant d'apprécier si un accord, une décision ou une pratique concertée présentent un caractère anticoncurrentiel.

26 S'agissant de la définition d'une pratique concertée, la Cour a jugé qu'une telle pratique vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la

²¹ Voir en ce sens Autorité de la concurrence française, Décision N° 09-D-03 du 21 janvier 2009, N° 94 ; cité notamment in JCL Contrats, Concurrence, Consommation, août-septembre 2009, page 10, N° 15, F. Chaput, Répondre à un appel d'offres en groupement : efficace, mais risqué ... Juris-Classeur commercial, Concurrence-Consommation, fascicule 545, N° 100 et suivants.

²² Seuls sont omis les passages se référant directement aux faits relatifs à l'affaire dont la Cour avait à connaître.

concurrence (voir arrêts du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 26, ainsi que du 31 mars 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, Rec. p. I-1307, point 63).

27 *S'agissant de l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'une pratique concertée, il convient de s'attacher notamment à la teneur des dispositions qui l'instaurent, aux buts objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère (voir, en ce sens, arrêts du 8 novembre 1983, IAZ International Belgium e.a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 25, ainsi que du 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, C-209/07, non encore publié au Recueil, points 16 et 21). En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'une pratique concertée, rien n'interdit à la Commission des Communautés européennes ou aux juridictions communautaires d'en tenir compte (voir, en ce sens, arrêt IAZ International Belgium e.a./Commission, précité, points 23 à 25).*

28 *S'agissant de la délimitation entre les pratiques concertées ayant un objet anticoncurrentiel et celles ayant un effet anticoncurrentiel, il y a lieu de rappeler que l'objet et l'effet anticoncurrentiel sont des conditions non pas cumulatives, mais alternatives pour apprécier si une pratique relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin 1966, LTM (56/65, Rec. p. 337, 359), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou », conduit à la nécessité de considérer en premier lieu l'objet même de la pratique concertée, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué. Au cas cependant où l'analyse de la teneur de la pratique concertée ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'en examiner les effets et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible (voir, en ce sens, arrêt Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité, point 15).*

29 *En outre, il convient de souligner que, pour apprécier si une pratique concertée est prohibée par l'article 81, paragraphe 1, CE, la prise en considération de ses effets concrets est superflue lorsqu'il apparaît que celle-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (voir, en ce sens, arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496; du 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, point 125, ainsi que Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité, point 16). La distinction entre « infractions par objet » et « infractions par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence (voir arrêt Beef Industry Development Society et Barry Brothers, précité, point 17).*

- 30 *Dans ces conditions, contrairement à ce que prétend la juridiction de renvoi, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets d'une pratique concertée dès lors que l'objet anticoncurrentiel de cette dernière est établi.*
- 31 *S'agissant de l'appréciation de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée, telle que celle en cause dans le litige au principal, il importe de rappeler, en premier lieu, que, ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général au point 46 de ses conclusions, pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être concrètement apte, en tenant compte du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché commun. La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer les droits à des dommages et intérêts.*
- 32 *En deuxième lieu, en ce qui concerne l'échange d'informations entre concurrents, il convient de rappeler que les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun (voir arrêts Suiker Unie e.a./Commission, précité, point 173; du 14 juillet 1981, Züchner, 172/80, Rec. p. 2021, point 13; Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commission, précité, point 63, et du 28 mai 1998, Deere/Commission, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, point 86).*
- 33 *Si cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs de nature soit à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit à dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à tenir soi-même sur ce marché ou que l'on envisage d'adopter sur celui-ci, lorsque ces contacts ont pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché (voir, en ce sens, arrêts précités Suiker Unie e.a./Commission, point 174; Züchner, point 14, et Deere/Commission, point 87).*
- 34 (...)
- 35 (...)
- 36 *En troisième lieu, en ce qui concerne la possibilité de considérer une pratique concertée comme ayant un objet anticoncurrentiel bien que cette dernière n'ait pas de lien direct avec les prix à la consommation, il y a lieu de relever que le libellé de l'article 81, paragraphe 1, CE ne permet pas de considérer que seules seraient interdites les pratiques concertées ayant un effet direct sur le prix acquitté par les consommateurs finaux.*
- 37 *Au contraire, il ressort dudit article 81, paragraphe 1, sous a), CE qu'une pratique concertée peut avoir un objet anticoncurrentiel si elle consiste à « fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ». (...)*

- 38 *En tout état de cause, ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général au point 58 de ses conclusions, l'article 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle.*
- 39 *Dès lors, contrairement à ce que semble considérer la juridiction de renvoi, la constatation de l'existence de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée ne saurait être subordonnée à celle d'un lien direct de celle-ci avec les prix à la consommation.*
- 40 *En quatrième lieu, en ce qui concerne l'argument de Vodafone selon lequel la pratique concertée en cause au principal ne saurait avoir pour objet de restreindre la concurrence (...), il ressort, certes, du point 33 du présent arrêt, que l'exigence d'autonomie des opérateurs économiques n'exclut pas le droit de ces derniers de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents.*
- 41 *Toutefois, ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général aux points 66 à 68 de ses conclusions, s'il est vrai qu'un comportement parallèle d'entreprises concurrentes ne s'explique pas nécessairement par une concertation contraire à la concurrence, il y a lieu de considérer comme ayant un objet anticoncurrentiel un échange d'informations susceptible d'éliminer des incertitudes dans l'esprit des intéressés quant à la date, à l'ampleur et aux modalités de l'adaptation que l'entreprise concernée doit mettre en œuvre, (...)*
- 42 (...)
- 43 *Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question qu'une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE lorsque, en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence au sein du marché commun. Il n'est pas nécessaire que la concurrence soit réellement empêchée, restreinte ou faussée ni qu'il existe un lien direct entre cette pratique concertée et les prix à la consommation. L'échange d'informations entre concurrents poursuit un objet anticoncurrentiel lorsqu'il est susceptible d'éliminer les incertitudes quant au comportement envisagé par les entreprises concernées. »*

42. Le Conseil tient encore à relever que les infractions au droit de la concurrence ont un caractère objectif à trois égards.

Tout d'abord, l'intention subjective d'enfreindre la loi n'a pas besoin d'être démontrée pour retenir la preuve d'une violation du droit de la concurrence. L'article 3 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence interdit en effet de façon objective, abstraite et absolue les accords qu'il définit comme étant « *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* », en faisant abstraction de toute caractérisation individuelle du comportement des entreprises impliquées. Cette appréciation est confortée par l'article 18 de la loi de 2004, qui circonscrit le pouvoir

du Conseil de la concurrence d'infliger des amendes aux entreprises qui « *intentionnellement ou non* » ont commis une infraction aux articles 3 à 5 de la loi.

En second lieu, la démonstration d'une violation du droit de la concurrence ne requiert pas la preuve que le comportement en cause ait causé un dommage à une ou plusieurs autres entreprises, concurrentes ou clientes, ou à un ou plusieurs cocontractants consommateurs finaux des biens ou services concernés. L'article 3 de la loi de 2004 définit en effet d'une façon générale les accords interdits comme étant ceux qui influent négativement sur « *le jeu de la concurrence sur un marché* » en l'empêchant, le restreignant ou le faussant, sans se référer aux incidences éventuelles sur les agents économiques actifs sur ce marché.

Finalement, la violation du droit de la concurrence est caractérisée non seulement lorsque l'entente en question nuit concrètement au jeu de la concurrence, mais encore lorsque par sa nature même elle est susceptible de nuire au jeu de la concurrence. L'article 3 de la loi 2004 interdit en effet les ententes « *qui ont pour objet ou pour effet* » de préjudicier au jeu normal de la concurrence sur un marché.

Cette triple caractéristique découle logiquement de la nature même du droit de la concurrence, dont le rôle consiste à sauvegarder le mécanisme économique du libre jeu de la concurrence et par là à assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés en tant que forme d'organisation des marchés la plus apte à satisfaire au mieux et au meilleur rapport qualité/prix les besoins multiples et variés des utilisateurs de biens et services. En incitant les entreprises à constamment adapter leurs modes d'organisation et de fonctionnement aux circonstances changeantes des marchés, le libre jeu de la concurrence non seulement favorise leur compétitivité sur leurs marchés traditionnels, mais les met encore le cas échéant en position pour étendre leur champ d'activité et acquérir des parts sur d'autres marchés, locaux, nationaux ou internationaux, contribuant par là non seulement à leur compétitivité propre, mais encore à la compétitivité de l'économie nationale.

43. Il découle en l'espèce de l'ensemble de ces caractéristiques que
- le simple fait pour une entreprise d'avoir participé à la constitution ou au fonctionnement d'une entente anticoncurrentielle par objet la place sous le coup de la loi
 - les arguments avancés par les entreprises tenant au fait que leur entente n'aurait eu ni pour finalité ni pour conséquence d'engendrer une hausse artificielle des prix proposés dans le cadre des soumissions publiques doivent rester sans incidence au stade de l'appréciation du caractère licite ou illicite de leur comportement
 - les arguments avancés par les entreprises tenant au fait que leur entente n'aurait pas eu pour conséquence d'écarter une quelconque entreprise étrangère du marché public N° 23/04 alors qu'aucune n'a participé à cette soumission doivent rester sans incidence

44. Afin de circonscrire le contexte général du droit de la concurrence, le Conseil tient encore à relever à cet endroit une affirmation faite par le mandataire de la S.A. Carrelages Wedekind dans sa réponse du 12 novembre 2009 à la communication des griefs, où il est écrit que « *l'entente n'avait pas tellement pour but d'annuler la concurrence entre les entreprises impliquées que surtout de se prémunir contre la*

concurrence déloyale étrangère et ce sur base d'expériences douloureuses faites lors d'un ensemble d'adjudications antérieures de grande envergure ».

Cette affirmation semble refléter l'avis général des entreprises impliquées selon lequel toute action tendant à tenir écartées du marché luxembourgeois des entreprises étrangères est à considérer favorablement. Si elle devait être comprise en ce sens, elle démontrerait de façon évidente l'approche partielle et partielle de ces entreprises aux contraintes du marché, celui-ci ne s'arrêtant pas aux frontières nationales, ni d'une façon générale (sauf le cas de figure de pays extrêmement cloisonnés et protectionnistes), ni surtout dans le cadre du marché unique européen. Si cette affirmation devait par contre être considérée comme se référant à la réaction des entreprises luxembourgeoises face aux conditions favorables que les entreprises étrangères s'arrogeraient illicitement, il y est pris position ci-dessous aux paragraphes N° 70 et suivants.

Ces précisions étant apportées, il convient d'examiner concrètement les deux comportements qui ont été visés par la communication des griefs de l'Inspection de la concurrence.

7.1.2. La concertation entre entreprises sur les marchés publics

45. L'Inspection de la concurrence fait grief aux entreprises de s'être concertées sur la répartition des marchés et sur les prix. Avant d'examiner ces griefs en détail, il convient de décrire les faits constants.

7.1.2.1. La délimitation des faits pertinents constants

46. Sur base de la description des faits telle que reprise ci-dessus aux paragraphes N° 11 à 32, le Conseil de la concurrence retient comme étant établis les éléments suivants.

47. A la suite de la publication de l'appel d'offres relativement au 1^{er} lot de travaux de carrelage à exécuter sur le chantier « Cité judiciaire », et en connaissance de cause du fait que l'ensemble de ces travaux seraient subdivisés en plusieurs lots, un certain nombre d'entreprises se sont réunies en date du 13 juin 2005 dans les locaux de la s.à r.l. Maroldt en vue de mettre sur pied un mécanisme basé sur la constitution de plusieurs associations momentanées, assurant d'un côté leur collaboration en cas d'attribution du marché et de l'autre côté l'attribution des marchés à celles des associations momentanées désignées par elles. Ce dernier objectif était réalisé par le biais de la présentation d'offres de couverture d'un montant plus élevé que l'offre déposée par l'association qui devait remporter le marché, ces offres de couverture étant préparées par le chef de file de l'association momentanée désignée comme devant sortir victorieuse de la mise en concurrence.

48. Par la suite, cet accord a été réellement mis à exécution.

De l'aveu des entreprises et sur base des pièces appréhendées par l'Inspection de la concurrence lors de l'enquête sur les lieux, et notamment des offres de couverture préparées par la s.à r.l. Maroldt à l'attention de la s.à r.l. Andreosso Carrelages et de la S.A. Carrelages Willy Pütz, ce mécanisme a été mis en œuvre pour le 1^{er} lot.

Toujours sur base des explications des entreprises et sur base des pièces appréhendées par l'Inspection de la concurrence lors de l'enquête sur les lieux, et notamment le courriel adressé en date du 9 septembre 2005 par Michel Sutter à Serge Bour à la suite d'une nouvelle réunion entre entreprises qui établissait un classement entre trois associations momentanées, confrontées aux résultats de cette adjudication qui a vu la participation de deux des trois associations momentanées mentionnées par Michel Sutter et leur classement conforme à ce qui est écrit par celui-ci, le Conseil retient que ce mécanisme a également été mis en œuvre pour le 2^e lot.

Il est moins évident sur base des preuves matérielles que le mécanisme ait été effectivement mis en œuvre dans toutes ses composantes pour le 3^e lot, puisque la procédure n'a vu la participation que d'une seule association momentanée, et pour le 4^e lot, puisque la procédure a vu l'intervention dans une des associations momentanées d'une entreprise qui n'a à aucun moment été citée comme ayant assisté à la réunion initiale du 13 juin 2005. Les entreprises ne fournissent cependant pas non plus d'éléments d'après lesquels leur entente globale initiale ait été arrêtée ou mise en veille à ces deux occasions.

49. Le Conseil considère encore comme étant établi que cette entente caractérisée relative aux travaux de carrelage à exécuter sur le chantier « Cité judiciaire » constitue la prolongation d'un comportement illicite similaire mis en œuvre par des entreprises de carrelage de façon impunie depuis environ le début des années 2000 sur un nombre indéterminé, et aujourd'hui probablement indéterminable, de chantiers. Suite aux informations fournies par la S.A. Carrelages Willy Pütz et, dans une moindre mesure, par la s.à r.l. Andreosso Carrelages et la s.à r.l. Maroldt dans le cadre de leurs demandes de clémence, les explications données par pratiquement toutes les entreprises concernées par la présente procédure visent en effet non pas à contester le mécanisme général de l'entente tel que décrit par les demandeurs en clémence et mis à jour dans le cadre du chantier « Cité judiciaire », ni sa mise en œuvre effective. Elles tendent au contraire à confirmer les informations initiales d'après lesquelles les origines de la concertation entre les entreprises se situaient au début des années 2000, étaient à rechercher dans les contraintes concurrentielles exercées par des entreprises établies à l'étranger et avaient donné lieu à des arrangements du moins similaires à celui appliqué dans le cadre du chantier « Cité judiciaire ». Le fait déclencheur de la concertation se situait dans les problèmes que les entreprises de carrelage ont estimé rencontrer du fait de la concurrence des entreprises étrangères au début des années 2000, et il n'est pas soutenu qu'il y ait eu un autre élément qui ait engendré un début, une reprise ou une accentuation de la concertation à l'occasion du chantier « Cité judiciaire ».

Le Conseil considère encore que le courriel du 9 septembre 2005 adressé par Michel Sutter à Serge Bour, ainsi que les réunions du 9 septembre 2005 et 6 octobre 2005 établissent avec un degré de certitude suffisant que l'entente en question ne devait pas s'arrêter après la clôture du chantier « Cité judiciaire », mais était destinée à être pérennisée.

Toutefois, en l'absence de preuves suffisamment concrètes et tangibles sur les dates et lieux de réunions, les entreprises impliquées, le contenu des ententes conclues ou à conclure entre les entreprises et notamment les chantiers exacts éventuellement visés par des arrangements entre les entreprises, ces faits ne peuvent être retenus au titre de violations autonomes et individualisées du droit de la concurrence. Le Conseil en tiendra cependant compte au titre de la gravité des faits²³.

7.1.2.2. L'entente sur la répartition des marchés

50. A titre liminaire, il convient de relever qu'en l'espèce, la concertation entre les entreprises a eu lieu à deux niveaux, à savoir dans un premier temps en vue de la constitution des différentes associations momentanées et dans un deuxième temps entre les associations momentanées en vue de la préparation des bordereaux de soumission. Il y a lieu de distinguer les deux cas de figure.

51. La concertation de premier niveau comportait la constitution d'associations momentanées séparées pour les besoins de la soumission d'un bordereau dans le cadre d'une soumission déterminée. Tel que le relève à juste titre l'Inspection de la concurrence dans la communication des griefs aux numéros 119 et suivants, une coopération entre entreprises à ce niveau n'est pas automatiquement prohibée par le droit de la concurrence, en ce qu'elle peut comporter la poursuite d'un objectif pro-concurrentiel lorsqu'elle est dictée par exemple par des nécessités économiques ou techniques, notamment en permettant aux entreprises participantes d'atteindre ensemble une taille critique pour répondre aux exigences de la soumission publique, de réduire leurs coûts par une optimisation de l'allocation des ressources, de mettre en commun des connaissances techniques différentes requises pour la réalisation du marché ou encore d'acquérir des compétences qui leur font défaut.

52. Les entreprises expliquent d'abord qu'il est essentiel pour elles de participer aux soumissions publiques et à l'exécution de ces chantiers. Ainsi, le fait de décrocher des grands marchés publics leur permettrait de couvrir une importante partie de leurs frais généraux, de générer des économies d'échelle et d'assurer un emploi et un revenu à leurs ouvriers, même pendant les périodes de l'année au cours desquelles il y a en règle générale moins de travail dans le domaine du bâtiment public. En couvrant ainsi une partie de leurs frais généraux, elles assureraient la possibilité corrélative de travailler sur d'autres chantiers qui peuvent générer un bénéfice et partant assurer la pérennité de l'entreprise. Sur le plan du marketing, les entreprises expliquent qu'elles sont obligées de s'assurer l'exécution d'un certain nombre de chantiers publics afin d'établir et de conserver une image de marque qui leur permet d'être présente sur le marché de la clientèle privée.

Elles poursuivent en expliquant qu'une participation utile aux soumissions publiques ne peut se réaliser bien souvent qu'en association momentanée. Ainsi, les exigences des bordereaux de soumission seraient parfois telles que isolément, elles n'ont pas la possibilité d'exécuter les travaux, respectivement qu'elles ne peuvent pas les exécuter

²³ Voir infra aux paragraphes N° 85 et suivants.

endéans les délais imposés. Ainsi, pour pouvoir néanmoins concourir, elles s'organiseraient en associations momentanées afin de mettre en commun leurs ressources humaines et matérielles pour pouvoir utilement participer à la soumission²⁴. Parmi les critères qui justifieraient la collaboration avec une entreprise déterminée, certains répondants évoquent encore la spécialisation dont bénéficient certains ouvriers.

D'un point de vue économique, elles se réfèrent aux contraintes de la concurrence émanant des entreprises étrangères qu'elles subiraient du fait que celles-ci offriraient leurs services à des prix meilleurs marché, notamment en raison du fait qu'elles paieraient des salaires moins élevés. Etant elles-mêmes respectueuses des accords salariaux applicables, elles ne seraient pas en mesure de jouer sur le prix de la main d'œuvre, qu'elles devraient offrir à prix coûtant ou même en dessous du coût de revient. Mais la constitution d'une association momentanée leur permettrait souvent de s'associer à un concurrent qui bénéficie de conditions d'achat favorables auprès du producteur ou fournisseur du matériau à mettre en œuvre. Elles pourraient ainsi proposer des prix plus compétitifs en jouant sur le prix du matériau.

Elles expliquent encore qu'elles ont un intérêt, en fonction de la localisation géographique du chantier, de collaborer avec telle entreprise établie à proximité du chantier, afin de réduire les frais de logistique et de déplacement et ainsi proposer de meilleurs prix.

En outre, sur les chantiers comportant un risque financier, soit que la calculation du prix est dès le départ très juste pour avoir une chance d'emporter le marché, soit que des événements imprévus surviennent ou risquent de survenir en cours de réalisation du chantier, le fait de se regrouper en association momentanée permettrait de répartir ce risque financier, pour éviter qu'une entreprise ne doive en supporter les conséquences toute seule.

Elles soutiennent finalement qu'en tant qu'associations momentanées, regroupant plusieurs entreprises, elles auraient un pouvoir de contestation plus important que si

²⁴ Voir en ce sens :

- Réponse de Marc F. Decker du 6 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse de la S.A. Trierweiler du 10 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse de la s.à r.l. Maroldt du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse de la s.à r.l. Andreosso Carrelages du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse de la S.A. Altwies du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils de novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse du 15 novembre 2006 de la S.A. Carrelages Willy Pütz à une demande de renseignements, question N° 6
- Réponse de la s.à r.l. Carrelages Bintz du 7 décembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 5
- Réponse de la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie du 7 mai 2007 en réponse à une décision de demandes de renseignements, question N° 18
- Réponse de la S.A. Carrelages Wedekind du 21 mai 2007 à une décision de demande de renseignements, question N° 5.

elles agissaient seules, en vue de protester contre des procédures d'attribution irrégulières.

53. En principe, il appartient aux entreprises de rapporter concrètement la preuve des circonstances économiques, techniques ou autres de nature à justifier une concertation entre elles qui a pour finalité de tenir en suspens le jeu de la concurrence.

L'Inspection de la concurrence a admis au numéro 124 de la communication des griefs le caractère justifié des arguments avancés par les entreprises pour motiver leur démarche menant à la constitution d'associations momentanées, tirés de l'envergure du chantier, de la disponibilité de la main-d'œuvre, de la localisation géographique des chantiers ou encore de la spécialisation ou des capacités techniques et matérielles de certaines entreprises.

Le Conseil de la concurrence n'entend pas en l'espèce revenir sur cette appréciation, aucun grief n'ayant été formulé à cet égard par l'Inspection de la concurrence.

54. La concertation de second niveau comportait l'entente entre les associations momentanées constituées dans un premier temps. Les griefs formulés par l'Inspection de la concurrence sont tirés de la concertation qui a eu lieu à ce niveau, en ce qu'elle aurait eu pour finalité d'assurer l'attribution du marché à l'association momentanée désignée d'un commun accord et de déterminer les prix à soumettre par les différentes associations, sans toutefois que cette entente sur les prix n'ait eu pour objectif ou pour effet d'entraîner une augmentation artificielle des prix offerts.

Il est incontestablement établi sur base des éléments factuels réunis au dossier, tel que ces faits sont retracés ci-dessus aux paragraphes N° 11 à 32 et résumés aux paragraphes N° 47 à 49 – et ces faits ne sont pas contestés en tant que tels par les entreprises concernées – que les entreprises s'étaient réunies en date du 13 juin 2005 en vue d'une part de procéder à la constitution de diverses associations momentanées, circonstance qui ne leur est pas autrement reprochée, et d'autre part de décider des associations momentanées qui devaient remporter les différents lots en lesquels les travaux de carrelage sur le chantier « Cité judiciaire » avaient été scindés.

Les entreprises ont ainsi procédé à une répartition de marchés. Elles ont décidé dans le cadre de leur concertation de l'identité de l'entreprise, respectivement de l'association momentanée, qui devait devenir attributaire d'un marché, sur base de critères qui leurs étaient propres, en soustrayant cette décision au pouvoir adjudicateur et aux critères de performance économique sur lesquels celui-ci est amené à se baser dans le cadre d'une soumission publique.

55. Dans les limites des griefs formulés, il faut retenir que cette entente a porté sur les deux premiers lots du chantier « Cité judiciaire » et il convient de sanctionner les entreprises impliquées à ce titre. Le Conseil retient toutefois que l'entente ainsi délimitée par l'Inspection de la concurrence pour les besoins de la procédure était le prolongement d'une concertation beaucoup plus étendue qui a trouvé ses origines au début des années 2000 et qu'elle devait se perpétuer non seulement pour les deux derniers lots du chantier « Cité judiciaire », mais encore pour d'autres chantiers qui étaient en préparation à l'automne 2005. Cette appréciation se fonde sur les éléments factuels réunis au dossier, ainsi que sur la considération qu'une entente portant

répartition des marchés n'a de sens et ne voit l'adhésion de tous ses membres que si elle se poursuit sur une période prolongée de façon à permettre à tous les participants d'en tirer un profit personnel.²⁵

Dans la mesure où ces faits ne peuvent être intégrés dans les éléments caractéristiques de l'infraction à la loi, qui se définit à travers la nature du comportement et sa durée, il convient toutefois d'en tenir compte au titre de l'appréciation de sa gravité.

56. Il est encore établi sur base des explications fournies relativement au mode de fonctionnement de l'entente et sur base des pièces et documents appréhendés par l'Inspection de la concurrence et fournis par certaines entreprises que l'entreprise-chef de file de l'association momentanée devant remporter un marché déterminé était chargée non seulement d'élaborer l'offre de prix à soumettre par son association momentanée, mais également de faire parvenir aux chefs de file des autres associations momentanées les offres de prix à soumettre par celles-ci.

Les entreprises ont ainsi eu recours à la pratique des offres de couverture, destinées à tromper le pouvoir adjudicateur et de lui donner l'impression que les entreprises soumissionnaires se trouvaient en concurrence réelle et sincère, alors que tel n'était en réalité pas le cas.

7.1.2.3. L'entente sur les prix

57. L'entente de répartition des marchés telle que mise en œuvre par les entreprises se dédouble d'une pratique de concertation sur les prix. Il y a en effet entente sur les prix dès lors que les entreprises qui se trouvent théoriquement en concurrence ne déterminent pas leurs prix librement en fonction de leur propre situation économique et commerciale, mais qu'il y a eu concertation sur ce point.

En l'espèce, la pratique mise en œuvre a comporté l'élaboration d'offres de prix par le chef de file de l'association momentanée désignée comme devant remporter le marché à l'attention des autres associations momentanées, qui se les sont appropriées et les ont soumises au pouvoir adjudicateur²⁶. Il y a donc eu concours des volontés des entreprises impliquées à présenter leurs offres à tels prix, ce concours des volontés caractérisant l'entente sur les prix.

²⁵ Cette réflexion de bon sens trouve son fondement économique dans la théorie des jeux. Cette théorie permet d'expliquer les choix rationnels faits par les entreprises dans leur stratégie d'entreprise. Elle permet notamment d'expliquer que dans un jeu coopératif du type entente entre entreprises portant répartition des marchés, tous les participants à l'accord ne sont d'accord à y participer et à accepter d'être certains de ne pas remporter la première séquence, i.e. le premier marché, que s'ils savent qu'ils seront ensuite désignés pour emporter une séquence subséquente, i.e. un marché subséquent.

²⁶ Il est expliqué ci-dessus au paragraphe N° 15 que la s.à r.l. Andreosso Carrelages a servilement recopié les données chiffrées à soumettre par l'association momentanée Andreosso/Bintz. Ce contrôle n'a pas pu être effectué en ce qui concerne l'offre de l'association momentanée Pütz/Wedekind, celle-ci ne figurant pas au dossier. On peut cependant constater que le prix total de l'offre de cette association momentanée correspond au centime près au total du projet qui avait été transmis à la S.A. Carrelages Willy Pütz par la s.à r.l. Maroldt.

Cette concertation sur les prix en amont du dépôt des dossiers de soumission par la pratique des offres de couverture préparées par le soumissionnaire qui devait remporter le marché, s'est prolongée en aval, après l'ouverture de la soumission, par la concertation qui a eu lieu en vue de la préparation et de l'envoi des analyses de prix que l'architecte avait sollicité dans le cadre du lot N° 23/04, tels que ces faits sont relatés ci-dessus au paragraphe N° 17.

58. Les entreprises visées par la procédure font valoir d'une façon générale que leur concertation n'a pas eu pour objet, ni encore pour effet, d'aboutir à la présentation d'offres comportant des prix artificiellement majorés.

Cet argumentaire prend appui d'une part sur l'analyse des prix effectuée le 23 février 2006 par Georges Wies et versée au dossier par la s.à r.l. Maroldt, d'après laquelle le prix soumissionné par l'association momentanée à laquelle appartenait la s.à r.l. Maroldt était correct à quelque centaines d'Euros près, et qu'il en résultait une marge brute de 22,11%.

L'argumentaire prend d'autre part appui sur le rapport d'expertise judiciaire Marc Jung du 16 août 2007 dressé en exécution d'une ordonnance du juge d'instruction du 7 mars 2007 dans le cadre de l'enquête pénale, versée au Conseil par la s.à r.l. Maroldt lors de l'audition des 28 et 29 janvier 2010. Se limitant à l'analyse du prix de revient des prestations incluses dans le bordereau de soumission du 1^{er} lot du chantier « Cité judiciaire », à l'exclusion de l'évaluation des frais généraux de l'entreprise (dont l'appréciation relèverait de l'avis d'un comptable) et d'un bénéfice éventuel, ce rapport retient que les prix proposés par la s.à r.l. Maroldt ne sont pas élevés.

59. Le Conseil constate que le rapport Wies a été dressé de façon unilatérale sur base des seuls dires de la s.à r.l. Maroldt, et ne saurait partant à lui seul valoir preuve de ses affirmations.

Les conclusions du rapport judiciaire, qui ne sont *a priori* sujettes à aucune discussion, sont seulement contredites par le devis estimatif qui avait été dressé par l'architecte en charge du chantier « Cité judiciaire », par rapport auquel la soumission était excédentaire de plus de 33%. Ce devis ne figure cependant quant à lui pas au dossier.

Une réponse du Ministre des Travaux Publics du 11 septembre 2007 à une demande de renseignements précise encore que dans le cadre de la soumission publique du 14 juillet 2005, « *les architectes mandatés n'ont jamais réévalué leur devis estimatif pour les travaux de la soumission en question. Par fax du 30.08.2007, les architectes ont re-confirmé que leur devis avait été élaboré sur base de chantiers analogues et qu'à aucun moment il était question d'avoir sous-estimé ce devis* ». Toutefois, lors de l'audition, cette affirmation n'a pas pu être autrement expliquée. Il a cependant été insisté sur le fait que la plainte initiale du 9 novembre 2005 avait été présentée non pas en raison d'une suspicion de prix excessif, mais en raison d'une suspicion de concertation entre entreprises en amont du dépôt des offres.

Le Conseil relève encore dans ce cadre qu'il est constant qu'après annulation de la soumission publique, le 1^{er} lot du chantier « Cité judiciaire » a été attribué à une association momentanée pour un prix dépassant de 10% l'offre qui avait été déposée

par l'association momentanée Maroldt/Decker/De Cillia. Ce fait tend lui aussi à démontrer que les offres soumises dans un premier temps ne comportaient pas de prix artificiellement majorés.

En l'état de ces constatations, le Conseil se voit amené à retenir qu'il n'est pas établi que l'entente ait eu une incidence défavorable sur les prix offerts. Toutefois, tel que retenu ci-dessus aux paragraphes N° 41 à 43, il n'est pas nécessaire d'établir une telle incidence pour caractériser l'entente sur les prix. L'absence de majoration artificielle du prix ne peut pas non plus être considérée comme valant circonstance atténuante. Elle permet cependant de ne pas considérer l'entente comme étant d'une gravité extrême (voir infra aux paragraphes N° 85 à 91) et d'en tenir compte à ce titre dans le cadre de la fixation des amendes à imposer.

7.1.2.4. Les participants à l'entente

60. La communication des griefs a été adressée à dix entreprises, et partant la procédure ouverte à leur encontre, en considération du fait qu'elles étaient mentionnées comme ayant été présentes à la réunion du 13 juin 2005 lors de laquelle le principe et le mode de fonctionnement de l'entente relativement aux soumissions publiques portant sur les différents lots du chantier « Cité judiciaire » ont été arrêtés. Les faits étant caractérisés en une entente portant répartition de marchés et concertation sur les prix, il convient d'en identifier les participants en examinant pour chacune des dix entreprises visées par la procédure si elle peut être qualifiée de participante. A cet effet, il convient de rechercher si les éléments du dossier permettent de retenir dans le chef des différentes entreprises l'expression d'un accord des volontés à prendre part à l'entente telle que caractérisée.

A cet effet, l'Inspection de la concurrence se réfère au droit communautaire, qui retient que s'il est établi qu'une entreprise a participé à des réunions au cours desquelles a été convenue d'une concertation anticoncurrentielle, cette entreprise doit, pour échapper à la condamnation, prouver de façon suffisante l'absence de rencontre des consentements ou le fait qu'elle a pris publiquement ses distances par rapport aux décisions prises au cours de ces réunions. Dans cette optique, la distanciation publique ne peut résulter du silence de l'entreprise lors des réunions, et lorsque la participation aux réunions a été établie, il incombe à l'entreprise d'avancer des indices de nature à prouver que sa participation à ces réunions était dépourvue de tout esprit anticoncurrentiel en démontrant qu'elle avait indiqué à ses participants qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur²⁷.

61. Les entreprises pour leur part font valoir d'une façon générale qu'elles n'ont pas les moyens pour s'offrir un service juridique permanent qui pourrait les consulter à tout moment sur les implications de tel ou tel comportement, ni les moyens pour vérifier pour chaque coopération si elle était de nature à produire des effets pro-

²⁷ Voir notamment en ce sens Lamy Droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation, Edition 2009, N° 1489.

Cette référence peut être complétée par un arrêt récent de la CJCE qui a encore confirmé que la pratique concertée sanctionnable au titre du droit de la concurrence pouvait être le résultat d'une seule réunion entre entreprises (CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08).

concurrentiels. Elles seraient actives sur le terrain et devraient prendre un certain nombre de décisions sur le coup et parfois de façon intuitive. Comme par ailleurs la législation luxembourgeoise sur le droit de la concurrence serait récente, on ne saurait trop leur reprocher de ne pas avoir réagi avec suffisamment de vigueur contre le projet d'entente, respectivement on ne saurait déduire trop hâtivement une participation réelle et intentionnelle de leur part à cette entente.

62. Face à ces développements, il convient en premier lieu de relever d'une façon générale que l'ignorance de la loi, que ce soit du fait de sa nouveauté ou pour toute autre cause, ne constitue pas un fait exonérateur de la responsabilité encourue du fait de sa violation. En second lieu et d'une façon particulière en ce qui concerne la loi de 2004 relative à la concurrence, l'intention de l'enfreindre n'est pas une condition pour établir la responsabilité des entreprises du fait de sa violation (voir supra aux paragraphes N° 41 à 43).

Le Conseil estime toutefois qu'en présence de petites et moyennes entreprises implantées localement et ne bénéficiant pas du support et de l'expérience d'un grand groupe industriel, il convient de caractériser précisément la volonté de participer à une entente, sans pour autant devoir caractériser l'intention d'enfreindre la loi, et que la manifestation de volonté afférente ne peut résulter de la seule participation à une réunion. Le concours de volonté nécessaire à l'incrimination d'une entreprise pour entente collusive doit se manifester par une adhésion plus explicite à l'action collective décidée lors de ladite réunion, soit par la participation ultérieure à d'autres réunions ayant le même objet anticoncurrentiel, soit par l'application concrète des mesures décidées lors de cette réunion²⁸.

63. La notion de petites et moyennes entreprises fait l'objet de recommandations de la Commission, dont la dernière du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises (2003/361/CE) a été transposée en droit luxembourgeois par le règlement grand-ducal du 16 mars 2005 portant adaptation de la définition des micro, petites et moyennes entreprises pour les besoins de son champ d'application spécifique. Le Conseil entend s'y référer pour les besoins de son analyse.

La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) y est définie comme étant constituée par les entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros. Dans cette catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros, et une microentreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 10 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros.

Sur base des éléments recueillis au cours de l'enquête, la situation des entreprises par rapport à ces critères est la suivante (aucune donnée n'est disponible concernant le total du bilan) :

²⁸ Voir en ce sens en droit français Lamy Droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation, Edition 2009, N° 1124.

	Chiffre d'affaires entre 2000 et 2005		Effectifs (chiffres moyens)
	minimum	maximum	
S.A. Altwies	2.292.546	3.185.695	17
s.à r.l. Andreosso Carrelages	3.096.812	5.107.830	5
s.à r.l. Carrelages Bintz	1.308.187	2.444.908	58
s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie	4.232.383	5.656.162	53
Marc F. Decker	7.541.000	11.110.000	85
s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils	2.078.740	4.015.972	52
s.à r.l. Maroldt	13.750.968	16.089.032	90
S.A. Carrelages Willy Pütz	6.032.337	9.307.816	100
s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux.	3.725.024	5.274.666	47
S.A. Carrelages Wedekind	1.872.794	2.920.667	50

Il en résulte que toutes les entreprises concernées relèvent de la catégorie des PME, et qu'il importe par voie de conséquence de qualifier leur participation à l'entente plus amplement que par le fait d'une simple participation à une réunion qui a eu pour finalité de l'organiser.

64. La réponse à la question relative à la participation à l'entente va dans le sens de l'affirmative pour les trois chefs de file des associations momentanées constituées en vue de la procédure de soumission publique relative au 1^{er} lot, la s.à r.l. Maroldt, la s.à r.l. Andreosso Carrelages et la S.A. Carrelages Willy Pütz, qui étaient présentes à la réunion du 13 juin 2005 et qui ont assumé les rôles de gestionnaires de leurs associations momentanées respectives chargées de mettre en œuvre l'entente en préparant et envoyant, respectivement en réceptionnant, les offres de prix factices et en déposant dans le cadre de la procédure de soumission publique les offres dont elles savaient qu'elles ne faisaient que miroiter l'apparence d'une concurrence réelle. Ces trois entreprises ont encore pris une part plus ou moins active dans la préparation et la présentation des analyses de prix factices destinées à être adressées à l'architecte en charge du chantier. Ces entreprises ont concouru à la constitution et à la réalisation de l'entente. Elles étaient informées des objectifs poursuivis par la concertation et se les sont appropriés.

65. La réponse est aussi affirmative pour les autres entreprises qui figuraient comme membres dans ces associations momentanées, la s.à r.l. Carrelages Bintz, la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, Marc F. Decker et la S.A. Carrelages Wedekind. Elles étaient présentes à la réunion du 13 juin 2005, de sorte qu'elles étaient informées non seulement de l'existence de l'association momentanée à laquelle elles adhéraient, mais encore de l'existence des autres associations momentanées, des raisons pour lesquelles un total de trois associations momentanées étaient constituées, des mécanismes de concertation mis en place en vue de la soumission des offres et de l'intention d'aboutir à l'attribution successive des différents lots aux différentes associations momentanées. Elles ont marqué leur accord à figurer comme membres de ces associations momentanées, et partant à en récolter les fruits au moment de l'attribution.

Dans sa réponse du 28 septembre 2009 à la communication des griefs, Marc F. Decker a fait valoir que l'instruction pénale qui a été diligentée à son encontre en rapport avec les faits ayant entouré la soumission publique relative au lot N° 23/04 démontrerait l'absence de participation personnelle dans son chef et serait à prendre en considération dans le cadre de la fixation de l'amende.

Dans la mesure toutefois où les éléments constitutifs de l'infraction pénale du chef de laquelle une instruction criminelle avait été diligentée sont différents de ceux de la violation du droit de la concurrence, la décision prise par les juridictions compétentes à l'égard de l'infraction pénale restent sans incidence sur l'appréciation à apporter par le Conseil dans le cadre de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence.

66. La réponse est négative pour les trois autres entreprises qui n'ont pas figuré dans une des associations momentanées qui ont soumissionné lors du 1^{er} marché public relatif au chantier « Cité judiciaire ».

La S.A. Altwies a contesté avoir été présente lors de la réunion du 13 juin 2005. Elle n'a admis cette présence qu'en ce qui concerne la réunion postérieure du 6 octobre 2005. Il est exact qu'aucune des autres entreprises n'a nommé cité la S.A. Altwies comme ayant été présente lors de la réunion du 13 juin 2005. Cette entreprise n'est citée que dans une attestation de Michel Sutter du 18 septembre 2006 dans le cadre de l'énumération des acteurs de la concertation qui s'est déroulée depuis plusieurs années avant sa découverte en décembre 2005. Il faut donc retenir que la S.A. Altwies n'était pas présente à la réunion du 13 juin 2005. Sa présence à la 2^e réunion du 9 septembre 2005 n'est pas non plus établie. Elle figure comme un des membres d'une des associations momentanées qui ont soumissionné dans le cadre du 2^e lot, mais en l'absence de tout autre élément, cette circonstance ne permet pas de caractériser son intention de participer à l'entente. Finalement, sa présence à la réunion du 6 octobre 2005 doit rester sans incidence, puisque l'ouverture des deux premiers lots du chantier « Cité judiciaire » avait déjà eu lieu, et que la publication des deux lots subséquents n'avait pas encore eu lieu. Par ailleurs, il n'est pas fait état de sa présence à la réunion du 9 septembre 2005. Aucun acte de participation à l'entente sanctionnée dans la présente décision ne peut donc être retenu à charge de la S.A. Altwies.

La s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils a admis sa présence à la réunion du 13 juin 2005, et cette présence a été confirmée par d'autres entreprises. Elle ne peut donc prétendre ignorer le contenu des discussions menées à cette occasion. Toutefois, au-delà de cette participation à la réunion et de la connaissance des discussions, aucun acte de participation volontaire à l'entente ne résulte des éléments du dossier. Elle n'a fait partie d'aucune des associations momentanées qui se sont portées soumissionnaires pour les deux premiers lots du chantier « Cité judiciaire », et il n'est notamment pas établi qu'elle ait assumé un rôle prépondérant lors de la discussion qui a abouti à l'entente portant sur les lots du chantier « Cité judiciaire ». Aucun acte de participation à l'entente sanctionnée dans la présente décision ne peut donc être retenu à charge de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils

La présence de s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux à la réunion du 13 juin 2005 n'a pas été confirmée par d'autres entreprises, mais elle a été admise par l'entreprise elle-même, limitant toutefois sa présence à une quinzaine de minutes.

Dans la mesure où il n'est pas établi que cette précision sur la durée de sa présence soit inexacte (l'absence de souvenir dans le chef des autres entreprises laissant au contraire supposer qu'elle est exacte) et dans la mesure où il n'est pas établi que le projet d'entente ait été abordé et finalisé au cours de ces 15 minutes, aucun acte de participation à l'entente sanctionnée dans la présente décision ne peut être retenu à charge de la s.à r.l. Etablissements J. P. Rinnen & Fils Clervaux.

7.1.3. La « protection de chantier »

67. D'après les explications fournies par Michel Sutter dans le procès-verbal dressé le 12 décembre 2005 dans le cadre de la procédure de clémence et lors de l'audition, la « protection de chantier » consiste pour une entreprise active sur le marché de détail de la fourniture et de la pose de carrelage à obtenir un engagement de son fournisseur, qui lui promet en prévision d'un marché futur de lui livrer une quantité donnée d'un produit déterminé moyennant une réduction de prix comprise entre 5 et 7%. Michel Sutter explique encore que même si le marché n'est pas attribué à l'entreprise de détail concernée, elle touche une commission de la part de son fournisseur pour avoir placé le produit. Michel Sutter explique que ce système fonctionne sur base de la pratique consistant pour les bureaux d'architecte ou bureaux d'études en charge de dresser les bordereaux de soumission à s'informer auprès des professionnels du secteur, donc en l'espèce les entreprises de carrelage, sur les produits disponibles, ce qui permet aux entreprises de carrelage de suggérer des produits spécifiques aux fournisseurs avec lesquels ils traitent de gros volumes.

Ces explications sont confortées par un extrait d'un contrat conclu par la S.A. Carrelages Willy Pütz avec un fournisseur de carrelages en 2007, dont elle affirme qu'il est conclu de la même façon tous les ans, et dont il résulte que si le produit de ce fournisseur est mis en œuvre sur un chantier à la suite de l'intervention de l'entreprise de carrelage et que c'est celle-ci qui s'est vue confier le chantier, elle bénéficie d'une remise sur le produit, calculée en fonction de la quantité des produits concurrents et de la rentabilité, et que si c'est une autre entreprise de carrelage qui s'est vue confier le chantier, la première bénéficie d'une note de crédit dont le montant est établi sur base des mêmes critères. La S.A. Carrelages Willy Pütz explique cependant qu'en fait, ce mécanisme de remise ou de note de crédit n'a pas encore été mis en application à son profit.

Interrogée sur cette question en cours d'instruction, la S.A. Carrelages Willy Pütz ne l'aborde dans sa réponse du 15 novembre 2006 (question N° 12) que sous le seul aspect des contrats d'exclusivité qu'elle a conclus avec certains fournisseurs étrangers, respectivement des contrats d'exclusivité que ceux-ci ont conclus avec des entreprises belges auprès desquelles elle est alors obligée de s'approvisionner.

La S.A. Trierweiler explique dans sa réponse du 10 novembre 2006 à une demande de renseignements (question N° 12) que pour les soumissions publiques, elle propose presque toujours un produit moins cher que celui figurant dans le bordereau, et qu'elle sollicite auprès de son fournisseur un prix spécial, qui est fonction des quantités à réaliser et qui n'est valable que pour le marché en question. Elle explique qu'elle

effectue ces démarches auprès des producteurs ou des grossistes, auprès desquels ses concurrents n'ont que rarement la possibilité d'acheter.

Les autres entreprises ont dit au cours de l'instruction ignorer l'existence d'un tel système de « protection de chantier », certaines ayant même exprimé lors de l'audition leur étonnement face à de tels mécanismes qui ne leur auraient pas été dévoilés par leurs collègues.

68. L'Inspection de la concurrence estime qu'un accord tel que celui décrit par la S.A. Carrelages Willy Pütz serait de nature à restreindre la concurrence, dans la mesure où il procurerait à l'entreprise de détail un avantage, puisqu'elle obtiendrait une garantie sur les quantités et les prix, de préférence sur ses concurrents. Elle propose de retenir une infraction à la loi modifiée du 17 mai 2004 dans le chef de chacune des dix entreprises visées par la communication des griefs.

69. De prime abord, il y a lieu d'écarter du champ d'application de cette discussion toutes les entreprises, sauf la S.A. Carrelages Willy Pütz. Cette dernière est en effet la seule envers laquelle des éléments factuels ont été rassemblés par rapport à ce mécanisme.

Ensuite, et quant au principe, il faut retenir que la pratique relevée par l'Inspection de la concurrence s'inscrit dans le cadre d'une stratégie de distribution verticale entre producteur respectivement grossiste d'un côté et détaillant de l'autre côté. Or, contrairement aux accords horizontaux de fixation des prix ou de répartition des marchés, les accords de distribution verticale ne sont pas en règle générale anticoncurrentiels par objet, mais il convient d'en démontrer l'effet anticoncurrentiel.

Dès lors, et sans qu'il ne faille rechercher si l'accord sous examen remplit les conditions de l'article 5 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour pouvoir bénéficier le cas échéant d'une exemption sur base de la preuve de ses effets pro-concurrentiels, en se référant à cet effet le cas échéant aux dispositions du règlement (CE) N° 2790/1000 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, le Conseil retient qu'en ce qui concerne la S.A. Carrelages Willy Pütz, seule entreprise encore en cause à l'égard de ce grief, l'Inspection de la concurrence ne démontre pas d'effet anticoncurrentiel découlant des accords de « protection de chantier ». Des accords tel que celui décrit ne peuvent d'office être considérés comme étant anticoncurrentiels, au risque de devoir considérer comme étant anticoncurrentiel toute pratique, tout comportement ou tout accord qui procure à une entreprise un avantage purement commercial, de préférence sur ses concurrents, alors cependant que c'est là le principe de toute négociation commerciale, respectivement de tout comportement sur un marché, qui visent à se procurer de tels avantages par les mérites, qu'ils soient techniques ou commerciaux. Dès lors que de telles pratiques, comportements ou accords ne produisent pas d'effets anticoncurrentiels, notamment en entraînant un effet de forclusion par le fait d'empêcher les concurrents d'accéder aux mêmes sources d'approvisionnement, ils ne sont pas prohibés par le droit de la concurrence. Or, il résulte des explications fournies par la S.A. Carrelages Willy Pütz que les accords de « protection de chantier » qu'elle conclut avec un fournisseur n'empêchent pas par la suite une autre entreprise de se fournir avec le même produit auprès du même fournisseur. Ce fait est confirmé par les

modalités retenues dans le contrat versé au dossier par la S.A. Carrelages Willy Pütz lors de l'audition, qui prévoit expressément l'avantage purement pécuniaire dont cette dernière peut bénéficier dans la situation où le marché est attribué à une autre entreprise et que celle-ci s'approvisionne auprès du fournisseur en question.

Le Conseil retient donc l'absence d'infraction à la loi modifiée du 17 mai 2004 au titre de la pratique dénommée « protection de chantier ».

7.2. Les causes de justification alléguées : article 4 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence

70. Dès lors qu'un accord entre entreprises, une décision d'une association d'entreprises ou une pratique concertée relève de l'interdiction énoncée par l'article 3 de la loi de 2004, elle peut être exemptée de cette interdiction par application de l'article 4 de cette loi dès lors que la pratique en question remplit de façon cumulative les conditions y énoncées, à savoir :

- 1) qu'elle doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique
- 2) qu'elle doit réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte
- 3) qu'elle ne doit pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs
- 4) qu'elle ne doit pas donner à des entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause

La charge de la preuve des éléments requis pour démontrer que ces conditions sont remplies repose sur les entreprises concernées.

Au fil de la procédure, les entreprises intervenantes ont fait valoir deux arguments pour justifier leurs pratiques de concertation sur les marchés publics.

71. Le premier argument tient aux nécessités économiques ou techniques qui peuvent justifier la coopération étroite entre entreprises dans la mesure où elle peut engendrer des effets pro-compétitifs.

Cet argument a été examiné ci-dessus aux paragraphes N° 51 à 53 pour retenir qu'il peut justifier la coopération entre entreprises au sein d'une même association momentanée et pour écarter ces faits du domaine des griefs dans la présente affaire.

Il n'est cependant pas établi que les circonstances économiques, juridiques ou techniques de l'espèce exigeaient la concertation entre les différentes associations momentanées, ni que cette concertation répond aux conditions cumulatives de l'article 4 de la loi. Cette cause de justification est partant à écarter en ce qui concerne la concertation entre associations momentanées portant répartition des marchés et fixation des prix.

72. Le second argument est tiré par les entreprises de la lutte contre la concurrence émanant d'entreprises établies à l'étranger²⁹. Les entreprises expliquent dans ce cadre que sur les marchés publics (ainsi que sur les marchés privés), elles se trouvent en concurrence avec des entreprises établies au delà des frontières du pays, essentiellement en Allemagne, et qu'elles se trouveraient en situation défavorable par rapport à celles-ci en raison du fait que les entreprises luxembourgeoises sont tenues de respecter les termes de la convention collective de travail signée avec les organisations représentatives des salariés, qui établissent le niveau de rémunération des carreleurs à un haut niveau, alors cependant que les entreprises étrangères n'appliqueraient pas cette convention collective et rémunéreraient leurs salariés à un niveau nettement plus bas. Ainsi, les coûts de revient des entreprises étrangères seraient inférieurs aux leurs. Elles reprochent aux pouvoirs publics de ne pas avoir mis en œuvre les moyens de contrôle nécessaires pour éviter que les entreprises établies à l'étranger ne commettent des abus par rapport aux exigences de rémunération de leurs salariés.

Elles sont plusieurs à énoncer que leur concertation avait pour but « *de se protéger contre la concurrence étrangère* »³⁰, « *de s'entraider afin de faire face aux entreprises étrangères* »³¹, « *d'organiser une protection efficace à l'encontre de la concurrence étrangère* »³², respectivement que « *le seul but de la formation d'associations momentanées a été de parer au mieux à la concurrence étrangère attendue !* »³³, ou que « *leur entente tient au manque de protection des carreleurs luxembourgeois face à la concurrence déloyale des carreleurs allemands* »³⁴.

²⁹ Une explication relative à cet argument se trouve dans les documents suivants :

- PV de réception d'une demande de clémence du 12 décembre 2005 de la S.A. Carrelages Willy Pütz
- Pièces communiquées par la S.A. Carrelages Willy Pütz en date du 14 décembre 2005
- PV de réception d'une demande de clémence du 19 décembre 2005 de la s.à r.l. Maroldt
- PV de réception d'une demande de clémence du 13 février 2006 de la s.à r.l. Andreosso Carrelages
- Réponse de la s.à r.l. Maroldt du 4 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de Marc F. Decker du 6 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la S.A. Trierweiler du 10 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la s.à r.l. Andreosso Carrelages du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la S.A. Carrelages Willy Pütz du 15 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils de novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie du 7 mai 2007 en réponse à une décision de demandes de renseignements, question 18
- Réponse de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils du 12 octobre 2009 à la communication des griefs
- Réponse de la s.à r.l. Maroldt du 4 novembre 2009 à la communication des griefs
- Réponse de la S.A. Carrelages Wedekind du 12 novembre 2009 à la communication des griefs

³⁰ PV de réception d'une demande de clémence du 12 décembre 2005 de la S.A. Carrelages Willy Pütz.

³¹ Réponse de la s.à r.l. Andreosso Carrelages du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements.

³² Réponse de Me Fernand Entringer pour la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie du 28 octobre 2009 à la communication des griefs.

³³ Réponse de Marc F. Decker du 6 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 16.

³⁴ Réponse de la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils du 12 octobre 2009 à la communication des griefs. L'entreprise y écrit encore que « *certaines entreprises luxembourgeoises, ne pouvant compter sur la collaboration des autorités luxembourgeoises, ont tenté de se protéger par d'autres moyens* » et

D'autres sont moins explicites, en évoquant l'ouverture des frontières dans le marché intérieur et la responsabilité des politiques pour créer des conditions égales pour chaque entreprise³⁵.

73. Ces développements ne rencontrent à l'évidence pas les critères de justification économique énoncés par l'article 4 de la loi de 2004, de sorte que les comportements anticoncurrentiels des entreprises caractérisés ci-dessus ne sauraient bénéficier d'une exemption à ce titre. Dans la mesure toutefois où les développements des entreprises mettent en cause, du moins pour partie, des prétendues négligences de la part des pouvoirs publics qui les auraient mises dans une situation concurrentielle défavorable par rapport à leurs concurrents étrangers, il y aura lieu d'apprécier le mérite de ces affirmations au titre des circonstances atténuantes (voir ci-dessous aux paragraphes N° 104 et suivants).

8. Les sanctions

8.1. La cessation de la pratique illicite

74. L'Inspection de la concurrence a demandé dans la communication des griefs à ce que le Conseil exige sur base de l'article 10 de la loi de 2004 de la part des entreprises qu'elles s'abstiennent à l'avenir dans le cadre de soumissions publiques de tout accord, décision ou pratique concertée qui pourrait avoir un objet ou un effet similaire aux pratiques relevées par elle.

75. Dans la mesure où les entreprises sont déjà tenues par les articles 3 et 4 de la loi de ne plus s'engager à l'avenir dans de telles pratiques, de sorte que toute autre disposition imposée par le Conseil serait dénuée d'intérêt, et dans la mesure où la demande de l'Inspection se réfère à l'article 10 de la loi, le Conseil admet qu'elle s'inscrit dans le cadre d'une demande en cessation des pratiques incriminées.

Toutefois, les entreprises ont affirmé avoir cessé toute collaboration sur base du schéma tel que décrit dans la présente décision, et le Conseil ne dispose pas d'éléments permettant de conclure que tel ne serait pas le cas. Il ne paraît donc pas utile d'ordonner la discontinuation d'une pratique qui a cessé. Si les entreprises devaient reprendre une telle pratique, elles se trouveraient en état de réitération prévu par la loi à titre de circonstance aggravante.

que « ces ententes n'avaient pas pour but d'augmenter artificiellement les prix, ..., mais seulement de se protéger contre la concurrence étrangère, allemande en particulier ».

³⁵ Voir en ce sens :

- Attestation de Michel Sutter du 18 septembre 2006
- Réponse de la S.A. Altwies du 14 novembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la s.à r.l. Carrelages Bintz du 7 décembre 2006 à une demande de renseignements, question N° 11
- Réponse de la S.A. Carrelages Wedekind du 21 mai 2007 à une décision de demande de renseignements, question N° 11

8.2. La publication de la décision du Conseil

76. La s.à r.l. Maroldt a demandé à ne pas voir publiée la décision du Conseil à intervenir, surtout dans le cas où elle retiendrait une violation de la loi à l'encontre des entreprises et leur imposerait des amendes, puisqu'une telle décision serait susceptible de nuire à l'image de marque et à la réputation des entreprises concernées et de leurs dirigeants.

77. La publication des décisions du Conseil fait cependant partie intégrante de l'effet dissuasif que doivent produire ses décisions tant à l'encontre des entreprises directement visées qu'à l'égard de toutes autres entreprises, et du travail d'information et de sensibilisation du public et des entreprises.

A noter encore à cet égard que le projet de loi N° 5229 avait prévu que « *Les décisions du Conseil sont publiées dans un Recueil spécial* » (article 7, § 4) et que « *Le Conseil peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise* » (article 17, § 3). Ces dispositions ont été omises dans le texte adopté en fin de compte, non pas parce que des obstacles de principe s'opposeraient à la publication, le Conseil d'Etat ayant seulement appelé à la vigilance compte tenu du fait qu'une décision non définitive pourrait être de nature à créer un dommage commercial aux entreprises concernées, mais en considération du fait que la publication sur un support matériel serait dépassée et pourrait être utilement remplacée par une publication sur un site Internet (document parlementaire N° 5229⁹, page 8).

Compte tenu de l'intérêt suscité par cette affaire dans le public, compte tenu qu'il n'est pas inhabituel en toutes matières que des décisions non définitives soient publiées et compte tenu qu'aucun argument de poids ne commande en l'espèce de ne pas publier la présente décision tant qu'elle n'est pas définitive, le Conseil décide de publier la présente décision sur son site Internet et d'en assurer la diffusion par voie de communiqué de presse.

8.3. Les amendes

78. L'Inspection de la concurrence a demandé dans la communication des griefs à voir infliger sur base des articles 18 et 19 de la loi de 2004 des amendes aux entreprises auxquelles elle a adressé cette communication des griefs.

8.3.1. Opportunité des amendes

79. Un certain nombre d'entreprises ont fait valoir que selon l'article 18 de la loi modifiée de 2004, le Conseil de la concurrence « *peut* » infliger des amendes en cas d'infraction aux articles 3 à 5 de cette loi. L'amende ne serait donc pas une suite obligée du constat d'une infraction, mais le Conseil se verrait investi d'une faculté et

d'un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité d'imposer des amendes. Sur base de tout un ensemble de considérations, tenant notamment à l'absence d'intention de majorer artificiellement les prix et à la situation économique difficile, elles ont demandé au Conseil de faire fruit de cette faculté et de ne pas leur imposer d'amendes.

80. Toutefois, les amendes et les montants auxquels elles sont fixés répondent à un objectif de politique de dissuasion, en ce qu'elles doivent constituer une menace suffisamment grave afin d'une part de sanctionner les entreprises concernées et de les dissuader de s'engager à l'avenir dans des comportements anticoncurrentiels et d'autre part de dissuader toutes autres entreprises d'adopter ou de perpétuer un comportement anticoncurrentiel. Dès lors, surtout en présence d'une entente caractérisée telle que celle de l'espèce, dont le caractère illégal ne peut prêter à discussion, le Conseil estime indispensable d'imposer des amendes aux entreprises fautives.

8.3.2. Fixation des amendes

81. L'objectif de dissuasion doit être poursuivi dans le cadre des critères déterminés par l'article 18, paragraphe 2, alinéas 1 et 2 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, aux termes duquel les amendes doivent être fixées de façon motivée et individuelle pour chaque entreprise concernée, de façon à ce qu'elles soient proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à l'importance du dommage causé à l'économie, et à la situation de l'entreprise sanctionnée (ou du groupe auquel elle appartient)³⁶.

En tout état de cause, le montant de l'amende ne peut dépasser pour aucune des entreprises concernées le montant maximal tel que prévu par l'article 18, paragraphe 2, alinéa 3 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence, à savoir 10% 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.

82. Dans ce cadre, il faut tenir compte des circonstances atténuantes, qui sont des éléments particuliers à l'espèce qui sont de nature à engendrer une atténuation de la sanction. L'examen de la pratique décisionnelle d'autres autorités de concurrence permet de dégager à titre exemplatif et sans être exhaustif différentes circonstances, tel que la reconnaissance des faits, la collaboration volontaire et exhaustive à l'enquête au-delà des obligations légales, la preuve que l'infraction a été commise par négligence, la preuve que l'entreprise n'a pas intégralement mis en œuvre la pratique prohibée, le fait que le comportement en cause a été autorisé ou encouragé par les autorités publiques ou la réglementation.

L'Inspection de la concurrence n'a pas relevé de circonstances atténuantes, se bornant à préciser que la collaboration apportée par les entreprises se situait dans les limites de

³⁶ La loi énonce encore comme critère de référence la réitération de pratiques prohibées par la loi. En l'absence d'un quelconque élément indiquant une telle réitération, il n'y a pas autrement lieu d'analyser ce critère.

leurs obligations légales. Par la suite, le Conseil examinera les circonstances atténuantes dont ont fait état les entreprises.

Il faut en outre tenir compte le cas échéant des circonstances aggravantes, qui sont des éléments particuliers à l'espèce qui sont de nature à engendrer une aggravation de la sanction. L'examen de la pratique décisionnelle d'autres autorités de concurrence permet de dégager à titre exemplatif et sans être exhaustif différentes circonstances, tel que la connaissance par les entreprises du caractère illicite de leur comportement ou leurs qualifications qui font qu'elles ne pouvaient ignorer ce caractère illicite, la qualité de meneur, d'incitateur ou d'organisateur, le refus de coopérer à l'enquête ou l'obstruction formée au déroulement de l'enquête, les comportements visant à contraindre d'autres entreprises à participer à la pratique ou à sanctionner celles qui s'en écartent ou refusent de s'y associer.

L'Inspection de la concurrence a relevé au titre de circonstances aggravantes d'une façon générale pour toutes les entreprises que la concertation avait abouti à l'annulation de la procédure de soumission et d'une façon particulière en ce qui concerne la s.à r.l. Maroldt le fait qu'elle ait été incitateur et meneur de l'entente

83. Pour répondre aux exigences légales de motivation et d'individualisation, il y a lieu d'apprécier tous les critères qui influent sur la fixation du taux de l'amende, en distinguant entre ceux qui sont communs à toutes les entreprises, et ceux qui leurs sont particuliers.

8.3.2.1. Les critères communs à toutes les entreprises

84. Les critères légaux tenant à la gravité des faits retenus, à leur durée, à l'importance du dommage causé à l'économie et au concept du chiffre d'affaire sont communs à toutes les entreprises et peuvent faire l'objet d'une appréciation commune.

Certaines entreprises ont par ailleurs fait état de circonstances de fait, tenant au manque de réaction des pouvoirs publics face aux comportements qualifiés d'illégaux d'entreprises étrangères, qui peuvent le cas échéant valoir circonstances atténuantes. Compte tenu de l'incidence générale que les faits mis en avant peuvent avoir sur la situation du marché, il y a lieu de les apprécier à l'égard de toutes les entreprises, et non seulement à l'égard de celles qui en ont fait état.

Il convient aussi de prendre en considération dans le cadre de cette appréciation un certain nombre d'arguments présentés par une ou plusieurs entreprises, mais qui peuvent valoir le cas échéant pour toutes.

Finalement, il importe de prendre position sur la circonstance aggravante générale invoquée par l'Inspection de la concurrence.

8.3.2.1.1. Les critères légaux de fixation des amendes

8.3.2.1.1.1. La gravité des faits retenus

85. Le rôle du droit de la concurrence consiste à assurer le maintien de l'ordre public économique dans sa dimension concurrentielle, en s'assurant du libre jeu de la concurrence, respectivement en poursuivant, sanctionnant et mettant un terme aux pratiques des entreprises qui entravent ce jeu. Les comportements des entreprises sont nombreux et variés. Bon nombre d'entre eux relèvent d'une concurrence par les mérites, sont basés sur l'innovation ou une autre stratégie licite et n'ont pas besoin d'être appréhendés par les instruments du droit de la concurrence. Parmi les comportements répréhensibles, tous n'accusent pas le même degré de gravité. Mais plus un comportement est de nature à écarter ou à mettre entre parenthèses les mécanismes d'un fonctionnement normal des marchés, plus il doit être considéré comme étant grave.

86. En l'espèce, l'enquête a permis de caractériser une entente secrète horizontale entre entreprises portant sur des opérations de répartition de marchés et de concertation sur les prix. Une telle entente, communément désignée sous le vocable « cartel », constitue une des atteintes les plus graves aux règles de la concurrence dans la mesure où elle écarte le postulat essentiel à la base du fonctionnement concurrentiel des marchés, en ce que chaque entreprise doit déterminer son comportement en fonction de sa propre situation, et par voie de conséquence s'organiser de la façon la plus optimale possible afin d'assurer la pérennité de ses activités. Une telle entente a par définition un objet anticoncurrentiel³⁷.

A cela s'ajoute en l'espèce que cette entente a eu lieu dans le cadre d'une soumission publique, dont la législation elle-même repose sur les principes de la libre concurrence afin, dans l'objectif d'une saine gestion des finances publiques, de garantir aux pouvoirs publics les meilleures offres en termes de prix, respectivement de rapport qualité-prix. En se concertant dans un tel cadre, les entreprises ont nuit à la collectivité toute entière. Seul le respect des règles de concurrence garantit à l'acheteur public la sincérité de l'appel d'offres et la bonne utilisation de l'argent public. Les procédures de soumission publique reposent sur la loyauté des participants et une entente entre entreprises dans ce cadre est par nature grave, même en l'absence d'effet sensible sur le marché³⁸.

87. Le Conseil tient encore à relever la gravité du cartel sous examen, déduite du nombre important d'entreprises participantes, qui se trouvent au nombre de sept, et de leur part cumulée sur le marché. En appréciant leur participation à l'intégralité des

³⁷ Un auteur a ainsi pu écrire que « l'objectif poursuivi par les autorités de concurrence est toujours le même : la concurrence apparente qui se présente au maître d'œuvre doit être une concurrence réelle, dans laquelle chaque entreprise candidate a déterminé librement et de manière autonome le contenu de son offre ; toute autre situation constitue une tromperie au détriment du maître d'œuvre et cause un dommage à l'économie dès lors que la concurrence ne s'opère plus par le mérite ». F. Chaput, Répondre à un appel d'offres en groupement : efficace, mais risqué ..., in JCL Contrats, Concurrence, Consommation, août-septembre 2009, page 10, N° 6.

³⁸ Cour d'appel Paris 8 octobre 2008, Société SNEF, cité in Rapport annuel 2008 du Conseil de la concurrence français, page 266.

soumissions publiées par l'Etat pendant la période du 1^{er} janvier 2000 jusqu'à fin 2006, le Conseil relève non seulement que sur 24 procédures ouvertes à toutes les entreprises (dont 23 ont été adjudgées aux termes de la procédure ouverte), il n'y a eu que 23 entreprises différentes à avoir participé, dont les sept entreprises ayant participé à l'entente sanctionnée dans la présente décision, mais encore que sur un total de 109 offres soumises, 67 offres émanaient de ces sept entreprises, agissant soit seules, soit comme faisant partie d'une association momentanée. Sur une valeur totale de ces 23 marchés, calculée sur base des devis estimatifs, de 8.280.391€, elles se sont vues attribuer au total 12 marchés pour une valeur globale de 5.240.860€.

En y ajoutant les informations recueillies par l'Inspection de la concurrence auprès d'autres pouvoirs adjudicateurs (Fondation François Elisabeth, S.A. Dexia, Commune de Bettembourg, a.s.b.l. Luxembourg Alzheimer), le Conseil relève que sur 31 procédures ouvertes à toutes les entreprises (dont 29 ont été adjudgées aux termes de la procédure ouverte), il y a eu 39 entreprises différentes à avoir participé, dont les sept entreprises ayant participé à l'entente sanctionnée dans la présente décision, et que sur un total de 144 offres soumises, 92 offres émanaient de ces sept entreprises, agissant soit seules, soit comme faisant partie d'une association momentanée. Sur une valeur totale de ces 29 marchés, calculée sur base des devis estimatifs, de 15.074.327€, elles se sont vues attribuer au total 18 marchés pour une valeur globale de 9.665.649€.

Il en résulte que les sept entreprises retenues au titre de leur participation à l'entente détiennent ensemble une part non négligeable des activités dans les marchés publics de fourniture et de pose de carrelage.

88. La gravité du comportement retenu en l'espèce est encore accentuée par les moyens mis en œuvre, qui ont comporté non seulement une concertation en amont, mais également la présentation d'offres de couverture, élaborées par l'entreprise qui devait se voir adjudger le marché, ainsi que la poursuite de la concertation après que des soupçons aient pris jour dans le chef du pouvoir adjudicateur par le biais d'une concertation sur les justificatifs de prix sollicités par l'architecte.

89. Finalement, le Conseil tient à relever que le degré de gravité est accentué par le fait que l'entente portant sur le chantier « Cité judiciaire » était la continuation d'une stratégie de répartition des marchés publics mise en œuvre par les entreprises dès le début des années 2000 et devait se poursuivre pour les autres lots de ce chantier spécifique ainsi que pour d'autres chantiers.

Dans leurs demandes de clémence, la S.A. Carrelages Willy Pütz, et dans une moindre mesure la s.à r.l. Maroldt, ont expliqué les débuts et les mécanismes de la concertation entre entreprises dans le but de se répartir les marchés publics. Ces explications, qui ont été portées à la connaissance de toutes les parties impliquées, n'ont fait l'objet d'aucune contestation. Elles ont au contraire été implicitement reconnues par les reproches plus ou moins ouverts adressés à la S.A. Carrelages Willy Pütz d'avoir exposé ces faits dans le cadre de sa demande de clémence, ainsi que par le fait que l'essentiel, sinon l'exclusivité, des explications fournies par les parties ont porté sur ce qu'elles ont considéré comme étant des circonstances justificatives de leurs comportements.

Si ces considérations ne peuvent pas entrer en considération pour fixer la durée de l'entente établie sur base de l'instruction et sujet à sanction, ils convient toutefois de les considérer afin de tenir compte du fait que l'entente portant sur les lots du chantier « Cité judiciaire » n'était pas une action unique et isolée (voir aussi ci-dessus au paragraphe N° 55).

90. L'appréciation de la gravité des pratiques est d'un autre côté influencée favorablement au profit des entreprises par le fait que leur entente n'a pas eu pour objet ni pour effet d'entraîner une augmentation des prix proposés dans le cadre des deux procédures de soumission publique qui font l'objet de la présente procédure. Cette circonstance n'enlève pas à l'entente son caractère illégal, mais elle permet d'en atténuer la gravité (voir ci-dessus aux paragraphes N° 57 à 59).

91. Le Conseil déduit de l'ensemble de ces circonstances que le comportement adopté en l'espèce doit être qualifié de grave.

8.3.2.1.1.2. La durée des faits retenus

92. L'Inspection de la concurrence a initialement proposé de fixer la durée de l'infraction à la période du 14 avril 2005 au 3 octobre 2005, en expliquant qu'elle ne retenait au titre d'infraction à la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence que les seuls comportements en rapport avec les deux premières soumissions relatives au chantier « Cité judiciaire ». Par la suite, sur base des explications factuelles apportées au cours de l'audition, elle a déclaré vouloir fixer la période de référence du 13 juin 2005 au 3 octobre 2005

93. Compte tenu des éléments constitutifs de la violation de la loi telle que retenue par le Conseil, consistant en une entente en vue de fausser les soumissions publiques relatives au chantier « Cité judiciaire », il convient de fixer le début de l'infraction au 13 juin 2005, jour de la première réunion ayant eu effectivement pour finalité d'organiser l'entente relative à ce chantier.

Le Conseil considère cependant que cette entente n'a pas cessé avec la clôture de la procédure publique de soumission, mais a perduré au-delà de cette date du fait de l'exécution effective des marchés attribués aux entreprises et de leur volonté persistante à mettre à exécution l'entente. La véritable cessation de la volonté de participer effectivement à l'entente ne se situe qu'au jour des investigations auprès de trois entreprises en date du 7 décembre 2005, jour à partir duquel au moins ces trois entreprises ont clairement manifesté à travers leurs demandes de clémence leur intention de ne plus continuer à mettre en œuvre leur entente. Il convient de retenir la même date au profit de toutes les entreprises.

8.3.2.1.1.3. L'importance du dommage causé à l'économie

94. Dans sa réponse du 4 novembre 2009 à la communication des griefs, la s.à r.l. Maroldt aborde expressément cette condition en affirmant que l'entente constituée

entre les entreprises n'avait pas eu pour objet ni pour effet d'entraîner une augmentation artificielle des prix inclus dans les diverses soumissions, et que partant elle n'avait eu aucune incidence sur l'économie. Dès lors, il n'y aurait pas lieu d'imposer une amende.

Il a été retenu ci-dessus aux paragraphes N° 57 et suivants que l'entente, bien que comportant une concertation sur les prix, n'avait pas inclus d'élément de majoration de prix.

95. Toutefois, il faut relever que le dommage causé à l'économie qu'il convient de caractériser est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage du fait d'une éventuelle hausse des prix en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires, mais qu'il s'apprécie en fonction de l'entrave portée au libre jeu de la concurrence. Ainsi, le dommage causé à l'économie existe du seul fait que la pratique anticoncurrentielle constitue une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elle fausse le libre jeu³⁹.

Sur base de ces critères, il faut retenir que l'entente sur la répartition des marchés et sur les prix caractérisée en l'espèce a sans conteste possible causé un dommage à l'économie.

96. Par ailleurs, si la notion de « dommage causé à l'économie » peut être liée à la question de l'incidence à court terme de la pratique sur les prix sur le marché considéré, elle recouvre cependant aussi une réalité plus vaste en ce qu'il faut aussi prendre en considération les effets sur les prix à long terme, ainsi que sur d'autres paramètres.

Une pratique anticoncurrentielle du genre d'une entente secrète telle qu'en l'espèce portant sur la répartition de marchés est en effet de nature à avoir une incidence à long terme sur les prix des produits et services, ainsi que sur la qualité, la variété et le caractère innovant des produits et services offerts. En attribuant un nombre déterminé de contrats à chaque entreprise impliquée, irrespectueux de sa structure de coûts, de ses performances, de sa productivité et en fin de compte de sa compétitivité, de telles pratiques sont susceptibles d'assurer la subsistance de toutes les entreprises concernées et de conduire *in fine* à une allocation sub-optimale des ressources, engendrant par là à terme une augmentation des prix et/ou une diminution de la qualité et/ou une stagnation de l'innovation sur tous les marchés similaires, connexes ou associés dont tous les consommateurs subissent les conséquences en fin de compte.

C'est en ce sens que la pratique examinée en l'espèce, qui constitue en tout état de cause une entente de répartition de marchés et de fixation des prix, est de nature à produire des effets négatifs sur l'économie.

97. En examinant la notion de « dommage causé à l'économie », il y a encore lieu de prendre en considération d'autres circonstances propres au cas d'espèce. Ainsi, la pratique de concertation, prohibée par la législation sur les marchés publics (article 91 du règlement grand-ducal du 7 juillet 2003 portant exécution de la loi du 30 juin 2003

³⁹ Voir en ce sens la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, citée in Rapport annuel 2008 du Conseil de la concurrence français, page 269 et 270.

sur les marchés publics, en vigueur à l'époque des faits), et en dehors de toute considération tirée du droit de la concurrence, a eu pour effet de conduire à l'annulation de la soumission publique en cause. Cette annulation a engendré d'abord des frais administratifs et de gestion supplémentaires dans le chef du pouvoir adjudicataire qui a dû chercher une solution de remplacement, ensuite des délais dans l'exécution des travaux de carrelage qui ont pu influencer aussi bien sur l'organisation des travaux n'ayant pu avoir lieu qu'après finalisation des travaux de carrelage que sur l'organisation des entreprises chargées d'exécuter ces travaux avec de possibles répercussions sur d'autres chantiers, et finalement un coût des travaux plus élevé, puisque le pouvoir adjudicateur a dû se résoudre à conclure un marché après soumission restreinte pour un prix plus élevé que celui proposé par les deux associations momentanées dont la participation à une concertation était à cette époque évidente aux yeux du pouvoir adjudicateur.

Il est exact que ces effets trouvent leur cause directe dans l'annulation du marché public et ne peuvent être considérés comme étant la conséquence économique de l'entente entre entreprises. Dans la mesure toutefois où la cause de l'annulation est à rechercher dans la concertation entre les entreprises, prohibée tant par la législation sur les marchés publics que par celle sur la concurrence sur base de considérations qui sont du moins partiellement identiques, il est possible de retenir que les effets décrits ci-dessus trouvent leur origine du moins médiate dans la pratique concertée. Ces effets auraient pu être évités si les entreprises s'étaient abstenues de toute concertation préalable à la soumission des offres.

98. Finalement, pour caractériser le dommage causé à l'économie, il n'est pas sans intérêt de relever dans ce cadre sur base des chiffres déduits du décompte de la participation aux appels d'offres dont les données ont été rassemblées dans le cadre de la présente enquête⁴⁰, que les sept entreprises pour lesquelles une participation effective à l'entente est retenue semblent comprendre les entreprises luxembourgeoises spécialisées en pose de carrelage les plus importantes, et que leur comportement visant à mettre en place une entente anticoncurrentielle peut avoir valeur de mauvais exemple, non seulement dans leur secteur d'activité, mais également le cas échéant dans d'autres secteurs du bâtiment ou même au-delà.

99. Il résulte de ces développements que la pratique concrètement rapportée en cause à charge des entreprises a causé un dommage à l'économie. Ce constat à lui seul suffit à caractériser la condition légale posée à l'imposition d'une amende, sans qu'il ne soit besoin de concrètement chiffrer ou évaluer le dommage en question.

8.3.2.1.1.4. Le seuil maximal des amendes : le chiffre d'affaires de référence

100. Le montant maximal de l'amende est déterminé par la loi par référence au 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* ». Il importe donc de déterminer tant la période à prendre en

⁴⁰ Voir ci-dessus au paragraphe N° 86.

considération pour détecter le chiffre d'affaires le plus élevé, que les activités à prendre en considération pour être incluses dans le chiffre d'affaires de référence.

101. Les pratiques sanctionnées au titre de la présente décision n'ayant eu lieu qu'en 2005, ce sont les chiffres d'affaires réalisés au cours de cette année qui sont à prendre en considération pour évaluer le montant maximal.

102. La s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie a fait valoir dans sa réponse du 28 octobre 2009 à la communication des griefs que seul le chiffre d'affaires relatif aux travaux de pose serait à prendre en considération, à l'exclusion du commerce de produits de revêtement, qui ne serait pas concerné par le dossier.

Cet argument est matériellement inexact. D'une part, le marché N° 23/04 ne concernait pas seulement les opérations de pose, mais également la fourniture des matériaux. Il résulte encore concrètement des éléments de preuve apportés au dossier qu'un élément de l'entente de répartition du marché portait dans le cadre de cette soumission publique sur l'attribution du volet relatif à la fourniture des carrelages à la S.A. Carrelages Willy Pütz. De même, les autres marchés publics abordés au fil de l'instruction portaient tant sur les opérations de pose que sur la fourniture des produits.

103. Il y a donc lieu de prendre en considération le chiffre d'affaires des différentes entreprises relatif tant à la pose qu'à la fourniture de produits de revêtements. Dans la mesure où le comportement en cause ne concerne que ces activités, il y a cependant lieu de ne tenir compte que du chiffre d'affaires afférent, à l'exclusion des autres activités des entreprises.

Dans le cadre de l'instruction, elles ont été interrogées sur ce point, et elles ont fourni les données chiffrées suivantes :

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
s.à r.l. Andreosso Carrelages	2.414.275	2.876.875	3.096.812	3.224.686	3.551.085	4.099.328
s.à r.l. Carrelages Bintz	527.274	582.708	605.883	722.338	977.963	776.290 ⁴¹
s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r. l. & Cie	4.972.944	4.232.383	4.606.691	5.268.079	5.656.162	5.547.134
Marc F. Decker	1.550.000	1.865.000	1.856.000	2.080.000	2.065.000	2.915.000
s.à r.l. Maroldt	4.301.687	5.573.318	4.302.962	4.566.955	4.211.974	5.031.544
S.A. Carrelages Willy Pütz ⁴²	5.730.719	6.455.036	6.875.490	8.842.424	7.008.068	7.408.203
S.A. Carrelages Wedekind	1.872.794	2.335.454	2.233.082	1.929.550	2.731.554	2.920.667

⁴¹ Chiffre provisoire indiqué en janvier 2007.

⁴² Chiffre d'affaires total moins 5% représentant le volet « pierre naturelle ».

8.3.2.1.2. Les circonstances atténuantes communes aux entreprises

8.3.2.1.2.1. La circonstance atténuante tirée de l'absence de réaction des pouvoirs publics face aux pratiques de concurrents étrangers

104. Le cadre général de l'argumentation des entreprises a été exposé ci-dessus au paragraphe N° 72.

Dans les faits, les entreprises expliquent concrètement que d'un point de vue historique, la question a surgi lors de l'attribution de plusieurs marchés publics⁴³. Pour autant que des données sur ces chantiers ont pu être recueillies, leurs époques et entreprises attributaires peuvent être retracées comme suit :

- Nouveau Centre Hospitalier au Kirchberg
La Fondation François Elisabeth, en réponse à une demande de renseignements, expose que la soumission du Centre Hospitalier Kirchberg date du 15 mars 2001, et que le marché a été attribué à une entreprise allemande Simon qui avait présenté l'offre la moins chère. A cette procédure avaient encore participé l'entreprise allemande Knobe, l'entreprise allemande Weber et une association momentanée Maroldt/Decker/Pütz/Andreosso/Durosols
Lors de l'audition, la s.à r.l. Maroldt a situé ce chantier au mois de mai 2001.
- Clinique Saint Louis à Ettelbrück
Dans sa réponse du 15 novembre 2006 à une demande de renseignements, la S.A. Carrelages Willy Pütz situe le chantier de l'hôpital Saint Louis en l'an 2002. Lors de l'audition, elle a précisé que la soumission se situait au début de l'année 2002, et que le chantier avait été attribué à une entreprise allemande qui aurait offert un prix de 20 à 30% moindre au sien. Un courrier de réclamation de sa part au Ministre des Travaux Publics serait resté sans réponse.
- Nouveau Théâtre à Luxembourg
Lors de l'audition, la S.A. Carrelages Wedekind a situé ce chantier d'après ses souvenirs en 2003, et elle a expliqué avoir exécuté les travaux de carrelage. Dans la mesure où ce chantier est cité dans le courrier du 6 mai 2002 adressé au Ministre du Travail, on peut toutefois admettre que la S.A. Carrelages Wedekind fait erreur sur la date.
La s.à r.l. Maroldt a exposé qu'elle pense avoir été 2^e ou 3^e classée dans le cadre de cette procédure de soumission.
- Ecole à Niederanven
Aucune donnée n'a été fournie. Dans la mesure où ce chantier est cité dans le courrier du 6 mai 2002 adressé au Ministre du Travail, on peut admettre qu'il se situe avant cette date.
- Piscine de l'Ecole Européenne

⁴³ Dans un courrier au Ministre du Travail et de l'Emploi en date du 6 mai 2002, les entreprises S.A. Carrelages Willy Pütz, s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, s.à r.l. Maroldt et Marc F. Decker font état du Nouveau Centre Hospitalier au Kirchberg, de la Clinique Saint Louis à Ettelbrück, du Nouveau Théâtre à Luxembourg, d'une école à Niederanven et de la piscine de l'Ecole Européenne. Lors de sa demande de clémence présentée le 19 décembre 2005, la s.à r.l. Maroldt évoque les chantiers du lycée d'Esch-sur-Alzette, l'hôpital d'Ettelbrück et l'hôpital du Kirchberg. Dans sa réponse du 15 novembre 2006 à une demande de renseignements, la S.A. Willy Pütz cite notamment le chantier de l'Hôpital Saint Louis.

Lors de l'audition, le représentant du Ministre du Développement durable et des Infrastructures, Département des Travaux Publics, a situé ce chantier en 1998. Les travaux auraient été exécutés par l'entreprise Lang pour compte d'une grande association momentanée.

- Lycée d'Esch-sur-Alzette

D'après un relevé joint à la réponse du Ministre des Travaux Publics du 11 septembre 2007 à une demande de renseignements, la soumission du lycée à Esch-sur-Alzette date du 29 septembre 2003. Lors de l'audition, le représentant de ce Ministre a précisé qu'une première procédure, publiée le 27 février 2003, avait dû être annulée par suite d'un dépassement du devis, et que lors de la seconde publication du mois de septembre 2003, les travaux avaient été répartis en 3 lots, qui avaient été attribués en fin de compte à une entreprise allemande Knobe, une association momentanée Bintz/Trierweiler et une association momentanée Andreosso/Jacquemart/Lampertz/Trigatti/Bertrand.

Il résulte des réactions des entreprises lors de l'audition que c'est plus particulièrement le chantier du Nouveau Centre Hospitalier au Kirchberg qui a provoqué leur réaction, d'une part en raison du fait qu'il s'agissait d'un marché d'envergure et partant économiquement intéressant, d'autre part en raison du fait que malgré des irrégularités flagrantes au stade de la procédure de soumission, le marché aurait été attribué à une entreprise dont le dossier n'était pas en règle, et finalement en raison du fait que malgré la violation évidente de la législation sociale luxembourgeoise au stade de l'exécution des travaux, aucun contrôle étatique n'aurait été effectué sur le chantier. Les entreprises décrient ces comportements étatiques, qu'elles attribuent à la volonté de ne pas retarder encore plus un chantier qui aurait déjà accusé un retard d'une année sur le planning originaire. Dans une moindre mesure, le chantier de la Clinique Saint Louis à Ettelbrück a également été mis en avant.

105. Le Ministre du Développement durable et des Infrastructures a fait expliquer lors de l'audition que ces chantiers ne relevaient pas tous de sa compétence, et qu'il ne pouvait partant pas se prononcer sur la régularité des procédures telles que mises en œuvre. Il a encore dit ne pas pouvoir prendre position sur la question des contrôles de chantier relativement au respect de la législation sociale, cette compétence relevant du Ministre du Travail et de l'Inspection du Travail et des Mines. Il a toutefois relevé qu'il convenait de minimiser la crainte des entreprises à voir envahir le marché luxembourgeois, en relevant que dans le cadre des procédures de soumission publique relevant de sa compétence, environ 90% des marchés étaient attribués à des entreprises luxembourgeoises.

106. L'ensemble de ces éléments amènent à devoir analyser trois aspects particuliers, le premier tenant à l'envergure effective de la pénétration du marché luxembourgeois de la fourniture et de la pose de carrelage par des entreprises étrangères, le second tenant aux causes du succès éventuel de ces entreprises, notamment au regard du respect des normes juridiques luxembourgeoises dans le domaine du droit social et du droit du travail, et le troisième tenant au contrôle de l'application de ces normes.

107. Sur le premier aspect, le Conseil constate à l'analyse du relevé des soumissions publiques attribuées par l'Etat luxembourgeois entre 2000 et 2006

- qu'il y a eu un total de 24 procédures, représentant une valeur globale de 8.280.391€
- qu'il y a eu un total de 109 offres, dont 101 émanaient d'entreprises luxembourgeoises et 8 d'entreprises étrangères
- que dans 17 procédures (représentant en valeur la somme de 6.111.902€, soit 74% du total), uniquement des entreprises luxembourgeoises ont soumis des dossiers, et que dans 7 procédures seulement (représentant en valeur la somme de 2.168.489€, soit 26% du total) il y a eu des soumissions tant par des entreprises luxembourgeoises que par des entreprises étrangères
- que 22 marchés ont été attribués à des entreprises luxembourgeoises et 2 marchés ont été attribués à des entreprises étrangères (dont un a été attribué à la suite à un marché négocié)
- que les 22 marchés attribués à des entreprises luxembourgeoises représentent en valeur la somme de 6.962.776€ (soit 84% du total) et que les 2 marchés attribués à des entreprises étrangères représentent la somme de 1.317.615€ (soit 16% du total)

Lors de l'audition, il a été relevé que ces marchés ne représentaient pas l'intégralité des chantiers de fourniture et de pose de carrelage, mais qu'il fallait y inclure tous les chantiers mis en œuvre par des établissements publics ou par des opérateurs privés, qui très souvent représenteraient des marchés d'envergure intéressants d'un point de vue économique.

Il est certain que les soumissions publiques publiées par l'Etat n'embrassent pas l'intégralité du marché. Le Conseil considère cependant que sur une période prolongée, tel que six années en l'espèce, celles-ci fournissent un échantillon assez représentatif, tant en nombre qu'en envergure, face aux autres demandes d'offres qui, pour un opérateur privé, n'ont souvent qu'un caractère occasionnel.

Le Conseil est néanmoins en mesure de prendre en considération d'autres chiffres. D'une part, en ce qui concerne les six chantiers mis en avant par les entreprises comme ayant provoqué leur réaction, comprenant un total de 8 lots, 4 lots ont été attribués à des entreprises luxembourgeoises et 3 lots ont été attribués à des entreprises étrangères (ni le sort du 8^e lot, ni la valeur des différents lots n'ont pu être déterminés).

D'autre part, les investigations de l'Inspection de la concurrence ont été menées auprès de certains maîtres d'ouvrage, à savoir la Fondation François Elisabeth (pour le chantier de la clinique Bohler), la commune de Bettembourg (pour une école, une piscine et un hall sportif), la S.A. Dexia (pour deux chantiers dont des données concrètes ne sont disponibles que pour un seul) et l'a.s.b.l. Alzheimer Luxembourg (pour l'extension d'un foyer de jour). Ces chantiers, réalisés entre 2001 et 2004, dégagent les chiffres suivants :

- il y a eu un total de 7 procédures, représentant une valeur globale de 6.793.936€
- il y a eu un total de 35 offres, dont 30 émanaient d'entreprises luxembourgeoises et 5 d'entreprises étrangères
- dans 4 procédures (représentant en valeur la somme de 1.383.139€, soit 20% du total), uniquement des entreprises luxembourgeoises ont soumis des dossiers, et que dans 3 procédures (représentant en valeur la somme de

- 5.410.798€, soit 80% du total) il y a eu des soumissions tant par des entreprises luxembourgeoises que par des entreprises étrangères
- 5 marchés ont été attribués à des entreprises luxembourgeoises et 2 marchés ont été attribués à des entreprises étrangères (dont un a été attribué à la suite d'un marché négocié)
 - les 5 marchés attribués à des entreprises luxembourgeoises représentent en valeur la somme de 4.271.789€ (soit 63% du total) et que les 2 marchés attribués à des entreprises étrangères représentent la somme de 2.522.148€ (soit 37% du total)

Sur base de l'ensemble de ces chiffres, le Conseil ne saurait suivre le raisonnement des entreprises consistant à soutenir que le marché luxembourgeois se verrait ou se serait vu submergé par des offres émanant d'entreprises étrangères, ni encore moins que les attributions se seraient faites en grande ou majeure partie à celles-ci.

108. Quant au second aspect, dont l'incidence sur l'issue de l'analyse se trouve réduite par suite des constats et conclusions faits au regard du premier aspect, il semble indéniable qu'une entreprise qui paye un salaire déterminé à ses salariés se trouve en situation économique défavorable par rapport aux entreprises qui paient à leurs salariés, pour l'exécution du même travail, un salaire moindre. La première nommée subit un désavantage concurrentiel en termes de prix lors de la présentation d'offres et de devis aux clients potentiels.

Il est tout aussi certain que la convention collective de travail conclue en juin 1985 pour le métier de carreleur entre la fédération des entreprises de carrelage du Grand-Duché d'une part et le syndicat des carreleurs affilié à la confédération syndicale indépendante d'autre part, telle qu'amendée au fil du temps et déclarée d'obligation générale sur base de la loi du 12 juin 1965 concernant les conventions collectives de travail par règlement grand-ducal du 4 février 1986, s'impose à toute entreprise exécutant au Luxembourg des travaux couverts par ladite convention collective.

Toutefois, le Conseil constate que les entreprises restent en défaut d'avancer des éléments de preuve tangibles de nature à démontrer que les entreprises étrangères en général et les entreprises étrangères de carrelage en particulier auraient de façon constante, continue et régulière enfreint la législation sociale, et notamment les dispositions légales et conventionnelles luxembourgeoises relatives au salaire minimum à payer aux ouvriers. Si le Conseil n'écarte pas l'hypothèse que de telles infractions aient pu exister et peuvent encore exister, et si le Conseil peut concevoir que les entreprises concernées par la présente procédure puissent éprouver des difficultés à apporter de tels éléments de preuve concrets, il n'en reste pas moins que dans la mesure où leur défense repose en majeure partie sur cet aspect, elles ne peuvent pas se borner à procéder par affirmations et pétitions de principe, mais il leur appartient de démontrer avec un degré de probabilité suffisant non seulement que de telles infractions ont existé de façon sporadique, mais encore qu'elles étaient de pratique courante et partant de nature à fausser de ce fait le jeu normal de la concurrence. Tel n'est pas le cas.

109. Quant au troisième aspect, dont l'incidence sur l'issue de l'analyse se trouve réduite par suite des constats et conclusions faits au regard du premier et du deuxième aspect, le Conseil constate que la mission de faire respecter la législation du travail et

sociale relève de l'Inspection du Travail et des Mines depuis sa création par la loi du 4 avril 1974 portant réorganisation de l'Inspection du Travail et des Mines (article 1er : « ... *l'Inspection du Travail et des Mines est chargée notamment: a) d'assurer l'application des dispositions légales, réglementaires, administratives et conventionnelles relatives aux conditions du travail et à la protection des travailleurs salariés dans l'exercice de leur profession; ...* »). L'arsenal juridique mis à sa disposition a par la suite été amélioré par l'adoption et la mise en application de la loi du 20 décembre 2002 portant : 1. Transposition de la directive 96/71/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services; 2. Réglementation du contrôle de l'application du droit du travail.

Le Conseil ne dispose pas de données concrètes sur les ressources humaines et financières dont ladite Inspection disposait pour assurer l'exécution de ses missions dans ce cadre, si ce n'est pour constater que les rapports annuels de l'Inspection du Travail et des Mines des années 2007 et 2008 renseignent 14 respectivement 12 cas de rappel à l'ordre à l'égard d'entreprises pour application d'un salaire insuffisant, sans qu'il n'en résulte quels secteurs d'activité étaient concernés. Le Conseil admet cependant, et cela coule de source, qu'au fil du temps, toutes les entreprises, qu'elles soient luxembourgeoises ou étrangères, n'ont pas fait l'objet de contrôles réguliers en ce qui concerne l'observation des règles luxembourgeoises régissant le monde du travail, sans qu'on puisse de ce fait caractériser dans le chef de l'Etat un comportement ayant eu pour effet de générer ou de favoriser un comportement illégal de la part des entreprises étrangères.

110. En guise de conclusion, en l'absence d'éléments de preuve tangibles de nature à faire apparaître avec un degré de probabilité suffisant d'une part une pénétration importante sur le marché géographique luxembourgeois d'entreprises étrangères violant de façon constante le droit du travail luxembourgeois et d'autre part une carence flagrante, délibérée et de longue durée de la part des services étatiques compétents à l'effet de favoriser les prestations effectuées au Luxembourg par des entreprises étrangères au mépris de la législation luxembourgeoise et au détriment des activités des entreprises luxembourgeoises, le Conseil ne saurait accueillir l'argumentation des entreprises tenant au fait que le comportement de l'Etat les aurait obligé à s'organiser entre elles afin de rencontrer la concurrence prétendument déloyale exercée par les entreprises étrangères.

Finalement et pour être complet, si tant est-il qu'il faille trouver une justification des ententes mises en œuvre par les entreprises de carrelage à la suite de la concurrence exercée par les entreprises étrangères, qualifiée par elles de déloyale, et mise en exergue par référence aux chantiers cités par elles, le Conseil constate que ces chantiers se situent dans le temps entre les années 1998 et 2003, et que les entreprises ne démontrent pas - ni même n'avancent-elles - que les agissements des entreprises étrangères et leur emprise alléguée sur le marché luxembourgeois aurait perduré au-delà de cette époque de nature à justifier le maintien de leur entente au-delà de cette date.

8.3.2.1.2.2. La circonstance atténuante tirée de l'absence d'effet d'augmentation des prix offerts

111. Les entreprises ont insisté sur le fait que leur entente n'avait eu ni pour objet, ni pour effet d'opérer une augmentation artificielle des prix, qui auraient toujours été calculés au plus juste.

Il est exact que cette circonstance a été retenue ci-dessus aux paragraphes N° 57 à 59 comme étant factuellement exacte. Elle ne constitue cependant pas une circonstance atténuante, mais ne joue que sur la gravité de la violation de la loi (voir au paragraphe N° 90).

8.3.2.1.3. Arguments de défense divers

8.3.2.1.3.1. L'absence de différence entre une pratique consistant à créer une grande association momentanée regroupant toutes les entreprises et une pratique consistant à créer plusieurs petites associations momentanées regroupant *in fine* toutes les entreprises

112. Un certain nombre d'entreprises ont expliqué que pour le chantier « Cité judiciaire », les entrepreneurs de gros-œuvre établis au Luxembourg s'étaient réunis tous en une seule association momentanée, sans que cette pratique n'ait apparemment donné lieu à contestations ou critiques de la part de l'autorité adjudicatrice ou de l'Inspection de la concurrence. Sur base de ce constat, elles s'interrogent d'une part sur une éventuelle inégalité de traitement entre carreleurs et entrepreneurs, et d'autre part sur les raisons qui feraient apparaître comme étant anticoncurrentielle une pratique consistant à constituer plusieurs petites associations momentanées, alors que telle ne serait pas le cas pour une pratique consistant à créer une grande association momentanée unique regroupant tous les acteurs du marché.

113. En réponse à cette argumentation, il convient de relever de prime abord que même à supposer que les deux situations visées seraient identiques au départ et auraient par la suite subi un traitement différent en termes de poursuites, cela n'empêcherait pas le Conseil de décider actuellement par rapport aux faits qui sont reprochés aux entreprises de carrelage.

Le Conseil rappelle ensuite que toute collaboration entre entreprises par le biais d'associations momentanées ou d'autres structures n'est pas *ipso facto* admise comme échappant à l'application du droit de la concurrence, mais que cette collaboration, dans la mesure où elle comporte un objet ou un effet anticoncurrentiel, n'échappe à toute sanction que sous la condition nécessaire qu'elle entraîne par ailleurs des effets proconcurrentiels qui prévalent sur les effets anticoncurrentiels, et que cette appréciation doit se faire d'une façon globale en prenant en compte tout le contexte juridique et économique dans lequel s'inscrit la collaboration (voir ci-dessus aux paragraphes N° 50 et suivants).

Or, s'il a pu exister en l'espèce une justification économique à l'effet de constituer une association momentanée unique entre tous les entrepreneurs de gros-œuvre, élément qu'il n'appartient pas en l'état actuel au Conseil à apprécier, il est certain qu'une telle justification faisait défaut en ce qui concerne les travaux de carrelage. Ce fait a été admis par les entreprises de carrelage dans le cadre de la présente procédure, dès lors qu'elles ont exposé que le projet initial de constituer une association momentanée unique avait été laissé tomber suite à l'éclatement des travaux en plusieurs lots, la voie d'une association unique ne donnant dès lors plus de sens.

8.3.2.1.3.2. Imputabilité : l'absence d'autonomie et d'indépendance des entreprises

114. La s.à r.l. Andreosso Carrelages a fait valoir lors de l'audition que la violation du droit de la concurrence ne pourrait être que l'œuvre d'entreprises agissant de façon indépendante et autonome. Or, les entreprises concernées par la présente procédure se seraient vues soumises à une forte contrainte en vue d'assurer leur survie et le maintien des emplois, du fait des agissements des entreprises de carrelage étrangères, qui leur auraient ôté toute indépendance et autonomie. Il ne serait partant pas possible de leur imputer une violation du droit de la concurrence.

115. Cet argument doit être écarté. D'une part, il résulte des développements exposés ci-dessus au paragraphe N° 104 que les éléments factuels invoqués par les entreprises dans le cadre de la présente procédure en ce qui concerne l'incidence des entreprises étrangères sur le marché de la fourniture et de la pose de carrelage n'atteignent pas l'ampleur décrite par elles. D'autre part, et même à supposer que ces éléments factuels aient atteint cette ampleur, il n'en serait pas résulté une annihilation complète de l'autonomie des entreprises. La preuve en est notamment que d'autres entreprises de carrelage établies au Luxembourg ne semblent pas s'être jointes à l'entente actuellement examinée, et que rien n'indique qu'elles se seraient concertées pour en établir une seconde.

8.3.2.1.3.3. La crise économique et la situation financière des entreprises

116. La s.à r.l. Andreosso Carrelages, la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie, la s.à r.l. Carrelages Willy Lang & Fils et la s.à r.l. Maroldt ont fait valoir dans le cadre de leurs réponses écrites à la communication des griefs que l'économie en général et le secteur du bâtiment public en particulier se trouveraient en situation de crise, et qu'il conviendrait en raison de ce fait soit de faire abstraction du prononcé d'une amende, soit de se limiter à l'imposition d'une amende limitée dans son montant. Une amende trop élevée reviendrait à mettre en péril la situation financière et partant la survie de ces entreprises. La même argumentation a été reprise lors de l'audition par la s.à r.l. Carrelages Bintz et Marc F. Decker.

117. Aucune de ces entreprises n'a cependant fourni de quelconques éléments d'appréciation permettant au Conseil de se faire une idée sur la réalité d'une

éventuelle situation financière difficile. Les éléments factuels se trouvant à la base de leur argument ne sont partant pas établis.

A cela s'ajoute que le Conseil n'est pas soumis à l'obligation de prendre en compte, pour la fixation du montant de l'amende, les difficultés financières d'une entreprise. Procéder de la sorte reviendrait à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées aux conditions du marché⁴⁴.

Il n'y a partant pas lieu de donner suite à cet argument.

8.3.2.1.4. Les circonstances aggravantes communes aux entreprises

118. L'Inspection de la concurrence a souligné dans sa communication des griefs qu'il fallait considérer comme circonstance aggravante le fait que l'entente entre les entreprises avait entraîné l'annulation de la procédure de soumission publique, avec comme corollaire des difficultés au niveau de l'attribution subséquente du marché qui auraient retardé le démarrage des travaux.

119. Ces éléments ne constituent cependant pas une circonstance aggravante de la violation de la loi, mais en sont les conséquences plus ou moins immédiates et ont été pris en considération ci-dessus au paragraphe N° 97 pour caractériser l'atteinte à l'économie engendrée par la pratique concertée.

8.3.2.2. L'individualisation de la situation des entreprises

Le critère légal de la situation de l'entreprise fait appel à une individualisation de l'amende, en tenant compte notamment de la taille de l'entreprise, qui se détermine en fonction de son chiffre d'affaires, des circonstances aggravantes ou atténuantes qui peuvent le cas échéant être retenues à titre individuel à son encontre, ainsi que de tout autre élément pertinent résultant des pièces du dossier. Dans ce cadre, il convient de prendre en compte les éventuelles procédures de clémence.

8.3.2.2.1. La s.à r.l. Andreosso Carrelages

120. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances atténuantes ou aggravantes.

⁴⁴ Voir en ce sens CJCE 8 novembre 1983, IAZ e.a./Commission, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, points 54 et 55 ; TPICE 14 mai 1998, Fiskeby Board/Commission, T-319/94, Rec. p. II-1331, points 75 et 76, et TPICE 14 mai 1998 Enso Española/Commission, point 393 supra, point 316 ; TPICE 25 octobre 2005 Danone, T-38/02, point 414.

8.3.2.2.1.1. Le programme de clémence

121. La demande de clémence présentée par la s.à r.l. Andreosso Carrelages en date du 13 février 2006 avait fait l'objet d'un avis de clémence négatif du 27 juin 2006, au motif que l'entreprise ne remplissait pas notamment la condition d'avoir apporté des éléments d'information présentant une plus-value par rapport aux éléments dont les autorités avaient connaissance au moment de sa démarche, le simple d'aveu d'avoir participé à une entente anticoncurrentielle ne remplissant pas ces caractéristiques.

Cet avis a fait l'objet d'un recours devant les juridictions administratives, qui a été définitivement toisé par arrêt de la Cour administrative du 24 janvier 2008, déclarant le recours irrecevable pour être dirigé contre un acte préparatoire à la décision finale statuant après achèvement de l'instruction sur l'infraction au droit de la concurrence et imposant le cas échéant une amende.

122. La s.à r.l. Andreosso Carrelages fait actuellement valoir, dans sa réponse du 13 octobre 2009 à la communication des griefs et lors de l'audition, qu'elle remplirait toutes les conditions pour pouvoir bénéficier de l'immunité en ce que

- elle aurait régulièrement fourni à l'Inspection la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession concernant l'entente visée
- elle aurait apporté une collaboration totale et permanente à l'instruction. D'autres entreprises n'ayant pas fait de même, il ne saurait être exclu que sa participation a apporté une plus-value au dossier
- elle aurait mis fin à la violation de la loi au plus tard le 15 décembre 2005
- elle ne serait pas l'instigateur de l'entente.

123. En réponse à ces arguments, il y a lieu de dire que les conditions initiales d'octroi de la clémence, et notamment la question de la plus-value apportée par les éléments d'information fournis par l'entreprise, s'apprécient au jour de la présentation de la demande. Pour la période postérieure, l'entreprise est tenue de par la loi à une obligation de coopération impliquant notamment qu'elle fournisse toute information utile à l'instruction en sa possession. Tous faits postérieurs à la présentation de la demande de clémence restent donc sans influence sur celle-ci, sauf à pouvoir être pris en considération le cas échéant au titre des circonstances atténuantes. Il en résulte que l'argumentation de la s.à r.l. Andreosso Carrelages relative à la coopération apportée par elle au cours de l'instruction reste sans incidence sur l'octroi ou le refus de la clémence.

Pour le surplus, la s.à r.l. Andreosso Carrelages n'apporte et n'allègue pas d'éléments de nature à démontrer que l'appréciation portée par le Conseil de la concurrence dans son avis de clémence du 27 juin 2006 serait erronée. Il importe au contraire de confirmer que les éléments factuels fournis lors de la présentation de sa demande de clémence étaient déjà à la connaissance de l'Inspection de la concurrence par le biais de la plainte déposée le 9 novembre 2005 par le Ministre des Travaux Publics et par le biais de la demande de clémence présentée le 7 décembre 2005 par la S.A. Carrelages Willy Pütz.

8.3.2.2.1.2. L'amende

124. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de la s.à r.l. Andreosso à 25.000 euros.

8.3.2.2.2. La s.à r.l. Carrelages Bintz

125. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances aggravantes.

8.3.2.2.2.1. Les circonstances atténuantes

126. La s.à r.l. Carrelages Bintz explique qu'après annulation du marché relatif au lot N° 23/04, elle a travaillé en tant que sous-traitant pour l'association momentanée Altwies/Lang qui s'est vue attribuer ce marché. Or, il serait illogique qu'elle se voie condamnée aujourd'hui en raison d'une participation à une entente, alors qu'il avait été considéré à l'époque qu'elle n'avait rien à se reprocher et avait de ce fait été admise à agir comme sous-traitant. Sur base de ces explications, elle demande à voir retenir qu'elle n'a pas enfreint le droit de la concurrence.

127. Cet argumentaire ne peut être retenu, alors que d'une part et par principe, une autorité administrative telle que le Conseil n'est pas liée par une appréciation portée par une autre autorité administrative et que d'autre part, même à supposer qu'il puisse être lié en principe, tel ne saurait être le cas si les deux autorités ne font pas porter leur appréciation sur base des mêmes éléments factuels. Or, les informations à la disposition du Ministre des Travaux Publics en 2005 étaient manifestement moins étendues que celles rassemblées jusqu'à aujourd'hui dans le cadre du dossier d'application du droit de la concurrence.

8.3.2.2.2.2. L'amende

128. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de la s.à r.l. Carrelages Bintz à 15.000 euros.

8.3.2.2.3. La s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie

129. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances atténuantes ou aggravantes.

130. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de la s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r.l. & Cie à 25.000 euros.

8.3.2.2.4. Marc F. Decker

131. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances aggravantes.

8.3.2.2.4.1. Les circonstances atténuantes

132. Dans sa réponse du 28 septembre 2009 à la communication des griefs, Marc F. Decker demande à pouvoir bénéficier du programme de clémence alors qu'il devrait bénéficier de circonstances atténuantes.

133. En réponse à cette demande, il faut d'abord souligner que l'application du programme de clémence et les circonstances atténuantes relèvent de deux mécanismes différents. Le programme de clémence et l'immunité respectivement la réduction d'amende qui en font partie inhérente sont destinés à exempter totalement ou partiellement l'entreprise qui apporte avant toute investigation ou en début d'investigation des éléments de preuve qui sont de nature à permettre aux autorités de concurrence de cibler leur enquête. La notion de circonstances atténuantes par contre fait référence à tout un ensemble d'éléments circonstanciels, contemporains à la violation de la loi ou au déroulement de l'infraction, qui peuvent influencer favorablement sur l'appréciation que le Conseil porte sur le montant de l'amende à imposer à l'entreprise. Il appartient à l'entreprise concernée d'invoquer tout élément utile en ce sens.

134. Dans le cadre de l'appréciation des circonstances atténuantes, il convient donc d'examiner si les différents éléments avancés par Marc F. Decker peuvent influencer favorablement sur la fixation de l'amende devant être mise à sa charge.

A cet égard, il fait valoir avoir été le premier à s'être mis en rapport avec le Président du Conseil de la concurrence en février 2006, à avoir été le premier à avoir sollicité une entrevue avec l'Inspection de la concurrence et à avoir été le premier à avoir soumis ses réponses à la demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence.

Les deux premiers points sont d'une part matériellement inexacts, d'autres entreprises ayant été en rapport avec le Conseil, son Président, l'Inspection et son rapporteur général dans le cadre des demandes de clémence. Ils sont d'autre part inopérants, ces faits, même à les supposer établis, n'étant pas de nature à influencer favorablement sur l'appréciation de la situation individuelle de l'entreprise, alors qu'ils n'atténueraient

pas la responsabilité de Marc F. Decker dans la violation de la loi et qu'ils n'auraient pas influé favorablement sur le déroulement de l'enquête. Le troisième point, bien que matériellement exact, n'a pas d'incidence non plus, puisque le simple fait d'avoir exécuté une obligation légale endéans les délais fixés avant les autres entreprises ne saurait être considéré comme circonstance atténuante.

8.3.2.2.4.2. Le programme de clémence

135. Dans un courrier adressé en date du 31 octobre 2006 au rapporteur général de l'Inspection de la concurrence, l'avocat de Marc F. Decker confirme un rendez-vous pris pour les jours suivants et explique que son client « *n'a aucune responsabilité dans ce dossier mais si tel ne s'avérait pas exact, nous souhaitons éventuellement bénéficier de l'application de l'article 19 de la loi en vue de la clémence de la décision à intervenir* ».

Le Conseil de la concurrence n'ayant à aucun moment été saisi d'une demande en vue de l'adoption d'un avis de clémence à l'égard de Marc F. Decker, il faut admettre que cette déclaration d'intention n'a pas été suivie d'effet.

136. Dans la mesure cependant où Marc F. Decker refait état de la procédure de clémence dans sa réponse du 28 septembre 2009 à la communication des griefs en demandant à y être admis, il y a lieu d'y répondre en disant que l'article 19, paragraphe 2 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence dispose que la réduction d'amende peut être accordée à l'entreprise qui dénonce une entente « *avant l'envoi d'une communication des griefs* ». La demande actuelle de Marc F. Decker étant postérieure à la communication des griefs, elle ne peut être accueillie.

8.3.2.2.4.3. L'amende

137. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de Marc F. Decker à 20.000 euros.

8.3.2.2.5. La s.à r.l. Maroldt

138. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances atténuantes.

8.3.2.2.5.1. Les circonstances aggravantes

139. L'Inspection de la concurrence demande à voir retenir à charge de la s.à r.l. Maroldt la qualification d'incitateur et de meneur de l'entente, ce en considération du fait que les réunions avaient eu lieu à son siège et que son gérant Christian Maroldt procédait à la convocation des réunions.

La s.à r.l. Maroldt pour sa part explique ces faits, qui ne sont pas contestés en tant que tels, par la circonstance que ses locaux sont situés géographiquement de façon centrale, ce qui facilitait les déplacements des autres entrepreneurs, sans qu'elle n'ait pris une part déterminante dans l'organisation de l'entente.

140. Le Conseil constate que les locaux de la s.à r.l. Maroldt sont effectivement situés près de la capitale et admet, même si cette localisation ne se trouve pas au centre du pays, que cela a pu faciliter les trajets des autres participants. Le fait que les réunions aient eu lieu à cet endroit peut donc trouver une explication autre que celle que la s.à r.l. Maroldt était meneur de l'entente, de sorte que le Conseil n'est pas amené à retenir cette qualification dans le chef de la s.à r.l. Maroldt.

Par ailleurs, dans la mesure où le Conseil retient que l'entente portant sur les divers lots relatifs au chantier « Cité judiciaire » qui fait concrètement l'objet de la présente procédure s'inscrivait dans une stratégie plus vaste et plus ancienne, remontant au début des années 2000, et qu'il ne peut plus être déterminé quelle entreprise avait précisément pris à l'époque l'initiative de lancer les concertations entre entreprises, il n'est pas démontré que la s.à r.l. Maroldt ait revêtu la position d'incitateur.

8.3.2.2.5.2. Le programme de clémence

141. La demande de clémence présentée par la s.à r.l. Maroldt en date du 19 décembre 2005 avait fait l'objet d'un avis de clémence négatif du 21 juin 2006, au motif que l'entreprise ne remplissait pas notamment la condition d'avoir apporté des éléments d'information présentant une plus-value par rapport aux éléments dont les autorités avaient connaissance au moment de sa démarche, le simple d'aveu d'avoir participé à une entente anticoncurrentielle ne remplissant pas ces caractéristiques.

Cet avis n'a pas fait l'objet d'un recours devant les juridictions administratives.

La s.à r.l. Maroldt fait cependant actuellement valoir qu'elle remplirait toutes les conditions légales pour se voir reconnaître le bénéfice de la clémence, en ce que

- elle aurait fourni la totalité des éléments de preuve et des informations en sa possession. A cet égard, elle fait notamment valoir que l'octroi de la clémence n'est pas conditionné par l'apport d'une plus-value dans les renseignements fournis par elle. Une telle condition ne serait pas prévue par la loi.
- elle aurait apporté une coopération totale et permanente jusqu'à l'adoption d'une décision finale
- elle aurait mis fin à sa participation à l'entente au plus tard au moment où elle l'a portée à la connaissance des autorités de concurrence
- elle n'aurait pas contraint d'autres entreprises à participer à l'entente.

142. En réponse à ces arguments, il y a lieu de dire d'une façon générale que les conditions initiales d'octroi de la clémence, et notamment la question du contenu et l'ampleur des éléments d'information fournis par l'entreprise à l'appui de la demande de clémence, s'apprécient au jour de la présentation de la demande.

Il est inhérent au mécanisme de la clémence qu'une des caractéristiques essentielles de ces éléments d'information est qu'ils apportent à la connaissance des autorités de concurrence des informations dont celles-ci n'avaient pas encore connaissance, en d'autres termes qu'ils apportent une plus-value. La philosophie générale qui se trouve à la base des programmes de clémence consiste en effet à faciliter la découverte des ententes anticoncurrentielles entre entreprises, respectivement de faciliter l'instruction des dossiers soumis aux autorités de concurrence par la fourniture d'informations ignorées, en contrepartie de quoi les entreprises en question peuvent bénéficier soit d'une immunisation totale lorsque les autorités n'avaient encore aucune information, soit d'une réduction partielle lorsque les autorités disposaient déjà de certaines informations. Le fait de fournir des informations qui étaient déjà à la connaissance des autorités de concurrence n'est pas de nature à permettre la découverte d'une violation de la loi ou de faciliter l'enquête. Il n'existe aucune justification objective pour faire bénéficier l'entreprise dans un tel cas de figure du mécanisme institutionnel de la clémence⁴⁵.

L'exigence d'une plus-value du contenu des informations fournies résulte aussi du texte de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence. Elle est exprimée clairement dans la loi dans le cadre du premier cas de figure relatif à l'immunité (« ... *dénoncer une entente sur l'existence de laquelle ni le Conseil ni l'Inspection ne disposent d'informations* »). Elle est implicitement formulée dans le deuxième cas de figure relatif à la réduction par l'emploi du verbe « dénoncer » (« ... *une entreprise ... dénonce une entente ...* »). D'après le Petit Robert, ce terme signifie tant en langage courant qu'en langage littéraire « *faire connaître* », ce qui implique nécessairement que le destinataire de l'information n'en avait pas connaissance. L'ouvrage « *Vocabulaire juridique* » publié sous la direction de Gérard Cornu définit la dénonciation comme étant la « *déclaration écrite ou orale par laquelle une personne informe les autorités judiciaires de la commission d'un acte délictueux* ». Or, le fait d'informer quelqu'un de quelque chose implique que celui-ci n'en avait pas encore connaissance.

Même à supposer qu'il faille admettre que la loi ne formule pas l'exigence à charge du demandeur en clémence d'apporter une valeur ajoutée par les informations qu'il

⁴⁵ L'exigence est formellement exprimée par les programmes de clémence appliqués par d'autres autorités de concurrence. Pour n'en citer que quelques uns:

- Article 464-2 du Code de commerce français
- Point 5 de la Bekanntmachung du Bundeskartellamt über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen
- Article 49 sur la loi belge sur la protection de la concurrence économique et Point 15 de la Communication du Conseil de la concurrence sur l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires dans les affaires portant sur des ententes
- Point 24 de la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOCE C298 du 8 décembre 2006
- Point 5, 7 et 10 du Programme modèle du Réseau Européen de la Concurrence en matière de clémence.

fournit aux autorités de concurrence, il n'en reste pas moins que la loi permet au Conseil de la concurrence d'imposer cette exigence dans le cadre du pouvoir d'appréciation dont il dispose. Cette conclusion se dégage de la genèse du texte de loi. Le projet de loi initial était tenu en termes impératifs : « *Le Conseil exempte ...* », « *Le Conseil réduit ...* ». Le Conseil d'Etat en avait déduit une obligation à charge du Conseil d'exempter de l'amende ou de la réduire, et avait soulevé que cela pourrait conduire à des solutions non justifiées. Il avait proposé d'en faire une possibilité, ce qui a conduit aux formulations finalement retenues dans la loi (« *Le Conseil peut exempter ...* », « *Le Conseil peut réduire ...* »). Les entreprises ne sont donc jamais en droit d'exiger le bénéfice de la clémence, mais le Conseil de la concurrence dispose d'une certaine latitude, qu'il entend exercer en imposant de façon uniforme à l'égard de toutes les entreprises l'exigence que les informations fournies à l'appui de la demande de clémence apportent une plus-value par rapport aux informations d'ores et déjà en la possession des autorités.

143. L'avis de clémence du 21 juin 2006 avait déjà pris position en ce sens, et la s.à r.l. Maroldt n'apporte et n'allègue pas d'éléments de nature à démontrer que l'appréciation portée par le Conseil de la concurrence dans cet avis de clémence aurait été erronée. Il importe au contraire de confirmer que les éléments factuels fournis lors de la présentation de sa demande de clémence étaient déjà à la connaissance de l'Inspection de la concurrence par le biais de la plainte déposée le 9 novembre 2005 par le Ministre des Travaux Publics et par la demande de clémence présentée le 7 décembre 2005 par la S.A. Carrelages Willy Pütz. Il n'y a donc pas lieu d'admettre actuellement la s.à r.l. Maroldt au bénéfice de la clémence.

8.3.2.2.5.3. L'amende

144. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de s.à r.l. Maroldt à 25.000 euros.

8.3.2.2.6. La S.A. Carrelages Willy Pütz

145. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances atténuantes ou aggravantes.

8.3.2.2.6.1. Le programme de clémence

146. La demande de clémence présentée par la S.A. Carrelages Willy Pütz en date du 7 décembre 2005 avait fait l'objet d'un avis de clémence positif du 1^{er} juin 2006. Il importe au stade actuel de vérifier sur base du dossier d'instruction tel que soumis au Conseil si, au-delà de l'appréciation *prima facie* dont ont pu faire l'objet les conditions initiales lors de la présentation de la demande de clémence, le respect tant

de ces conditions initiales que de celles imposées à l'entreprise en cours d'instruction peut être vérifié.

L'article 19, § 3 de la loi modifiée du 17 mai 2004 relative à la concurrence soumet l'octroi de la réduction d'amendes aux conditions suivantes :

- l'entreprise demanderesse doit fournir aux autorités de concurrence l'intégralité des informations et éléments de preuve dont elle dispose.

Si la demande de clémence est présentée, tel qu'en l'espèce, par rapport à une entente dont les autorités de concurrence avaient déjà connaissance, la réduction n'est accordée que pour autant que les informations ou éléments de preuve fournis ont apporté une plus-value par rapport aux éléments qui étaient déjà en la possession des autorités de concurrence. Il faut que par leur nature ou leur degré de précision, ces informations renforcent la capacité des autorités à établir l'existence et/ou l'étendue de l'entente.

L'avis de clémence du 1^{er} juin 2006 avait retenu

- que rien n'indiquait à cette époque que la S.A. Carrelages Willy Pütz n'ait pas fourni aux autorités toutes les informations et tous les éléments de preuve à sa disposition.

Cette appréciation *prima facie* peut être confirmée sur base du dossier d'instruction.

- que les informations et éléments de preuve fournis permettaient effectivement à l'Inspection de la concurrence de conduire ses investigations de façon plus concrète et étendue et que ces informations et éléments de preuve apportaient donc un éclairage supplémentaire sur les pratiques en cause par rapport aux données à la connaissance de l'Inspection.

Cette appréciation *prima facie* peut être confirmée sur base du dossier d'instruction.

- l'entreprise demanderesse doit mettre fin à sa participation à l'entente concernée au plus tard au moment où elle en informe les autorités de concurrence.

L'avis de clémence du 1^{er} juin 2006 avait retenu que rien n'indiquait à cette époque que la S.A. Carrelages Willy Pütz n'ait pas cessé sa participation à l'entente en question au plus tard le 7 décembre 2005.

Cette appréciation *prima facie* peut être confirmée sur base du dossier d'instruction.

- l'entreprise ne doit pas avoir contraint d'autres entreprises, par sa puissance économique ou de toute autre manière, à participer à l'activité illégale

L'avis de clémence du 1^{er} juin 2006 avait retenu qu'il ne résultait d'aucun élément soumis à cette époque au Conseil que la S.A. Carrelages Willy Pütz ait contraint d'autres entreprises de quelque façon que ce soit de participer aux pratiques sous examen.

Cette appréciation *prima facie* peut être confirmée sur base du dossier d'instruction.

- l'entreprise demanderesse doit apporter aux autorités de concurrence une coopération totale tout au long de la procédure jusqu'à l'adoption d'une décision finale par le Conseil de la concurrence

L'avis de clémence du 1^{er} juin 2006 avait retenu que rien n'indiquait à cette époque que la S.A. Carrelages Willy Pütz n'entende pas respecter son

engagement de fournir une coopération pleine et entière jusqu'à l'adoption d'une décision finale.

Le Conseil constate sur base du dossier d'instruction qui lui est soumis que cette condition a été remplie tout au long de l'instruction par la S.A. Carrelages Willy Pütz.

147. Tenant compte de ce que le taux de réduction accordé dans le cadre de la procédure de clémence est fixé en considération de l'exactitude et de la pertinence des informations et éléments de preuve fournis par l'entreprise, et qu'il résulte du dossier d'instruction que les éléments présentés par la S.A. Carrelages Willy Pütz ont été réellement utiles à l'enquête, sans qu'il ne soit démontré ni même allégué par les autres entreprises qu'ils ne correspondent pas à la réalité, il y a lieu de fixer le taux de réduction de l'amende à 50%.

8.3.2.2.6.1. L'amende

148. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de la S.A. Carrelages Willy Pütz à 30.000 euros. Compte tenu de la réduction accordée sur base de l'article 19 de la loi, elle se chiffre en définitive à 15.000 euros.

8.3.2.2.7. La S.A. Carrelages Wedekind

149. Le chiffre d'affaires à prendre en considération résulte du tableau reproduit ci-dessus au paragraphe N° 103.

Les données de l'espèce ne révèlent pas de circonstances aggravantes.

8.3.2.2.7.1. Les circonstances atténuantes

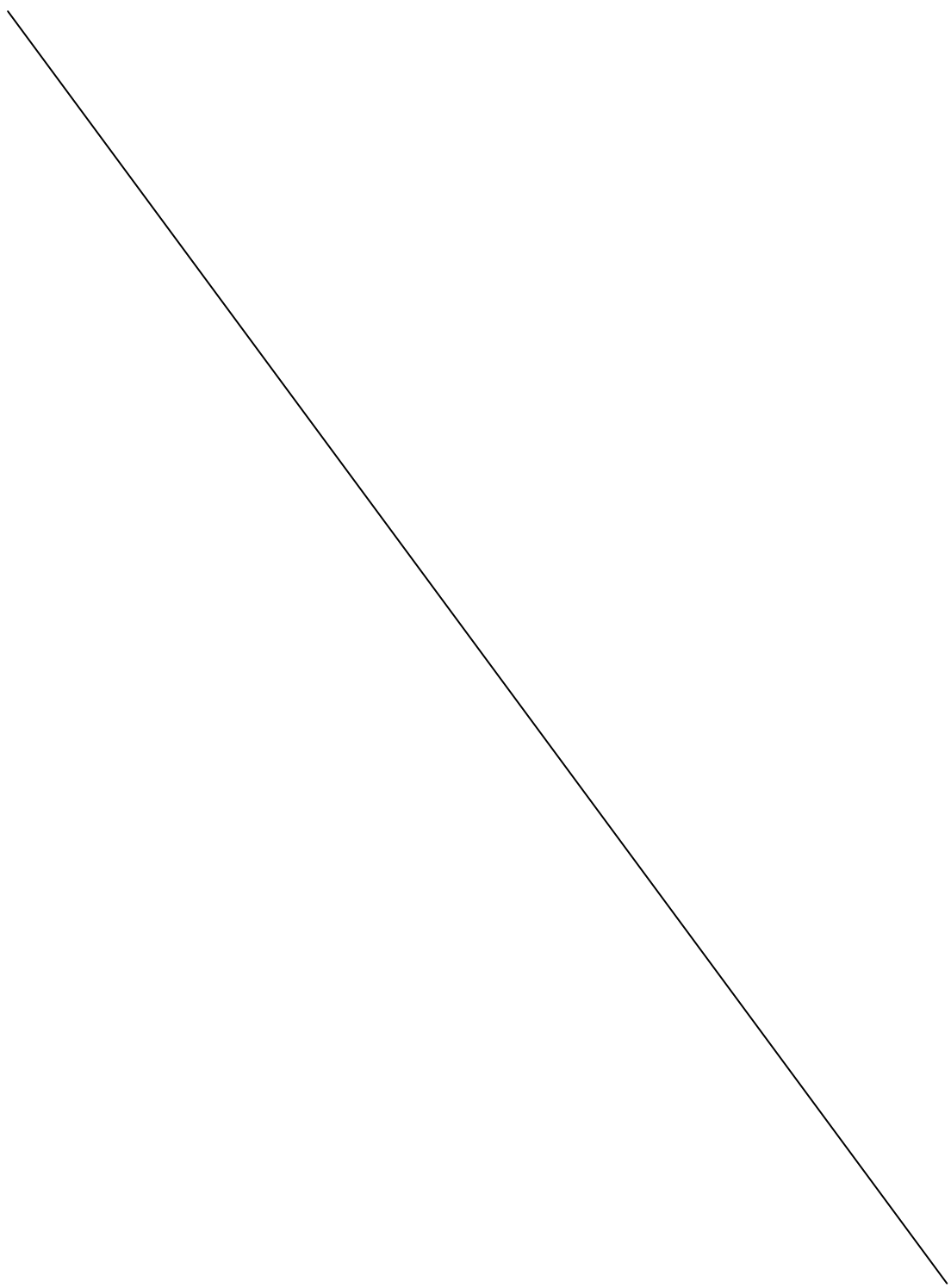
150. Dans sa réponse du 12 novembre 2009 à la communication des griefs, la S.A. Carrelages Wedekind fait valoir que son administrateur Werner Wedekind qui a assisté aux différentes réunions est de nationalité allemande et ne parle pas le français. Il faut admettre qu'elle entend faire valoir implicitement que Werner Wedekind ignorait le contenu des débats au cours de ces réunions. La S.A. Carrelages Wedekind fait cependant valoir ensuite que Werner Wedekind assistait à ces réunions plutôt en auditeur, respectivement spectateur.

151. Face à ces développements, il faut retenir qu'il n'est pas établi que les discussions lors de la réunion du 13 juin 2005 ou de toute autre réunion se soient faites en langue française (le Conseil constate au contraire que le fait d'avoir tenu l'audition en dates des 28 et 29 janvier 2010 en langue luxembourgeoise n'a posé aucun problème aux divers représentants des entreprises), que le simple fait d'être de nationalité allemande n'exclut pas un minimum de compréhension de la langue

français et que la S.A. Carrelages Wedekind ne démontre pas concrètement que Werner Wedekind ne maîtrise pas la langue française.

8.3.2.2.7.2. L'amende

152. Sur base de l'ensemble des éléments du dossier, il y a lieu de fixer l'amende à charge de la S.A. Carrelages Wedekind à 20.000 euros.



a adopté la présente décision :

Article 1^{er} :

Il est établi que l'article 3 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence a été enfreint par les entreprises suivantes :

- s.à r.l. Andreosso Carrelages
- s.à r.l. Carrelages Bintz
- s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r. l. & Cie
- Marc F. Decker
- s.à r.l. Maroldt
- S.A. Carrelages Willy Pütz
- S.A. Carrelages Wedekind

La pratique a porté pendant la période du 13 juin 2005 au 7 décembre 2005 sur une entente de répartition de marchés et de fixation de prix concernant les soumissions publiques relatives aux lots N° 23/04 et 24/02 du chantier « Cité judiciaire » sur le Plateau du Saint Esprit.

Article 2 :

Pour l'infraction visée à l'article 1^{er}, les amendes suivantes sont imposées :

- | | |
|---|--------------|
| • s.à r.l. Andreosso Carrelages : | 25.000 euros |
| • s.à r.l. Carrelages Bintz : | 15.000 euros |
| • s.e.c.s. De Cillia Les Carrelages s.à r. l. & Cie : | 25.000 euros |
| • Marc F. Decker : | 20.000 euros |
| • s.à r.l. Maroldt : | 25.000 euros |
| • S.A. Carrelages Willy Pütz : | 15.000 euros |
| • S.A. Carrelages Wedekind : | 20.000 euros |

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 5 mars 2010.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Christiane WEIDENHAUPT
Conseiller

(signé)
Pierre CALMES
Conseiller

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

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

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

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

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

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