

Décision n°2020-FO-04

du 18 novembre 2020

concernant une procédure au fond mettant en cause

Bahlsen Management S.à.r.l.

Bahlsen Luxembourg SCS

Bahlsen GmbH & Co KG

Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH

Bahlsen Beteiligungs-GmbH

Cactus S.A.

Resuma S.A.

Le Conseil de la concurrence ;

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

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

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

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

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

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

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

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

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières

1	Introduction.....	5
2	Les entreprises en cause.....	5
	2.1 Le fournisseur: Bahlse.....	5
	2.2 Le distributeur: Cactus.....	7
3	Procédure.....	9
	3.1 L'auto-saisine du Conseil.....	9
	3.2 La perquisition de Bahlse.....	10
	3.3 La procédure de clémence.....	11
	3.3.1 La demande de clémence de Bahlse.....	11
	3.3.2 L'avis de clémence.....	11
	3.3.3 Les entretiens.....	11
4	Les pratiques : rappel des faits.....	12
	4.1 Les produits concernés.....	12
	4.2 Les pratiques constatées.....	13
	4.2.1 Le cadre des relations commerciales entre Bahlse, fournisseur et Cactus, distributeur.....	13
	4.2.2 Les prix de vente à Cactus.....	14
	4.2.3 Les prix de revente.....	14
	4.2.4 Les pratiques prises dans leur ensemble.....	25
5	les griefs notifiés.....	26
6	Analyse juridique.....	26
	6.1 Procédure: sur les moyens tirés du non-respect des droits de la défense.....	26
	6.1.1 Sur le moyen tiré des défauts de la Communication des griefs.....	26
	6.1.2 Sur le moyen tiré du non-respect du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision.....	32
	6.1.3 Sur le moyen tiré de la violation de la présomption d'innocence.....	32
	6.2 Le droit applicable.....	33
	6.2.1 La Loi.....	33
	6.2.2 L'article 101, paragraphe 1 du TFUE et l'affectation du commerce entre Etats membres.....	33
	6.2.3 Les règles d'administration de la preuve.....	37
	6.3 Le marché concerné.....	39
	6.3.1 Le marché des produits concernés.....	40
	6.3.2 Le marché géographique.....	40
	6.3.3 Les parties présentes sur le marché des produits concernés.....	41
	6.3.4 Conclusion.....	41
	6.4 Accord et/ou pratique concertée sur les prix de revente minimaux ou fixes.....	41
	6.4.1 Les principes de l'interdiction des prix de revente imposés (minimaux ou fixes).....	41
	6.4.2 Un concours de volontés.....	43
	6.4.3 En l'espèce.....	48
	6.5 L'accord s'inscrit dans le cadre de plusieurs accords parallèles entre Bahlse et ses distributeurs, dont Cactus.....	73
	6.5.1 Absence de preuves suffisantes pour retenir la qualification d'accord horizontal ou d'infraction unique et continue.....	74

	6.5.2	L'existence de plusieurs accords et/ou pratiques concertées parallèles entre Bahlsen et certains de ses distributeurs	75
	6.6	Restriction de concurrence « par objet »	75
	6.7	Non-application du règlement (UE) n°330/2010	78
	6.8	Non-application des articles 4 de la Loi et 101, paragraphe 3 TFUE	79
7		Durée de l'infraction	81
8		imputabilité des pratiques	82
	8.1	Le droit applicable	82
	8.2	Les moyens de Bahlsen.....	83
	8.2.1	Quant au moyen fondé sur l'autonomie de Bahlsen Luxembourg	83
	8.2.2	Quant au moyen fondé sur la responsabilité solidaire	84
	8.3	En l'espèce	85
	8.3.1	Bahlsen	85
	8.3.2	Cactus	86
9		Sanctions	87
	9.1	Sanctions au titre de l'article 20, paragraphe 2 de la Loi – les principes.....	87
	9.2	Nature intentionnelle ou négligente de l'infraction	89
	9.3	Détermination de la valeur des ventes	89
	9.4	Calcul du montant de base en fonction de la gravité et de la durée	90
	9.4.1	Gravité	90
	9.4.2	Durée	92
	9.4.3	Droit d'entrée	92
	9.4.4	Conclusion sur le montant de base	93
	9.5	Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et/ou atténuantes	93
	9.5.1	Circonstances aggravantes	93
	9.5.2	Circonstances atténuantes.....	95
	9.5.3	Majoration dissuasive.....	96
	9.5.4	Conclusion sur l'ajustement du montant de base	96
	9.6	Prise en compte des règles de clémence: Bahlsen	97
	9.6.1	Les principes	97
	9.6.2	En l'espèce: Bahlsen ne peut bénéficier de l'immunité ni d'une réduction d'amende au titre de la clémence	99
	9.7	Conclusion sur le montant de l'amende.....	103

1 INTRODUCTION

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

2 LES ENTREPRISES EN CAUSE

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

2.1 Le fournisseur: Bahlsen

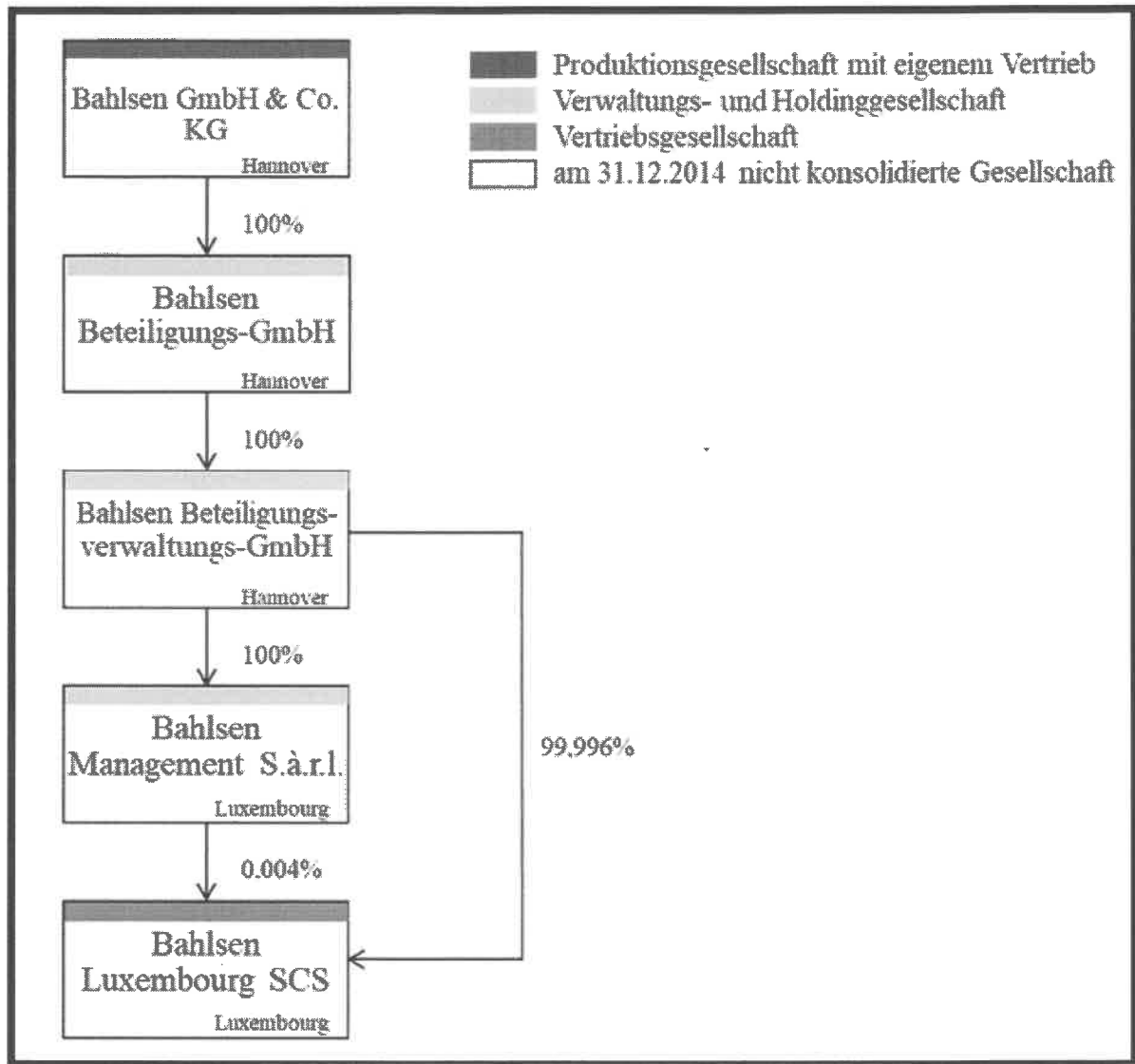
4. Bahlsen est un groupe international, principalement actif dans la fabrication et la vente de biscuits et gâteaux. Le siège de la tête du groupe est établi à Hanovre, en Allemagne. Bahlsen commercialise ses produits au Luxembourg par l'intermédiaire de Bahlsen Management S.à.r.l. (ci-après « Bahlsen Management ») et principalement de Bahlsen Luxembourg SCS (ci-après « Bahlsen Luxembourg »).
5. Pour les besoins de la présente procédure, Bahlsen comprend les sociétés suivantes:
 - Les sociétés présentes au Luxembourg :
 - Bahlsen Luxembourg SCS, inscrite au registre du commerce et des sociétés (RCS) de Luxembourg sous le numéro B164380 et ayant son siège social au 145, rue de Cessange L-1321 Luxembourg ;
 - Bahlsen Management S.à.r.l., inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro B162664 et ayant son siège social au 145, rue de Cessange L-1321 Luxembourg ;
 - Les sociétés allemandes détenant l'intégralité du capital social des deux sociétés luxembourgeoises :
 - Bahlsen GmbH & Co KG, inscrite au répertoire des entreprises allemandes d'Hanovre sous le numéro HRA 26026 et ayant son siège en Allemagne ;
 - Bahlsen Beteiligungs-GmbH, inscrite au répertoire des entreprises allemandes d'Hanovre sous le numéro HRB 56365 et ayant son siège social en Allemagne ;et

- Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, inscrite au répertoire des entreprises allemandes d'Hanovre sous le numéro HRB 206525 et ayant son siège social en Allemagne.
6. Bahlsen Management S.à.r.l. est une société luxembourgeoise constituée le 29 juillet 2011. Bahlsen Management ne détient que des participations dans d'autres sociétés¹ et ne commercialise pas de produits ou services. Elle est détenue à 100% par Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH. Celle-ci est détenue à son tour à 100% par Bahlsen Beteiligungs-GmbH, détenue par Bahlsen GmbH & Co KG.
7. Bahlsen Luxembourg SCS² est une société luxembourgeoise qui a été constituée le 30 octobre 2011. Bahlsen Management est l'associé commandité de Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH en est l'associé commanditaire.
8. La structure du groupe Bahlsen peut être schématisée comme suit³ :

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

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

³ Structure fournie par Bahlsen dans sa demande de clémence du 19 octobre 2015, point 1.



2.2 Le distributeur: Cactus

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

- Cactus S.A., société inscrite au registre de commerce et des sociétés luxembourgeois sous le numéro B65282 et ayant son siège social route d'Arlon, la Belle Etoile, L-8050 Bertrange au Luxembourg. L'objet social⁴ de Cactus S.A. comprend notamment l'achat et la vente en gros et au détail de produits alimentaires ; et

⁴ Voir les statuts coordonnés de Cactus S.A. du 24 janvier 2006, article 4.

- Resuma S.A., société inscrite au registre de commerce et des sociétés luxembourgeois sous le numéro B16741 et ayant son siège social rue des Trois Cantons, Koerig/Windhof au Luxembourg. Resuma S.A. est une centrale d'achat⁵.
10. Le groupe Cactus est un groupe familial, numéro un de la distribution luxembourgeoise. Dans le secteur de la distribution alimentaire, Cactus est présent sur l'ensemble du territoire national au travers des supermarchés Cactus⁶ ainsi que de commerces de proximité Cactus marché et Cactus shoppi. Certains experts le placent parmi les champions mondiaux du secteur en termes de rentabilité⁷. Cactus lui-même se décrit comme détenant une position de leader de la grande distribution au Luxembourg⁸. Le groupe dispose de ses propres centrales d'achat et centres de distribution alimentaires et non-alimentaires. Au sein du groupe, la société Resuma S.A. effectue les achats et assure la réception, le stockage et la distribution des produits dans les magasins⁹. Les prix sont négociés entre le service achat de Resuma S.A. et les fournisseurs respectifs.
11. D'après l'organigramme¹⁰ du groupe Cactus, la société Cactus S.A. détient la société Resuma S.A. à 100%.

⁵ Voir les statuts coordonnés de Resuma S.A. du 24 janvier 2006, article 4.

⁶ Voir Observations cactus, note de bas de page 4.

⁷ N. FRIOB, *[Re]parlons commerce !*, 2008, page 53.

⁸ Voir en 2014 https://www.cactus.lu/pdf/plaquette_cactus.pdf page 6. Voir en 2020 https://www.cactus.lu/pdf/plaquette_cactus_fr.pdf, page 2 : « Leader de la grande distribution au Luxembourg avec un réseau de distribution avec 59 points de vente sous enseigne Cactus et une équipe de 4300 employés ».

⁹ Resuma S.A. facture cette marchandise aux supermarchés moyennant un « *cost plus* » pour rémunérer le travail qu'elle effectue en tant que centrale d'achat.

¹⁰ Tel que fourni par Cactus au Conseil le 14 décembre 2017.

Confidentiel

3 PROCÉDURE

3.1 L'auto-saisine du Conseil

12. Par ordonnance du 6 janvier 2015, le président du Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil ») a, en application de l'article 7, paragraphe 4 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après la « Loi »), désigné le conseiller Marc Feyereisen pour diriger l'enquête à l'encontre des sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.
13. En date du 30 septembre 2016, le conseiller Jean-Claude Weidert a été désigné pour succéder à Marc Feyereisen dans la direction de l'enquête. M. Weidert a ensuite été

remplacé par l'actuel conseiller désigné Mattia Melloni par ordonnance du 15 décembre 2016.

14. Le 14 février 2019, monsieur Melloni a transmis la Communication des griefs aux parties en cause qui y ont répondu par des observations (ci-après « Observations ») en juin 2019.

3.2 La perquisition de Bahlsen

15. Le 20 mai 2015, l'ancien conseiller désigné Marc Feyereisen a ordonné une inspection auprès des personnes morales Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management en application de l'article 16 de la Loi.
16. Le 22 mai 2015, l'ancien conseiller désigné a, en vertu de la même disposition, déposé une requête au greffe du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en vue de la délivrance d'une ordonnance l'autorisant à procéder à une perquisition et saisie au siège social des sociétés Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management.
17. L'ancien conseiller désigné a fait valoir qu'il existait des indices graves permettant de soupçonner l'existence d'une entente verticale entre Bahlsen et la grande majorité des supermarchés établis au Luxembourg, concernant les prix de revente de plusieurs produits sucrés et salés de Bahlsen.
18. A l'appui de ses conclusions, l'ancien conseiller désigné a exposé qu'il ressortait des relevés de prix effectués par la société d'études Nielsen et commandés par l'Observatoire de la formation des prix en vue de l'élaboration de son « Etude 4 frontières » de 2015¹¹ qu'une multitude de produits commercialisés par Bahlsen affichaient des prix identiques dans plusieurs supermarchés ou enseignes établis au Luxembourg.
19. Par ordonnance du 1er juin 2015, le président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg a constaté que, dans le dossier en question, il existait des indices graves permettant de soupçonner des pratiques prohibées par la Loi et/ou par l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »).
20. Il a dès lors fait droit à la demande de perquisition et saisie dans les locaux de Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management.
21. Les 15 et 16 juillet 2015, l'ancien conseiller désigné Marc Feyereisen a procédé à une perquisition dans les locaux de ces sociétés.
22. En date des 3 et 5 avril 2017, le nouveau conseiller désigné Mattia Melloni, en présence de monsieur [REDACTED], [REDACTED]

¹¹ Document dans le domaine public à <https://odc.gouvernement.lu/fr/publications/rapport-etude-analyse/rapports-observatoire-formation-prix/rapport-thematique-ofp/rapport-thematique-ofp-005.html>

██████████ à la direction générale marché intérieur et politique régionale, officier de police judiciaire, affecté temporairement au service du Conseil par application de l'article 9, paragraphe 2 de la Loi, ainsi que de Me Wellens, mandataire de Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg, a procédé à l'indexation, l'extraction et au filtrage des données informatiques saisies lors des opérations de perquisition des 15 et 16 juillet 2015.

3.3 La procédure de clémence

3.3.1 *La demande de clémence de Bahlsen*

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

3.3.2 *L'avis de clémence*

25. Le 11 janvier 2016, le Conseil a rendu un avis de clémence sur base de l'article 21 paragraphe 6 de la Loi¹², aux termes duquel il a confirmé le dépôt d'une demande de clémence de la part des sociétés Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management et leur a demandé de maintenir leur participation à l'entente, à l'époque présumée, jusqu'au 31 mars 2016, afin de préserver l'intégrité des inspections, au sens de l'article 21, paragraphe 5, (a) de la Loi. Le Conseil a également estimé provisoirement que ces sociétés pouvaient entrer dans le bénéfice de l'article 21 de la Loi.
26. Le 7 février 2018, sur base d'une demande à cet effet présentée le 21 juillet 2017, le Conseil a étendu l'avis de clémence aux sociétés Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen GmbH&Co KG et Bahlsen Beteiligungs-GmbH.

3.3.3 *Les entretiens*

27. Divers entretiens ont été organisés par le conseiller désigné avec les entreprises visées et notamment :
 - les 2 février et 4 mars 2016 avec Bahlsen Luxembourg ;

¹² Avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016.

- le 21 novembre 2017 avec Cactus SA et Resuma SA.

4 LES PRATIQUES : RAPPEL DES FAITS

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

4.1 Les produits concernés

29. Bahlsen commercialise au Luxembourg *via* Bahlsen Luxembourg des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage)¹³ à des grossistes ainsi qu'à des distributeurs ou chaînes de supermarchés, en direct ou *via* des centrales d'achat.
30. Au cours de la période infractionnelle visée par la Communication des griefs, c'est-à-dire entre janvier 2011 et fin 2015, Bahlsen commercialisait environ ■■ références¹⁴ au Luxembourg. Dans le segment des produits sucrés, Bahlsen vendait principalement des produits des marques phares du groupe Bahlsen, à savoir « *Bahlsen* », « *Leibniz* » et « *pick up!* ». Elle vendait aussi d'autres produits tels que des madeleines, sous la marque « *Saint-Michel* » qui appartient à la société Saint-Michel que Bahlsen a acquise en 1994.
31. Dans le segment des produits salés, Bahlsen vendait principalement des produits de la marque « *Lorenz* ». Elle agissait comme détaillant de la société The Lorenz Bahlsen Snack-World GmbH & Co KG. Cette société a été fondée lorsque le segment salé a, dans le cadre de la restructuration du groupe Bahlsen en 1999, été séparé du groupe Bahlsen¹⁵.
32. Au cours de la période infractionnelle visée, Cactus s'approvisionnait pour ces produits auprès de Bahlsen Luxembourg.
33. L'ensemble des produits Bahlsen étaient (et sont toujours) des produits de grande consommation distribués au consommateur dans différents types de points de vente et notamment dans les grandes surfaces, supermarchés et hypermarchés au Luxembourg. Dans une présentation interne de ■■, Bahlsen indiquait: « (...) *the Luxembourg consumer has the highest consumption level of Bahlsen biscuits all over the world. Our*

¹³ Pièce I.B.1., demande de clémence.

¹⁴ Voir courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q5. ■■ références représentent une moyenne.

¹⁵ Pièce I.A.3., demande de clémence.

top 5 selling products on the Luxembourg market are: Pick up!, Choco Leibniz, Hit, Messino and Leibniz Minis»¹⁶.

34. Il convient de noter que ces produits avaient par ailleurs une présence significative sur le marché. Si l'on se réfère à une présentation de réunion interne de [REDACTED] tel que fournie par Bahlsen, Bahlsen SCS Luxembourg se présentait comme le « leader » au Luxembourg en snacks salés en [REDACTED] et se référait à une part de marché de [REDACTED] pour ses produits « Lorenz » contre [REDACTED] à son premier concurrent, Lay's Smith¹⁷. Par ailleurs, la même année sur le segment « biscuits », Bahlsen affichait une part de marché de [REDACTED], son premier concurrent -LU- se situant à [REDACTED]¹⁸. Dans une présentation interne de [REDACTED], Bahlsen se dépeignait comme ayant une « indisputable leadership position » en « salé » en [REDACTED]¹⁹.

4.2 Les pratiques constatées

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

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

36. Il a été exposé par le demandeur de clémence que les contacts entre le fournisseur, Bahlsen, et le distributeur en cause, Cactus, prenaient différentes formes au fil des années.
37. Au moment de l'entrée en relation commerciale, Bahlsen Luxembourg négociait avec le distributeur, Cactus, les conditions de base de la relation commerciale dans un contrat-cadre qui incluait les conditions générales de Bahlsen et les conditions particulières principales négociées.
38. Puis, ce contrat-cadre était complété par autant de fiches techniques que de produits ayant fait l'objet d'un accord de commercialisation entre fournisseur et distributeur. Chaque fiche technique reprenait notamment le nom du produit, certaines de ses

¹⁶ Voir dans inspection Bahlsen, scellés 2 et 3, échantillon saisie INFO, présentation attachée au courriel du [REDACTED] de [REDACTED] de Luxembourg/Bahlsen Gruppe à [REDACTED]/Holding/BahlsenGruppe, « WG : Präsentation von Bahlsen Luxemburg [REDACTED] ».

¹⁷ Pièce II.C.1.07., demande de clémence, Réunion interne [REDACTED] (Réunion sales & merch [REDACTED]), page 11.

¹⁸ Voir pièce II.C.1.07., demande de clémence, précitée, page 13.

¹⁹ Voir pièce II.B.7.5., demande de clémence, page 16.

caractéristiques, le nombre d'unités par lot, le tarif de base du produit, les remises consenties telles que négociées et le « *prix consommateur conseillé* » ou PVC²⁰.

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

4.2.2 Les prix de vente à Cactus

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

4.2.3 Les prix de revente

43. Comme il sera exposé ci-après, Bahlsen fixait pour ses produits un prix à la revente et le diffusait ensuite à Cactus, en l'estampillant « *prix de vente* », « *prix conseillé* » ou « *PVC* », acronyme de « *prix de vente conseillé* ». Par commodité de langage, la

²⁰ Voir la demande de clémence complémentaire du 19 octobre 2015, point 33. Pour des exemples de fiches techniques, voir annexe 1 au courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020 ou encore l'annexe 3 du courrier Cactus du 14 décembre 2017 en réponse à la demande de renseignements du Conseil du 21 novembre 2017.

présente décision se référera à l'acronyme *PVC* pour désigner ces prix de revente, qui, comme il sera démontré à la section 6, étaient prétendument conseillés par Bahlsen. Sous la surveillance de Bahlsen, Cactus a ensuite, d'une manière significative, suivi ces prix dans ses magasins, soit en appliquant ce prix, soit en ne facturant pas en-dessous, faisant ainsi fonctionner le *PVC* comme un prix fixe ou minimum.

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

4.2.3.1 Le calcul par Bahlsen des prix de revente

45. Bahlsen fixait pour chaque produit de sa gamme, un prix de revente au détail, estampillé « *PVC* ». Ce prix était calculé par Bahlsen, en tenant compte de la marge des distributeurs²¹ mais en principe également des différentes études de marché disponibles sur le segment/produit concerné, sur les éventuelles recommandations de prix pour les nouveautés de la part du siège de Bahlsen, sur les retours d'expérience de commercialisation dans d'autres pays et sur la position ou situation concurrentielle du produit concerné et du positionnement des prix des concurrents.

4.2.3.2 La diffusion par Bahlsen aux distributeurs des PVC

46. La Communication des griefs a mis en évidence que ces *PVC* étaient ensuite transmis par Bahlsen à Cactus *via* les fiches techniques de produits et lors de réunions²². Ces *PVC* étaient en outre rappelés à Cactus lorsque Bahlsen souhaitait attirer son attention sur le fait qu'il ne les suivait pas et qu'il devait s'y ajuster²³.
47. Par ailleurs, Bahlsen communiquait parfois à Cactus – par exemple dans l'envoi par courriel d'une liste de produits - un prix seul ou avec la mention « *prix à publier* » sans indication qu'il s'agissait d'un conseil de la part de Bahlsen ou d'une recommandation

²¹ Voir Réponse à la question n°3, PV entretien M. [REDACTED] du 4 mars 2016.

²² Pour communication des *PVC* lors d'une réunion avec Cactus, voir pièce II.D.1.01., demande de clémence, dossier de réunion avec Cactus du 17 octobre 2014, p 1 et 12 à 17 ; pièce II.D.1.04., demande de clémence, Dossier de réunion avec Cactus du 22 janvier 2014, p 11 à 14 ; pièce II.D.1.07., demande de clémence, Dossier de réunion avec Cactus de la fin 2011 p 5 et 6.

²³ Voir pièce de la demande de clémence : pièce II.B.2.09 indiquant « *A corriger svp* », p1 ; pièce II.D.1.02. Dossier de réunion avec Cactus de juillet 2014, p11 indiquant : « les « *PVC* » au 1^{er} juillet 2014 : OK cela est déjà réalisé ensemble ! mais, petites corrections à faire... » ; pièce II.D.1.03. Dossier de réunion avec Cactus du 21 mars 2014, p20 ; pièce II.D.1.06, PPR envoyé à cactus le 21 novembre 2012 avec la mention « *Urgent pour [REDACTED] « à changer »* » ; pièce II.D.1.10 du 18 octobre 2012, courriel de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) à monsieur [REDACTED] (Cactus) indiquant « *comme discuté, voici l'assortiment (voir ce qui est en rouge pour adapter)* » ; pièce II.E.1.3. courriel du 6 février 2009 de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) à [REDACTED] (Cactus) indiquant « *Tél à [REDACTED] le 11/2 à 16h40, voir correction à apporter* ». Voir aussi demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24 ; pièce II.B.4.06. du 15 octobre 2015.

facultative²⁴. Lors de l'audition du 5 février 2020, Bahlsen a confirmé que cette expression « *prix à publier* » signifiait bien « *prix à afficher en magasin* ».

48. En outre, cette transmission à Cactus de prix de revente prétendument conseillés était parfois faite à la demande de Cactus lui-même²⁵.

4.2.3.3 Mise en œuvre par Cactus

49. Une analyse du respect effectif de ces prix par Cactus a été menée dans la présente décision.
50. Une telle analyse chiffrée a été rendue possible par l'existence de pièces établies de manière contemporaine à la période infractionnelle, c'est-à-dire *in tempore non suspecto*. Il s'agit de documents tels que des échanges de mails et de documents entre les parties en cause ainsi que des relevés de prix ou « *price panel reviews* »²⁶ (aussi appelés « *PPRs* ») effectués chaque mois par Bahlsen dans différents points de vente de la distribution luxembourgeoise, et notamment dans les supermarchés Cactus.
51. A partir de ces relevés de prix établis *in tempore non suspecto*, la Communication des griefs a effectué une analyse en deux temps: tout d'abord, elle a synthétisé en cinq pages²⁷ les prix de revente effectivement pratiqués par plusieurs distributeurs au Luxembourg, y compris Cactus, pour les années 2011, 2013 et 2015, et un échantillon de neuf produits vendus par Bahlsen à ces distributeurs. Ces documents de synthèse ont mis en évidence quand les prix de revente réels ont été identiques aux *PVC* et quand ils y ont été inférieurs. Ensuite, la Communication des griefs a, sur cette base, pour les catégories de ces neuf produits (noix, chips, biscuits sucrés pick-up, gâteaux et blondies/savaroises) pour les années 2011, 2013 et 2015 et tous distributeurs confondus, analysé:
- La proportion de prix réels identiques aux *PVC* ;
 - Le pourcentage de prix réels supérieurs aux *PVC* et
 - La proportion de prix réels inférieurs aux *PVC*.
52. Le résultat de cette analyse est le tableau synoptique inclus dans la Communication des griefs au point 4.3.6. sous le titre « *mise en œuvre des PVC par les distributeurs* ». La

²⁴ Pour communication à Cactus, voir par exemple, les pièces de la demande de clémence : pièce II.E.1.1. du 8 août 2013 ; Pièce II.E.1.2. ; Pièces II.E.1.4. et II.E.1.5. du 15 novembre 2013 ; Pièces II.E.1.12. et II.E.1.13. du 8 août 2013.

²⁵ Voir la demande de clémence complémentaire du 3 mai 2016, point 46 indiquant « *Cactus envoyait souvent un modèle-type à remplir par Bahlsen Luxembourg. Une des cases à remplir était le « P/V » (c'est-à-dire le prix de vente...)* » ; voir les courriels de Cactus à Bahlsen : pièces de la demande de clémence, II.E.1.11., du 5 juin 2012, II.E.1.10. du 7 décembre 2012, II.E.1.9. du 8 avril 2013 et II.E.1.6. du 17 septembre 2013.

²⁶ Ces relevés de prix ont été consignés à l'époque des faits dans les documents « *Price panel reviews* » ou « *PPR* » au dossier. Pour Cactus, voir en particulier pièces II.B.1.001. à II.B.1.067, II.B.2.02, II.B.2.04, II.B.2.06, II.B.2.09 et II.B.4.06, demande de clémence.

²⁷ Voir documents en annexe à la Communication des griefs.

Communication des griefs a en outre mené une analyse du tableau synoptique en indiquant notamment que les prétendus *PVC* fonctionnaient très souvent comme des prix minimums et que par ailleurs, les prix inférieurs aux *PVC* étaient rapidement corrigés vers le haut afin d'être alignés sur ce *PVC*.

53. Dans la présente décision, le Conseil a procédé à sa propre analyse dont les conclusions montrent un respect significatif de la part de Cactus des *PVC* communiqués par Bahlsen. Le détail de cette analyse est inclus au point 6.4.2.2. ci-dessous.

4.2.3.4 *Police des prix par Bahlsen et parfois par Cactus lui-même*

54. Une police des prix a été mise en œuvre par Bahlsen afin qu'il soit veillé au respect des *PVC* tels que diffusés par elle au préalable.
55. Cette police des prix prenait différentes formes : Bahlsen procédait à une veille des prix au moyen notamment des relevés de prix effectués dans les magasins et ce, depuis au moins 2006²⁸. Bahlsen abordait ensuite régulièrement avec les distributeurs, dont Cactus, la question du respect des *PVC* et parfois, leur adressait des rappels à l'ordre.

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

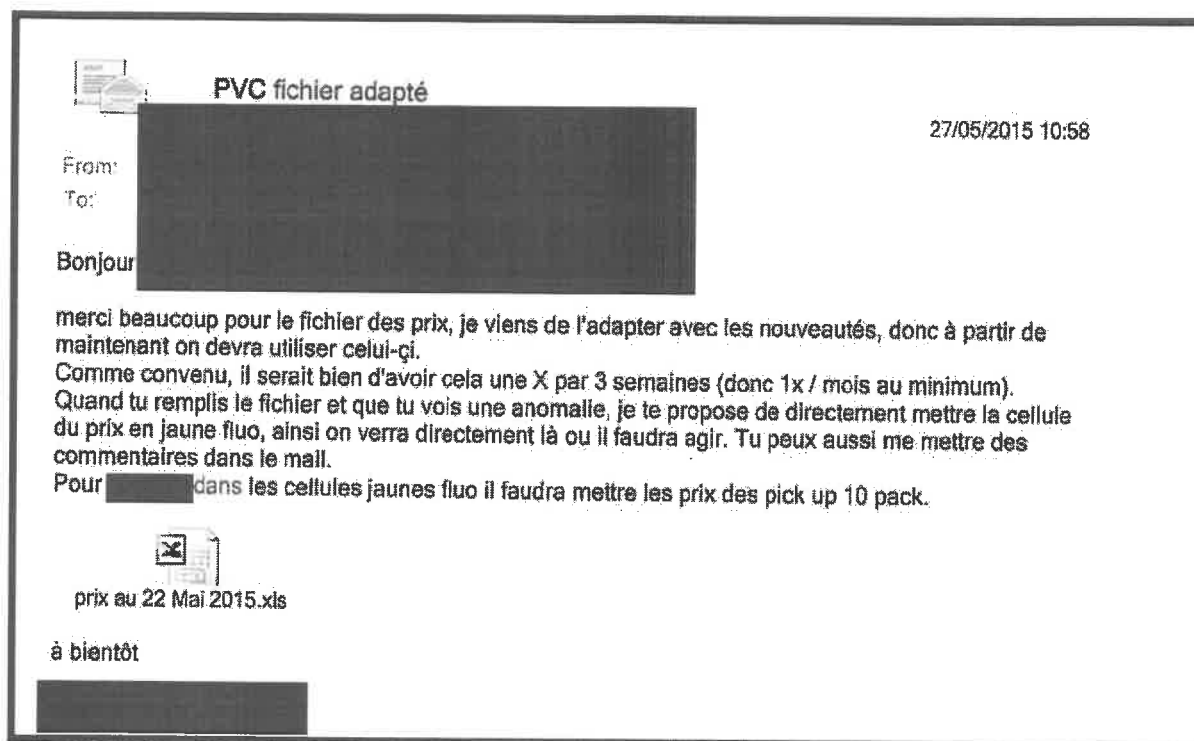
56. Bahlsen menait une veille ou surveillance des prix pratiqués au détail par les distributeurs et notamment Cactus, qui s'opérait au moyen principalement de relevés de prix, « *plus ou moins chaque mois* »²⁹ d'après Bahlsen.
57. A partir d'avril 2015, c'est principalement monsieur [REDACTED] de Bahlsen, qui s'occupait de ce relevé régulier. Avant cette date, tous les délégués commerciaux s'occupaient en remplissant des feuilles distribuées par monsieur [REDACTED] de Bahlsen. Ce dernier inscrivait alors les résultats dans un tableau Excel intitulé « *price panel reviews* » et/ou « *prix à la concurrence* »³⁰.
58. Le plus souvent, les prix déviant plus que marginalement (à la hausse ou à la baisse) des prix dits « *conseillés* » tels que diffusés par Bahlsen étaient surlignés en couleur jaune dans le « *PPR* »³¹.

²⁸ Voir par exemple, la pièce II.B.4.22., demande de clémence, Price panel review 2006.

²⁹ Observations Bahlsen, point 42.

³⁰ Voir notamment pièces II.B.1.001 à II.B.1.108., demande de clémence et demande de clémence du 19 octobre 2015, point 22.

³¹ Voir la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 23.



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

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

59. Le respect des *PVC* et la question de l'alignement des prix étaient par ailleurs thématized lors de visites du [redacted] de Bahlsen, monsieur [redacted], chez Cactus³². En d'autres termes, ce sujet était un point de discussion récurrent.
60. Lors de ces entretiens, monsieur [redacted] se munissait généralement d'une copie papier de la dernière version du tableau Excel ou « *price panel review* » confectionné préalablement par ses soins, reprenant l'ensemble des prix effectivement affichés par le distributeur concerné, comparés aux *PVC* fournis par Bahlsen³³.

4.2.3.4.3 Les demandes de correction de comportements déviants

61. A plusieurs reprises, Bahlsen a, de sa propre initiative ou à la demande expresse d'un distributeur³⁴, rappelé à l'ordre d'autres distributeurs récalcitrants qui affichaient des

³² Voir par exemple pièces de la demande de clémence : pièce II.D.1.01. Dossier de réunion avec Cactus du 17 octobre 20014, p1 « *bonne discussion sur tarif PVC* » et p 12 à 17 ; pièce II.D.2.02, dossier de réunion avec Cactus de juillet 2014, p11 ; pièce II.D.1.03. Dossier de réunion avec Cactus du 21 mars 2014, p 20 ; pièce II.D.1.04 dossier de réunion avec Cactus du 22 janvier 2014 p 1 à 14 ; Pièce II.D.1.05. dossier de réunion avec Cactus du 27 novembre 2013, p1 ; pièce II.D.1.08 dossier de réunion avec Cactus fin 2011, p 7; Pièce II.D.1.09 dossier de réunion avec Cactus du 25 novembre 2011 p 1 « *J'aimerais que l'on puisse se rencontrer une dernière fois rapidement pour clôturer cette négo et mettre en place les contres parties discutées ensemble... (...stratégie prix...)* » et p 14, notes de réunion « *PVC en ligne* ».

³³ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015 et complément à la demande de clémence du 3 mai 2016.

³⁴ Voir par exemple, les demandes [redacted] telles que reflétées dans les pièces de la demande de clémence II.D.02., II.D.2.05. et II.D.2.01.

prix déviant des *PVC*, en leur demandant de respecter ces prix. Les éléments spécifiques à Cactus sont repris au paragraphe 4.2.3.5. ci-dessous.

62. Dans la demande de clémence modifiée du 24 avril 2017, Bahlsen a déclaré qu'il arrivait que son [REDACTED] identifie des déviations trop importantes des prix consommateurs par rapport aux prix de revente communiqués par Bahlsen et demande alors au distributeur de corriger ses prix consommateurs³⁵.
63. Dans ses Observations, Bahlsen indique d'ailleurs avoir contacté les distributeurs, tels que Cactus, quant au respect des *PVC*³⁶. Puis, elle précise avoir « *veillé à ne plus rappeler les détaillants quant au respect des PVC suite à la descente sur les lieux dans les locaux de Bahlsen mi-juillet 2015* »³⁷, ce qui atteste qu'elle l'avait fait jusque-là. Elle indique encore avoir tenu un discours auprès des détaillants consistant « *à dire que les pertes de marge pouvaient être évitées en respectant les PVC* »³⁸.
64. Les rappels à l'ordre par Bahlsen prenaient aussi la forme de visites de monsieur [REDACTED] auprès des distributeurs, dont Cactus, qui étaient l'occasion de souligner certaines « *incohérences* » dans le respect des *PVC* par l'enseigne concernée, en s'appuyant sur le « *price panel review* » et, le cas échéant, sur une liste des produits identifiés comme « *problématiques* »³⁹, c'est-à-dire les produits pour lesquels le prix appliqué par l'enseigne en cause déviait du *PVC* communiqué par Bahlsen⁴⁰. Comme indiqué plus haut, les prix déviants étaient surlignés en couleur jaune.
65. Plus rarement, des listes spécifiques étaient communiquées aux distributeurs concernés par courrier électronique afin que les prix mentionnés soient corrigés⁴¹. Dans certains cas, les « *price panel review* » ou la liste des produits « *problématiques* »⁴² étaient accompagnés d'une mention précisant que le distributeur concerné était prié de respecter les *PVC* avec, le cas échéant, indication d'une date butoir⁴³ pour procéder à l'alignement.

4.2.3.4.4 Les mesures d'incitation

66. Selon la demande de clémence, Bahlsen ne consentait pas en principe de remises en contrepartie du respect des *PVC* communiqués. Toutefois, les pièces du dossier témoignent qu'à certaines occasions, une telle remise fut discutée avec certains

³⁵ Voir en ce sens la demande de clémence du 24 avril 2017, page 2, 3^{ème} paragraphe.

³⁶ Observations Bahlsen en réponse à la Communication des griefs, point 19, 5^e paragraphe.

³⁷ Observations Bahlsen, point 35. Bahlsen fait ici référence à la perquisition opérée par le Conseil.

³⁸ Observations Bahlsen, point 42, 3^{ème} paragraphe.

³⁹ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 40 et du 30 mai 2016, point 45.

⁴⁰ Pièces II.B.4.01. à II.B.4.22, demande de clémence (concernant Cactus, voir pièce II.B.4.06). Voir également la pièce II.A.12 attestation de monsieur [REDACTED], paragraphe 8.

⁴¹ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24,

⁴² Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 40 et du 30 mai 2016, point 45.

⁴³ Voir par exemple, pièces de la demande de clémence : II.B.2.01. contenant la mention « *à aligner pour le 30/10/2014* » à l'attention de [REDACTED], la pièce II.B.2.03 de septembre 2014 avec la mention « *à corriger* » à l'attention [REDACTED], ou encore la pièce II.B.2.09. avec la mention « *A corriger svp* » à l'attention de Cactus en date du 20 janvier 2009.

distributeurs, et notamment Cactus⁴⁴. Bahlsen dans ses Observations⁴⁵ indique qu'à au moins une reprise un rabais a pu être conditionné par un blocage des *PVC* par Cactus dans son système informatique de manière à ce que les prix en magasins soient automatiquement au niveau du *PVC*⁴⁶.

4.2.3.5 Eléments additionnels spécifiques relatifs à la participation de Cactus à l'accord et/ou à la pratique concertée

67. Le thème des *PVC* tels que diffusés par Bahlsen et du respect de ceux-ci par Cactus, était régulièrement abordé⁴⁷ lors de réunions et dans les échanges de courriers électroniques entre Bahlsen et les responsables de Cactus (messieurs [REDACTED] notamment).
68. Suite à la communication⁴⁸ des listes de *PVC*, Bahlsen pouvait adresser ou donner à Cactus une liste des produits dits « *problématiques* »⁴⁹ que Bahlsen avait relevés chez Cactus, à savoir les produits pour lesquels les prix de vente consommateurs affichés par Cactus ne correspondaient pas aux *PVC* et que Bahlsen demandait ensuite à Cactus de modifier⁵⁰.

⁴⁴ Voir pièces suivantes de la demande de clémence : II.F.1.1. Dossier de réunion avec Cactus de fin 2011, notes de la réunion, p.12 ; II.F.2.1. Dossier de réunion avec [REDACTED] du 22 décembre 2011, compte rendu discussion, p.1 ; II.F.2.2. Dossier de réunion avec [REDACTED] de janvier 2011, compte rendu discussion et proposition par [REDACTED], p.1 ; II.F.2.3. Dossier de négociation avec [REDACTED] 1^{ère} moitié de 2009, courriel de confirmation du 12 février 2009, p. 5 ; II.F.4.1. Présentation [REDACTED] du 23 octobre 2009, p. 18 et 19 (« *PV promo. 1,89. publié. 10% remise promo* ») et 29-30 (« *PV promo, 1,59. publié->30 points à l'achat de deux paquets* »), beaucoup de promotions étant faites en accord avec Bahlsen puisqu'elle les finançait alors intégralement (voir procès-verbal d'audition de monsieur [REDACTED] du 30 octobre 2015, page 4, 3^{ème} paragraphe et procès-verbal [REDACTED], Bahlsen, 4 mars 2016, p2 point 4, 4^{ème} paragraphe).

⁴⁵ Observations Bahlsen, point 43, 2^{ème} paragraphe.

⁴⁶ Voir pour l'interprétation du terme « *blocage* », la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63, deuxième paragraphe.

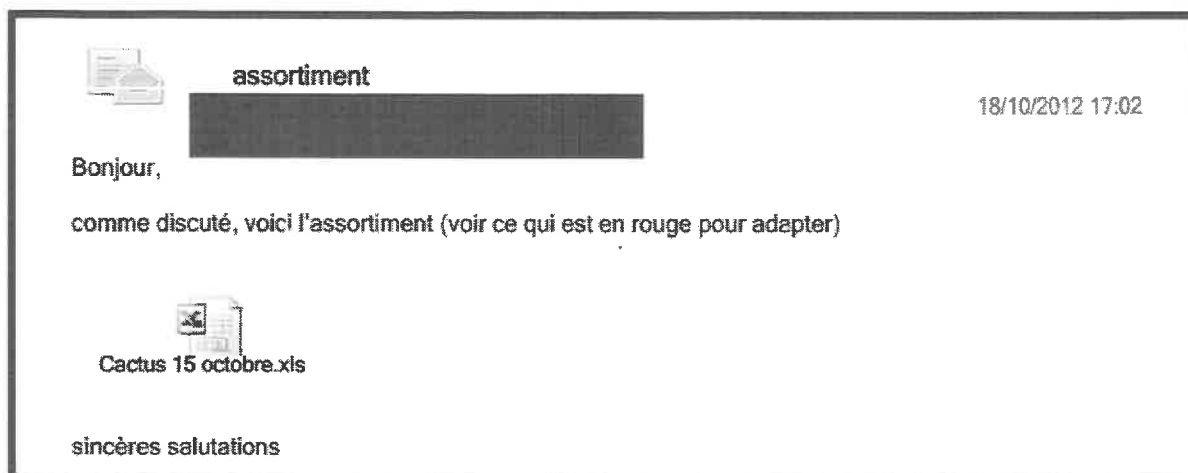
⁴⁷ Voir les pièces suivantes de la demande de clémence : pièce II.D.1.01. dossier de réunion avec Cactus du 17 octobre 2014, p 1 et 12 à 17 ; pièce II.D.1.02. dossier de réunion avec Cactus de juillet 2014, p 11 ; pièce II.D.1.03. dossier de réunion avec Cactus du 21 mars 2014, p 20 ; pièce II.D.1.04. dossier de réunion avec Cactus du 22 janvier 2014, p 11 à 14 ; pièce II.D.1.05. dossier de réunion avec Cactus du 27 novembre 2013 ; pièce II.D.1.07. dossier de réunion avec Cactus fin 2011, p 5 et 6 ; pièce II.D.1.08. dossier de réunion avec Cactus fin novembre - début décembre 2011, p 7 ; pièce II.D.1.09. dossier de réunion avec Cactus du 25 novembre 2011, p 1, 12 et 14.

⁴⁸ Pour d'autres exemples de telles communications, voir demande de clémence : pièces II.B.2.28, avec « *les prix à mettre en place pour le 1^{er} mai 2006* », pièce II.B.2.25, pièce II.E.1.1. courriel du 8 août 2019 comportant des « *prix à publier* », pièces II.E.1.4. et II.E.1.5. courriels du 15 novembre 2013 comportant des « *prix promo à publier* » ; pièce II.E.1.12. et II.E.1.13. courriels du 8 août 2013 comportant des « *prix promo à publier* ».

⁴⁹ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 40 et du 30 mai 2016, point 45.

⁵⁰ Comme citées au point 4.2.3.2., voir pièces de la demande de clémence : pièce II.B.2.09 indiquant « *A corriger svp* », p1 ; pièce II.D.1.02. Dossier de réunion avec Cactus de juillet 2014, p11 indiquant : « *les « PVC » au 1^{er} juillet 2014 : OK cela est déjà réalisé ensemble ! mais, petites corrections à faire...* » ; pièce II.D.1.03. Dossier de réunion avec Cactus du 21 mars 2014, p20 ; pièce II.D.1.06, PPR envoyé à cactus le 21 novembre 2012 avec la mention « *Urgent pour [REDACTED], « à changer »* » ; pièce II.D.1.10 du 18 octobre 2012, courriel de monsieur [REDACTED] Bahlsen) à [REDACTED] (Cactus) indiquant « *comme discuté, voici l'assortiment (voir ce qui est en rouge pour adapter)* » ; pièce II.E.1.3. courriel du 6 février 2009 de monsieur [REDACTED]

69. Quelques illustrations sont reproduites ci-après :



Code EAN				15-Oct cactus	
				actuel	conseillé
78680	Studentenfutter Spezial	200 gr	4017100786808	2.60	2.55
79100	Studentenfutter Mastermix	200 gr	4017100791000	2.50	2.55
78398	Kaschu	100 gr	4018077783951	2.30	2.29
76607	Pistazien	100 gr	4018077766053	2.25	2.29
77408	Nuss-Cocktail	100 gr	4018077774058	2.30	2.29
77172	Wasabi	100 gr	4018077771750	2.19	2.29
57170	Nussmix	350 gr	4017100571701	4.40	4.49
72140	Pomsticks paprika	100 gr	4017100722004	1.35	1.39
72146	Pomsticks sel	100 gr	4018077721472	1.35	1.39
50160	Peppies	75 gr	4017100693908	1.30	1.39

Source : courriel de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) à monsieur [REDACTED] (Cactus) du 18 octobre 2012, pièce II.D.1.10 et pièce jointe, demande de clémence.

(Bahlsen) à [REDACTED] (Cactus) indiquant « Tél à [REDACTED] le 11/2 à 16h40, voir correction à apporter ». Voir aussi demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24 ; pièce II.B.4.06. du 15 octobre 2015.

Code EAN				15-oct cactus	
				actuel	à changer
79580	Studentenfutter Spezial	200 gr	4017100786808	2,60	2,55
79100	Studentenfutter Mastermix	200 gr	4017100791000	2,60	2,55
78398	Kaschu	100 gr	4019077783951	2,30	2,29
79607	Pistazien	100 gr	4018077786053	2,25	2,28
77408	Nuss-Cocktail	100 gr	4018077774058	2,30	2,29
77172	Wasabi	100 gr	4018077771750	2,19	2,20
57170	Nussmix	350 gr	4017100571701	4,40	4,40
72140	Pomsticks paprika	100 gr	4017100722004	1,35	1,39
72146	Pomsticks sel	100 gr	4018077721472	1,35	1,39
50160	Peppes	75 gr	4017100883908	1,30	1,39
74000	Erdnusslocken	250 gr	4017100740800	1,89	1,95
66240	Saltitos cocktail mix	180 gr	5905187500129	1,30	1,39
34400	Messico 18A	125 gr	4017100344006	1,55	1,50

Urgent
pour

envoyé le 21/11

Source : PPR envoyé par Bahlsen à Cactus le 21 novembre 2012 (pièce II.D.1.06. demande de clémence). Il s'agit de la même liste de produits que celle déjà envoyée par Bahlsen à Cactus le 18 octobre 2012 par courriel et donc d'un nouveau rappel à l'ordre.

70. De plus, Bahlsen et Cactus ont discuté d'un « blocage »⁵¹ par Cactus de ses prix de vente consommateurs sur le niveau des *PVC* communiqués par Bahlsen en échange de contreparties (« *marge avant* ») versées par Bahlsen, comme illustré ci-dessous :

Pièce II.D.1.08.

→ discussion PVC marge avant lui à

Source : extrait du dossier de réunion avec Cactus fin nov-début décembre 2011, (pièce II.D.1.08., demande de clémence, p.7). Cet extrait montre que le thème du versement d'une remise ou « *marge avant* » par Bahlsen à Cactus a été discuté entre les parties en lien avec le *PVC*, c'est-à-dire son respect par Cactus.

Pièce II.D.1.09.

* contre partie → PVC bloqué

Source : Extrait du dossier de réunion avec Cactus de fin 2011 (pièce II.D.1.09./II.F.1.1., demande de clémence, p.12). Cet extrait montre à nouveau qu'a été discuté entre les parties le blocage du *PVC* en l'échange d'une contrepartie par Bahlsen.

⁵¹ Voir la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63, deuxième paragraphe.

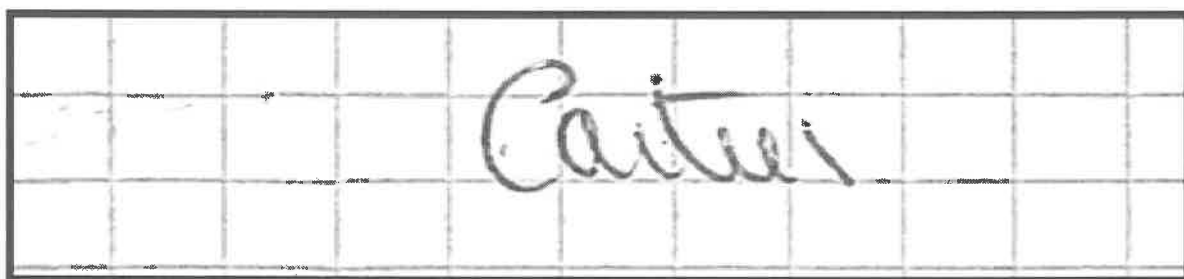
Pièce II.D.1.05.



Source : extrait du dossier de réunion avec Cactus du 27 novembre 2013, compte-rendu p.1, (pièce II.D.1.05. demande de clémence), où « *mg avant* » signifie très probablement « *marge avant* » c'est-à-dire « *remise* » par Bahlsen à Cactus. Cet extrait montre à nouveau la discussion entre les parties du versement d'une remise par Bahlsen en liaison avec le respect du *PVC* par Cactus.

71. A la différence de ce que prétend Cactus dans ses Observations⁵², ces notes manuscrites indiquant une remise liée au respect du *PVC* ont été prises sur une page faisant bien référence à Cactus :

Pour la pièce II.D.1.08.



Source : extrait du dossier de réunion avec Cactus fin nov-début décembre 2011, (pour la pièce II.D.1.08., demande de clémence, p.7). Cet extrait montre bien que le document se rapporte à Cactus.

Pour la pièce II.D.1.05.

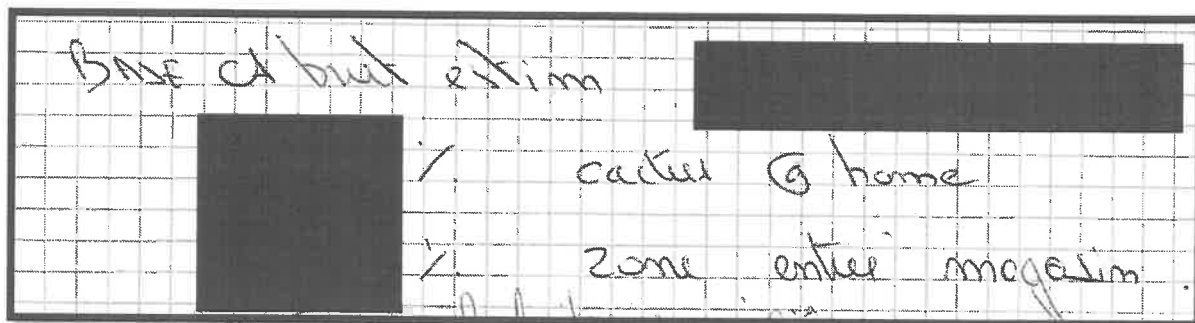
DATE : 27/11/2013	Repr. : L
FIRMA : Cactus	GROUP. :
ADRESS :	

Source : extrait du dossier de réunion avec Cactus du 27 novembre 2013, compte-rendu p.1, (pièce II.D.1.05, demande de clémence). Cet extrait reflète des notes de réunion prises le 27

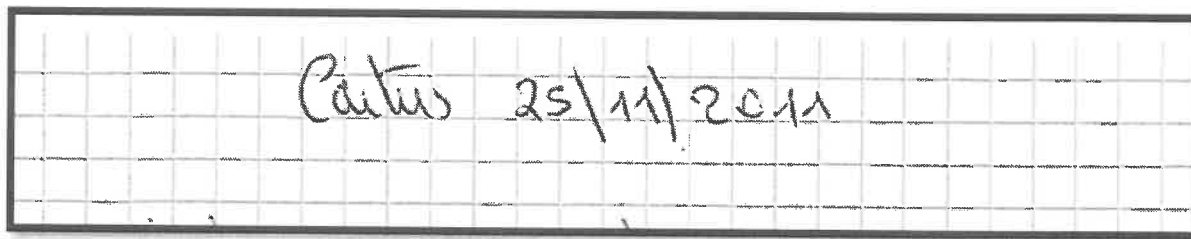
⁵² Voir Observations Cactus, point 51.

novembre 2013 entre [REDACTED], c'est-à-dire [REDACTED] pour Bahlsen, d'une part, et messieurs [REDACTED] pour Cactus, d'autre part.

Pour la pièce II.D.1.09.



Source : dossier de réunion avec Cactus de fin 2011 (pièce II.D.1.09./II.F.1.1., demande de clémence p11). Cet extrait, par la référence à « Cactus @home », montre à nouveau que les notes et la discussion concernent bien Cactus.



Source : dossier de réunion avec Cactus de fin 2011 (pièce II.D.1.09./II.F.1.1., demande de clémence, p.14). Cet extrait montre à nouveau que la réunion a eu lieu avec Cactus le 25 novembre 2011.

72. Les discussions relatives au prix de détail en échange de contreparties auxquelles les notes manuscrites ci-dessus sont liées, ont eu lieu à plusieurs reprises comme il résulte du courriel ci-dessous que Cactus a bien reçu et dont il ne s'est pas distancié :

J'aimerais que l'on puisse se rencontrer une dernière fois rapidement pour clôturer cette négociation et mettre en place les contreparties discutées ensemble... (marge mixte, stratégie prix, business review...)

Sincères salutations

Source : extrait d'un courriel de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) à messieurs [REDACTED] (Cactus) du 29 novembre 2011, pièce II.F.1.1./ II.D.1.09, demande de clémence.

73. Enfin, le sujet de la marge qui pouvait être garantie à Cactus du fait du niveau du *PVC* a également fait l'objet de négociations entre Bahlsen et Cactus⁵³.

⁵³ Voir en ce sens la pièce II.D.1.01. de la demande de clémence reprenant des notes de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) lors d'une réunion du 17 octobre 2014 avec messieurs [REDACTED] (Cactus) indiquant : « Bonne

4.2.4 Les pratiques prises dans leur ensemble

74. Les pratiques décrites s'inscrivaient dans une stratégie commerciale globale⁵⁴ de Bahlsen lui évitant de réduire son prix de vente et au respect de laquelle différents distributeurs, dont Cactus, trouvaient leur compte, en garantissant leur marge.

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

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

75. Le respect des PVC était en effet un des objectifs commerciaux de Bahlsen, tel qu'il ressort clairement de comptes-rendus de réunions internes à Bahlsen, de l'évaluation de certains employés de Bahlsen ainsi que de son discours aux distributeurs⁵⁵, dont Cactus.
76. De l'aveu de Bahlsen elle-même dans la demande de clémence⁵⁶, la politique de respect des PVC a été mise en place, « pour répondre à la demande traditionnelle des supermarchés de revoir le tarif de base ou le tarif 3x NET vers le bas lorsque ceux-ci offrent les produits en question à un niveau de prix inférieur à celui du prix recommandé ».
77. Comme indiqué, les distributeurs, dont Cactus, y trouvaient leur compte en voyant leur marge garantie, tout en ayant un certain degré d'assurance que leurs concurrents respecteraient aussi le niveau de PVC et ne viendraient pas leur opposer une concurrence trop vive au niveau du détail :

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

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

discussion sur tarif PVC mg et procédure futur la demande restera inchangée [REDACTED] minimum. Moi j'ai dit si on n'a pas fait [REDACTED] A voir faire prop à [REDACTED]. Pondération à voir. PVC Pick Up à voir » où « mg » signifie « marge » et « prop », « proposition ». Les parties ont ici discuté de la marge (ou de l'augmentation de la marge) de Cactus en se référant au niveau du PVC. En d'autres termes, il est sous-entendu que Cactus respectera le PVC et négocie donc avec Bahlsen la marge qui lui sera en conséquence garantie.

⁵⁴ Bahlsen a indiqué que « le PVC était le même pour tout le monde », voir procès-verbal d'audition de monsieur [REDACTED] du 30 mars 2015, page 5, 5^{ème} paragraphe. Voir aussi pièces (internes à Bahlsen) II.C.1.01. à II.C.3.1., demande de clémence du 19 décembre 2015, point 26.

⁵⁵ Voir pièces II.C.1.01. (page 45), II.C.1.02, (page 40) et II.C.3.1, demande de clémence.

⁵⁶ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 27 et suivants.

78. Cette pièce atteste également que le suivi des *PVC* par Cactus était abordé par Bahlsen avec d'autres distributeurs, concurrents de Cactus et que par ce biais, le prix pratiqué par les uns était lié au prix pratiqué par les autres et *vice versa*.

5 LES GRIEFS NOTIFIÉS

79. Le 14 février 2019, des communications des griefs ont été adressées à Bahlsen et trois distributeurs, dont Cactus, qui comptent parmi les acteurs significatifs de la grande distribution sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.
80. La Communication des griefs reçue par Cactus faisait état de griefs d'accord et/ou pratique concertée avec Bahlsen, contraire aux articles 3 de la Loi et 101 paragraphe 1 du TFUE par le biais de pratiques de prix de revente imposés. Si Bahlsen a également reçu les communications des griefs communiquées aux autres distributeurs, Cactus en revanche n'avait la visibilité que des communications des griefs concernant « *son* » accord avec Bahlsen, à l'exclusion de celles impliquant Bahlsen et d'autres distributeurs.
81. La Communication des griefs reçue par Cactus et Bahlsen visait des pratiques de prix imposés concernant les produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen sous les marques « *Bahlsen* », « *Leibniz* » et « *Lorenz* », mises en œuvre à l'instigation et sous la houlette de Bahlsen.
82. D'après la Communication des griefs, Bahlsen et Cactus s'y sont livrés au moins à compter de janvier 2011 à octobre 2015, date à laquelle la société Bahlsen a déposé une demande de clémence et mis fin à la pratique suite à sa perquisition par le conseiller désigné⁵⁷.

6 ANALYSE JURIDIQUE

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

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

6.1.1.1 Arguments de Cactus

83. Aux points 14 et suivants, puis 32 et suivants de ses Observations, Cactus retrace la chronologie des documents qu'il a reçus de la part du Conseil et s'interroge quant à son droit d'accès au dossier.

⁵⁷ La demande de clémence a été déposée le 2 octobre 2015. A noter que le Conseil, pour les besoins de l'enquête, a demandé à Bahlsen de « *maintenir (sa) participation dans l'entente présumée à l'égard des autres participants jusqu'au 31 mars 2016* », avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016, article 3.

84. Aux points 21 et suivants de ses Observations, Cactus argue de la violation de la présomption d'innocence en critiquant la manière dont la Communication des griefs a établi l'infraction au regard des exigences de la jurisprudence en matière de charge et standard de la preuve.
85. Cactus soutient aux points 41 et suivants de ses Observations que la Communication des griefs ne respecterait pas l'obligation de motivation telle qu'elle résulte de l'article 25, paragraphe 1 de la Loi. Cactus reproche encore à la Communication des griefs des imprécisions et généralisations et prétend qu'il aurait été porté atteinte à ses droits de la défense car la Communication des griefs n'indiquait pas s'il était poursuivi à titre individuel ou avec d'autres parties. Cactus critique enfin la méthode retenue par la Communication des griefs pour l'établissement de l'application significative des *PVC*.

6.1.1.2 Principes

6.1.1.2.1 Sur la notion de communication des griefs

86. Le Tribunal de l'Union européenne (ci-après « le Tribunal ») a jugé que la communication des griefs doit contenir : *« les éléments essentiels retenus à l'encontre de cette entreprise, tels que les faits reprochés, la qualification qui leur est donnée et les éléments de preuve sur lesquels la Commission se fonde, afin que cette entreprise soit en mesure de faire valoir utilement ses arguments dans le cadre de la procédure administrative engagée à son encontre »*⁵⁸.

6.1.1.2.2 Sur la notion de griefs

87. Aux termes de sa Communication sur les bonnes pratiques, la Commission européenne (ci-après la « Commission ») note que la communication des griefs a pour objectif d'informer les parties concernées des griefs qui leur sont faits en vue de leur permettre d'exercer leurs droits de la défense. Elle indique : *« Les parties concernées reçoivent ainsi toutes les informations dont elles ont besoin pour se défendre efficacement et réagir aux allégations dont elles font l'objet »*⁵⁹.
88. Un grief est donc un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises, la notification des griefs informant les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation⁶⁰.

⁵⁸ Voir l'arrêt du Tribunal du 29 mars 2012, *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA contre Commission européenne*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, point 80.

⁵⁹ Communication de la Commission concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 du TFUE, 2011/C 308/06, point 82.

⁶⁰ Voir en ce sens, ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, *affaire des jouets*, point 459.

6.1.1.2.3 Sur l'accès au dossier

89. Au titre de l'article 26, paragraphe 1 de la Loi, les parties ont accès au dossier à la base de la Communication des griefs et peuvent venir notamment le consulter dans les bureaux du Conseil.

6.1.1.2.4 Sur le standard de la preuve

90. Concernant la preuve, le Tribunal de l'Union a jugé que l'autorité de concurrence devait réunir des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour établir que l'infraction alléguée avait eu lieu⁶¹. A cet égard, lorsque la Commission se fonde sur des éléments de preuve directs, il appartient aux entreprises concernées de démontrer que ces éléments de preuve sont insuffisants.
91. Toutefois, et d'après une jurisprudence bien établie, chacune des preuves apportées par l'autorité de concurrence ne doit pas nécessairement répondre à ces critères de précision et de concordance en ce qui concerne chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqué, apprécié globalement, réponde à cette exigence, les indices devant en effet être appréciés non pas isolément, mais dans leur ensemble⁶². Le Tribunal a en particulier retenu qu'il « *convenait également de tenir compte du fait que les activités anticoncurrentielles se déroulent de manière clandestine et que, partant, dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence* »⁶³.
92. Le seul critère pertinent doit être la crédibilité des preuves et le Tribunal a souligné la grande importance qui doit être accordée à la circonstance qu'un document a été établi par un témoin direct des faits⁶⁴.
93. A cet égard, et selon une jurisprudence constante, le seul fait que l'information ait été fournie par des demandeurs de clémence ne met pas en cause sa valeur probante. Le Tribunal a en particulier souligné que les déclarations allant à l'encontre des intérêts du déclarant doivent, en principe, être considérées comme des éléments de preuve particulièrement fiables, même s'il est utile qu'elles soient corroborées⁶⁵, dans les cas où cela est nécessaire⁶⁶.

⁶¹ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2019, *Sony Optiarc, Inc. et Sony Optiarc America, Inc contre Commission*, T-763/15, ECLI:EU:T:2019:517, points 41 et seq.

⁶² Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc*, précité, points 43 et 44. Voir également, l'arrêt du Tribunal du 8 septembre 2016, *Goldfish e.a. contre Commission*, T-54/14, EU:T:2016:455, points 91 et seq., ou encore l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2018, *Prysmian SpA et Prysmian Cavi e Sistemi Srl contre Commission*, T-475/14, ECLI:EU:T:2018:448, point 197.

⁶³ Voir arrêts du Tribunal précités, *Sony Optiarc*, point 45 et *Goldfish e.a. contre Commission*, point 94.

⁶⁴ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, point 46.

⁶⁵ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, points 46 et seq.

⁶⁶ Nous ajoutons.

94. Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») a indiqué que l'autorité de concurrence pouvait se fonder sur un compte-rendu manuscrit établi au moment des faits infractionnels, une telle preuve, ne datant pas de la présentation de la demande de clémence mais étant contemporaine des faits, « *ne nécessite pas d'autres preuves concordantes* »⁶⁷.

6.1.1.3 *En l'espèce*

6.1.1.3.1 Concernant la Communication des griefs

95. Il convient de relever tout d'abord que la Communication des griefs précise clairement les faits reprochés, la durée des pratiques, leur qualification juridique et les entreprises visées (Bahlsen et Cactus⁶⁸). Elle est composée d'une table des matières détaillée, suivie par des observations liminaires exposant d'emblée les pratiques anti-concurrentielles, objets des griefs, puis d'un paragraphe exposant la structure retenue. Il est fait référence dans les observations liminaires aux griefs, les faits sont exposés dans le cadre factuel, Cactus faisant en outre l'objet d'un paragraphe dédié reprenant les éléments de fait qui lui sont propres. Enfin, l'analyse juridique aborde la définition du marché, qualifie les pratiques d'accord et/ou pratique concertée anticoncurrentiels, expose le test juridique utilisé et propose en outre au Conseil de retenir la qualification d'infraction unique et continue.
96. La Communication des griefs répond de ce fait aux exigences de la jurisprudence européenne et de la loi nationale en permettant aux entreprises mises en cause, Cactus et Bahlsen, de connaître les pratiques qui leur sont reprochées afin d'exercer utilement leurs droits à la défense.
97. Il convient de relever qu'en vertu d'une jurisprudence établie, une communication des griefs n'est en tout état de cause qu'un document préparatoire dont les appréciations de fait et de droit n'ont qu'un caractère purement provisoire⁶⁹.
98. Dès lors que les parties ont été en mesure de répondre à tous les éléments essentiels sur lesquels se fonde le Conseil dans la présente décision, il ne peut y avoir eu violation des droits de la défense. En l'espèce, les griefs ayant été exposés clairement dans la Communication des griefs comme rappelé ci-dessus, il n'a pu en résulter une atteinte aux droits de la défense de Cactus.

6.1.1.3.2 Concernant le test juridique appliqué

99. Il ressort clairement de la table des matières de la Communication des griefs que certains développements relèvent du rappel des faits tandis que d'autres, comme notamment le

⁶⁷ Arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, C-625-13P, ECLI:EU:C:2017:52, point 134.

⁶⁸ Communication des griefs, section 4.2 et page de couverture de la Communication des griefs.

⁶⁹ Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 13 septembre 2013, *Total SA contre Commission*, T-548/08, ECLI:EU:T:2013:434, points 106 et 110.

test juridique appliqué, font partie de l'analyse juridique. Il appartenait donc aux parties de se reporter à l'analyse juridique pour connaître le test juridique utilisé par la Communication des griefs.

6.1.1.3.3 Concernant le type d'infraction

100. Concernant le type d'infraction (bilatérale ou complexe/infraction unique et continue), il ressort à nouveau clairement d'une simple consultation de la table des matières que dans son analyse juridique, la Communication des griefs caractérise les pratiques au point 5.2. puis expose au point 5.3. pourquoi elle propose au Conseil de retenir en outre une infraction « *unique et continue* ». En tout état de cause, il résulte de la notion même d'infraction unique et continue qu'elle suppose un « *ensemble de comportements* » et il n'y a donc pas d'incohérence à ce qu'un accord vertical bilatéral constitue, avec d'autres accords similaires ou même identiques, une « *infraction unique et continue* »⁷⁰. Le test juridique applicable est d'ailleurs similaire, qu'il s'agisse d'une infraction complexe ou bilatérale.

6.1.1.3.4 Concernant la preuve

101. Concernant l'allégation du défaut d'éléments probants, Cactus rappelle un certain nombre de points tels que le fait que la charge de la preuve de la pratique incombe au Conseil⁷¹, que les éléments de preuves soient suffisamment précis et concordants⁷², ou encore que le critère pertinent doive être la crédibilité des preuves⁷³. Ces points de principe ne sont pas controversés et sont exposés ci-dessus au paragraphe 6.1.1.2.4. et ci-dessous au paragraphe 6.2.3..
102. Toutefois, c'est à tort que Cactus⁷⁴ conclut que le reproche de violation des règles de concurrence prendrait appui sur des pièces établies unilatéralement par Bahlsen, de considérations et notes manuscrites vagues et de faits qui s'expliquent autrement.
103. Concernant l'origine des pièces sur lesquelles se fonde la Communication des griefs, le fait qu'elles proviennent en grande partie de la demande de clémence n'affecte pas leur crédibilité. C'est notamment le cas lorsque la preuve apportée est en elle-même suffisante, par exemple parce qu'un courriel fait apparaître les noms de l'expéditeur, du destinataire et la date, ou encore lorsque les preuves ont été établies *in tempore non suspecto*. Corroborer est en effet nécessaire uniquement lorsque les preuves fournies par le demandeur de clémence sont en elles-mêmes insuffisantes. Par ailleurs, et comme il a été exposé ci-dessus, aux termes d'une jurisprudence bien établie, le fait que des preuves aient été fournies par un demandeur de clémence n'affecte pas leur valeur probante, cette partie ayant en tout état de cause le plus grand intérêt à fournir des

⁷⁰ Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc précité*, point 212 et seq, et point 227+.

⁷¹ Voir Observations Cactus, point 23.

⁷² Voir Observations Cactus, points 24, 26 et 27.

⁷³ Observations Cactus, point 25.

⁷⁴ Observations Cactus, point 30.

éléments corrects, notamment pour pouvoir bénéficier du régime de clémence qu'elle invoque.

104. Concernant les notes manuscrites, il a été rappelé au point 94 ci-dessus que la jurisprudence reconnaît leur force probante.

105. Concernant les faits qui « *s'expliqueraient autrement* », il sera exposé dans la section 6.4.3. que les pratiques de Bahlsen et Cactus sont établies par des preuves documentaires. Dans une telle situation, nul n'est besoin de rechercher des explications alternatives car c'est seulement lorsque la conclusion qu'une infraction a eu lieu découle de suppositions fondées sur la conduite des entreprises en cause que le principe de l'explication alternative et plausible trouve à s'appliquer⁷⁵.

106. Quant aux pièces retenues ou non dans la Communication des griefs, il est de jurisprudence constante qu'il n'est en aucun cas exigé de discuter tous les points de fait et de droit soulevés par les parties au cours de la procédure administrative⁷⁶ et que l'autorité de concurrence n'est tenue de se référer qu'aux éléments pertinents et crédibles⁷⁷. Le reproche fait par Cactus n'est donc pas pertinent⁷⁸.

6.1.1.3.5 Concernant l'accès au dossier

107. Concernant l'accès au dossier, Cactus⁷⁹ estime qu'il a reçu l'accès aux pièces de manière sporadique et partiellement tardive et incomplète. Cactus ne décrit toutefois pas précisément en quoi ses droits de la défense en auraient été affectés.

108. Cactus se contente en effet de citer un document, le relevé de prix Nielsen, cité au point 18 de la présente décision, auquel il n'aurait pas eu accès⁸⁰. Toutefois, la Communication des griefs ne fonde pas précisément de grief sur ce document et il ne saurait donc en résulter une atteinte aux droits de la défense de Cactus.

109. Aux points 38 et suivants de ses Observations, Cactus soutient ensuite qu'en vertu du principe de l'égalité des armes, il aurait dû avoir une connaissance du dossier égale à celle dont disposait le conseiller désigné.

110. A cet égard et comme indiqué ci-dessus, Cactus était libre, à compter du jour de l'envoi de la Communication des griefs, sous réserve d'éventuelles limites tenant à la confidentialité, de venir consulter le dossier au Conseil. Cette possibilité, fondée sur l'article 26 de la Loi, a d'ailleurs été rappelée aux parties dans le courrier accompagnant

⁷⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 8 juillet 2004, *JFR Engineering Corp e.a. contre Commission*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, ECLI:EU:T:2004:221, points 186 et 187.

⁷⁶ Voir l'arrêt du Tribunal du 1er juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc contre Commission*, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, point 81.

⁷⁷ Voir l'arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke e.a. / Commission*, T-379/10, ECLI:EU:T:2013:457, points 106 et 107.

⁷⁸ Observations Cactus, point 30, point 3.

⁷⁹ Voir Observations Cactus, point 32 et suivants.

⁸⁰ Voir Observations Cactus, point 37.

l'envoi de la Communication des griefs. Elle est en général utilisée par les parties en cause.

111. Par conséquent, ces moyens arguant des défauts de la Communication des griefs ne sont pas fondés.

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

112. Bahlsen, aux points 23 et suivants de ses Observations, critique le rôle du président du Conseil de la concurrence et fait notamment référence à ses prétendues déclarations dans un article paru dans le journal « *d'Lëtzebuerger Land* »⁸¹ le 7 juin 2019.

113. Mais, tout d'abord, la seule citation attribuée explicitement à monsieur Barthelmé dans cet article est la suivante : « *le plus grand et volumineux dossier dans l'histoire du Conseil de la concurrence* », tandis que l'article indique, par ailleurs, que monsieur Barthelmé n'a pas souhaité commenter une affaire en cours.

114. Ensuite, monsieur Barthelmé ne fait effectivement pas partie de la formation collégiale de décision du Conseil dans la présente affaire, celle-ci étant composée par les conseillers signataires de la présente décision.

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

6.1.3 Sur le moyen tiré de la violation de la présomption d'innocence

116. Aux points 21 et suivants de ses Observations, Cactus argue de la violation de la présomption d'innocence en critiquant la manière dont la Communication des griefs a établi ces griefs au regard des exigences de la jurisprudence en matière de charge et standard de la preuve.

117. Ces éléments ont déjà été examinés ci-dessus aux paragraphes 6.1.1.2.4. et 6.1.1.3.4. relatifs respectivement aux principes relatifs au standard de la preuve et à leur application en l'espèce.

118. Il est donc renvoyé à ces paragraphes qui démontrent que ce moyen n'est pas fondé.

⁸¹ Voir pièce II.A.16., demande de clémence.

6.2 Le droit applicable

6.2.1 *La Loi*

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

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

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

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

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

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

121. Au titre de l'article 3, paragraphe 1 du règlement 1/2003⁸² (ci-après le « règlement 1/2003 ») relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence par les autorités nationales de concurrence telles que le Conseil,

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

« Lorsque les autorités de concurrence des Etats membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1⁸³, du traité susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membre au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées ».

122. Toutefois, l'article 3, paragraphe 1 n'oblige pas les autorités de la concurrence et les juridictions nationales à appliquer le droit national de la concurrence lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 à des accords, décisions ou pratiques concertées et abus susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres. Elles peuvent n'appliquer que les seules règles de concurrence communautaires⁸⁴.

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

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

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

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

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

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

⁸³ Il s'agit de l'ancienne numérotation de l'article 101, paragraphe 1 TFUE.

⁸⁴ Voir en ce sens le point 9 des lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07).

6.2.2.2 L'affectation du commerce entre Etats membres

125. Selon une jurisprudence bien établie, l'article 101, paragraphe 1 du TFUE n'est applicable qu'aux accords, décisions d'associations d'entreprises ou pratiques concertées dont il peut être montré qu'ils sont de nature à affecter sensiblement les échanges entre Etats membres. L'accord ou la pratique concertée visé ne doit pas nécessairement avoir sensiblement affecté les échanges entre Etats membres, mais uniquement être de nature à avoir un tel effet⁸⁵.
126. Pour être susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, le comportement en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation du marché unique⁸⁶. A cet égard, peu importe que l'affectation soit positive (augmentation des échanges) ou négative (diminution des échanges)⁸⁷.
127. Aux termes des lignes directrices de la Commission s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, l'appréciation du critère de l'affectation du commerce doit prendre en compte plusieurs facteurs, tels que la nature de l'accord ou de la pratique, la nature des produits concernés, et la position et l'importance des entreprises en cause⁸⁸.
128. Concernant la nature de la pratique, il s'agit d'un accord vertical sur les prix qui a résulté en un prix de détail supérieur à ce qu'il aurait été en l'absence de la pratique. Les lignes directrices de la Commission sur l'affectation du commerce soulignent que de tels accords impliquant un prix imposé peuvent affecter les courants d'échanges d'une manière assez semblable à celle des accords horizontaux. Dans la mesure où le prix imposé est plus élevé que le prix pratiqué dans d'autres Etats membres, ce niveau de prix n'est défendable que si les importations en provenance d'autres Etats membres peuvent être contrôlées⁸⁹.
129. La pratique implique notamment des sociétés établies au Luxembourg, des produits vendus au consommateur luxembourgeois et couvre par ailleurs l'ensemble du territoire luxembourgeois. Les relevés de prix opérés par Bahlsen et apparaissant dans les PPRs ont été faits dans divers magasins de l'enseigne Cactus au Luxembourg
130. Il convient de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, un accord qui s'étend à l'ensemble du territoire de l'un des Etats membres a pour effet, par sa nature même,

⁸⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C-219/95 P, ECLI:EU:C:1997:375, point 19.

⁸⁶ Voir les arrêts de la Cour du 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados, NPID (MOTOE)*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, point 39 ; et du 11 juillet 1985, *Remia*, C-42/84, ECLI:EU:C:1985:327, point 22.

⁸⁷ Voir les lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (2004/C 101/07), point 34.

⁸⁸ Voir les lignes directrices de la Commission, *précitées*, points 28 à 32 et la jurisprudence citée.

⁸⁹ Lignes directrices, *précitées*, point 88.

de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le Traité⁹⁰. En tout état de cause, l'article 101 TFUE pourrait aussi être applicable à une partie seulement d'un Etat membre⁹¹. Le Tribunal a aussi jugé : « *qu'il existe, à tout le moins, une forte présomption qu'une pratique restrictive de la concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un Etat membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et d'affecter les échanges intracommunautaires. Cette présomption ne peut être écartée que si l'analyse des caractéristiques de l'accord et du contexte économique dans lequel il s'insère démontre le contraire* »⁹².

131. En l'espèce, l'accord de prix s'étendant à l'ensemble du territoire ou à une vaste majorité du territoire, il est fortement présumé comme étant susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Aucun élément n'a été fourni par les parties pour renverser la présomption.
132. Concernant la nature des produits, la pratique en cause a concerné, au Luxembourg, la vaste majorité des produits vendus par Bahlsen⁹³. L'importance des produits concernés a par ailleurs été rappelée au point 4.1, Bahlsen étant un leader du secteur et ses produits largement consommés.
133. Concernant la position et l'importance des entreprises, la jurisprudence a reconnu que la définition du marché et le calcul des parts de marché n'étaient pas nécessaires à l'appréciation du caractère sensible de l'affectation du commerce entre Etats membres, mais qu'il était néanmoins possible de présumer de son existence dès lors que la part de marché des parties est supérieure au seuil de 5%⁹⁴. En l'espèce, les magasins Cactus sont présents sur l'ensemble du territoire luxembourgeois et Cactus a lui-même indiqué lors de l'audition du 5 février 2020 qu'il estimait sa part de marché en valeur dans la distribution au détail au Luxembourg à [REDACTED]. Cactus représentait par ailleurs plus de [REDACTED] des ventes de Bahlsen au Luxembourg entre 2012 et 2015⁹⁵. En ce qui concerne Bahlsen et comme indiqué au point 4.1. de la présente décision, elle se décrivait dans sa documentation interne comme un des acteurs principaux dans son secteur, avec une part de marché de l'ordre de [REDACTED] en 2012 en produits salés et environ [REDACTED] dans le segment « biscuits » où elle détenait donc la [REDACTED] place. En outre, tant Bahlsen que Cactus, appartiennent à de grands groupes, multinational pour Bahlsen et national pour Cactus : Bahlsen⁹⁶ vend ses produits dans plus de 55 pays, tandis que Cactus se décrit

⁹⁰ Voir les arrêts de la Cour du 17 octobre 1972, *Cementhandelaren/Commission*, C-8/72, ECLI:EU:C:1972:84, point 29, et du Tribunal du 21 février 1995, *SPO e.a./Commission*, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34, point 229. Voir également l'arrêt de la Cour du 24 septembre 2009, *Erste Group Bank / Commission*, C-125/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, ECLI:EU:C:2009:576, point 38.

⁹¹ Voir les lignes directrices de la Commission sur l'affectation du commerce, précitées, point 21.

⁹² Voir l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a. / Commission*, T-259/02 à T-264/02 et T-271/02, ECLI:EU:T:2006:396, point 181.

⁹³ Voir les relevés PPR qui concernent l'ensemble de la gamme Bahlsen.

⁹⁴ Voir lignes directrices de la Commission, précitées, points 48 et 54.

⁹⁵ Pourcentage obtenu à partir des données de la pièce II.B.6.2., demande de clémence.

⁹⁶ <https://www.thebahlsenfamily.com/int/company/about-us/facts-figures-dates/>

comme le leader de la grande distribution au Luxembourg⁹⁷ avec un chiffre d'affaires annuel en 2015 qui dépassait [REDACTED] euros⁹⁸.

134. Il convient également de relever que les pratiques verticales en cause entre Bahlsen et Cactus s'inscrivent dans le cadre d'objectifs commerciaux poursuivis par Bahlsen au Luxembourg. Si les éléments de preuve font défaut pour établir une infraction unique englobant plusieurs distributeurs (voir section 6.5), force est de constater que l'effet des pratiques entre Bahlsen et Cactus a pu se cumuler aux effets des autres pratiques similaires menées par Bahlsen en parallèle avec d'autres distributeurs. Ces effets cumulatifs⁹⁹, qui relèvent du contexte économique et juridique dans lequel les pratiques ont été mises en œuvre, doivent être pris en compte. L'impact sur les courants d'échange entre Etats membres s'en est trouvé augmenté.
135. En l'espèce et du fait des pratiques sous examen, Cactus a pu garantir sa marge, sans craindre que ses prix de détail perdent en compétitivité au Luxembourg. Ceux-ci ont été, du fait de la pratique, artificiellement élevés au Luxembourg, ce qui a potentiellement conduit les consommateurs au Luxembourg, dont les travailleurs transfrontaliers, à acheter ces produits dans les pays voisins notamment (France, Allemagne et Belgique) plutôt qu'au Luxembourg. L'importance des écarts de prix entre Etats membres est un facteur « *dont l'influence sur les échanges intracommunautaires est reconnue* »¹⁰⁰.
136. Ces éléments prouvent à suffisance de droit que la pratique en cause est susceptible d'avoir eu un effet sensible sur les échanges entre Etats membres de l'Union européenne.
137. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE est donc applicable.

6.2.3 Les règles d'administration de la preuve

6.2.3.1 Les principes

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

⁹⁷ Voir en 2014 https://www.cactus.lu/pdf/plaquette_cactus.pdf page 6. Voir en 2020 https://www.cactus.lu/pdf/plaquette_cactus_fr.pdf, page 2 : « *Leader de la grande distribution au Luxembourg avec un réseau de distribution avec 59 points de vente sous enseigne Cactus et une équipe de 4300 employés* ».

⁹⁸ Voir courrier de Cactus au Conseil en date du 13 juillet 2018, annexe 1.

⁹⁹ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce, *précitées*, point 49.

¹⁰⁰ Voir par exemple la décision de la Commission du 29 juin 2001, *Volkswagen*, COMP/F-2/36.693, JO L 262 du 2.10.01 p. 14, points 81 *et seq.*

139. Ainsi, « *selon les règles générales en matière de preuve, la crédibilité et, partant, la valeur probante d'un document dépend de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu* »¹⁰¹.
140. Il appartient au Conseil de prouver non seulement l'existence de l'entente, mais aussi sa durée¹⁰². Plus particulièrement, en ce qui concerne l'administration de la preuve, le Conseil doit établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction et doit faire état de preuves précises et concordantes.
141. Comme indiqué précédemment, il est alors suffisant que le faisceau d'indices, apprécié globalement, réponde à cette exigence¹⁰³.
142. Par ailleurs, il est usuel que les activités que les accords anticoncurrentiels comportent se déroulent de manière clandestine, que les réunions se tiennent secrètement et que la documentation y afférente soit réduite au minimum. Il s'ensuit que, même si le Conseil découvre des pièces attestant de manière explicite une prise de contact illégitime entre des opérateurs, telles que des comptes rendus de réunions, celles-ci ne seront normalement que fragmentaires et éparses, de sorte qu'il se révèle souvent nécessaire de reconstituer certains détails par des déductions. Dès lors, dans la plupart des cas, et selon une jurisprudence établie, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de concurrence¹⁰⁴.
143. En outre, la jurisprudence exige que, en l'absence d'éléments de preuve susceptibles d'établir directement la durée d'une infraction, l'autorité se fonde, au moins, sur des éléments de preuve se rapportant à des faits suffisamment rapprochés dans le temps, de façon qu'il puisse être raisonnablement admis que cette infraction s'est poursuivie de façon ininterrompue entre deux dates précises¹⁰⁵.
144. Enfin, concernant les éléments de preuve se situant en dehors de la période infractionnelle visée, il ressort d'une jurisprudence établie¹⁰⁶ que l'autorité de

¹⁰¹ Voir l'arrêt du Tribunal du 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke e.a. / Commission*, T-379/10, ECLI:EU:T:2013:457, points 106 et 107.

¹⁰² Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 17 mai 2013, *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, T-147/09 et T-148/09, ECLI:EU:T:2013:259, point 50 et la jurisprudence citée.

¹⁰³ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 51 et la jurisprudence citée.

¹⁰⁴ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 52 et la jurisprudence citée.

¹⁰⁵ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 53 et la jurisprudence citée.

¹⁰⁶ Voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 2 février 2012, *Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals/Commission*, T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48, points 193 et 188, et aussi arrêt du 16 juin 2015, *FSL Holding e.a. contre Commission*, T-655/11, ECLI:EU:T:2015:383, point 178 et arrêt du 9 avril 2019, *Qualcomm / Commission*, T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232, point 91.

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

6.2.3.2 *En l'espèce*

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

6.3 Le marché concerné

147. En vertu des lignes directrices de la Commission sur la définition du marché en cause, *« la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises ». Elle n'est ainsi pas à confondre avec « le territoire à l'intérieur duquel elles vendent leurs produits ou, plus largement, l'industrie ou le secteur dont elles relèvent »*¹⁰⁷.
148. Sans devoir être exhaustive, l'analyse se doit d'être adéquate par rapport à la situation litigieuse examinée. Ainsi que la Cour l'a jugé, *« la définition du marché pertinent, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité [devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] a pour seul objet de déterminer si l'accord en cause est susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »*¹⁰⁸.
149. Le Tribunal précise par ailleurs que *« l'obligation d'opérer une délimitation du marché en cause dans une décision adoptée en application de l'article 81CE [devenu l'article 101, paragraphe 1, du TFUE] s'impose (...) uniquement lorsque sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce*

¹⁰⁷ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03), points 2 et 3.

¹⁰⁸ Voir l'ordonnance de la Cour du 16 janvier 2006, *Adriatica di Navigazione SpA/Commission*, C-111/04 P, ECLI:EU:C:2006:105, point 31.

entre les Etats membre et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »¹⁰⁹.

150. En l'espèce, d'une part, le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres est rempli¹¹⁰. D'autre part, et comme démontré ci-après, l'infraction commise a pour objet de restreindre le jeu de la concurrence. Par conséquent, l'application des articles 3 de la Loi et 101 du TFUE n'exige pas, en l'espèce, une définition du marché.
151. Il convient néanmoins de présenter le marché concerné, qui comprend une dimension de produits et une dimension géographique. Cette présentation est complétée par une description de la présence des parties sur ledit marché.

6.3.1 Le marché des produits concernés

152. Les produits concernés par les pratiques anticoncurrentielles sont les produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen en gros et revendus au consommateur au détail.
153. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, il n'est pas utile de délimiter de manière plus détaillée le marché de produits en cause car, quelle que soit la définition retenue, celle-ci n'a pas d'incidence sur la mise en évidence de la pratique anticoncurrentielle de prix imposés examinée dans la présente décision.
154. Que le marché inclue ou non des produits concurrents des produits Bahlsen¹¹¹, la pratique constatée est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

6.3.2 Le marché géographique

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

¹⁰⁹ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, *Prym et Prym Consumer / Commission*, T-30/05, ECLI:EU:T:2007:267, point 86.

¹¹⁰ Voir le point 6.2.2.2. de la présente décision.

¹¹¹ La question a été soulevée par Bahlsen dans ses Observations, au point 46.

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

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

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

6.3.4 *Conclusion*

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

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

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

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

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

163. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE et l'article 3 de la Loi relatifs à l'interdiction des accords anticoncurrentiels appréhendent tant les accords horizontaux (entre concurrents) que les accords verticaux (entre non-concurrents), c'est-à-dire ceux conclus pour la vente et l'achat de biens ou de services entre des entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution¹¹².

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

¹¹² Voir le règlement (UE) n°330/2010 précité.

indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal¹¹³ ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter »¹¹⁴.

165. Le principe de la concurrence est que le distributeur doit pouvoir attirer le consommateur en lui proposant un prix plus bas que celui offert par ses concurrents, sans être limité par un accord déterminant un prix de revente fixe ou minimum qu'il ne franchit pas.
166. La Commission a retenu à diverses occasions que des accords verticaux imposant à des distributeurs un prix fixe ou minimum, en limitant leur habilité à déterminer leur prix de revente indépendamment, restreignent la concurrence par objet au sens de l'article 101 paragraphe 1 du Traité¹¹⁵. Les accords verticaux sur le prix de revente, aussi appelés « *resale price maintenance* » en anglais, visent les cas où fournisseur et distributeur s'accordent de manière à ce que le distributeur ne revende pas les produits du fournisseur au-dessous d'un prix spécifique. Le respect effectif par un distributeur d'un prix conseillé peut donc se mesurer au regard de l'application par ce distributeur de prix « *au moins égaux ou supérieurs* » aux prix convenus avec le fournisseur¹¹⁶.
167. Aux termes du règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ci-après le « règlement (UE) n°330/2010 »), les accords verticaux qui, directement ou indirectement, pris isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, constituent des clauses dites « *noires* » ou « *restrictions caractérisées* ». L'imposition de prix de revente fixes ou minimums est ainsi explicitement qualifiée par l'article 4, paragraphe (a) du règlement vertical *susmentionné* de « *restriction caractérisée* », présumée restreindre la concurrence. Partant, il est peu probable que de tels accords remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et ils échappent au bénéfice de l'exemption par catégorie¹¹⁷. Un accord qui contiendrait une telle restriction caractérisée ne peut non plus bénéficier de la « *sphère de sécurité* » réservée aux accords d'importance mineure, au sens de la Communication de la Commission applicable à ces accords¹¹⁸.
168. Il y a lieu de noter qu'il est toutefois licite pour un fournisseur de déterminer des prix maximums de revente ou des prix conseillés, à condition que ces conseils soient sans

¹¹³ Nous soulignons.

¹¹⁴ Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, J.O.U.E., C 130 du 19.5.2010, p. 1, point 48.

¹¹⁵ Voir par exemple la décision de la Commission du 24.07.2018, Asus, AT.40465, point 116.

¹¹⁶ Voir ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, *affaire des jouets*, point 614.

¹¹⁷ Voir les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales *précitées*, points 223 et suivants.

¹¹⁸ Voir la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de *minimis*), JO C 291, 30.8.2014, p. 1–4, points 2 et 13. Ainsi que l'arrêt de la Cour du 13 décembre 2012, *Expedia Inc. contre ADLC*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795.

ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix fixes ou minimums¹¹⁹. Un alignement résultant d'un parallélisme de comportements n'est pas non plus illicite.

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

- fixant la marge du distributeur, ou
- fixant le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini, ou
- subordonnant au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes, ou
- subordonnant au respect d'un niveau de prix déterminé le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur, ou
- reliant le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par la concurrence¹²⁰.

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

6.4.2 *Un concours de volontés*

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

6.4.2.1 *Une invitation acceptée*

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

¹¹⁹ Voir le règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J.O.U.E., L 102 du 23.4.2010, p. 1, les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, J.O.U.E., C 130 du 19.5.2010, p. 1, points 48 et 223 et suivants ; voir aussi par exemple, la décision du Conseil de la concurrence (France) du 5 décembre 2005, n°05-D-66, point 332.

¹²⁰ Lignes directrices précitées dans la note de bas de page précédente, point 48.

173. Il n'est pas nécessaire de définir avec précision si un certain comportement constitue un accord ou une pratique concertée, les deux concepts étant fluides et pouvant se recouper¹²¹.
174. La preuve de l'accord est rapportée, tant en droit interne qu'en droit de l'Union, dès lors qu'il y a, d'une part, invitation à un accord émanant de la part d'une des entreprises et, d'autre part, acquiescement, même tacite, des autres parties à cette invitation¹²², la forme par laquelle se manifeste le concours de volontés n'ayant pas d'importance¹²³.
175. Dans la décision *Guess* et la jurisprudence qu'elle cite, la Commission a retenu (*nous traduisons*):

«Aux fins d'application de l'article 101(1) du Traité, pour qu'il y ait accord entre entreprises, il est suffisant qu'au moins deux entreprises aient exprimé leur intention commune de se comporter sur le marché d'une certaine manière¹²⁴. Bien que l'article 101(1) établisse une distinction entre accords et pratiques concertées, les notions d'accord et de pratique concertée doivent être interprétées largement¹²⁵.

En vertu d'une jurisprudence bien établie, les conditions générales de vente, même si acceptées tacitement, et même si elles sont prétendument « imposées », équivalent à un accord aux fins d'application de l'article 101(1) du Traité¹²⁶.

De la même manière, les mesures ou pratiques adoptées ou imposées d'une façon apparemment unilatérale par un fournisseur, par contraste avec des mesures véritablement unilatérales, peuvent constituer un accord ou une pratique concertée au sens de l'article 101(1) du Traité si, à tout le moins, l'acquiescement

¹²¹ Voir la récente décision de la Commission du 5 mars 2019, *occupant safety systems*, AT.40481, point 46 et la jurisprudence citée.

¹²² C.A. Paris, 1^{ère} chambre, 26 juin 2007, n° 2006/07821, affaire des parfums. Voir aussi l'arrêt de la Cour du 6 janvier 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV et Commission des Communautés européennes contre Bayer AG*, C-2/01P, ECLI:EU:C:2004:2, point 102.

¹²³ Voir l'arrêt de la Cour du 5 décembre 2013, *Solvay SA/Commission*, C-455/11 P, ECLI:EU:C:2013:796, point 53 : « les notions d'accord et de pratique concertée, au sens de l'article 81, paragraphe 1, CE [devenu article 101 (1) du TFUE], appréhendent, d'un point de vue subjectif, des formes de collusion qui partagent la même nature et ne se distinguent que par leur intensité et par les formes dans lesquelles elles se manifestent (voir, notamment, arrêt *T-Mobile Netherlands e.a.* précité, point 23 ainsi que la jurisprudence citée). Il suffit, dès lors, que la preuve des éléments constitutifs de l'une ou de l'autre de ces formes d'infraction visées à cette disposition ait été établie pour que, en toute hypothèse, cette dernière s'applique ».

¹²⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 11 janvier 1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission*, C-277/87, EU:C:1990:6, point 13; Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, *Bayer v Commission*, T-41/96, EU:T:2000:242, points 67 et 173.

¹²⁵ Arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand AG v Commission*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 43.

¹²⁶ Arrêt de la Cour, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission*, C-277/87, précité, point 2, dans lequel la Cour a jugé que les factures envoyées par Sandoz à ses clients comportant la mention "export interdit" serait l'élément de l'accord ayant pour objet la restriction de la concurrence et qui pourrait affecter le commerce entre Etats Membres. Aussi, arrêt du 9 juillet 2009, *Peugeot and Peugeot Nederland v Commission*, T-450/05, EU:T:2009:262, points 168-209.

tacite de l'autre partie est établi¹²⁷ (c'est-à-dire, dans le contexte de relations verticales, l'acquiescement du distributeur à la mesure adoptée par le fournisseur).

De plus, outre les cas où les mesures sont explicitement incluses au contrat, un concours de volontés peut aussi être constaté lorsque le contrat autorise le fournisseur à adopter des mesures, même si ces mesures n'étaient pas explicitement indiquées au contrat¹²⁸ »¹²⁹.

6.4.2.2 Les différents modes de preuve de l'acceptation

6.4.2.2.1 Les preuves documentaires

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

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

177. Il est utile de se référer ici à la jurisprudence nationale avec, par exemple, l'affaire *Luxlait*¹³⁰, et française¹³¹ qui a statué sur quelques cas. Cette jurisprudence a estimé que la preuve de l'acceptation, en l'absence de preuves documentaires, était rapportée par la réunion de trois indices, constituant ensemble un faisceau, aussi appelé *triple test* :

1. Les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs, c'est-à-dire que le fournisseur a évoqué ce prix avec le distributeur ;

¹²⁷ Arrêt du Tribunal, *Bayer AG v Commission*, précité, points 70 à 72 et la jurisprudence citée; Arrêt du 3 décembre 2003, *Volkswagen AG v Commission*, T-208/01, EU:T:2003:326, points 34 à 36.

¹²⁸ Arrêt du 18 septembre 2003, *Volkswagen AG v Commission*, C-338/00 P, EU:C:2003:473, points 64 et 65.

¹²⁹ Voir pour l'ensemble de la citation, la décision de la Commission du 17 décembre 2018, *Guess*, AT.40428, points 96 à 99.

¹³⁰ Voir décision du Conseil du 24 août 2018, *Luxlait*, 2018-FO-03. Pour la jurisprudence française, voir les affaires dites des *parfums* (ADLC, décision du 13 mars 2006, n°06-D-04, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe) et des *jouets* (ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets).

¹³¹ La pratique décisionnelle récente de la Commission a en effet eu à connaître davantage de cas d'accords établis au moyen de preuves documentaires directes telles qu'une interdiction incluse dans les conditions générales de vente. Voir par exemple, Commission européenne, 17 décembre 2018, *Guess*, AT40.428, point 84.

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

178. La conjonction de ces indices est une condition suffisante pour établir l'accord et la fiabilité du faisceau d'indices doit être appréciée globalement, chaque élément du faisceau n'ayant pas à répondre au critère de preuve « *précis, graves et concordants* » dès lors que le faisceau répond à cette exigence ¹³².

6.4.2.2.2.1 *L'évocation des prix conseillés*

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

6.4.2.2.2.2 *L'application significative des prix*

180. Il y a application significative lorsque les prix évoqués par le fournisseur ont été effectivement respectés par le distributeur, c'est-à-dire qu'il y a eu suivi strict des *PVC* ou que celui-ci a fonctionné dans les faits comme un prix minimum. Il est à cet égard possible d'utiliser des critères statistiques ainsi que tout autre élément pour mettre en évidence une telle application significative des prix de nature à constituer l'acquiescement à l'invitation à l'accord ¹³³.

181. En l'absence de déclaration du distributeur ou de pièces établissant sans conteste l'application significative des prix, l'observation directe des prix de détail et l'accumulation de ces prix au voisinage des *PVC* apportent la preuve recherchée ¹³⁴.

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

183. A titre d'illustration, dans *l'affaire des parfums* traitée par l'autorité française de concurrence qui concernait une vingtaine de fournisseurs (soit 31 marques), les parties avaient soutenu qu'il n'était pas possible de déduire à partir des relevés de prix en cause le respect du *PVC*, dans la mesure où ces relevés avaient été réalisés sur des échantillons, selon elles, « *insuffisamment représentatifs au regard du nombre de produits relevés par marque, du nombre de points de vente concernés et de la période limitée où ces*

¹³² Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, n°2010/23945, *affaire des parfums*, page 43, 1^{er} et 3^{ème} paragraphes.

¹³³ CA Paris, 26 juin 2007, n°2006/07821, *affaire des parfums*, page 33, 2^{ème} paragraphe.

¹³⁴ Voir l'affaire des Parfums, Conseil de la concurrence (France), 13 mars 2006, décision n°06-D-04, point 505.

relevés ont été effectués ». L'autorité française¹³⁵ a rejeté le moyen en indiquant que : « les parties se trompent sur la nature de la preuve apportée par ces relevés. Il ne s'agit pas, en effet, de démontrer, statistiquement, l'existence d'un prix unique au voisinage ou au-dessus duquel la distribution des prix serait concentrée anormalement, par rapport à une répartition concurrentielle plus dispersée. Une telle preuve suffirait per se et rendrait inutiles les autres éléments du dossier. Mais elle exigerait, comme le demandent les parties, un appareillage statistique considérable, le respect strict des règles de l'art, et, en raison de la complexité du champ de l'étude (grand nombre de marques, multitudes de points de vente et dynamique temporelle), probablement plusieurs centaines de milliers d'observations. Telle n'est pas la nature de la preuve exigée par la jurisprudence qui repose sur des indices destinés à prendre place dans un faisceau, sans que l'un d'entre eux soit suffisant à lui seul pour apporter la preuve de la pratique dénoncée ».

184. Ainsi, il ne s'agit pas de démontrer une vérité statistique absolue car une telle preuve rendrait inutile les autres éléments du dossier. Une telle étude chiffrée exhaustive nécessiterait le traitement systématique de plusieurs dizaines de milliers de données, prenant en compte l'ensemble des références et l'ensemble des relevés de prix pour toute la période infractionnelle. Le Conseil relève que si l'on voulait ainsi prendre en compte des relevés mensuels pendant 5 ans pour l'ensemble des références de Bahlse¹³⁶, on obtiendrait plus de [REDACTED] données chiffrées à traiter, seulement dans un seul point de vente, soit environ le triple de ce qui a été pris en compte par l'autorité française dans l'affaire des parfums, dans laquelle un total de 31 marques étaient concernées et environ 4.300 relevés avaient été opérés¹³⁷. De plus, si l'on devait mener l'analyse dans ne serait-ce qu'une dizaine de supermarchés Cactus au Luxembourg¹³⁸, cela équivaldrait à plus de [REDACTED] relevés. Même si l'on ne devait prendre en compte que sept relevés annuels (au lieu de douze), qui est la moyenne dans les PPRs de Bahlse, on aboutirait à environ [REDACTED] relevés, soit [15-20] fois plus que dans l'affaire des parfums qui concernait 31 marques. Dans l'affaire des jouets¹³⁹ avaient été pris en compte les prix pratiqués par chaque distributeur pour les références présentes dans les catalogues de Noël.

185. L'exhaustivité n'est pas exigée, la démonstration de l'application significative des PVC devant seulement reposer sur des indices au sein d'un faisceau, sans que l'un d'eux soit nécessairement suffisant à lui seul pour apporter la preuve de la pratique.

¹³⁵ Décision n° 06-D-04 bis* du 13 mars 2006, affaire des parfums, points 510 et 511.

¹³⁶ Pour le nombre de références, voir courrier de Bahlse au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q5.

¹³⁷ Voir ADLC, décision 06-D-04 du 13 mars 2006, affaire des parfums, point 506.

¹³⁸ Cactus compte 59 points de vente au Luxembourg, voir en ce sens https://www.cactus.lu/pdf/plaquette_cactus_fr.pdf, page 2. Parmi eux, Cactus compte [REDACTED] magasins à prédominance alimentaire, voir Observations Cactus, note de bas de page 4.

¹³⁹ Voir ADLC, décision 07-D-50 du 20 décembre 2007, affaire des jouets, citée ci-dessus, points 369 et suivants.

186. Le schéma d'analyse se présente comme suit : en premier lieu, l'indice d'application significative des prix s'observe par le taux de respect du prix « *conseillé* » au moyen d'un échantillon de produits, que le prix soit relevé une ou plusieurs fois dans des points de vente. Une marge peut être prise en compte dans l'analyse de l'alignement afin de ne pas assimiler au jeu de la concurrence des différences de prix minimales. Une marge de 1% a été prise en compte dans *l'affaire des jouets* ou encore les prix arrondis au 0,05€ supérieur dans l'affaire *Diddl*¹⁴⁰. Si le taux est supérieur ou égal à 80%, l'indice est établi. A défaut, et en second lieu, une analyse de la dispersion des prix pratiqués autour du *PVC* doit être faite. L'indice est alors constitué si les prix se concentrent, de manière générale, autour du *PVC*.

6.4.2.2.3 *La police des prix*

187. D'une part, plusieurs types d'indices peuvent attester de l'existence d'une police des prix et d'autre part, l'existence de « *représailles* » en bonne et due forme ne constitue qu'une manifestation particulièrement poussée de cette police des prix, parmi un large éventail d'actes de surveillance ou de pressions.

188. Ainsi, les mesures de police des prix peuvent prendre de multiples formes, telles que des actions de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer des mesures de rétorsion ou de représailles¹⁴¹ pour remplir la condition de police des prix.

6.4.3 *En l'espèce*

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

189. Si le dossier recèle bien la preuve d'une évocation des *PVC* par Bahlsen, il n'y a toutefois pas de preuve telle qu'une clause contractuelle, imposant à Cactus le respect des *PVC* de manière expresse.

190. En revanche, le dossier fait état de nombreuses autres preuves documentaires *directes ou indirectes*, attestant de la politique des *PVC* de Bahlsen et de son acceptation par Cactus, comme il a été exposé aux points 4.2.3. et notamment 4.2.3.5. de la présente décision.

191. Ces preuves documentaires, détaillées au point 4.2.3., établissent notamment que :

- Bahlsen a diffusé à Cactus, parfois à la demande de ce dernier, des prétendus *PVC*, a procédé à des relevés de prix systématiques dans des magasins Cactus, a contrôlé le niveau effectif des prix pratiqués par Cactus¹⁴², a porté à la connaissance de Cactus les produits dits « *problématiques* » dont les prix

¹⁴⁰ ADLC, décision du 15 décembre 2011, n°11-D-19, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de gadgets et articles de fantaisie, point 76.

¹⁴¹ Voir *affaire des jouets*, précitée, point 557. Voir également ADLC, décision 15-D-18 du 1^{er} décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux vidéo, point 156.

¹⁴² Cactus a indiqué lors de l'audition du 5 février 2020 que [REDACTED].

n'étaient pas en phase avec les *PVC* et a demandé des corrections à Cactus, sans que Cactus ne se distancie de ces dernières pratiques;

- Bahlsen et Cactus ont négocié un « *blocage* » automatique des prix de Cactus au niveau du *PVC* en échange du versement de contreparties par Bahlsen, ou encore ont négocié le niveau de marge qui serait garantie à Cactus en fonction du niveau du *PVC*.

192. Comme indiqué ci-dessus, il convient de souligner que Cactus ne s'est en effet pas distancié de la réception d'courriels incriminants reçus de Bahlsen, tels que les demandes de publication de certains niveaux de prix pour des produits spécifiques, les rappels à l'ordre enjoignant la correction de son prix de détail ou encore la référence à leurs discussions concernant les contreparties à la « *stratégie des prix* ». Or, il est de jurisprudence constante que l'absence de distanciation vaut acquiescement à l'accord¹⁴³.

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

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

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

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

6.4.3.2.1.1 Moyens soulevés par Cactus

195. Si aux points 39 à 41 de ses Observations, Bahlsen reconnaît qu'elle a bien diffusé les *PVC* aux distributeurs tels que Cactus, ce dernier, quant à lui, remet en cause en partie l'élément d'évocation des prix en alléguant, aux points 78 et suivants de ses Observations, que cette communication de *PVC* par Bahlsen n'était que ponctuelle.

196. Toutefois, il ressort des éléments exposés à la section 4 de la présente décision que le thème des *PVC* a été abordé à de très nombreuses reprises, lors de réunions, par courriels échangés avec Cactus et à l'occasion de la transmission des fiches techniques communiquées avec l'achat de produits. La fiche technique accompagnait, comme il a été exposé au point 4.2.1. de la présente décision, chaque nouveau produit puisqu'elle en contenait toutes les caractéristiques y compris le *PVC*¹⁴⁴. Cactus a bien reçu ce type de fiches pour les produits qu'il a achetés.

¹⁴³ Voir par exemple l'arrêt du Tribunal du 15 juillet 2015, *Voestalpine et Voestalpine Wire Rod Austria / Commission*, T-418/10, ECLI:EU:T:2015:516, points 125, 127 et 128.

¹⁴⁴ Pour un exemple de fiche technique reçue par Cactus, voir les pièces communiquées par Bahlsen dans son courrier au Conseil du 13 mars 2020, annexe 1 ou encore l'annexe 3 du courrier Cactus du 14 décembre 2017 en réponse à la demande de renseignements du Conseil du 21 novembre 2017.

197. Comme il a été rappelé au point 6.4.2.2.1. de la présente décision, il est nécessaire, mais également suffisant, que les prix tels que souhaités par Bahlsen aient été connus des distributeurs et en l'espèce, de Cactus. En effet, en l'absence d'une telle connaissance, il ne saurait y avoir concours de volontés. Le fait que les *PVC* aient été évoqués et donc connus de Cactus est suffisant pour remplir la première condition du test.
198. Au point 81 de ses Observations, Cactus prétend ensuite qu'il est indifférent que les *PVC* communiqués par Bahlsen à Cactus n'aient pas fait mention expresse de leur caractère facultatif. Toutefois, comme exposé à la section 6.4.1. et ci-dessous à la section 6.6., sont interdites les pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter¹⁴⁵. A cet égard, l'omission d'indiquer le caractère facultatif d'un *PVC* remet en cause son caractère de prix « *conseillé* ».
199. Au point 82 de ses Observations, Cactus reproche ensuite à la Communication des griefs de ne faire état que de trois pièces aux notes de bas de page 24 et 25 pour établir que les *PVC* ont bien été évoqués par Bahlsen et Cactus (première branche du test). Ce reproche est toutefois erroné puisqu'à partir du point 99 de la Communication des griefs une section entière est consacrée à la participation à l'accord du groupe Cactus et fait état de nombreuses autres pièces, également référencées dans la section 4 de la présente décision. Quant aux pièces citées par Cactus dans ce paragraphe, elles établissent que les *PVC* ont bien été un sujet d'échange entre les parties¹⁴⁶, Bahlsen y indiquant à Cactus le niveau exact des prix de détails à pratiquer dans ses magasins.
200. Au point 83 de ses Observations, Cactus relève que certaines pièces citées dans la Communication des griefs ne le concernent pas au titre de l'évocation des *PVC*. Lorsqu'elles ne concernent pas Cactus, ni directement, ni indirectement, la présente décision n'y a pas fait référence.
201. Au point 84 de ses Observations, Cactus demande enfin au Conseil d'écarter les pièces citées par la Communication des griefs en ses notes de bas de page 37 et 38¹⁴⁷ au motif

¹⁴⁵ Voir lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), *précitées*, point 48.

¹⁴⁶ La pièce II.E.1.3., demande de clémence, est un courriel du 6 février 2009 de Bahlsen à Cactus faisant référence à des prix de détail précis que Cactus doit mettre en œuvre. Certes cette pièce est hors période infractionnelle, néanmoins et en vertu d'une jurisprudence bien établie, le Conseil peut en tenir compte puisqu'elle fait partie du faisceau d'indices. Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 2 février 2012, *Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals / Commission*, T-83/08, ECLI:EU:T:2012:48, point 193 et arrêt du 9 avril 2019, *Qualcomm / Commission*, T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232, point 91. Il est en de même de la pièce II.E.1.2., demande de clémence, qui ne fait pas mention d'une date mais indique bien des prix de détails fixes ou à tout le moins plancher que Bahlsen indique à Cactus pour des produits précis. Cette pièce relève également du faisceau d'indices. La pièce II.E.1.1., demande de clémence, du 8 août 2013, comme le mentionne Cactus, est un courriel de Bahlsen à Cactus indiquant les prix de détails à publier par Cactus. Il établit donc la preuve que Bahlsen a bien dicté à Cactus les prix de détails à pratiquer. C'est donc de manière erronée que Cactus prétend dans ses Observations au point 82 « *(qu')une telle mention n'est en soi pas indicative de l'imposition d'un prix* ». Le fait qu'il s'agisse d'un contexte promotionnel ne modifie pas cette conclusion dans la mesure où il n'existe pas de dérogation à l'interdiction des prix imposés pour motif de promotion.

¹⁴⁷ Pièces II.D.1.01, II.D.1.02, II.D.1.04, II.D.1.05, II.D.1.08, II.D.1.09 et II.D.1.10., demande de clémence.

que ces pièces émanent de Bahlsen, qu'elles n'ont pas été transmises à Cactus et que Cactus n'y a pas donné suite. Toutefois, et selon une jurisprudence constante rappelée plus haut¹⁴⁸, le seul fait que l'information ait été fournie par un demandeur de clémence ne met pas en cause sa valeur probante¹⁴⁹. En l'espèce, il s'agit, à l'exception de la pièce II.D.1.10, de dossiers de réunions entre Bahlsen et Cactus incluant des notes de réunion prises par Bahlsen et de présentations faites par Bahlsen à Cactus. Concernant les notes manuscrites, il est de jurisprudence bien établie que les notes prises *in tempore non suspecto* ont une valeur probante reconnue et ne nécessitent pas d'autres preuves concordantes, comme exposé au point 6.1.1.2.4. de la présente décision¹⁵⁰. En ce qui concerne la pièce II.D.1.10 et sa pièce jointe, il s'agit d'un courriel envoyé par Bahlsen et reçu par Cactus dans lequel Bahlsen demande à Cactus « *d'adapter* » les prix de détail de 26 produits dont elle lui joint la liste. L'ensemble de ces pièces est à considérer dans le cadre du faisceau d'indices qui doivent être appréciés non pas isolément, mais dans leur ensemble. Comme il a été rappelé au point 6.1.1.2.4. de la présente décision¹⁵¹, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle peut être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices, car il serait sinon extrêmement difficile voire impossible de prouver de telles pratiques, par nature secrètes. Par conséquent, ces pièces constituent autant d'indices établissant l'évocation des *PVC* entre Bahlsen et Cactus.

202. Les moyens relatifs à la non-évocation des *PVC* doivent donc être écartés.

6.4.3.2.1.2 Conclusion sur la première branche du test

203. Comme il a été exposé dans l'analyse factuelle des pratiques reprise dans la section 4, Bahlsen a communiqué à Cactus des *PVC* pendant l'intégralité de la période infractionnelle et les a discutés avec Cactus. En conséquence, Cactus avait connaissance des *PVC*.

204. La première branche du test concernant l'évocation des *PVC* entre Bahlsen et Cactus est donc constituée.

205. L'analyse de l'application significative de ces *PVC* par Cactus, également évoquée par Cactus au point 82 de ses Observations, sera analysée ci-dessous dans l'analyse de la deuxième branche du test.

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

6.4.3.2.2.1 Moyens soulevés par Bahlsen

206. Au point 44 de ses Observations, Bahlsen conteste l'application significative des *PVC*. Elle fait référence à son analyse quantitative et à la pièce II.B.6.1.. La méthodologie avancée est un calcul à partir des PPRs prenant en compte une pondération de

¹⁴⁸ Voir la section 6.1.1.3.4.

¹⁴⁹ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, points 46 et seq.

¹⁵⁰ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

¹⁵¹ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

l'importance du chiffre d'affaires généré par les produits concernés. Sont également considérés par Bahlsen comme respectant le *PVC*, les prix affichant une différence de 1 euro cent avec ce *PVC*.

207. Mais tout d'abord, Bahlsen ne donne que très peu de détails quant à la méthodologie qu'elle utilise, par exemple quant aux produits inclus ou non. Sa méthode de pondération ne trouve pas d'équivalent en jurisprudence et est, par ailleurs, critiquable au sens où le chiffre d'affaires réalisé pour un produit peut être éclaté entre plusieurs références. Ainsi en 2012 par exemple, Bahlsen vendait à Cactus presque une quinzaine de déclinaisons différentes du produit *Pick Up*, chaque référence de la « famille *Pick Up* » générant pour Bahlsen un chiffre d'affaires distinct¹⁵². En d'autres termes, la pondération opérée par Bahlsen n'est que très relative. Elle l'est d'ailleurs d'autant plus que si, sur dix références, l'une représente 30% des ventes mais est inférieure de 2 cents au *PVC*, alors que les neuf autres suivent ce *PVC*, alors le taux sera au-dessous du seuil des 80%. Ceci, quand bien même, premièrement, neuf références sur dix suivraient le *PVC* et, deuxièmement, la référence restante serait très proche de celui-ci. Enfin, quand les taux sont inférieurs à 80%, Bahlsen ne propose aucune analyse de la dispersion. Pourtant, si malgré un taux de suivi inférieur à 80%, les prix s'avèrent graviter autour du *PVC*, alors l'indice d'une application significative est également constitué.

208. En tout état de cause, les tableaux issus de la pièce II.B.6.1., versés au dossier par Bahlsen, fournissent des chiffres de 2012 à début 2016 et comportent de nombreux cas où le seuil de 80% est atteint ou franchi, en ce qui concerne les prix pratiqués par Cactus. En 2012, c'est presque dans 75% des cas et en 2013, dans 100% des cas mais dans une moindre mesure pour 2014 et 2015. Bahlsen ne tire pourtant aucune conclusion de ces chiffres quant à une application significative par Cactus.

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

6.4.3.2.2.2 *Moyens soulevés par Cactus*

210. Aux points 86 et suivants de ses Observations, Cactus conteste une mise en œuvre significative des *PVC* en alléguant l'insuffisance de preuves et l'aspect contestable de l'analyse développée par la Communication des griefs.

211. Tout d'abord, aux points 87 et 88 de ses Observations, Cactus conteste que les preuves rapportées par la Communication des griefs soient suffisantes en arguant notamment du fait que les PPRs seraient un exercice interne à Bahlsen. Toutefois, des relevés de prix, au moins pour certains, communiqués à Cactus et opérés de manière contemporaine aux faits, sont nécessairement plus fiables¹⁵³ que des données purement internes à Cactus collectées *a posteriori* et présentées pour les besoins de la cause¹⁵⁴. La force probante de ces documents a par ailleurs été établie aux points 6.1.1.2.4. et 6.1.1.3.4. de la

¹⁵² Voir pièce II.B.6.2., demande de clémence.

¹⁵³ Voir les points 6.1.1.3.4. (sur la procédure et notamment la crédibilité et force probante des PPR), 6.2.3. (sur les règles de preuve) et 6.4.2.2.2.1. (sur le critère d'évocation des prix par Bahlsen en l'espèce).

¹⁵⁴ Tel que déclaré par Cactus lors de l'audition du 5 février 2020.

présente décision. On peut aussi noter que lorsque le représentant de Bahlsen a communiqué à Cactus des corrections de prix à effectuer sur la base des prix relevés dans les PPRs, les responsables commerciaux de Cactus n'ont jamais rétorqué que les prix relevés par Bahlsen étaient erronés.

212. Aux points 89 et suivants de ses Observations, Cactus critique l'utilisation par la Communication des griefs d'un échantillon comme moyen de preuve. Toutefois, des relevés de prix peuvent « (...) *cependant, avec d'autres éléments, constituer partie d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants visant à démontrer le respect effectif des prix conseillés par les distributeurs ; que c'est à bon droit que ces relevés ont pu être retenus par le Conseil comme des indices ou plus exactement des fragments d'indice susceptibles d'établir la réalité des faits d'entente verticale sur les prix (...)* »¹⁵⁵. Par conséquent, un échantillon de prix est un moyen de preuve justifié. Il est par ailleurs répondu aux arguments de Cactus quant à la crédibilité des preuves apportées par le demandeur de clémence et la méthodologie utilisée, respectivement aux points 6.1.1.2.4. et 6.1.1.3.4., et 6.4.2.2.2.
213. Au point 92 de ses Observations, Cactus indique encore que le blocage de ses prix de détail au niveau du *PVC* serait sans lien avec la démonstration d'une éventuelle application significative. Il convient en effet de rappeler, comme indiqué dans la section 4.2.3.5. de la présente décision, que Bahlsen et Cactus se sont accordés sur un blocage par Cactus de ses prix au niveau du *PVC* en échange de contreparties financières versées à ce dernier par Bahlsen. Ces éléments attestent de manière documentaire l'accord entre Bahlsen et Cactus sur la pratique de prix imposés. A cet égard et comme il a été exposé à la section 6.4.1., les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales précisent qu'un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects et font explicitement référence à l'exemple d'un accord subordonnant au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes¹⁵⁶. A ce titre, les échanges reflétant des discussions quant à un tel blocage des prix par Cactus en échange d'une contrepartie, dont Cactus ne s'est à aucun moment distancié, s'ajoutent en outre au faisceau d'indices démontrant l'accord de prix imposés.
214. Aux points 91 et suivants de ses Observations, Cactus soutient que c'est l'application de sa propre méthode de détermination des prix qui serait à la base de l'évolution des prix des produits Bahlsen vendus par Cactus au cours de la période en cause. Cactus se fonde sur son annexe 7 qui retrace l'évolution de ses prix de détail en utilisant l'application informatique RETAIL 2000. Cactus se fonde également sur son annexe 8 reprenant des relevés de prix opérés par l'organisme Nielsen pour les années en cause.
215. Mais d'une part, le faisceau d'indices récoltés et exposés dans la présente décision mettent à mal ces arguments en ce que l'application significative vient s'ajouter aux autres indices concernant l'évocation et les mesures de police.

¹⁵⁵ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, *affaire des parfums*, RG n°2010/23945, page 48, paragraphes 5 et 6.

¹⁵⁶ Lignes directrices précitées dans la note de bas de page précédente, point 48.

216. D'autre part, dans l'annexe 7 de ses Observations, Cactus retrace l'évolution de ses prix de détails pendant la période infractionnelle et fait référence à sa propre méthode de calcul qu'il appliquerait [REDACTED]

[REDACTED]¹⁵⁷. Cactus cite en exemple le produit « *Lorenz Pistazien 100g* ». Mais tout d'abord, il s'agit ici d'une reconstitution faite par Cactus *a posteriori*¹⁵⁸. Comme exposé ci-dessus¹⁵⁹, des relevés de prix opérés de manière contemporaine aux faits tels que les PPRs sont nécessairement plus fiables¹⁶⁰ que des données purement internes collectées *a posteriori* et analysées pour les besoins de la cause.

217. Par ailleurs, et contrairement à ce que prétend Cactus, l'application de sa formule ne fonctionne pas systématiquement. Si on se réfère à l'exemple du produit « *Lorenz Wasabi 100g* »¹⁶¹, que l'on prend les données fournies par Cactus dans son annexe 7 et qu'on applique la formule de Cactus, le prix de vente début février 2011 devrait être de 2,09 € et non de 1,99 € tel qu'il est indiqué dans l'annexe 7 de Cactus. Début février 2013, le prix de vente devrait être de 2,29 € et non de 2,30€. Enfin, à la fin juillet 2015, le prix devrait être de 2,30 € (tel que d'ailleurs relevé par Bahlsen dans son PPR, pièce II.B.1.01) et non de 2,45€. Dans ce dernier cas, et à nouveau contrairement à ses affirmations, Cactus a d'ailleurs augmenté son prix de détail de 0,45 euros alors même que son prix d'achat auprès de Bahlsen n'avait pas varié. Ceci montre que Cactus n'applique pas cette formule de manière systématique pour déterminer son prix de détail et que les hausses de ce prix de détail ne reflètent pas toujours des hausses de son prix d'achat, contrairement à ce qu'il prétend.

¹⁵⁷ Voir Observations Cactus, point 91 p.31.

¹⁵⁸ Voir Observations Cactus, point 91 : « *Cactus a retracé l'historique des prix de vente...* ».

¹⁵⁹ Voir le deuxième paragraphe de cette section.

¹⁶⁰ Voir les points 6.1.1.3.4. (sur la procédure et notamment la crédibilité et force probante des PPR), 6.2.3. (sur les règles de preuve) et 6.4.2.2.1. (sur le critère d'évocation des prix par Bahlsen en l'espèce).

¹⁶¹ Ce produit a été choisi par le Conseil car étant le premier produit apparaissant à la fois dans l'annexe 7 (onglet 77188) de Cactus et dans les relevés Nielsen fournis par Cactus en son annexe 8.

218. Puis si, toujours pour le produit « *Lorenz Wasabi 100g* », on compare les différentes données disponibles, on obtient le tableau suivant :

Dates Annexe 7	Prix de détail Cactus (hors promotion)			PVC (hors promotion)		
Selon	Annexe 7 Cactus (Retail 2000)	Annexe 8 Cactus (Nielsen)	PPR (Bahlsen)	Annexe 7 Cactus (Retail 2000)	Annexe 8 Cactus (Nielsen)	PPR (Bahlsen)
1-13 février 2011	1,99	1,99	1,99 8.2.2011 Pièce II.B.1.049	1,99	1,99	1,99 8.2.2011 Pièce II.B.1.049
13 février -1^{er} avril 2012	2,19	Date ne cadre pas ¹⁶²	2,29 20.2.2012 Pièce II.B.1.039 2,29 23.2.2012 Pièce II.B.1.038 2,19 1.3.2012 Pièce II.B.1.037 2,29 22.3.2012 Pièce II.B.1.036	2,29	Date ne cadre pas ¹⁶³	2,29 (tous les PPR cités dans la colonne 4)
1-3 février 2013	2,30	2,09 Février 2013	Pas de PPR	Date ne cadre pas ¹⁶⁴	Date ne cadre pas ¹⁶⁵	Pas de PPR
15 juillet - 2 août 2015	2,45	Date ne cadre pas ¹⁶⁶	2,30 Pièce II.B.1.01 au 15.7.2015	2,49	Date ne cadre pas ¹⁶⁷	2,49 Pièce II.B.1.01 au 15.7.2015

¹⁶² La date apparaissant dans le document Nielsen est hors période indiquée en annexe 7 et ne permet donc pas la comparaison.

¹⁶³ La date apparaissant dans le document Nielsen est hors période indiquée en annexe 7 et ne permet donc pas la comparaison.

¹⁶⁴ La date apparaissant dans le document Nielsen est hors période indiquée en annexe 7 et ne permet donc pas la comparaison.

¹⁶⁵ La date apparaissant dans le document Nielsen est hors période indiquée en annexe 7 et ne permet donc pas la comparaison.

¹⁶⁶ La date apparaissant dans le document Nielsen est hors période indiquée en annexe 7 et ne permet donc pas la comparaison.

¹⁶⁷ La date apparaissant dans le document Nielsen est hors période indiquée en annexe 7 et ne permet donc pas la comparaison.

219. L'analyse du tableau ci-dessus permet de tirer les conclusions suivantes :

- Pour la période du 1^{er} au 13 février 2011, les trois documents sources, à savoir le système Retail 2000 de Cactus¹⁶⁸, le relevé Nielsen¹⁶⁹ et le relevé PPR établi *in tempore non suspecto* par Bahlsen font tous état d'un prix de détail Cactus aligné avec le *PVC* ;
- Pour la période du 13 février au 1^{er} avril 2012, le relevé Nielsen n'est pas probant car il n'a pas été établi pendant cette période et ne permet donc pas la comparaison. Si l'on compare le prix indiqué par Cactus dans son annexe 7 et le prix relevé par Bahlsen au 1^{er} mars, ceux-ci sont les mêmes (et inférieurs au *PVC*). En revanche, les autres relevés PPR de Bahlsen montrent qu'à trois autres occasions au cours de cette période le prix de Cactus était aligné sur le *PVC* ;
- Pour la période du 1^{er} au 3 février 2013, le prix résultant de l'annexe 7 de Cactus est différent de celui indiqué dans l'annexe 8 de Cactus. Aucun de ces deux prix ne correspond non plus au prix qui aurait résulté de la formule que Cactus prétend utiliser systématiquement pour déterminer son prix de détail ;
- Pour la période du 15 juillet au 2 août 2015, le relevé Nielsen (annexe 8 de Cactus) n'est pas pertinent du fait de dates non concordantes avec les autres sources. Les données de l'annexe 7 de Cactus et du PPR de Bahlsen ne correspondent pas. On remarque toutefois que le prix relevé par Bahlsen (2,30 €) aurait été celui résultant de la formule invoquée par Cactus si elle avait été appliquée.

220. Il s'agit là d'un seul exemple de produit mais qui a été sélectionné par le Conseil de manière purement aléatoire¹⁷⁰. Sans qu'il soit besoin de pousser davantage l'analyse, le Conseil en conclut que les données des annexes 7 et 8 sont difficilement exploitables, non seulement du fait des disparités entre les périodes couvertes, mais également du fait d'incohérences manifestes entre les pièces et les affirmations de Cactus dans ses observations.

221. Concernant l'annexe 9, Cactus y expose les prix qui auraient été pratiqués pendant les promotions et indique que cette annexe concerne tous les produits Bahlsen pour lesquels des actions promotionnelles auraient été convenues avec Bahlsen. Toutefois, les données de l'annexe 9 manquent de précision ce qui remet en cause leur fiabilité.

222. Pour l'année 2011 en effet, le premier produit indiqué dans la liste de l'annexe 9 comme vendu en promotion le ou à partir du 18 janvier est le produit « *Lorenz Crunchips*

¹⁶⁸ Annexe 7 de Cactus.

¹⁶⁹ Annexe 8 de Cactus.

¹⁷⁰ Ce produit a été choisi par le Conseil car étant le premier produit apparaissant à la fois dans l'annexe 7 (onglet 77188) de Cactus et dans les relevés Nielsen fournis par Cactus en son annexe 8.

16x50g ». Toutefois, cette promotion n'apparaît pas dans l'annexe 7¹⁷¹ censée reprendre toutes les promotions et les prix y afférents. Il est par conséquent impossible de recouper les données pour les vérifier. Par ailleurs, le prix promotionnel pratiqué par Cactus selon Cactus dans son annexe 9 est égal au *PVC* (non promotionnel) recommandé par Bahlsen¹⁷². Si l'on se réfère enfin au PPR établi par Bahlsen et daté du 9 janvier 2011¹⁷³, celui-ci fait état pour le produit « *Crunchips 50g* » d'un *PVC* de 0,63 € à l'unité et d'un prix de 0,63 € relevé chez Cactus. Dans les deux cas donc (c'est-à-dire dans l'annexe 9 de Cactus ainsi que dans le PPR établi par Bahlsen), Cactus s'est aligné sur le *PVC*, même s'il s'agissait du *PVC* non promotionnel.

223. Pour l'année 2012, le premier produit indiqué dans la liste de l'annexe 9 comme vendu en promotion le ou à partir du 17 janvier 2012 est le produit « *Lorenz Studentenfutter original 200g* ». D'une part, aux termes de l'annexe 9 de Cactus, ce produit aurait été vendu par Cactus à 1,98€ alors que le *PVC* promotionnel de Bahlsen, selon Cactus en son annexe 9 et selon les PPRs¹⁷⁴ était de 1,99€, soit un quasi-alignement. D'autre part, si l'on suit l'évolution du prix de ce produit en se référant au dossier de réunion de la fin 2011 entre Cactus et Bahlsen¹⁷⁵, Bahlsen a demandé à Cactus de mettre en place (« à mettre en place pour le 1^{er} février 2012 ») certains prix (non indiqués comme promotionnels) pour plus d'une centaine de ses produits. Concernant le produit « *Lorenz Studentenfutter original 200g* », le prix indiqué par Bahlsen comme devant être appliqué par Cactus est de 2,49€, aux termes de ce dossier de réunion versé par Bahlsen au dossier. Or, si l'on se réfère à l'annexe 7¹⁷⁶ de Cactus ainsi qu'au PPR de Bahlsen¹⁷⁷, ce produit a été vendu par Cactus en février à 2,50€, c'est-à-dire à un prix quasiment aligné au *PVC*. En tout état de cause, il n'a pas été vendu à 2,29€ comme indiqué dans l'annexe 9 de Cactus¹⁷⁸. Il y a donc ici concordance entre les données de l'annexe 7 de Cactus et les pièces de Bahlsen.

224. Pour l'année 2013, le premier produit indiqué dans la liste de l'annexe 9 comme vendu en promotion le ou à partir du 8 janvier 2013 est le produit « *Lorenz Crunchips Stackers Sel 2x175g* ». A nouveau, Cactus y indique avoir vendu ce produit à 0,875€ l'unité, soit 1,75 € le lot de deux. Ce prix est exactement aligné au *PVC* non promotionnel de Bahlsen tel qu'indiqué dans cette même annexe 9 de Cactus¹⁷⁹. Si l'on se réfère à l'annexe 7 de Cactus, Cactus y indique aussi avoir vendu ce produit¹⁸⁰ à cette date 1,75€.

¹⁷¹ Les produits Crunchips 50g auxquels il est fait référence dans l'annexe 7 sont exposés aux onglets C029 et C030.

¹⁷² Voir en ce sens les colonnes C et G pour le produit « *Lorenz Crunchips 16x50g* » dans l'annexe 9 de Cactus pour 2011.

¹⁷³ Pièce II.B.1.052., demande de clémence.

¹⁷⁴ Voir pièces II.B.1.040. et II.B.1.041., demande de clémence.

¹⁷⁵ Voir pièce II.D.1.07., demande de clémence, p.5.

¹⁷⁶ Annexe 7 Cactus, onglet C002.

¹⁷⁷ Pièce II.B.1.040., demande de clémence.

¹⁷⁸ Voir annexe 9 Cactus, pour 2012, produit « *Lorenz Studentenfutter original 200g* », prix normal Cactus hypermarché/grands supermarchés, colonne D.

¹⁷⁹ Voir colonne C.

¹⁸⁰ Annexe Cactus 7, onglet C070.

Le PPR¹⁸¹ le plus récent disponible est daté de novembre 2012 et indique aussi un *PVC* non promotionnel de 1,75€ et un prix relevé chez Cactus de 1,75€. L'alignement est donc parfait. Par ailleurs, si l'on suit l'évolution du prix de ce produit, le PPR suivant¹⁸² indique que Bahlsen a augmenté son *PVC* à 1,79€ et relève un prix chez Cactus de 1,80€, soit quasiment aligné. Ce prix de vente apparaît également dans l'annexe 7 de Cactus à la même date.

225. Pour l'année 2014, le premier produit indiqué dans la liste de l'annexe 9 de Cactus comme vendu en promotion le ou à partir du 7 janvier 2014 est à nouveau le produit analysé ci-dessus pour 2013 (« *Crunchips Stackers* »). A nouveau, l'annexe 9 de Cactus présente un quasi-alignement du prix pratiqué (1,80€) avec le *PVC* hors promotion (1,79€) indiqué dans cette même annexe et dans le PPR de novembre 2013¹⁸³. Il est par ailleurs égal au prix (1,80€) pratiqué par Cactus tel qu'indiqué dans son annexe 7 à cette date et relevé chez Cactus par Bahlsen dans les PPRs de novembre 2013 et janvier 2014¹⁸⁴. Ce prix de 1,80€ est également retranscrit dans le dossier de réunion de Bahlsen de fin 2014¹⁸⁵.

226. Pour l'année 2015, le premier produit indiqué dans la liste de l'annexe 9 comme vendu en promotion le ou à partir du 6 janvier 2015 est le produit « *Lorenz Crunchips 3 Sorten 100g* ». Certes, si l'on se réfère aux annexes 7 et 9 de Cactus, ce produit a été vendu à 0,85€ soit au-dessous du *PVC* promotionnel de Bahlsen (0,99€). Toutefois, dans les jours précédents, aux termes de l'annexe 7¹⁸⁶, ce produit était vendu à 1,25€ soit exactement aligné au *PVC* hors promotion de Bahlsen, tel qu'il ressort de cette même annexe 7¹⁸⁷ et de l'annexe 9¹⁸⁸ qui elles-mêmes reprennent le *PVC* résultant du PPR.

227. L'analyse qui précède a sélectionné de manière aléatoire, et pour chacune des années, le premier produit de la liste ayant fait l'objet d'une promotion pendant les années 2011 à 2015. Trois conclusions peuvent en être tirées :

- Les annexes 7 et 9 de Cactus ne sont pas toujours cohérentes entre elles ;
- Les données des PPR et des dossiers de réunion telles que versées au dossier par Bahlsen sont corroborées par certaines des pièces de Cactus ; et
- Cactus a, pour ces produits à tout le moins, respecté le *PVC* communiqué par Bahlsen, même s'il s'agissait du *PVC* hors promotion alors que les opérations étaient présentées comme des promotions. Par conséquent, la comparaison effectuée par Cactus avec les *PVC* promotionnels de Bahlsen est non seulement

¹⁸¹ Voir pièce II.B.027., demande de clémence.

¹⁸² Pièce II.B.1.025., demande de clémence, du 15 février 2013.

¹⁸³ Pièce II.B.1.018., demande de clémence.

¹⁸⁴ Pièces II.B.1.018 et II.B.1.017., demande de clémence.

¹⁸⁵ Voir pièce II.D.1.01., demande de clémence, p.9.

¹⁸⁶ Annexe 7 Cactus, onglet C031.

¹⁸⁷ Voir Annexe 7 Cactus, colonne C.

¹⁸⁸ Voir Annexe 9 Cactus, colonne C.

inutile mais ne démontre pas l'absence de suivi du *PVC*. C'est l'inverse, c'est-à-dire le suivi par Cactus du *PVC* qui est au contraire démontré pour ces quelques exemples sélectionnés aléatoirement. La présente décision procède à sa propre analyse dans la sous-section suivante.

228. Au vu de ce qui précède, les moyens de Cactus relatifs à la deuxième branche du triple test doivent être rejetés.

6.4.3.2.2.3 Conclusion sur la deuxième branche du test

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

a) La méthodologie suivie par le Conseil

230. Afin de vérifier l'indice d'application significative des *PVC*, les variables retenues doivent être utiles, c'est-à-dire permettre de mesurer si les *PVC* ont été significativement suivis et/ou ont agi comme un prix minimum en-deçà duquel Cactus n'a pas abaissé ses prix. A cette fin, à l'instar de la Communication des griefs, il est raisonnable de prendre en compte un échantillon de produits Bahlsen et les prix pratiqués par Cactus au cours de la période infractionnelle.

- Le fournisseur

231. Le cas d'espèce ne concerne qu'un fournisseur, à savoir Bahlsen qui, entre 2011 et 2015, vendait au Luxembourg environ ■■■ références de produits¹⁸⁹, certaines références étant des déclinaisons d'un même produit mais en des recettes différentes¹⁹⁰ et/ou dans des emballages de tailles variées¹⁹¹. Par exemple, aux termes du relevé PPR du 10 octobre 2014¹⁹², Bahlsen commercialisait 17 types de chips « *Crunchips* » qui se différenciaient seulement par leur parfum (sel, paprika, barbecue, cheese & onion, etc) et/ou par la taille de l'emballage (50, 90, 100, 175 grammes etc).

¹⁸⁹ Voir courrier Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse Bahlsen à la question Q5 faisant référence pour les années 2011 à 2015, à des chiffres allant de ■■■ références (2012) à ■■■ (2011).

¹⁹⁰ Par exemple, les biscuits PickUp disponibles en version « classic », « caramel », « fourré lait », « wild berry » etc.

¹⁹¹ Par exemple, les chips « *Crunchips Salz* » disponibles en sachets de 50, 90, 100 ou 175 grammes.

¹⁹² Pièce II.B.1.008., demande de clémence.

- Les produits

232. La Communication des griefs avait annoncé retenir un échantillon de 9 produits¹⁹³ et 5 catégories de produits dans son « *tableau synoptique* »¹⁹⁴. Il convient de relever, à propos de ce tableau synoptique, les points suivants :

- (1) Toutes les références sélectionnées dans l'échantillon annoncé de 9 produits ne se retrouvaient pas dans le tableau synoptique, et notamment pas les « *choco Leibniz VM 125g* » (référence 20910) ni « *Saltletts sticks classic 250g* » (référence 70680) ;
- (2) La référence 20005 « *Savaroises au Chocolat 220g* » utilisée par la Communication des griefs pour les années 2011 et 2013, en remplacement de la référence 54100 « *Blondies* », est un produit de la marque « *St Michel* », qui appartient bien à Bahlsen mais ne faisait pas partie des marques expressément visées par la Communication des griefs.

233. Malgré cela, procéder à l'analyse d'un échantillon de produits relève d'une méthodologie raisonnable, la jurisprudence citée ci-dessus n'exigeant pas de traiter de manière systématique l'intégralité des références. Comme exposé ci-dessus¹⁹⁵ et dans la logique du raisonnement par faisceau d'indices, il ne s'agit pas de démontrer une vérité statistique absolue, mais au contraire de prendre en compte des éléments utiles et significatifs. Cette méthodologie se justifie notamment du fait du nombre très important de déclinaisons d'un même produit. A titre de comparaison, dans *l'affaire des parfums*, l'autorité française de concurrence avait analysé un unique relevé de prix par produit, pour moins de deux produits par marque¹⁹⁶.

234. Comme indiqué plus haut, l'objectif est ici de vérifier, si avec d'autres éléments, on est en présence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants¹⁹⁷. Après avoir écarté les références « *choco Leibniz VM 125g* » (20910), « *Saltletts sticks classic 250g* »

¹⁹³ Voir Communication des griefs, point 4.3.6., avec les références 70770 (Erdnuesse ger gesalz bar), 79880 (Nic Nac bar), 65080 (Crunchips Salz 50g), 65090 (Crunchips Paprika 50g), 70680 (Saltletts sticks classic 250g), 20910 (Choco Leibniz VM 125g), 28380 (PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack), 43980 (Comtess Schoko – Chips 350g) et 54100 (Blondies 240g), étant noté par la Communication des griefs que « *pour les années 2011 et 2013, les produits 43980 et 54100 ne figuraient pas dans la « price panel review ». Ils ont été remplacés par les produits 47400 et 20005* », ainsi que les tableaux en annexes à la Communication des griefs faisant référence à ces 9 références. Le produit 47400 est « Comtess Schoko 400g » et le produit 20005 est « Savaroises au Chocolat 220g ».

¹⁹⁴ Voir Communication des griefs, point 4.3.6., les 5 catégories retenues par la Communication des griefs dans le tableau synoptique étaient : Noix, chips, biscuits sucrés PickUp, Gâteaux et Blondies/savaroises ch. (« *ch.* » pour « *chocolat* »).

¹⁹⁵ Voir point 6.4.2.2.2.

¹⁹⁶ Voir ADLC, décision du 13 mars 2006, n°06-D-04, *Affaire des Parfums*, point 330 : « *Dans le cadre de l'enquête administrative demandée par le Conseil, les enquêteurs de la DGCCRF ont procédé, dans le courant de l'été 1999, à environ 4300 relevés de prix portant sur 59 produits de parfums pour femmes et pour hommes, de maquillage et de soins appartenant à 31 marques différentes...* ». Voir aussi le point 332 de la décision montrant le nombre de produit par marque/fournisseur.

¹⁹⁷ Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, RG n°2010/23945, page 48, paragraphes 5 et 6.

(70680) et « *Savaroises au Chocolat 220g* » (20005) pour les raisons expliquées ci-dessus, il est donc raisonnable de retenir pour l'analyse un échantillon comportant les six références restantes analysées par la Communication des griefs : deux références de type « noix » (77770 « *Erdnuesse ger gesalz bar* » et 79880 « *Nic Nac bar* »)¹⁹⁸, deux références de type « chips » (65080 « *Crunchips Salz (50g)* » et 65090 « *Crunchips Paprika (50g)* »)¹⁹⁹, un gâteau (47400-45040 « *Comtess Schoko* »)²⁰⁰ et une référence de biscuit sucré 28380 « *PickUp classic 5x28g* ».

235. L'échantillon est assez varié en ce qu'il regroupe des produits de plusieurs segments. Le produit « *Pick-Up* » était la meilleure vente de Bahlsen en sucré²⁰¹ sur toute la période infractionnelle et Bahlsen le décrivait dans une présentation interne de 2014 comme l'un de ses produits phares dans cette catégorie²⁰². Les « *Crunchips* » (marque Lorenz) génèrent le plus fort revenu de Bahlsen en salé²⁰³. Font aussi partie de l'échantillon, les produits « *Erdnuesse* » et « *Nic Nac bar* », deux références de milieu de gamme, également de marque Lorenz avec laquelle Bahlsen est leader²⁰⁴ au Luxembourg en salé. La référence « *Comtess Schoko* » qui est un gâteau fait partie de la gamme vendue par Cactus au Luxembourg de manière constante²⁰⁵.

¹⁹⁸ Ces deux références appartiennent à la marque « Lorenz » de Bahlsen à laquelle elle fait référence dans une présentation interne de 2012 comme « leader en Salé » avec [REDACTED] de parts de marché, voir pièce II.C.1.07, demande de clémence, p. 11.

¹⁹⁹ Les noix et les « Crunchips » sont les produits phares de Bahlsen en salé si l'on se réfère au classement des produits dans les présentations internes Bahlsen. Voir par exemple les pièces de la demande de clémence : pour 2011/2012 la pièce II.C.1.09. p. 9, pour 2012/2013 la pièce II.C.1.06 p. 10, pour 2013/2014 la pièce II.C.1.02 p. 10 et pour juin 2014/2015 la pièce II.C.1.01. p. 7.

²⁰⁰ A l'inverse de ce qui a été considéré par la Communication des griefs, la présente décision se réfère au produit Comtess Schoko car même si le grammage et la référence du produit ont pu changer au cours de la période infractionnelle, le produit a toujours été vendu par Bahlsen et acheté par Cactus.

²⁰¹ Voir par exemple, pièce II.C.1.01, p.6 pour 2014 et 2015, pièce II.C.1.02, p. 9 pour 2013 et 2014, pièce II.C.1.06 p. 9 pour 2012 et 2013, pièce II.C.1.09. p. 8 pour 2011 et 2012, demande de clémence.

²⁰² Voir dans inspection Bahlsen, scellés 2 et 3, échantillon saisie INFO, présentation attachée au courriel du [REDACTED] de [REDACTED] de Luxembourg/Bahlsen Gruppe à [REDACTED]/Holding/BahlsenGruppe, « WG : Präsentation von Bahlsen Luxemburg [REDACTED] ».

²⁰³ Voir par exemple, pièce II.C.1.01., p. 7 pour 2014 et 2015, pièce II.C.1.04., p. 8 pour 2013 et 2014, pièce II.C.1.07, p. 9 pour 2012 et 2013, pièce II.C.1.09, p. 9 pour 2011 et 2012, demande de clémence.

²⁰⁴ Voir pièce II.C.1.07., demande de clémence, page 11, par exemple pour 2013 où Bahlsen estime sa part de marché en snack salés à [REDACTED] au Luxembourg.

²⁰⁵ Voir PPR.

Tableau 1 - Produits de l'échantillon de référence

Produit	Erdnuesseger gesalz bar	NicNac bar	Crunchips Salz (50g)	Crunchips Paprika (50g)	PickUp ! Classic 5x28gr Multi- Pack	Comtess Schoko ²⁰⁶
Référence Bahlsen dans les PPR	70770	79880	65080	65090	28380	47400/45040

- Les prix pratiqués et les PVC

236. A l'instar de la méthode retenue par la Communication des griefs, la présente décision s'appuie sur les relevés de prix établis *in tempore non suspecto* par Bahlsen dans différents supermarchés Cactus au Luxembourg et tels que recensés dans les « *price panel review* » ou « *PPR* »²⁰⁷, comme il a été exposé au point 4.2.3.3. ci-dessus. Ces prix affichés en magasin sont ensuite comparés aux *PVC* tels que communiqués par Bahlsen à Cactus et qui sont eux aussi repris dans les PPRs, dans la colonne « *prix de vente* ». A cet égard, des relevés de prix établis de manière contemporaine à l'infraction et pour certains, échangés entre les parties sont des données fiables²⁰⁸ et nécessairement plus fiables que des données purement internes agrégées et analysées *a posteriori* pour les besoins de la cause.

237. Comme exposé au point 6.4.1., la prohibition des prix imposés porte sur des prix fixes et/ou minima. En d'autres termes, le critère de l'application significative doit être apprécié au regard des prix au moins égaux ou supérieurs au *PVC*. Si l'on prend uniquement en compte le respect strict du *PVC*, risquent alors d'échapper à l'analyse les cas où le *PVC* a fonctionné, du fait de l'accord, tel un prix minimum que le distributeur s'est interdit de franchir, au détriment du consommateur.

238. Afin d'être complète, l'analyse présentera, non seulement les cas où les prix de Cactus ont été supérieurs ou égaux aux *PVC* (**voir analyse ci-dessous au b**)), mais aussi les cas où il y a eu alignement avec les *PVC* (**voir analyse ci-dessous au c**)). Pour ces derniers cas, à l'instar de ce qui se pratique en jurisprudence²⁰⁹, une marge a été prise

²⁰⁶ 400g et référence 47400 jusqu'en mars 2013 (jusqu'au PPR du 25 mars 2013, pièce II.B.1.024, demande de clémence) puis 350g avec la référence 45040 (à partir du PPR du 25 mai 2013, pièce II.B.1.023, demande de clémence).

²⁰⁷ Ont été utilisés les PPR pour les années 2011, 2013 et 2015 (pièces II.B.1.001 à II.B.1.052, demande de clémence) dès lors qu'un relevé de prix était disponible. La date indiquée dans le titre de chaque pièce PPR a été prise en compte comme étant la date du relevé de prix. Les pièces précises utilisées pour chaque produit sont détaillées ci-après, par référence, au sein de l'analyse de la dispersion.

²⁰⁸ Voir dans la présente décision, les points 6.1.1.3. (sur la procédure et notamment la crédibilité et force probante des PPR), 6.2.3. (sur les règles de preuve) et 6.4.2.2.2.1. (sur le critère d'évocation des prix par Bahlsen en l'espèce).

²⁰⁹ Voir les cas cités à la section 6.4.2.2.2.2. qui font référence à une marge de 1% ou un arrondi au 0,05 € supérieur.

en compte dans l'analyse de l'alignement afin de ne pas assimiler au jeu de la concurrence des différences de prix insignifiantes. En l'espèce, si l'on considère l'échantillon de produits en cause, le *PVC* le plus faible était celui du produit « *Crunchips* » qui à son niveau promotionnel était de 0,49 euros. Une marge comprise entre 0,01 et 0,02 euros, soit de l'ordre de 4% du *PVC*, est donc en l'espèce raisonnable. En effet, toute marge inférieure à 0,01 euro n'apparaîtrait pas dans le prix au détail qui ne compte que deux chiffres après la virgule. 4% représente donc la marge raisonnable devant être prise en compte dans l'analyse de l'alignement avec le *PVC* dans la présente affaire.

- Le facteur temporel

239. La période infractionnelle proposée par la Communication des griefs s'étendant du 1^{er} janvier 2011 au 31 octobre 2015, le conseiller désigné a retenu pour les besoins de l'analyse un échantillon de trois années - 2011, 2013 et 2015 -, reflétant le début, le milieu et la fin de la période. Environ sept relevés de prix ont été opérés chaque année pour chaque produit.

240. A titre de comparaison, dans d'autres cas²¹⁰, un unique relevé par produit par an pendant une période de quatre années a été pris en compte. L'échantillon temporel proposé par la Communication des griefs est donc tout à fait justifié pour les besoins de l'analyse de l'indice.

241. En résumé, la méthode telle qu'exposée ci-dessus, comparant tous les relevés de prix dans les PPRs pour les années 2011, 2013 et 2015 aux *PVC* dans ces mêmes PPRs, pour les six références sélectionnées est fiable et justifiée au sens où elle s'appuie sur un échantillon comportant:

- un nombre satisfaisant de produits du seul fournisseur en cause, à savoir Bahlsen;
- un nombre important de données prix ;
- des années représentatives couvrant les différentes phases de la période infractionnelle.

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

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

- Première et unique étape dans le cas de Cactus: le taux agrégé de respect est supérieur au seuil des 80%

²¹⁰ Voir section 6.4.2.2.2. de la présente décision.

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

243. L'analyse des relevés PPR pour les six produits de l'échantillon, en agrégé, aboutit, en ce qui concerne Cactus et pour les trois années cumulées, au résultat suivant : un taux de 96,49%, soit largement supérieur au seuil des 80%.

244. Par conséquent, l'application par Cactus a été significative.

Tableau 2 – taux de respect par Cactus toutes références confondues

2011-2013-2015	Cas en valeur absolue	Pourcentage
<i>PVC</i> suivi	48	42,11%
Supérieur au <i>PVC</i>	62	54.39%
Sous-total	110	96,49%
Inférieur au <i>PVC</i>	4	3,51%
Total	114	100%

245. Le taux agrégé étant supérieur au seuil des 80%, il n'est pas nécessaire de procéder à l'analyse par référence mais elle est néanmoins présentée ci-dessous de manière surabondante, à titre d'illustration.

- A titre surabondant : le taux de respect par référence

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

Référence	Taux de prix supérieurs ou égaux au <i>PVC</i>	Nombre de relevés pendant les années 2011-2013-2015
70770 Erdnuesse ger. Gesalz bar	88,24%	17
79880 Nic Nac bar	100.00%	17
65080 Crunchips Salz (50g)	100%	20
65090 Crunchips Paprika (50g)	100%	20
28380 PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack	95%	20
47400/45040 Comtess Schoko	95%	20

246. Lorsqu'on prend en compte les prix alignés et supérieurs au *PVC*, l'application est significative pour chaque référence, ces taux étant largement supérieurs au seuil des 80%. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse de la dispersion mais elle est présentée à titre d'illustration (**voir d) ci-dessous**).

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

247. Comme indiqué plus haut, sont ici uniquement pris en compte les prix alignés au *PVC* à 4% près²¹¹.

- Première étape dans le cas de Cactus: le taux agrégé de respect est égal à 77,66%

248. L'analyse des relevés PPR pour les six produits de l'échantillon, en agrégé, aboutit, en ce qui concerne Cactus, pour les seuls prix alignés au *PVC* et pour les trois années cumulées (2011, 2013 et 2015), au résultat suivant : un taux de 77,66%, soit presque au niveau du seuil des 80%.

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

- Deuxième étape : le taux de respect par référence

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

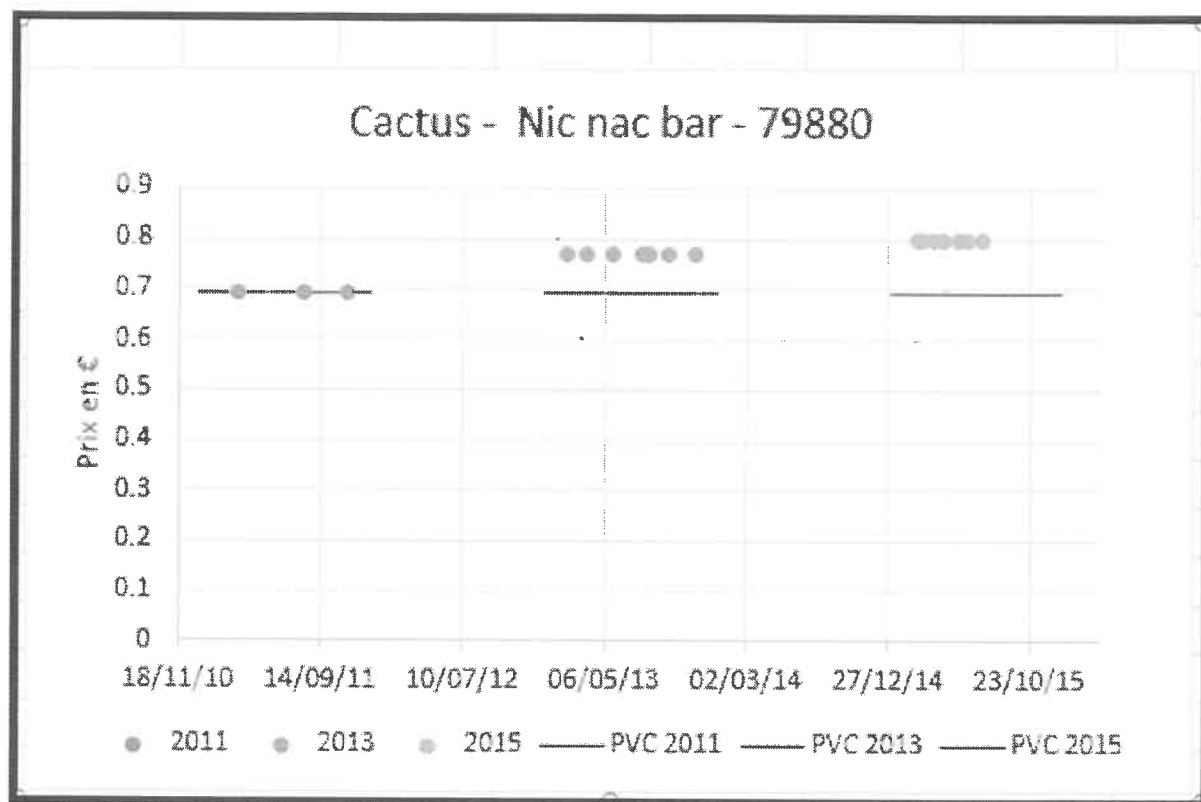
Référence	Taux des prix alignés au <i>PVC</i> avec une marge de 4%	Nombre de relevés pendant les années 2011-2013-2015
70770 Erdnuesse ger. Gesalz bar	88%	17
79880 Nic Nac bar	18%	17
65080 Crunchips Salz (50g)	80%	20
65090 Crunchips Paprika (50g)	80%	20
28380 PickUp! Classic 5x28gr Multi-Pack	100%	20
47400/45040 Comtess Schoko	100%	20

250. Le taux de suivi est donc significatif pour chaque référence, ces taux étant égaux ou supérieurs au seuil des 80%, mis à part pour la référence « *Nic Nac bar* » (79880). Il est donc nécessaire pour cette référence de procéder à une analyse de la dispersion ou concentration des prix pratiqués autour du *PVC*. **Cette analyse de la dispersion est menée ci-dessous au d).**

²¹¹ Voir point 234.

d) L'analyse de la dispersion

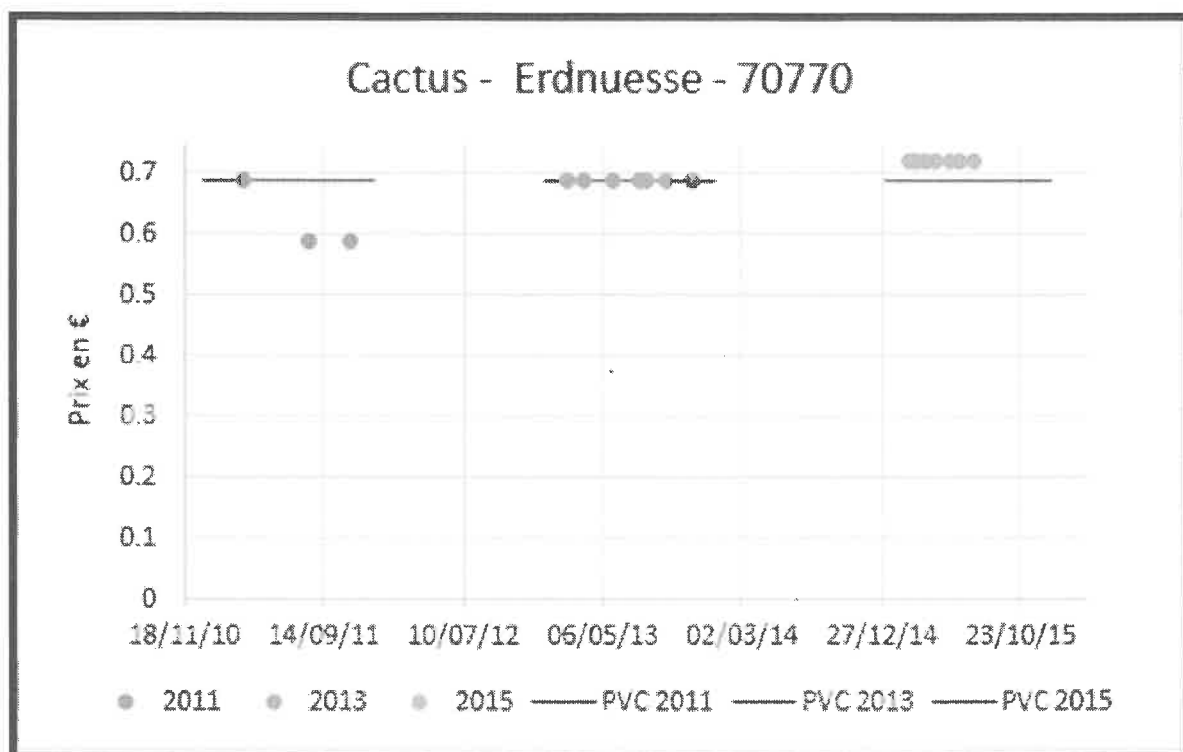
- Pour la référence Nic nac bar (79880)



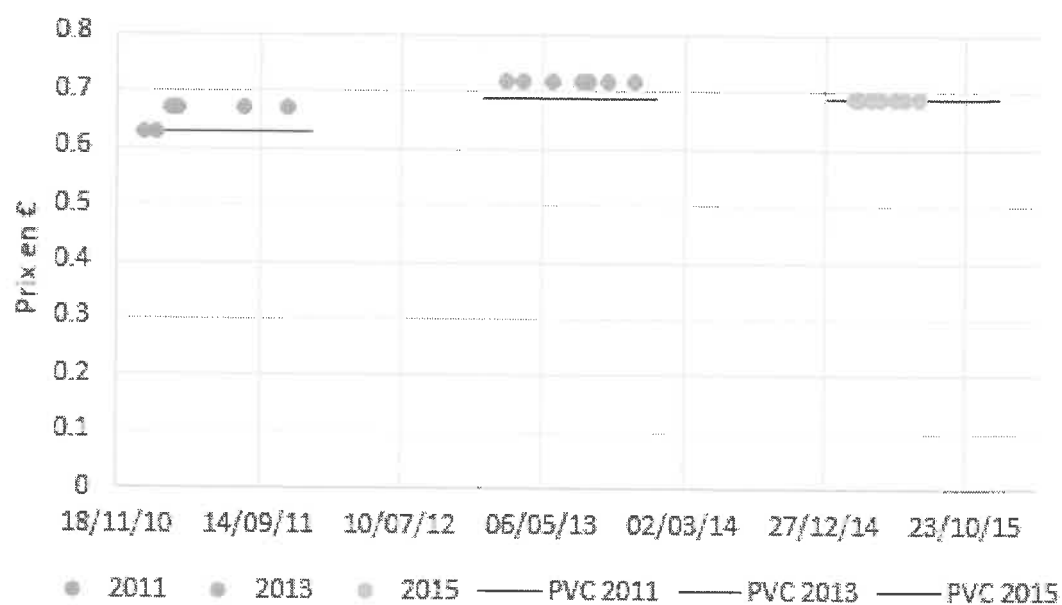
251. Pour cette seule référence, il y a eu alignement strict avec le *PVC* de 0,69 euros en 2011 mais ensuite en 2013 et 2015, le prix pratiqué par Cactus était respectivement de 0,77 euros (soit environ 12% au-dessus du *PVC*) et de 0,80 euros (soit environ 16% au-dessus du *PVC*). Il n'y a donc pas eu concentration significative pour ces deux années autour du *PVC*. On remarque néanmoins que Cactus n'a jamais appliqué de prix inférieur au *PVC*.

- Pour les autres références

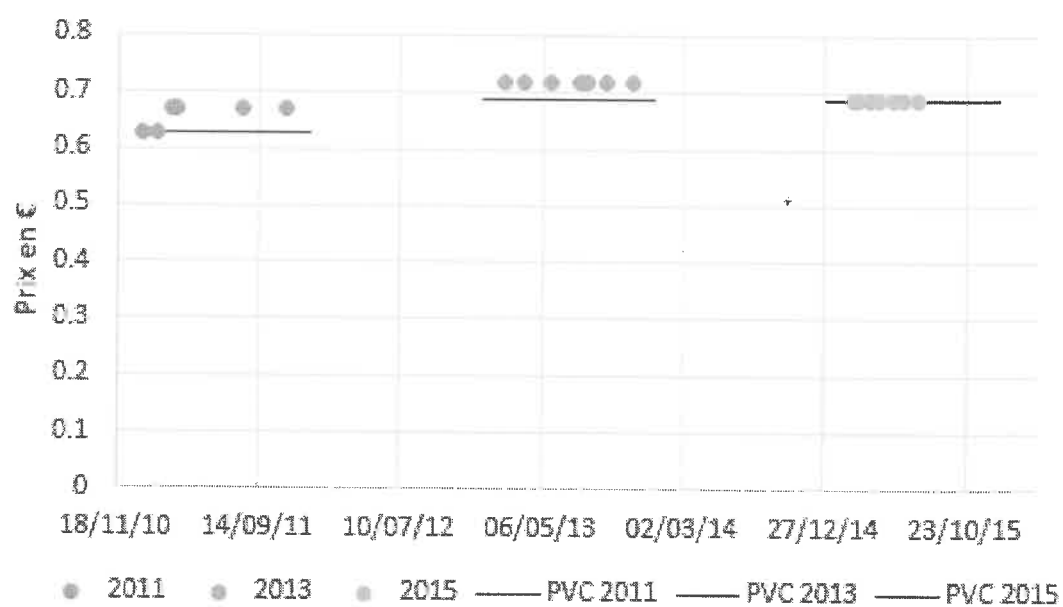
252. Pour toutes les autres références, et comme il ressort des graphiques ci-dessous, cette analyse de la dispersion est faite à titre surabondant : la dispersion, quand elle existe, n'a d'ailleurs pas été significative ce qui confirme les résultats de la deuxième étape ci-dessus.



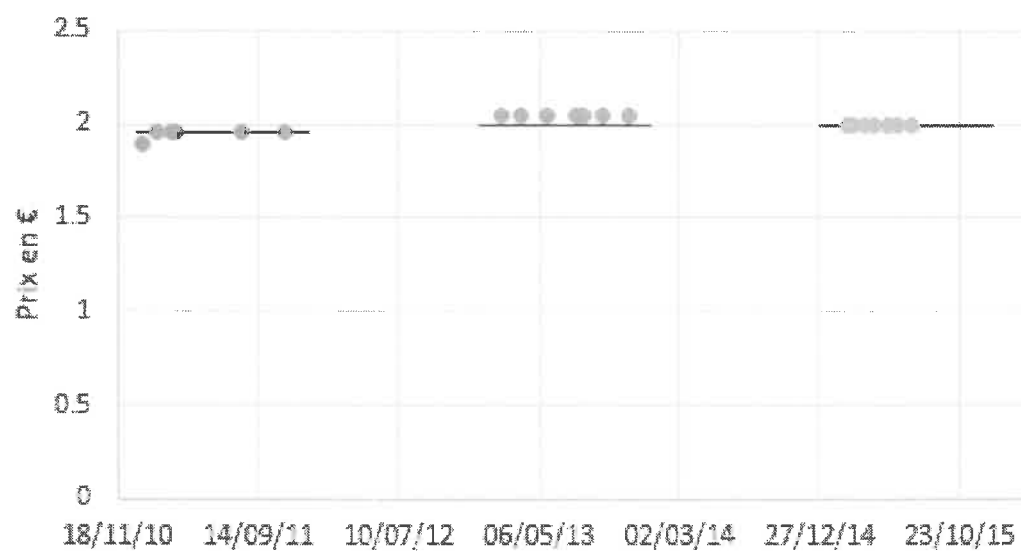
Cactus - Crunchips Salz - 65080



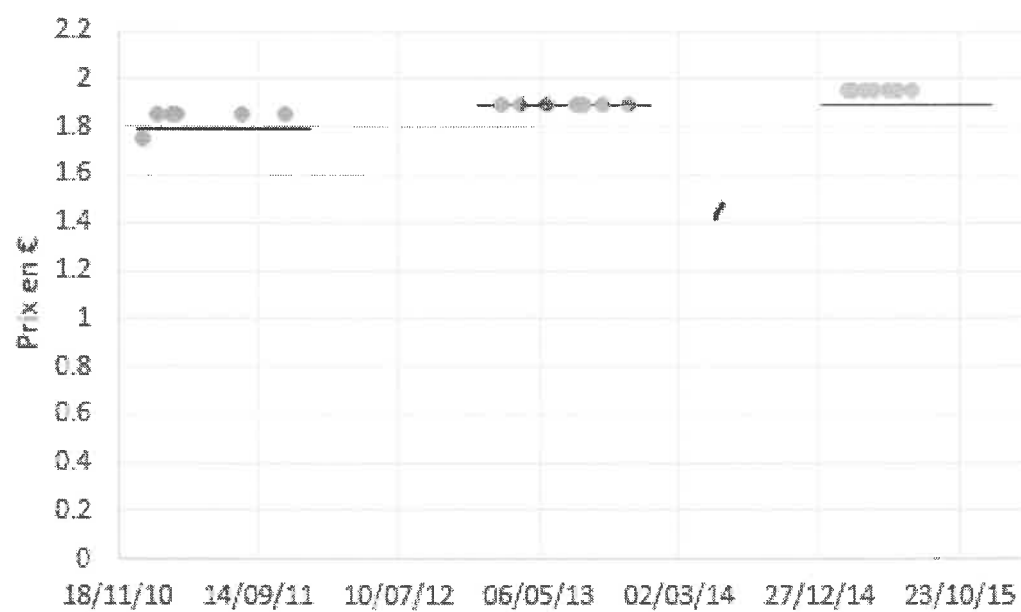
Cactus - Crunchips Paprika - 65090



Cactus - PiCK UP ! Classic 5x28gr Multi-Pack - 28380



Cactus - Comtess Schoko - 47400/45040



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

253. En conclusion, mis à part pour une référence, il y a bien eu application significative par Cactus. Concernant la référence « *Nic Nac bar* », l'application significative n'a concerné qu'une année durant laquelle le respect du PVC a été strict. La dispersion relative constatée pour les années 2013 et 2015 pour cette seule référence n'est toutefois pas suffisante pour remettre en cause l'indice d'application significative pour toutes les autres références.

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

6.4.3.2.3.1 *Moyens soulevés par Cactus*

254. Aux points 95 et suivants de ses Observations, Cactus prétend que la troisième branche du test ne serait pas constituée au motif que Bahlse n'a appliqué aucune sanction. Toutefois et comme rappelé au point 6.4.2.2.3., la mise en œuvre de sanctions ne constitue qu'une manifestation poussée de l'indice de police des prix. Des actions de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre suffisent à constituer l'indice et les deux ont été constatés en l'espèce.

255. Puis, au point 99 de ses Observations, Cactus conteste avoir reçu des PPRs le rappelant à l'ordre sur des prix devant être modifiés. Au point 101 de ses Observations, Cactus nie avoir reçu un rappel à l'ordre et avoir été à l'origine d'une demande de mesures coercitives. Au point 103 de ses Observations, Cactus se réfère à la Communication des griefs qui ne ferait référence qu'à des rappels à l'ordre sporadiques. Pourtant, Bahlse a bien indiqué à plusieurs reprises dans sa demande de clémence et, spécifiquement concernant Cactus, avoir envoyé de manière régulière des rappels à l'ordre au sujet des « *produits problématiques* » selon l'expression de Bahlse²¹². Le 18 octobre 2012, Cactus a ainsi bien reçu par courriel un rappel à l'ordre indiquant « *voir ce qui est en rouge pour adapter* » avec une liste de prix jointe²¹³. Cette même liste a à nouveau été envoyée à Cactus un mois plus tard²¹⁴. Il y a eu d'autres rappels à l'ordre, entre 2012 et 2015, tels que rappelés en section 4 de la présente décision²¹⁵. Ces éléments font partie du faisceau d'indices, que Cactus en ait été ou non à l'origine.

256. Au point 100 de ses Observations, Cactus nie également s'être plaint auprès de Bahlse d'une diminution de sa marge en lien avec le niveau du PVC. Il est vrai qu'aucune pièce n'atteste explicitement d'une telle demande de la part de Cactus. Toutefois, un compte-rendu de réunion reflète une discussion à ce sujet entre les parties le 17 octobre 2014 où

²¹² Demande de clémence du 19 octobre 2015, points 39, 40 et 46, et demande complémentaire du 3 mai 2016, point 45.

²¹³ Voir pièce II.D.1.10, demande de clémence, courriel de Bahlse à Cactus du 18 octobre 2012.

²¹⁴ Pièce II.D.1.06., demande de clémence, du 21 novembre 2012 citée par Bahlse au point 40 de la demande de clémence précitée.

²¹⁵ Voir points 4.2.3.4.3. et 4.2.3.5.

la question de la marge et du *PVC* a été négociée²¹⁶. Quoi qu'il en soit, un tel élément n'est pas pertinent concernant la branche du triple test relative à la police des prix puisqu'il relèverait davantage de l'évocation qui a déjà été démontrée plus haut.

257. Au point 102 de ses Observations, Cactus se réfère ensuite à la pièce II.F.1.1., arguant qu'elle ne concernerait que le contexte des promotions et contiendrait des envois « *unilatéraux* » de la part de Bahlsen ainsi que des notes manuscrites. Cactus conteste par ailleurs avoir discuté avec Bahlsen des remises en échange du respect du *PVC*. Les arguments de Cactus ne sont toutefois pas fondés. La pièce II.F.1.1. est un dossier de réunion entre Bahlsen et Cactus de la fin 2011 qui contient, d'une part, un courriel de Bahlsen à Cactus en date du 29 novembre 2011 faisant référence à une négociation en cours sur la « *stratégie prix* » et, d'autre part, des notes de réunion prises par Bahlsen faisant mention de : « *contre partie -> PVC bloqué* » et « *PVC en ligne !* »²¹⁷. Tout d'abord, que ce document concerne le contexte des promotions ou non, n'est pas pertinent dans la mesure où l'interdiction des prix imposés ne prévoit pas d'exception dans le cas de promotions. Ensuite, le courriel a bien été reçu par Cactus et n'est donc pas « *unilatéral* ». Cactus ne s'en est pas distancié. Dans ce courriel, monsieur [REDACTED] de Bahlsen, indique à ses contacts chez Cactus, [REDACTED] : « *j'aimerais que l'on puisse se rencontrer une dernière fois rapidement pour clôturer cette négociation et mettre en place les contreparties discutées ensemble... (marge mixte, stratégie prix, business review...)* ». Ceci indique, d'une part, que des négociations sont en cours sur la « *stratégie prix* », le respect des *PVC* étant un objectif commercial des parties²¹⁸. Ceci indique, d'autre part, en corrélation avec les notes précisant « *contre partie -> PVC bloqué* », que le blocage par Cactus de ses prix au niveau du *PVC* devait faire l'objet du paiement d'une remise par Bahlsen à Cactus. Dans sa demande de clémence, Bahlsen a en effet indiqué au sujet de la pièce II.F.1.1. : « *l'investigation interne a relevé une note reprenant les points-clé de la discussion entre Bahlsen Luxembourg et Cactus de novembre 2011. Cette note indique qu'en « contrepartie » de plusieurs remises, Cactus a « bloqué » le pvc. Cela signifie que Cactus a « bloqué » les prix conseillés dans son système informatique de sorte que les prix affichés en magasin correspondent automatiquement aux prix conseillés* »²¹⁹. Concernant encore la force probante des notes manuscrites, qui est contestée par Cactus, il est renvoyé au point 6.1.1.2.4. de la présente décision où est expliquée la pleine force probante des documents manuscrits établis au moment des faits infractionnels. La dernière page des notes qui indique « *Cactus 25/11/2011* » et « *PVC en ligne !* » est l'indice que l'alignement de Cactus au *PVC* a bien été discuté.

²¹⁶ Voir pièce II.D.1.01. de la demande de clémence, page 1, indiquant : « *Bonne discussion sur tarif PVC mg et procédure futur la demande restera inchangée [REDACTED] minimum. Moi j'ai dit si on ↗ tarif on fait [REDACTED]. A voir faire prop à [REDACTED]. Pondération à voir. PVC Pick Up à voir* ». Nous notons que « *mg* » signifie très probablement « *marge* ».

²¹⁷ Voir pièce II.F.1.1., demande de clémence, p. 12 et 14.

²¹⁸ Voir en ce sens les déclarations dans la demande de clémence du 3 mai 2016, point 26 et point 4.2.4. de la présente décision.

²¹⁹ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 47.

258. Au point 104 de ses Observations, Cactus prétend qu'en tout état de cause, dans le cas du rappel à l'ordre reflété dans la pièce II.D.1.06., celui-ci n'aurait pas été suivi d'effets par Cactus. Mais d'abord, cette question n'est pas pertinente pour l'analyse de la troisième branche du faisceau relative aux mesures de police. L'application significative par Cactus a en effet été analysée au titre de la deuxième branche du faisceau, dans la section 6.4.3.2.2. Ensuite, pour la liste de produits dont les prix étaient « à changer » (pièce II.D.1.06), s'il ne s'est pas aligné immédiatement, Cactus a finalement suivi (exactement ou au cent d'euro près) les *PVC* quelques semaines plus tard, comme démontré par la demande de clémence²²⁰ ainsi que par l'annexe 7 de Cactus, en tout cas pour beaucoup de ces produits²²¹.

259. Enfin, au point 105 de ses Observations, Cactus se réfère à la pièce II.F.1.1. mais nie avoir bloqué ses prix au niveau du *PVC* en indiquant que, comme déclaré par monsieur [REDACTÉ] au Conseil²²², le blocage « *était lié simplement à l'outil IT* ». Pourtant, la pièce II.F.1.1.²²³, qui est un dossier de réunion de la fin 2011 entre Bahlsen et Cactus, fait bien référence à un *PVC* bloqué en échange d'une contrepartie. Par ailleurs, aux termes des déclarations de monsieur [REDACTÉ] de Bahlsen, telles qu'invoquées par Cactus : « *le PVC fait l'objet d'une insertion dans le système informatique et il est ainsi « bloqué »* ». Dans sa demande de clémence du 19 octobre 2015, Bahlsen a par ailleurs indiqué : « *comme déjà expliqué pour Cactus, la référence au PVC « à bloquer » signifie que l'enseigne « bloque » les prix conseillés dans son système informatique de sorte que les prix affichés en magasin correspondent automatiquement aux prix conseillés* »²²⁴. Ainsi, le blocage était certes mis en œuvre grâce à « l'outil IT » mais, d'une part, cela résultait d'un ordre humain et d'autre part, cela se traduisait bien dans les faits par un suivi du *PVC*. Le fait que ce blocage soit lié au paiement d'une contrepartie par Bahlsen est la preuve d'une pratique de prix imposés²²⁵.

260. Au vu de ce qui précède, les moyens soulevés par Cactus doivent donc être rejetés.

²²⁰ Demande de clémence du 3 mai 2016, point 45, page 14, 2^{ème} paragraphe.

²²¹ Si l'on se réfère à l'annexe 7 de Cactus, les prix d'un bon nombre de produits « *problématiques* » au sujet des quels Bahlsen a rappelé Cactus à l'ordre fin novembre 2012 (pièce II.D.1.06., demande de clémence) ont été alignés sur le *PVC* au début de 2013 : par exemple « *Wasabi* » (onglet C010 de l'annexe 7 Cactus) est passé de 2,19€ à 2,30€ (PVC à 2,29) ; « *Nussmix* » (onglet C028 de l'annexe 7 Cactus) est passé de 4,40€ à 4,49€ (PVC à 4,49€) ; « *Pomsticks paprika* » (onglet C061 de l'annexe 7 Cactus) est passé de 1,35€ à 1,39€ (PVC à 1,39€) ; « *Pomsticks sel* » (onglet C062 de l'annexe 7 Cactus) est passé de 1,35€ à 1,39€ (PVC à 1,39€) ; « *Messino VM* » et « *Messino ZB* » (onglets C102 et C103 de l'annexe 7 Cactus) sont passés de 1,55€ à 1,60€ (PVC à 1,59€) ; « *Messino Minis* », « *chokinis* » et « *choco friends* » (onglets C105, C115 et C120 de l'annexe 7 Cactus) sont passés de 1,35€ à 1,40€ (PVC à 1,39€) ; « *Ohne Gleichen VM* » et « *Ohne Gleichen ZB* » (onglets C143 et C144 de l'annexe 7 Cactus) sont passés de 1,59€ à 1,70€ dans les petits supermarchés Cactus (PVC à 1,69€) ; « *Leibniz Butter* » (onglet C169 de l'annexe 7 Cactus) est passé de 1,30€ à 1,39€ dans les petits supermarchés Cactus (PVC à 1,39€).

²²² Pièce II.A.14., demande de clémence, point 17 telle que citée par Cactus.

²²³ Déjà commentée ci-dessus.

²²⁴ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63.

²²⁵ Voir la section 6.4.1.

6.4.3.2.3.2 *Moyens soulevés par Bahlsen*

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

262. Toutefois et comme démontré dans la section précédente, l'interprétation des mesures de police à laquelle Bahlsen se réfère est incorrecte. D'une part, aux termes d'une jurisprudence constante, l'intervention d'un autre distributeur n'est pas requise pour que l'élément tenant à la police des prix soit constitué²²⁶. D'autre part, de simples actions de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre sont suffisants²²⁷, ce que Bahlsen a non seulement opéré mais même revendiqué dans ses Observations²²⁸. Bahlsen conteste que les principes énoncés par la jurisprudence française soient applicables en l'espèce. Pourtant, elle ne conteste pas l'application du raisonnement par faisceau d'indices à trois branches, dont fait partie la branche relative à la police des prix telle qu'interprétée par cette jurisprudence.

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

6.4.3.2.3.3 *Conclusion sur la troisième branche du test*

264. Comme indiqué au point 6.4.2.2.3. ci-dessus, les mesures de police des prix peuvent prendre de multiples formes, telles que des actions de surveillance régulières ou des rappels à l'ordre, sans qu'il soit besoin de démontrer des mesures de rétorsion ou de représailles²²⁹.

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

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

6.4.3.3 *Conclusion*

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

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

²²⁶ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, n°2010/23945, *affaire des parfums*, page 43, 1^{er} paragraphe exposant les trois branches du test comme condition suffisante pour établir l'accord.

²²⁷ Voir point 6.4.2.2.3.

²²⁸ Voir Observations Bahlsen, par exemple point 36 et point 19, 5^{ème} paragraphe.

²²⁹ ADLC, décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007, *affaire des jouets*, points 557 et suivants.

distributeurs, dont Cactus

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

268. Comme exposé au point 4.2.4., le respect des *PVC* était un objectif commercial clair et récurrent de Bahlsen, au respect duquel Cactus trouvait son compte et participait activement, au même titre que d'autres distributeurs de Bahlsen au Luxembourg.
269. Au problème de la pression sur les marges de Cactus, au moins deux solutions auraient *en théorie* pu être explorées par les parties en cause. La première solution aurait consisté soit pour Cactus à obtenir, ou pour Bahlsen à concéder, une réduction du tarif de gros par la négociation à la baisse de ce tarif, soit pour Cactus à s'approvisionner ailleurs. Cela aurait permis un maintien de marge, malgré la concurrence au niveau du détail. Cette voie aurait signifié une baisse de revenu pour Bahlsen. La deuxième solution aurait consisté, pour Cactus, en une augmentation de ses prix de détail afin d'empêcher cette pression sur sa marge.
270. En l'espèce néanmoins, la réponse qui a été apportée a été une politique illégale de respect des *PVC*, orchestrée par Bahlsen et mise en œuvre par plusieurs distributeurs, dont Cactus. L'objectif était bien une solution globale permettant à Bahlsen de ne pas baisser son tarif de base, tout en permettant aux distributeurs de protéger leur marge : « (...) *respecter un prix conseillé est une garantie de marge pour la chaîne en question, surtout lorsque la plupart des autres enseignes sont disposées à respecter les prix conseillés* »²³⁰. Il est évident que la marge garantie n'a d'intérêt que si chaque distributeur a par ailleurs l'assurance qu'il continuera à vendre autant, c'est-à-dire que ses clients n'iront pas s'approvisionner chez ses concurrents. En d'autres termes, la mise en place de *PVC* n'a d'intérêt, comme souligné par Bahlsen, que si « *la plupart* » des enseignes respectent les *PVC*.
271. Malgré certains éléments incriminants²³¹, la Communication des griefs n'a néanmoins pas pu rassembler suffisamment d'éléments de preuve de nature à caractériser un accord ou une pratique concertée horizontale entre distributeurs, ni par le biais de contacts directs entre ces distributeurs, ni par le biais de contacts indirects *via* Bahlsen (entente dite « *Hub and Spoke* »).
272. Par ailleurs, il n'a pas non plus pu être établi à suffisance de droit que chaque distributeur destinataire d'une Communication des griefs, et notamment Cactus, avait

²³⁰ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 31.

²³¹ Voir par exemple, le courriel de [REDACTED] à [REDACTED] du 29 juillet 2010, pièce II.D.4.13, demande de clémence : « *j'ai retravaillé le tableau sur ce que vous m'avez dit, les pvc légèrement plus haut, mais il faut se mettre d'accord pour que lorsque Cactus introduira les produits, je puisse lui dire à quel prix se positionner* ». ou encore le courriel de [REDACTED] à monsieur [REDACTED] (Bahlsen) du 2 mai 2015, pièce II.D.2.01., demande de clémence : « *A l'exception de Cactus [REDACTED] le reste de la concurrence commence à tirer les prix vers le bas de façon radicale (...). Je garde le même niveau de prix qu'un Cactus mais garantissee-moi que vous allez faire quelques « actions » afin que mes « collègues » ne gangrène(nt) plus le marché* ».

eu connaissance du comportement infractionnel des autres distributeurs, ni même qu'ils auraient pu le prévoir raisonnablement. En conséquence, les éléments de preuve pour établir à suffisance une infraction unique et continue²³² n'ont pas non plus pu être réunis.

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

273. Même si suffisamment d'éléments de preuve n'ont pu être rassemblés pour caractériser une pratique anticoncurrentielle horizontale (entre concurrents), il est établi qu'en parallèle de l'accord de prix entre Bahlsen et Cactus existaient deux autres accords et/ou pratiques concertées similaires, entre Bahlsen d'une part, et respectivement Auchan et Delhaize, d'autre part, tels qu'établis par les décisions n°2020-FO-03 et n°2020-FO-05 du Conseil en date du 18 novembre 2020.

274. Ces trois accords et/ou pratiques concertées parallèles portant sur les produits d'un même fournisseur ont nécessairement eu un effet cumulé, augmentant l'effet restrictif sur la concurrence *intra marque* des produits Bahlsen au Grand-Duché de Luxembourg, et ce d'autant plus que les trois distributeurs en cause, Delhaize, Cactus et Auchan sont parmi les acteurs principaux du secteur de la distribution au détail au Luxembourg et représentent ensemble plus de ■■■ des ventes de Bahlsen au Luxembourg²³³.

6.6 Restriction de concurrence « par objet »

275. Les articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE interdisent les accords, décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

276. Selon une jurisprudence bien établie, « *le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué* »²³⁴.

277. Ainsi, dès lors que leur objet²³⁵ est contraire à la concurrence, ces accords sont interdits, indépendamment de leur effet sur la concurrence²³⁶. Certains types de coordinations

²³² Sur le concept d'infraction unique et continue, voir par exemple l'arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Participazioni*, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, points 81 à 83.

²³³ Voir pièce II.B.6.2., demande de clémence.

²³⁴ Voir l'arrêt du Tribunal du 9 juillet 2009, *Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland NV c/ Commission*, T-450/05, ECLI:EU:T:2009:262, points 43 à 45.

²³⁵ Voir les arrêts de la Cour du 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, 56/64 et 58/64, ECLI:EU:C:1966:41 ; du 21 septembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, C-105/04 P, ECLI:EU:C:2006:592, point 125 ; et *Automobiles Peugeot SA et Peugeot Nederland NV c/ Commission*, précité, points 43 à 45.

²³⁶ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 14 mars 2013, *Allianz Hungária*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, point 34.

peuvent en effet, de par leur nature même, être nuisibles au jeu de la concurrence²³⁷, sans qu'il soit nécessaire d'analyser leurs effets²³⁸.

278. Afin d'apprécier si un accord et/ou une pratique concertée comporte une restriction de la concurrence « par objet », il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère. Dans le cadre dudit contexte, il y a également lieu de prendre en considération la nature des biens ou services affectés ainsi que les conditions réelles de fonctionnement et la structure du ou des marchés en question²³⁹.
279. En outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord et/ou d'une pratique concertée, rien n'interdit au Conseil d'en tenir compte²⁴⁰.
280. La Cour a, par ailleurs, déjà constaté que, pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que l'accord et/ou la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence, c'est-à-dire qu'il soit concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur²⁴¹.
281. Un accord sur les prix constitue une restriction de concurrence « *par objet* », qu'il intervienne entre concurrents (restriction horizontale) ou entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution (restriction verticale).
282. S'agissant en particulier des accords verticaux, la Cour a fait observer que : « *la circonstance qu'il s'agi[sse] [dans les deux cas] de restrictions verticales n'exclut nullement la possibilité que l'accord en cause dans l'affaire principale constitue une restriction de concurrence « par objet ». En effet, si les accords verticaux sont, par leur nature, souvent moins nuisibles pour la concurrence que les accords horizontaux, ils peuvent, toutefois, dans certaines circonstances, également comporter un potentiel restrictif particulièrement élevé. La Cour a ainsi déjà à plusieurs reprises jugé qu'un accord vertical avait pour objet de restreindre la concurrence* »^{242 243}.
-
- ²³⁷ Voir l'arrêt de la Cour, *Competition Authority / Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, précité, point 17.
- ²³⁸ Voir les arrêts de la Cour du 30 juin 1966, *L.T.M./M.B.U.*, 56/65, ECLI:EU:C:1966:38 ; et du 20 novembre 2008, *Competition Authority / Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07, ECLI:EU:C:2008:643, points 15 à 17.
- ²³⁹ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungária*, précité, point 36.
- ²⁴⁰ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungária*, précité, point 37.
- ²⁴¹ Ibid., point 38.
- ²⁴² Nous soulignons.
- ²⁴³ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungária*, précité, point 43.

283. A cet égard, le règlement (UE) n°330/2010 exclut du domaine de l'exemption par catégorie certaines restrictions dites « *caractérisées* » telles que celles qui ont pour objet l'imposition d'un prix de vente fixe ou minimal²⁴⁴.
284. Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales précisent que :
« *La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter. Lorsque des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées fixent directement le prix de vente, la restriction est flagrante* »²⁴⁵.
285. Sont ainsi qualifiées de restriction caractérisée ou flagrante les accords verticaux qui, directement ou indirectement, ont pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, et en particulier, de l'empêcher d'offrir au consommateur un prix inférieur à celui pratiqué par ses concurrents et inférieur au prix qui peut lui être recommandé par son fournisseur.
286. En l'espèce, l'objectif poursuivi par l'accord et/ou pratique concertée entre Bahlsen et Cactus a consisté à restreindre la concurrence sur le marché des produits en cause à travers la fixation d'un prix de revente au consommateur fonctionnant comme un prix fixe et/ou minimum sur l'ensemble du territoire du Grand-Duché de Luxembourg, garantissant par là-même un niveau de marge minimum à Cactus et de revenu minimum à Bahlsen au détriment du consommateur.
287. Un tel accord recèle par nature un degré suffisant de nocivité à l'égard du libre jeu de la concurrence, et en particulier sur le marché luxembourgeois de la distribution des produits en cause, pour être constitutif d'une restriction de la concurrence « *par objet* » particulièrement nuisible aux intérêts des consommateurs.
288. La prise en compte du contexte économique et juridique²⁴⁶ dans lequel s'inscrit la pratique n'est pas de nature à modifier ce constat ou à faire naître un doute quant à sa nocivité :
- (i) La pratique des prix imposés est reconnue comme une infraction « *par objet* » ;
 - (ii) Les produits en cause sont des produits dits « *de grande consommation* » qui pour certains sont considérés comme des produits classiques ou incontournables que toute enseigne de la grande distribution se doit de

²⁴⁴ Voir article 4(a) du règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

²⁴⁵ Voir lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), point 48.

²⁴⁶ Les éléments de nature économique ou juridique entrant dans l'appréciation du contexte juridique ou économique dans lequel l'accord et/ou la pratique concertée se réalise ne doivent pas être nécessairement cantonnés au seul marché pertinent. Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2014, *Groupeement des cartes bancaires (CB) / Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, points 77 et 78.

proposer à sa clientèle. Ces produits, tels que les snacks, biscuits et chips, de par leur nature, peuvent aussi faire l'objet d'achats impulsifs de la part des consommateurs qui seront dès lors potentiellement moins enclins à être attentifs au prix qu'il leur est demandé d'acquitter. En d'autres termes, une augmentation même minime du prix, bien qu'elle génère automatiquement un revenu substantiel pour le vendeur du fait des volumes vendus, ne sera pas nécessairement décelée immédiatement par le consommateur ;

- (iii) Le secteur de la distribution au détail ou grande distribution comporte au Luxembourg un nombre relativement important de concurrents²⁴⁷, tout en étant assez concentré et quelques acteurs, comme par exemple Cactus, y ont une présence significative²⁴⁸ ;
- (iv) Enfin, il a été démontré que Bahlsen et Cactus se sont intentionnellement livrés à la pratique ayant pour objet de restreindre la concurrence au Luxembourg. Si l'intention n'est pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord ou d'une pratique concertée, il peut néanmoins en être tenu compte²⁴⁹.

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

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

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

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

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

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

²⁴⁷ Y sont actifs les entreprises suivantes : Delhaize, Cactus, Auchan, Aldi, Lidl, Match, Cora, Colruyt, Pal, Massen, Alima, La Provençale...

²⁴⁸ Cactus se dépeint comme le « *leader de la grande distribution au Luxembourg* », voir section 2.2..

²⁴⁹ Voir l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

298. Comme démontré, l'infraction en cause – une restriction « *par objet* » - qui consiste en une pratique anticoncurrentielle de prix imposés est une restriction grave et caractérisée de concurrence.
299. De telles restrictions, si elles sont exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie applicable à certains accords verticaux comme il a été rappelé, peuvent en théorie bénéficier de l'exemption individuelle fondée sur l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et/ou de l'article 4 de la Loi. Néanmoins, aux termes de la législation européenne et d'une jurisprudence constante de l'Union, il est fort peu probable que des restrictions graves puissent remplir les conditions prévues aux articles 101, paragraphe 3 du TFUE et 4 de la Loi²⁵⁰.
300. En effet, un accord de prix imposés ne crée en général pas de gains d'efficacité dont le consommateur bénéficie de manière équitable²⁵¹. Au contraire, il opère un transfert de valeur du consommateur au distributeur et au producteur, puisqu'il se traduit par des prix plus élevés, sans générer la moindre contrepartie pour le consommateur en cause.
301. Au point 110 de ses Observations, Cactus justifie la pratique des *PVC* par le lancement de produits qualifiés de « *nouveaux* » et invoque indirectement - car sans les citer - le bénéfice des article 101, paragraphe 3 TFUE et 4 de la Loi.
302. Toutefois, Cactus ne procède que par déclarations de nature générale et ne donne aucune explication quant aux produits qui auraient été concernés, la période en cause, les gains d'efficacité qui auraient été générés, ni en quoi le consommateur luxembourgeois en aurait bénéficié.
303. Bahlsen n'a pas invoqué ces dispositions.
304. En conséquence, il n'a pas été établi par les parties en cause, auxquelles incombe la charge de la preuve²⁵², que les conditions énoncées aux articles 101, paragraphe 3 du TFUE et 4 de la Loi étaient remplies. La pratique en cause ne peut donc pas bénéficier de l'exemption et est interdite en application des articles 101, paragraphe 1 du TFUE et 3 de la Loi.

²⁵⁰ Voir, en ce sens, les lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité (2004/C 101/08), point 46 ainsi que l'arrêt de la Cour, *Competition Authority/Beef Industry Development Society et Barry Brothers précité*, point 17.

²⁵¹ Voir point 33 des lignes directrices citées au point précédent.

²⁵² Voir par exemple en ce sens, l'arrêt de la Cour du 6 octobre 2009, C-501/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited v Commission of the European Communities (C-501/06 P)*, ECLI:EU:C:2009:610, point 83.

7 DURÉE DE L'INFRACTION

305. Si l'on se réfère aux pièces du dossier telles qu'exposées dans la section 4 de la présente décision et notamment aux éléments concrets de la participation de Bahlsen et Cactus à l'entente, les comportements se sont manifestés au moins à compter du 20 janvier 2009 :

- les échanges entre les parties en cause concernant les prix de détail à adapter, les *PVC* à bloquer ou encore la marge garantie à Cactus en fonction du niveau du *PVC* sont reflétés, en premier lieu, dans un document daté du 20 janvier 2009²⁵³ et s'étendent sur toute la période. A cet égard, le dernier échange au dossier, reflétant une négociation sur la marge, est daté du 17 octobre 2014²⁵⁴.
- En outre, même si l'évocation à elle seule n'est pas illicite, il existe des preuves de l'évocation des *PVC* dès 2006²⁵⁵ et par ailleurs, le PPR le plus récent versé au dossier date du 15 juillet 2015²⁵⁶.

306. Les comportements se sont terminés pour Bahlsen le 2 octobre 2015, lorsqu'elle a déposé une demande de clémence au Conseil. Concernant Cactus, sa participation a continué jusqu'au 31 mars 2016, date jusqu'à laquelle le Conseil avait demandé au candidat à la clémence (Bahlsen) de poursuivre sa participation à l'entente présumée²⁵⁷.

307. Toutefois, la Communication des griefs a retenu une période infractionnelle courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 octobre 2015²⁵⁸.

308. La décision du Conseil peut aménager et compléter la communication des griefs, tant en fait qu'en droit, dès lors qu'elle ne met pas à la charge des parties des infractions différentes de celles visées dans la communication des griefs et ne retient pas de faits sur lesquels les intéressés n'ont pas déjà eu l'occasion de s'expliquer²⁵⁹. En l'espèce, aucun grief nouveau n'est retenu à l'encontre des parties. Par ailleurs, toutes les pièces utilisées dans la décision étaient non seulement au dossier mais également citées dans la Communication des griefs.

309. Néanmoins, estimant que les parties, et notamment Cactus, n'ont pas eu l'occasion de s'exprimer sur une extension éventuelle, jusqu'au 31 mars 2016, de la période infractionnelle telle que proposée par la Communication des griefs, la présente décision

²⁵³ Voir pièce II.B.2.09., demande de clémence, du 20 janvier 2009 indiquant les prix « à corriger svp ».

²⁵⁴ Pièce II.D.1.01., demande de clémence, Dossier de réunion avec Cactus du 17 octobre 2014, compte-rendu discussions, p.1 et 12 à 17.

²⁵⁵ Le plus ancien PPR au dossier affiche la date du 23 mars 2006, Voir pièce II.B.1.108., demande de clémence.

²⁵⁶ Pièce II.B.1.001., demande de clémence.

²⁵⁷ Voir avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016, article 3 demandant à Bahlsen de « *maintenir [sa] participation à l'entente présumée à l'égard des autres participants jusqu'au 31 mars 2016* ».

²⁵⁸ Voir Communication des griefs, point 215.

²⁵⁹ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma / Commission*, C-41/69, points, ECLI:EU:C:1970:71, 91 à 94, l'arrêt du Tribunal du 27 juin 2012, *Berning & Söhne GmbH & Co / Commission*, T-445/07, ECLI:EU:T:2012:321, points 47 à 50.

retient la période infractionnelle de la Communication des griefs, soit du 1^{er} janvier 2011 au 2 octobre 2015 pour l'entente verticale entre Bahlsten et Cactus.

310. Concernant enfin la continuité de la participation des parties à l'entente, les indices rapportés dans la présente décision²⁶⁰ ont bien été constatés pendant toutes les années couvertes par la période infractionnelle retenue. Il a été rappelé au point 6.2.3.1.²⁶¹ que l'existence d'une pratique anticoncurrentielle peut être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices, qui doivent être appréciés globalement car il serait sinon extrêmement difficile voire impossible de prouver de telles pratiques, par nature, secrètes. Au vu des éléments rapportés dans la présente décision qui se rapportent à des faits répétitifs et/ou suffisamment rapprochés, il peut être raisonnablement déduit que Bahlsten et Cactus ont participé à l'entente, de manière ininterrompue, pendant toute la période du 1^{er} janvier 2011 au 2 octobre 2015.

8 IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES

8.1 Le droit applicable

311. Selon une jurisprudence bien établie, une société mère peut être tenue responsable de l'infraction commise par sa filiale aux articles 101, paragraphe 1 du TFUE et 3 de la Loi au motif qu'elles forment une unité économique. Tel sera le cas lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, la filiale ne jouit pas d'une réelle autonomie dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques²⁶².

312. Dans le cas où le capital social de la filiale est détenu à 100% par la société mère, il existe une présomption réfragable selon laquelle la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale. C'est l'appartenance à une entité économique unique qui est ainsi présumée. Si tel est le cas, et en l'absence de preuve apportée par les parties en cause de l'autonomie de comportement de la filiale, la société mère est considérée comme solidairement responsable du paiement de toute amende infligée à la filiale²⁶³. Ceci est une « *conséquence normale de l'imputation de responsabilité du*

²⁶⁰ Voir notamment les sections 4.2.3. et 6.4.2.

²⁶¹ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

²⁶² Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel NV et autres / Commission*, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536, point 58.

²⁶³ Voir l'arrêt *Akzo Nobel NV et autres contre Commission*, précité, point 61.

comportement d'une société à une autre, en particulier lorsque ces deux sociétés constituent une même entreprise »²⁶⁴.

313. Au titre d'une jurisprudence bien établie²⁶⁵, la société mère qui se voit imputer le comportement infractionnel de sa filiale est personnellement condamnée pour une infraction aux règles européennes et nationales de concurrence qu'elle est censée avoir commise elle-même, en raison de l'influence déterminante qu'elle exerçait sur la filiale et qui lui permettait de déterminer le comportement de cette dernière sur le marché. Le droit de la concurrence de l'Union repose notamment sur le principe de la responsabilité personnelle de l'unité économique ayant commis l'infraction. Ainsi, si la société mère fait partie de cette unité économique, elle est considérée comme personnellement et solidairement responsable avec les autres personnes juridiques constituant cette unité de l'infraction commise²⁶⁶.

314. Aux termes de l'article 13 de la Directive dite « ECN+ »²⁶⁷, « les Etats membres veillent à ce que, aux fins d'infliger des amendes aux sociétés mères et aux successeurs juridiques et économiques des entreprises, la notion d'entreprise soit appliquée ». Certes le délai de transposition de cette directive n'arrive à terme que le 4 février 2021. Néanmoins, en vertu d'une jurisprudence bien établie²⁶⁸, les Etats membres doivent s'abstenir de toute mesure susceptible de compromettre sérieusement la réalisation de l'objectif d'une directive, et ce, avant même l'expiration du délai de transposition.

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

8.2 Les moyens de Bahlsen

316. Bahlsen expose plusieurs moyens aux points 29 et suivants de ses Observations.

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

317. Tout d'abord, Bahlsen²⁶⁹ indique que les sociétés Bahlsen allemandes ne détiennent pas directement 100% des parts dans Bahlsen Luxembourg mais 99,996%, les 0,004%

²⁶⁴ Voir l'arrêt du Tribunal du 31 mars 2009, *Arcelor Mittal Luxembourg e.a./Commission*, T-405/06, ECLI:EU:C:2009:90, point 117.

²⁶⁵ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 27 avril 2017, *Akzo Nobel N.V. e.a. / Commission*, C-516/15 P, ECLI:EU:C:2017:314, points 56 et 57.

²⁶⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 10 avril 2014, *Commission / Siemens Österreich*, C-231/11 P à C-233/11P, ECLI:EU:C:2014:256, points 39 et suivants, et la jurisprudence citée.

²⁶⁷ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JOUE du 14.1.2019 L11/3.

²⁶⁸ Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 27 octobre 2016, *Milev*, C-439/16 PPU, EU:C:2016:818, point 32 et du 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.* C-212/04, EU:C:2006:443, points 122 et 123.

²⁶⁹ Voir Observations Bahlsen, point 29.

restants étant détenus par Bahlsen Management. Toutefois, ceci n'est pas de nature à remettre en cause la présomption capitalistique dans la mesure où la participation des sociétés allemandes dans Bahlsen Luxembourg est très proche des 100% et qu'en tout état de cause, Bahlsen Management, elle aussi mise en cause et qui détient les 0,004% restants, est elle-même détenue à 100% par ces sociétés allemandes.

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

319. Bahlsen fait notamment valoir que Bahlsen Luxembourg jouissait d'une autonomie de comportement, son directeur général étant investi de larges pouvoirs de décision et ses actionnaires ne s'étant jamais immiscés dans la gestion commerciale de Bahlsen Luxembourg, les *PVC* n'ayant en particulier jamais été abordés. Néanmoins, la pièce II.B.7.1. (de la demande de clémence) sur laquelle se fonde Bahlsen atteste seulement qu'un pouvoir de représentation a été octroyé à monsieur [REDACTED], ce qui est classique s'agissant du directeur général de la société, mais en aucun cas suffisant à rebuter la présomption d'influence décisive exercée par les sociétés mères sur Bahlsen Luxembourg. Les pièces II.B.7.2. et II.B.7.3. invoquées par Bahlsen ne sont que deux simples résolutions d'actionnaires pour 2014 et 2015, en relation avec l'établissement des comptes annuels, l'utilisation des bénéfices, la décharge octroyée aux gestionnaires et le choix des commissaires aux comptes. A nouveau, il s'agit de documents classiques de la vie d'une société et ne sont pas de nature à prouver que Bahlsen Luxembourg jouissait d'une autonomie par rapport à ses sociétés mères. Enfin, les pièces II.B.7.4. à II.B.7.6. (de la demande de clémence) encore citées par Bahlsen montrent que Bahlsen Luxembourg [REDACTED], ce qui est aussi classique entre filiales et sociétés mères, notamment quand ces dernières doivent valider les choix stratégiques de la filiale. Le fait que les *PVC* n'aient pas été abordés dans ces présentations est sans doute logique, au vu des dates de ces comptes-rendus et du fait que la demande de clémence avait été déposée en octobre 2015. En tout état de cause, Bahlsen devrait démontrer l'autonomie de Bahlsen Luxembourg d'une manière générale et pas seulement par rapport à la pratique infractionnelle en cause.

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

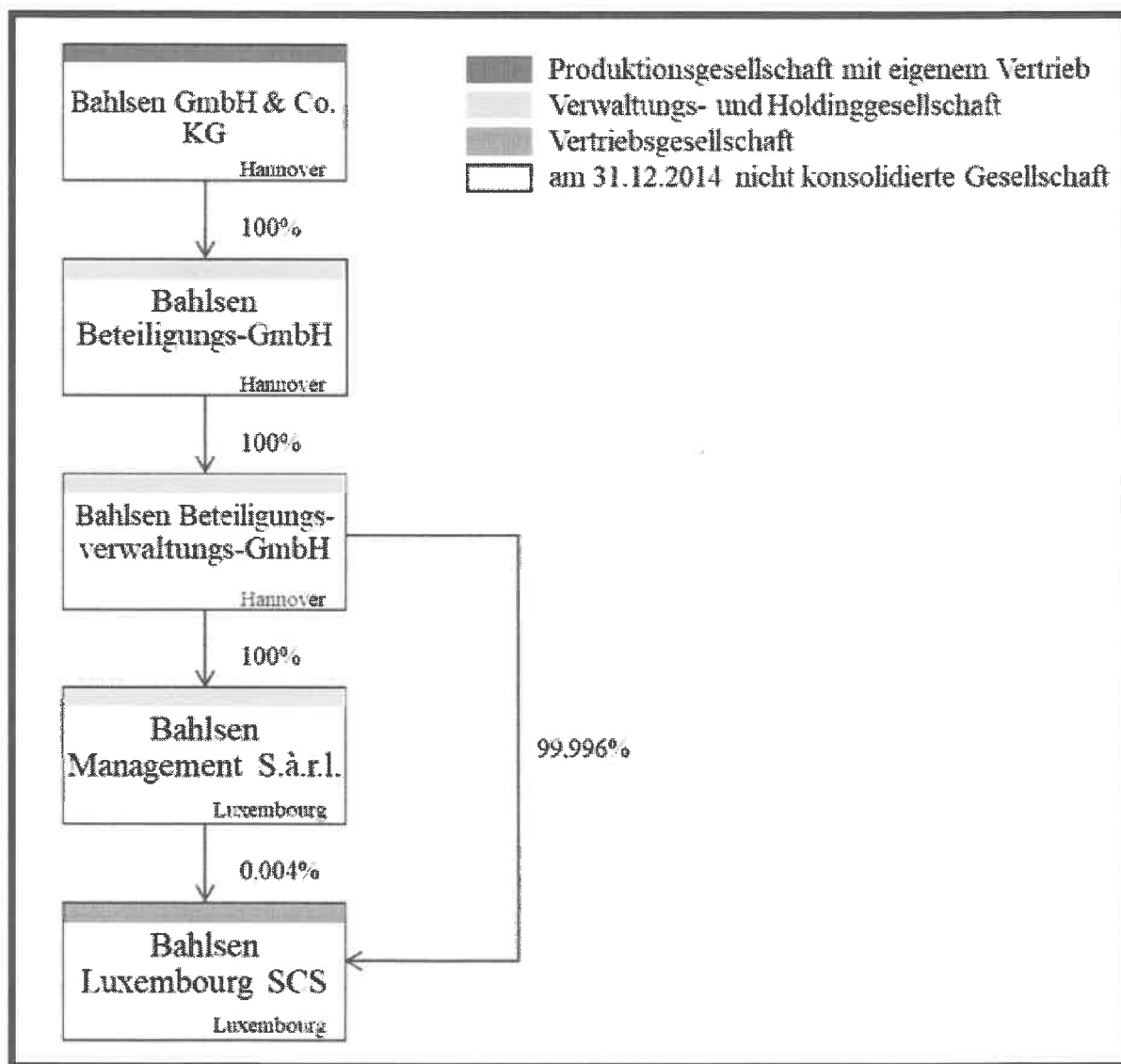
8.2.2 *Quant au moyen fondé sur la responsabilité solidaire*

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

322. Pourtant, en vertu d'une jurisprudence bien établie rappelée plus haut, en l'absence d'autonomie de la filiale, les sociétés mères sont considérées comme solidairement et personnellement responsables du paiement de toute amende infligée à leurs filiales²⁷⁰.

8.3 En l'espèce

8.3.1 Bahlsen



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

²⁷⁰ Voir l'arrêt Akzo Nobel NV et autres contre Commission précité, point 61.

324. Bahlsen Management est détenue à 100% par Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH. Celle-ci est détenue à son tour à 100% par Bahlsen Beteiligungs-GmbH, elle-même détenue à 100% par Bahlsen GmbH & Co KG²⁷¹.
325. Bahlsen Management est par ailleurs l'associé commandité de Bahlsen Luxembourg tandis que Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH en est l'associé commanditaire. C'est deux sociétés détiennent ensemble Bahlsen Luxembourg à hauteur de 100%.
326. Dès lors, les sociétés Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen Beteiligungs-GmbH et Bahlsen GmbH & Co KG sont présumées exercer une influence déterminante sur leurs filiales, Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.
327. En l'absence de preuve par Bahlsen d'un comportement autonome de ces filiales, les sociétés Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH, Bahlsen Beteiligungs-GmbH et Bahlsen GmbH & Co KG sont donc solidairement responsables du paiement de l'amende infligée par la présente décision aux sociétés Bahlsen Management et Bahlsen Luxembourg.

8.3.2 Cactus

328. Cactus ne conteste pas l'imputabilité des pratiques aux sociétés Cactus S.A. et Resuma S.A..
329. Cactus S.A. achète et vend des produits alimentaires notamment, en gros et au détail, dans les magasins Cactus au Luxembourg.
330. La société Resuma S.A. est la centrale d'achat de la société Cactus S.A.. Aux termes de son extrait du RCS, son objet social est « *l'achat et la vente en gros de toutes denrées alimentaires et non alimentaires, spiritueux, articles pour fumeurs, l'exécution de tous travaux de bureau, ainsi que toutes opérations industrielles, commerciales ou financières, mobilières ou immobilières pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'objet social ou pouvant en faciliter l'extension ou le développement* ». Comme indiqué dans la Communication des griefs²⁷², Resuma S.A. effectue les achats, assure la réception, le stockage et la distribution des produits dans les magasins²⁷³ et négocie les prix avec les fournisseurs, tels que Bahlsen.
331. Si Cactus S.A. est plus directement active dans la vente au détail, les deux sociétés sont impliquées au stade de l'achat auprès des fournisseurs, opération indispensable et déterminante dans la mise en œuvre de la pratique analysée par la présente décision.

²⁷¹ Voir point 2.1. de la présente décision.

²⁷² Communication des griefs, point 9.

²⁷³ Resuma S.A. facture cette marchandise aux supermarchés moyennant un « *cost plus* » pour rémunérer le travail qu'elle effectue en tant que centrale d'achat.

332. Pour ces raisons, les deux sociétés, Cactus S.A. et Resuma S.A. sont solidairement responsables du paiement de l'amende qui leur est infligée.

9 SANCTIONS

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

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

« Le Conseil peut, en adoptant une décision sur la base de l'article 11, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes lorsque, intentionnellement ou non, elles ont commis une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou aux articles 101 et 102 du Traité. Ces amendes sont proportionnées à la gravité et à la durée des faits retenus, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par la présente loi.

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

Le montant maximal de l'amende prononcé sur base du présent paragraphe est de 10 pour cent du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».

334. Ces dispositions reflètent les critères également utilisés par la Commission européenne pour le calcul des amendes en cas d'infraction à l'article 101 du TFUE, tels qu'explicités à l'article 23 du règlement 1/2003²⁷⁴ et en application des principes énoncés dans les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes²⁷⁵ (ci-après « les lignes directrices »).

335. Aux termes des lignes directrices, la Commission se réfère, comme base pour la détermination des amendes, à la valeur des ventes des biens ou des services en relation avec l'infraction. La combinaison de la valeur des ventes et de la durée est considérée

²⁷⁴ Règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p.1.

²⁷⁵ Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2 sous a), du règlement (CE) n°1/2003 (2006/C 210/02).

comme une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction, ainsi que le poids relatif de chaque entreprise y ayant participé²⁷⁶.

336. Aux termes de la jurisprudence européenne et pour la détermination du montant des amendes, il y a lieu de tenir compte de la durée de l'infraction et de tous les éléments de nature à entrer dans l'appréciation de la gravité de celle-ci, tels que le comportement de chacune des entreprises, le rôle joué par chacune d'elles dans l'établissement des pratiques concertées, le profit qu'elles ont pu tirer de ces pratiques, leur taille et la valeur des marchandises concernées ainsi que le risque que des infractions de ce type représentent pour l'Union européenne. Parmi ces éléments figurent également le nombre et l'intensité des comportements anticoncurrentiels²⁷⁷. Cependant, la Cour a rappelé qu'il n'existe pas de liste contraignante ou exhaustive de critères devant obligatoirement être pris en compte afin d'apprécier la gravité d'une infraction²⁷⁸.
337. Il incombe en outre au Conseil de veiller au pouvoir dissuasif de son action et à cet égard, il est également approprié d'inclure dans l'amende un montant spécifique, indépendant de la durée de l'infraction, en vue de dissuader les entreprises de s'engager dans des comportements illicites²⁷⁹.
338. En résumé, les éléments ci-dessus sont pris en compte et, en veillant à individualiser²⁸⁰ les amendes et à ne pas dépasser le maximum légal de 10% du chiffre d'affaires mondial, la méthodologie suivante est appliquée :

- 1) Prise en compte de la nature intentionnelle ou négligente de l'infraction ;
- 2) Détermination de la valeur des ventes ;
- 3) Calcul du montant de base de l'amende en fonction de la gravité et de la durée ;
- 4) Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et/ou atténuantes ;
- 5) Prise en compte des règles de clémence ;
- 6) Calcul d'un montant de dissuasion ;
- 7) Conclusion sur le montant de l'amende.

²⁷⁶ Point 6 des lignes directrices.

²⁷⁷ Voir l'arrêt de la Cour du 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, points 56 et 57.

²⁷⁸ Voir par exemple les arrêts de la Cour du 3 septembre 2009, *Prym et Prym Consumer/Commission*, C-534/07 P, EU:C:2009:505, point 54, ainsi que du 13 juin 2013, *Versalis/Commission*, C-511/11 P, EU:C:2013:386, point 82.

²⁷⁹ Lignes directrices, point 7.

²⁸⁰ Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a./Commission*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, point 102.

9.2 Nature intentionnelle ou négligente de l'infraction

339. Pour qu'une infraction aux règles de concurrence puisse être considérée comme ayant été commise de propos délibéré, il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait eu conscience d'enfreindre une interdiction édictée par ces règles. Il suffit qu'elle n'ait pu ignorer que la conduite incriminée avait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence dans le marché commun²⁸¹.
340. En l'espèce, tant Bahlsen que Cactus disposent de l'expertise juridique et économique suffisante pour connaître les conséquences de leur comportement anticoncurrentiel. Sur la base des faits exposés dans la section 4 ci-dessus, l'infraction a été commise intentionnellement par Bahlsen et Cactus.

9.3 Détermination de la valeur des ventes

341. Selon une jurisprudence bien établie, la part du chiffre d'affaires provenant des marchandises faisant l'objet de l'infraction est de nature à donner une juste indication de l'ampleur d'une infraction sur le marché concerné. En particulier, le chiffre d'affaires réalisé sur les produits ayant fait l'objet d'une pratique restrictive constitue un élément objectif qui donne une juste mesure de la nocivité de cette pratique pour le jeu normal de la concurrence²⁸².
342. En outre, la jurisprudence européenne précise que, si la notion de valeur des ventes ne saurait, certes, s'étendre jusqu'à englober les ventes réalisées par l'entreprise en cause qui ne relèvent pas du champ d'application de l'entente reprochée, il serait toutefois porté atteinte à l'objectif poursuivi par les dispositions concernées si cette notion devait être entendue comme ne visant que le chiffre d'affaires réalisé avec les seules ventes pour lesquelles il est établi qu'elles ont réellement été affectées par cette entente. Une telle limitation réduirait artificiellement l'importance économique de l'infraction, en créant une « *prime au secret* » pour les cas où un nombre limité de preuves directes des ventes réellement affectées par l'accord a été trouvé²⁸³.
343. En vue de déterminer le montant de base de l'amende, il convient d'utiliser la valeur des ventes de biens (hors taxes) réalisées, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, dans le secteur géographique concerné, soit le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. Le point 13 des lignes directrices précise qu'est normalement utilisé le

²⁸¹ Arrêt du Tribunal du 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries / Commission*, T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255, point 412.

²⁸² Voir pour un exemple l'arrêt de la Cour du 16 juin 2011, *Team Relocations e.a. / Commission*, T-204/08, ECLI:EU:T:2011:286, point 61-66.

²⁸³ Voir par exemple, l'arrêt de la Cour du 12 novembre 2014, *Guardian Industries et Guardian Europe / Commission*, C-580/12 P, ECLI:EU:C:2014:2363, point 56 et suivants.

montant des ventes réalisées par l'entreprise en cause durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction, soit en l'espèce 2014²⁸⁴.

344. Comme il a été indiqué dans la section 6.3. ci-dessus, le marché de produits concerné par les pratiques anticoncurrentielles est celui des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) commercialisés par Bahlsen au Luxembourg. La Communication des griefs avait expressément visé les produits commercialisés par Bahlsen sous les marques « *Bahlsen* », « *Leibniz* » et « *Lorenz* ». Il convient de préciser que les produits « *Pick up* » sont également commercialisés sous la marque « *Bahlsen* ». En revanche, la Communication des griefs n'avait pas inclus dans les griefs les produits de marque « *Saint-Michel* ». Pour cette raison, la présente décision exclut les produits de marque « *Saint-Michel* » du calcul de l'amende.

345. La valeur des ventes au Luxembourg de produits de marque « *Bahlsen* » incluant « *Pick Up* », « *Lorenz* » et « *Leibniz* » – mais à l'exclusion des produits de marque « *Saint-Michel* » – est la suivante :

- Valeur des ventes de Bahlsen avec Cactus en 2014: [REDACTED] euros²⁸⁵.
- Valeur des ventes Cactus en 2014 : [REDACTED] euros²⁸⁶.

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

346. Conformément au point 19 des lignes directrices, le montant de base est lié à une proportion de la valeur des ventes, déterminée en fonction du degré de gravité de l'infraction, multipliée par le nombre d'années d'infractions (durée). En règle générale, la proportion de la valeur des ventes prise en compte est fixée à un niveau pouvant aller jusqu'à 30%, en fonction de facteurs tels que la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction et sa mise en oeuvre ou non²⁸⁷.

9.4.1 *Gravité*

347. Selon une jurisprudence bien établie, « *l'appréciation de la gravité de l'infraction, aux fins de la fixation de l'amende, d[evrait] être effectuée en tenant compte notamment de la nature des restrictions apportées à la concurrence, du nombre et de l'importance des entreprises concernées, de la fraction respective du marché qu'elles contrôlaient dans*

²⁸⁴ Voir la section 7 de la présente décision relative à la durée de l'infraction.

²⁸⁵ Courrier de Bahlsen au Conseil du 10 avril 2020. [REDACTED]

²⁸⁶ Voir courrier de Cactus au Conseil en date du 15 janvier 2018, annexe.

²⁸⁷ Point 22 des lignes directrices.

la Communauté ainsi que de la situation du marché à l'époque où l'infraction avait été commise »²⁸⁸.

348. En l'espèce, il s'agit d'un accord vertical et/ou la pratique concertée sur les prix couvrant l'ensemble du territoire du Grand-Duché et constituant une infraction « *par objet* ». Une telle pratique restreint, par sa nature-même, la concurrence²⁸⁹. De ce fait, l'accord en cause n'est pas non plus couvert par la communication de la Commission sur les accord d'importance mineure²⁹⁰ qui peut parfois s'appliquer à des accords impliquant des parties ayant de faibles parts de marché. De plus, il convient de rappeler que cet accord et/ou pratique concertée s'inscrit dans le contexte d'autres accords similaires, produisant un effet restrictif cumulé sur le marché²⁹¹.
349. Même s'il ne s'agit pas d'une restriction horizontale mais verticale, c'est-à-dire affectant principalement la concurrence intramarque, cette restriction de concurrence revêt néanmoins un caractère certain de gravité²⁹² et ce d'autant plus qu'elle concerne les prix, soit un critère essentiel de l'exercice du jeu concurrentiel. L'imposition de prix de vente fixes ou minima conduit à une diminution de la concurrence et à une augmentation des prix qui porte nécessairement atteinte au bien-être du consommateur. Les produits objets de l'entente étaient en effet des produits de grande consommation et de nature à faire l'objet d'achats impulsifs de la part des consommateurs. Pour ces raisons, ces derniers ont pu être des « *victimes faciles* » des pratiques constatées. Même apparemment minimales à l'échelle de l'achat individuel, de telles hausses de prix ne sont pourtant pas indolores pour le consommateur.
350. A titre de comparaison, la Commission a récemment fixé à 7% le pourcentage de la valeur des ventes devant être pris en compte dans plusieurs cas d'accords verticaux sur les prix²⁹³.
351. Il ressort également de l'analyse menée dans la présente décision que l'accord a bien été mis en œuvre. En l'espèce, l'accord a été mis en œuvre entre respectivement, Bahlsen, un des leaders²⁹⁴ du secteur dans les produits en cause ou similaires et, Cactus,

²⁸⁸ Voir l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV / Commission*, C-41/69, ECLI:EU:C:1970:71, point 176.

²⁸⁹ Voir la décision de la Commission du 24 juillet 2018, *ASUS*, AT.40465, point 138.

²⁹⁰ Voir point 168 de la présente décision. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *de minimis*), JO C 291, 30.8.2014, p. 1–4.

²⁹¹ Voir section 6.5.2. de la présente décision.

²⁹² Voir par exemple la décision de l'ADLC du 10.07.2019, n°19-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles haut de gamme, points 185 et suivants.

²⁹³ Voir les décisions du 24 juillet 2018, *Asus, Philips, Pioneer et Denon & Marantz*, AT.40465, AT.40181, AT.40182 et AT.40469 et du 17 décembre 2018, *Guess*, AT.40428.

²⁹⁴ Dans une présentation interne de ■■■, Bahlsen présente sa marque « *Lorenz* » comme « *leader en Salé* » au Luxembourg avec ■■■ de parts de marché, le premier concurrent se situant à hauteur de ■■■, voir pièce II.C.1.07, demande de clémence, p. 11. Par ailleurs, la même année sur le segment « biscuits », Bahlsen affiche une part de marché de ■■■, le premier concurrent – LU – se situant à ■■■, voir même document page 13. Dans la même présentation, page 40, Bahlsen se présentait comme « *leader du marché* ».

le leader de la distribution au détail au Luxembourg. L'implication d'une enseigne de la grande distribution est d'autant plus grave que ce type d'enseignes, et notamment Cactus, se présentent en général comme ayant une politique de prix agressive²⁹⁵.

352. Une estimation sommaire, à titre illustratif, de l'ampleur du dommage à l'économie peut être faite afin de pouvoir apprécier l'impact de la pratique sanctionnée. Ainsi, si l'on considère que le chiffre d'affaires annuel de Bahlsen Luxembourg en 2013 – soit environ au milieu de la période infractionnelle qui s'est étendue de 2011 à fin 2015 – était d'environ [REDACTED] euros²⁹⁶, on peut dès lors considérer qu'un dommage de l'ordre de [REDACTED] euros est causé à l'économie chaque année et chaque fois que l'entente permet de renchérir de 1% le prix de détail des produits concernés. Les éléments au dossier permettent d'évaluer à plusieurs points de pourcentage l'effet des pratiques sur les prix de détail. Par exemple, au point 6.4.3.2.2. de la présente décision, ont pu être constatés des écarts supérieurs à 5% avec le *PVC* avant alignement ou réaligement. Ceci indiquerait que les prix auraient pu être inférieurs d'au moins 5% au niveau atteint du fait de l'entente. Aussi, un supplément de prix, payé chaque année par les consommateurs, de plusieurs points de pourcentage constitue une évaluation prudente du dommage causé à l'économie. A titre d'exemple, un supplément de l'ordre de 5% maintenu pendant cinq ans équivaut à un montant du dommage à l'économie de l'ordre de [2-3 millions] d'euros. Un supplément de l'ordre de 7% pendant cinq ans équivaut à un montant de l'ordre de [3-4 millions] d'euros.

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

9.4.2 *Durée*

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

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

9.4.3 *Droit d'entrée*

356. Aux termes des lignes directrices, il est également possible d'inclure dans le montant de base une somme (aussi appelée « *droit d'entrée* ») comprise entre 15 et 25% de la

²⁹⁵ Voir en ce sens les Observations Cactus, point 10 indiquant que Cactus participe activement à l'animation concurrentielle du secteur de la grande distribution par une pratique promotionnelle active.

²⁹⁶ Courrier de Bahlsen au Conseil de la concurrence du 15 juin 2016.

valeur des ventes afin de dissuader les entreprises de participer à des accords horizontaux de fixation de prix, de répartition de marché et de limitation de production, voire pour d'autres infractions²⁹⁷.

357. Certes, il ne s'agit pas en l'espèce d'une entente horizontale mais néanmoins d'une entente verticale sur les prix, infraction grave et « *par objet* », par nature restrictive de concurrence. Il convient donc d'ajouter au montant de base une somme de 7% du montant de la valeur des ventes²⁹⁸.

9.4.4 Conclusion sur le montant de base

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

Bahlsen : [REDACTED] euros

Cactus : [REDACTED] euros

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

359. A l'instar de la Commission, le Conseil peut prendre en compte certaines circonstances aggravantes et/ou atténuantes et appliquer une majoration dissuasive qui peuvent ensemble conduire à un ajustement du montant de base²⁹⁹.

9.5.1 Circonstances aggravantes

9.5.1.1 Bahlsen

360. Parmi les circonstances aggravantes pouvant être prises en considération par le Conseil figure le fait, pour une entreprise, de jouer un rôle de meneur ou d'incitateur, ou plus largement un rôle particulier dans la conception ou la mise en œuvre de l'infraction³⁰⁰.

361. Ainsi, le rôle de « *chef de file* » joué par une entreprise dans le cadre d'une entente doit être pris en compte aux fins du calcul du montant de l'amende, dans la mesure où une

²⁹⁷ Points 25 des lignes directrices, nous soulignons.

²⁹⁸ Voir pour le pourcentage pris en compte au titre du droit d'entrée, les décisions récentes de la Commission reprenant le même montant que celui imposé au titre de la proportion de la valeur des ventes, telles que par exemple la décision de la Commission du 5 mars 2019, Affaire AT.40481, *Occupants Safety systems (II) supplied to the Volkswagen Group and the BMW Group*, point 110, ou encore la décision du 21 février 2018, affaire AT.40009 – *Maritime Car Carriers*, point 114.

²⁹⁹ Voir les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes, *précitées*, points 27 et suivants.

³⁰⁰ Voir l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, *Siemens /Commission*, T-110/07, ECLI:EU:T:2011:68, point 337.

entreprise ayant joué un tel rôle doit, de ce fait, porter une responsabilité particulière par rapport aux autres entreprises³⁰¹.

362. Selon la jurisprudence de l'Union, pour être qualifiée de meneur, l'entreprise doit avoir représenté une force motrice significative pour l'entente³⁰² en portant une responsabilité particulière et concrète dans le fonctionnement de celle-ci.
363. En particulier, sans qu'il soit nécessaire que l'intéressé ait exercé des pressions ou ait dicté leur conduite aux autres membres de l'entente, des éléments tels que l'élaboration ou la suggestion de la conduite à tenir par les membres de l'entente, sans nécessairement être en mesure de leur imposer, peuvent suffire à ce que l'entreprise soit considérée comme force motrice significative de l'entente³⁰³. Ainsi, la jurisprudence européenne³⁰⁴ a retenu notamment que l'organisation de réunions afin de faire fonctionner l'entente, la surveillance et l'exercice de pressions éventuelles pour faire respecter l'infraction ou encore la centralisation et/ou la distribution de données sont des éléments pouvant permettre de considérer l'entreprise comme meneur de l'entente.
364. En l'espèce, Bahlsen organisait de manière régulière des réunions avec Cactus, lors desquelles la question des *PVC* était un thème récurrent et un objectif commercial stratégique de Bahlsen³⁰⁵.
365. Bahlsen collectait les données de prix pratiquées par Cactus dans ses magasins, puis identifiait les prix dits « *problématiques* » avant de les communiquer à Cactus lors des réunions ou par courriel si les prix relevés ne respectaient pas le *PVC*³⁰⁶. Bahlsen a d'ailleurs indiqué que : « *la démarche de l'équipe commerciale et plus particulièrement du [REDACTED] était de tenter de convaincre les détaillants de s'aligner sur le niveau des prix conseillés* »³⁰⁷. Le [REDACTED] de l'époque, monsieur [REDACTED], a joué un rôle prépondérant dans le fonctionnement de l'entente, comme le prouvent l'envoi de mails ou sa présence régulière aux réunions avec Cactus³⁰⁸. Enfin, Bahlsen a reconnu avoir envoyé des rappels concernant le respect des *PVC* de manière régulière aux détaillants et notamment Cactus³⁰⁹.

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

³⁰² Voir l'arrêt du Tribunal du 15 mars 2006, *BASF / Commission*, T-15/02, ECLI:EU:T:2006:74, point 374 et du 18 juin 2008, *Hoechst / Commission*, T-410/03, ECLI:EU:T:2008:211, point 423 et la jurisprudence citée.

³⁰³ Voir arrêt *BASF / Commission* précité, point 374.

³⁰⁴ Arrêt du Tribunal du 8 septembre 2010, *Deltafina / Commission*, T-29/05, ECLI:EU:T:2010:355, point 335. Voir l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, *Siemens / Commission*, T-110/07, ECLI:EU:T:2011:68, point 337.

³⁰⁵ Demande de clémence du 19 octobre 2015, points 26 et 27. Voir aussi pièces II.D.1.01 à II.D.1.09., demande de clémence.

³⁰⁶ Voir le rappel des faits en section 4 de la présente décision et demande de clémence du 19 octobre 2015, points 24 et 25. Voir aussi la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 40 et du 30 mai 2016, point 45.

³⁰⁷ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 28.

³⁰⁸ Voir le rappel des faits en section 4 de la présente décision et la demande de clémence du 19 octobre 2015, points 38 et 40.

³⁰⁹ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 39.

366. Par conséquent, l'ensemble de ces éléments démontrent l'exercice par Bahlsen d'un rôle prépondérant de chef de file et de coordinateur ayant organisé et fait fonctionner l'entente dans la durée. Bahlsen peut dès lors être considéré comme force motrice significative dans la commission de l'infraction.

367. Pour ces raisons, le Conseil considère qu'il convient d'augmenter le montant de base de sa sanction de 50%³¹⁰.

9.5.1.2 *Cactus*

368. Il n'y a pas de circonstances aggravantes dans le chef de Cactus.

9.5.2 *Circonstances atténuantes*

9.5.2.1 *Bahlsen*

369. Bien que les conditions d'immunité et de réduction du montant de l'amende ne soient pas réunies³¹¹ comme il sera démontré ci-dessous, le Conseil estime que Bahlsen peut, à titre exceptionnel³¹², bénéficier d'une circonstance atténuante dans la mesure où elle a apporté pendant l'enquête des éléments de preuve présentant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments déjà en possession du Conseil lors de la demande de clémence.

370. Dans de rares cas, la Commission a reconnu une telle circonstance atténuante au titre d'une coopération effective³¹³ en dehors du champ d'application de la communication de la Commission³¹⁴ sur l'immunité et la réduction d'amendes (ci-après « *la Communication de la Commission* »). Dans ces décisions, la Commission a réduit le montant de base de l'amende de 40%³¹⁵ et de 50%³¹⁶.

³¹⁰ Pour un exemple de taux similaire, voir la décision de la Commission du 30 octobre 2002, 2003/675/CE relative à une procédure d'application de l'article 81 [CE] et de l'article 53 de l'accord EEE (COMP/35.587 *Video Games*, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution et COMP/36.321 Omega – Nintendo), JO 2003, L 255, p. 33, point 406, confirmée par l'arrêt du Tribunal du 30 avril 2009, *Nintendo Co. Ltd et Nintendo of Europe GmbH contre Commission*, ECLI:EU:T:2009:131, points 131 et 215.

³¹¹ Voir section 9.6. de la présente décision.

³¹² Voir en ce sens, décision de la Commission du 20 octobre 2005 relative à une procédure d'application de l'article 81, paragraphe 1 du traité, COMP/C.38.281/B.2), *Tabac brut – Italie*, points 385 à 398. Voir également l'arrêt du Tribunal du 17 mai 2011, *Arkema France contre Commission*, T-343/08, ECLI:EU:T:2011:218, points 169 et 170. Voir également l'arrêt du Tribunal du 27 février 2014, *LG Display et LG Display Taiwan contre Commission*, T-128/11, ECLI:EU:T:2014:88, point 208 et la jurisprudence citée.

³¹³ Voir lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes, *précitées*, point 29.

³¹⁴ Voir en ce sens la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des accords, 2006/C 298/11, JOUE 8.12.2006, C 298/17, points 8 et suivants.

³¹⁵ Voir décisions de la commission du 5 juillet 2000, *Nathan-Bricolux*, (JO 2001 L54 p.1., point 134 et décision de la Commission du 30 octobre 2002, *Consoles de jeux*, JO2003 L255, p.33, point 457.

³¹⁶ Voir décision de la Commission du 20 octobre 2005, *Tabac brut italien*, *précitée*, point 398.

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

9.5.2.2 *Cactus*

372. Cactus indique au point 118 de ses Observations que sa coopération avec le Conseil justifierait une diminution du montant de base. Toutefois, Cactus n'apporte aucun élément spécifique de nature à démontrer sa prétention ni en quoi sa coopération aurait été au-delà de ses obligations juridiques de coopérer. Ce moyen doit donc être rejeté.

373. Il n'y a pas de circonstances atténuantes dans le chef de Cactus.

9.5.3 *Majoration dissuasive*

374. Aux termes des points 30 et 31 des lignes directrices, il est possible d'augmenter l'amende à imposer aux entreprises visées dont le chiffre d'affaires, au-delà des biens auxquels l'infraction se réfère, est particulièrement important. En d'autres termes, il s'agit ici de prendre en compte la capacité financière des entreprises en cause afin d'assurer un effet dissuasif suffisant à l'amende et par là-même à garantir son effectivité.

375. Il convient par ailleurs de noter que, le droit d'entrée ajouté au montant de base et la majoration visée au présent paragraphe, s'ils ont tous les deux un but dissuasif, visent néanmoins deux objectifs distincts de dissuasion³¹⁷. Le droit d'entrée (point 25 des lignes directrices, point 9.4.3. ci-dessus) vise en effet à dissuader les entreprises de participer à des pratiques anticoncurrentielles, tandis que la majoration additionnelle (point 30 des lignes directrices, présent paragraphe) vise pour l'autorité de concurrence à s'assurer que les amendes présentent un effet suffisamment dissuasif pour les entreprises dont le chiffre d'affaires, au-delà des ventes des biens auxquels l'infraction se réfère, est particulièrement important. A ces titres, les montants du droit d'entrée et de la majoration dissuasive sont non seulement tout à fait compatibles, mais également cumulables.

376. Aucune majoration dissuasive n'est imposée ni à Bahlsten ni Cactus en l'espèce.

9.5.4 *Conclusion sur l'ajustement du montant de base*

377. Le montant de base ajusté pour Cactus est inchangé, soit :

Cactus : [REDACTED] euros

³¹⁷ Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal du 17 mai 2011, *Elf Aquitaine / Commission*, T-299/08, ECLI:EU:T:2011:217, point 289.

378. Le montant de base ajusté pour Bahlsten est ajusté à la hausse de 50% et à la baisse de 30%, soit :

Bahlsten : [REDACTED] euros

9.6 Prise en compte des règles de clémence: Bahlsten

9.6.1 *Les principes*

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

380. Toutefois l'immunité ou toute réduction d'amende doit refléter la contribution effective de l'entreprise³¹⁸.

381. Droit national et droit de l'Union procèdent en la matière de la même logique et à ce titre, la Communication de la Commission sur l'immunité et la réduction d'amendes³¹⁹ constitue une référence utile.

9.6.1.1 Droit national

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

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

(2) Lorsqu'aucune exemption n'a été accordée en vertu du paragraphe précédent, le Conseil peut encore exempter de toute amende une entreprise qui dépose une demande afférente après que le Conseil ait disposé de preuves suffisantes pour adopter une décision ordonnant une inspection lorsque: a) cette entreprise est la première à fournir des éléments de preuve qui permettent d'établir une violation de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 101 du Traité en rapport avec l'entente présumée et b) que le Conseil ne disposait pas, au moment de la communication de ces éléments, de preuves suffisantes pour conclure à une violation

³¹⁸ Voir en ce sens la Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des accords, 2006/C 298/11, JOUE 8.12.2006, C 298/17, point 5.

³¹⁹ Précitée.

de l'article 3 de la présente loi ou de l'article 101 du Traité en rapport avec l'entente présumée.

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

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

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

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

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

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

9.6.1.2 Droit de l'Union

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

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

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

385. En l'espèce, il convient de rappeler que les 15 et 16 juillet 2015³²⁰, Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management ont fait l'objet d'une perquisition de leurs locaux, suite à l'auto-saisine du Conseil.

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

387. Le 11 janvier 2016, le Conseil a rendu un avis, estimant provisoirement³²¹ que les sociétés Bahlsen concernées pouvaient « *entrer dans le bénéfice de l'article 21 de la Loi* ». Cet avis indiquait notamment que le Conseil n'était pas en mesure d'évaluer, au

³²⁰ Voir section 3.2. ci-avant.

³²¹ Nous soulignons.

moment de l'adoption de l'avis, s'il pourrait exempter Bahlsen, cette décision étant soumise à un examen approfondi du dossier³²².

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

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

9.6.2.1 L'article 21, paragraphe 1 de la Loi

390. Tout d'abord, l'article 21, paragraphe 1 de la Loi établit clairement que, dans le cas où le Conseil dispose déjà d'éléments de preuve lui ayant permis d'ordonner une inspection, le seuil de coopération permettant au demandeur de clémence d'obtenir une immunité d'amende est plus élevé. C'est *a fortiori* le cas lorsque la demande de clémence intervient après l'inspection, comme c'est le cas en l'espèce. Pour cette raison, l'article 21, paragraphe 1 de la Loi n'est pas applicable dans la mesure où c'est la perquisition par le Conseil chez Bahlsen qui a déclenché la demande de clémence de Bahlsen. En d'autres termes, en l'absence de perquisition par le Conseil de Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management en juillet 2015, Bahlsen n'aurait pas informé le Conseil au sujet de l'infraction. Il ressort en effet de ses Observations en réponse à la notification de griefs que Bahlsen n'a pas d'opinion quant au caractère infractionnel ou non de ses pratiques : « *Au vu de ce qui précède, Bahlsen Luxembourg avoue certes avoir eu, à plusieurs reprises, des contacts avec des détaillants afin d'essayer de les convaincre de venir à une situation où les prix conseillés seraient respectés et suivis. Cependant, il revient au Conseil de la concurrence (et non à Bahlsen) de faire l'appréciation juridique de cette pratique, surtout quant à l'existence ou non d'une violation de l'article 101(1) TFUE ou l'article 3 de la Loi* »³²³.

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

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

³²² Avis de clémence n°2016-CL-01, point 20.

³²³ Voir Observations Bahlsen, point 19.

initialement objet de l'investigation du Conseil, à savoir les produits « *Bahlsen* » et « *Leibniz* »³²⁴.

393. Ces arguments ne peuvent toutefois pas être reçus pour les raisons suivantes : d'une part, le Conseil n'a de toute façon pas mené d'inspection chez Cactus et, d'autre part, le Conseil avait déjà mené une inspection chez Bahlsen, avant que Bahlsen ne décide de faire une demande de clémence. Aux termes d'une jurisprudence bien établie³²⁵, l'objectif des règles sur l'immunité est de récompenser les contributions permettant de déceler l'existence d'une entente et non de récompenser le soutien aux mesures supplémentaires d'une enquête en cours, sous la forme d'une seconde inspection plus ciblée.

394. Par ailleurs, il est artificiel de soutenir que les produits « *Lorenz* » et « *Saint Michel* » sont un marché de produits distincts des produits « *Bahlsen* » et « *Leibniz* ». Tous ces produits sont en effet commercialisés par Bahlsen. Par ailleurs, « *Bahlsen* », « *Lorenz* », « *Saint Michel* », « *Leibniz* » et « *PickUp !* » ne sont que les marques affichées par ces produits, selon la gamme à laquelle ils appartiennent (sucré/salé par exemple), à cause de raisons historiques (achat de Saint Michel par Bahlsen) ou encore en raison d'un positionnement marketing particulier (les logos « *PickUp* » et « *Bahlsen* » cohabitent sur le produit « *PickUp* »). Certes, l'ordonnance du président du Tribunal d'arrondissement du 1^{er} juin 2015, qui a autorisé les perquisition et saisie chez Bahlsen à Luxembourg, se référait « *au marché luxembourgeois concernant les produits « Bahlsen » et/ou « Leibniz »* », mais elle ne faisait pas référence à la notion de marque, ni à des produits « *sucrés* » ou « *salés* ».

395. Le système d'immunité, tant en droit national que de l'Union européenne vise à récompenser les entreprises qui aident les autorités de concurrence à déceler des ententes, bien souvent secrètes. L'immunité, en ce sens, doit refléter la contribution effective de l'entreprise. En l'espèce, le Conseil a lui-même déclenché l'enquête et, en l'absence de perquisition chez Bahlsen, cette dernière n'aurait pas contacté le Conseil et donc *a fortiori* n'aurait fourni, de manière spontanée, aucun élément de preuve.

396. Il s'ensuit que Bahlsen ne peut pas obtenir l'immunité sur le fondement de l'article 21, paragraphe 1 de la Loi.

9.6.2.2 L'article 21, paragraphe 2 de la Loi

397. L'article 21, paragraphe 2 de la Loi pourrait potentiellement trouver à s'appliquer au sens où, au moment de la demande de clémence, le Conseil, malgré la perquisition de Bahlsen, ne disposait pas encore d'éléments suffisants pour conclure à une infraction aux articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE.

398. Néanmoins, un certain nombre d'obstacles qui s'y opposent sont exposés ci-après.

³²⁴ Voir Observations de Bahlsen en réponse à la Communication des griefs, point 55.

³²⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, *Kone contre Commission*, T-151/07, ECLI:EU:2011:365, point 111.

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

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

399. Toutefois, Bahlsen a – par la mise en œuvre d'une police des prix - contraint d'autres entreprises et notamment Cactus, à participer à l'accord, afin qu'il soit veillé au respect des prétendus PVC, par une veille des prix, la discussion très régulière du respect de ces PVC avec Cactus et la formulation de rappels à l'ordre en cas d'écart³²⁶. A cet égard, une telle notion de contrainte, classique dans le cadre d'ententes anti-concurrentielles, n'est pas incompatible avec le fait qu'il y ait bien eu un concours de volontés, et donc un « accord » conclu entre deux parties, Bahlsen et Cactus, au sens des articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE.

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

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

401. Par ailleurs, selon l'article 21, paragraphe 5, b), le bénéfice de l'immunité (ou de la réduction d'amende) est soumis à la condition que l'entreprise apporte au Conseil « une coopération véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande jusqu'à la décision finale ». A l'instar de ce qui est pratiqué par d'autres autorités³²⁷, cela signifie qu'à aucun moment l'entreprise ne remette en cause devant l'autorité de concurrence, et ce jusqu'au terme de la procédure, les éléments factuels qu'elle a révélés à l'autorité dans le cadre de la procédure de clémence et qui fondent l'avis de clémence, la matérialité des faits qu'elle a dénoncés ou l'existence même des pratiques. Or, en l'espèce, le positionnement de Bahlsen est à tout le moins ambiguë : au mieux elle ne prend pas parti sur l'existence d'une infraction ou la minimise³²⁸. Mais, il lui arrive aussi de contester la matérialité des faits qu'elle a par ailleurs dénoncés : Bahlsen, dans ses Observations, conteste par exemple qu'il y ait eu une application significative des PVC³²⁹ alors qu'elle a par ailleurs versé la preuve de pourcentages de suivis supérieurs

³²⁶ Voir les points 4.2.3.4. et 4.2.3.5. pour les détails.

³²⁷ Voir en ce sens le communiqué de procédure du 3 avril 2015 de l'ADLC relatif au programme de clémence, point 23 (ii),

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/cpro_autorite_clemence_revise_0.pdf.

³²⁸ Voir point 19 des Observations Bahlsen, paragraphes 5 et 6 : « soit le Conseil estime que ce type de contacts (...) est suffisant, voire apporte une valeur ajoutée significative pour l'établissement d'une violation (...), soit ce type de contacts ne constitue pas de violation (...) ». Ou encore, point 32 : « les pratiques faisant l'objet de la présente procédure concernant des prix de vente conseillés qui, au vu des éléments communiqués par Bahlsen dans sa demande de clémence, seraient, selon le conseiller désigné, plutôt des prix de revente imposés ». Point 33 : « les pratiques faisant l'objet de la présente procédure ne concernent pas nécessairement l'entièreté du territoire du Grand-Duché de Luxembourg comme le prétend le conseiller désigné ». Aux points 50 et suivants, Bahlsen conteste que les conditions du triple test soient remplies et conclut : « le taux de suivi des différents principaux détaillants au Luxembourg est très variable et reste généralement à un niveau inférieur à 80% (...) ».

³²⁹ Voir Observations Bahlsen, points 43 et suivants.

au seuil des 80%³³⁰ ou encore, qu'elle indique dans un autre document relatif à la numérotation des pièces qu'une certaine catégorie d'entre-elles sont relatives au « *respect [par les entreprises du] pvc avec contrepartie* »³³¹.

402. Le bénéfice du régime d'immunité ou de réduction de l'amende n'est justifié, d'après la jurisprudence de l'Union, que lorsque le comportement de l'entreprise facilite la tâche de l'autorité dans la constatation de l'existence d'une infraction³³². En conséquence et au vu des éléments rappelés ci-dessus, il n'est pas possible de considérer la coopération fournie par Bahlsen comme « *véritable, totale et permanente, dès le dépôt de sa demande et jusqu'à la décision finale* » tel qu'exigé par l'article 21, paragraphe 5 de la Loi.

403. Bahlsen ne peut donc pas bénéficier de l'immunité ni d'une réduction d'amende au titre du programme de clémence.

9.7 Conclusion sur le montant de l'amende

404. Aux termes de l'article 20, paragraphe 2, alinéa 3 de la Loi, le montant final de l'amende ne peut excéder 10 % du chiffre d'affaires total mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

405. Ce chiffre d'affaires doit être calculé sur la base des chiffres d'affaires cumulés de toutes les sociétés de chaque groupe constituant une «entreprise» au sens du droit de la concurrence³³³. Cette référence est la mieux à même de constituer une indication fiable de la taille et de la puissance économique de l'entreprise en question.

406. Concernant Bahlsen, le chiffre d'affaires mondial le plus élevé au sens de l'article 20, paragraphe 2, alinéa 3 de la Loi est celui de l'année [REDACTED] d'euros³³⁴. Le plafond de 10% pour Bahlsen s'élève donc à [REDACTED] d'euros.

³³⁰ Voir pièce II.B.6.1. versée par Bahlsen le 21 juillet 2017, avec le complément à sa demande de clémence.

³³¹ Lettre de Bahlsen au Conseil du 12 décembre 2018.

³³² Voir en ce sens, l'arrêt de la Cour du 24 juin 2015, *Fresh Del monte Produce / Commission et Commission / Fresh Del Monte Produce*, C-293/13P et C-294/13P, ECLI:EU:C:2015:416, point 184.

³³³ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, *Akzo Nobel e.a./Commission*, T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381, point 90.

³³⁴ Courriel de Bahlsen au Conseil en date du 15 mars 2020, annexe 2.

407. Concernant Cactus, le chiffre d'affaires mondial le plus élevé au sens de l'article 20, paragraphe 2, alinéa 3 de la Loi est celui de l'année [REDACTED] euros³³⁵. Le plafond de 10% pour Cactus s'élève donc à [REDACTED] euros.

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

Bahlsen de: 1.083.253 euros.

Cactus de: 1.384.413 euros

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

³³⁵ Courrier Cactus au Conseil de la concurrence du 28 février 2020.

ADOpte LA DECISION SUIVANTE:

Article premier:

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

Article deux:

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

Bahlsen: 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.

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

Agnès GERMAIN
Conseillère

Thierry HOSCHEIT
Conseiller suppléant

Thierry LALLEMANG
Conseiller suppléant

Indications sur les voies de recours

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

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