



Décision N° 2010-FO-03

du 10 décembre 2010

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

- **la s.à r.l. Landewyck Group,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B7190,
établie à L- 1741 Luxembourg, 31, rue de Hollerich**
- **la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck,
inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le N° B87229,
établie à L- 1741 Luxembourg, 31, rue de Hollerich**

Le Conseil de la concurrence ;

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

Vu la communication des griefs de l'Inspection de la concurrence du 31 décembre 2009 ;

Vu la réponse à la communication des griefs de la s.à r.l. Landewyck Group et de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck du 12 mars 2010 ;

Vu les pièces du dossier ;

Après avoir entendu successivement lors de l'audition du 28 octobre 2010 l'Inspection de la concurrence en la personne de Mme Christiane Weidenhaupt, rapporteur général, en présence de Mme Viviane Faber, rapporteur et de M. Guy Wetzel, inspecteur, 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, l'entreprise plaignante, la s.à r.l. Tabagro, représentée par MM. Stéphan Van Den Abbeel et Denis Van Den Abbeell, assistés de Mes Laurent Fisch et Paulo Lopes Da Silva, et les entreprises poursuivies, la s.à r.l. Landewyck Group, représentée par M. Marc Wagener, assisté de Me Gabriel Bleser, et la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, représentée par MM. Jacques Bauer et François Elvinger, assistés de Me Gabriel Bleser ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières :

A) Rétroactes	2
1) Procédure	2
2) Confidentialité	3
3) Les faits.....	3
4) Les conclusions de l'Inspection de la concurrence	5
B) Analyse des éléments pertinents	6
1) Remarque préliminaire	6
2) Définition du marché en cause et position du groupe HVL	7
a) Définition du marché de produits/services : analyses de substituabilité.....	8
b) Définition du marché géographique : analyse de l'homogénéité des conditions de concurrence	15
c) Conclusion	15

A) Rétroactes

1) Procédure

1. Par courrier du 19 décembre 2007, la s.à r.l. Tabagro a introduit 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.

Dans cette plainte, dirigée contre la s.à r.l. Landewyck Group, la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck et la s.à r.l. Fixmer, l'entreprise plaignante reprochait à ces trois entreprises de commettre un abus de position dominante, soit individuellement à charge de la s.à r.l. Landewyck Group jusqu'au 18 avril 2002 et à charge de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck à partir du 18 avril 2002, soit collectivement à charge des trois entreprises. Cet abus aurait consisté dans le fait de refuser de lui fournir un certain nombre de produits de tabac aux conditions de grossiste, de réserver les conditions de grossiste à d'autres entreprises (dont la s.à r.l. Fixmer) et de l'obliger ainsi à se fournir en tant que grossiste auprès d'une de ces autres entreprises, sans pouvoir profiter des conditions commerciales d'un grossiste.

2. Par courrier du 28 mai 2008, la s.à r.l. Tabagro a informé l'Inspection de la concurrence qu'elle retirait la plainte déposée antérieurement, en expliquant que la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck avait entretemps fini par consentir la signature d'un contrat d'approvisionnement aux conditions de grossiste.

Par courrier du 9 juin 2008, l'Inspection de la concurrence a pris acte du retrait de la plainte, tout en signalant que ce fait ne mettait pas un terme à l'enquête concurrentielle.

2) Confidentialité

3. Au cours de l'enquête, l'Inspection de la concurrence a recueilli des renseignements auprès d'un certain nombre d'entreprises. Certaines des entreprises contactées, au moment de fournir les réponses aux questions qui leur étaient posées par l'Inspection de la concurrence, ont tiré profit des dispositions de l'article 24, paragraphes 2 et 3 de loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence pour demander auprès du Président du Conseil de la concurrence à ce que certains des renseignements délivrés soient couverts par la confidentialité et ne soient pas divulgués aux tiers.

4. Différentes demandes de confidentialité ont été accueillies favorablement sur une base provisoire par le Président, alors que d'une part les entreprises concernées ont motivé les raisons pour lesquelles ces informations constitueraient des secrets d'affaires ou des informations confidentielles et que d'autre part les conditions légales pour procéder au rejet des demandes de confidentialité, tenant à la nécessité de la procédure ou à l'exercice des droits des parties, ne peuvent pas être appréciées intégralement au début de la procédure lorsque les données sont communiquées par les entreprises.

Les données en question ont porté sur les conditions d'achat des produits concernés.

Il appert actuellement qu'aucune des informations confidentielles fournies n'a besoin d'être divulguée pour les besoins de la présente décision.

5. Une autre demande ne correspondait pas aux vœux de la loi, en ce qu'elle n'identifiait pas clairement les données pour lesquelles la confidentialité était sollicitée, ni les raisons qui pouvaient justifier l'octroi de la confidentialité.

Malgré information correspondante donnée par le Président du Conseil de la concurrence, ces demandes n'ont pas été complétées par l'entreprise concernée, et partant aucune protection de confidentialité n'a été accordée.

3) Les faits

6. D'après les éléments fournis dans la plainte, les faits constants se présentent comme suit.

La s.à r.l. Tabagro, constituée en 1993, est depuis cette époque active au Luxembourg sur le marché de la commercialisation en gros de produits de tabac manufacturé et de cigarettes. A ce titre, elle importe des produits de tabac produits par des entreprises étrangères et s'approvisionne au Luxembourg en produits de tabac produits par des entreprises luxembourgeoises, pour les revendre à des détaillants.

7. Le marché des produits de tabac a ceci de particulier qu'il n'existe sur le territoire luxembourgeois qu'une seule entreprise produisant de tels produits.

Historiquement, il s'agissait de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck (RCS B7190), constituée en 1911, qui a changé de dénomination le 12 décembre 2002 pour s'appeler s.à r.l. Landewyck Group (RCS B7190).

Cette société a transféré ses activités de production à la s.à r.l. Heintz Van Landewyck Production (RCS B87229), constituée le 18 avril 2002, et qui a comme actionnaire unique la s.à r.l. Landewyck Group (RCS B7190). La s.à r.l. Heintz Van Landewyck Production (RCS B87229) a changé sa dénomination sociale en s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck (RCS B87229) à partir du 12 décembre 2002¹.

8. Le nombre de grossistes en produits de tabac, i.e. des intermédiaires entre les producteurs et les détaillants, est aussi clairement délimité au Luxembourg à l'heure actuelle. Alors qu'ils auraient été plus de 45 à la fin des années 1990, il est constant qu'ils n'étaient plus que quatre² à l'époque des débuts de l'enquête concurrentielle :

- la s.à r.l. Fixmer, dont le capital social était détenu à une certaine époque³ à concurrence de 74,95% par la s.à r.l. Landewyck Group (RCS B7190). Actuellement, par suite d'une cession de parts datée du 11 juillet 2002, mais publiée au Registre de Commerce et des Sociétés à partir du 5 février 2010 seulement, son capital social est détenu à concurrence de 100% par la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck (RCS B87229)
- la s.à r.l. Tabagro
- la s.à r.l. La Tabathèque
- la s.à r.l. Ets Romain Terzi

9. Par courrier du 30 janvier 1998, alors qu'il semble y avoir eu déjà des contacts antérieurement⁴, la s.à r.l. Tabagro demande d'une façon générale à la s.à r.l. Landewyck Group de commencer une relation commerciale. Ce courrier ne semble avoir fait l'objet que d'un simple accusé de réception du 16 février 1998.

10. Par la suite, la s.à r.l. Tabagro a fait adresser en date du 28 décembre 1998 par l'intermédiaire de son avocat un nouveau courrier à la s.à r.l. Landewyck Group, auquel celle-ci répond sous la date du 8 janvier 1999 en indiquant que « nous ne sommes pas en mesure d'accorder les conditions de 'Gros' à la Tabagro s.à r.l. Après analyse, nous estimons que le marché luxembourgeois est largement couvert par les distributeurs-grossistes qui font actuellement partie de notre clientèle ».

11. Par courrier du 22 février 2000, la s.à r.l. Tabagro revient à charge auprès de la s.à r.l. Landewyck Group pour « faire part de notre demande de livraison de vos produits à des conditions de grossiste pour notre activité de gros ». Dans sa réponse du 24 février 2000, la s.à r.l. Landewyck Group répond que « les termes de notre lettre

¹ Pour des raisons de clarté, la présente décision utilise toujours pour ces deux sociétés leurs nouvelles dénominations telles qu'adoptées à partir du 12 décembre 2002.

² Depuis lors, le nombre total de grossistes a été réduit à trois, par suite de la reprise des activités de la s.à r.l. Ets Romain Terzi par la s.à r.l. Fixmer avec effet au 1^{er} juillet 2008.

³ Publication au Mémorial C du 21 février 1997, page 18340; pièce N° 3 de la plainte.

⁴ L'existence de contacts antérieurs est montrée par un rapport de visite du 6 mars 1996 produit au dossier par la s.à r.l. Landewyck Group et la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, et par les termes du courrier de la s.à r.l. Tabagro (« Je me permets de reprendre contact avec vous ... »).

adressée à Me Bernard Felten en date du 8 janvier 1999 sont toujours d'actualité. Il s'en suit que notre position reste inchangée ».

12. La s.à r.l. Tabagro réintervient auprès de la s.à r.l. Landewyck Group par courrier du 25 octobre 2000 pour se voir reconnaître le statut de grossiste pour les produits de cette dernière. Dans sa réponse du 6 novembre 2000, la s.à r.l. Landewyck Group maintient « que les termes de nos courriers précédents sont toujours valables et que notre position reste inchangée⁵ ».

13. Au cours de l'année 2002 interviennent les changements de dénominations sociales et d'activité au sein des sociétés du groupe Heintz Van Landewyck dont question ci-dessus au paragraphe 7.

14. Par télécopie du 7 août 2007, suivi en date du 27 août 2007 de courrier recommandé à l'attention de la s.à r.l. Landewyck Group et de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, la s.à r.l. Tabagro passe une commande pour un certain nombre de produits aux conditions de gros. Seule la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck répond à ces sollicitations, en écrivant par courrier du 11 septembre 2007 que « nous sommes dans l'obligation de vous informer que notre position, déjà clairement formulée à différentes reprises, n'a pas changé. En effet, nous sommes et restons fermement persuadés que le marché luxembourgeois est extrêmement bien couvert par les trois grossistes itinérants existants. Nous ne voyons nullement de besoin pour un grossiste additionnel sur le territoire luxembourgeois et par conséquent nous nous permettons de vous suggérer de vous adresser, comme dans le passé, à un des grossistes existants pour l'approvisionnement en produits HVL ».

15. Par un courrier circonstancié du 25 septembre 2007 traitant du droit de la concurrence, de la concurrence déloyale et du refus de vente, envoyé en copie à la s.à r.l. Landewyck Group, l'avocat de la s.à r.l. Tabagro s'adresse à la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck pour en fin de compte la mettre en demeure « de réviser votre position et de livrer dorénavant la société Tabagro dans les mêmes conditions que les autres grossistes ». Par courrier du 31 octobre 2007, l'avocat de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck prend position sur ces reproches et, traitant d'une éventuelle volonté de nuire à la s.à r.l. Tabagro, précise quant aux raisons qui motivent sa mandante que « la décision d'organiser la distribution de ses produits par l'intermédiaire de trois grossistes relève de la liberté économique de ma mandante ».

4) Les conclusions de l'Inspection de la concurrence

16. Dans sa communication des griefs du 31 décembre 2009, l'Inspection de la concurrence conclut

- que le marché de produits pertinent est le marché de la distribution en gros de produits de tabac luxembourgeois, qui se subdivise en marché de fourniture en

⁵ Le courrier continue en indiquant « ..., surtout au vu de la façon que vous opérez sur le marché », sans autres précisions.

gros par le fabricant aux grossistes et en marché de fourniture en gros par les grossistes à la s.à r.l. Tabagro

- que le marché de produits pertinents est géographiquement de dimension nationale
 - que la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck occupe une position dominante sur le segment du marché de la fourniture en gros par le fabricant aux grossistes
 - que la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck a commis un abus de position dominante en mettant en œuvre tant une pratique de refus de vente qu'une pratique de ciseau tarifaire
 - que ces atteintes au droit de la concurrence se sont étendues du 8 janvier 1999 au 31 mars 2008
 - que la maison-mère s.à r.l. Landewyck Group contrôlant 100% du capital de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck doit être tenue solidairement responsable de ces violations du droit de la concurrence.
- La communication des griefs a été adressée par voie de conséquence à ces deux entreprises.

B) Analyse des éléments pertinents

17. L'exposé des faits tels que repris ci-dessus aux paragraphes N° 6 à 15 ne laisse aucun doute sur le fait que d'abord la s.à r.l. Landewyck Group et ensuite la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck ont refusé ouvertement d'ouvrir et d'entretenir une relation d'affaire avec la s.à r.l. Tabagro dans le cadre de laquelle cette dernière aurait pu s'approvisionner aux conditions de gros en produits fabriqués successivement par ces deux sociétés. Il convient donc d'examiner si ce refus de vente, respectivement de contracter, est contraire au droit de la concurrence.

Dans ce cadre, il faut d'abord définir le marché pertinent et évaluer la position de l'entreprise visée en vue de vérifier l'existence d'une position dominante. Ce n'est qu'en cas de réponse affirmative à cette question qu'il convient de vérifier le caractère abusif du comportement mis à jour.

1) Remarque préliminaire

18. Il convient d'emblée d'écartier tout raisonnement basé sur la notion d'entente illicite. Une telle entente suppose un accord de volontés entre deux ou plusieurs entreprises agissant d'un point de vue économique librement et de façon indépendante et qui jouissent d'une réelle autonomie dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché. Cette condition n'est pas remplie en présence de plusieurs entreprises qui forment une unité économique ou dont l'une exerce un contrôle absolu et effectif sur l'autre, par le fait notamment que l'une est la filiale à 100% de l'autre.

Tel est le cas en l'espèce, puisque la s.à r.l. Landewyck Group détient 100% du capital social de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck. Par ailleurs, la s.à r.l. Landewyck Group détenait jusqu'en 2002 74,95% du capital social de la s.à r.l.

Fixmer, et depuis cette date, la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck détient 100% du capital social de la s.à r.l. Fixmer. Enfin, ces trois sociétés sont dirigées par les mêmes personnes physiques. La s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck et la s.à r.l. Fixmer n'ont donc aucune liberté ou autonomie d'action qui leur permettrait de s'engager dans une entente anticoncurrentielle indépendamment de la volonté de la société-mère, la s.à r.l. Landewyck Group.

19. L'analyse est donc limitée à un éventuel abus de position dominante dans le chef de l'entité économique constituée par la s.à r.l. Landewyck Group et la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, ci-après dénommée groupe HVL.

2) Définition du marché en cause et position du groupe HVL

20. D'après les renseignements recueillis au dossier, les produits de tabac demandés par les consommateurs finals peuvent être répartis en trois catégories :

- les cigarettes
- les cigares et cigarillos
- les tabacs à fumer, sous forme de tabacs coupe fine utilisés pour les cigarettes à rouler soi-même et de tabacs à fumer en pipe

21. Dans l'analyse développée par l'Inspection de la concurrence, ces produits se répartissent en produits de tabac luxembourgeois et en produits de tabac étrangers. Alors même que la notion de « produits de tabac luxembourgeois » n'a pas été autrement détaillée dans les demandes de renseignement, il faut admettre que la notion vise les produits fabriqués par des entreprises luxembourgeoises, peu importe l'implantation de l'usine de production, et commercialisés par celles-ci sous leurs marques, peu importe leur endroit de commercialisation. Aucune des entreprises interrogées ne s'y est d'ailleurs trompée, seules deux ayant cru utile de préciser leur conception de la notion.

Vu sous cet angle, il appert alors qu'une seule entreprise, à savoir la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, produit et offre sur le marché des produits de tabac luxembourgeois. Son activité de production se limite cependant aux cigarettes (sous les marques Afri-Filter, Africaine, Austin, Bentley, Boston, Colorado, Comodor, Ducal, Elixir, F6, Houston, Lexington, Maryland, Monroe, Splendid et Tobacco House N° 7) et aux tabacs à fumer (tabacs coupe fine, sous les marques Amiral, Ducal, Eco, Elixir, Golden Midway, Goldschlessel, Lancia, Landewyck Silver, Maryland, Tabana, et tabacs à pipe, sous la marque Borkum Riff)⁶.

D'autres entreprises produisent et/ou offrent sur le marché des produits de tabac étrangers. Il s'agit de quatre grandes entreprises actives au niveau international (Philip Morris, Imperial Tobacco, British American Tobacco et Japan Tobacco International)

⁶ Le groupe HVL a précisé que les marques Afri-Filter et Houston n'étaient pas commercialisées au Luxembourg, alors même que la marque Afri-Filter apparaît dans la liste des produits fournis aux grossistes luxembourgeois.

Le groupe HVL a encore précisé que les marques Boston, Tobacco House N° 7 et Lancia appartenaient à un détaillant.

et de quelques entreprises de dimensions plus modestes sans réel impact sur le marché.

22. L'Inspection de la concurrence a encore développé, sans être contredite sur le principe par les entreprises du groupe HVL, que le marché des produits de tabacs pouvait être subdivisé en trois segments de prix, qu'elle dénomme « High end », « Mid range » et « Bas de gamme »⁷.

Le groupe HVL s'est contentée de mettre en doute l'affirmation de l'Inspection de la concurrence selon laquelle chaque fabricant entendait être présent sur chacun des trois segments, en relevant qu'elle n'a pas toujours été présente avec la marque Monroe sur le segment du haut, puisque cette marque n'aurait été commercialisée que de mars 2008 à fin 2009.

Si cette dernière affirmation semble matériellement exact, il n'en reste pas moins qu'au cours des années précédentes, la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck était présente sur le marché avec d'autres produits de cette catégorie de prix, tel que par exemple Bentley.

a) Définition du marché de produits/services : analyses de substituabilité

23. D'un point de vue méthodologique, définir un marché quant aux produits revient à rechercher si par rapport au produit ou service considéré, d'autres produits ou services y sont substituables. En cas de réponse affirmative, ces autres produits sont à inclure dans le marché pertinent.

Dans le cadre de cet examen, il est tenu compte des caractéristiques objectives des produits et services considérés, ainsi que de leur nature, de leurs prix, des besoins qu'ils sont susceptibles de satisfaire et de leurs usages prévus, des conditions de concurrence et de la structure de l'offre et de la demande sur le marché, y compris les stratégies de différenciation des offreurs et des modes de distribution, ainsi que le cas échéant de l'existence d'une réglementation spécifique. Lorsque cette substituabilité est établie, elle doit généralement être confirmée par un examen de la substituabilité du côté de la demande et le cas échéant du côté de l'offre à travers le test du monopoleur hypothétique. En vertu de ce test, il est examiné si en cas d'augmentation légère mais significative et durable du prix du produit ou service considéré, les consommateurs-demandeurs se tourneraient vers un autre produit ou service, respectivement si les offreurs actifs sur un autre marché seraient disposés à entrer sur le marché du premier produit ou service considéré afin d'y satisfaire les besoins des demandeurs^{8,9}.

⁷ Le groupe HVL utilise les termes de « Premium », « MPPC » et « Value for money ».

⁸ Pour les besoins de la discussion, le Conseil entend s'inspirer des explications fournies dans la Communication de la Commission (97/C 372/03) sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au JOCE, N° C 372 du 9 décembre 1997, page 5.

⁹ Il est vrai que ce test dit « SSNIP » est partiellement faussé en l'espèce, dans la mesure où les acteurs du marché estiment que le prix de vente au détail est fixé unilatéralement par la mention figurant sur la bandelette fiscale apposée sur les produits de tabac par le fabricant ou l'importateur. Ils estiment partant ne pas avoir de marge de manœuvre en termes de prix de vente au détail, ce qui écarte de la sorte toute concurrence par le prix, ce d'autant plus que les changements de prix sont publiés et diffusés

En partant en l'espèce de la donnée de base selon laquelle le refus de vente a porté sur les produits de tabac luxembourgeois¹⁰, i.e. les cigarettes, tabacs coupe fine et tabacs à pipe fabriqués et vendus en gros par la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, il convient de rechercher si d'autres produits de tabac, i.e. soit les cigares et cigarillos, soit des produits similaires étrangers, y sont substituables.

24. Il convient d'emblée d'exclure toute substituabilité entre cigarettes et tabacs à fumer d'un côté et cigares et cigarillos de l'autre côté, tant il paraît évident que ces produits sont différents, tant dans leurs caractéristiques intrinsèques que dans leurs prix.

25. En ce qui concerne la différence entre les produits de tabac en fonction de leur provenance luxembourgeoise ou étrangère, l'Inspection de la concurrence a conclu aux termes de son analyse qu'il existait une demande spécifique pour les produits de tabac luxembourgeois, i.e. produits par une entreprise luxembourgeoise, auxquels ne pouvaient pas se substituer les produits de tabac étrangers, i.e. produits par une entreprise implantée à l'étranger. Le marché pertinent serait partant à restreindre aux produits de tabac luxembourgeois. Il résulte des développements de l'Inspection de la concurrence que cette demande spécifique trouve son origine soit dans un réflexe « nationaliste » des consommateurs, qui préféreraient acheter un bien produit par une entreprise implantée au Luxembourg, soit dans la spécificité du goût des produits de tabac produits au Luxembourg.

A l'appui de sa position, l'Inspection de la concurrence se réfère aux opinions exprimées par les différentes entreprises contactées au cours de son enquête. Elle leur a successivement posé les questions suivantes :

- Pensez-vous que le consommateur d'un produit de tabac donné change aisément ses habitudes de consommation et/ou le produit de tabac consommé ?
- Etes-vous d'avis que le consommateur de produits de tabac allait facilement substituer un produit de tabac étranger à un produit similaire luxembourgeois, et vice-versa ? Est-ce qu'il existe une demande spécifique pour les produits de tabac luxembourgeois ?

La s.à r.l. Tabagro s'est ralliée aux conclusions de l'Inspection de la concurrence.

26. Les entreprises du groupe HVL contestent les conclusions de l'Inspection de la concurrence et font valoir que les cigarettes et tabacs à fumer, peu importe leur provenance, seraient substituables et partant à englober dans un même marché. Elles invoquent d'une part le caractère défaillant de la méthode d'analyse de l'Inspection de la concurrence, qui n'aurait pas interrogé directement les consommateurs finals et n'aurait interrogé qu'une infime portion, statistiquement non représentative, de l'ensemble des 600 détaillants actifs sur le territoire luxembourgeois. Elles produisent

à l'avance. Le test garde cependant son utilité, notamment par rapport à la question de la substituabilité entre produits de différentes catégories de prix, respectivement de qualité.

¹⁰ Le Conseil note que la commande de la s.à r.l. Tabagro du 7 août 2007 avait porté également sur des produits étrangers d'importation de la marque « La Paz ». Les développements à suivre font abstraction de ce volet, qui n'a pas fait l'objet de l'enquête, notamment quant au test de substituabilité ou quant à la question de savoir si le groupe HVL dispose d'un monopole d'approvisionnement du marché luxembourgeois pour les produits de cette marque.

d'autre part des éléments d'appréciation collectés par leurs propres soins pour en déduire qu'il n'y aurait pas de préférence « nationale » dans la mesure où les consommateurs ignoreraient pour une grande partie la provenance des produits de tabac. Elles expliquent encore que les cigarettes et tabacs à fumer seraient produits en grande partie sur base des mêmes mélanges de plants de tabac, ce qui exclurait une grande différenciation par le goût.

27. Il appartient au Conseil de la concurrence de délimiter le marché pertinent pour les besoins du dossier qui lui est soumis. En l'absence de pouvoirs d'instruction propres, il est tenu de s'en référer aux éléments d'appréciation fournis par les parties à la procédure.

Dans le cadre de cette analyse, le Conseil relève tout d'abord que la chaîne de valeur pour arriver à la commercialisation finale comprend les fabricants et importateurs, les grossistes et les détaillants, avec corrélativement un marché de gros de la vente par les fabricants et importateurs aux grossistes et un marché de gros de la vente par les grossistes aux détaillants.

Le Conseil prend ensuite comme point de repère que si les griefs soulevés ont trait au marché de gros de la vente de produits de tabacs aux grossistes, la délimitation du marché pertinent s'opère cependant par référence à la demande émanant sur le marché de détail de la part des consommateurs finals, qui se répercute par effet de transmission sur les marchés de gros en amont.

Le Conseil relève finalement que sur ce marché de détail, les cigarettes, respectivement les tabacs à fumer contiennent des produits et substances similaires, sont vendues dans des emballages et conditionnement comparables, relèvent d'un même régime spécifique de taxation et de fixation des prix, et satisfont dans le chef des consommateurs finaux les mêmes besoins de consommation de produits de tabac et de satisfaction d'une addiction. Ainsi, de prime abord, tous les éléments sont réunis pour retenir l'existence d'une substituabilité entre les différents produits de tabac manufacturés par les entreprises actives sur le marché amont de la fabrication, peu importe leur origine.

28. Sur cette base, il convient d'examiner si la délimitation plus étroite proposée par l'Inspection de la concurrence et soutenue par la s.à r.l. Tabagro est pertinente.

A cet effet, et abstraction faite des problèmes de méthodologie relevés par le groupe HVL, le Conseil entend présenter brièvement les opinions exprimées par les opérateurs interrogés par l'Inspection de la concurrence, en distinguant entre les détaillants (qui ont a priori une meilleure connaissance des besoins et envies des consommateurs finals), les grossistes, les importateurs et le fabricant.

- Les détaillants :

Sur le total de plusieurs centaines d'entreprises actives dans le commerce de détail de produits de tabacs¹¹, l'Inspection de la concurrence a procédé à l'interrogation d'un total de 12 entreprises. Leurs réponses se présentent comme suit¹² :

¹¹ L'Inspection de la concurrence avance le chiffre de 500, tandis que le groupe HVL affirme qu'il y en aurait 600.

- s.à r.l. Maison du fumeur
 - ad 1 : non
 - ad 2 : non
- s.à r.l. Aral Services Luxembourg (station Aire de Berchem) et s.à r.l. BP Capellen (station Aire de Capellen)
 - Ad 1 : les consommateurs ont changé dans le passé (cigarette vers tabac en pot, premium vers bon marché, brunes vers légères), ce qui laisse à supposer qu'ils sont disposés au changement
 - Ad 2 : il n'y a pas de demande spécifique pour des produits luxembourgeois. Mais HVL a dans sa gamme des produits pour lesquels la fidélité est plus prononcée que pour d'autres
- S.A. Auchan Luxembourg¹³
 - Ad 1 : Non, le consommateur reste fidèle à une marque ou un produit à cause du goût ou de l'image de marque. Il baisse éventuellement sa consommation
 - Ad 2 : Non, pour les mêmes raisons
- Brandy's
 - Ad 1 : non, question d'habitude et de qualité
 - Ad 2 : non
- S.A. Cactus
 - Ad 1 : les consommateurs s'orientent vers des produits moins chers
 - Ad 2 : il existe une demande spécifique de produits de tabac luxembourgeois, mais le profil type du consommateur de tabac luxembourgeois est ignoré. Une substitution se fait beaucoup au sein de la même marque (de normal à light à ultra-light) ou vers des produits moins chers. Les consommateurs de produits étrangers se réorientent vers un autre produit étranger.
- S.A. Cora Luxembourg
 - Ad 1 : les consommateurs s'orientent vers des produits moins chers
 - Ad 2 : en cas de rupture de stock, le client opère la substitution entre produits luxembourgeois et étrangers
 - Il existe une demande spécifique pour les produits luxembourgeois. Cette demande est moins accentuée chez les jeunes consommateurs.
- S.A. Euro-Tabacs
 - Ad 1 : pas de données précises, mais l'entreprise est d'avis qu'un fumeur a des préférences et est fidèle à une marque ou un produit précis
 - Ad 2 : pas de données précises, mais l'entreprise a l'impression que les consommateurs réguliers de produits de tabac luxembourgeois ne sont pas enclins à en changer pour un produit de tabac étranger
- s.à r.l. Tobacco J&F
 - Ad 1 : le consommateur ne change pas ses habitudes, sauf en cas d'une hausse importante du prix du produit habituel, après avoir essayé de s'approvisionner sur un autre marché géographique
 - Ad 2 : le consommateur ne substitue pas facilement un produit à un autre. Il le fait en fonction de la notoriété du produit, du lieu de résidence et du prix du produit

¹² La s.à r.l. Simon's Plaza Potaschbiert (station Esso Potaschbiert), la s.à r.l. Route 66 et la S.A. Smokey's n'ont pas fourni de réponses à ces questions.

¹³ La S.A. Auchan Luxembourg procède aussi à l'importation de produits étrangers.

- Les grossistes :
L'Inspection de la concurrence a interrogé les quatre entreprises actives sur le marché de gros. Leurs réponses ont été les suivantes¹⁴ :
 - S.A La Tabathèque¹⁵
Ad 1 : les consommateurs s'orientent vers des produits moins chers
Ad 2 : Le consommateur domestique est plus enclin à acheter des produits luxembourgeois, par contre le consommateur frontalier recherche principalement des marqués internationales
 - s.à r.l. Fixmer¹⁶ (réponses identiques à celles de la s.à r.l. Landewyck Group et de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck)
Ad 1 : les consommateurs de produits premium sont fidèles à leur marque. Les consommateurs de produits *low cost* et généralement ceux qui sont sensibles au prix ne sont pas fidèles à leur marque
Ad 2 : il n'existe pas de produits de tabac luxembourgeois (i.e. est produit de tabac luxembourgeois tout ce qui porte une bandelette fiscale luxembourgeoise)
 - s. à r.l. Tabagro¹⁷
Ad 1 : le fumeur (98%) est fidèle à sa marque pour des raisons de goût et d'image de la marque
Ad 2 : il y a une demande spécifique pour les produits de tabac luxembourgeois (ex. : Ducal, Elixir) et les consommateurs y sont fidèles

- Les importateurs
L'Inspection de la concurrence a interrogé une seule entreprise dont l'activité se restreint à celle d'importateur, la s.à r.l. Nic. Zeien. Celle-ci n'a pas répondu aux questions posées.

- Le fabricant :
 - s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck¹⁸ (réponses identiques à celles de la s.à r.l. Landewyck Group et de la s.à r.l. Fixmer)
Ad 1 : les consommateurs de produits premium sont fidèles à leur marque. Les consommateurs de produits *low cost* et généralement ceux qui sont sensibles au prix ne sont pas fidèles à leur marque
Ad 2 : il n'existe pas de produits de tabac luxembourgeois (i.e. est produit de tabac luxembourgeois tout ce qui porte une bandelette fiscale luxembourgeoise)

29. La plupart de ces opinions ne semblent reposer que sur des appréciations subjectives ou des approximations. Seules deux réponses font apparaître un début d'argumentaire objectif. D'une part, la s.à r.l. Aral Services Luxembourg et la s.à r.l. BP Capellen invoquent les expériences du passé pour dégager une prédisposition vers le changement. D'autre part, la s.à r.l. Tobacco J&F avance un début de motivation

¹⁴ La s. à r.l. Ets Romain Terzi n'a pas fourni de réponse à ces questions.

¹⁵ La S.A. Tabathèque affirme procéder également à l'importation de produits de tabac étrangers et être active sur le marché de détail.

¹⁶ La s.à r.l. Fixmer affirme procéder également à l'importation de produits de tabac étrangers et être active sur le marché de détail.

¹⁷ La s.à r.l. Tabagro est également active sur le marché de détail.

¹⁸ La s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck affirme procéder également à l'importation de produits de tabac étrangers et être active sur le marché de gros.

basée sur le test du monopoleur hypothétique, en faisant le lien entre l'attachement à un produit, l'augmentation de son prix, l'extension du marché géographique et la substituabilité.

On constate par ailleurs que les réponses des professionnels du secteur ne permettent pas de dégager une tendance uniforme. D'une part, ils sont en désaccord sur l'existence d'une demande spécifique pour des produits de tabac luxembourgeois. D'autre part, s'ils semblent admettre une certaine importance du goût ou de l'image de marque à la base du choix en faveur d'un produit déterminé, ils admettent tout autant que le prix a une incidence, dans la mesure où il entraîne un report du choix sur des produits moins chers.

Les opinions contradictoires exprimées par les professionnels du secteur ne soutiennent donc pas les conclusions de l'Inspection de la concurrence, que celles-ci prennent appui sur une préférence pour un produit d'une certaine origine géographique ou sur le goût de certains produits.

30. Cette conclusion intermédiaire peut ensuite être confrontée aux éléments d'appréciation présentés par les entreprises du groupe HVL qui ont fait procéder à une étude de marché auprès des consommateurs entre le 8 et le 12 février 2010.

Les trois premières questions posées dans le cadre de cette étude ont porté sur la connaissance de l'existence, de la mise en vente et de l'origine de certains produits de tabac.

Ces questions abordent le premier argument d'individualisation avancé par l'Inspection de la concurrence, en ce que l'origine géographique du produit de tabac commercialisé influencerait sur le comportement des consommateurs et pourrait utilement être invoqué pour délimiter le marché.

Les réponses ne sont que d'une pertinence limitée, puisqu'elles s'adressent à l'ensemble de l'échantillonnage, donc également aux personnes qui ne sont pas consommateurs de tabacs. Sous cette réserve méthodologique, les réponses à cette question permettent de relever que sur les cinq marques produites par la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck incluses dans le choix, les personnes interrogées ont su en identifier clairement trois comme étant produites par cette entreprise, tandis que pour les deux autres, l'origine a été majoritairement située à l'étranger. Par contre, les vingt marques produites par des entreprises étrangères incluses dans l'enquête ont toujours été identifiées par une majorité des personnes interrogées comme étant d'origine étrangère.

Si une discrimination entre produits en fonction de leur provenance semble majoritairement possible, l'étude permet de montrer qu'elle n'est pas efficace à tout égard. Plus fondamentalement, ni l'étude ni aucun autre élément du dossier ne montre qu'une telle discrimination se fait effectivement.

La quatrième question de l'enquête a permis de distinguer dans l'échantillonnage les fumeurs, les anciens fumeurs et les non-fumeurs, pour ne continuer la suite de l'enquête qu'avec les personnes interrogées qui étaient fumeurs à ce moment.

A cet échantillon réduit ont alors été posées des questions sur les marques fumées et sur les aspects liés aux changements d'habitudes.

La cinquième question de l'étude porte sur les produits/marques fumés au moment de l'enquête. Elle donne une image instantanée sur cet aspect, et ne fournit donc pas d'éléments de réponse sur les changements et substituabilités. Elle ne pourrait présenter un intérêt à cet égard que si l'enquête avait été répétée à plusieurs reprises sur une durée prolongée, afin de pouvoir en tirer des conclusions en termes d'évolution du marché.

La sixième question est relative aux fréquences de changement d'habitudes tabagiques. Il en résulte qu'au total, il arrive à 30% des fumeurs de changer plus ou moins fréquemment de marque de produit, tandis que cela n'arrive pratiquement jamais à 70% des fumeurs.

La septième question finalement traite des critères de choix qui interviennent dans l'achat de produits de tabac. Il en ressort que sur les cinq critères proposés (prix, image du produit, mélange de tabac, goût, autre à préciser par la personne interrogée), celui tenant au goût constitue le premier critère de choix du produit acheté (74%), suivi du prix (10%) et du mélange de tabac (6%). En ce qui concerne le deuxième critère qui importe dans le choix, le résultat de l'enquête classe successivement le mélange de tabac (30%), le prix (23%) et le goût (14%). Au titre du troisième critère, l'enquête révèle le mélange de tabac (20%), devant le prix (17%) et l'image du produit (16%)

31. Le Conseil déduit de ce qui précède les conclusions suivantes.

D'une part, il existe une proportion certes minoritaire, mais non négligeable et économiquement significative, de fumeurs qui sont disposés à changer leurs habitudes et à substituer un produit de tabac à un autre, notamment en cas d'augmentation légère mais permanente du prix.

D'autre part, si 70% des fumeurs se disent opposés à un changement d'habitudes tabagiques, aucun élément du dossier ne permet d'affirmer qu'il en serait ainsi en raison de la spécificité du goût des produits qu'ils consomment par rapport à d'autres produits ou marques, ni encore que les 70% des fumeurs ainsi identifiés seraient ceux consommant des produits fabriqués au Luxembourg, ni surtout que les produits de tabacs fabriqués au Luxembourg auraient un goût spécifique tel que les consommateurs les favoriseraient par rapport à des produits fabriqués à l'étranger. D'après les éléments de renseignement contenus au dossier, cette inertie des consommateurs peut aussi bien trouver son origine dans l'identité ou la similitude entre les différents produits.

32. Sur base de l'ensemble des éléments d'appréciation, le Conseil en arrive à la conclusion que le marché pertinent en l'espèce englobe non seulement les produits de tabac (au sens de cigarettes et tabacs à fumer) luxembourgeois, mais également les produits de tabac étrangers, i.e. en d'autres termes l'intégralité des cigarettes et tabacs à fumer mis sur le marché.

b) Définition du marché géographique : analyse de l'homogénéité des conditions de concurrence

33. Définir le marché pertinent d'un point de vue géographique revient à examiner dans quelle mesure les demandeurs sont disposés et ont la possibilité de s'approvisionner auprès de fournisseurs situées dans des régions géographiques plus éloignées, respectivement dans quelle mesure des fournisseurs situés dans des zones géographiques plus éloignées sont disposés à offrir leurs produits et services aux demandeurs à prendre en considération dans le cadre de l'affaire soumise à l'autorité de concurrence¹⁹.

En invoquant les contraintes réglementaires et fiscales liées au commerce de produits de tabac, l'Inspection de la concurrence a conclu à voir délimiter le marché géographique du marché de gros de produits de tabac au territoire du Luxembourg.

Cette délimitation est acceptée par la s.à r.l. Landewyck Group et la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck.

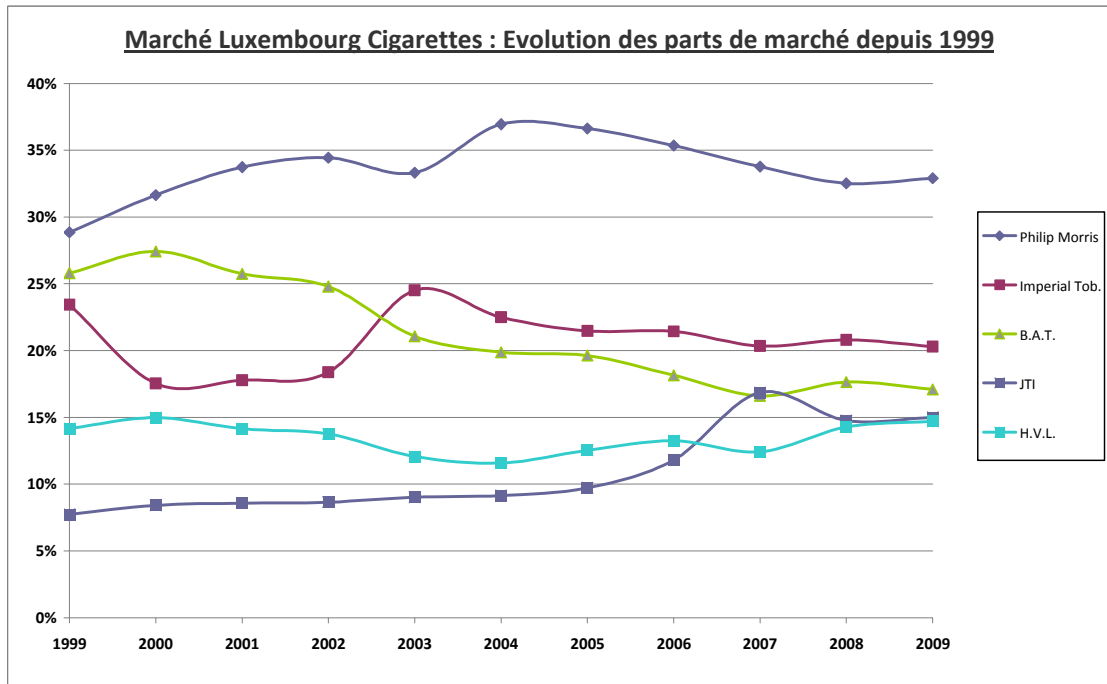
Le Conseil adopte la même délimitation.

c) Conclusion

34. Le marché pertinent en cause est le marché national de la vente en gros de produits de tabac des catégories cigarettes et tabacs à fumer, peu importe leur lieu de confection, leur marque ou leur fabricant. Ce marché est alimenté par les fabricants et importateurs qui en cette qualité introduisent ces produits sur le marché luxembourgeois. La demande émane des grossistes établis au Luxembourg.

35. L'Inspection de la concurrence n'a pas fourni d'éléments d'appréciation relativement à l'envergure de ce marché et aux parts de marché détenues par les différentes entreprises. La s.à r.l. Landewyck Group et la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck ont présenté les statistiques suivantes :

¹⁹ Pour l'application de ces principes, le Conseil se réfère à la Communication de la Commission (97/C 372/03) sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, publiée au JOCE, N° C 372 du 9 décembre 1997, page 5.



36. En l'absence d'autres éléments d'appréciations, il y a lieu de s'y référer, pour retenir que le groupe HVL détient sur la période d'observation située entre 1999 et 2009 une part de marché de 15% au maximum, face à quatre concurrents dont trois détiennent des parts de marché en règle générale légèrement à moyennement supérieures, tandis que le quatrième détient une part de marché largement supérieure, qui est à l'heure actuelle du double de celle du groupe HVL. Ces éléments excluent l'existence d'une position dominante dans le chef du groupe HVL.

37. Une approche plus fine peut être opérée en fonction des segments de prix identifiés au paragraphe 22 ci-dessus. Les entreprises du groupe HVL présentent à cet égard les éléments suivants :

	Premium	MPPC	Value for money
Philip Morris	Marlboro : 21%	LM : 4,9%	Next : 1,4%
British American Tobacco	Kent : 1,6%	Lucky Strike / Belga : 4,9%	PallMall : 3,1%
HvL		Ducal / Maryland : 8,9%	Elixir / Austin : 6%
Japan Tobacco International		Camel : 7,3%	Winston / Ronson : 7%
Imperial Tobacco	B&H : 0,5%	Gauloises : 6,4%	JPS / Fortuna : 6,2%

38. En l'absence d'autres éléments d'appréciations, il y a lieu de s'y référer, et bien que ces données ne couvrent que 79,2% du marché, on peut en déduire que le groupe HVL ne détient aucune position particulièrement forte, ni *a fortiori* dominante, sur un de ces trois segments de marché.

Le Conseil retient partant en fin de compte que la s.à r.l. Landewyck Group et la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck, prises isolément ou en tant qu'unité économique, n'occupent pas de position dominante sur le marché pertinent, ni globalement, ni sur un segment particulier de celui-ci.

En l'absence de position dominante, aucun abus de position dominante ne peut être commis. Il y a partant lieu de rejeter l'ensemble des griefs formulés par l'Inspection de la concurrence.

a adopté la présente décision :

Article 1er et unique :

Le Conseil écarte les griefs formulés par l'Inspection de la concurrence à l'encontre de la s.à r.l. Landewyck Group et de la s.à r.l. Manufacture de Tabacs Heintz Van Landewyck.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg en date du 10 décembre 2010.

(signé)
Thierry HOSCHEIT
Président

(signé)
Luisito BERTINELLI
Conseiller suppléant

(signé)
Pierre CALMES
Conseiller