

Décision n°2018-FO-02

du 13 juin 2018

Concernant une procédure au fond relative à l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011
relative à la concurrence
mettant en cause

Alima S.à r.l.

Massen S.A.

R. Goedert S.A. (Food2Go)

Pall Center S.A.

Version unique

Le Conseil de la concurrence;

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

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »);

Vu l'auto-saisine du Conseil de la concurrence en date du 19 avril 2016 (affaire CCAS.04.2016 « Epicerie du Luxembourg ») ;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence du 21 avril 2016 en application de l'article 7, 4^{ème} paragraphe de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu la communication des griefs du conseiller désigné M. Mattia Melloni du 3 novembre 2017;

Vu les observations des parties;

Vu les pièces du dossier;

Considérant ce qui suit :

Index

1.	Historique de la procédure.....	3
2.	Les entreprises visées par l'enquête	4
3.	Faits reprochés	6
4.	Les conclusions de la communication des griefs.....	7
5.	Les observations des parties	8
6.	Appréciation du Conseil	10
6.1.	Quant à la nécessité de définir le marché	10
6.2.	Quant à la méthode	13
6.2.1.	Le marché des produits et services.....	13
6.2.2.	Le marché géographique	15
6.3.	Analyse des marchés locaux.....	21
6.4.	Conclusion de l'analyse des marchés locaux	23
7.	Existence d'un accord anticoncurrentiel.....	24
8.	Calcul de l'amende	24

1. Historique de la procédure

1. En date du 19 avril 2016, le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») a ouvert l'enquête CCAS.04.2016 « *Epiceries du Luxembourg* » sur base de l'article 10 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « loi relative à la concurrence »). Le Président du Conseil a désigné, par ordonnance en date du 21 avril 2016, le conseiller M. Mattia Melloni pour diriger au sein de cette enquête la mise en œuvre des articles 14 à 19, 25 et 26, paragraphes 2 à 4 de la loi relative à la concurrence.
2. En date du 25 avril 2016, le conseiller désigné a envoyé une demande de renseignements à chacune des quatre entreprises visées telles qu'identifiées aux points 9 à 12 ainsi qu'à Colruyt Luxembourg S.A.
3. Entre le 13 octobre et le 15 novembre 2016, le conseiller désigné a rencontré certaines entreprises concernées afin de relever des informations supplémentaires dans le cadre de son enquête.
4. Le 6 et 7 décembre 2016 respectivement, des demandes de renseignements ont été adressées à ZIKA-SHOP S.à r.l. et à Bonissim S.à r.l.
5. Entre le 25 mai et le 2 juin 2017 les entreprises visées ont fait parvenir des observations au conseiller désigné, suite aux entretiens menés avec elles au mois d'avril 2017 dans les locaux du Conseil. De nouvelles entrevues avec certaines d'entre elles ont eu lieu au cours du mois de juillet 2017.
6. Le 24 août 2017, le conseiller désigné a fait parvenir une dernière demande de renseignements à chacune des entreprises visées, dont certaines ont fait parvenir au conseiller désigné des observations additionnelles.
7. Le 3 novembre 2017, le conseiller désigné a envoyé une communication des griefs au sein de laquelle il conclut que « *l'accord, tel qu'analysé dans la présente communication des griefs est contraire à l'article 3 de la Loi et n'est pas justifié aux termes de l'article 4 de la Loi* » et que « *il convient d'infliger une amende à chaque entreprise qui a participé à l'accord anticoncurrentiel.* »¹
8. Lors de l'audition des parties organisée par le Conseil le 27 février 2018 ont été entendus successivement le conseiller désigné, le représentant du Ministre de l'Economie, ainsi que les quatre entreprises visées.

¹ Communication des griefs du 3 novembre 2017 pt. 166.

2. Les entreprises visées par l'enquête

9. Alima S.à r.l. (ci-après : « Alima »)

Alima, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B22537, a comme objet social « *la gérance d'une société commerciale en commandite simple et l'exploitation d'un fonds de commerce d'alimentation, d'épicerie et de comestibles, ainsi que toutes les opérations commerciales et financières se rattachant directement ou indirectement à son objet social* ». Alima est implantée uniquement sur le territoire de la ville de Luxembourg, à travers quatre magasins :

- Am Park - situé 19, Avenue Emile Reuter L-2420 Luxembourg;
- Bourse - situé 11, Avenue de la Porte Neuve L-2227 Luxembourg;
- Belair - situé 20 avenue du X Septembre L-2550 Luxembourg et
- Gare - situé 1, rue Charles VI L-1327 Luxembourg.

10. Massen S.A. (ci-après : « Massen »)

Massen, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B92868 a comme objet social « *l'exploitation de supermarchés, de stations d'essence, de débits de boissons alcooliques et non alcooliques et de restaurants. (...)* ». Massen exploite un hypermarché unique situé 24, Op der Haart L-9999 Wemperhardt.

11. R. Goedert S.A. (ci-après : « Food2Go »)

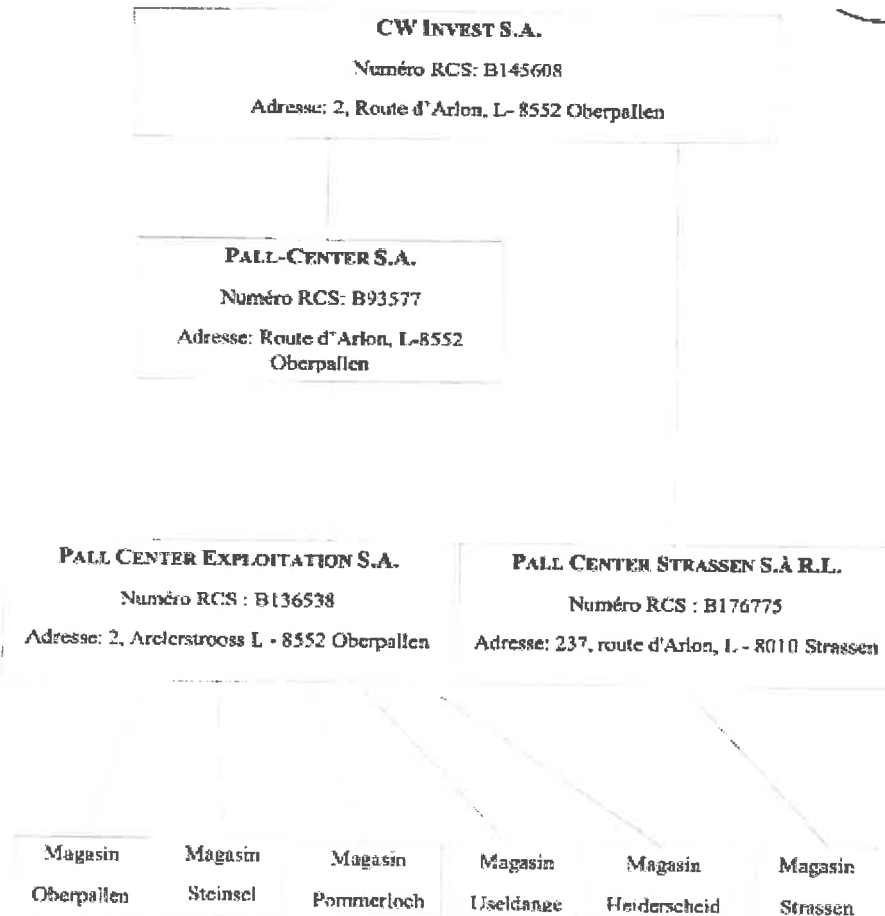
R. Goedert S.A., immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B9459, a pour objet « *l'achat, la vente et la réparation de machines et engins agricoles et industriels et de matériel roulant; la vente et la location de voitures et de remorques; le montage et la vente de pneumatiques et d'accessoires y relatifs; la vente et le commerce en général d'accessoires pour l'automobile; la vente de carburants et de lubrifiants; l'exploitation de stations de service, ainsi que la vente de tabacs, d'alcools, de confiseries et d'articles d'épicerie générale. (...)* ». R. Goedert S.A. exploite depuis le 7 septembre 2016 deux magasins sous l'enseigne « Food2Go » situés respectivement 107, route de Luxembourg, L-7241 Bereldange et 140, route d'Esch, L-1471 Luxembourg.

12. Pall Center S.A.

Pall Center, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B93577 a comme objet social « *l'exploitation d'un garage avec atelier de réparation, de même que l'achat, la vente, la réparation en général le commerce de véhicules automobiles, de tourisme et utilitaires, d'accessoires et de pièces de rechange, d'essence, d'huiles et de pneus, la location de voitures automobiles avec ou sans chauffeur, la*

société a en outre pour objet l'exploitation d'un magasin de détail pour la vente d'articles d'épicerie, d'articles de tabacs, de boissons alcooliques et non-alcooliques. (...) ».

Pall Center S.A. fait partie d'un groupe de sociétés qui sont toutes, directement ou indirectement, contrôlées à raison de 100% de leur capital par CW Invest S.A., comme le montre l'organigramme suivant² :



L'ensemble de ces sociétés constituent par conséquent une seule et même entreprise au sens de la jurisprudence en droit de la concurrence³ (ci-après : « *Pall Center* » ou « *groupe Pall Center* »). Ce groupe exploitait à l'époque de l'enquête les six points de vente suivants⁴ :

- Pommerloch, situé 2, Duerfstross L-9638 Pommerloch;
- Heiderscheid, situé 4, am Clemensbongert L-9158 Heiderscheid;
- Useldange, situé 4, rue d'Everlange L-8707 Useldange;
- Oberpallen, situé 2, route d'Arlon L-8552 Oberpallen;

² Farde de 7 pièces remise au Conseil lors de l'audience du 27 février, pièce no. 1.

³ Voir, p.ex. CJCE, 12 juillet 1984, aff. 170/83, Hydrotherm, point 11.

⁴ 2 magasins nouveaux, à Differdange et Mertzig, ont été ouverts plus tard et ne sont pas concernés par l'accord faisant l'objet de la présente décision.

- Steinsel, situé 6, rue Paul Eyschen L-7317 Steinsel et
- Strassen, situé 237, route d'Arlon L-8010 Strassen.

13. Le groupement d'intérêt économique INCOM (ci-après : « INCOM »)

Les entreprises précitées sont également membres d'un groupement d'intérêt économique nommé G.I.E. INCOM, auquel fait référence l'ordonnance de désignation du Président du Conseil du 21 avril 2016.

Le groupement INCOM, enregistré au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro C54 et dont le siège social est établi au 2, route d'Arlon, L-8552 Oberpallen, a été établi le 13 novembre 2002. Son objet est de « *Faciliter et/ou développer l'activité économique de ses membres, notamment par la recherche en commun des meilleures possibilités d'achat auprès des fournisseurs; (...)* »⁵. Selon les entreprises, le groupement INCOM servirait principalement de centrale d'achat qui négocie des contrats-cadres annuels entre INCOM et les fournisseurs des sociétés membres.

Selon les statuts modifiés du 13 octobre 2016, le groupement INCOM comptait à ce moment 8 membres, parmi lesquels figurent Alima, Massen, Food2Go et Pall Center Exploitation S.A., c'est-à-dire les quatre entreprises visées aux points 9 à 12. Comme, selon la communication des griefs, l'accord examiné en l'espèce est à imputer aux seules entreprises visées, le groupement INCOM n'est pas visé par la procédure.

3. Faits reprochés

14. Comme il ressort de l'enquête, les quatre entreprises visées aux points 9-12 supra, qui entretenaient déjà des relations dans le cadre de leur appartenance au groupement INCOM, ont créé au mois de mars 2015 le label commun « Epicerie du Luxembourg » (ci-après les : « EdL »). La création de ce label commun avait, selon ses adhérents, pour but de renforcer leur image et leur visibilité dans le commerce de détail à travers des actions publicitaires communes.
15. Les entreprises visées, à travers ce label commun, gèrent un site internet commun et éditaient des dépliants promotionnels. Les dépliants étaient diffusés en principe mensuellement, à raison de 24 éditions entre mai 2015 et août 2017. Ils véhiculaient la promotion d'une cinquantaine de produits disponibles dans les points de vente des entreprises visées à des prix promotionnels communs.⁶

La diffusion des dépliants a été arrêtée en août 2017 et remplacée en automne 2017 par un magazine publicitaire nommé « *Les Epicerie du Luxembourg* ». Le magazine

⁵ Extrait des statuts constitutifs du G.I.E., publication en date du 9/01/2003 au Mémorial C.

⁶ 52 produits en moyenne inclus dans les dépliants sur base de 24 éditions distribuées entre 2015-2017.

comporte des reportages et informations diverses sur les entreprises participant au label EdL, leurs fournisseurs et des thèmes alimentaires variés, mais pas de promotion de produits. Magazines et dépliants étaient également disponibles sur le site internet www.epiceries.lu.

16. Afin d'organiser ces actions publicitaires, de sélectionner les produits à promouvoir et de déterminer les prix promotionnels, des réunions régulières avaient lieu entre les parties. La sélection des produits s'est faite sur base de plusieurs éléments : les plans promotionnels des fournisseurs, l'analyse de la concurrence et de la demande des consommateurs, le calendrier des fêtes annuelles ou la mise en exergue de thèmes liés à la saison (p. ex. la saison des barbecues etc.). Chaque membre EdL mettait à disposition, de façon occasionnelle, du personnel pour la réalisation des dépliants.
17. Selon le conseiller désigné, il convenait alors *« de s'interroger si les dépliants promotionnels EdL constituent un accord entre entreprises concurrentes prenant la forme d'une fixation des prix de vente des produits reproduits dans les dépliants EdL (...) »*⁷.

4. Les conclusions de la communication des griefs

18. Selon la communication des griefs,
« L'accord de volonté réalisé par les quatre entreprises visées s'est manifesté par la mise en place de réunions communes, d'échanges de courriers électroniques et de conversations téléphoniques ayant pour but d'organiser la création des dépliants promotionnels communs et de parvenir à un prix commun accepté par tous les membres pour chaque produit EDL⁸ »

Ainsi, les dépliants, les magazines publicitaires et le site internet *« affichant des prix de vente identiques communs pour les différentes enseignes concernées »* seraient le résultat de cet accord de volonté et la preuve d'une fixation horizontale des prix de détail des produits en promotion mise en œuvre par les entreprises membres du label EdL.⁹

19. De plus, une fixation des prix entre concurrents constituerait une restriction de la concurrence par objet, qui, par sa nature même, est considérée comme nuisant gravement au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. En l'espèce, l'accord en cause révélerait un degré suffisant de nocivité car

« L'objectif poursuivi par l'accord consiste notamment à restreindre la concurrence sur le marché luxembourgeois de la distribution des produits figurant dans les dépliants EdL

⁷ Communication des griefs pt. 58.

⁸ Communication des griefs pt. 63.

⁹ Communication des griefs pt. 64.

à travers la fixation d'un prix de revente consommateurs à des niveaux identiques sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché de Luxembourg. De ce fait, la concurrence sur ledit marché est gravement affaiblie voire même gravement perturbée, la liberté d'action sur le marché de chaque entreprise partie à l'accord ayant été illicitement limitée. »¹⁰

5. Les observations des parties

20. Le Conseil a réceptionné des observations écrites de la part d'Alima et de Pall Center, toutes deux datées au 13 décembre 2017. Les autres entreprises visées par la communication des griefs, Massen et Food2Go, n'ont pas produit d'observations.

Alima

21. Alima observe en premier lieu que la communication des griefs indique au pt. 58 qu'il « *convient de s'interroger si les dépliants promotionnels EdL constituent un accord entre entreprises concurrentes* », mais qu'elle ne vérifierait pas par la suite si le prétendu accord avait été conclu entre entreprises réellement concurrentes.
22. Les observations expliquent ensuite qu'Alima gère trois supermarchés au Luxembourg, tous les trois se situant sur le territoire de la ville de Luxembourg : Alima Bourse, Alima Gare et Alima Belair¹¹. Ces supermarchés seraient de taille modeste en termes de surface de vente (830 m² dans le cas de Alima Bourse, près de 400 m² pour les deux autres) et ne disposeraient pas de parking. De ce fait, ces magasins s'adresseraient exclusivement à une clientèle locale, qui s'y rendrait à pied, et ne sauraient se trouver en concurrence avec des enseignes situées à l'extérieur de Luxembourg-Ville.
23. Les observations se réfèrent par ailleurs à la Commission européenne (ci-après : « la Commission »), qui aurait retenu de façon constante que la concurrence entre les magasins de la distribution au détail devrait s'analyser au niveau local, et aurait délimité des zones de chalandise d'un rayon défini par un trajet de 10 à 30 minutes en voiture, en fonction de la densité de la population, à l'intérieur desquels « *les clients peuvent facilement accéder aux points de vente* »¹².
24. De même, toujours selon Alima, l'Autorité de la concurrence française aurait également retenu la définition des zones de chalandise comme méthode de délimitation du marché de la distribution de détail à prédominance alimentaire. Ainsi, elle aurait retenu des zones de chalandise d'un rayon de 300 à 500 mètres, en fonction de la surface de vente, pour

¹⁰ Communication des griefs pt. 94.

¹¹ Alima mentionne en plus l'existence d'un point de vente situé à l'intérieur du « Centre intégré pour Personnes âgées Ste-Elisabeth Am Park. »

¹² Alima cite l'affaire M.7702 Koninklijke Ahold / Delhaize Group 22/10/2015 pt. 17.

les supermarchés parisiens, et d'un rayon défini par un trajet en voiture entre 10 et 15 minutes pour les supermarchés en banlieue parisienne et en province.¹³

25. Or, comme les magasins Alima ne s'adresseraient qu'à une clientèle locale et qu'aucun des magasins opérés par une des trois autres entreprises visées ne se situerait à une distance inférieure à 1.8 km d'un des magasins Alima (il s'agit de la distance entre le magasin Food2Go route d'Esch et Alima Gare), il apparaîtrait qu'Alima ne serait une entreprise concurrente d'aucune des trois autres parties visées. Alima serait plutôt en concurrence avec les enseignes qui opèrent également des points de vente à l'intérieur de Luxembourg-Ville et à proximité des magasins Alima, comme Monoprix, Cactus et Delhaize¹⁴.
26. En deuxième lieu, Alima affirme que, même si, par impossible, le Conseil devait considérer que les entreprises visées seraient des concurrentes sur le marché, il ne pourrait conclure à l'existence d'une concurrence autre que marginale et très limitée. La communication des griefs aurait omis de montrer en quoi « *l'accord en cause révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence sur le marché luxembourgeois* »¹⁵, et qu'il ne pourrait être conclu à l'existence d'une restriction par objet.
27. En troisième lieu, Alima maintient que la coopération entre les entreprises visées aurait permis d'offrir des promotions additionnelles au bénéfice des consommateurs, et que la communication des griefs aurait ignoré les arguments fournis par elle pour montrer que les dépliants EdL étaient indispensables à la réalisation de tels gains d'efficacité.

Pall Center

28. En premier lieu, Pall Center affirme que la communication des griefs donne « *des indications contradictoires quant à l'identification de la personne morale visée* » par les griefs. Ainsi, la page de couverture indiquerait que la communication des griefs aurait été notifiée à Pall Center Exploitation S.A. Par contre, elle identifierait au pt.15 comme entreprise visée la société anonyme Pall Center. Or Pall Center S.A. n'exploiterait pas de magasin actuellement.
29. En deuxième lieu, Pall Center maintient qu'avant d'analyser s'il y a pratique prohibée, il y aurait lieu de vérifier s'il existe un marché sur lequel la concurrence risque d'être restreinte ou faussée. Ceci aurait été omis dans la communication des griefs, qui, avant de retenir qu'il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, aurait dû analyser la délimitation du marché afin de déterminer si l'accord en cause peut avoir pour objet ou effet une restriction de la concurrence sur le marché. Pall Center argumente par la suite que, en raison de différents éléments tels que la distance entre les magasins et des

¹³ Alima cite la décision 13-DCC-90 du 11 juillet 2000 Monoprix – Casino Guichard Perrachon.

¹⁴ Observations du 13 décembre 2017, pts. 25, 28 et ff.

¹⁵ Communication des griefs pt. 93.

différences en termes de clientèle visée, les entreprises visées n'opèrent pas sur le même marché géographique.

30. Finalement, à titre liminaire, Pall Center examine les quatre conditions nécessaires à l'application d'une exemption individuelle au titre de l'article 4 de la loi relative à la concurrence et conclut que l'accord visé en l'espèce ne tomberait pas sous le champ de l'article 3 de la loi relative à la concurrence.
31. Lors de l'audition du 27 février 2017, Food2Go a précisé que la distribution en alimentation n'est qu'une activité annexe aux stations-service exploitées par R. Goedert S.A. qui ne se positionne pas en tant que concurrent des entreprises de la distribution de détail. Food2Go serait plutôt concurrent des autres stations d'essence proposant également une distribution alimentaire comme activité complémentaire. Massen s'est rallié quant à elle aux observations des autres parties. Le représentant du ministre a fait valoir que l'accord visé par la communication de grief serait pour l'essentiel pro-concurrentiel et bénéficierait aux consommateurs, de sorte que le ministre serait de l'avis que la procédure serait à classer sans autres suites.

6. Appréciation du Conseil

6.1. Quant à la nécessité de définir le marché

32. L'article 3 de la loi relative à la concurrence est libellé comme suit :

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

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

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

33. Il découle de ce libellé, 2^{ème} alinéa, que tous accords entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet une restriction de la concurrence sur *un marché* sont interdits et nuls de plein droit. En l'espèce, il paraît alors indispensable de vérifier s'il existe *un marché* sur lequel un accord entre entreprises a pu induire une restriction de la concurrence par objet ou par effet, car l'existence d'un tel marché est contestée par les parties. La définition du marché en cause doit alors être suffisamment précise pour permettre une telle vérification¹⁶. Dans le cas d'accords horizontaux, il est évident que, si les entreprises ne sont pas concurrentes avant l'établissement de l'accord, cet accord ne saurait entraîner une restriction de la concurrence, effective ou potentielle.
34. La communication des griefs¹⁷ se réfère dans le contexte de la définition du marché en cause à la jurisprudence européenne, qui est rédigée de la façon suivante :

« À cet égard, il ressort de la jurisprudence que l'obligation d'opérer une délimitation du marché en cause dans une décision adoptée en application de l'article 81 CE s'impose à la Commission uniquement lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »¹⁸.

35. Il en découle que la définition du marché en cause doit être suffisamment précise pour qu'elle permette de déterminer si un accord a pour objet ou pour effet une restriction de la concurrence. Dans l'arrêt Ziegler, le Tribunal, reprenant la même formule, rejette l'argumentation de la Commission que *« la définition du marché pertinent n'est pas requise en cas de restrictions manifestes de la concurrence »*, même si la jurisprudence a bien établi que *« aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE [devenu article 101 TFUE], la Commission est dispensée de démontrer les effets anti-concurrentiels réels des accords ou des pratiques qui ont pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence »* :

« 45 Par conséquent, l'obligation d'opérer une délimitation de marché dans une décision adoptée en application de l'article 81 CE [devenu article 101 TFUE] s'impose à la Commission lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le

¹⁶ Ceci ne signifie pas pour autant que les entreprises parties à l'accord doivent en toutes circonstances opérer sur le même marché. Il existe en effet une jurisprudence importante interdisant des accords verticaux qui ont pour objet ou effet une restriction de la concurrence sans que les entreprises parties à l'accord soient des concurrentes sur un même marché.

¹⁷ Voir communication des griefs, note 31.

¹⁸ Arrêt du Tribunal de première instance du 12 septembre 2007, William Prym/Commission, T-30/05, pt. 86, cité dans la note de bas de page no. 31 p. 20.

jeu de la concurrence (arrêt du Tribunal du 6 juillet 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, Rec. p. II 2707, point 230). »¹⁹

36. Dans un autre arrêt concernant une procédure d'infraction à l'article 85 du traité CEE (devenu 101 TFUE) il a également été retenu que

« Le Tribunal ne peut pas partager le point de vue de la Commission selon lequel une analyse du marché aurait été superflue. Le Tribunal considère, au contraire, que la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et préalable à tout jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel. Même si la Commission n'est pas tenue de discuter dans ses décisions tous les arguments soulevés par les entreprises, le Tribunal considère que, en présence des arguments avancés par les requérantes, tels qu'ils ont été ci-avant exposés, la Commission aurait dû procéder à un examen plus approfondi des structures et du fonctionnement du marché afin de démontrer les raisons pour lesquelles les conclusions tirées par les requérantes étaient dénuées de fondement »²⁰.

De même, le Tribunal a retenu que l'article 101 TFUE, et donc *mutatis mutandis* l'article 3 de la loi relative à la concurrence, est uniquement applicable si l'accord en cause est conclu entre des concurrents réels ou potentiels²¹, même si la définition du marché n'est pas aussi centrale et ne doit pas forcément être aussi détaillée que dans des procédures d'infraction à l'article 102.

37. Or, concernant la définition du marché, la communication des griefs constate que

« S'agissant du marché de produits, comme l'a rappelé l'Autorité de concurrence française, 'lorsque les pratiques en cause sont examinées au titre de la prohibition des ententes, comme c'est le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision dès lors que le secteur a été suffisamment identifié pour qualifier les pratiques observées et permettre de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en œuvre »²²

pour conclure que

« le marché pertinent est celui des produits commercialisés au sein des dépliant promotionnels EdL sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. »²³

¹⁹ Arrêt du Tribunal du 16 juin 2011, Ziegler/Commission, T-199/08, pts. 41-45.

²⁰ Arrêt du Tribunal de première instance du 10 mars 1992 Società Italiana Vetro SpA e.a. c/ Commission des Communautés européennes aff. jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89.

²¹ Arrêt du Tribunal du 29 juin 2012, Eon/Commission, T-360/09, pts. 84-87 ; voir aussi courrier adressé au Conseil par la Commission en date du 12 mars 2018.

²² Communication des griefs pt.79.

²³ Id. pt. 83.

38. Il se pose alors la question de savoir si cette définition du marché est suffisamment précise pour qu'elle permette de déterminer si en l'espèce l'accord entre les entreprises visées a pour objet ou pour effet une restriction sensible de la concurrence *sur le marché*.

6.2. Quant à la méthode

39. La définition du marché en cause doit permettre de déterminer le périmètre à l'intérieur duquel est exercée la concurrence entre les entreprises en cause et de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective. Le marché en cause se définit en termes de produits ou de services ainsi qu'en termes géographiques²⁴.

6.3. Le marché des produits et services

40. En l'espèce, la définition du marché des produits comme étant « *celui des produits commercialisés au sein des dépliant promotionnels EdL* » est incontestée par les parties. Toutefois, une analyse plus rigoureuse du marché des produits conduit à une définition différente :
- En premier lieu, l'accord en cause est conclu par des entreprises actives dans, selon la formule adoptée par l'autorité de la concurrence française, « *la distribution de détail à dominante alimentaire* ». Leur activité ne se limite pas à la distribution des produits promus au sein des dépliant publicitaires communs, mais à l'assortiment complet de produits distribués par les entreprises visées. Potentiellement, tous les produits référencés dans les points de vente de ces entreprises auraient pu faire l'objet d'une promotion commune dans les dépliant publicitaires et font par conséquent partie de l'objet de l'accord en cause.
 - En deuxième lieu, une définition du marché basée sur des produits faisant partie de l'assortiment des entreprises visées ne saurait être suffisamment précise, puisque l'étendue de cet assortiment peut varier fortement selon l'entreprise ou le point de vente.
 - En troisième lieu, selon la Commission, « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme*

²⁴ Voir Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03), pt. 2. La Commission se réfère systématiquement au concept de marché tel que défini dans le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations (article 9 (7)) : « *Le marché géographique de référence est constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles prévalant sur ces territoires* ».

interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. »²⁵ Or, en l'espèce, il n'existe pas de produits de substitution par rapport à l'ensemble de produits de grande consommation distribués par les entreprises visées vers lesquels le consommateur pourrait se tourner. Il peut tout au plus se tourner vers des distributeurs alternatifs qui fournissent des produits identiques.

C'est pourquoi les autorités de concurrence, dans des affaires visant des entreprises de la distribution de détail, se réfèrent toujours à l'activité de distribution plutôt qu'aux produits vendus par ces entreprises. Ainsi la Commission retient dans ce type de procédures « *le marché de la vente au détail des biens de consommation courante par des canaux de distribution modernes (hypermarchés, supermarchés et discounter)* ».²⁶ L'autorité française retient de façon constante le « *marché de la distribution de détail à dominante alimentaire* », renfermant des magasins, pour le reste aux formats fort différents, dont l'assortiment est composé de produits alimentaires pour au moins un tiers. Cette logique ne saurait être invalidée par le fait que ces définitions ont été retenues dans des accords de concentration plutôt que dans des accords visés par l'article 101 TFUE.

Pour ces raisons, il convient de retenir comme marché des produits le marché de la distribution de détail à dominante alimentaire.

41. Ce marché renferme, selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence aussi bien que dans le cas d'espèce, des entreprises opérant des points de ventes aux caractéristiques fort différentes. En l'espèce, il peut s'agir de supérettes à l'intérieur de stations-service (Food2Go), de petits supermarchés (Alima, Pall Center), de grands supermarchés (Pall Center Oberpallen), ou encore d'un hypermarché (Massen)²⁷. Ils s'adressent à une clientèle locale ou régionale, et se distinguent par la variabilité de la valeur du panier du client et l'étendue de l'assortiment. Toutefois, selon la Commission, les espaces de ventes intégrés dans les stations-service ne font pas partie du marché de la distribution au détail, parce que l'étroitesse de l'assortiment que ces points de vente

²⁵ Communication précitée, pt. 7.

²⁶ Voir p.ex. les décisions de la Commission européenne :
COMP/M.1684 du 25 janvier 2000, Carrefour/Promodès ;
COMP/M.5112 du 3 juillet 2008, Rewe Plus/Discount ;
En France : l'arrêté ministériel du 5 juillet 2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès, BOCCRF n° 11 du 18 octobre 2000 ;
Avis du Conseil de la concurrence n° 97-A-14 du 1er juillet 1997, Carrefour/Cora,
98-A-06 du 5 mai 1998 Casino Franprix/Leader Price,
00-A-06 du 3 mai 2000, dans l'opération Carrefour/Promodès
Décision 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 Monoprix/Casino Guichard-Perrachon.

²⁷ La typologie des commerces de détail à dominante alimentaire généralement retenue est la suivante :
Magasin traditionnel : surface de vente jusqu'à 100 m² ;
Supérette : jusqu'à 400 m² ;
Supermarché : jusqu'à 2500 m² ;
Hypermarché : supérieure à 2500 m² ;

proposent ne leur permet pas de concurrencer les autres magasins de la distribution au détail²⁸.

6.4. Le marché géographique

42. Selon la Commission, « *Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.* » Cette formule a également été retenue à maintes reprises par les juridictions européennes. Il suffit que les conditions de concurrence soient suffisamment homogènes, elles ne doivent pas forcément être parfaitement homogènes. Le marché géographique n'est ainsi pas à confondre avec « *le territoire à l'intérieur duquel elles vendent leurs produits ou, plus largement, l'industrie ou le secteur dont elles relèvent* »²⁹.
43. La question prioritaire est alors de savoir si les parties visées commercialisent les produits identifiés sur un territoire soumis aux mêmes pressions concurrentielles et d'identifier ce territoire sur lequel la distribution au détail a lieu dans des conditions concurrentielles relativement homogènes. Sans examiner la question en profondeur, la communication des griefs retient que le marché géographique en cause est le territoire national. Les éléments suivants pourraient soutenir cette délimitation :
- Les points de vente opérés par les entreprises de la distribution au détail sont très largement répandus sur l'ensemble du territoire luxembourgeois, et cela par des entreprises de dimension variable (épiceries, station-service, supermarché, etc.). A ce titre, la seule rupture observable en termes de conditions concurrentielles serait le franchissement des frontières nationales, les produits identifiés devenant alors significativement moins chers – sans que cette différence de prix n'ait une incidence sur les prix pratiqués sur le territoire national.
 - La stratégie commerciale définie par les parties ne fait que confirmer cette délimitation. En effet, EdL publie un seul et même dépliant sur l'ensemble du territoire national, sans variation aucune des prix de revente, dans l'intention d'attirer les consommateurs à travers une visibilité accrue. L'appellation même du label « Epicerie du Luxembourg », particulièrement sa référence générale au Grand-Duché, témoigne de ce que les parties entendaient bien se positionner par rapport à un marché perçu comme étant de taille nationale.

²⁸ Voir COMP/M.784 Kesko/Tuko pts. 19, 20; COMP/M.1221 Rewe/Meinl pts. 12, 16; COMP/M.1684-Carrefour/Promodes pt. 9; COMP/M.5112 Rewe Plus/Diskont pt. 15.

²⁹ Communication précitée, pts. 2 et 3.

44. Or, le Conseil constate que le test de l'homogénéité ne permet pas de délimiter le marché géographique par les frontières du territoire grand-ducal pour les raisons suivantes :
- les prix restent comparables au-delà des frontières, quoiqu'ils puissent varier selon la catégorie de produits ;
 - la distribution de détail s'adresse à la même clientèle des deux côtés des frontières, et non pas spécifiquement à des clientèles résidentes ;
 - les entreprises s'approvisionnent auprès des mêmes fournisseurs, en ce qui concerne les entreprises en Belgique et au Luxembourg ;
 - les assortiments d'articles, à surface commerciale comparable, sont à 90% les mêmes ;
 - il n'existe pas de barrières légales, linguistiques ou culturelles entre le Luxembourg et les régions avoisinantes – la grande majorité des consommateurs résidents maîtrisent la langue d'au moins un des pays voisins, et vis versa ;
 - les entreprises s'implantent délibérément près des frontières afin d'attirer les clients du pays avoisinant. En l'espèce, ceci est le cas pour les magasins Pall Center à Oberpallen et Pommerloch et le supermarché Massen à Wemperhardt ;
 - il ne peut être contesté que la pression concurrentielle exercée par une entreprise sur une autre est davantage fonction de la proximité entre les points de vente que d'une frontière nationale ;
 - l'importance et l'envergure du commerce de détail transfrontalier sont une réalité connue et incontestée au Luxembourg.
45. Quant à la stratégie commerciale et communicative des parties visées et la signification de l'enseigne « Epicerie du Luxembourg » : s'il est juste que les entreprises visées ne poursuivent pas une stratégie commerciale différenciée pour chaque point de vente, il n'empêche que la pression concurrentielle qu'elles subissent peut provenir tout aussi bien de concurrents à l'extérieur qu'à l'intérieur des frontières grand-ducales, et que la portée de leur action commerciale est locale et non nationale.
46. Le Conseil rappelle que le principe de base de la délimitation du marché est celui de la substituabilité. Selon la Commission, « *la concurrence soumet les entreprises à trois grandes sources de contraintes: la substituabilité du côté de la demande, la substituabilité au niveau de l'offre et la concurrence potentielle* ». La substitution du côté de la demande, le facteur de discipline le plus immédiat, est avérée si « *sa clientèle est en mesure de se tourner sans difficulté vers des produits de substitution [pour le marché du produit] ou vers des fournisseurs implantés ailleurs [pour le marché géographique]* ».³⁰
47. Le Conseil constate que ni le territoire national ni la politique commerciale des entreprises ne déterminent ni n'impactent la substituabilité des points de vente du point

³⁰ Communication précitée, pt. 13.

de vue du consommateur, critère primordial dans la délimitation des marchés des produits aussi bien que géographiques. L'homogénéité des conditions de concurrence n'est pertinente que dans la mesure où elle détermine et conditionne la substituabilité.

48. En effet, les autorités de concurrence considèrent que les conditions de concurrence sont notamment fonction de la concentration des points de vente d'entreprises concurrentes. Il est clair que, sur le marché de la distribution de détail, une entreprise fait face à des conditions de concurrence notoirement différentes selon qu'elle dessert à elle seule une région ou qu'elle se trouve confrontée à des concurrents à proximité. Par conséquent, les conditions de concurrence ne sont pas forcément homogènes à l'intérieur d'un territoire national. C'est pourquoi les autorités, dans les procédures de concentration, définissent les marchés géographiques en cause de façon locale en délimitant des zones de chalandise.
49. Les parties argumentent que la définition du marché géographique retenue par la communication des griefs est insuffisante, car elle ne découlerait pas d'une analyse propre appliquée au cas d'espèce, et qu'une telle analyse, à l'instar de la pratique de la Commission et de l'autorité française dans la distribution de détail à dominante alimentaire, aboutit toujours à une délimitation de marché locaux. Le Conseil rappelle que la Cour administrative a en effet retenu qu'il est « à exiger dans le chef du Conseil de la concurrence non seulement l'existence vérifiée d'une analyse mais encore celle d'une analyse concrète effectuée ex post sur base de la situation effective sur le terrain » durant la période en question³¹.

En l'espèce, ceci signifie qu'il est nécessaire d'analyser le marché géographique pour chacune des entreprises visées.

6.4.1. La définition du marché géographique opérée par la Commission et certaines autorités nationales dans les affaires de concentration

50. Selon la littérature économique, une fusion entre deux détaillants dans une ville devrait être évaluée au niveau local, puisque les consommateurs font leurs courses principalement dans leur propre quartier³². Dans la majorité des affaires de concentration dans la distribution de détail, la Commission a retenu une définition locale. Dans certains cas, la Commission a simplement retenu les frontières existantes d'une ville ou d'un quartier comme délimitation des zones de chalandise des points de ventes implantés dans ces zones.³³

³¹ Arrêt de la Cour administrative numéro 38930C du rôle, audience publique du 2 juin 2017, p.15.

³² Voir p.ex. Motta (2004), Motta (2004), "Competition Policy - Theory and Practice, pp.114-115: "Consider for instance a merger between food retailers in a given city. It would make little sense to define the market beyond the city borders, as transportation costs (which in this case include time spent by consumers travelling to a shop) would prevent most citizens from going to neighbouring cities to do their shopping."

³³ Voir, p.ex. COMP/M.5833 - Carrefour Marinopoulos/Dia Hellas; COMP/M.5 112 - REWE/Plus Discount ; COMP/M.4590 - REWE/Delvita; COMP/M.3905 - Tesco/Carrefour.

Dans d'autres cas, la Commission a considéré explicitement le temps que le consommateur accepterait pour se déplacer vers un point de vente donné. Elle a défini alors ces zones de chalandise à l'aide d'isochrones³⁴ qui se situent entre 20 et 30 minutes, en fonction de la taille des magasins, des infrastructures, de la communication des entreprises et d'autres facteurs, et de la densité des magasins.³⁵ Logiquement, les isochrones augmentent avec la taille des magasins et se raccourcissent avec leur densité.

Dans certaines affaires, concernant exclusivement les reprises visées par le Groupe REWE en Autriche, la Commission a conclu à l'existence d'un marché national, basée sur une analyse des conditions de l'offre plutôt que de celles de la demande, et tenant compte de la présence massive de ce groupe dans toutes les régions du pays, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

51. De même, le *Bundeskartellamt* définit de façon récurrente des marchés locaux dans les procédures de concentration dans la distribution de détail. Le marché en cause est défini à l'intérieur d'une zone de 20 km ou de 20 minutes de conduite pour chaque point de vente³⁶. Le fait que les grands groupes de distribution sont présents sur tout le territoire, et qu'ils offrent le même éventail de marchandises n'entraîne pas une définition du marché en cause plus large³⁷. L'autorité néerlandaise considère que, à l'intérieur des villes, le consommateur fait ses courses dans son voisinage, et à l'extérieur, il n'est pas prêt à parcourir un trajet supérieur à 15 minutes afin de faire ses emplettes³⁸.

En France, l'Autorité de la concurrence fait la distinction entre les marchés en dehors de Paris et à Paris. Quant aux premiers, les conditions de concurrence s'apprécient sur une zone de chalandise de moins de 30 minutes de déplacement en voiture en ce qui concerne les hypermarchés. En ce qui concerne les supermarchés, cette zone se définit par un déplacement de moins de 15 minutes en voiture. Quant au marché à l'intérieur de Paris, elle retient une « zone de chalandise délimitée autour d'un rayon compris entre 300 et 500 mètres ». ³⁹ Dans la décision 10-D-08, elle définit un marché du « commerce d'alimentation générale de proximité » se caractérisant par une clientèle composée majoritairement de personnes se rendant à pied sur le lieu de vente et habitant à moins de 500 mètres du commerce. Font partie de ce marché les supermarchés de proximité, d'une surface de vente entre 400 et 1000 m² ⁴⁰, correspondant en l'espèce aux magasins Alima à Luxembourg-Ville.

³⁴ Chaque isochrone représente l'ensemble des points qui peuvent être atteint par le consommateur en un temps donné.

³⁵ Par exemple : COMP/M.5790 - Lidl/Plus Romania/Plus Bulgaria; COMP/M.6847 - Triton/Suomen Lahikaupaa; COMP/M.5 134— Spar/Plus Hungary.

³⁶ Voir p.ex. B2-51/16 REWE/Supermärkte Nord/EDEKA e.a.

³⁷ Voir B2-333/07 Fusionsverfahren Tengelmann/EDEKA

³⁸ Décisions #6802 - Jumbo - Super de Boer; #6879 - Schuitema - Super de Boer; #7323 - C1000 – Jumbo; #7429 - Coop - Various Jumbo assets Supermarkt Schoonebeek; #7432 - Ahold - Jumbo Assets.

³⁹ Décision 13-DCC-90 précitée, pts. 96 et 103.

⁴⁰ Décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, pts. 3 et 136

52. Les marchés de la distribution de détail du point de vue du consommateur revêtent une dimension locale du fait des coûts et du temps de transport subis par les consommateurs individuels lors de leurs déplacements vers les magasins. La dimension locale de ces marchés découle nécessairement du fait que la distance que doit parcourir un client pour se rendre à un point de vente limite sa capacité à mettre en concurrence des magasins relativement éloignés de son domicile : l'économie réalisée en se rendant dans un point de vente dont les prix seraient inférieurs sera intégralement absorbée par les coûts de transport engagés pour s'y rendre. En particulier, les temps de déplacement que sont prêts à supporter les consommateurs dépendent notamment de la densité de l'offre proposée sur la zone. Plus celle-ci est élevée, moins les zones de chalandise sont étendues : d'une part, les clients ne sont pas disposés à parcourir une distance importante pour acquérir leurs produits ; d'autre part, la densité du maillage territorial témoigne d'une forte préférence des clients pour la proximité⁴¹.

De même, le temps de déplacement acceptable pour le consommateur dépend des surfaces de vente. Les petites surfaces de ventes donnent lieu à des paniers d'achats du consommateur d'une valeur peu élevée et motivent d'autant moins ce dernier à se déplacer chez un concurrent éloigné.

6.4.2. Validité de la méthode des zones de chalandises dans les procédures d'infraction relative au commerce de détail à dominance alimentaire

53. Il est généralement admis que la définition du marché en cause retenue lors de l'appréciation des effets potentiels d'une fusion entre entreprises ne peut pas être transmise de façon automatique à la définition du marché dans des procédures d'infraction. Dans le premier cas, il s'agirait d'un exercice *ex-ante* qui ne se base pas sur des faits constatés sur le terrain, alors que dans le deuxième cas il serait nécessaire que l'autorité de concurrence se base précisément et de façon *ex-post* sur des comportements constatés empiriquement.
54. La Commission retient à ce sujet en effet que :

« Les critères pour définir le marché en cause sont généralement appliqués pour analyser certains comportements sur le marché ainsi que les changements structurels dans la fourniture de certains produits. Toutefois, l'application de cette méthode peut conduire à des résultats différents selon la nature du problème de concurrence en cause. C'est ainsi que l'étendue du marché géographique peut être différente selon que l'on examine une concentration, où l'analyse est essentiellement prospective, ou un comportement passé. L'horizon temporel différent envisagé dans chacun de ces cas peut

⁴¹ Avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, pt. 32; Autorité de la concurrence - Étude thématique : Les marchés locaux, p. 60.

déboucher sur le résultat que des marchés géographiques différents sont définis pour les mêmes produits, selon que la Commission examine un changement structurel de l'offre (comme dans le cas d'une concentration ou d'une création d'entreprise commune coopérative) ou les problèmes soulevés par un comportement passé. »⁴²

En d'autres termes, si le résultat de la méthode appliquée peut changer, la méthode d'analyse sera toujours la même et ne sera pas tributaire du type de procédure. Il en découle que le principe des zones de chalandise reste valable qu'il s'agisse d'une analyse de l'évolution potentielle future (procédure de concentration) ou d'une analyse de la situation actuelle (procédure d'infraction). Le Conseil en conclut que la méthode de la définition des zones de chalandise est en l'espèce applicable dans les deux cas.

55. Par ailleurs, le Conseil doit constater qu'il n'existe pas, en jurisprudence ou en doctrine, de méthode alternative pour la définition du marché géographique dans le cas du commerce de détail à dominante alimentaire.
56. Finalement, la validité de la méthode de délimitation des zones de chalandise aux fins de la définition du marché géographique concernant le marché de la distribution de détail est évidente et incontestable lorsque la distance entre deux points de vente est suffisamment élevée. Comme personne ne pourrait affirmer qu'un point de vente à Paris serait en concurrence avec un point de vente à Marseille, ou qu'un hypermarché à Wemperhardt le serait par rapport à un autre à Pétange, la validité fondamentale de la méthode de la chalandise ne pourra être mise en question, à condition qu'elle soit appliquée de façon correcte et rigoureuse dans chaque cas d'espèce.

6.4.3. Application au cas d'espèce

57. Par conséquent, le Conseil doit procéder à une analyse du marché géographique pour chacune des entreprises visées basée sur les zones de chalandise de chaque point de vente, en tenant compte du comportement des clients, du type de clientèle et de la situation concurrentielle, c'est-à-dire de la présence, de l'absence ou de la proximité des points de vente d'entreprises concurrentes qui ne sont pas parties à l'accord. Il est à préciser que cette méthode est appliquée dans le contexte du marché de la distribution de détail et que les autorités de concurrence peuvent appliquer des méthodes d'analyse différentes dans des procédures impliquant d'autres marchés.

Pour ce faire, le Conseil se réfère à la carte reprise au point 20 de la communication des griefs, qui montre les points de vente de toutes les entreprises visées:

⁴² Communication précitée, pt. 12.



6.5. Analyse des marchés locaux

Alima

58. Alima exploite 4 points de vente sur le territoire de la ville de Luxembourg, dont un supermarché (Alima Bourse, de 830 m²), deux petits supermarchés ou supérettes (Alima Gare et Belair, +/-400m²), ainsi qu'un point de vente dans un centre pour personnes âgées, dont aucun ne dispose de parkings réservés aux clients. Même sans aborder la question de savoir si les analyses de marché de l'Autorité de concurrence française en matière de concentration qui concernent la ville de Paris et les grandes villes de province sont transposables à la ville de Luxembourg, il est manifeste et incontestable que ces magasins, de par leur taille, leur emplacement et en l'absence de parkings, s'adressent à et sont fréquentés par une clientèle locale. Celle-ci est soit résidente, soit occupe un emploi à l'intérieur de la ville de Luxembourg. Par conséquent, la zone de chalandise de

ces magasins ne dépasse pas un périmètre de quelques centaines de mètres, à l'instar des résultats des analyses menées par l'autorité française.

59. La concurrence s'exerçant sur Alima provient en premier lieu des autres enseignes établies à l'intérieur de la ville de Luxembourg : Cactus (4 magasins), Monoprix (1 magasin), Delhaize (7 magasins), et de nombreuses supérettes ou épiceries indépendantes et plus spécialisées. Le point de vente le plus proche d'une des entreprises visées est Food2Go Route d'Esch, situé à 1,7 km (20 minutes à pied) d'Alima Gare, et qui, de surcroît, est active sur un marché des produits séparé (voir pt. 41).
60. La concurrence s'exerçant sur Alima vient en deuxième lieu des supermarchés, et, surtout, hypermarchés aux alentours de la ville et opérés par les grandes enseignes nationales et internationales (Aldi, Auchan, Cactus, Cora, Colruyt, Delhaize, Lidl...). Il est en effet inconcevable que la clientèle résidente ou travaillant à Luxembourg-Ville se déplace en voiture pour rejoindre les supérettes opérées par les autres parties, ou encore l'hypermarché géré par Massen à Wemperhardt, à une distance de 74 km de Luxembourg-Ville, plutôt que de rejoindre les nombreux supermarchés et hypermarchés (très grandes surfaces) qui sillonnent les alentours de la ville.
61. Evidemment, les frontières d'une zone de chalandise ne sont pas infranchissables, et il est concevable qu'il existe des situations individuelles qui font que certains points de vente des entreprises visées sont substituables aux magasins Alima pour certains clients. Une telle substituabilité partielle pourrait émerger par exemple dans le cas d'une personne occupant un emploi à Luxembourg-Ville et habitant à proximité d'un des points de vente des entreprises visées. Un habitant de Steinsel travaillant à Luxembourg-Ville pourrait substituer certains achats chez Alima en journée par des achats chez Pall Center Steinsel en fin d'après-midi.
62. En effet, la délimitation du marché géographique, que ce soit via la définition de zones de chalandises ou par tout autre moyen, n'implique pas qu'aucune entreprise à l'extérieur du périmètre retenu ne serait capable de concurrencer les entreprises visées. Seulement, leur concurrence sera marginale et insignifiante, et ne sera pas suffisante pour attirer suffisamment de clients pour qu'une augmentation des prix ne soit pas profitable selon le standard du test du monopoleur hypothétique⁴³.

Food2Go

63. Comme expliqué supra, Food2Go est une enseigne alimentaire exploitant deux points de vente alimentaires à l'intérieur de deux stations-service. Selon les explications de Food2Go lors de l'audition du 27 février 2018, ces deux points de vente servent deux types de clientèle : en premier lieu une clientèle essentiellement de passage, constituée

⁴³ Voir, p.ex. Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, Oxford University Press 2013, 4.003.

des clients qui font le plein d'essence à la station-service et en profitent pour acheter certains articles ; en deuxième lieu, une clientèle qui profite des heures d'ouverture étendues des stations-service afin d'acheter des produits de nécessité qui viennent à manquer chez eux. Ces explications sont corroborées par la valeur moyenne du panier de ces clients, qui se situe à 11 euros⁴⁴, donc à un niveau très faible.

64. De surcroît, et surtout, selon la Commission, les espaces de ventes intégrés dans les stations-service ne font pas partie du marché de la distribution au détail, de sorte que Food2Go est active sur un marché des produits séparé (voir pt. 41).

Massen

65. Massen exploite un seul hypermarché (4200 m²) situé à Wemperhardt dans le nord du pays. Le point de vente le plus proche d'une des autres parties visées est le supermarché Pall Center à Pommerloch. La distance en voiture entre ces deux points de vente est de 30 km, ou 30 minutes en voiture. En admettant qu'une zone de chalandise d'un hypermarché est définie par une distance de 30 minutes en voiture, l'intersection entre ces deux zones de chalandise n'est pas nulle. Il existe une certaine clientèle habitant à équidistance entre les deux points de vente pour lesquels ces deux points de vente se trouvent en concurrence, même si, selon les indications de M. Massen lors de l'audience du 27 février, la majorité des clients de Massen viendraient de la région frontalière belge.

Il en découle que Pall Center et Massen opèrent partiellement sur le même marché géographique et doivent par conséquent être considérés comme concurrents sur ce marché.

Pall Center

66. A l'exception du marché géographique de l'hypermarché Massen, aucun des marchés géographiques analysés *supra* ne se recoupe avec le marché géographique de Pall Center. Par conséquent, ce dernier est distinct des marchés géographiques des autres parties, à l'exception de l'hypermarché Massen.

6.6. Conclusion de l'analyse des marchés locaux

67. Par conséquent, le Conseil conclut que l'analyse des marchés géographiques locaux montre que ces marchés sont distincts pour chacune des entreprises visées, à l'exception de Pall Center et Massen, car ces dernières sont partiellement actives sur le même marché géographique.

⁴⁴ Informations transmises par les entreprises visées après l'audition du 27 février 2018.

7. Existence d'un accord anticoncurrentiel

68. La communication des griefs conclut à l'existence d'un accord entre parties au regard de leur démarche commune structurée, conclusion qui n'est pas réellement contestée par les parties. La qualification d'« accord » ne pose en l'espèce aucune difficulté, puisque les parties l'ont concrétisé par la création d'un label ainsi qu'une démarche commune incluant des actions publicitaires et promotionnelles. Il ne peut être contesté que les produits ayant été retenus pour les actions promotionnelles communes ont temporairement fait l'objet d'une fixation horizontale des prix.

Partant, le Conseil constate que les offres promotionnelles pratiquées par les parties constituent un accord de fixation horizontale de prix illicite au regard de l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

8. Calcul de l'amende

69. Selon la jurisprudence européenne, les fixations horizontales de prix sont généralement considérées comme des restrictions qui ont « *pour objet* » de restreindre la concurrence. En présence d'un tel objet anticoncurrentiel, « *la pertinence de la question de savoir s'ils ont eu un effet anticoncurrentiel se limite à l'appréciation du montant de l'amende* »⁴⁵.
70. A cet égard, il y a lieu de retenir en l'espèce les constats suivants :
- la seule restriction de la concurrence entre les parties visées concerne Pall Center et Massen ; elle se limite à un territoire formé par l'intersection de deux zones de chalandise, faiblement peuplé et ne touchant qu'une partie insignifiante de la clientèle totale et donc du chiffre d'affaires des parties visées ;
 - le chiffre d'affaires correspondant à la vente des produits sous promotion est insignifiant à la fois par rapport au chiffre total réalisé par les parties et à fortiori par rapport au total du chiffre d'affaire réalisé sur l'ensemble du marché des produits en cause. En effet, les parties visées représentent moins de 5% de ce marché. A tel point d'ailleurs que Food2Go a décidé de terminer la collaboration avec les Epicerie du Luxembourg, tandis que Pall Center a relevé que les recettes tirées des campagnes promotionnelles étaient bien inférieures à celles qu'a permis sa propre démarche publicitaire.

⁴⁵ Voir arrêt de la Cour de justice du 10 mars 1992, T-14/89, Montedipe, pt. 264 ;
Décision de la Commission du 8 décembre 1999 relative à une procédure d'application de l'article 81 du traité CE (Affaire IV/E-1/35.860-B — Tubes d'acier sans soudure).

71. Par ailleurs, le Conseil constate que l'accord en cause était un accord de coopération horizontale⁴⁶ en matière de commercialisation et de communication, avant d'être un accord de fixation des prix. La fixation des prix n'était que le résultat inévitable des promotions communes. Il avait pour objet l'organisation de campagnes publicitaires communes via la diffusion de dépliant publicitaires et la gestion d'un site internet en commun afin d'arriver à une réduction des coûts de publicité.
72. Il s'ensuit que son principal sinon seul effet était de mener à des réductions de prix sur les produits en promotion, susceptibles de raviver la concurrence entre les entreprises visées et les autres entreprises sur le marché de la distribution de détail à prédominance alimentaire. De ce fait, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'accord en cause a indéniablement des effets pro-concurrentiels bénéfiques au consommateur et au bien-être général.
73. Partant, le Conseil estime que la pratique litigieuse résulte en une restriction de la concurrence insignifiante, peu sensible et marginale, qui de surcroît produit des effets pro-concurrentiels indéniables. L'autorité de concurrence peut, dans pareil cas, soit infliger une amende symbolique soit renoncer à l'imposition de toute amende⁴⁷.

a adopté la décision suivante :

Article 1 :

Parmi les entreprises visées, Pall Center et Massen ont violé l'article 3 de la loi du 23 octobre 2011.

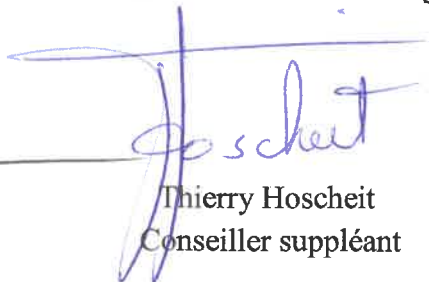
Article 2 :

Il n'y a pas lieu d'imposer une amende.

Ainsi délibéré et décidé à l'unanimité à Luxembourg, le 13 juin 2018.



Pierre Rauchs
Président



Thierry Hoscheit
Conseiller suppléant



Jean-Claude Weidert
Conseiller

⁴⁶ Au sens des Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale 2011/c11/01, au sein desquelles les accords de distribution en matière de publicité sont des accords de partage des coûts (pts 243 ff.).

⁴⁷ Voir p.ex. Décision n° 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne.

Indications sur les voies de recours

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

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