

Décision n°2023-NL-01

du 09 novembre 2023

concernant une procédure au fond mettant en cause

Bahlsen Management S.à.r.l.

Bahlsen Luxembourg SCS

Bahlsen GmbH & Co KG

Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH

Bahlsen Beteiligungs-GmbH

Cactus S.A.

Resuma S.A.

L'Autorité de la concurrence du Grand-Duché de Luxembourg ;

Vu la loi modifiée du 30 octobre 2011 relative à la concurrence ;

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

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

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

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

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

Vu les observations écrites des parties à la suite des communications des griefs ;

Entendu les parties et le conseiller désigné en leurs observations lors de l'audition du 5 février 2020 ;

Vu la décision n° 2020-FO-04 du 18 novembre 2020 du Conseil de la concurrence ;

Vu le jugement du 14 décembre 2022 du Tribunal administratif dans les affaires inscrites au rôle sous les numéros 45635 et 45685 annulant la décision du Conseil de la concurrence du 18 novembre 2020, n° 2020-F0-04, et renvoyant le dossier devant le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi modifiée du 30 novembre 2022 relative à la concurrence ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières

1	Rétroactes.....	4
2	Effets du jugement du 14 décembre 2022 sur la procédure.....	6
3	Droit applicable.....	7
4	Appréciation.....	8
5	Décision	9

1 RÉTROACTES

- 1.1. Le 15 décembre 2014, le Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») a, de sa propre initiative, ouvert une procédure, conformément à l'article 10 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après la « Loi de 2011 »).
- 1.2. Le 6 janvier 2015, le président du Conseil a adopté une ordonnance en application de l'article 7, paragraphe 4 de la Loi de 2011, par laquelle il a désigné un conseiller pour diriger l'enquête.
- 1.3. Les 15 et 16 juillet 2015, le conseiller désigné a procédé à une perquisition dans les locaux de Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg sur base d'une ordonnance du 1^{er} juin 2015, délivrée par le premier juge, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.
- 1.4. Le 2 octobre 2015, les sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg ont demandé à bénéficier d'une immunité d'amendes en vertu de l'article 21, paragraphe 1, sinon paragraphe 2, de la Loi de 2011 ou, à tout le moins, d'une réduction d'amende en vertu de l'article 21, paragraphe 3, de la même loi.
- 1.5. Le 11 janvier 2016, le Conseil a émis un avis de clémence n ° 2016-CL-01, conformément à l'article 21, paragraphe 6 de la Loi de 2011 à l'égard des sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg. Le 7 février 2018, le Conseil a étendu cet avis aux sociétés de droit allemand Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen GmbH & Co KG et Bahlsen Beteiligungs-GmbHs (ci-après « Bahlsen »).
- 1.6. Le 14 février 2019, le conseiller désigné a adressé la communication des griefs aux sociétés Bahlsen, d'une part, et aux sociétés Cactus et Resuma (ci-après : « Cactus ») d'autre part.
- 1.7. Le 6 juin 2019, Cactus a présenté ses observations écrites. Bahlsen a présenté les siennes le 28 juin 2019.
- 1.8. Le 18 novembre 2020, le Conseil a adopté la décision n ° 2020-FO-04, retenant que Bahlsen et Cactus avaient enfreint l'interdiction d'accords anticoncurrentiels, constatant que Bahlsen ne remplissait pas les conditions pour bénéficier de l'immunité ou d'une réduction d'amende au titre du programme de clémence prévu à l'article 21 de la Loi de 2011 et prononçant une amende à l'encontre des deux parties concernées :

« Article premier:

En pratiquant, de janvier 2011 à octobre 2015, des prix de revente fixes et minima (prix imposés à la revente), les sociétés Bahlsen Management S.à.r.l., Bahlsen Luxembourg SCS, Bahlsen GmbH & Co KG, Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen Beteiligungs-GmbH, Cactus S.A, et Resuma S.A. ont enfreint l'interdiction énoncée aux articles 3 de la Loi [de 2011] et 101 du TFUE.

Article deux:

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

Bahlsen: 1.083.253 euros, montant au paiement duquel sont solidairement tenues les sociétés *Bahlsen Management S.à.r.l., Bahlsen Luxembourg SCS, Bahlsen GmbH & Co KG, Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH et Bahlsen Beteiligungs-GmbH.*

Cactus: 1.384.413 euros, montant au paiement duquel sont solidairement tenues les sociétés *Cactus S.A. et Resuma S.A.* »

- 1.9. Le 10 février 2021, Cactus a introduit un recours tendant principalement à l'annulation, dans le cadre du recours en réformation, de la décision n° 2020-FO-04 et partant à le décharger de toute amende, et subsidiairement à la réformation de la décision n° 2020-FO-04 en le déchargeant de toute amende, sinon en réduisant l'amende.

Par une requête séparée du 19 février 2021, Bahlsen a introduit un recours en réformation, sinon en annulation, à l'encontre de la décision n° 2020-FO-04.

- 1.10. Par jugement du 14 décembre 2022, le Tribunal administratif a annulé la décision n° 2020-FO-04 pour les motifs suivants :

« (...) le Conseil n'a pas à suffisance fait état de preuves directes d'un accord illicite sur les prix, de sorte à avoir dû opérer son analyse destinée à vérifier l'existence d'un tel accord illicite à travers le triple test, et eu égard à l'ensemble des vices retenus ci-avant au niveau du triple test et ce tant en ce qui concerne la régularité de la procédure qu'en ce qui concerne la méthodologie employée par le Conseil, à savoir (i) une violation des droits de la défense dans la mesure où les sociétés Cactus-Resuma, de même que les sociétés Bahlsen n'ont pas eu l'occasion de prendre position sur la modification de l'échantillon des produits retenu par le Conseil au niveau de l'analyse du suivi significatif des prix, ni entièrement sur la méthode de calcul du taux suivi et (ii) l'emploi d'une méthodologie critiquable pour l'examen du critère du suivi significatif des PVC [prix de vente conseillés] pour avoir pris en compte un échantillon de produits non représentatif et les seuls relevés de prix des sociétés Bahlsen, nonobstant la disponibilité de données plus complètes, tant au niveau quantitatif qu'au niveau qualitatif, et l'application d'une marge excessive de 4% pour l'examen des prix égaux aux PVC [prix de vente conseillés] (...) ».¹

¹ Trib. adm. 14 décembre 2022, nos 45635 et 45685 du rôle, page 73, point 6.1.3.

2 EFFETS DU JUGEMENT DU 14 DÉCEMBRE 2022 SUR LA PROCÉDURE

2.1. En annulant la décision n° 2020-FO-04, le jugement du Tribunal administratif du 14 décembre 2022 l'a rétroactivement éliminée de l'ordonnancement juridique². Cette décision est censée n'avoir jamais existé³.

2.2. Toutefois, les actes préparatoires que le Conseil a pris avant d'adopter la décision n° 2020-FO-04 restent valides, à condition qu'ils soient antérieurs aux illégalités que le Tribunal administratif a constatées dans son jugement du 14 décembre 2022.

Comme il ressort du point 1.10 ci-dessus, ces illégalités sont au nombre de trois :

- absence de preuves directes suffisantes de l'existence d'un accord illicite sur les prix⁴ ;
 - violation des droits de la défense du fait de l'omission du Conseil d'entendre les entreprises visées sur (i) la modification de l'échantillon à la base de l'analyse du suivi significatif des prix et (ii) la méthode d'analyse des prix égaux au prix de vente conseillé⁵ ; et
 - emploi d'une méthode critiquable aux fins de l'application du triple test tenant (i) à l'utilisation d'un échantillon non-représentatif malgré la disponibilité de données plus complètes et (ii) à l'utilisation d'une marge excessive de 4% pour l'examen des prix égaux au prix de vente conseillé⁶.
- 2.3. Chacune de ces illégalités est intervenue au stade de l'adoption de la décision n° 2020-FO-04. C'est en effet dans cette décision que le Conseil s'est pour la première fois prévalu de la démonstration par preuve directe d'un accord anticoncurrentiel⁷, de l'échantillon critiqué⁸ et de la méthode critiquée d'analyse des prix égaux au prix de vente conseillé⁹. Le jugement du 14 décembre 2022 n'affecte donc la validité d'aucun des actes préparatoires à la décision n° 2020-FO-04. En particulier, la communication des griefs du 14 février 2019 et l'audition du 5 février 2020 restent valides.

² Trib. adm. 6 octobre 2008, no 23416 du rôle.

³ Cour adm. 13 décembre 2007, no 23055C du rôle, Pas. adm. 2021, V° Procédure contentieuse, n° 1230.

⁴ Trib. adm. 14 décembre 2022, nos 45635 et 45685 du rôle, page 60

⁵ *Ibid.*, page 42

⁶ *Ibid.*, page 74.

⁷ *Ibid.*, page 39.

⁸ *Ibid.*, page 43.

⁹ *Ibid.*

3 DROIT APPLICABLE

- 3.1. Le droit luxembourgeois de la concurrence ayant fait l'objet de modifications postérieurement au renvoi de la présente affaire devant le Conseil, il est opportun d'identifier d'emblée les règles de droit national temporellement applicables à l'heure actuelle à la présente affaire.
- 3.2. Selon une jurisprudence constante, les dispositions de compétence et de procédure sont d'application immédiate aux instances pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la loi sans préjudice de la validité des actes de procédure régulièrement accomplis¹⁰.
- 3.3. Relativement à la compétence, la loi modifiée du 30 novembre 2022 (ci-après : « Loi de 2022 ») organise l'Autorité nationale de concurrence du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après : « Autorité »). Depuis cette date, l'Autorité remplit les fonctions et missions qui étaient auparavant dévolues au Conseil de la concurrence sous l'empire de la Loi de 2011, en particulier la recherche et la sanction des ententes prohibées par le droit national et le droit européen de la concurrence¹¹.
- 3.4. Relativement à la procédure, le présent dossier a été ouvert et conduit jusqu'à l'adoption de la décision n° 2020-F0-04 sous l'empire de la Loi de 2011.
- 3.5. Le jugement du 14 décembre 2022 du Tribunal administratif annulant la décision n° 2020-F0-04 et renvoyant le dossier devant le Conseil a également été rendu sous l'empire de Loi de 2011.
- 3.6. Dès lors, vu le jugement du 14 décembre 2022 annulant la décision n° 2020-F0-04 et vu l'abrogation de la Loi de 2011 au 1^{er} janvier 2023, il incombe désormais à l'Autorité de statuer conformément à l'article 16 (2) de la Loi de 2022.
- 3.7. Pour ce faire, compte tenu des points développés sous 2, l'Autorité ne doit pas reprendre la procédure dès le début. Il suffit qu'elle la reprenne au point précis auquel les illégalités constatées par le Tribunal administratif sont intervenues¹², c'est-à-dire au stade de l'adoption de la décision au fond, après l'émission de la communication des griefs et la tenue de l'audition¹³.

¹⁰ Cour adm., 24 septembre 2015, n° 36179C ; Trib. adm., 27 avril 2021, n° 42504 ; Trib. adm., 1^o mars 2022, n° 45068. Voir également concernant la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence : Trib. adm., 15 novembre 2007, n° 22405 (confirmé par Cour adm., 20 mars 2008, n° 23772C).

¹¹ Voir respectivement l'article 6 (5) a) de la Loi de 2011 et l'article 8, 1^o, a) de la Loi de 2022.

¹² R. Ergéc et F. Delaporte, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois*, Pas. adm. 2021, point 248.

¹³ Pour une illustration en droit européen de la concurrence, voir TUE, 30 mars 2022, Cargolux Airlines International/Commission, EU:T:2022:178, points 243 à 246.

4 APPRÉCIATION

- 4.1. L'Autorité considère qu'elle peut tenir compte d'une série de facteurs pour apprécier la priorité d'une affaire. Il s'agit de mettre en balance l'intérêt de l'affaire et l'utilisation optimale des ressources de l'Autorité, compte tenu des contraintes qui s'imposent à cette dernière.
- 4.2. Aussi, le réseau européen de concurrence reconnaît qu'une affaire qui méritait initialement l'attention d'une Autorité de la concurrence peut ne plus la mériter à un stade ultérieur¹⁴.
- 4.3. D'une part, parmi les facteurs relatifs à l'intérêt de l'affaire figurent notamment (i) la nécessité de clarifier une question d'ordre juridique ou économique pour éclairer les parties prenantes et (ii) le caractère stratégique de l'intervention de l'Autorité, notamment au vu de l'ancienneté des faits et de l'existence d'une décision de l'Autorité portant sur des pratiques identiques ou similaires.
- 4.4. Or, compte tenu des jurisprudences¹⁵ et pratiques décisionnelles¹⁶ abondantes en matière de prix de revente imposés et de commerce de détail, l'Autorité estime que la présente affaire ne présente aucune question d'ordre juridique ou économique nécessitant d'être clarifiée. De plus, les faits sont anciens, datant de la période 2011-2015 et l'Autorité a entretemps adopté une décision d'infraction portant sur des pratiques de prix de revente imposés¹⁷.
- 4.5. D'autre part, s'agissant des contraintes qui s'imposent à elle, l'Autorité n'exclut pas que rectifier les erreurs constatées dans le jugement du 14 décembre 2022 pourrait exiger un renvoi pour complément d'instruction et mobiliser une part disproportionnée de ses ressources au vu de l'intérêt stratégique devenu limité de la présente affaire, ainsi que susciter des interrogations au regard du respect du délai raisonnable évoqué par le Tribunal administratif¹⁸.

¹⁴ ECN Recommendations on the power to set priorities, point 5, sous ii).

¹⁵ CJUE, 29 juin 2023, Super Bock Bebidas SA e.a. contre Autoridade da Concorrência, C-211/22, EU:C:2023:529.

¹⁶ Voir en ce sens Autorité de la concurrence française : Décision n° 21-D-24 du 12 octobre 2021 - secteur de la distribution d'équipements de loisirs footballistiques ; Décision n° 21-D-20 du 22 juillet 2021 - secteur des lunettes et montures de lunettes ; ou Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 - secteur de la distribution de produits de marque Apple.

¹⁷ Décision n° 2023-D-01 du 17 juillet 2023 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de café sur le territoire luxembourgeois.

¹⁸ Trib. adm. 14 décembre 2022, n°s 45635 et 45685 du rôle, page 74

5 ADOpte LA DÉCISION SUIVANTE:

Il n'y a pas lieu, en l'état, d'adopter une décision sur une violation des articles 4 et 5 de la Loi et des articles 101 et 102 du TFUE.

La présente décision est notifiée aux entreprises visées par la communication des griefs du conseiller désigné du 14 février 2019.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg.

Marco Estanqueiro
Vice-Président

Thierry Hoscheit
Conseiller suppléant

Thierry Lallemand
Conseiller suppléant

Indications sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 45 de la loi modifiée du 22 novembre 2022 relative à la concurrence.

Aucun point de fait ou de droit qui aurait pu faire l'objet d'un recours pendant la procédure d'instruction ne peut être soumis au juge.

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.