

Décision n°2020-FO-03

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

Auchan Holding S.A.

Auchan Retail international S.A.

Monicole B.V.

Barolux S.A.

Auchan Luxembourg S.A.

Auchan International S.A.

Christal 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 (ci-après le « conseiller désigné ») 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 la perquisition en date des 13 et 14 janvier 2016 des sociétés Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International S.A. ;

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 4 février 2020 ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

Table des matières

1	Introduction.....	6
2	Les entreprises en cause.....	6
	2.1 Le fournisseur: Bahlsen.....	6
	2.2 Le distributeur: Auchan.....	8
3	Procédure.....	10
	3.1 L’auto-saisine du Conseil.....	10
	3.2 La perquisition de Bahlsen.....	11
	3.3 La procédure de clémence.....	12
	3.3.1 La demande de clémence de Bahlsen.....	12
	3.3.2 L’avis de clémence.....	12
	3.3.3 Les entretiens.....	12
	3.4 La perquisition au siège d’Auchan International S.A. et Auchan Luxembourg S.A.....	13
4	Les pratiques : rappel des faits.....	17
	4.1 Les produits concernés.....	17
	4.2 Les pratiques constatées.....	18
	4.2.1 Le cadre des relations commerciales entre Bahlsen, fournisseur et Auchan, distributeur.....	19
	4.2.2 Les prix de vente à Auchan.....	19
	4.2.3 Les prix de revente.....	20
	4.2.4 Les pratiques prises dans leur ensemble.....	34
5	Les griefs notifiés.....	36
6	Analyse juridique.....	37
	6.1 Procédure: sur le moyen tiré des procédures en cours et du sursis à statuer.....	37
	6.1.1 Arguments d’Auchan.....	37
	6.1.2 En l’espèce.....	37
	6.2 Procédure: sur les moyens tirés du non-respect des droits de la défense.....	38
	6.2.1 Sur le moyen tiré de la durée excessive de la procédure et de la rupture de l’égalité des armes.....	39
	6.2.2 Sur le moyen tiré des défauts de la Communication des griefs.....	43
	6.2.3 Sur le moyen tiré du manque d’impartialité.....	48
	6.2.4 Sur le moyen tiré du non-respect du principe de séparation des fonctions d’instruction et de décision.....	49
	6.2.5 Sur le moyen subsidiaire tiré du respect du droit au respect de la vie privée et des droits de la défense tels que garantis par la CEDH.....	50
	6.2.6 Sur le moyen subsidiaire tiré du fait que certaines pièces ne se rapportent pas à la période incriminée ou concernent d’autres distributeurs.....	62
	6.3 Le droit applicable.....	63
	6.3.1 La Loi.....	63
	6.3.2 L’article 101, paragraphe 1 du TFUE et l’affectation du commerce entre Etats membres.....	64
	6.3.3 Les règles d’administration de la preuve.....	69
	6.4 Le marché concerné.....	70
	6.4.1 Le marché des produits concernés.....	71

	6.4.2	Le marché géographique.....	72
	6.4.3	Les parties présentes sur le marché des produits concernés	72
	6.4.4	Conclusion	73
6.5		Accord et/ou pratique concertée sur les prix de revente minimaux ou fixes.....	73
	6.5.1	Les principes de l'interdiction des prix de revente imposés (minimaux ou fixes)	73
	6.5.2	Un concours de volontés.....	75
	6.5.3	En l'espèce.....	80
6.6		L'accord s'inscrit dans le cadre de plusieurs accords parallèles entre Bahlsen et ses distributeurs, dont Auchan.....	99
	6.6.1	Absence de preuves suffisantes pour retenir la qualification d'accord horizontal ou d'infraction unique et continue	99
	6.6.2	L'existence de plusieurs accords et/ou pratiques concertées parallèles entre Bahlsen et certains de ses distributeurs.....	100
6.7		Restriction de concurrence « par objet »	101
6.8		Non-application du règlement (UE) n°330/2010.....	104
6.9		Non-application des articles 4 de la Loi et 101, paragraphe 3 TFUE.....	105
7		Durée de l'infraction.....	106
8		imputabilité des pratiques	108
	8.1	Le droit applicable.....	108
	8.2	Les moyens d'Auchan	109
	8.3	Les moyens de Bahlsen	112
	8.3.1	Quant au moyen fondé sur l'autonomie de Bahlsen Luxembourg... ..	112
	8.3.2	Quant au moyen fondé sur la responsabilité solidaire	113
	8.4	En l'espèce	113
	8.4.1	Bahlsen.....	113
	8.4.2	Auchan	114
9		Sanctions.....	115
	9.1	Sanctions au titre de l'article 20, paragraphe 2 de la Loi – les principes	115
	9.2	Nature intentionnelle ou négligente de l'infraction.....	117
	9.3	Détermination de la valeur des ventes.....	117
	9.4	Calcul du montant de base en fonction de la gravité et de la durée.....	118
	9.4.1	Gravité	119
	9.4.2	Durée.....	121
	9.4.3	Droit d'entrée.....	121
	9.4.4	Conclusion sur le montant de base.....	122
	9.5	Ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et/ou atténuantes.....	122
	9.5.1	Circonstances aggravantes	122
	9.5.2	Circonstances atténuantes	124
	9.5.3	Majoration dissuasive	124
	9.5.4	Conclusion sur l'ajustement du montant de base.....	125
	9.6	Prise en compte des règles de clémence: Bahlsen	125
	9.6.1	Les principes	125
	9.6.2	En l'espèce: Bahlsen ne peut bénéficier de l'immunité ni d'une réduction d'amende au titre de la clémence.....	128

9.7 Conclusion sur le montant de l'amende 132

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 d'autre part, Auchan Holding S.A., Auchan Retail international S.A., Monicole B.V., Barolux S.A., Auchan Luxembourg S.A., Auchan International S.A. et Christal S.A. (ci-après « Auchan »).
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 Auchan.

2.1 Le fournisseur: Bahlsen

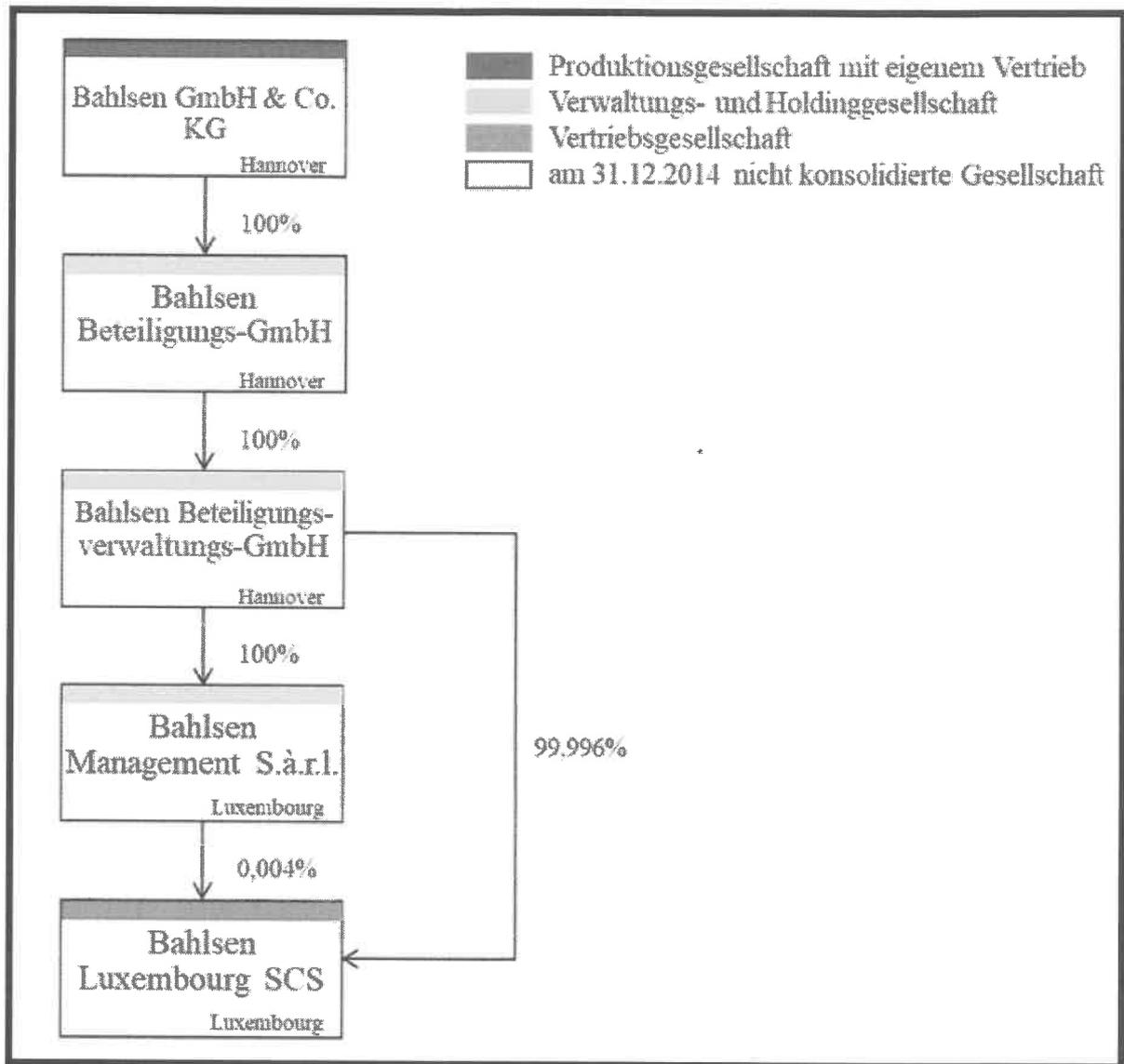
4. Bahlsen est un groupe international, principalement actif dans la fabrication et la vente de biscuits et gâteaux. Le siège de la tête du groupe est établi à Hanovre, en Allemagne. Bahlsen commercialise ses produits au Luxembourg par l'intermédiaire de Bahlsen Management S.à.r.l. (ci-après « Bahlsen 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.

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. »*

8. La structure du groupe Bahlsen peut être schématisée comme suit³ :



2.2 Le distributeur: Auchan

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

- Auchan Holding S.A., inscrite au registre du commerce et des sociétés (RCS) de Lille sous le numéro 476 180 625 00479 et ayant son siège social au 40, avenue du Flandre à Croix (59170), France ;

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

- Auchan Retail International S.A., inscrite au RCS de Lille sous le numéro 410 408 959 00014 et ayant son siège social rue du Maréchal de Lattre de Tassigny à Croix (59170), France ;
 - Monicole B.V., inscrite au répertoire néerlandais des entreprises sous le numéro 24263487 et ayant son siège social au De Boelelaan 7, 8ème étage, 1083HJ Amsterdam, Pays-Bas ;
 - Barolux S.A., inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro B183547 et ayant son siège social au 6, rue Jean Monnet L-2180 Luxembourg ;
 - Les trois sociétés du groupe Auchan implantées au Luxembourg dont l'objet social est la gestion commerciale de l'enseigne au Luxembourg :
 - Auchan Luxembourg S.A., inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro B45515 et ayant son siège social au 5, rue Alphonse Weickert L-2721 Luxembourg ;
 - Auchan International S.A., inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro B73616 et ayant son siège social au 5, rue Alphonse Weickert L-2721 Luxembourg ; et
 - Christal S.A., inscrite au RCS de Luxembourg sous le numéro B105408 et ayant son siège social au 5, rue Alphonse Weickert L-2721 Luxembourg ;
10. Auchan est implantée au Grand-Duché de Luxembourg depuis 1996 et dispose d'un hypermarché, d'un superstore, d'un magasin d'ultra-proximité et de quatre Auchan Drive⁴. En 2019, le groupe Auchan figurait à la 13^{ème} place mondiale des distributeurs alimentaires avec une présence dans 14 pays⁵.
11. Les sociétés mères du groupe Auchan, à savoir les sociétés Auchan Holding S.A., Auchan Retail International S.A., Monicole B.V. et Barolux S.A. détiennent à hauteur de [REDACTED] le capital de leurs filiales luxembourgeoises, les sociétés Auchan Luxembourg S.A., Auchan International S.A. et Christal S.A.

⁴ <https://www.auchan-retail.com/fr/location/auchan-retail-luxembourg/>

⁵ <https://www.auchan-retail.com/fr/qui-sommes-nous/>

Confidentiel

Source : Schéma de la structure capitalistique des branches luxembourgeoises du Groupe Auchan, Annexe 1 au courrier d'Auchan au Conseil du 22 décembre 2017 et pièce n°1 versée par la société Auchan Holding.

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 en juin 2019 (ci-après les « Observations »).

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 Marc Feyereisen 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 l'« Etude 4 frontières » de 2015⁶ 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 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], 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

⁶ 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>

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 Loi⁷, 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 ;
 - le 24 novembre 2017 avec Auchan International S.A. et Auchan Luxembourg S.A.

⁷ Avis de clémence n°2016-CL-01 du 11 janvier 2016.

3.4 La perquisition au siège d'Auchan International S.A. et Auchan Luxembourg S.A.

28. Le 12 novembre 2015, l'ancien conseiller désigné, Marc Feyereisen, a en vertu de l'article 16 de la Loi, déposé une requête au greffe du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg afin de se voir autoriser à procéder à une perquisition et saisie au siège social des sociétés Auchan International S.A., Auchan Luxembourg S.A. et Auchan Immobilier du Kirchberg.
29. Il a notamment fait valoir des indices graves permettant de soupçonner l'existence d'une entente sur les prix de revente de plusieurs produits sucrés et salés de Bahlsen entre Bahlsen et la grande majorité des enseignes de la grande distribution établies au Grand-Duché du Luxembourg dont notamment les sociétés Auchan Luxembourg S.A., Auchan International S.A. et/ou Auchan Immobilier du Kirchberg⁸.
30. 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 2015⁹ qu'une multitude de produits commercialisés par Bahlsen affichaient des prix identiques dans plusieurs supermarchés ou enseignes établis au Luxembourg.
31. Par ordonnance du 8 décembre 2015 (ci-après « l'Ordonnance »), le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a constaté la réunion d'indices graves permettant de soupçonner des pratiques prohibées. Il a dès lors fait droit à la demande en perquisition et saisie dans les locaux d'Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International S.A.¹⁰
32. A défaut d'éléments précis et concrets permettant d'établir l'implication de la société Auchan Immobilier du Kirchberg S.A., le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a en revanche rejeté la demande de perquisition et saisie dirigée contre ladite société.
33. Au vu des opérations à pratiquer et conformément à la demande du conseiller désigné, Marc Feyereisen, le président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a également désigné deux officiers de police judiciaire (section Nouvelles Technologies).
34. Les 13 et 14 janvier 2016, le conseiller désigné Marc Feyereisen a procédé aux perquisitions des locaux d'Auchan. Il était assisté de deux officiers de police judiciaire (section Nouvelles Technologies), de monsieur Mattia Melloni, conseiller effectif au

⁸ Voir la requête en autorisation de perquisition et saisie et en désignation d'officiers de police judiciaire conformément à l'article 16 de la Loi de l'ancien conseiller désigné, p. 4.

⁹ 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>

¹⁰ Voir l'ordonnance d'autorisation de perquisition et de saisie du premier juge siégeant en remplacement du président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 décembre 2015, p.2.

Conseil ainsi que [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], tous deux assermentés en qualité d'officiers de police judiciaire.

35. Des documents en version papier ont été saisis dans différents bureaux de la direction commerciale d'Auchan¹¹. Compte tenu d'un problème d'ordre technique lié à l'interface informatique utilisée par Auchan, les données informatiques n'ont pas pu être analysées sur place. Ces données ont été mises sous scellés¹².
36. Le 18 janvier 2016, Auchan a soulevé la nullité de l'ordonnance de perquisition du 8 décembre 2015 ainsi que des actes d'inspection effectués les 13 et 14 janvier 2016 devant la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg.
37. Le 25 février 2016, l'ancien conseiller désigné a convoqué Auchan dans les locaux du Conseil pour l'ouverture et l'analyse d'un disque dur externe saisi lors des inspections des 13 et 14 janvier 2016. Une première phase d'extraction et d'indexation des données informatiques saisies a alors eu lieu dans les locaux du Conseil, en présence notamment du conseil juridique d'Auchan.
38. Par ordonnance du 26 février 2016, la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement s'est déclarée compétente pour connaître des demandes en nullité d'Auchan. Elle a déclaré celles-ci recevables et a ordonné à Marc Feyereisen de communiquer à Auchan sa requête en autorisation de perquisition et saisie, ainsi que les pièces versées au soutien de celle-ci.
39. Suite à l'appel introduit le 2 mars 2016 par l'ancien conseiller désigné, la Chambre du conseil de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg a, par arrêt du 27 avril 2016¹³, réformé l'ordonnance du 26 février 2016 de la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement et déclaré irrecevable la requête en nullité d'Auchan du 18 janvier 2016.
40. Le 26 mai 2016, Auchan a introduit un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 27 avril 2016 de la Chambre du conseil de la Cour d'appel. Selon Auchan, cet arrêt ne prenait pas clairement position sur les voies de recours applicables pour contester des opérations de perquisition et saisie effectuées sur le fondement de l'article 16, paragraphe 3 de la Loi.
41. Le pourvoi a été rejeté par la Cour de Cassation le 30 mars 2017¹⁴.
42. Suite à l'arrêt de cassation, le nouveau conseiller désigné, Mattia Melloni, a informé Auchan de la reprise des opérations d'extraction et d'indexation. Ces opérations se sont déroulées les 11, 12 et 15 mai 2017 en présence du conseil juridique d'Auchan.

¹¹ Procès-verbal de perquisition et saisie 7 du 13 janvier 2016.

¹² Procès-verbaux et scellés correspondants 1, 2, 5, 6 et 8 du 13 janvier 2016 et procès-verbal 9 du 14 janvier 2016.

¹³ Arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 27 avril 2016, n°327/16.

¹⁴ Arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du 30 mars 2017, n°16/2017.

43. Les 19 et 29 mai 2017, Auchan a déposé devant le président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, sur le fondement de l'article 16, paragraphe 4 de la Loi et des articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CEDH »), deux requêtes unilatérales en nullité des opérations ayant eu lieu les 11, 12 et 15 mai 2017, ainsi que du procès-verbal du 15 mai 2017 qui les avait clôturées¹⁵.
44. En parallèle de ces requêtes, Auchan a également introduit le 19 mai 2017 un recours en nullité devant la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement fondé sur l'article 126 du Code de procédure pénale, contre les opérations d'instruction conduites les 11, 12 et 15 mai 2017 et le procès-verbal du 15 mai 2017.
45. Le 19 mai 2017, Auchan a également introduit contre ces mêmes opérations et ce même procès-verbal un appel devant la Chambre du conseil de la Cour d'appel sur le fondement de l'article 133 du Code de procédure pénale.
46. Le 29 mai 2017, le Tribunal d'arrondissement par son premier juge remplaçant le président du Tribunal, a déclaré les requêtes des 19 et 29 mai 2017 recevables mais les a rejetées aux motifs que les recours susvisés n'y étaient pas annexés et qu'il ne résultait pas de l'article 16, paragraphe 4 de la Loi que les mesures sollicitées par Auchan pouvaient être adoptées sans débat contradictoire.
47. Le 12 juin 2017, Auchan a alors introduit une nouvelle requête devant le président du Tribunal d'arrondissement sollicitant notamment la convocation des parties à des fins de débat contradictoire¹⁶.
48. Par ordonnance du 14 juillet 2017¹⁷, le premier juge remplaçant le président du Tribunal d'arrondissement s'est déclaré incompétent pour connaître des différentes demandes qui lui avaient été soumises et a rejeté la requête du 12 juin 2017 au motif que les demandes n'avaient été présentées qu'après l'achèvement de la perquisition et de la saisie.
49. Le 2 août 2017, Auchan a interjeté appel devant la Cour d'appel contre l'ordonnance du 14 juillet 2017 par le premier juge remplaçant le président du Tribunal d'arrondissement.
50. Les 4 et 5 septembre 2017, le conseiller désigné a continué les opérations d'extraction et d'indexation dans les locaux du Conseil. Le conseil juridique d'Auchan était présent.
51. Le 8 septembre 2017, Auchan a introduit contre les opérations d'instruction des 4 et 5 septembre 2017 et le procès-verbal du 4 septembre 2017 les ayant clôturées, d'une part,

¹⁵ Selon Auchan, le juge ayant autorisé les opérations de perquisition et de saisie serait compétent pour contrôler les actes d'instruction des 11, 12 et 15 mai 2017 dans les locaux du Conseil.

¹⁶ A l'instar des requêtes des 19 et 29 mai 2017, Auchan a fait valoir que le juge ayant autorisé les opérations de perquisition et saisie serait le seul compétent pour contrôler parmi d'autres opérations celles tenues les 11, 12 et 15 mai 2017 dans les locaux du Conseil.

¹⁷ Ordonnance du 14 juillet 2017, n°426/2017.

un recours en nullité devant la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement fondé sur l'article 126 du Code de procédure pénale, et d'autre part, un appel devant la Chambre du conseil de la Cour d'appel fondé sur l'article 133 du Code de procédure pénale.

52. Le 18 septembre 2017, Auchan a introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation des articles 6, paragraphe 1 et 8, paragraphe 1 de la CEDH.
53. Le 5 décembre 2017, le conseiller désigné a procédé, avec l'accord d'Auchan, à la destruction des supports informatiques saisis lors de l'inspection des 13 et 14 janvier 2016. Cette destruction a eu lieu après sauvegarde du matériel informatique saisi et retenu comme relevant pour l'enquête. Lors de la destruction des supports informatiques, étaient présents Mattia Melloni, conseiller désigné et le conseil juridique d'Auchan.
54. Le 11 octobre 2018, la Cour européenne des droits de l'Homme a déclaré la requête d'Auchan en date du 18 septembre 2017, irrecevable¹⁸.
55. Par arrêt du 14 mai 2020, la Cour d'appel s'est déclarée compétente, a rejeté l'appel des sociétés Auchan en date du 2 août 2017 et confirmé l'ordonnance du 14 juillet 2017 en jugeant que :

« (l)e juge judiciaire saisi par le Conseil de la concurrence exerce, avant tout, un contrôle préalable. Il doit vérifier si les conditions pour autoriser une perquisition avec saisie sont données.

Il est compétent pour contrôler, même sur place, l'exécution des opérations de perquisition et de saisie autorisées, pour s'assurer qu'elles ne dépassent pas le cadre de l'ordonnance qu'il a rendue.

Il ne peut plus intervenir après l'achèvement de ces opérations, afin de ne pas entrer en concurrence avec les juridictions administratives.

En raison du fait que la loi de 2011¹⁹ n'a pas instauré un régime d'examen immédiat des conditions dans lesquelles la perquisition et la saisie ont été effectuées, tel que ce régime est, en matière pénale, prévu par les articles 48-2 et 126 du Code de procédure pénale, la compétence pour se prononcer à ce sujet revient au juge du fond, c'est-à-dire au juge administratif »²⁰.

¹⁸ Cour européenne des droits de l'Homme, décision du 11 octobre 2018, Affaire Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International S.A. c. Luxembourg, requête 68900/17.

¹⁹ La Loi, nous ajoutons.

²⁰ Arrêt de la Cour d'appel du 14 mai 2020 entre Auchan Luxembourg et Auchan International et le Conseil de la concurrence, n°61/20, p.9.

56. Suite à l'arrêt de la Cour d'appel du 14 mai 2020, plusieurs conclusions peuvent être tirées. Premièrement, l'ordonnance du 8 décembre 2015 (pour rappel : « l'Ordonnance ») rendue par le président du Tribunal d'arrondissement et ayant autorisé les opérations de perquisition et saisie dans les locaux d'Auchan était justifiée et ne peut plus être contestée. Deuxièmement, le juge qui avait autorisé les opérations de perquisition et saisie des 13 et 14 janvier 2016 avait marqué son accord à ce qu'elles soient poursuivies. Ces opérations se sont achevées le 14 janvier 2016. Troisièmement, le juge ayant autorisé les perquisitions et saisies s'est, à bon droit, reconnu incompétent pour connaître des recours d'Auchan contre les opérations d'instruction ayant eu lieu postérieurement au 14 janvier 2016, c'est-à-dire une fois les perquisition et saisie terminées. Un tel recours relève de la compétence du juge administratif.
57. En d'autres termes, en l'absence de pourvoi en cassation introduit contre l'arrêt de la Cour d'appel du 14 mai 2020, Auchan devrait se désister ou être déboutée de ses recours en nullité et appel introduits les 8 septembre et 19 mai 2017 devant la Chambre du conseil du Tribunal d'arrondissement, d'une part, et la Chambre du conseil de la Cour d'appel, d'autre part, visant tant les opérations de perquisition et saisie des 13 et 14 janvier 2016, que les opérations subséquentes d'instruction des 25 février 2016, des 11, 12 et 15 mai 2017 ainsi que des 4 et 5 septembre 2017, et contre les procès-verbaux des 15 mai et 4 septembre 2017.
58. Le Conseil répond ci-après dans les sections 6.1 et 6.2. relatives à la procédure aux différents moyens soulevés par Auchan et visant les opérations d'instruction menées subséquentement aux perquisition et saisies.

4 LES PRATIQUES : RAPPEL DES FAITS

59. 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

60. Bahlsen commercialise au Luxembourg *via* Bahlsen Luxembourg des produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage)²¹ à des grossistes ainsi qu'à des distributeurs ou chaînes de supermarchés, en direct ou *via* des centrales d'achat.
61. 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 ■■ références²² au Luxembourg. Dans le segment des produits sucrés, Bahlsen vendait principalement

²¹ Pièce I.B.1., demande de clémence.

²² Voir courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q5. ■■ références représentent une moyenne.

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 acquise par Bahlsen en 1994.

62. 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 Bahlsen²³.
63. Au cours de la période infractionnelle visée, Auchan s'approvisionnait pour le Luxembourg directement auprès de Bahlsen Luxembourg.
64. 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 [REDACTED], Bahlsen indiquait: « (...) *the Luxembourg consumer has the highest consumption level of Bahlsen biscuits all over the world. Our top 5 selling products on the Luxembourg market are: Pick up!, Choco Leibniz, Hit, Messino and Leibniz Minis*»²⁴.
65. 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] telle 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] pour son premier concurrent, Lay's Smith²⁵. 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]²⁶. Dans une présentation interne de [REDACTED], Bahlsen se dépeignait comme ayant une « *indisputable leadership position* » en « *salé* » en [REDACTED]²⁷.

4.2 Les pratiques constatées

66. Sont présentés dans cette section les éléments se rapportant aux relations entre Bahlsen et Auchan. 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 Auchan sont donc exposées dans la présente section à la lumière de ce contexte

²³ Pièce I.A.3., demande de clémence.

²⁴ Voir dans inspection Bahlsen, scellés 2 et 3, échantillon saisi INFO, présentation attachée au courriel du [REDACTED] de [REDACTED] de Luxembourg/Bahlsen Gruppe à [REDACTED], « WG : Präsentation von Bahlsen Luxembourg [REDACTED] ».

²⁵ Pièce II.C.1.07., demande de clémence, Réunion interne [REDACTED] (Réunion sales & merch [REDACTED]), page 11.

²⁶ Voir pièce II.C.1.07., demande de clémence, page 13.

²⁷ Voir pièce II.B.7.5., demande de clémence, page 16.

particulier. Les éléments strictement propres à Auchan 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 Auchan, distributeur*

67. Il a été exposé par le demandeur de clémence que les contacts entre le fournisseur, Bahlsen, et le distributeur en cause, Auchan, prenaient différentes formes au fil des années.
68. Au moment de l'entrée en relation commerciale, Bahlsen Luxembourg négociait avec le distributeur, Auchan, 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.
69. 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 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 PVC²⁸.
70. Une fois la relation commerciale initiée, des négociations annuelles ou trimestrielles se tenaient entre Bahlsen et Auchan. 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] [REDACTED] ou, plus rarement, de ses délégués commerciaux – rencontrait Auchan sur une base trimestrielle pour assurer le suivi de la relation commerciale.
71. En marge des réunions fixes annuelles et trimestrielles, des contacts réguliers ont été identifiés entre Bahlsen et Auchan. Ces contacts se matérialisaient par l'échange de courriers, des communications téléphoniques ou la tenue de réunions physiques.
72. Dans le cadre de ces contacts, Bahlsen et Auchan abordaient entre autres, d'une part, le thème des prix de gros auxquels Bahlsen facturait ses produits à Auchan, et d'autre part, le thème des prix de revente acquittés par le consommateur chez Auchan au Luxembourg.

4.2.2 *Les prix de vente à Auchan*

73. 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 qu'Auchan, était calculé par Bahlsen sur la base du coût du produit (incluant par exemple le coût d'achat

²⁸ 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 et également pièce II.D.2.08, demande de clémence, Dossier de réunion avec Auchan du 25 janvier 2012, p. 8 à 14.

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 Auchan, était le prix net appelé « prix 3x NET », « *tarif de base* » ou encore « *tarif* » ou « *tarifaire* ».

4.2.3 *Les prix de revente*

74. Comme il sera exposé ci-après, Bahlsen fixait pour ses produits un prix à la revente et le diffusait ensuite à Auchan, en l'estampillant « *prix de vente* », « *prix conseillé* » ou « *PVC* », acronyme de « *prix de vente conseillé* ». Par commodité de langage, la 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, Auchan a ensuite, d'une manière significative, suivi ces prix dans ses magasins, soit en les appliquant, soit, en certaines occasions, en ne facturant pas en-dessous, faisant ainsi fonctionner le *PVC* comme un prix fixe ou minimum.

75. 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*

76. 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 distributeurs²⁹ 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 des PVC par Bahlsen aux distributeurs*

77. La Communication des griefs a mis en évidence que ces *PVC* étaient ensuite transmis par Bahlsen à Auchan *via* les fiches techniques de produits et lors de réunions³⁰. Ces

²⁹ Voir Réponse à la question n°3, PV entretien M. [REDACTED] du 4 mars 2016.

³⁰ Pour une communication des *PVC* lors d'une réunion avec Auchan, voir les pièces de la demande de clémence : pièce II.D.2.03., Dossier de réunion avec Auchan de janvier 2014, p. 1 ; pièce II.D.2.04. Dossier de réunion avec Auchan du 20 septembre 2013, p. 2 et 6 à 10 ; pièce II.D.2.05. Dossier de réunion Auchan du 04 juillet 2013 p. 1 et 5 à 8 ; pièce II.D.2.06. Dossier de réunion avec Auchan du 04 octobre 2012, p. 1, 5 et 6 ; pièce II.D.2.07. Dossier de réunion avec Auchan du 28 juin 2012 p.2 et 7 ; pièce II.D.2.08, Dossier de réunion avec Auchan du 25 janvier

PVC étaient en outre rappelés à Auchan lorsque Bahlsen souhaitait attirer son attention sur le fait qu'il ne les suivait pas et qu'il devait s'y ajuster³¹.

78. Par ailleurs, Bahlsen communiquait parfois à Auchan – par exemple par l'envoi via courriels d'une liste de produits - un prix seul sans indication qu'il s'agissait d'un conseil de la part de Bahlsen ou d'une recommandation facultative³².

79. En outre, cette transmission à Auchan de prix de revente prétendument conseillés était parfois faite à la demande de Auchan lui-même³³.

4.2.3.3 Mise en œuvre par Auchan

80. Une analyse du respect effectif de ces prix par Auchan a été menée dans la présente décision.

81. 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 courriels et de documents entre les parties en cause ainsi que des relevés de prix ou « *price panel reviews* » (aussi appelés « *PPRs* ») effectués chaque mois par Bahlsen dans différents points de vente de la distribution luxembourgeoise, et notamment chez Auchan à Luxembourg³⁴.

82. 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 pages³⁵ les prix de revente effectivement pratiqués par plusieurs distributeurs au Luxembourg, y compris Auchan, 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*.

2012, p.2, 4 et 5 (p. 8 à 14 pour des exemples de fiches techniques avec *PVC*) ; pièce II.D.2.09. Dossier de réunion avec Auchan du 11 avril 2011, p.3.

³¹ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24 et pièces II.B.4.01., II.B.4.04, II.B.4.05, II.B.2.03, II.B.2.07. et II.B.2.12.

³² Pour communication à Auchan, voir par exemple, les pièces II.D.2.14. et II.D.2.14. PJ.. Voir aussi pièces II.D.2.20 et II.D.2.20 PJ, demande de clémence.

³³ Pour un exemple de demande par Auchan, voir les pièces II.D.2.21 et II.D.2.21. PJ, demande de clémence.

³⁴ Ces relevés de prix ont été consignés à l'époque des faits dans les documents « *Price panel reviews* » ou « *PPR* » au dossier. Pour Auchan, voir pièces II.B.1.001. à II.B.1.056, II.B.2.03, II.B.2.07, II.B.5.7., II.B.4.01, II.B.4.04, II.B.4.05 et II.B.4.09, demande de clémence.

³⁵ Voir documents en annexe à la Communication des griefs.

83. 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 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 ces *PVC*.

84. Dans la présente décision, le Conseil a procédé à sa propre analyse dont les conclusions montrent un respect significatif de la part d'Auchan des *PVC* communiqués par Bahlsen. Le détail de cette analyse est inclus au point 6.5.3. ci-dessous.

4.2.3.4 Police des prix par Bahlsen et par Auchan lui-même

85. 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.

86. 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 2006³⁶. Bahlsen abordait ensuite régulièrement avec les distributeurs, dont Auchan 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

87. Bahlsen menait une veille ou surveillance des prix pratiqués au détail par les distributeurs et notamment Auchan, qui s'opérait au moyen de contrôles ponctuels³⁷ mais aussi de relevés de prix, « *plus ou moins chaque mois* »³⁸ d'après Bahlsen.

88. 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'en occupaient en remplissant des feuilles distribuées par monsieur [REDACTED] de Bahlsen. Ce dernier inscrivait alors les résultats dans un tableau Excel intitulé « *price panel review* » et/ou « *prix à la concurrence* »³⁹.

89. 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* »⁴⁰.

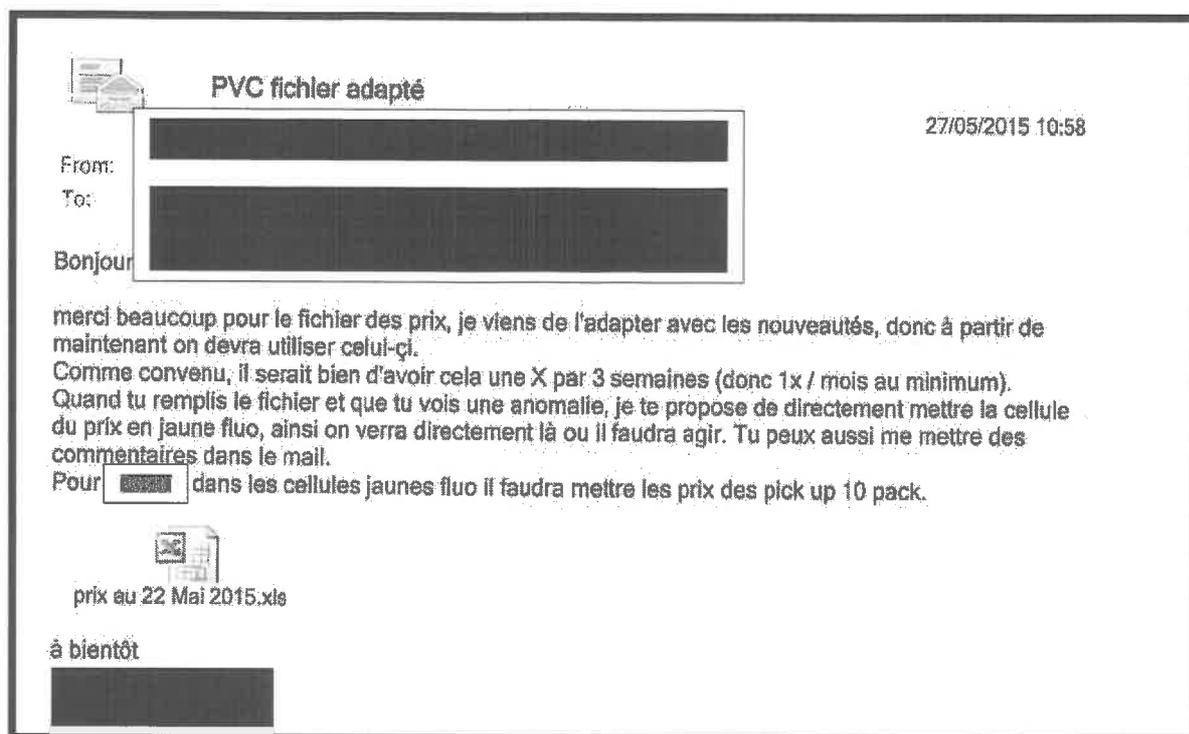
³⁶ Voir par exemple, la pièce II.B.4.22., demande de clémence, Price panel review 2006.

³⁷ Voir par exemple la pièce II.D.2.02., demande de clémence, faisant état d'un échange de courriels entre Auchan et Bahlsen aux termes duquel il est rapporté que M. [REDACTED] de Bahlsen avait été vérifier de manière ponctuelle les prix pratiqués par un concurrent d'Auchan.

³⁸ Observations Bahlsen, point 43.

³⁹ Voir notamment pièces II.B.1.001 à II.B.1.108., demande de clémence du 19 octobre 2015, point 22.

⁴⁰ 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./II.C.3.1. et II.C.3.1. PJ).

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

90. Le respect des *PVC* et la question de l'alignement des prix étaient par ailleurs thématiques lors de visites du [REDACTED] de Bahlsen, [REDACTED] [REDACTED], chez Auchan⁴¹. En d'autres termes, ce sujet était un point de discussion récurrent.

91. 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 Bahlsen⁴².

4.2.3.4.3 Les demandes de correction de comportements déviants

92. A plusieurs reprises, Bahlsen a, de sa propre initiative ou à la demande expresse d'un distributeur, rappelé à l'ordre d'autres distributeurs récalcitrants qui affichaient des prix déviant des *PVC*, en leur demandant de respecter ces prix. Les éléments spécifiques à Auchan sont repris au paragraphe 4.2.3.5. ci-dessous.

⁴¹ Voir par exemple la pièce II.D.2.15. et II.D.2.15 PJ, demande de clémence, montrant un courriel de [REDACTED] (Bahlsen) à [REDACTED] (Auchan) d'octobre 2013 indiquant : « *le prix des produits suivants devraient être corrigés (voir tableau)* ». Pour un autre exemple, voir la pièce II.D.2.22., demande de clémence, échange de courriel entre Bahlsen et Auchan du 18 novembre 2013 : « *voici ce qu'il faudrait corriger* ».

⁴² Voir demande de clémence du 19 octobre 2015 et complément à la demande de clémence du 3 mai 2016.

93. 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 consommateurs⁴³.
94. Dans ses Observations, Bahlsen indique d'ailleurs avoir contacté les distributeurs, tels qu'Auchan, quant au respect des *PVC*⁴⁴. 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 »⁴⁵, 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* »⁴⁶.
95. Auchan a même demandé à Bahlsen de vérifier que ses concurrents respectaient effectivement les prix dits « *conseillés* »⁴⁷. A au moins une reprise, Auchan est allé jusqu'à demander à Bahlsen de prendre des mesures coercitives vis-à-vis des concurrents récalcitrants⁴⁸ décrits comme « *gangrénant* » le marché (voir point 106 ci-dessous).
96. Les rappels à l'ordre par Bahlsen prenaient aussi la forme de visites de monsieur [REDACTED] auprès des distributeurs, dont Auchan, 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* », c'est-à-dire les produits pour lesquels le prix appliqué par l'enseigne en cause déviait du *PVC* communiqué par Bahlsen⁴⁹. Comme indiqué plus haut, les prix déviants étaient surlignés en couleur jaune.
97. Plus rarement, des listes spécifiques étaient communiquées aux distributeurs concernés par courrier électronique afin que les prix mentionnés soient corrigés⁵⁰. Dans certains cas, les « *price panel review* » ou la liste des produits « *problématiques* » étaient accompagnés d'une mention précisant que le distributeur concerné était prié de respecter les *PVC* avec, le cas échéant, indication d'une date butoir⁵¹ pour procéder à l'alignement.

⁴³ Voir en ce sens la demande de clémence du 24 avril 2017, page 2, 3^{ème} paragraphe.

⁴⁴ Observations Bahlsen en réponse à la Communication des griefs, point 19, 5^e paragraphe.

⁴⁵ Observations Bahlsen, point 36.

⁴⁶ Observations Bahlsen, point 43, 3^{ème} paragraphe.

⁴⁷ Voir les pièces suivantes de la demande de clémence : pièces II.D.2.02. Correspondance (courriels) avec Auchan du 12 décembre 2014. Pièce II.D.2.05. Dossier de réunion avec Auchan du 4 juillet 2013, compte rendu discussion p.1. faisant référence à « *PVC Strassen DLL* », où « *DLL* » signifie Delhaize.

⁴⁸ Voir pièce II.D.2.01., demande de clémence, correspondance (courriels) avec Auchan du 02 et 04 mai 2015, demande de clémence.

⁴⁹ Pièces II.B.4.01. à II.B.4.22, demande de clémence (les pièces concernant Auchan sont les pièces II.B.4.01., II.B.4.04., II.B.4.05., II.B.4.09., II.B.4.22.) Voir également la pièce II.A.12., demande de clémence, attestation de Monsieur [REDACTED], paragraphe 8.

⁵⁰ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 24,

⁵¹ Voir par exemple, pièces de la demande de clémence : pièce 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 »

4.2.3.4.4 Les mesures d'incitation

98. 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 distributeurs, et notamment Auchan⁵². Bahlsen, dans ses Observations,⁵³ indique qu'à au moins une reprise un rabais a pu être conditionné par un blocage des *PVC* par Auchan dans son système informatique de manière à ce que les prix en magasins soient automatiquement au niveau des *PVC*⁵⁴.

99. Même si ces pièces se situent parfois hors période infractionnelle, elles apportent des éléments de compréhension utiles quant au contexte des pratiques mises en œuvre. Il ressort en effet d'une jurisprudence bien établie⁵⁵ que l'autorité de concurrence peut tenir compte d'éléments en dehors de la période d'infraction, si ces éléments font partie du faisceau d'indices invoqué afin de prouver ladite infraction ou qu'ils sont des éléments de compréhension du contexte de l'infraction.

4.2.3.5 Éléments additionnels spécifiques relatifs à la participation d'Auchan à l'accord et/ou à la pratique concertée

100. Le thème des *PVC* tels que diffusés par Bahlsen et du respect de ceux-ci par Auchan, était régulièrement abordé lors de réunions et dans les échanges de courriers électroniques entre Bahlsen et les responsables d'Auchan (messieurs ██████████ ██████████ notamment)⁵⁶.

à l'attention d'Auchan, ou encore la pièce II.B.2.09. avec la mention « *A corriger svp* » à l'attention de ██████████ en date du 20 janvier 2009.

⁵² Voir pièces suivantes de la demande de clémence : II.F.1.1. Dossier de réunion avec ██████████ de fin 2011, notes de la réunion, p.12 ; II.F.2.1. Dossier de réunion avec Auchan du 22 décembre 2011, compte rendu discussion, p.1 ; II.F.2.2. Dossier de réunion avec Auchan de janvier 2011, compte rendu discussion et proposition par Auchan, p.1 ; II.F.2.3. Dossier de négociation avec Auchan 1^{ère} moitié de 2009, courriel de confirmation du 12 février 2009, p. 5 ; II.F.4.1. Présentation pour ██████████ 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 ██████████ du 30 octobre 2015, page 4, 3^{ème} paragraphe et procès-verbal ██████████ ██████████, Bahlsen, 4 mars 2016, p2 point 4, 4^{ème} paragraphe).

⁵³ Observations Bahlsen, point 44, 3^{ème} paragraphe.

⁵⁴ Voir pour l'interprétation du terme « *blocage* », la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 63, deuxième paragraphe.

⁵⁵ 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, point 193 et arrêt du 9 avril 2019, *Qualcomm / Commission*, T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232, point 91.

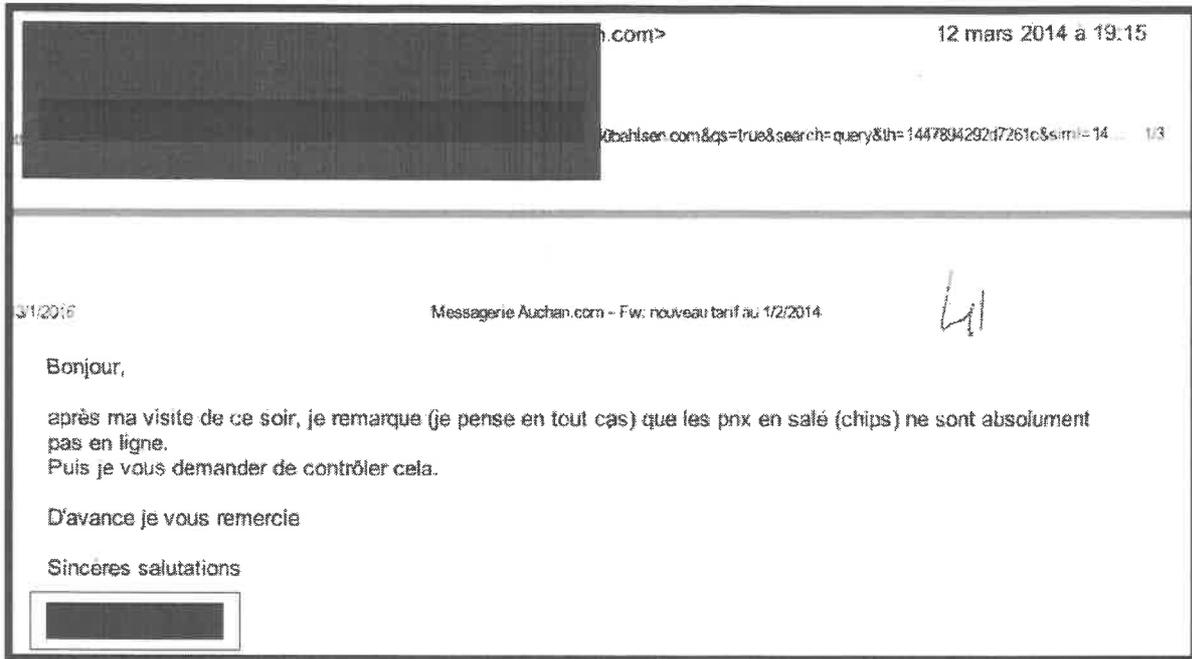
⁵⁶ Voir la demande de clémence du 19 octobre 2015, point 48 et les pièces suivantes de la demande de clémence : II.D.2.03. Dossier de réunion avec Auchan de janvier 2014, notes de la réunion, p. 1 ; II.D.2.04. Dossier de réunion avec Auchan du 20 septembre 2013, compte rendu discussion, p. 2, 6, 7, 9 et 10 ; II.D.2.05. Dossier de réunion avec Auchan du 04 juillet 2013, p.1 et 5 à 8 ; II.D.2.06. Dossier de réunion avec Auchan du 04 octobre 2012, p. 1, 5 et 6 ; II.D.2.07. Dossier de réunion avec Auchan du 28 juin 2012, p.1, 2, 7 et 9 à 12 ; II.D.2.08. Dossier de réunion avec Auchan du 25 janvier 2012, p.2 et 5 ; II.D.2.09. Dossier de réunion avec Auchan du 11 avril 2011, p.3 ; II.D.2.10. Correspondance (courriel) avec Auchan du 2 novembre 2009.

101. Lors de ces réunions ou postérieurement à celles-ci, le [REDACTED] de Bahlsen communiquait une liste des *PVC* aux responsables d'Auchan⁵⁷. A plusieurs reprises, Auchan lui-même a sollicité Bahlsen afin de recevoir cette liste de *PVC*⁵⁸.
102. Les *PVC* communiqués par Bahlsen étaient appliqués par Auchan et leur respect faisait l'objet de discussions entre les parties, un responsable de Bahlsen se rendant chez Auchan afin d'opérer des vérifications et demandant ensuite que des corrections soient faites par Auchan⁵⁹. A titre d'exemple, le courriel ci-dessous :

⁵⁷ Voir par exemple, correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 4 décembre 2015 concernant la transmission du planning promo sucré 2016 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20151204-Fw_plan promo 2016_Bahlsen Sucré-36.eml); correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 4 mai 2015 concernant la transmission du planning promo sucré 2015 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20150504-Fwd_Auchan Luxembourg_plan promo adapté jusque la rentrée des classes-45.eml); correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 26 février 2015 concernant la transmission des *PVC* suite au nouveau tarif applicable au 1^{er} mars 2015 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20150226-prix de vente conseillés suite au nouveau tarif applicable au 1_3_2015-142.eml); correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 3 juin 2014 concernant la transmission des *PVC* salé et sucré 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140603-information-151.eml); correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 27 janvier 2014 concernant la transmission des *PVC* en vigueur au 1^{er} février 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140127-nouveau tarif au 1_2_2014-162.eml); pièce II.D.2.14., demande de clémence, échange de courriels du 14 février 2013 et pièce jointe II.D.2.14.PJ, demande de clémence.

⁵⁸ Pour des exemples de demandes par Auchan, voir les pièces de la demande de clémence : pièces II.D.2.21 et II.D.2.21. PJ ainsi que II.D.2.08 Dossier de réunion avec Auchan du 25 janvier 2012, p.2 et 4 (recto des pages 1 et 2 de la présentation).

⁵⁹ Voir pour des exemples de demandes de correction : correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 27 mai 2014 concernant des demandes de corrections (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140527-petite info suite à ce matin-458.eml « *Le prix du pick up 20+4 devrait être de 6.99 et pas 5.89!* »); Voir la correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 18 novembre 2013 concernant une demande de correction des prix de vente afin que les *PVC* soient respectés (pièce II.D.2.22., demande de clémence et aussi dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20131118-info et correction_urgent-300.eml : « *suite à ma dernière visite, voici ce qu'il faudrait corriger...Les pvc sur le pick up 5 pack (car vous avez maintenant la promo 10+2) donc veuillez les mettre toutes les 4 à 1.99€* »); correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 31 octobre 2013 concernant une demande de correction (pièces II.D.2.15 et II.D.2.15 PJ, demande de clémence et aussi dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20131031-info importantes-268.eml : « *Les prix des produits suivants devraient être corrigés (voir tableau)* »); voir également pièces de la demande de clémence : II.B.2.12. (21 mars 2008), II.B.2.03 (11 septembre 2014), II.D.2.13. (19 mars 2013), II.D.2.16. (4 décembre 2012), II.D.2.17. (1^{er} mars 2012), II.D.2.18 (13 février 2012), II.D.2.19. (6 février 2012) et II.D.2.20. (26 janvier 2012).



Source : échange de courriels entre monsieur [redacted] (Bahlsen) et monsieur [redacted] (Auchan) du 12 mars 2014, saisie informatique Auchan, procès-verbal n°2 du 13 janvier 2016.

103. Auchan procédait ensuite à des modifications suite aux rappels à l'ordre de Bahlsen. Lors de l'audience du 4 février 2020, Auchan a par exemple produit lui-même la preuve concernant les suites qu'il a donné au rappel à l'ordre reçu de la part de Bahlsen le 4 décembre 2012⁶⁰ : Auchan a augmenté son prix de vente en le portant de 1,85 euros en novembre à 2,55 euros en décembre. Cette modification a été effectuée manuellement⁶¹ et enregistrée dans son système⁶² :

121006	2.46	_PP
121107	1.85	_PP
121225	2.55	L0011210

104. A plusieurs reprises, Auchan a d'ailleurs expressément confirmé à Bahlsen que des corrections ou des modifications avaient été faites sur les prix afin de respecter les PVC fournis par Bahlsen et ce, conformément à la stratégie commune de fixation des prix⁶³.

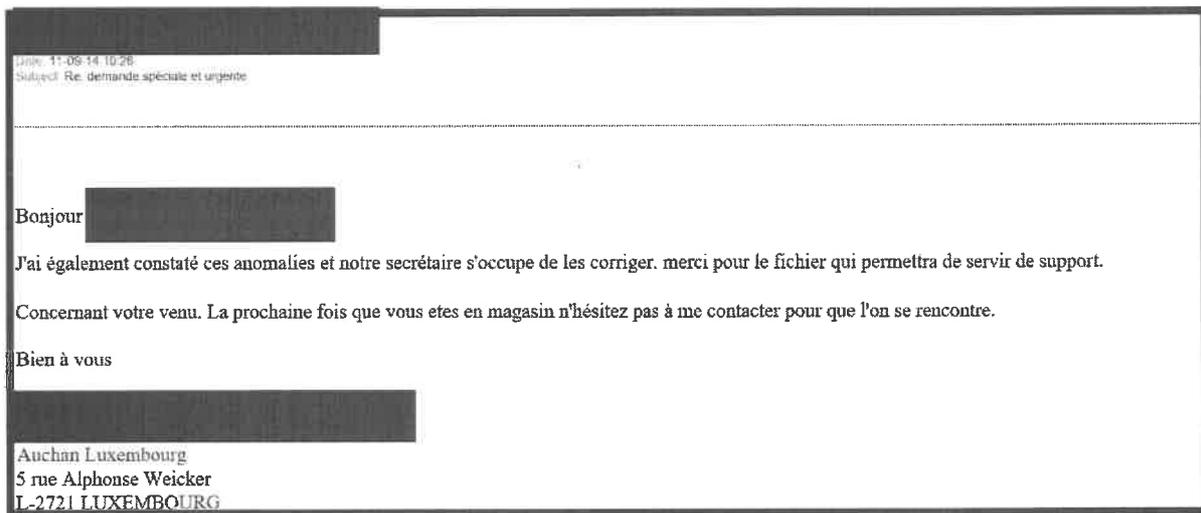
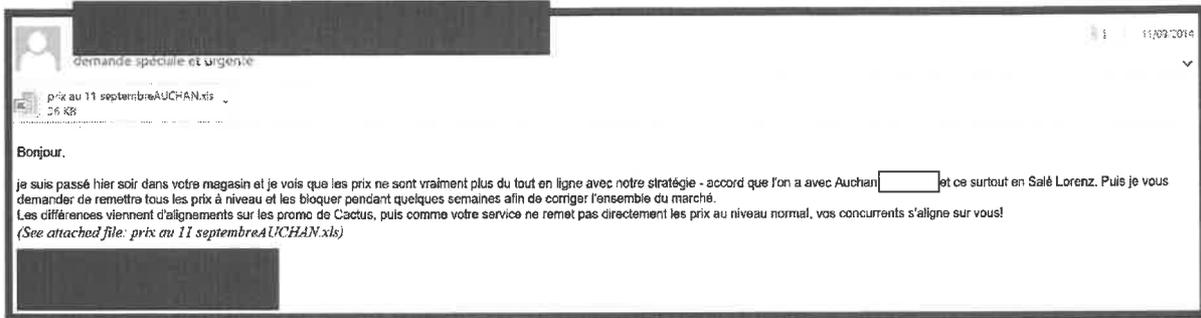
⁶⁰ Pièce II.D.2.16., demande de clémence, courriel de Bahlsen à Auchan en date du 4 décembre 2012 exhortant Auchan à augmenter le prix du produit « *snack hit 320g* » à 2,49 €.

⁶¹ Auchan a indiqué lors de l'audition du 4 février 2020 que le code [redacted]

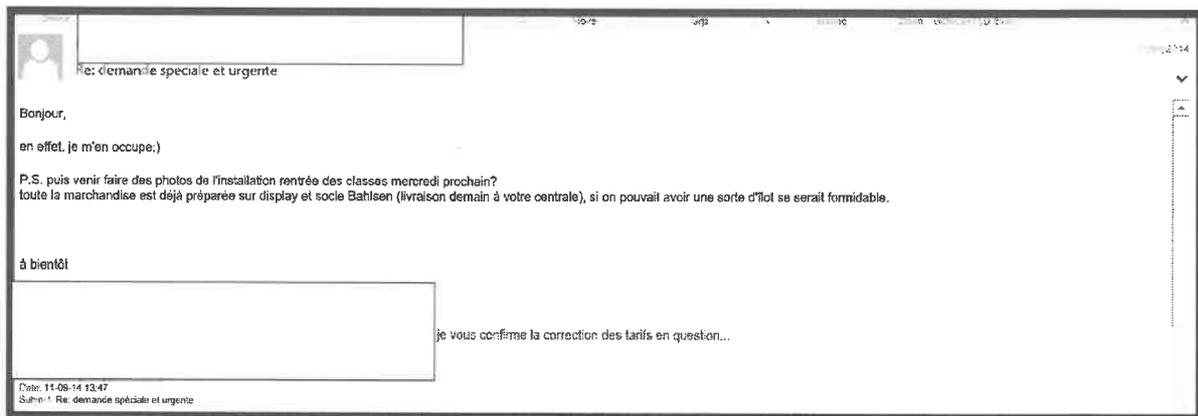
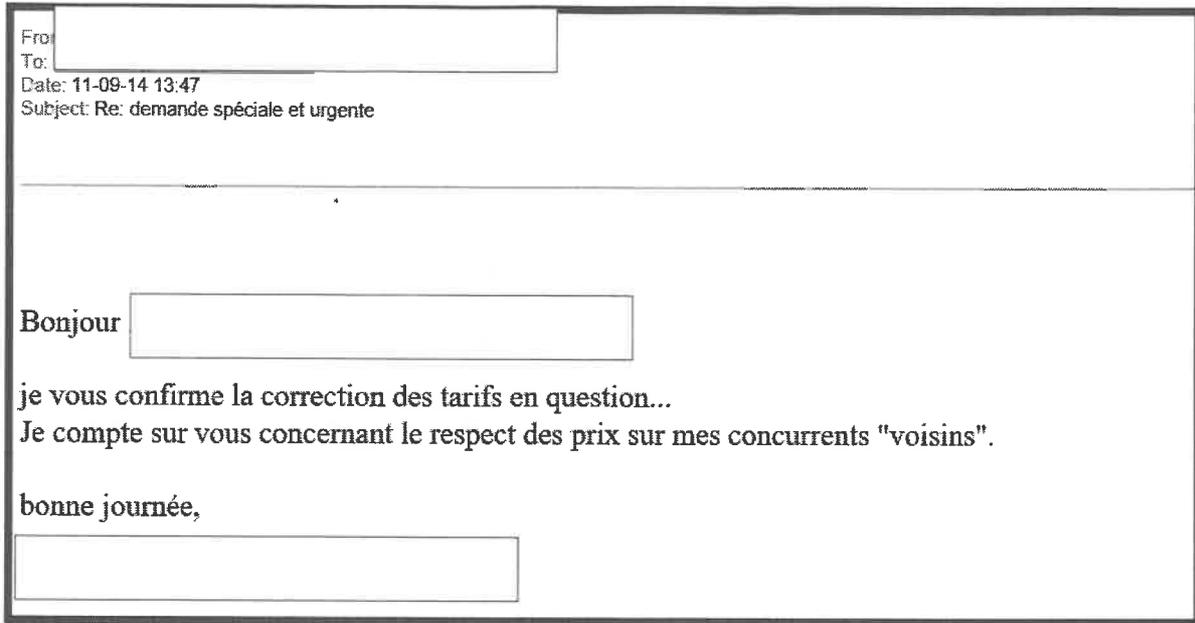
⁶² Voir présentation Auchan, envoyée au Conseil le 31 janvier 2020, page 50.

⁶³ Voir la correspondance (courriel) de Bahlsen à Auchan du 23 octobre 2014 avec transmission des PVC, puis relance de Bahlsen le 4 novembre 2014 et confirmation par Auchan que les modifications ont été faites le 6 novembre 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20141023-conseillés-150.eml, 2041104-Fw_conseillés-145.eml et 2041106-Re_conseillés-146.eml) ; correspondance (courriel) au sein d'Auchan entre

105. Un exemple de tels échanges est reproduit ci-dessous :



le responsable commercial et le service comptabilité le 12 avril 2014 concernant le respect d'un prix communiqué par Bahlsen (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140412-Re_tarif bahlsen-31.eml) ; correspondance (courriel) entre Auchan et Bahlsen des 28 février et 1^{er} mars 2014 concernant l'alignement sur les PVC pour la période commençant le 1^{er} février 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140228-Fw_nouveau tarif au 1_2_2014-435.eml et 20140301-Re_Fw_nouveau tarif au 1_2_2014-68.eml). Voir aussi la pièce II.D.2.19., demande de clémence, courriel d'Auchan à Bahlsen du 6 février 2012 : « juste pour vous confirmer que les prix seront appliqués dès demain en magasin ».



Source : échange de courriels entre monsieur [redacted] (Bahlsen) et messieurs [redacted] (Auchan) du 11 septembre 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140911-demande spéciale et urgente-464.eml, 20140911-Re_demande spéciale et urgente-185.eml, 2040911-Re_demande spéciale et urgente-202.eml et 20140911-Re_demande spéciale et urgente-441.eml).

conseillés
3 messages

[redacted] 23 octobre 2014 à 09:48

bonjour,

voici le tableau des PVC conseillés au 3/11/2014 > voir colonne bleue
(See attached file: prix au 10 octobre Auchan.xls)

sincères salutations

[redacted]

 prix au 10 octobre Auchan.xls
34K

[redacted] 6 novembre 2014 à 08:57

les modifications sont faites...

bonne journée,

[redacted]

[texte des messages précédents masqué]

Source : échanges par courriel entre monsieur [redacted] (Bahlsen) et messieurs [redacted] [redacted] (Auchan), 23 octobre et 6 novembre 2014, saisie informatique Auchan, voir procès-verbal n°2 du 13 janvier 2016.

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: 19/03/2013 14:01
Subject: Re: info pick up black&white 5 pack+info animation

bonjour [REDACTED]
je confirme c'était un peu compliqué pour les différentes animations, cela s'est un peu moins bien vendu que d'habitude mais je ne m'inquiète pas étant donné que l'on arrive sur pâques, j'ai revu le prix du pick up à 1.95.
cdt,

Le 18 mars 2013 09:54, [REDACTED] <[REDACTED]@bahlsen.com> a écrit :
Bonjour, [REDACTED]
il faudrait adapter celui-ci à 1.95 comme les 3 autres (de plus vous avez le 10+2, donc petit risque de ne rien vendre ...)

21300	PICK UP ! Black&White 5x28gr Multi-Pack	140 gr	4017100213328
-------	---	--------	---------------

P.S. malheureusement, je crains que l'on a pas trop bien vendu avec l'animatrice, car elles étaient quand même 3 sur 5 mètres et nos produits étaient cachés par l'animation de Luxlait.

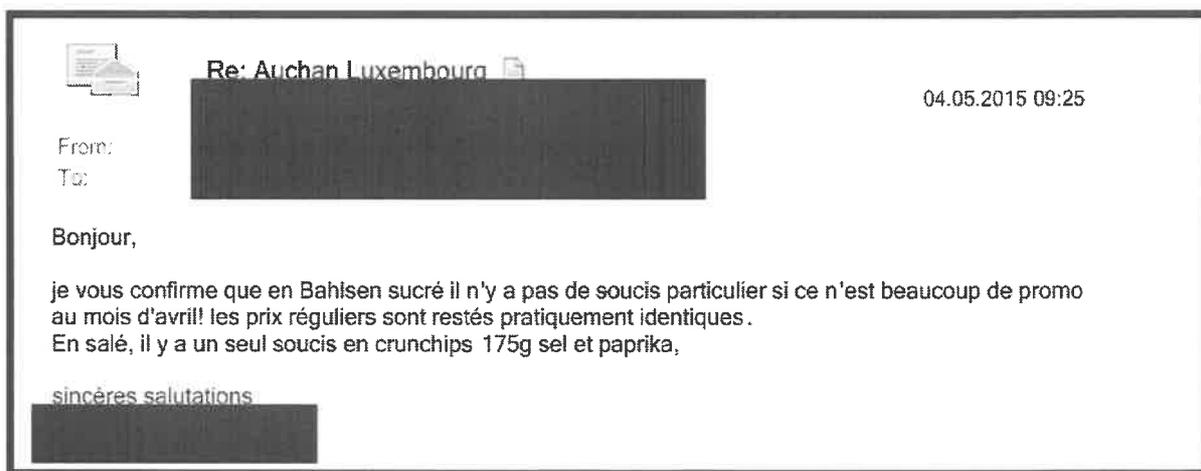
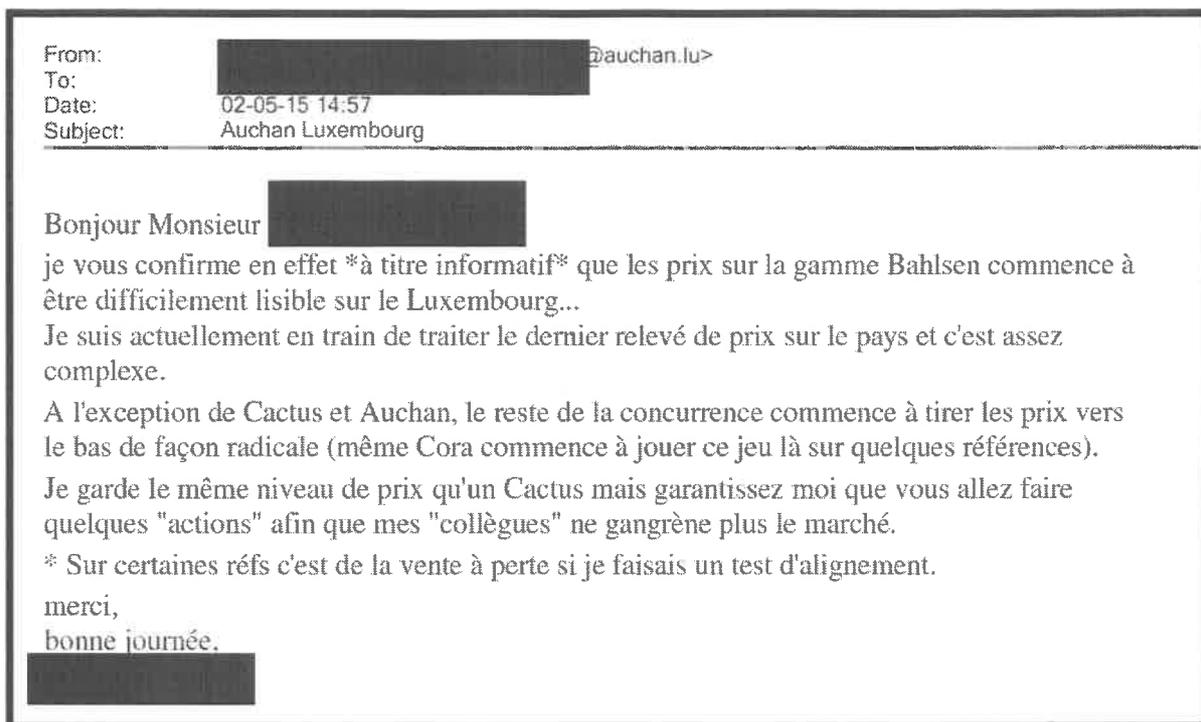
sincères salutations

Source : échange de courriels entre monsieur [REDACTED] (Bahlsen) et monsieur [REDACTED] (Auchan) des 18 et 19 mars 2013, pièce II.D.2.13., demande de clémence.

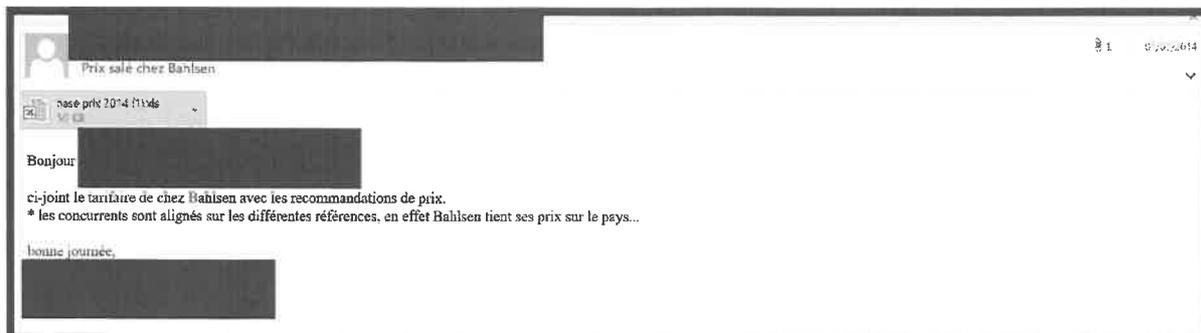
106. La participation d'Auchan au système est en outre documentée par les échanges par lesquels Auchan demande à Bahlsen de vérifier le respect des prix de détail⁶⁴, c'est-à-dire des *PVC* par certaines enseignes concurrentes et, en cas de non-respect, de prendre des mesures correctrices à leur encontre⁶⁵. Pour quelques exemples :

⁶⁴ Au contraire de ce que prétend Auchan au point 208 de ses Observations, il est bien question ici des prix de détail et non pas des prix d'achat.

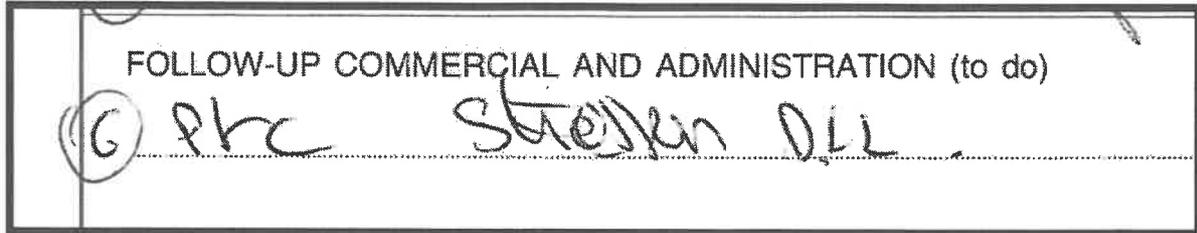
⁶⁵ Voir pièces II.D.2.02., demande de clémence, correspondance (courriels) entre Auchan et Bahlsen du 12 décembre 2014 et II.D.2.05. dossier de réunion avec Auchan du 04 juillet 2013, compte-rendu des discussions, p.1 faisant référence à « *PVC Strassen DLL* » où « *DLL* » signifie « *Delhaize* ».



Source : pièce II.D.2.01., demande de clémence, correspondance (courriel) entre monsieur [redacted] (Auchan) et monsieur [redacted] (Bahlsen) des 2 et 4 mai 2015.



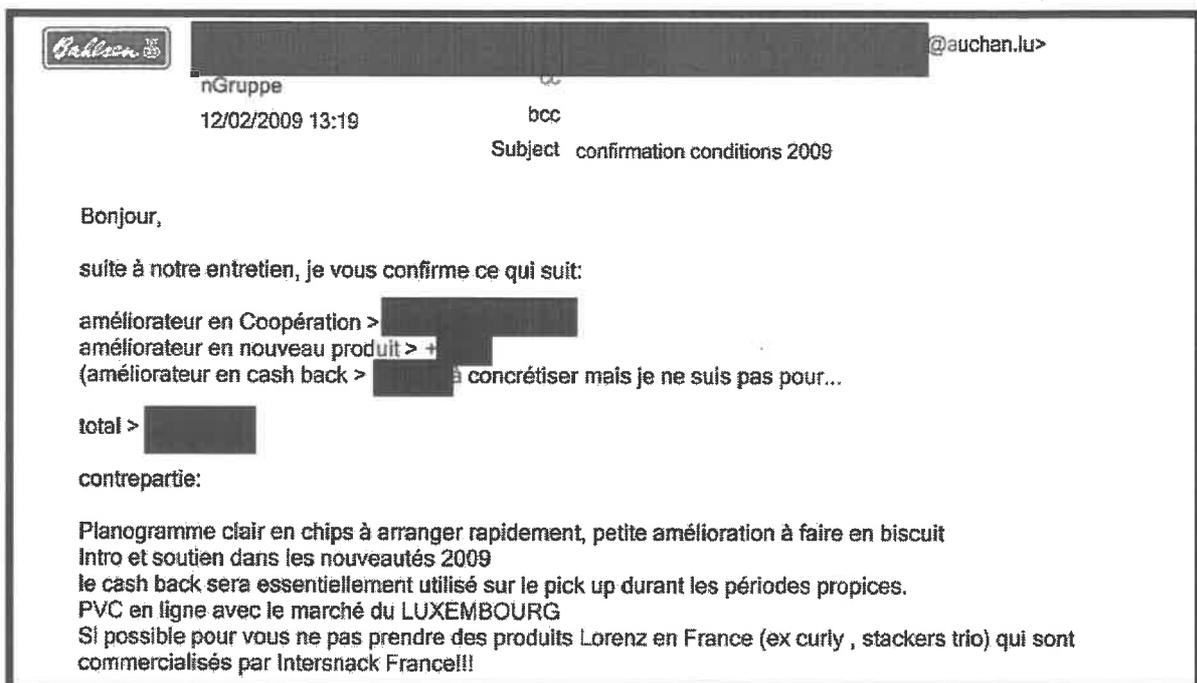
Source : courriel adressé par monsieur [REDACTED] (Auchan) à monsieur [REDACTED] (Auchan) du 1^{er} mars 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140301-Prix salé chez Bahlsen-21.eml).



Source : extrait de notes de réunion entre Bahlsen et Auchan, au cours de laquelle le *PVC* en relation avec le magasin Delhaize de Strassen a été discuté, Pièce II.D.2.05., demande de clémence, dossier de réunion avec Auchan 04 juillet 2013 (où « *DLL* » signifie Delhaize).

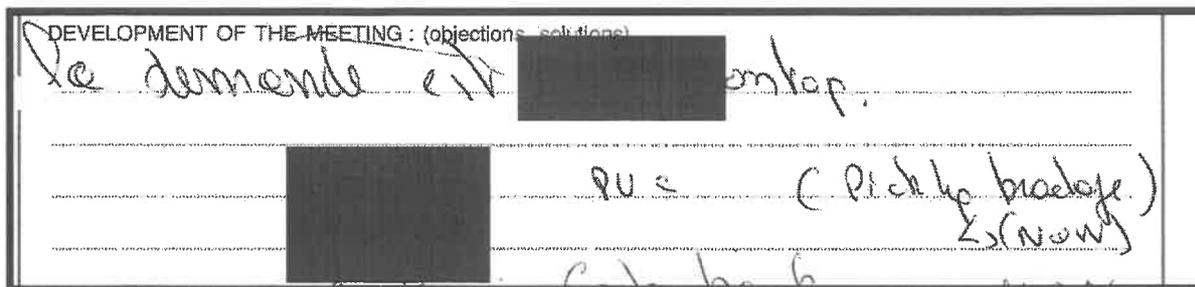
107. Il ressort de ces preuves que, tant pour Bahlsen que pour Auchan, l'alignement des prix de vente au détail via le respect des *PVC* était l'objectif auquel se conformer.

108. En outre, à plusieurs reprises, Bahlsen et Auchan se sont accordés sur une remise commerciale par Bahlsen en l'échange du respect des *PVC* par Auchan. Une telle remise a été conditionnée au « blocage » des prix par Auchan au niveau des *PVC*.

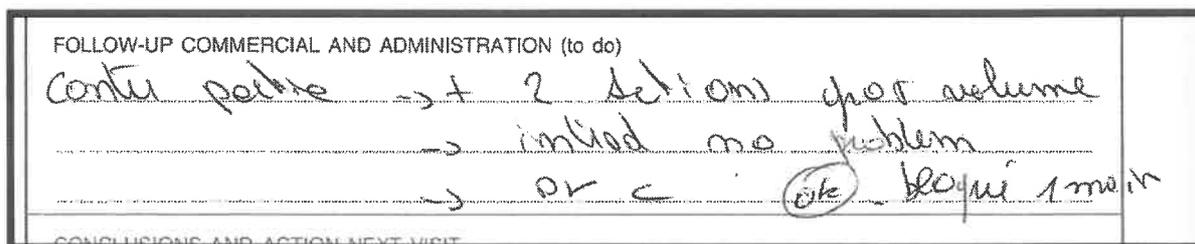


Source : dossier de négociation avec Auchan 1^{er} semestre 2009, courrier électronique de monsieur [REDACTED] (Bahlsen) à monsieur [REDACTED] (Auchan) du 12 février 2009 (pièce

II.F.2.3., demande de clémence), où il apparaît clairement que le *PVC* aligné est la contrepartie offerte par Auchan en échange d'une rémunération de la part de Bahlsen.



Source : pièce II.F.2.2., demande de clémence, extrait du dossier de réunion Bahlsen avec Auchan de janvier 2011, compte rendu discussion et proposition par Auchan, p.1. montrant qu'a été abordée la question d'une remise de [redacted] nécessairement versée par Bahlsen à Auchan, en relation avec le *PVC*, en d'autres termes, le respect de celui-ci.



Source : pièce II.F.2.1., demande de clémence, extrait du dossier de réunion Bahlsen avec Auchan du 22 décembre 2011, compte rendu discussion p.1. Cet extrait montre un accord entre les parties prévoyant le blocage du *PVC* par Auchan en l'échange du versement d'une contrepartie par Bahlsen.

4.2.4 Les pratiques prises dans leur ensemble

109. Les pratiques décrites s'inscrivaient dans une stratégie commerciale globale⁶⁶ de Bahlsen lui évitant de réduire son prix de vente et au respect de laquelle différents distributeurs, dont Auchan, 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€).

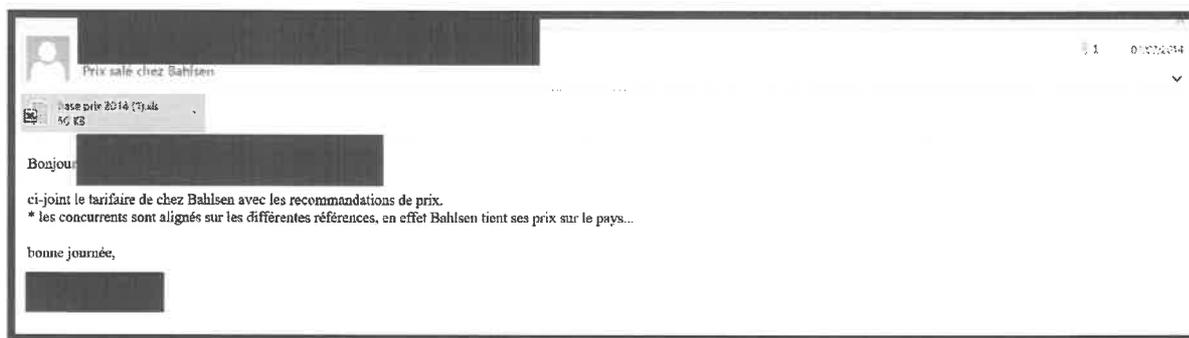
Source : réunion interne Bahlsen 4 décembre 2014, pièce II.C.1.10, demande de clémence, p.44.

⁶⁶ 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 et notamment pièces II.C.1.01. p.45, II.C.1.02. p.40, II.C.1.03. p.33, II.C.1.04. p.35, II.C.1.05., p.35, II.C.1.06., p.30, II.C.1.07., p.43, II.C.1.08., p. 55, II.C.1.09., p.47, II.C.1.10., p.44, II.C.1.11, p.9 et 10, II.C.1.12, p.36 et 37, II.C.1.13., p.31 et 32, et II.C.2.1., II.C.2.2. II.C.3.1.

110. 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 distributeurs, dont Auchan⁶⁷.

111. De l'aveu de Bahlsen elle-même dans la demande de clémence⁶⁸, 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 ».

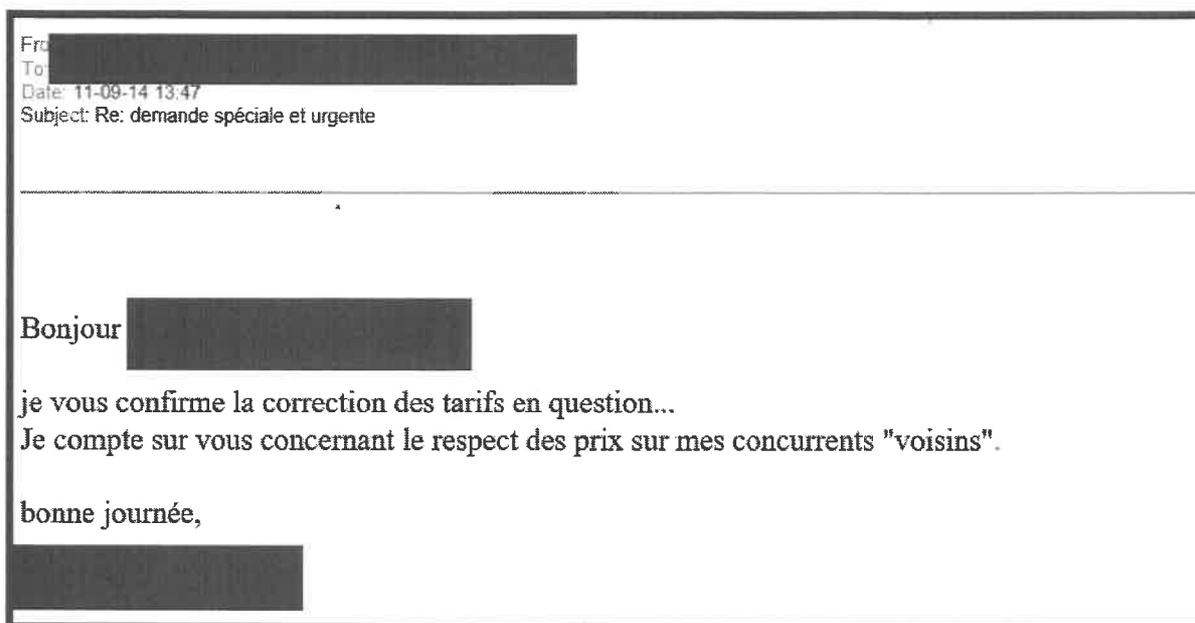
112. Comme indiqué, les distributeurs, dont Auchan, y trouvaient leur compte en voyant leur marge garantie, tout en ayant un certain degré d'assurance que leurs concurrents respecteraient aussi le niveau de *PVC* et ne viendraient pas leur opposer une concurrence trop vive au niveau du détail :



Source : courriel adressé par monsieur [redacted] (Auchan) à [redacted] (Auchan) du 1^{er} mars 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140301-Prix salé chez Bahlsen-21.eml).

⁶⁷ Voir pièces II.C.1.01. (page 45), II.C.1.02, (page 40) et II.C.3.1., demande de clémence.

⁶⁸ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 27 et suivants.



Source : échange de courriels entre [redacted] (Bahlsen) et monsieur [redacted] du 11 septembre 2014 (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140911-Re_demande spéciale et urgente-185.eml).

5 LES GRIEFS NOTIFIÉS

113. Le 14 février 2019, des communications des griefs ont été adressées à Bahlsen et trois distributeurs, dont Auchan, qui comptent parmi les acteurs significatifs de la grande distribution sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.
114. La Communication des griefs reçue par Auchan faisait état de griefs d'accord et/ou pratique concertée avec Bahlsen, contraire aux articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 du TFUE⁶⁹ par le biais de pratiques de prix de revente imposés. Si Bahlsen a également reçu les communications des griefs communiquées aux autres distributeurs, Auchan 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.
115. La Communication des griefs reçue par Auchan 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.
116. D'après la Communication des griefs, Bahlsen et Auchan s'y sont livrés au moins à compter de janvier 2011 et jusqu'en octobre 2015, date à laquelle la société

⁶⁹ Pour rappel, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Bahlsen a déposé une demande de clémence et mis fin à la pratique suite à sa perquisition par le conseiller désigné⁷⁰.

6 ANALYSE JURIDIQUE

6.1 Procédure: sur le moyen tiré des procédures en cours et du sursis à statuer

6.1.1 *Arguments d'Auchan*

117. Aux points 4 puis 7 et suivants de ses Observations du 14 juin 2019 en réponse à la Communication des griefs (ci-après les « Observations »), Auchan indique que des recours sont actuellement pendants à l'encontre du déroulement des opérations de visite, saisie et filtrage, dont a fait l'objet Auchan Luxembourg et argue donc qu'un sursis à statuer dans l'attente de l'issue de ces recours est opportun.

6.1.2 *En l'espèce*

118. Comme il a été exposé dans la section 3.4. relative à la perquisition au siège d'Auchan International S.A. et Auchan Luxembourg S.A., les locaux de ces sociétés ont été perquisitionnés par le Conseil les 13 et 14 janvier 2016 suite à l'autorisation du juge judiciaire obtenue le 8 décembre 2015. Des documents et données en format papier et numérique ont alors été saisis par les enquêteurs du Conseil.

119. Suite à cette phase de perquisition, s'est ouverte une nouvelle phase, d'instruction cette fois, au cours de laquelle le conseiller désigné chargé de l'enquête a procédé à diverses opérations nécessaires à l'exploitation des documents aux fins de l'enquête et notamment leur ouverture, analyse, extraction et indexation.

120. Auchan, par plusieurs actions parallèles, a cherché à remettre en cause la validité des opérations de perquisition ainsi que celles, subséquentes, d'instruction.

121. Concernant les opérations de perquisition, Auchan a soulevé la nullité de l'ordonnance ayant autorisé les actes d'inspection et la nullité de ces mêmes actes. Auchan a été débouté de ces actions, la Cour de Cassation ayant rejeté son pourvoi le 30 mars 2017.

⁷⁰ 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.

122. Concernant les opérations subséquentes d’instruction⁷¹, Auchan a également soulevé leur nullité par le biais de différentes actions devant le juge judiciaire sur le fondement de plusieurs dispositions du Code de procédure pénale.
123. Comme indiqué dans la section 3.4., la Cour d’appel a rendu un arrêt le 14 mai 2020 aux termes duquel le juge ayant compétence pour connaître de la validité des opérations d’instruction menées après la clôture de la perquisition est le juge administratif. Par conséquent, en l’absence de pourvoi en cassation introduit contre l’arrêt de la Cour d’appel du 14 mai 2020, Auchan devrait se désister ou être débouté de toutes les actions qu’il a intentées devant le juge judiciaire contre les opérations d’instruction menées en 2016 et 2017.
124. Il appartient donc au Conseil de se prononcer par la présente décision sur la validité de ces opérations d’instruction, sa décision étant soumise, en cas de recours, au contrôle du juge administratif.
125. Le moyen visant à ce que le Conseil prononce un sursis à statuer n’est donc pas fondé et doit être rejeté.

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

126. Auchan et Bahlsen soulèvent différents moyens fondés sur les droits de la défense.
127. Aux points 5 puis 10 et suivants de ses Observations, Auchan indique que, dans l’hypothèse où le Conseil n’estimerait pas utile de surseoir à statuer, il devrait constater que la procédure est frappée de plusieurs irrégularités justifiant qu’il prononce un non-lieu. Les moyens invoqués par Auchan ont trait à l’imprécision de la Communication des griefs qui aurait compliqué la défense d’Auchan, la durée de la procédure, l’atteinte portée au principe de l’égalité des armes et enfin, le manque d’impartialité de l’enquête.
128. Enfin, et de manière subsidiaire, aux points 6 puis 43 et suivants, et 167 et suivants, Auchan estime que, si le Conseil ne prononçait pas de non-lieu, il devrait constater que les irrégularités ayant frappé le déroulement des opérations de perquisition et saisie justifieraient que les pièces issues de ces opérations soient écartées de la procédure⁷², de même qu’un grand nombre de pièces qui ne se rapporteraient pas aux faits en cause⁷³. Les moyens invoqués par Auchan ont trait, d’une part, au droit au respect de la vie privée et des droits de la défense tels que garantis par la CEDH, et

⁷¹ Menées le 25 février 2016, les 11, 12 et 15 mai 2017 et les 4 et 5 septembre 2017.

⁷² Observations Auchan, points 43 et suivants. Dans la présente décision, « *Observations Auchan* » désigne les Observations déposées par Auchan Luxembourg S.A. auxquelles se sont ralliées les autres sociétés du groupe Auchan dans la cause.

⁷³ Observations Auchan, points 167 et suivants.

d'autre part, au fait que certaines pièces du dossier d'enquête ne se rapporteraient pas à la période incriminée ou concerneraient d'autres distributeurs qu'Auchan.

6.2.1 *Sur le moyen tiré de la durée excessive de la procédure et de la rupture de l'égalité des armes*

6.2.1.1 *Arguments d'Auchan*

129. Aux points 11 et suivants de ses Observations, Auchan invoque l'article 6, paragraphes 1 et 3 de la CEDH relatifs respectivement au droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, et au droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. Auchan soutient qu'en l'espèce la durée de la procédure ne serait pas raisonnable, un délai de « *presque 4 ans* » s'étant écoulé entre les premières mesures d'enquête, à savoir la perquisition de Bahlsen en juillet 2015, et la Communication des griefs, le 14 février 2019. Seule partie à invoquer cet argument, Auchan déplore qu'en raison de cette durée, elle n'a pas pu conserver les documents et informations utiles à sa défense, un grand nombre d'employés ayant quitté la société et le logiciel de gestion des prix ayant été changé en 2014.

130. Auchan soutient donc que la durée excessive de la procédure devrait conduire à l'annulation de l'instruction et de la présente décision du Conseil⁷⁴.

6.2.1.2 *Les principes*

6.2.1.2.1 L'article 6, paragraphes 1 et 3 de la CEDH

131. L'article 6 de la CEDH, en ses paragraphes 1 et 3, dispose :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la sure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

⁷⁴ Voir Observations Auchan, point 16.

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lors que les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

6.2.1.2.2 La jurisprudence en droit de l'Union européenne en matière de délai raisonnable dans les procédures en matière de concurrence

132. Outre les dispositions de la CEDH telles qu'invoquées par Auchan, l'observation d'un délai raisonnable, spécifiquement dans le cadre des procédures en matière de concurrence, est reconnue par une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») comme un principe général de droit de l'Union⁷⁵.

133. La Cour a jugé que deux périodes successives, c'est-à-dire avant et après la communication des griefs, pouvaient être distinguées, chacune répondant à une logique interne propre⁷⁶. Le caractère raisonnable de chaque étape doit s'apprécier en fonction des circonstances propres de chaque affaire et, notamment, du contexte de celle-ci, de la conduite des parties au cours de la procédure, de l'enjeu de l'affaire pour les différentes entreprises intéressées et de son degré de complexité⁷⁷.

134. Plusieurs facteurs ont été reconnus par la jurisprudence comme pouvant expliquer la longueur de la procédure. Il peut notamment s'agir de la durée de la pratique, du nombre d'entreprises concernées, du volume de documents, possiblement établis dans diverses langues, qui ont dû être examinés par l'autorité, des diverses demandes de renseignements complémentaires qui ont dû être adressées et du nombre de destinataires de la communication des griefs⁷⁸.

135. Selon une jurisprudence bien établie, il convient de souligner qu'en présence d'une réglementation complète régissant en détail les délais de prescription, l'autorité de concurrence est en droit, sans porter atteinte à l'exigence fondamentale de sécurité

⁷⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2012, *Heineken Nederland et Heineken/Commission*, C-452/11 P, EU:C:2012:829, point 97 et jurisprudence citée.

⁷⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 21 septembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, C-105/04 P, EU:C:2006:592, point 38.

⁷⁷ Voir les arrêts de la Cour du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, T-305/94 à T-307/94, T-313/94 à T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, EU:T:1999:80, point 126.

⁷⁸ Voir l'arrêt du Tribunal du 15 juillet 2015, *SLM / Commission*, T-389/10 et T-419/10, ECLI:EU:T:2015:513, point 355.

juridique, d'infliger des amendes aux entreprises faisant l'objet de procédures d'application des règles de la concurrence et toute considération liée à l'obligation pour l'autorité d'exercer son pouvoir dans un délai raisonnable doit être écartée⁷⁹.

136. Il ressort également d'une jurisprudence constante que, en vertu du devoir général de prudence qui incombe à toute entreprise, les entreprises en cause étaient tenues de veiller à la bonne conservation, en leurs livres ou archives, des éléments permettant de retracer leurs activités, afin, notamment, de disposer des preuves nécessaires dans l'hypothèse d'actions judiciaires ou administratives⁸⁰.

137. Lorsque la violation du principe du délai raisonnable a eu une incidence possible sur l'issue de la procédure, une telle violation est de nature à entraîner l'annulation de la décision attaquée⁸¹.

138. Néanmoins, le dépassement du délai raisonnable ne peut constituer un motif d'annulation que s'agissant des décisions constatant des infractions et dès lors qu'il a été établi que la violation du principe du délai raisonnable a porté atteinte aux droits de la défense des entreprises concernées⁸².

6.2.1.2.3 Rappel des règles de prescription au titre de l'article 23 de la Loi

139. Aux termes de l'article 23, paragraphes 1 et 2 de la Loi, le pouvoir conféré au Conseil est soumis à une prescription de cinq ans et celle-ci ne court qu'à compter du jour où l'infraction a été commise, ou, dans le cas d'infractions continues ou répétées, à compter du jour où l'infraction a pris fin.

140. Au titre de l'article 23, paragraphe 3 de la Loi, la prescription est interrompue par tout acte du Conseil. Aux termes de l'article 23, paragraphe 5, la prescription court à nouveau à partir de chaque interruption et est acquise au plus tard le jour où un délai de dix ans expire sans que le Conseil n'ait prononcé une amende ou une astreinte.

6.2.1.3 *En l'espèce*

141. Un délai de trois ans et un mois s'est écoulé entre la perquisition d'Auchan, les 13 et 14 janvier 2016 et la Communication des griefs qui lui a été adressée le 14 février 2019. A cet égard, c'est bien la perquisition d'Auchan qui doit constituer le point de départ de la procédure contre Auchan et non la perquisition de Bahlsen, contrairement

⁷⁹ Voir l'arrêt du Tribunal du 14 avril 2011, *Visa Europe et Visa International Service / Commission*, ECLI:EU:T:2011:181, T-461/07, point 234 et jurisprudence citée.

⁸⁰ Voir, en ce sens, les arrêts du Tribunal du 16 juin 2011, *Heineken Nederland et Heineken/Commission*, T-240/07, EU:T:2011:284, point 301 et jurisprudence citée, et l'arrêt du Tribunal du 12 juillet 2018, *Prysmian et Prysmian cavi e sistemi / Commission*, T-475/14, ECLI:ECLI:EU:T:2018:448, point 101.

⁸¹ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 21 septembre 2006, *Technische Unie/Commission*, C-113/04 P, EU:C:2006:593, point 48 et jurisprudence citée. Voir également l'arrêt du Tribunal, *Prysmian et Prysmian cavi e sistemi / Commission*, précité, point 84.

⁸² Voir l'arrêt de la Cour du 21 septembre 2006, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission*, C-105/04 P, EU:C:2006:592, point 42 et l'arrêt du Tribunal, *Prysmian et Prysmian cavi e sistemi / Commission* précité, point 85.

à ce qu'Auchan a indiqué au point 13 de ses Observations⁸³. Auchan a été informée de l'enquête menée à son encontre lors de sa convocation à une entrevue par le conseiller désigné le 3 novembre 2017⁸⁴. Outre les Observations en réponse qu'elle a déposées le 14 juin 2019, Auchan a également pu faire valoir sa défense notamment lors de l'audition qui s'est tenue devant la formation collégiale du Conseil le 4 février 2020.

142. Le délai raisonnable de la procédure d'enquête doit s'apprécier en fonction des circonstances propres à chaque affaire. En l'espèce, l'enquête a concerné un nombre important d'entreprises⁸⁵, quatre d'entre elles, soit dix-sept entités juridiques, s'étant vues notifiées des griefs et notamment celui d'entente complexe les impliquant solidairement. Les faits recouvrent une période de plus de cinq années et la phase d'enquête, outre deux perquisitions, une demande de clémence et de nombreuses demandes de renseignements et entrevues, a vu un volume important de données⁸⁶ être traité par le conseiller désigné, comprenant des documents, principalement en français, mais également en allemand et néerlandais.
143. Par ailleurs, l'infraction reprochée à Auchan est une infraction continue qui a commencé au moins en 2008 et s'est achevée en octobre 2015, suite à la demande de clémence. Par conséquent, il convient de relever que les faits ayant fait l'objet de l'enquête ne sont pas prescrits, la prescription dans le cas d'une infraction continue ne courant qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin⁸⁷.
144. En outre, et conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, dès qu'Auchan a fait l'objet d'une inspection par le Conseil, il lui appartenait d'agir avec une diligence accrue et de prendre toutes les mesures utiles afin de préserver les preuves dont il pouvait raisonnablement disposer. Auchan ne peut donc pas invoquer sa prétendue incapacité à rassembler les éléments nécessaires à sa défense du fait du départ d'employés ou d'un changement de logiciels qui sont des circonstances étrangères à la présente procédure et des causes internes à Auchan, sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil.
145. Il s'ensuit que ces éléments ne peuvent pas être pris en compte pour apprécier la durée de la procédure.
146. En tout état de cause, aux termes de l'article 189 du Code de commerce, les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou commerçants et non commerçants se prescrivent généralement par dix ans, de sorte que les entreprises en

⁸³ Voir en ce sens, l'arrêt du Tribunal, *Prysmian*, précité, point 87, indiquant que la première phase de la procédure s'étend de la signification aux requérantes de la décision d'inspection jusqu'à la réception de la communication des griefs.

⁸⁴ Voir lettre de convocation à une audition avec le conseiller désigné en date du 3 novembre 2017.

⁸⁵ Outre Bahlsen, [REDACTED] distributeurs sur le marché luxembourgeois.

⁸⁶ Volume estimé par le Conseil en août 2019 à 136 MB, soit environ 6000 pages.

⁸⁷ Voir en ce sens l'article 23, paragraphe 2 de la Loi et l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, *Areva e.a. / Commission*, T-117/07 et T-121/07, point 188.

cause, visées par les griefs, avaient l'obligation de conserver leurs documents commerciaux de manière à pouvoir présenter leur défense.

147. Par ailleurs, les nombreux recours déposés par Auchan devant les juridictions nationales et européennes n'ont ni facilité ni accéléré les progrès de l'enquête.
148. Quoi qu'il en soit, quand bien même la longueur de la procédure serait jugée excessive, la conséquence n'en serait pas la nullité mais la réparation du préjudice en résultant, sauf à ce que les droits de la défense aient été irrémédiablement compromis. Même dans ce dernier cas, une sanction de nullité ne pourrait que concerner la décision du Conseil et non, comme le prétend Auchan, l'instruction.
149. Pour l'ensemble de ces raisons, non seulement la procédure ayant conduit à l'adoption de la Communication des griefs n'est pas entachée d'une durée excessive, mais aucune atteinte aux droits de la défense d'Auchan n'a été démontrée.
150. En outre, il n'y a pas de dépassement du délai raisonnable concernant la deuxième phase de la procédure qui a couru entre la Communication des griefs et la décision.
151. Le moyen fondé sur une durée excessive de la procédure doit donc être rejeté.

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

6.2.2.1 *Arguments d'Auchan*

152. Auchan soutient au point 2 de ses Observations que la Communication des griefs est imprécise et indique qu'il a dû deviner les griefs qui lui étaient adressés : « *Auchan Luxembourg croit comprendre que cette Communication des griefs lui reproche (...) une entente verticale (...) avec les sociétés Bahlsen (...) par fixation coordonnée du prix de vente de certains des produits commercialisés par Bahlsen* ».
153. Puis, aux points 26 et suivants de ses Observations, Auchan soutient que la Communication des griefs ne lui permet pas de présenter utilement sa défense, voire la conduirait à s'auto-incriminer, car ni les griefs, ni les entreprises concernées, ni les produits en cause ne seraient énoncés ou identifiés suffisamment précisément. Enfin, les pièces sur lesquelles se fondent la Communication des griefs ne seraient pas clairement présentées.

6.2.2.2 *Principes*

6.2.2.2.1 Sur la notion de communication des griefs

154. Comme rappelé à l'article 25, paragraphe 1 de la Loi, l'objet de la communication des griefs est de porter les griefs formulés par le conseiller désigné à la connaissance de l'entreprise destinataire afin qu'elle soit à même de présenter sa défense⁸⁸.

155. 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* »⁸⁹.

6.2.2.2.2 Sur la notion de griefs

156. 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* »⁹⁰.

157. 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 imputation⁹¹.

6.2.2.2.3 Sur l'accès au dossier

158. 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. Ceci leur a d'ailleurs été rappelé dans le courrier accompagnant l'envoi de la Communication des griefs.

6.2.2.2.4 Sur le standard de la preuve

159. Concernant la preuve, le Tribunal a jugé que l'autorité de concurrence devait réunir des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour établir que

⁸⁸ Voir également 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Voir en ce sens, ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, *affaire des jouets*, point 459.

l'infraction alléguée avait eu lieu⁹². 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.

160. 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 ensemble⁹³. 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* »⁹⁴.
161. 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 faits⁹⁵.
162. 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 corroborées⁹⁶, dans les cas où cela est nécessaire⁹⁷.
163. Enfin, 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* »⁹⁸.

⁹² 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.

⁹³ 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.

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

⁹⁵ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, point 46.

⁹⁶ Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, points 46 et seq.

⁹⁷ Nous ajoutons.

⁹⁸ Arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, C-625/13P, ECLI:EU:C:2017:52, point 134.

6.2.2.3 *En l'espèce*

6.2.2.3.1 Concernant la Communication des griefs

164. 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 Auchan). 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, puis les entreprises visées sont détaillées et les faits exposés dans le cadre factuel, Auchan 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.
165. 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, Auchan et Bahlsen, de connaître les pratiques qui leur sont reprochées afin d'exercer utilement leurs droits à la défense.

6.2.2.3.2 Concernant l'identification des entreprises concernées

166. Il ressort également clairement de la page de couverture et du paragraphe 4.2. de la Communication des griefs, intitulé « *Les entreprises visées* » que les griefs ont été adressés à sept entités du groupe Auchan.
167. Il ressort également clairement de la section 5 de la Communication des griefs que le marché géographique en cause couvre « *l'ensemble du territoire national* ».
168. Par ailleurs, comme exposé au point 9 de la Communication des griefs, et comme il ne peut être inconnu d'Auchan, trois des entités juridiques visées ont pour objet social la gestion commerciale de l'enseigne Auchan au Luxembourg, à savoir Auchan Luxembourg S.A., Auchan International S.A. et Christal S.A.
169. En outre, les paragraphes 4.2.1. et 4.2.2. de la Communication des griefs relatifs à l'imputabilité exposent qu'en raison de la structure capitalistique du groupe Auchan, les quatre autres entités juridiques, à savoir Auchan Holding S.A., Auchan Retail International S.A., Monicole B.V. et Barolux S.A. sont également destinataires des griefs, en sus des filiales luxembourgeoises.
170. Il est renvoyé pour de plus amples développements sur la notion d'imputabilité à la section 8 de la présente décision.

171. La Communication des griefs est par conséquent très claire quant aux entités Auchan destinataires des griefs et le moyen d'Auchan⁹⁹ consistant à prétendre qu'il ne comprend pas lesquelles de ces entités sont suspectées doit être rejeté.

6.2.2.3.3 Concernant l'identification du marché pertinent

172. Auchan est renvoyé à la section 5.1.1. de la Communication des griefs intitulée « *Le marché des produits et services* » pour la définition du marché retenu par la Communication des griefs.

173. Au regard de ces explications, le moyen d'Auchan consistant à affirmer qu'il n'y a pas eu identification du marché concerné n'est manifestement pas fondé.

6.2.2.3.4 Concernant la présentation des pièces

174. Auchan, aux points 170 à 173 de ses Observations, soutient qu'un grand nombre de pièces du dossier d'enquête n'étaient pas identifiées par un numéro ou figuraient en double. Auchan indique par ailleurs que certaines pièces, et notamment la demande de clémence, ne lui avaient pas été communiquées.

175. Concernant l'identification des pièces, toutes sont décrites et/ou numérotées dans la Communication des griefs et Auchan ne cite aucun exemple précis qui aurait porté atteinte à son droit à se défendre.

176. Quant au fait que certaines pièces figurent en double, cela peut s'expliquer par le fait qu'elles aient pu être à la fois versées par le demandeur de clémence, c'est-à-dire Bahlsen, et également saisies chez Auchan lors des perquisitions. Il ne peut en découler une atteinte aux droits de la défense d'Auchan.

177. Concernant l'accès au dossier et comme indiqué ci-dessus, Auchan 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 le consulter au Conseil. Cette possibilité, fondée sur l'article 26 de la Loi, a d'ailleurs été rappelé aux parties dans le courrier accompagnant l'envoi de la Communication des griefs. Elle est en général utilisée par les parties en cause.

178. Ce moyen n'est donc pas fondé.

179. En conclusion, les moyens tirés des défauts de la Communication des griefs doivent être écartés.

⁹⁹ Voir Observations Auchan, points 33 et suivants.

6.2.3 *Sur le moyen tiré du manque d'impartialité*

6.2.3.1 *Arguments d'Auchan*

180. Aux points 17 et suivants de ses Observations, Auchan dénonce la partialité de la procédure en indiquant en substance que le conseiller désigné a utilisé presque uniquement des preuves émanant de Bahlsen, sans avoir auditionné monsieur [REDACTÉ] et sans prendre en compte des éléments de preuve communiqués par Auchan.

6.2.3.2 *Sur les principes*

181. Concernant la preuve, le Tribunal 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 lieu¹⁰⁰. A cet égard, lorsque l'autorité se fonde sur des éléments de preuve directs, il appartient aux entreprises concernées de démontrer que ces éléments de preuve sont insuffisants.

182. Il est référé, en matière de principes applicables en matière de preuve, aux points 160 et 161 de la présente décision.

183. A cet égard et selon une jurisprudence bien établie, la garantie des droits de la défense n'exige pas que l'autorité de concurrence procède à l'audition de témoins, lorsqu'elle estime que l'instruction de l'affaire a été suffisante¹⁰¹.

184. Par ailleurs, 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 corroborées¹⁰², dans les cas où cela est nécessaire¹⁰³.

185. Enfin, comme indiqué au préalable dans la présente décision, un compte-rendu manuscrit établi de manière contemporaine aux faits infractionnels « *ne nécessite pas d'autres preuves concordantes* »¹⁰⁴.

6.2.3.3 *En l'espèce*

186. Concernant l'origine des pièces sur lesquelles se fonde la Communication des griefs, le fait qu'elles proviennent en grande partie du demandeur de clémence n'affecte pas

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Voir l'arrêt du Tribunal du 16 juin 2011, *FMC Foret / Commission*, T-191/06, ECLI:EU:T:2011:277, point 137.

¹⁰² Voir l'arrêt du Tribunal, *Sony Optiarc* précité, points 46 et seq.

¹⁰³ Nous ajoutons.

¹⁰⁴ Arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

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*.

187. 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 éléments corrects, notamment pour pouvoir bénéficier du régime de clémence qu'elle invoque.
188. Quant aux pièces retenues ou non, ou aux réunions et auditions auxquelles il a été fait référence 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 administrative¹⁰⁵ et que l'autorité de concurrence n'est tenue de se référer qu'aux éléments pertinents et crédibles¹⁰⁶. Le reproche fait à la Communication des griefs de ne pas avoir pris en compte certaines pièces ou informations fournies par Auchan et de n'avoir pas auditionné une certaine personne n'est donc pas pertinent.
189. Le Tribunal a par ailleurs reconnu que lorsqu'elle exploite une documentation interne d'une entreprise, il est tout à fait normal que l'autorité de concurrence, tout en n'occultant pas l'existence de documents donnant un éclairage différent, fasse prioritairement état du comportement anticoncurrentiel de l'entreprise et non de ses actions licites mentionnées par certains autres documents internes, dès lors que c'est précisément ce comportement qu'il lui incombe d'établir¹⁰⁷.
190. Par conséquent, le moyen fondé sur le manque d'impartialité ne saurait être retenu.

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

191. 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 « *d'Lëtzebuurger Land* »¹⁰⁸ le 7 juin 2019.

¹⁰⁵ 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.

¹⁰⁶ 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.

¹⁰⁷ Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, *Tomra Systems e.a. contre Commission*, T-155/06, ECLI:EU:T:2010:370, points 35 et seq.

¹⁰⁸ Voir pièce II.A.16., demande de clémence.

192. Auchan, aux points 25 et suivants de ses Observations, soulève également la question de l'impartialité de l'enquête et de la présente décision alors que le président du Conseil, monsieur Barthelmé, a participé à l'enquête¹⁰⁹ et fait des déclarations dans la presse. Auchan cite également l'article paru le 7 juin 2019 dans « *d'Letzebuenger Land* ».
193. 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.
194. Ensuite, monsieur Barthelmé ne fait 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.
195. Par conséquent, le moyen arguant du non-respect du principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision, ou encore du manque d'impartialité, n'est pas fondé.

6.2.5 *Sur le moyen subsidiaire tiré du respect du droit au respect de la vie privée et des droits de la défense tels que garantis par la CEDH*

6.2.5.1 *Arguments d'Auchan*

196. Aux points 43 et suivants de ses Observations, Auchan dénonce à nouveau des irrégularités affectant la procédure qui justifieraient que les pièces saisies soient écartées des débats. Il s'agit d'un moyen subsidiaire dans la mesure où Auchan a demandé au Conseil de surseoir à statuer dans l'attente des recours pendants devant le juge judiciaire concernant la validité des opérations faites en exécution de l'ordonnance de perquisition et saisie du 8 décembre 2015¹¹⁰.
197. Auchan soutient que lesdites opérations ont été effectuées en violation manifeste du droit au respect de la vie privée et des droits de la défense tels que garantis par les articles 6 et 8 de la CEDH et son Protocole additionnel n°1.
198. Premièrement, aux points 46 et suivants de ses Observations, Auchan soutient que les perquisitions et saisies opérées portent atteinte aux droits protégés par l'article 8 de la CEDH dans la mesure où elles ont dépassé le cadre légal. Tout d'abord, elles ne respecteraient pas les garanties établies à l'égard des personnes ayant participé aux opérations de perquisition et saisie. Auchan soutient que certaines personnes ont assisté aux opérations de perquisition alors qu'elles n'étaient pas visées par l'ordonnance ayant autorisé la perquisition d'Auchan, ou alors que des personnes qui

¹⁰⁹ Monsieur Pierre Barthelmé était en effet enquêteur au moment de l'instruction de l'affaire.

¹¹⁰ Voir sections 3.4. et 6.1. de la présente décision.

y étaient visées n'étaient pas présentes lors de ces opérations. Ensuite, il existerait une disproportion manifeste entre les documents saisis et le but poursuivi.

199. Deuxièmement, aux points 122 et suivants, Auchan invoque à nouveau la violation de ses droits de la défense et à un procès équitable en raison de l'absence de garantie quant à la séparation des pouvoirs d'enquête et de poursuite au sein du Conseil et l'absence d'impartialité en découlant.

200. Auchan demande en conséquence au Conseil d'exclure du dossier les pièces visées au paragraphe 166 de ses Observations.

6.2.5.2 Les principes

6.2.5.2.1 Quant au droit au respect de la vie privée au titre de l'article 8 de la CEDH

201. L'article 8 de la CEDH prévoit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

6.2.5.2.2 Quant aux droits de la défense au titre de l'article 6 de la CEDH

202. L'article 6 de la CEDH dispose :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès à la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la sure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lors que les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

6.2.5.2.3 Quant aux principes en matière d'inspections aux termes de la Loi

203. L'article 9 de la Loi traite des enquêteurs chargés de mener des enquêtes en application de la Loi c'est-à-dire, la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. L'article 9 dispose notamment en son paragraphe 3 que les enquêteurs du Conseil ont la qualité d'officier de police judiciaire pour les besoins de l'application de Loi :

« Les enquêteurs ont la qualité d'officier de police judiciaire pour les besoins de l'application de la présente loi.

Avant d'entrer en fonctions, ils prêtent devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg le serment suivant: « Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. »

Leur compétence s'étend à tout le territoire du Grand-Duché. Ils justifient de leur qualité par le port d'un titre de légitimation émis par le président du Conseil ».

204. L'article 16 de la Loi dispose :

« (1) Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, le Conseil peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et association d'entreprises concernées.

(2) Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, prendre ou obtenir la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications.

Ils devront en tout état de cause présenter au dirigeant de l'entreprise ou à l'occupant des lieux ou à leur représentant la décision du conseiller désigné ordonnant l'inspection.

Cette décision doit contenir, sous peine de nullité, l'objet de l'inspection et son but.

(3) Les enquêteurs ne peuvent procéder aux perquisitions en tous lieux professionnels, ainsi qu'à la saisie de documents, que sur autorisation délivrée par ordonnance du président du tribunal d'arrondissement compétent ratione loci ou le magistrat qui le remplace. Si l'enquête doit se faire dans les deux arrondissements, une ordonnance unique délivrée par l'un des présidents compétents est suffisante.

A cet effet, le conseiller désigné adresse une requête au président du tribunal d'arrondissement. Cette requête doit être motivée de façon circonstanciée par rapport aux indices qui permettent de soupçonner l'existence de pratiques prohibées ou de dysfonctionnements du marché dont la preuve est recherchée, à la gravité de la pratique ou du dysfonctionnement soupçonnés et au rôle ou à l'implication éventuels des entreprises ou associations d'entreprises concernées.

L'autorisation de perquisition et de saisie est refusée si cette mesure n'est pas justifiée ou proportionnée par rapport au but recherché par l'inspection.

A la requête est jointe une copie de la décision du conseiller désigné ordonnant l'inspection auprès des entreprises ou associations d'entreprises concernées.

L'autorisation du juge doit indiquer, sous peine de nullité, l'objet de la perquisition et son but.

(4) La perquisition et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Si les nécessités de l'enquête l'exigent, le juge peut, après en avoir donné avis au procureur d'État de son tribunal, se transporter avec son greffier dans toute l'étendue du territoire national pour assister aux perquisitions.

Le juge assisté de son greffier peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la perquisition.

(5) L'ordonnance visée au premier alinéa du paragraphe 3 est susceptible des voies de recours comme en matière d'ordonnances du juge d'instruction. Les voies de recours ne sont pas suspensives.

(6) La perquisition ne peut commencer avant six heures trente minutes ni après vingt heures.

(7) La perquisition doit être effectuée en présence du dirigeant de l'entreprise ou de l'occupant des lieux ou de leur représentant.

En cas d'impossibilité, l'enquêteur invite la personne concernée à désigner un représentant de son choix; à défaut, l'enquêteur choisit deux témoins requis à cet effet par lui en dehors des personnes relevant de son autorité administrative.

Les enquêteurs ainsi que le dirigeant ou l'occupant ou leur représentant ainsi que les officiers de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

(8) Les objets et documents et autres choses saisis sont inventoriés dans le procès-verbal. Si leur inventaire sur place présente des difficultés, ils font l'objet de scellés jusqu'au moment de leur inventaire, en présence des personnes qui ont assisté à la perquisition.

(9) Le procès-verbal des perquisitions et des saisies est signé par le dirigeant de l'entreprise ou l'occupant des lieux ou leur représentant et par les personnes qui y ont assisté; en cas de refus de signer, le procès-verbal en fait mention.

Il leur est laissé copie du procès-verbal.

(10) La présence de l'avocat est autorisée pendant toute la procédure de perquisition et de saisie. Celui-ci ne pourra pas être désigné témoin dans le cadre des dispositions prévues par le paragraphe 7, alinéa 2.

(11) Les objets et documents et autres choses saisis sont déposés au Conseil de la concurrence ou confiés à un gardien de la saisie.

(12) Le conseiller désigné peut ordonner d'office et à tout moment la mainlevée totale ou partielle des saisies effectuées.

(13) Les intéressés peuvent obtenir, à leurs frais, copie ou photocopie des documents saisis ».

6.2.5.3 En l'espèce

6.2.5.3.1 Quant aux personnes ayant participé aux opérations de perquisition et saisie

205. Pour rappel, Auchan soutient aux points 50 et suivants de ses Observations que certaines personnes auraient participé aux opérations de perquisition et saisie sans être visées dans l'Ordonnance ayant autorisé la perquisition, ou que d'autres personnes qui y étaient visées n'étaient au contraire pas présentes. De ce fait, la perquisition aurait dépassé le cadre fixé par la Loi et il en résulterait une violation de l'article 6 de la CEDH.

206. Auchan faisant référence à diverses opérations ayant eu lieu à différents moments, il convient tout d'abord de distinguer entre les opérations de perquisition à proprement parler et celles d'instruction qui en découlent, cette distinction revêtant une importance particulière quant à la compétence du Conseil ou du juge judiciaire pour en connaître.

207. Comme jugé par la Cour d'appel dans son arrêt du 14 mai 2020¹¹¹ relatif à la présente procédure, il convient en effet de distinguer ces deux phases en matière de perquisition.

208. Le conseiller désigné n'est autre que la personne au Conseil chargée à titre principal de mener une enquête de concurrence. Lorsque le conseiller désigné suspecte une entreprise de ne pas respecter ses obligations aux termes des règles de concurrence, il

¹¹¹ Arrêt de la Cour d'appel N°61/20 du 14 mai 2020 entre Auchan Luxembourg et Auchan International et le Conseil de la concurrence. Voir les détails dans la section 3.4. de la présente décision.

peut, dans le cadre de son enquête, mener une perquisition, à la condition d'y avoir été au préalable autorisé par ordonnance du juge judiciaire. Ce dernier opère donc un contrôle préalable et vérifie que les conditions pour autoriser la perquisition avec saisie sont remplies. Il est aussi compétent, pendant la perquisition et les saisies pour contrôler, même sur place, leur exécution et qu'elles respectent le cadre de l'Ordonnance d'autorisation qu'il a rendue. Les opérations de perquisition et saisies se clôturent par l'établissement de procès-verbaux de perquisition et saisies avec mises sous scellés des documents saisis.

209. Une fois la perquisition et les saisies achevées, s'ouvre une autre phase durant laquelle le conseiller désigné doit analyser les résultats de la perquisition et des saisies. Lors de cette phase, ont lieu des opérations d'ouverture des documents saisis, ainsi que d'extraction et d'indexation des informations afin qu'elles puissent être utilisées pour les besoins de l'enquête. La Cour d'appel a clairement indiqué dans son arrêt du 14 mai 2020 que le juge judiciaire ayant autorisé la perquisition et les saisies n'est pas compétent pour connaître des opérations intervenant après l'achèvement de la perquisition et des saisies. Les opérations postérieures, telles que celles d'ouverture, d'extraction et d'indexation relèvent du juge administratif.

210. Il convient donc de retenir cette distinction entre opérations de perquisition et saisies, d'une part, et opérations d'instruction subséquentes, d'autre part. En l'espèce, l'opération de perquisition et saisie a eu lieu chez Auchan les 13 et 14 janvier 2016¹¹², tandis que les opérations d'instruction subséquentes se sont déroulées :

- Le 25 février 2016, par l'ouverture et l'analyse d'un disque dur externe saisi, puis une première phase d'extraction et d'indexation des données informatiques saisies¹¹³ ;
- Les 11, 12 et 15 mai 2017, par la reprise de l'extraction et indexation¹¹⁴ ;
- Les 4 et 5 septembre 2017, par la continuation de l'extraction et de l'indexation¹¹⁵.

6.2.5.3.1.1 *Les opérations de perquisition des 13 et 14 janvier 2016*

211. Concernant tout d'abord les opérations de perquisition des 13 et 14 janvier 2016, Auchan prétend¹¹⁶ que trois personnes figurant aux procès-verbaux alors dressés, à savoir messieurs ██████████, ██████████ et ██████████ n'avaient toutefois

¹¹² Pour la notification de la perquisition à Auchan, voir PV de notification-AUCHAN. Concernant les saisies de documents et mises sous scellés, voir PV1-Auchan à PV9-Auchan.

¹¹³ Voir procès-verbal du 25 février 2016, aussi pièce Auchan n°8.

¹¹⁴ Voir PV ouverture scellés 11-12 mai 2017 Auchan.

¹¹⁵ Voir PV extractions et filtrage des 4 et 5092017.

¹¹⁶ Voir Observations Auchan, points 62 et suivants.

pas été autorisées par l'Ordonnance adoptée par le président du Tribunal d'arrondissement.

212. Comme indiqué plus haut, et en application de l'arrêt de la Cour d'appel du 14 mai 2020, le juge compétent pour contrôler la régularité des opérations de perquisition et saisies, même sur place, et le respect du cadre de l'ordonnance les ayant autorisées, est le juge ayant adopté l'Ordonnance.
213. En l'espèce, et comme relevé par la Cour d'appel dans son arrêt du 14 mai 2020, « (i)l ressort du « procès-verbal de perquisition et de saisie, scellé N°8 », que le juge qui avait autorisé les opérations avait marqué son accord à ce qu'elles soient continuées le 14 janvier 2016, de sorte que pour autant qu'un problème se soit posé au niveau de l'exécution de son ordonnance, il aurait pu exercer en temps utile, le pouvoir de contrôle qui lui est réservé par l'article 16 (4) de la loi de 2011¹¹⁷ ».
214. Or, la présence de messieurs ██████, ██████ et ██████, tous les trois officiers de police judiciaire (ci-après « OPJ »), n'a pas été considérée par le juge compétent comme problématique.
215. Par ailleurs, comme exposé dans la section 3.4. de la présente décision, Auchan a été débouté de l'ensemble de ses recours intentés contre l'Ordonnance et les actes de perquisition des 13 et 14 janvier 2016. Plus aucun de ces recours n'est pendent.
216. Ceci est suffisant pour conclure que le cadre légal n'a pas été dépassé et que le moyen ne peut être retenu.
217. Il résulte en tout état de cause de la consultation des procès-verbaux en cause que les OPJ ██████ et ██████ du Service de police judiciaire ont assisté uniquement à l'opération du 13 janvier à 13 heures 10¹¹⁸. Or, d'une part l'Ordonnance avait bien indiqué désigner deux OPJ afin d'assister dans les opérations de perquisition, sans par ailleurs faire référence nommément à certains OPJ plutôt qu'à d'autres. D'autre part, le procès-verbal « PV3-AUCHAN » relatif à cette opération indique qu'aucun document n'a alors été saisi.
218. Certes, l'Ordonnance faisait référence à des OPJ du « Service de police judiciaire, section Nouvelles Technologies ». Si cela était bien le cas pour messieurs ██████ et ██████¹¹⁹, en revanche, il est vrai que monsieur ██████, s'il avait bien le titre d'OPJ, n'appartenait pas au service Nouvelles Technologies de la police judiciaire mais était fonctionnaire auprès du Conseil¹²⁰.

¹¹⁷ La Loi.

¹¹⁸ Voir PV3-AUCHAN.

¹¹⁹ Voir le procès-verbal PV3-Auchan.

¹²⁰ Voir procès-verbal PV1-Auchan par exemple.

219. Comme il ressort de l'ensemble des procès-verbaux dressés les 13 et 14 janvier 2016 chez Auchan, monsieur [REDACTED] a assisté à toutes les opérations, mis à part celle du 13 janvier 2016 à 15 heures 50, telle que consignée dans le PV7-AUCHAN.
220. Mais, comme relevé ci-dessus, sa présence n'a pas été considérée comme problématique par le juge compétent ayant opéré le contrôle des opérations.
221. Pour l'ensemble de ces raisons, le cadre légal fixé par l'Ordonnance n'a pas été dépassé et le moyen ne saurait être retenu.

6.2.5.3.1.2 *Sur les opérations subséquentes d'ouverture des scellés et d'extraction*

222. Premièrement, concernant les opérations ayant eu lieu le 25 février 2016, Auchan soutient aux points 67 et suivants de ses Observations que [REDACTED] était présent alors qu'il n'était pas autorisé par l'Ordonnance et qu'il n'est pas établi qu'il avait la f d'OPJ.
223. Néanmoins et comme exposé ci-dessus, les opérations subséquentes à la perquisition à proprement parler, telles que celle du 25 février 2016, ne sont pas des opérations de perquisition. Il s'agit, comme en l'espèce avec l'ouverture des scellés et l'extraction des informations, d'opérations d'instruction subséquentes visant à recouvrer puis analyser les documents saisis lors de la perquisition pour les besoins de l'enquête menée par le conseiller désigné. Par conséquent, il est incorrect de la part d'Auchan de prétendre que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] aurait dû être autorisé par l'Ordonnance, puisque l'ouverture des scellés et l'extraction pratiquées le 25 février 2016 ne constituaient pas des opérations de perquisition. En outre, contrairement à ce que laisse entendre Auchan au point 71 de ses Observations, la qualité d'OPJ n'est exigée des enquêteurs par l'article 9 de la Loi qu'aux fins d'inspection¹²¹ et n'était donc pas requise ici. En tout état de cause, [REDACTED] [REDACTED] avait bien la qualité d'OPJ¹²².
224. Par ailleurs, il est également incorrect de la part d'Auchan de faire référence, au sujet des opérations du 25 février 2016, à des opérations d'inventaire des documents saisis¹²³, cet inventaire ayant eu lieu lors de la perquisition. Le 25 février 2016 se sont déroulées l'ouverture des scellés et l'extraction de l'information, comme relevé d'ailleurs par Auchan lui-même et non sans contradiction¹²⁴.
225. Deuxièmement, concernant les opérations des 11, 12 et 15 mai 2017, Auchan soutient aux points 74 et suivants de ses Observations que l'Ordonnance n'avait pas autorisé le conseiller désigné, monsieur Mattia Melloni, à intervenir seul et que quatre autres personnes, à savoir [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] et Pierre

¹²¹ Voir l'article 9, paragraphes 1 et 3 de la Loi faisant référence respectivement aux inspections et à la qualité d'OPJ pour les enquêteurs. En réponse à Auchan, Observations, point 71.

¹²² En vertu de la décision du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg N°60/2016 du 24 février 2016 lui attribuant la qualité d'OPJ pour la journée du 25 février 2016.

¹²³ Voir Observations Auchan, point 67.

¹²⁴ Voir Observations Auchan, titre ii) au point 67.

Barthelmé¹²⁵, y ont assisté, sans par ailleurs avoir la qualité d'OPJ. A nouveau, Auchan prétend qu'en cela, l'Ordonnance n'aurait pas été respectée.

226. Mais à nouveau, et comme il a été exposé ci-dessus au sujet des opérations du 25 février 2016, les opérations des 11, 12 et 15 mai 2016 étaient des opérations d'extraction et d'indexation, ayant eu lieu par conséquent après la perquisition. Ces opérations ne sont donc pas régies par les prescriptions de l'Ordonnance. Par ailleurs, comme indiqué ci-dessus, la qualité d'OPJ n'est pas requise pour les opérations d'enquête postérieures à la perquisition.
227. Troisièmement, concernant les opérations des 4 et 5 septembre 2017, Auchan, aux points 82 et suivants de ses Observations, soulève à nouveau les mêmes remarques que pour les autres opérations d'ouverture de scellés et extraction. Il est donc référé aux points ci-dessus.
228. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le moyen n'est pas fondé et doit être rejeté.

6.2.5.3.2 Quant à la disproportion entre les documents saisis et le but poursuivi

229. Aux points 86 et suivants de ses Observations, Auchan soutient que la collecte de documents aurait été massive et indifférenciée, et à ce titre, n'aurait pas respecté les garanties exigées par l'article 8 de la CEDH. Ces opérations seraient donc irrégulières. Auchan prétend également que les documents saisis auraient dû être filtrés lors de la perquisition et non pas lors des opérations d'ouverture, extraction et indexation subséquentes.
230. A cet égard, Auchan fait à nouveau référence aux opérations des 13 et 14 janvier 2016, 25 février 2016, 11, 12 et 15 mai 2017 et enfin, 4 et 5 septembre 2017.
231. Concernant les saisies opérées les 13 et 14 janvier 2016, il est renvoyé au point 6.2.5.3.1.1. de la présente décision expliquant que le contrôle de la perquisition et donc des saisies et mises sous scellés en cause relèvent de la compétence du juge judiciaire.
232. En tout état de cause, le Conseil dispose des pouvoirs d'inspection prévus par l'article 16 de la Loi dans le but d'accomplir sa mission consistant à protéger le marché luxembourgeois des distorsions de concurrence. Sous réserve du respect des droits de la défense, le Conseil peut donc rechercher, dans le cadre d'une inspection, des documents pertinents pour l'objet et le but indiqués dans l'ordonnance ayant autorisé l'inspection, au titre de l'article 16, paragraphe 3 de la Loi.
233. En l'espèce, l'Ordonnance a autorisé la perquisition des sociétés Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International S.A. « *aux fins de rechercher et saisir tout document ou support informatique permettant de conclure à une entente sur les prix ou à tout autre*

¹²⁵ A titre de précision, Monsieur Barthelmé n'était pas président du Conseil de la concurrence à cette époque mais enquêteur. Il ne siège pas dans la formation collégiale de décision de la présente affaire.

accord, décision d'association ou pratique concertée entre les prédites sociétés et les sociétés Bahlsen Management S.à.r.l et Bahlsen Luxembourg SCS ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché luxembourgeois concernant les produits « Bahlsen » et/ou « Leibniz » » durant les années 2011 à 2015 ».

234. Auchan ne démontre pas en quoi les documents dont elle critique la saisie n'auraient pas été pertinents au regard de l'objet de l'inspection en cause. Par ailleurs, lorsque cela était possible, certaines données ont bien été filtrées sur place, lors de la perquisition, comme par exemple la messagerie de [REDACTED] [REDACTED] de l'entreprise¹²⁶.
235. Quoiqu'il en soit, l'article 16 de la Loi relatif aux pouvoirs d'inspection du Conseil n'exige pas que les documents saisis soient filtrés lors de la perquisition, c'est-à-dire dans les locaux de l'entreprise perquisitionnée. Une telle exigence reviendrait en effet à imposer une charge disproportionnée aux enquêteurs du Conseil en les privant de la possibilité de copier des données sans les avoir examinées au préalable.
236. La copie et mises sous scellés des documents saisis n'est qu'une étape technique intermédiaire légitime compte tenu des volumes de données que la numérisation permet à une entreprise de stocker. Une telle manière de procéder n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense lorsque la mise sous scellés puis l'ouverture des scellés et le versement subséquent au dossier des documents potentiellement pertinents pour l'enquête se sont déroulés en présence du dirigeant de l'entreprise ou de son représentant, et/ou de l'avocat des entreprises en cause, conformément aux dispositions de l'article 16, paragraphes 7 et 10 de la Loi¹²⁷.
237. Par ailleurs, les données saisies, comme par exemple le contenu des messageries¹²⁸, l'ont été sur les ordinateurs appartenant à des personnes qui, du fait de leurs fonctions, avaient potentiellement joué un rôle déterminant dans la commission de l'infraction présumée ou à tout le moins occupé une position clé. Messieurs [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] avaient ainsi été cités par Bahlsen lors des entrevues au Conseil comme des contacts clés¹²⁹. Madame [REDACTED] occupait la fonction [REDACTED] [REDACTED] et monsieur [REDACTED] [REDACTED], comme il résulte des procès-verbaux n°3 et 7 du 13 janvier 2016. Ces saisies ne se sont donc en rien

¹²⁶ Voir procès-verbal n°4 du 13 janvier 2016.

¹²⁷ Voir les procès-verbaux de perquisition et de saisie des 13 et 14 janvier 2016 attestant de la présence de Monsieur [REDACTED] [REDACTED] ou son représentant, de Maître Leonelli et/ou de Maître Denoual, avocates de l'entreprise. Voir également les procès-verbaux des opérations d'ouverture des scellés des 25 février 2016, 11, 12 et 15 mai 2017, et 4 et 5 septembre 2017, attestant de la présence de Maître Denoual, Maître Leonelli et/ou Maître Guissart, avocates de l'entreprise.

¹²⁸ Voir procès-verbal de perquisition et de saisie n°1 du 13 janvier 2016.

¹²⁹ Voir en ce sens demande de clémence du 19 octobre 2015, point 48 et l'entrevue de Monsieur [REDACTED] (Bahlsen) du 30 octobre 2015, p. 4.

apparentées à une « *fishing expedition* », pour reprendre les termes employés par Auchan au point 94 de ses Observations.

238. Concernant ensuite les opérations d’instruction subséquentes en date des 25 février 2016, 11, 12 et 15 mai 2017 et enfin, 4 et 5 septembre 2017, celles-ci n’ont pas donné lieu à la saisie de documents mais à des opérations subséquentes d’instruction, soit l’ouverture, l’extraction et l’indexation des informations saisies lors de la perquisition.
239. Il convient à nouveau de souligner qu’en raison notamment des volumes de données que la numérisation permet à une entreprise de stocker, l’indexation et la visualisation peuvent prendre un temps considérable. La copie de données contenues dans un ordinateur par exemple, est également un moyen de ne pas retenir l’ordinateur, outil de travail, pendant une durée trop longue.
240. Pour l’ensemble de ces raisons, la demande d’Auchan selon laquelle les documents saisis auraient dû être filtrés sur place, lors de la perquisition, n’est pas raisonnable.
241. Enfin, Auchan argue à nouveau du non-respect de l’Ordonnance et invoque des dispositions de la Loi relatives aux inspections. Mais, il convient également d’insister à nouveau sur le fait que le contrôle du respect de l’Ordonnance relève du juge judiciaire, qui a d’ailleurs en l’espèce exercé ce contrôle, sans remettre en cause les saisies opérées. La perquisition s’est achevée le 14 janvier 2016 et les opérations subséquentes n’ont pas donné lieu à des saisies.
242. Pour ces raisons, le moyen d’Auchan doit être rejeté.

6.2.5.3.3 Quant à la violation du respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable

6.2.5.3.3.1 *Arguments d’Auchan*

243. Aux points 122 et suivants de ses Observations, Auchan argue tout d’abord de l’absence de garantie quant à la séparation des pouvoirs d’enquête et de poursuite au sein du Conseil et de l’absence d’impartialité qui en découle. Auchan soutient que la participation de membres du personnel du Conseil, à savoir, monsieur [REDACTED] aux opérations des 13 et 14 janvier 2016, ainsi que de [REDACTED] et de monsieur Barthelmé aux opérations des 11, 12 et 15 mai 2016 n’était pas prévue par l’Ordonnance et que concernant ces deux dernières personnes, elles n’ont pas signé les procès-verbaux concernés. Ceci, selon Auchan, serait de nature à faire naître un doute sur l’impartialité de la décision au fond du Conseil. Auchan réclame donc l’annulation des opérations qu’il vise pour violation de l’article 6, paragraphe de la CEDH.
244. Auchan soutient en outre aux points 131 et suivants de ses Observations que la participation de personnes non autorisées aux opérations de perquisition constituerait une violation du secret de l’enquête.

245. Enfin, aux points 135 et suivants de ses Observations, Auchan soutient que la saisie des données informatiques ne se serait pas faite dans des conditions permettant de garantir l'origine, l'authenticité et l'intégrité de ces données. Il vise à cet égard les opérations de perquisition des 13 et 14 janvier, et celles subséquentes d'instruction des 25 février 2016, 11, 12 et 15 mai 2017 ainsi que des 4 et 5 septembre 2017.

6.2.5.3.3.2 *Les principes*

246. L'article 7, paragraphe 4 de la Loi énonce le principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein du Conseil :

« La direction de la mise en œuvre des articles 14 à 19, 25 et 26, paragraphes 2 à 4 est confiée pour chaque dossier séparé à un conseiller désigné par ordonnance du président du Conseil. L'article 9, paragraphes 1er et 3 est applicable au conseiller ainsi désigné. Le président ne peut être désigné pour assumer ces missions.

Sous peine de nullité de la décision, le conseiller ainsi désigné, ci-après dénommé le conseiller désigné, ne prend pas part, dans les dossiers dans lesquels il a assumé ces fonctions, aux délibérations faites et aux décisions prises par le Conseil en application des articles 11 et 13. Il ne peut pas non plus se prononcer sur base de l'article 12 dans les dossiers dans lesquels il a assumé ces fonctions.

Le président désigne de même par ordonnance pour chaque dossier séparé un conseiller chargé de procéder aux inspections et enquêtes en application de l'article 22 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité et de l'article 12 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ».

6.2.5.3.3.3 *En l'espèce*

247. Premièrement, Auchan a soulevé un moyen fondé sur le risque de partialité de la présente décision du fait de la participation de certaines personnes non visées par l'Ordonnance aux opérations en cause.

248. Mais comme exposé ci-dessus, les participations de monsieur [REDACTÉ] aux opérations de perquisition et celles de madame [REDACTÉ] et de monsieur Barthelmé à certaines des opérations d'instruction subséquentes étaient autorisées en leur qualité de membres du personnel du Conseil de la concurrence, ayant assisté le conseiller désigné dans son enquête.

249. Par conséquent, il ne saurait en résulter une violation du secret de l'enquête et de l'instruction¹³⁰.

¹³⁰ En réponse aux points 131 et suivants soulevés par Auchan.

250. Par ailleurs, ni cette participation, ni le fait qu'ils n'aient, pour certains, pas signé les procès-verbaux concernés n'est de nature à remettre en cause le principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision au sein du Conseil, tel qu'énoncé à l'article 7 paragraphe 4 de la Loi. Aucune des personnes siégeant au sein de la formation collégiale adoptant la présente décision n'a participé à l'enquête dans la présente affaire. Ceci est incontestable et n'a pas été contesté.
251. Deuxièmement, quant à l'absence alléguée de garantie sur l'origine, l'authenticité et l'intégrité des données saisies et analysées, Auchan revient sur la régularité des opérations ayant eu lieu les 13 et 14 janvier 2016, le 25 février 2016, les 11, 12 et 15 mai 2017 et enfin les 4 et 5 septembre 2017.
252. Concernant tout d'abord les opérations des 13 et 14 janvier 2016, il a été amplement exposé ci-dessus que le contrôle de ces opérations relève du juge ayant autorisé la perquisition, que ce juge a opéré ce contrôle et qu'il n'a pas remis en cause les données alors saisies. Auchan a fait plusieurs recours dont il a été débouté. En conséquence, Auchan n'est pas fondé à soulever ici à nouveau ce moyen.
253. Concernant les opérations subséquentes d'instruction visées ci-dessus, Auchan liste une série de garanties qui n'auraient pas été respectées lors de l'ouverture des scellées et de l'extraction des données. Auchan se réfère¹³¹ à l'article 16, paragraphe 8 de la Loi et argue de l'absence des OPJ désignés par l'Ordonnance lors des opérations en cause ici. Mais à nouveau, l'article 16, paragraphe 8 de la Loi régit les conditions de la perquisition et non des opérations d'instruction subséquentes. De même, l'Ordonnance posait les conditions encadrant la perquisition, mais pas celles des opérations subséquentes. Pour le reste, Auchan ne procède que par affirmations, sans citer aucune source quant aux exigences qu'il énonce et qui n'auraient pas été respectées.
254. Par conséquent, ce moyen d'Auchan, visant à l'annulation des opérations d'instruction subséquentes à la perquisition et à l'exclusion du dossier des pièces visées par Auchan au point 166 de ses Observations, doit être rejeté. Les opérations de perquisition ont déjà été confirmées par le juge judiciaire.

6.2.6 Sur le moyen subsidiaire tiré du fait que certaines pièces ne se rapportent pas à la période incriminée ou concernent d'autres distributeurs

255. Premièrement, Auchan, aux points 167 et suivants de ses Observations, soutient au surplus que certaines pièces qu'il liste devraient être écartées de la procédure devant le Conseil au motif qu'elles ne se rapportent pas à la période incriminée ou concernent d'autres distributeurs.

¹³¹ Voir Observations Auchan, point 143.

256. Comme exposé ci-dessous dans la section 6.3.3. relative aux règles d'administration de la preuve, il peut en effet être tenu compte d'éléments en dehors de la période d'infraction s'ils font partie du faisceau d'indices invoqué afin de prouver l'infraction ou qu'ils sont des éléments de compréhension du contexte de l'infraction¹³². Il en est de même des éléments concernant d'autres distributeurs qui opèrent sur le marché luxembourgeois où ils sont des concurrents d'Auchan. Dès lors, certaines pièces, même lorsqu'elles ne citent pas Auchan ou qu'elles sont en dehors de la période d'infraction retenue par la présente décision, ont néanmoins leur place au dossier dans la mesure où elles permettent d'apporter un éclairage sur les pratiques reprochées à Auchan.
257. Ce moyen peut donc être partiellement retenu et en conséquence, le Conseil dans la présente décision n'utilise pas les éléments qui ne remplissent pas les critères exposés au point précédent.
258. Deuxièmement, Auchan, aux points 170 et suivants de ses Observations, soutient qu'un grand nombre de pièces ne sont pas numérotées, figurent en double ou ne lui ont pas été communiquées. La présente décision renvoie à son point 6.2.2.3.4. qui a déjà répondu à ce moyen soulevé au préalable par Auchan et a estimé ce moyen non fondé.
259. En conclusion de cette section 6.2., les moyens soulevés par les parties ne sont pas fondés et doivent donc être rejetés.

6.3 Le droit applicable

6.3.1 *La Loi*

260. 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 ;*

¹³² Voir en ce sens l'arrêt du Tribunal, *Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals / Commission*, précité, point 193 et l'arrêt du Tribunal, *Qualcomm / Commission*, précité, point 91.

- 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. »*

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

261. 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.

262. Au titre de l’article 3, paragraphe 1 du règlement 1/2003¹³³ (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,

« 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 1, du traité susceptible 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 ».

263. 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 communautaires¹³⁴.

6.3.2.1 *L’article 101, paragraphes 1 et 2 du TFUE*

264. 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

¹³³ 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.

¹³⁴ 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).

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 ».*

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

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

6.3.2.2 L'affectation du commerce entre Etats membres

266. Aux points 175 et suivants de ses Observations, Auchan conteste l'applicabilité du droit de l'Union. Selon Auchan, les pratiques auraient en effet un caractère purement local puisqu'il n'exploitait qu'un seul hypermarché au Luxembourg, situé au Kirchberg. Par ailleurs, ces pratiques n'auraient pas la capacité à affecter de manière sensible le commerce entre Etats membres.

267. 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 effet¹³⁵.

268. 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

¹³⁵ Voir l'arrêt de la Cour du 17 juillet 1997, *Ferriere Nord/Commission*, C-219/95 P, ECLI:EU:C:1997:375, point 19.

Etats membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation du marché unique¹³⁶. A cet égard, peu importe que l'affectation soit positive (augmentation des échanges) ou négative (diminution des échanges)¹³⁷.

269. Aux termes des lignes directrices de la Commission européenne (ci-après 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 cause¹³⁸.
270. Concernant la nature de la pratique, il s'agit en l'espèce 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 États membres, ce niveau de prix n'est défendable que si les importations en provenance d'autres États membres peuvent être contrôlées¹³⁹.
271. Comme indiqué aux points 4 et 8 de la présente décision, la pratique en cause implique plusieurs sociétés établies au Luxembourg et qui y opèrent. 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, de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le Traité¹⁴⁰. Le Tribunal a 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* »¹⁴¹.
272. Si Bahlsen commercialise ses produits sur l'ensemble du territoire, Auchan a indiqué dans ses Observations¹⁴² qu'un seul de ses magasins au Luxembourg était concerné par la pratique, à savoir l'hypermarché Auchan du Kirchberg à Luxembourg. Aucun

¹³⁶ 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.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Voir les lignes directrices de la Commission, *précitées*, points 28 à 32 et la jurisprudence citée.

¹³⁹ Lignes directrices, *précitées*, point 88.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Voir point 182 et suivants.

élément du dossier ne vient infirmer cette déclaration, rien ne démontrant que les *PVC* aient été suivis par d'autres magasins Auchan, tels que les « *Auchan drive* ». Il convient toutefois de noter que ce magasin du Kirchberg a une taille très significative puisqu'il est qualifié par Auchan d'« *hypermarché* », compte 100 000 références¹⁴³ et se situe au sein d'un vaste centre commercial dans le quartier d'affaires de la capitale où sont implantées de nombreuses entreprises et institutions, en sus de lieux de résidence. Un article paru dans le *Luxemburger Wort* le 22 novembre 2017¹⁴⁴ évoquait le chiffre de 8 millions de visiteurs annuels pour l'hypermarché Auchan et une zone de chalandise s'étendant 30 km au-delà des frontières du Grand-Duché. Soulignons que le Grand-Duché comptait en 2011 un peu plus de 500 000 habitants¹⁴⁵ et au cours des années 2010 à 2015, une population de travailleurs transfrontaliers comprise entre 150 000 et 175 000 personnes¹⁴⁶. Dans ces conditions, il n'est pas réaliste de la part d'Auchan de prétendre que la pratique en cause, même si elle ne concerne que l'hypermarché Auchan du Kirchberg, ne serait que locale ni même que ses effets ne se localiseraient qu'à l'intérieur du territoire luxembourgeois.

273. En tout état de cause, l'article 101 TFUE peut aussi être applicable à une partie seulement du territoire d'un Etat membre¹⁴⁷. La jurisprudence française a aussi considéré – dans le cas d'une entente verticale de prix - que « *tout accord de prix imposé qui s'étend à l'ensemble du territoire ou à une vaste majorité du territoire d'un Etat membre est par sa nature même, fortement présumée comme étant susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres* »¹⁴⁸.
274. En l'espèce, aucun élément ne permet de rebuter cette présomption.
275. Outre les chiffres évoqués ci-dessus, il convient de relever que la pratique en cause a concerné, au Luxembourg, la vaste majorité des produits vendus par Bahlsen¹⁴⁹ dont l'importance a été rappelée au point 4.1, Bahlsen étant un leader du secteur et ses produits largement consommés.
276. 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%¹⁵⁰. En l'espèce, Auchan a indiqué lors de l'audition du 4 février 2020 qu'il représentait au cours des années en

¹⁴³ Voir Observations Christal S.A., note de bas de page n°2.

¹⁴⁴ <https://www.wort.lu/fr/search/peut-on%20parler%20de%20saturation>

¹⁴⁵ https://statistiques.public.lu/stat/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=12796&IF_Language=fra&MainTheme=2&FldrName=1&RFPPath=16340%2c16341

¹⁴⁶ https://statistiques.public.lu/stat/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=12928&IF_Language=fra&MainTheme=2&FldrName=3&RFPPath=92

¹⁴⁷ Voir les lignes directrices de la Commission sur l'affectation du commerce, précitées, point 21.

¹⁴⁸ Cour d'appel de Paris, arrêt du 26 janvier 2012, *affaire des parfums*, RG 2010/23945, page 40.

¹⁴⁹ Voir les relevés PPR qui concernent l'ensemble de la gamme Bahlsen, et pour Auchan, voir en particulier les pièces II.B.1.001. à II.B.1.056, II.B.2.01 à II.B.2.07, II.B.3.1., II.B.4.01, II.B.4.03. à II.B.4.09., demande de clémence.

¹⁵⁰ Voir lignes directrices de la Commission, précitées, points 48 et 54.

cause [REDACTED] du secteur de la distribution au détail au Luxembourg, qui est assez concentré entre les enseignes suivantes : Cactus, Delhaize (incluant aussi ses enseignes Cora, Match et Smatch), Auchan, Aldi et Lidl. Auchan représentait par ailleurs entre [REDACTED] des ventes de Bahlsen au Luxembourg entre 2012 et 2015¹⁵¹. En ce qui concerne Bahlsen et comme indiqué au point 4.1. de la présente décision, elle se décrit dans sa documentation interne comme un des acteurs principaux dans son secteur au Luxembourg, avec une part de marché de l'ordre de [REDACTED] en 2012 en produits salés et environ [REDACTED] dans le segment « biscuits » où elle détiendrait donc la [REDACTED] place. En outre, tant Bahlsen qu'Auchan, appartiennent chacune à des grands groupes multinationaux : Bahlsen¹⁵² vend ses produits dans plus de 55 pays, tandis qu'Auchan figurait en 2019 à la 13^{ème} place mondiale des distributeurs alimentaires avec une présence dans 14 pays¹⁵³.

277. Il convient également de relever que les pratiques verticales en cause entre Bahlsen et Auchan 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 6.6. de la présente décision), force est de constater que l'effet des pratiques entre Bahlsen et Auchan a pu se cumuler aux effets des autres pratiques similaires menées par Bahlsen en parallèle avec d'autres distributeurs. Ces effets cumulatifs¹⁵⁴, 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.
278. En l'espèce et du fait des pratiques sous examen, Auchan 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 pu conduire 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 »¹⁵⁵.
279. 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.
280. L'article 101, paragraphe 1 du TFUE est donc applicable.

¹⁵¹ Pourcentage obtenu à partir des données de la pièce II.B.6.2., demande de clémence.

¹⁵² <https://www.thebahlsenfamily.com/int/company/about-us/facts-figures-dates/>

¹⁵³ <https://www.auchan-retail.com/fr/qui-sommes-nous/>

¹⁵⁴ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce, *précitées*, point 49.

¹⁵⁵ 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.*

6.3.3 *Les règles d'administration de la preuve*

6.3.3.1 *Les principes*

281. 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.
282. 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* »¹⁵⁶.
283. Il appartient au Conseil de prouver non seulement l'existence de l'entente, mais aussi sa durée¹⁵⁷. 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.
284. Il est toutefois de jurisprudence constante que chacune des preuves apportées par le Conseil ne doit pas nécessairement répondre à ces critères par rapport à chaque élément de l'infraction. Il suffit que le faisceau d'indices invoqué par le Conseil, apprécié globalement, réponde à cette exigence¹⁵⁸.
285. 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, 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 concurrence¹⁵⁹.

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 51 et la jurisprudence citée.

¹⁵⁹ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 52 et la jurisprudence citée.

286. 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 précises¹⁶⁰.

287. Enfin, concernant les éléments de preuve se situant en dehors de la période infractionnelle visée, il ressort d'une jurisprudence établie¹⁶¹ que l'autorité de 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.

6.3.3.2 *En l'espèce*

288. 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 réunions entre, d'une part Bahlsen, et d'autre part ses distributeurs, à savoir Auchan en l'espèce.

289. 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.

6.4 Le marché concerné

290. 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* »¹⁶².

291. 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,*

¹⁶⁰ Voir arrêt *Trelleborg Industries SAS et Trelleborg AB contre Commission*, précité, point 53 et la jurisprudence citée.

¹⁶¹ 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*, T655/11, 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.

¹⁶² 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.

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 »¹⁶³.

292. 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 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 »¹⁶⁴.*

293. En l'espèce, d'une part, le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres est rempli¹⁶⁵. 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.

294. 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.

6.4.1 *Le marché des produits concernés*

295. 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.

296. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, et contrairement à ce qui a été soutenu par Auchan¹⁶⁶, 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 anti-concurrentielle de prix imposés examinée dans la présente décision.

297. Que le marché inclue ou non des produits concurrents des produits Bahlsen¹⁶⁷, la pratique constatée est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres et a

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 septembre 2007, *Prym et Prym Consumer / Commission*, T-30/05, ECLI:EU:T:2007:267, point 86.

¹⁶⁵ Voir le point 6.3.2.2.

¹⁶⁶ Voir Observations Auchan, point 287 et suivants.

¹⁶⁷ La question a été soulevée par Bahlsen dans ses Observations, au point 47 et Auchan, aux points 290 et suivants de ses Observations.

pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

6.4.2 *Le marché géographique*

298. Les produits sucrés et salés (biscuits sucrés, gâteaux, noix, chips et biscuits salés/fromage) sont commercialisés par Bahlsen sur l'ensemble du territoire luxembourgeois.
299. Ils sont revendus par Auchan au Luxembourg, et plus particulièrement par le magasin Auchan situé au Kirchberg à Luxembourg¹⁶⁸. Comme il a été indiqué au point 273 dans la section 6.3.2. de la présente décision relative à l'affectation du commerce entre Etats membres, l'hypermarché Auchan du Kirchberg compte plusieurs millions de visiteurs par an, ce qui explique que sa zone de chalandise soit assez étendue, possiblement au-delà même des frontières du Grand-Duché.
300. Auchan, dans ses Observations, relève d'ailleurs qu'il se considère concurrent d'enseignes telles que Delhaize et Cactus¹⁶⁹ qui sont présentes sur l'ensemble du territoire luxembourgeois. Aux points 299 et suivants de ses Observations, Auchan soutient par ailleurs que le marché géographique à prendre en compte est « *la zone située autour d'Auchan-Kirchberg dans un rayon de moins de trente minutes de temps de déplacement en voiture* ». Cela engloberait dans la zone de chalandise les trois Cantons d'Esch, Luxembourg et Capellen, soit quasiment 70% de la population vivant au Grand-Duché de Luxembourg¹⁷⁰.
301. Il peut donc être conclu que le marché concerné, dans sa dimension géographique, est le territoire national du Grand-Duché de Luxembourg, ou à tout le moins une grande partie de celui-ci.

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

302. 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 Auchan.

¹⁶⁸ Voir point 261 de la présente décision.

¹⁶⁹ Voir Observations Auchan, point 213.

¹⁷⁰ D'après le STATEC.

6.4.4 Conclusion

303. 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.
304. Bahlsen et Auchan opèrent sur ledit marché, à différents niveaux, Bahlsen étant le vendeur ou fournisseur desdits produits tandis qu'Auchan en est acheteur en gros et revendeur au détail.

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

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

305. Comme il a été rappelé au point 6.3., 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.
306. L'article 101, paragraphe 1 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 distribution¹⁷¹.
307. 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 indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal¹⁷² ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter* »¹⁷³.
308. 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.
309. 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

¹⁷¹ Voir le règlement (UE) n°330/2010 précité.

¹⁷² Nous soulignons.

¹⁷³ Les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, J.O.U.E., C 130 du 19.5.2010, p. 1, point 48.

l'article 101 paragraphe 1 du Traité¹⁷⁴. Les accords verticaux sur les prix imposés à la 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 fournisseur¹⁷⁵.

310. 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 catégorie¹⁷⁶. 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 accords¹⁷⁷.
311. 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 ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix fixes ou minimums¹⁷⁸. Un alignement résultant d'un parallélisme de comportements n'est pas non plus illicite.
312. 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 :

¹⁷⁴ Voir par exemple la décision de la Commission du 24.07.2018, Asus, AT.40465, point 116.

¹⁷⁵ Voir ADLC, décision du 20 décembre 2007, n°07-D-50, *affaire des jouets*, point 614.

¹⁷⁶ Voir les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales *précitées*, points 223 et suivants.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ 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 et 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.

- 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 concurrence¹⁷⁹.

313. 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.

6.5.2 *Un concours de volontés*

314. 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.

6.5.2.1 *Une invitation acceptée*

315. 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.

316. 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 recouper¹⁸⁰.

317. 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

¹⁷⁹ Lignes directrices précitées dans la note de bas de page précédente, point 48.

¹⁸⁰ Voir la récente décision de la Commission du 5 mars 2019, *occupant safety systems*, AT.40481, point 46 et la jurisprudence citée.

invitation¹⁸¹, la forme par laquelle se manifeste le concours de volontés n'ayant pas d'importance¹⁸².

318. 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 manière¹⁸³. 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 largement¹⁸⁴.

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 Traité¹⁸⁵.

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 tacite de l'autre partie est établi¹⁸⁶ (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

¹⁸¹ Cour d'appel de 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.

¹⁸² 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 ».

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ Arrêt de la Cour du 22 octobre 2015, *AC-Treuhand AG v Commission*, C-194/14 P, EU:C:2015:717, point 43.

¹⁸⁵ Arrêt de la Cour, *Sandoz Prodotti Farmaceutici v Commission*, 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.

¹⁸⁶ 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.

fournisseur à adopter des mesures, même si ces mesures n'étaient pas explicitement indiquées au contrat¹⁸⁷ »¹⁸⁸.

6.5.2.2 Les différents modes de preuve de l'acceptation

6.5.2.2.1 Les preuves documentaires

319. 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*.

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

320. Il est utile de se référer ici à la jurisprudence nationale avec, par exemple, l'affaire *Luxlait*¹⁸⁹, et française¹⁹⁰ 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 ;
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.

¹⁸⁷ Arrêt du 18 septembre 2003, *Volkswagen AG v Commission*, C-338/00 P, EU:C:2003:473, points 64 et 65.

¹⁸⁸ Voir pour l'ensemble de la citation, la décision de la Commission du 17 décembre 2018, *Guess*, AT.40428, points 96 à 99.

¹⁸⁹ 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).

¹⁹⁰ La pratique décisionnelle récente de la Commission a en effet eu à connaître davantage de cas d'ententes établies 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.

321. 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 exigence¹⁹¹.

6.5.2.2.2.1 *L'évocation des prix conseillés*

322. 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.

6.5.2.2.2.2 *L'application significative des prix par le distributeur*

323. 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 ces prix dits conseillés ont fonctionné dans les faits comme 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'accord¹⁹².

324. 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 recherchée¹⁹³.

325. 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 dits « *conseillés* ».

326. A titre d'illustration, dans *l'affaire des parfums*, traitée par l'autorité de concurrence française, 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 relevés ont été effectués* ». L'autorité française¹⁹⁴ 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*

¹⁹¹ Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, *affaire des parfums*, n°2010/23945, page 43, 1^{er} et 3^{ème} paragraphes.

¹⁹² CA Paris, 26 juin 2007, n°2006/07821, *affaire des parfums*, page 33, 2^{ème} paragraphe.

¹⁹³ Voir *l'affaire des Parfums*, Conseil de la concurrence (France), 13 mars 2006, décision n°06-D-04, point 505.

¹⁹⁴ Décision n° 06-D-04 bis* du 13 mars 2006, *affaire des parfums*, points 510 et 511.

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 ».

327. 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 Bahlsen¹⁹⁵, 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 opérés¹⁹⁶. Dans l'*affaire des jouets*¹⁹⁷ avaient été pris en compte les prix pratiqués par chaque distributeur pour les références présentes dans les catalogues de Noël.
328. 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.
329. 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 minimes. 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*¹⁹⁸. 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.

6.5.2.2.3 *La police des prix*

330. 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

¹⁹⁵ Pour le nombre de références, voir courrier de Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse à la question Q5.

¹⁹⁶ Voir ADLC, décision 06-D-04 du 13 mars 2006, *affaire des parfums*, point 506.

¹⁹⁷ Voir ADLC, décision 07-D-50 du 20 décembre 2007, *affaire des jouets*, citée ci-dessus, points 369 et suivants.

¹⁹⁸ 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.

qu'une manifestation particulièrement poussée de cette police des prix, parmi un large éventail d'actes de surveillance ou de pressions.

331. 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 représailles¹⁹⁹ pour remplir la condition de police des prix.

6.5.3 *En l'espèce*

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

332. 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 Auchan le respect des *PVC* de manière expresse.

333. 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 Auchan, comme il a été exposé aux points 4.2.3. et notamment 4.2.3.5. de la présente décision.

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

- Bahlsen a diffusé à Auchan, parfois à la demande de ce dernier, des prétendus *PVC*, a procédé à des relevés de prix systématiques chez Auchan, a contrôlé le niveau effectif des prix pratiqués par Auchan, a porté à la connaissance d'Auchan les produits dits « *problématiques* » dont les prix n'étaient pas en phase avec les *PVC* et a demandé des corrections à Auchan, sans qu'Auchan ne se distancie de ces dernières pratiques ;
- Bahlsen et Auchan se sont entendus sur un « *blocage* » automatique des prix d'Auchan au niveau du *PVC* en contrepartie d'une remise offerte par Bahlsen à Auchan ;
- Auchan a demandé à Bahlsen de veiller à ce que d'autres distributeurs, concurrents d'Auchan, respectent les *PVC* ;
- Auchan a contribué à la politique des *PVC* afin que sa marge soit garantie, alors qu'Auchan devait en principe pouvoir augmenter sa marge unilatéralement, soit en augmentant son prix de détail, soit en renégociant son prix d'achat auprès de Bahlsen, mais pas en participant à un accord anticoncurrentiel.

335. Comme indiqué ci-dessus, il convient de souligner que, ni Auchan ni Bahlsen, ne se sont jamais distanciés de la réception de courriels incriminants reçus de l'autre partie.

¹⁹⁹ 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.

Or, il est de jurisprudence constante que l'absence de distanciation vaut acquiescement²⁰⁰.

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

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

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

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

338. Aux points 228 à 233 de ses Observations, Auchan reconnaît que les *PVC* lui ont bien été communiqués, parfois même à sa demande.

339. Ce point n'est pas non plus contesté par Bahlsen²⁰¹.

340. Comme il a été exposé dans l'analyse factuelle des pratiques reprise dans la section 4 de la présente décision, Bahlsen a communiqué à Auchan des *PVC*, parfois même à la demande de ce dernier et pendant au moins l'intégralité de la période infractionnelle. Ces *PVC* ont fait l'objet de discussions entre Bahlsen et Auchan. En conséquence, Auchan avait connaissance des *PVC*.

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

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

6.5.3.2.2.1 *Moyens soulevés par Bahlsen*

342. Au point 43 et suivants 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., et inclut un tableau aux pages 23 à 25 de ses Observations. La méthodologie avancée est un calcul à partir des PPRs (pour rappel, Price Panel Reviews, relevés de prix) prenant en compte une pondération de 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*.

343. 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, et la période d'analyse

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ Voir Observations Bahlsen, points 40 à 42.

dans ce tableau est limitée environ à l'année 2015, sans explication. Sa méthode de pondération ne trouve pas d'équivalent en jurisprudence et est, par ailleurs, critiquable au sens où le chiffre d'affaires réalisé par un produit peut être éclaté entre plusieurs références. Ainsi en 2012 par exemple, Bahlsen vendait à Auchan une vingtaine de déclinaisons différentes du produit *Pick Up*, chaque référence de la « famille *Pick Up* » générant pour Bahlsen un chiffre d'affaires distinct²⁰². 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 tout de même constitué.

344. Il semble que le tableau aux pages 23 à 25 des Observations Bahlsen soit issu de la pièce II.B.6.1., versée au dossier par Bahlsen. Cette pièce fournit quant à elle des chiffres de 2012 à début 2016 et comporte de très nombreux cas sur toute la période où le seuil de 80% est atteint ou franchi en ce qui concerne les prix pratiqués par Auchan. L'année 2012 affiche notamment un respect à 100% à quinze reprises. Bahlsen conclut pourtant à un dépassement « occasionnel »²⁰³ et ne tire aucune conclusion de ces chiffres quant à une application significative par Auchan.

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

6.5.3.2.2.2 Moyens soulevés par Auchan

346. Aux points 240 et suivants de ses Observations, Auchan conteste que la Communication des griefs ait démontré une application significative. Puis, aux points 262 et suivants, il s'attache à démontrer, selon sa propre méthode cette fois, l'absence « d'alignement significatif ».

347. Au point 240 de ses Observations, Auchan commence par redéfinir les critères du triple test en indiquant qu'il faudrait d'abord démontrer une application des *PVC*, puis un alignement significatif qui, enfin, serait le résultat de mesures de police mises en œuvre par le fournisseur. Toutefois et comme il a été exposé à la section 6.5.2.2.2. de la présente décision, en l'absence de preuve documentaire, trois éléments, prouvés par un faisceau d'indices, doivent être retenus : 1. Les prix de vente au détail souhaités par le fournisseur sont connus des distributeurs ; 2. Ces prix sont significativement appliqués par le distributeur ; 3. Une police des prix a été mise en place pour éviter des déviations compromettant le fonctionnement durable de l'entente. C'est donc ce test, et en ce qui concerne sa deuxième branche, le critère d'application significative

²⁰² Voir pièce II.B.6.2., demande de clémence.

²⁰³ Voir Observations Bahlsen, point 45, 3^{ème} paragraphe.

dont les principes sont détaillés à la section 6.5.2.2.2.2. ci-dessus, qui sont appliqués par la présente décision.

348. Aux points 244 à 250 de ses Observations, Auchan critique ensuite le caractère qu'il estime erroné des éléments chiffrés utilisés par la Communication des griefs. Celle-ci ne se fonderait que sur des relevés de prix ponctuels effectués par Bahlsen et non sur les prix effectivement pratiqués par Auchan. Mais, les relevés PPR opérés par Bahlsen ont été faits chez Auchan et reflètent donc bien les prix effectivement pratiqués par Auchan. Par ailleurs, Auchan reconnaît lui-même au point 247 de ses Observations ne pas conserver d'historique des prix qu'il pratique à date fixe mais « *uniquement l'historique des actions effectuées sur le prix (modification ou confirmation du prix appliqué)* » et avoir dû conduire « *d'importants efforts de recherche (...) pour reconstruire les prix effectivement pratiqués par Auchan (...) sur la période incriminée* ». Auchan souligne encore la disparité possible entre les prix relevés pas Bahlsen et les prix qu'Auchan admet avoir « *reconstruits* » au moyen d'importants efforts pour les besoins de la présente procédure. Compte tenu de ces conditions décrites par Auchan, les PPRs consignants les prix relevés *in tempore non suspecto* chez Auchan par Bahlsen sont la meilleure preuve qui soit et en tout état de cause plus pertinents que des prix reconstruits dans ces conditions *a posteriori*. La Cour d'appel de Paris²⁰⁴, confirmant la décision de l'autorité de concurrence, a jugé dans *l'affaire des parfums* que les relevés de prix, certes, ne représentaient pas toutes les caractéristiques suffisantes à une démonstration statistique du respect des prix imposés, mais « *qu'ils pouv(ai)ent 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 (...)* ». En tout état de cause, de nombreux prix fournis par Auchan (par opposition aux prix relevés chez Auchan par Bahlsen) dans les tableaux inclus au point 249 de ses Observations sont supérieurs aux prix relevés par Bahlsen. Ceci attesterait du fait que le *PVC* aurait à tout le moins fonctionné comme un prix plancher.
349. Puis, aux points 250 à 261 de ses Observations, Auchan dénonce l'absence de pertinence de l'échantillonnage, la méthode et les chiffres utilisés par la Communication des griefs et conclut qu'il n'y aurait pas d'« *alignement significatif* ». Il est renvoyé au point 6.5.3.2.2.3. de la présente décision où la méthode utilisée par la Communication des griefs fait l'objet d'une analyse et où la décision opère sa propre analyse démontrant en l'espèce qu'il y a bien eu application significative.
350. Aux points 262 à 283, Auchan expose ensuite sa propre méthode pour démontrer, d'une part, « *l'absence d'alignement significatif* » de ses prix sur les *PVC* et, d'autre part, « *l'absence d'alignement volontaire* ». Tout d'abord, n'ayant pas conservé ses propres prix, Auchan indique dans ses Observations les avoir reconstruits au moyen

²⁰⁴ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, RG n°2010/23945, page 48, paragraphes 5 et 6.

d'une analyse des actions sur les prix qui sont, elles, consignées dans son système de gestion des prix. De plus, puisqu'il prend notamment en compte les prix de ses concurrents pour établir son propre prix, Auchan indique avoir redemandé à la société Nielsen de lui réexpédier les relevés de prix pour la période en cause²⁰⁵. Sur cette base, lorsque le prix d'Auchan est aligné sur le *PVC*, Auchan affirme dans ses Observations que l'alignement résulte « *majoritairement d'un alignement automatique sur la concurrence par le logiciel [REDACTED]* »²⁰⁶, qui est l'un des logiciels qu'il utilise. Cette tâche de reconstitution entreprise par Auchan, outre le fait qu'elle soit fastidieuse, suppose qu'il n'y ait pas eu d'erreur lors de la reconstruction, ce qu'il est impossible de vérifier. Comme indiqué précédemment, les relevés de prix opérés par Bahlsen chez Auchan *in tempore non suspecto* ont une valeur probante supérieure à une telle reconstruction *a posteriori*. A cet égard, lorsque le représentant de Bahlsen a communiqué à Auchan des corrections de prix à effectuer, les responsables commerciaux d'Auchan n'ont jamais rétorqué que les prix relevés par Bahlsen étaient erronés.

351. Ensuite, à partir du point 268 des Observations, Auchan observe que, en dépit des déclarations de ses chefs de rayon, les exhortations de Bahlsen à respecter les *PVC* n'auraient pas été suivies d'effets, les cas « *d'alignement* » s'expliquant par d'autres motifs qu'une concertation illicite. Mais, tout d'abord, Auchan reconnaît donc bien que certains de ses employés ont répondu favorablement et confirmé à Bahlsen qu'ils opéraient des corrections afin que les *PVC* soient respectés, comme il a été exposé, preuves à l'appui, dans le rappel des faits aux points 4.2.3. et notamment 4.2.3.5. de la présente décision. Par ailleurs, il peut y avoir restriction anticoncurrentielle par objet, même en l'absence d'effet. Enfin, il est de jurisprudence constante que l'absence de distanciation par rapport à des déclarations ou pratiques illicites vaut acquiescement²⁰⁷. Auchan avance²⁰⁸ pour sa défense qu'annoncer à Bahlsen que les prix avaient été modifiés était « *l'une des solutions trouvées par le chef de rayon pour éviter d'avoir une nouvelle fois à lui expliquer qu'Auchan était libre de fixer ses prix de vente* ». Mais, en vertu de la jurisprudence précitée, une telle affirmation est insuffisante et la participation d'Auchan à la pratique litigieuse est démontrée.
352. Concernant le point de savoir si les prix ont été corrigés ou non suite aux demandes de modifications, il existe certes des exemples où malgré les demandes, les corrections n'ont pas été faites, comme le relève Auchan par exemple au point 273 de ses Observations. Néanmoins, et comme il est démontré ci-après dans la section 6.5.3.2.2.3., les critères d'une application significative des *PVC* sont en l'espèce remplis. En tout état de cause, le critère de l'application significative des *PVC* est un indice qui, considéré au sein d'un faisceau c'est-à-dire avec d'autres indices, peut prouver un accord sur les prix de revente, en l'absence de preuve documentaire directe

²⁰⁵ Voir Observations Auchan, point 265.

²⁰⁶ Voir par exemple Observations Auchan, point 266, pages 56 et suivantes

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ Observations Auchan, point 274.

ou indirecte. Une analyse statistique exhaustive et systématique de l'ensemble des références n'est en aucun cas exigée, et notamment pas dans un cas comme celui d'espèce où il existe un très grand nombre de références (■ en moyenne) et que l'infraction s'étend sur plus de cinq années.

353. De même, il est possible, à l'instar de ce qu'affirme Auchan aux points 275 et suivants de ses Observations, que dans le cas de certains produits, l'alignement de ses prix sur les *PVC* puisse s'expliquer par des motifs autres que la concertation. Auchan fait notamment référence aux faibles prix de certains produits qui expliqueraient qu'Auchan n'aurait que peu de marge pour s'écarter du *PVC*. Toutefois, l'interdiction des prix imposés ne prévoit pas d'exception en fonction de la valeur des produits en cause. Ensuite, Auchan prétend que son alignement sur les prix pratiqués par la concurrence se ferait *a posteriori* par le biais de son logiciel de prix et ne serait donc pas le résultat d'une concertation préalable et qu'en outre, la pratique des promotions l'obligerait à parfois « bloquer » le prix à un certain niveau. Ces affirmations, à les supposer établies, ne suffisent toutefois pas à contrebalancer les preuves documentaires démontrant la participation d'Auchan à l'entente verticale sur les prix.

354. En conséquence, ces moyens ne peuvent être retenus.

6.5.3.2.2.3 Conclusion sur la deuxième branche du test

355. 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 les 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 d'Auchan est décrite ci-dessous et se fonde sur un échantillon de produits.

a) La méthodologie suivie par le Conseil

356. 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 Auchan 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 Auchan au cours de la période infractionnelle.

- Le fournisseur

357. Le cas d'espèce ne concerne qu'un fournisseur, à savoir Bahlsen qui, entre 2011 et 2015, vendait au Luxembourg environ ■ références de produits²⁰⁹, certaines références étant des déclinaisons d'un même produit mais en des recettes différentes²¹⁰

²⁰⁹ 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).

²¹⁰ Par exemple, les biscuits PickUp disponibles en version « classic », « caramel », « fourré lait », « wild berry » etc.

et/ou dans des emballages de tailles variées²¹¹. Par exemple, aux termes du relevé PPR du 10 octobre 2014²¹², 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).

- Les produits

358. La Communication des griefs avait annoncé retenir un échantillon de 9 produits²¹³ et 5 catégories de produits dans son « *tableau synoptique* »²¹⁴. 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.

359. 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-dessus²¹⁵ 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.

²¹¹ Par exemple, les chips « *Crunchips Salz* » disponibles en sachets de 50, 90, 100 ou 175 grammes.

²¹² Pièce II.B.1.008., demande de clémence.

²¹³ 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* ».

²¹⁴ 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* »).

²¹⁵ Voir point 6.5.2.2.2. de la présente décision.

360. 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 marque²¹⁶.
361. 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 concordants²¹⁷. Après avoir écarté les références « *choco Leibniz VM 125g* » (20910), « *Saltlets sticks classic 250g* » (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* »)²¹⁸, deux références de type « *chips* » (65080 « *Crunchips Salz (50g)* » et 65090 « *Crunchips Paprika (50g)* »)²¹⁹, un gâteau (47400-45040 « *Comtess Schoko* »)²²⁰ et une référence de biscuit sucré (28380 « *PickUp classic 5x28g* »).
362. 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 sucré²²¹ sur toute la période infractionnelle et Bahlsen le décrivait dans une présentation interne de 2014 comme l'un de ses produits phares dans cette catégorie²²². Les « *Crunchips* » (marque Lorenz) génèrent le plus fort revenu de Bahlsen en salé²²³. 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 leader²²⁴ au

²¹⁶ 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.

²¹⁷ Voir en ce sens, Cour d'appel de Paris, 26 janvier 2012, RG n°2010/23945, page 48, paragraphes 5 et 6.

²¹⁸ 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.

²¹⁹ 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 les pièces de la demande de clémence, par exemple 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.

²²⁰ A l'inverse de ce qui a été considéré par la Communication des griefs, la 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 Auchan.

²²¹ 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.

²²² Voir dans inspection Bahlsen, scellés 2 et 3, échantillon saisi INFO, présentation attachée au courriel du [REDACTED] de [REDACTED] de Luxembourg/Bahlsen Groupe à [REDACTED] Holding/BahlsenGroupe, « WG : Präsentation von Bahlsen Luxemburg [REDACTED] ».

²²³ 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.

²²⁴ Voir pièce II.C.1.07. page 11, par exemple pour 2013 où Bahlsen estime sa part de marché en snack salés à [REDACTED] au Luxembourg.

Luxembourg en salé. La référence « *Comtess Schoko* » qui est un gâteau fait partie de la gamme vendue par Auchan au Luxembourg de manière constante²²⁵.

Tableau 1 - Produits de l'échantillon de référence

Produit	Erdnuesseger gesalzbar	Nic bar	Nac	Crunchips Salz (50g)	Crunchips Paprika (50g)	PickUp! Classic 5x28gr Multi-Pack	Comtess Schoko ²²⁶
Référence Bahlsen dans les PPR	70770	79880		65080	65090	28380	47400/45040

- Les prix pratiqués et les PVC

363. 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 le supermarché Auchan du Kirchberg au Luxembourg et tels que recensés dans les « *price panel review* » ou « *PPR* »²²⁷, 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 Auchan et qui sont eux aussi repris dans les PPR, dans la colonne « *prix de vente* ». A cet égard, des relevés de prix opérés établis de manière contemporaine à l'infraction et pour certains, échangés entre les parties sont des données fiables²²⁸ et nécessairement plus fiables que des données purement internes « *reconstruites* »²²⁹ *a posteriori* et analysées pour les besoins de la cause.

364. Comme exposé au point 6.5.1. de la présente décision, 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

²²⁵ Voir PPR.

²²⁶ 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).

²²⁷ Ont été utilisés les PPRs pour les années 2011, 2013 et 2015 (pièces II.B.1.001 à II.B.1.052 et pièces II.B.1.109 à II.B.1.111, 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.

²²⁸ Voir par exemple le point 6.5.3.2.2.2. de la présente décision.

²²⁹ Selon les termes employés par Auchan dans ses Observations, voir par exemple, point 247.

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.

365. Afin d'être complète, l'analyse présentera, non seulement les cas où les prix d'Auchan ont été supérieurs ou égaux au *PVC* (**voir analyse ci-dessous au b**)), mais aussi les cas où il y a eu égalité avec le *PVC* (**voir analyse ci-dessous au c**)). Pour ces derniers cas, à l'instar de ce qui se pratique en jurisprudence²³⁰, une marge a été prise 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

366. 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.

367. A titre de comparaison, dans d'autres cas²³¹, 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 justifié pour les besoins de l'analyse de l'indice.

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

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

²³⁰ Voir les cas cités à la section 6.5.2.2.2.2. de la présente décision qui font référence à une marge de 1% ou un arrondi au 0,05 € supérieur.

²³¹ Voir section 6.5.2.2.2.2. de la présente décision.

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

- Première étape : le taux agrégé de respect

369. Pour l'échantillon sélectionné et selon les critères exposés, 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.

370. L'analyse des relevés PPR pour les six produits de l'échantillon, en agrégé, aboutit, en ce qui concerne Auchan et pour les trois années cumulées, au résultat suivant : un taux de 73.77%, soit inférieur au seuil des 80%.

Tableau 2 – taux de respect par Auchan toutes références confondues

2011-2013-2015	Cas en valeur absolue	Pourcentage
<i>PVC</i> suivi	82	67.21%
Supérieur au <i>PVC</i>	8	6.56%
Sous-total	90	73.77%
Inférieur au <i>PVC</i>	32	26.23%
Total	122	100%

371. 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

372. Le tableau ci-dessous montre un taux de suivi significatif pour trois références sur six.

Tableau 3 – taux de respect par Auchan 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	89.47%	19
79880 Nic Nac bar	68.42%	19

65080 Crunchips Salz (50g)	90.48%	21
65090 Crunchips Paprika (50g)	80.95%	21
28380 PickUp! Classic 5x28gr Multi-Pack	47.62%	21
47400/45040 Comtess Schoko	66.67%	21

373. En l'espèce, le taux de suivi est donc significatif pour « *Erdnuesse ger. Gesalz bar* » (Réf. 70770), les « *Crunchips Salz* » (Réf. 65080) et les « *Crunchips Paprika* » (Réf. 65090). Une analyse de la dispersion s'avère en revanche nécessaire pour trois références : « *Nic Nac bar* » (Réf. 79880), les « *PickUp!* » (Réf. 28380) et les « *Comtess Schoko* » (Réf. 47400-45040). **Cette analyse de la dispersion est menée ci-dessous au d).**

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

374. Comme indiqué plus haut au a), sont ici uniquement pris en compte les prix alignés au PVC à 4% près²³².

- Première étape dans le cas d'Auchan : le taux agrégé de respect est égal à 80,5%

375. L'analyse des relevés PPR pour les six produits de l'échantillon, en agrégé, aboutit, en ce qui concerne Auchan, pour les seuls prix alignés au PVC et pour les trois années cumulées (2011, 2013 et 2015), au résultat suivant : un taux de 80,5%, soit juste au-dessus du seuil des 80%.

376. Il n'est donc pas nécessaire d'approfondir l'analyse et il y a de ce fait application significative par Auchan. Néanmoins, le taux de respect par référence est présenté ci-dessous, à titre surabondant.

- A titre surabondant, deuxième étape : le taux de respect par référence

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

Référence	Taux des prix alignés au PVC avec une marge de 4%	Nombre de relevés pendant les années 2011-2013-2015
70770 Erdnuesse ger. Gesalz bar	68%	19
79880 Nic Nac bar	100%	19

²³² Voir point 367.

65080 Crunchips Salz (50g)	86%	21
65090 Crunchips Paprika (50g)	81%	21
28380 PickUp ! Classic 5x28gr Multi-Pack	81%	21
47400/45040 Comtess Schoko	67%	21

377. L'analyse par référence, effectuée à titre surabondant, montre que deux références, « *Erdnuesse ger. Gesalz bar* » (Réf. 70770) et « *Comtess Schoko* » (Réf. 47400-45040) n'atteignaient pas le seuil des 80%. **L'analyse de la dispersion en est faite ci-dessous au d).**

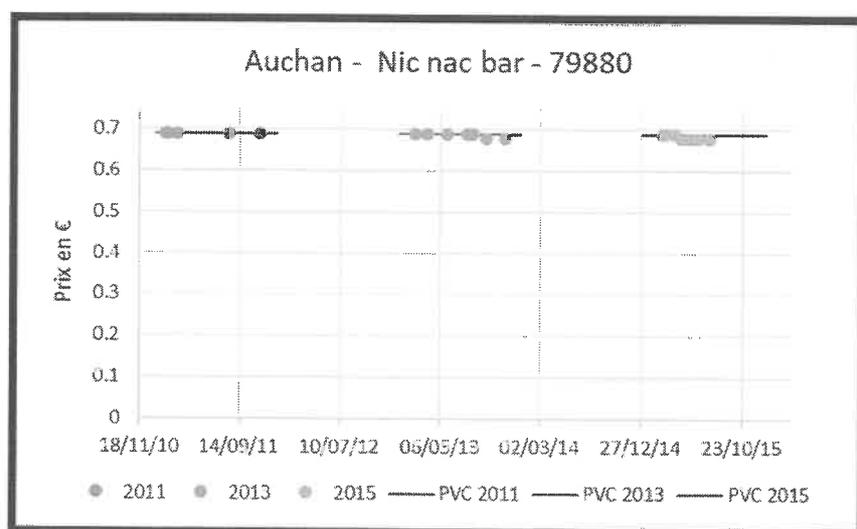
d) L'analyse de la dispersion

378. Si l'on récapitule, est seulement nécessaire l'analyse de la dispersion de trois références, à savoir « *Nic Nac bar* » (Réf. 79880), les « *PickUp !* » (Réf. 28380) et les « *Comtess Schoko* » (Réf. 47400-45040), et ceci, uniquement dans le cadre de l'analyse des prix supérieurs ou égaux au *PVC*.

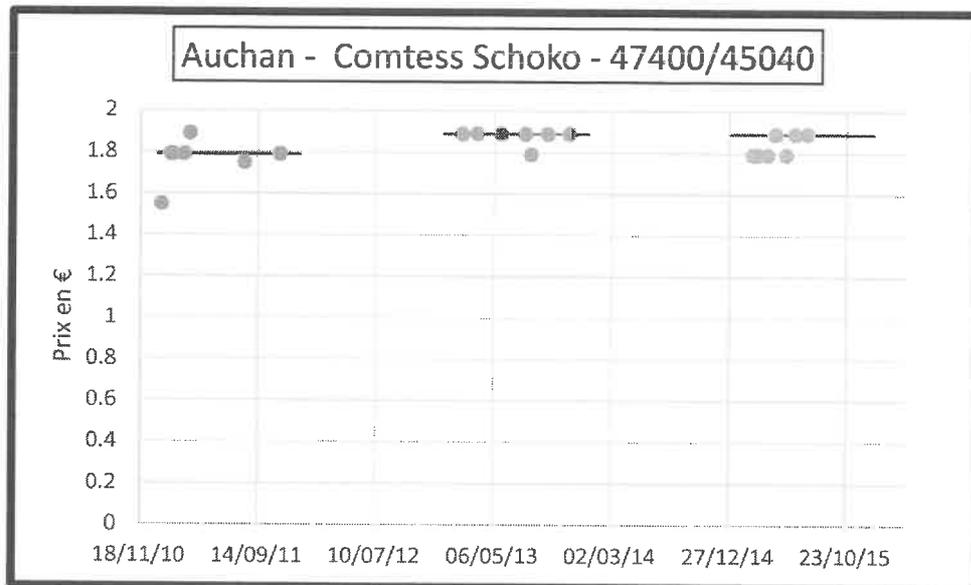
379. Pour les autres références, à savoir « *Erdnuesse ger. Gesalz bar* » (70770) et « *Crunchips* » (65080 et 65090), l'analyse de la dispersion est présentée ci-dessous de manière surabondante à titre purement illustratif.

*Nic Nac bar*²³³ – 7988

Tableau 5 – analyse de la dispersion par rapport au *PVC*



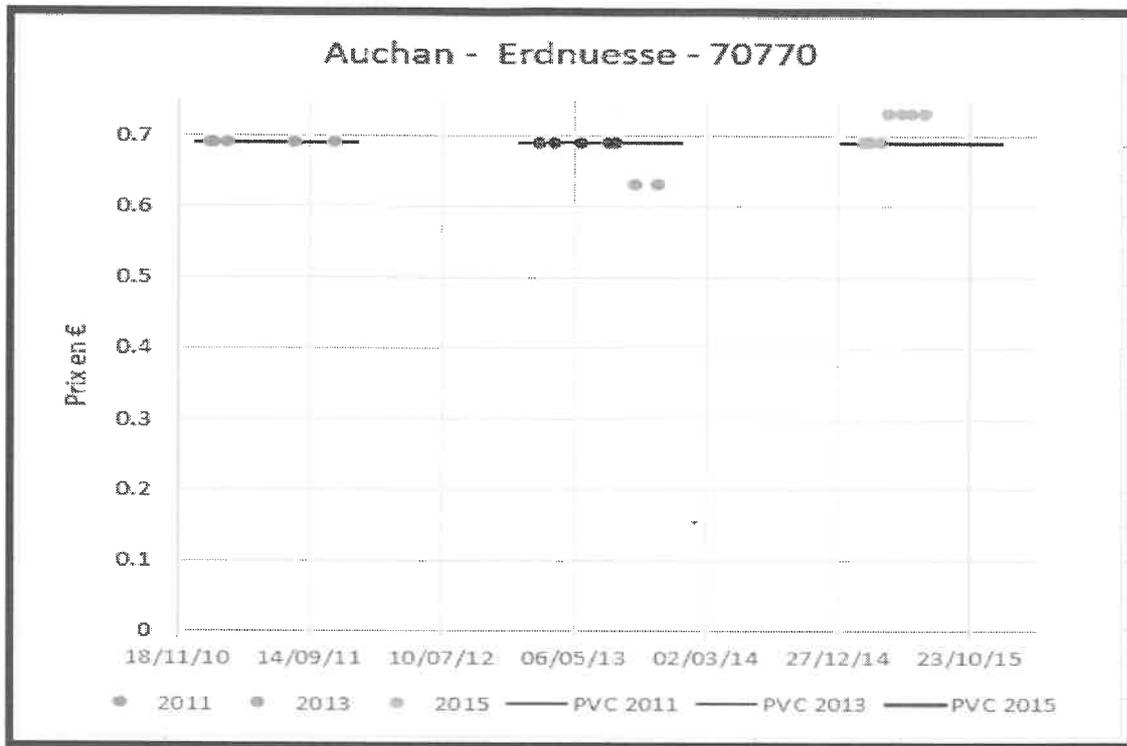
²³³ Ont été pris en compte les *PVC* et relevés de prix dans toutes les pièces comportant un relevé pour Auchan, pour les années 2011, 2013 et 2015, à savoir les pièces II.B.1.049., II.B.1.050., II.B.1.043., II.B.1.045. et II.B.1.041. pour 2011, II.B.1.018 et II.B.1.020 à II.B.1.025. pour 2013 et II.B.1.001. à II.B.1.007. pour 2015, demande de clémence.

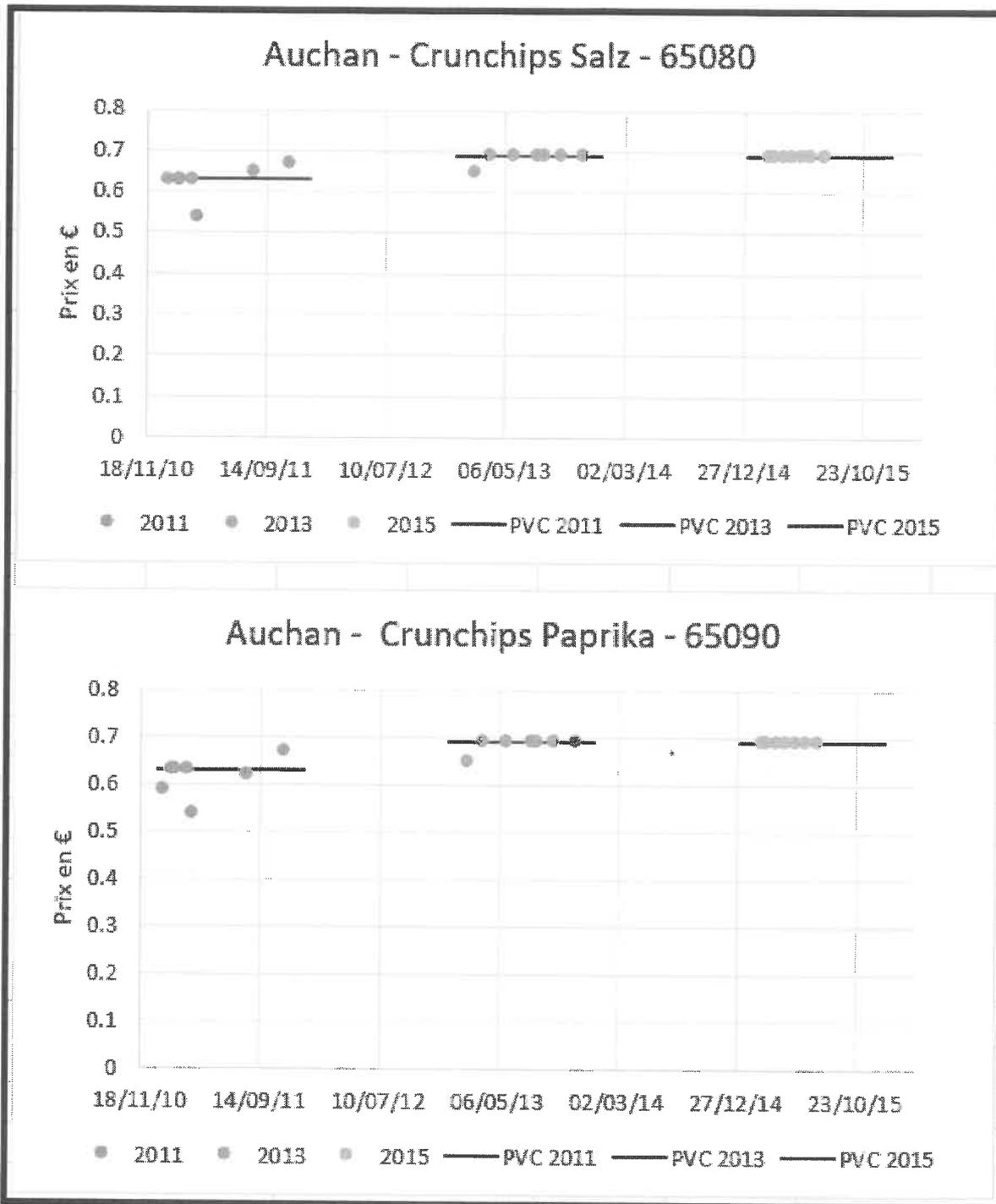
Comtess Schoko²³⁵ – 47400-45040**Tableau 7** – analyse de la dispersion par rapport au *PVC*

382. La dispersion observée s'avère strictement non significative pour l'année 2013. En 2011, les prix fluctuent de -2,23% au-dessous du *PVC* à 5,59% au-dessus, tout en ayant à quatre reprises un prix égal au *PVC*. Le prix est également, à une reprise, inférieur au *PVC* de 13,41%. Pour 2015, les prix sont à quatre reprises inférieurs au *PVC* de 5,29% mais y sont alignés le reste de l'année.

383. **Pour les autres références**, à savoir « *Erdnuesse ger. Gesalz bar* » (70770) et « *Crunchips* » (65080 et 65090), l'analyse de la dispersion est faite de manière surabondante à titre purement illustratif. Elle montre qu'il y a eu concentration importante autour du *PVC*, soit une absence de dispersion significative.

²³⁵ Ont été pris en compte les *PVC* et relevés de prix dans toutes les pièces comportant un relevé pour Auchan, à savoir les pièces II.B.1.041., II.B.1.043. à II.B.1.45, II.B.1.049, II.B.1.050. et II.B.1.052. pour 2011, II.B.1.018., II.B.1.020. à II.B.1.025. pour 2013, II.B.1.001. à II.B.1.007 pour 2015, demande de clémence.





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

384. En conclusion, il ressort de l'analyse ci-dessus que :

- Les taux de suivi par Auchan en agrégé, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre approche, sont très significatifs, c'est-à-dire soit très proche des 80% ou les dépassant.

- Dans le cadre de l'analyse du respect du *PVC* à 4% près, il n'est pas besoin d'approfondir l'analyse dans la mesure où le taux de respect est supérieur à 80%.
- Dans le cadre de l'analyse du suivi supérieur ou égal au *PVC*, le taux agrégé est de 73,77%, et :
 - Le suivi est globalement significatif pour toutes les références et pour toutes les années analysées, avec une forte concentration des prix autour du *PVC*.
 - On constate certains écarts mais peu nombreux et négligeables, car se situant dans une fourchette d'environ 5 à 6% maximum autour du *PVC*.
 - Les seules dispersions plus notoires concernent les références « *Pickup !* » 28380 et « *Comtess Schoko* » 47400-45040, pour lesquelles le prix se retrouve inférieur au *PVC* en tout à trois reprises (soit moins de 5% des relevés) à -14,36% (en 2011 pour *Pickup !*), -8,54% (en 2013 pour *Pickup !*) et -13,41% (en 2011 pour *Comtess Shoko*).

385. On peut en conclure que les éléments de dispersion ne sont pas substantiels et qu'il y a eu application significative des *PVC* de Bahlsen par Auchan.

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

6.5.3.2.3.1 Moyens soulevés par Auchan

386. Aux points 234 et suivants de ses Observations, Auchan indique que les simples relevés de prix effectués par Bahlsen chez Auchan, en l'absence d'autres mesures, ne suffisent pas à mettre en évidence une police des prix. Au point 237, Auchan reconnaît que Bahlsen a adressé à Auchan des demandes visant au respect de ses *PVC* mais, selon Auchan, de telles demandes ne seraient pas non plus suffisantes pour caractériser une police des prix, en l'absence de mesures de sanction de la part de Bahlsen à l'encontre d'Auchan. Aux points 238 et suivants de ses Observations, Auchan conteste également que la preuve que la prétendue police des prix ait été suivie d'effet soit apportée par la Communication des griefs et qu'un contrôle effectif et efficace par Bahlsen de l'application des *PVC* soit démontré.

387. Toutefois et comme il a été rappelé au point 6.5.2.2.3. de la présente décision, la jurisprudence admet que la police des prix puisse revêtir de multiples formes telles qu'une surveillance régulière ou des rappels à l'ordre, sans qu'il faille démontrer l'existence de mesures de rétorsion ou de représailles. Quant aux effets des mesures de police, il est renvoyé à la section précédente de la présente décision, relative à l'application significative des *PVC* par Auchan, constituant la deuxième branche du test.

388. Au point 238 de ses Observations, Auchan conteste encore que Bahlsen et Auchan se soient entendus sur l'octroi par Bahlsen de contreparties financières à Auchan en l'échange d'un blocage des *PVC* par ce dernier. La preuve apportée par la

Communication des griefs serait hors période infractionnelle ou alors, il n'y aurait pas de preuve que l'avantage financier ait effectivement été versé.

389. Toutefois et comme exposé dans les sections 4.2.3.4.4. et 4.2.3.5., point 108 en particulier, de la présente décision, Bahlsen et Auchan se sont bien entendus sur de telles contreparties financières par courriel et dans des notes manuscrites reflétant des discussions intervenues au cours d'une réunion. Certes, un courriel en cause est daté de 2009. Néanmoins, et comme indiqué au point 6.3.3. de la présente décision, les pièces se situant en dehors de la période infractionnelle retenue par la présente décision ont été écartées de l'analyse, sauf lorsqu'elles faisaient partie du faisceau d'indices pour prouver l'infraction, comme permis par une jurisprudence bien établie²³⁶. Les notes manuscrites quant à elles ont été prises en 2011.

390. Le moyen ne peut donc être retenu.

6.5.3.2.3.2 Moyens soulevés par Bahlsen

391. Au point 51 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 d'autres distributeurs. Par ailleurs, Bahlsen prétend que des mesures de rétorsion sont nécessaires pour que cet indice soit constitué.

392. Toutefois, 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 constitué²³⁷. En tout état de cause, la preuve d'une telle intervention par Auchan a été rapportée à la section 4.2.3.5. de la présente décision. Dans un courriel du 2 mai 2015, après avoir déploré auprès de Bahlsen que certains autres distributeurs « *tir(aient) les prix vers le bas* », Auchan demandait ainsi à Bahlsen de lui garantir qu'il ferait « *quelques actions* » afin que « *ses collègues ne gangrène(nt) plus le marché* »²³⁸.

393. D'autre part, de simples actions de surveillance régulière ou des rappels à l'ordre sont suffisants²³⁹, ce que Bahlsen a non seulement opéré mais même revendiqué dans ses Observations²⁴⁰. 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.

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

²³⁶ 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, point 193.

²³⁷ 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 accord.

²³⁸ Voir pièce II.D.2.01., demande de clémence, correspondance (courriel) entre Monsieur [REDACTED] (Auchan) et Monsieur [REDACTED] (Bahlsen) du 2 mai 2015, déjà citée à la section 4.2.3.5.

²³⁹ Voir point 6.5.2.2.2.3..

²⁴⁰ Voir Observations Bahlsen, par exemple point 36 et point 19, 5^{ème} paragraphe.

6.5.3.2.3.3 *Conclusion sur la troisième branche du test*

395. Comme indiqué au point 6.5.2.2.2.3. ci-dessus, la jurisprudence a reconnu que 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 représailles²⁴¹.

396. 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, parfois à la demande d'Auchan. Ces faits ont été largement exposés dans la section 4 de la présente décision.

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

6.5.3.3 *Conclusion*

398. 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 Auchan est prouvé(e) par des preuves documentaires, et à titre surabondant, également par un faisceau d'indices graves, précis et concordants.

6.6 L'accord s'inscrit dans le cadre de plusieurs accords parallèles entre Bahlsen et ses distributeurs, dont Auchan

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

399. Comme exposé au point 4.2.4., le respect des *PVC* était un objectif commercial clair et récurrent de Bahlsen, au respect duquel Auchan trouvait son compte et participait activement, au même titre que d'autres distributeurs de Bahlsen au Luxembourg.

400. Au problème de la pression sur les marges d'Auchan, au moins deux solutions auraient *en théorie* pu être explorées par les parties en cause. La première solution aurait consisté soit pour Auchan à obtenir, ou pour Bahlsen à concéder, une réduction du tarif de gros par la négociation à la baisse de ce tarif, soit pour Auchan 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 Auchan, en une augmentation de ses prix de détail afin d'empêcher cette pression sur sa marge.

401. 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 Auchan. L'objectif était bien une solution globale permettant à Bahlsen de ne pas

²⁴¹ ADLC, décision n°07-D-50 du 20 décembre 2007, *affaire des jouets*, points 557 et suivants.

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 »²⁴². 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*.

402. Malgré certains éléments incriminants²⁴³, 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* »).

403. Par ailleurs, même s'il est prouvé qu'Auchan avait bien connaissance du comportement infractionnel des autres distributeurs²⁴⁴, il n'a pas non plus pu être établi à suffisance de droit que chaque distributeur destinataire d'une Communication des griefs avait une telle connaissance vis-à-vis des autres distributeurs, ni même qu'ils auraient pu raisonnablement prévoir un tel comportement. En conséquence, les éléments de preuve pour établir à suffisance une infraction unique et continue²⁴⁵ n'ont pas non plus pu être réunis.

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

404. 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 Auchan existaient deux

²⁴² Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 31.

²⁴³ Voir par exemple, le courriel de M. [REDACTED] (Bahlsen) 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 [REDACTED] introduira les produits, je puisse lui dire à quel prix se positionner* », ou encore le courriel de Monsieur [REDACTED] (Auchan) à [REDACTED] (Bahlsen) du 2 mai 2015, pièce II.D.2.01., demande de clémence : « *A l'exception de Cactus et Auchan, 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 garantissez-moi que vous allez faire quelques « actions » afin que mes « collègues » ne gangrène(nt) plus le marché* ».

²⁴⁴ Voir par exemple, le courriel de Monsieur [REDACTED] (Auchan) à Monsieur [REDACTED] (Auchan également) du 1^{er} mars 2014 indiquant : « *les concurrents sont alignés sur les différentes références, en effet Bahlsen tient ses prix sur le pays* », (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140301-Prix salé chez Bahlsen-21.eml). Voir également le courriel de Monsieur [REDACTED] (Auchan) à monsieur [REDACTED] (Bahlsen) du 11 septembre 2014 indiquant : « *je vous confirme la correction des tarifs en question...Je compte sur vous concernant le respect des prix sur mes concurrents « voisins »* », (dossier d'inspection Auchan, saisie informatique, 20140911-demande spéciale et urgente-464.enl, 20140911-Re_demande spéciale et urgente-185.eml, 2040911-Re_demande spéciale et urgente-202.eml et 20140911-Re_demande spéciale et urgente-441.eml).

²⁴⁵ Sur le concept d'infraction unique et continue, voir par exemple l'arrêt de la Cour du 8 juillet 1999, *Commission/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, ECLI:EU:C:1999:356, points 81 à 83.

autres accords et/ou pratiques concertées similaires, entre Bahlsen d'une part, et respectivement Cactus et Delhaize, d'autre part, tels qu'établis par les décisions n°2020-FO-04 et n°2020-FO-05 du Conseil en date du 18 novembre 2020.

405. 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, Cactus, Delhaize et Auchan sont parmi les acteurs principaux du secteur de la distribution au détail au Luxembourg et représentent ensemble plus de [REDACTED] des ventes de Bahlsen au Luxembourg²⁴⁶.

6.7 Restriction de concurrence « par objet »

406. 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.

407. 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* »²⁴⁷.

408. Ainsi, dès lors que leur objet²⁴⁸ est contraire à la concurrence, ces accords sont interdits, indépendamment de leur effet sur la concurrence²⁴⁹. Certains types de coordinations peuvent en effet, de par leur nature même, être nuisibles au jeu de la concurrence²⁵⁰, sans qu'il soit nécessaire d'analyser leurs effets²⁵¹.

409. 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

²⁴⁶ Voir pièce II.B.6.2., demande de clémence.

²⁴⁷ 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.

²⁴⁸ 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.

²⁴⁹ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 14 mars 2013, *Allianz Hungaria*, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, point 34.

²⁵⁰ Voir l'arrêt de la Cour, *Competition Authority / Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, précité, point 17.

²⁵¹ 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.

- 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 marché ou des marchés en question²⁵².
410. 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 compte²⁵³.
411. 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 intérieur²⁵⁴.
412. 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).
413. 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* »^{255 256}.
414. 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 minimal²⁵⁷.
415. 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* »²⁵⁸.

²⁵² Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungaria*, précité, point 36.

²⁵³ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungaria*, précité, point 37.

²⁵⁴ *Ibid.*, point 38.

²⁵⁵ Nous soulignons.

²⁵⁶ Voir l'arrêt de la Cour, *Allianz Hungaria*, précité, point 43.

²⁵⁷ 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.

²⁵⁸ Voir lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), point 48.

416. 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.
417. En l'espèce, l'objectif poursuivi par l'accord et/ou pratique concertée entre Bahlsen et Auchan 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 Auchan et de revenu minimum à Bahlsen, au détriment du consommateur.
418. 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.
419. La prise en compte du contexte économique et juridique²⁵⁹ 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 concernés 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 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 concurrents²⁶⁰, tout en étant

²⁵⁹ 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, *Groupement des cartes bancaires (CB) / Commission*, C-67/13 P, ECLI:EU:C:2014:2204, points 77 et 78.

²⁶⁰ Y sont actifs les entreprises suivantes : Delhaize, Cactus, Auchan, Aldi, Lidl, Match, Cora, Colruyt, Pal, Massen, Alima, La Provençale...

assez concentré et quelques acteurs, comme Auchan, y ont une présence non négligeable²⁶¹ ;

- (iv) Enfin, il a été démontré que Bahlsen et Auchan 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 compte²⁶².

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

421. En vertu de la jurisprudence précitée, il n'est donc pas utile de prouver que la pratique a eu un effet anti-concurrentiel, contrairement aux allégations d'Auchan²⁶³.

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

422. 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.

423. 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.

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

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

« 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*

²⁶¹ Lors de l'audition du 4 février 2020, Auchan a estimé sa part de marché dans le secteur de la distribution au détail à Luxembourg à [REDACTED].

²⁶² Voir l'arrêt de la Cour du 11 septembre 2014, *CB/Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, point 54.

²⁶³ Observations Auchan, points 308 et suivants.

à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties [...] ».

426. 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.

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

427. 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. »*

428. 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.

429. 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 anti-concurrentielle est caractérisée.

430. 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.

431. 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

bénéficiaire 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 Loi²⁶⁴.

432. En effet, un accord de prix imposés ne crée en général pas de gains d'efficacité dont le consommateur bénéficie de manière équitable²⁶⁵. 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.
433. En l'espèce ni Auchan, ni Bahlsen n'ont invoqué l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Il n'a donc pas été établi par les parties en cause, auxquelles incombe la charge de la preuve²⁶⁶, que les conditions énoncées aux articles 101, paragraphe 3 du TFUE et 4 de la Loi étaient remplies. Par conséquent, la pratique en cause ne peut bénéficier de l'exemption et est interdite en application des articles 101, paragraphe 1 du TFUE et 3 de la Loi.

7 DURÉE DE L'INFRACTION

434. 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 Auchan à l'entente, les comportements se sont manifestés au moins à compter du 21 mars 2008 :

- Les échanges entre les parties en cause concernant les prix de détail à adapter, à respecter, à modifier ou le « blocage » des PVC sont reflétés, en premier lieu, dans la pièce II.B.2.12., datée du 21 mars 2008 par laquelle Bahlsen demande à Auchan d'adapter certains prix de détail. Ils s'étendent sur toute la période et à cet égard, le dernier échange au dossier est daté du 4 mai 2015²⁶⁷.

²⁶⁴ 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.

²⁶⁵ Voir point 33 des lignes directrices citées au point précédent.

²⁶⁶ 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.

²⁶⁷ Voir pièce II.D.2.01., demande de clémence, correspondance (courriel) entre Monsieur [REDACTED] (Auchan) et Monsieur [REDACTED] (Bahlsen) des 2 et 4 mai 2015. Il s'agit d'un courriel d'Auchan à Bahlsen dans lequel Auchan lui demande de faire en sorte que ses concurrents distributeurs respectent le PVC.

- En outre, même si l'évocation à elle seule n'est pas illicite, il existe des preuves de l'évocation des *PVC* dès 2006²⁶⁸ et par ailleurs, le PPR le plus récent versé au dossier date du 15 juillet 2015²⁶⁹.
435. Les comportements se sont terminés pour Bahlsen le 2 octobre 2015, lorsqu'elle a déposé une demande de clémence au Conseil. Concernant Auchan, sa participation a continué au moins jusqu'au 13 janvier 2016, date à laquelle le Conseil a perquisitionné les locaux d'Auchan²⁷⁰.
436. Toutefois, la Communication des griefs a retenu une période infractionnelle courant du 1^{er} janvier 2011 au 31 octobre 2015²⁷¹.
437. 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'expliquer²⁷². 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.
438. Néanmoins, estimant que les parties, et notamment Auchan, n'ont pas eu l'occasion de s'exprimer sur une extension éventuelle, jusqu'au 13 janvier 2016, de la période infractionnelle telle que proposée par la Communication des griefs, la présente décision retient la période infractionnelle de la Communication des griefs, soit du 1^{er} janvier 2011 au 2 octobre 2015 pour l'entente verticale entre Bahlsen et Auchan.
439. Concernant enfin la continuité de la participation des parties à l'entente, les indices rapportés dans la présente décision²⁷³ ont bien été constatés pendant toutes les années couvertes par la période infractionnelle retenue. Il a été rappelé au point 6.3.3.1.²⁷⁴ 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 Bahlsen et Auchan ont participé à l'entente, de manière ininterrompue, pendant toute la période du 1^{er} janvier 2011 au 2 octobre 2015.

²⁶⁸ Le plus ancien PPR au dossier affiche la date du 23 mars 2006, Voir pièce II.B.1.108., demande de clémence.

²⁶⁹ Pièce II.B.1.001., demande de clémence.

²⁷⁰ Voir point 35 de la présente décision.

²⁷¹ Voir Communication des griefs, point 249.

²⁷² 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.

²⁷³ Voir notamment les sections 4.2.3. et 6.5. de la présente décision.

²⁷⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 26 janvier 2017, *Villeroy & Boch AG contre Commission*, précité, point 134.

8 IMPUTABILITE DES PRATIQUES

8.1 Le droit applicable

440. 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 juridiques²⁷⁵.
441. 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 filiale²⁷⁶. Ceci est une « *conséquence normale de l'imputation de responsabilité du comportement d'une société à une autre, en particulier lorsque ces deux sociétés constituent une même entreprise* »²⁷⁷.
442. Au titre d'une jurisprudence bien établie²⁷⁸, 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 commise²⁷⁹.

²⁷⁵ 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.

²⁷⁶ Voir l'arrêt *Akzo Nobel NV et autres contre Commission*, précité, point 61.

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ 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.

²⁷⁹ 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.

443. Aux termes de l'article 13 de la Directive dite « ECN+ »²⁸⁰, « 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 établie²⁸¹, 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.
444. 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 d'Auchan

445. La société Christal S.A. est une société opérationnelle qui exploite l'enseigne « Auchan Drive » permettant aux consommateurs de faire leurs courses sur le site internet « auchandrive.lu » et d'aller ensuite récupérer leur commande dans le point de retrait de leur choix au Luxembourg²⁸². Auchan, par le biais des Observations de Christal S.A. déposées en réponse à la Communication des griefs, indique que le dossier ne comporte aucun élément établissant la participation de Christal à la pratique analysée dans la présente décision. En attesterait le fait que les prix ont été relevés par Bahlsen au magasin Auchan du Kirchberg, à l'exclusion du site Internet « auchandrive.lu ». Bahlsen a également confirmé qu'il ne communiquait pas les PVC à Auchan Drive²⁸³.
446. Rien ne permet donc d'établir l'implication directe de la société Christal S.A. qui doit donc être mise hors de cause.
447. Auchan conteste par ailleurs que les pratiques en cause puissent être imputées à Auchan international S.A., filiale du groupe établie au Luxembourg, au motif que cette société n'aurait « jamais eu pour activités ni l'achat ni la vente de marchandises »²⁸⁴ mais fournissait à Auchan Luxembourg des services, tels que des études marketing et de marché, des plans internationaux d'action commerciale etc.
448. Néanmoins, la seule pièce versée par Auchan international S.A.²⁸⁵ est son extrait RCS qui indique dans son objet social qu'elle a pour objet de « servir de centrale de référencement et d'achat » et que ses activités comprennent par ailleurs entre autres,

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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.

²⁸² Voir Observations Christal S.A., point 2.

²⁸³ Voir courrier Bahlsen au Conseil en date du 13 mars 2020, réponse Auchan à la question 3.

²⁸⁴ Voir Observations Auchan international S.A., point 5.

²⁸⁵ Pièce 1, Extrait RCS de Auchan International S.A.

la publicité, les activités préparatoires ou auxiliaires pour les sociétés du groupe et toutes opérations mobilières, commerciales et industrielles se rapportant directement ou indirectement à son objet. Ces activités ne sont donc pas étrangères à l'achat de marchandises et, d'une façon générale, à l'activité opérationnelle d'Auchan.

449. La société Auchan international ne peut donc pas être mise hors de cause.
450. Aux points 5 et suivants de leurs Observations, les sociétés Auchan Holding, Auchan Retail International, Monicole BV et Barolux contestent enfin que les comportements des filiales luxembourgeoises puissent leur être imputés. Elles indiquent à cet égard qu'elles n'ont pas à apporter une preuve directe ou irréfutable de l'autonomie des filiales mais que des éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques entre mères et filiales suffiraient.
451. Toutefois, selon une jurisprudence bien établie, elles doivent apporter des éléments de preuve susceptibles de démontrer l'autonomie des filiales²⁸⁶. Si cette preuve n'est pas rapportée, le Conseil est en mesure de tenir les sociétés mères solidairement responsables pour le paiement de l'amende infligée aux filiales.
452. Les sociétés mères Auchan allèguent que Auchan Luxembourg détermine sa politique de prix indépendamment, qu'elle ne reçoit aucune instruction relative à sa politique de prix et décide de sa seule autorité quant aux réassorts, plans commerciaux et promotions.
453. Néanmoins, les sociétés mères Auchan ne procèdent que par affirmation, sans fournir aucun élément à l'appui. La généralité de l'objet social de chacune de ces sociétés, tel qu'il ressort des extraits K-bis, uniques pièces qu'elles ont versées²⁸⁷, ne permet pas de renverser la présomption d'influence déterminante exercée sur les filiales.
454. Aux points 16 et suivants de leurs Observations, les sociétés mères soutiennent que le Conseil aurait dû rechercher dans quelle entité résidait le pouvoir de contrôle effectif sur Auchan Luxembourg et analyser le pouvoir d'influence réel exercé par chaque société mère. Au point 17 de leurs Observations, ces sociétés allèguent qu'elles ne sauraient être considérées comme exerçant toutes une influence déterminante sur Auchan Luxembourg.
455. Toutefois, comme il a été rappelé ci-dessus, il est de jurisprudence constante que dans le cas où le capital social des filiales est détenu à 100% par la société mère, il existe la présomption réfragable d'influence déterminante de la part de la société mère sur la filiale car elles forment une entité économique unique.

²⁸⁶ Voir l'arrêt du Tribunal du 27 septembre 2006, *Avebe/Commission*, T-314/01, ECLI:EU:T:2006:266, point 136 ; voir également, en ce sens, l'arrêt de la Cour du 16 novembre 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags /Commission*, C-286/98 P, ECLI:EU:C:2000:630, point 29.

²⁸⁷ Voir pièces n°2 à 5 versées par les sociétés Auchan Holding, Auchan Retail International, Monicole BV et Barolux.

Confidentiel

456. Ce principe vaut pour l'ensemble des sociétés Auchan au sein du groupe. Au vu de l'organigramme ci-dessus fourni par Auchan et du fait des liens capitalistiques, tous à hauteur de 100%, ces sociétés sont présumées appartenir à une seule entité économique. En l'absence de démonstration par Auchan que l'une ou plusieurs d'entre elles jouissent en réalité d'une autonomie, le Conseil peut tenir les sociétés mères solidairement responsables des filiales.

457. Enfin, au point 22 de leurs Observations, il est allégué que la société Barolux n'a été créée qu'en 2014 et donc à ce titre ne pourrait se voir imputer une quelconque responsabilité.

458. Toutefois, en vertu d'une jurisprudence constante, il y a lieu de rappeler que l'article 101 du TFUE vise les activités des « entreprises ». Pour l'application de cette disposition, lorsqu'une entité ayant commis une infraction aux règles de la concurrence fait l'objet d'un changement juridique ou organisationnel, ce changement n'a pas nécessairement pour effet de créer une nouvelle entreprise dégagée de la responsabilité des comportements contraires aux règles de la concurrence de la précédente entité si, du point de vue économique, il y a identité entre les deux entités²⁸⁸. Par ailleurs, Barolux détenant depuis sa création ■■■% du capital des filiales

²⁸⁸ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 24 septembre 2009, *Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG, Österreichische Volksbank AG contre Commission*, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, ECLI:EU:C:2009:576, point 79 et la jurisprudence citée, et

luxembourgeoises, et notamment d'Auchan Luxembourg, rien ne s'oppose à ce que le comportement infractionnel de cette dernière lui soit imputé, même si une partie des faits s'est déroulée antérieurement à la création de Barolux²⁸⁹. Il convient en tout état de cause de souligner que Barolux existait depuis deux ans lorsque l'infraction a pris fin, en janvier 2016. Ce moyen ne peut donc être retenu.

8.3 Les moyens de Bahlsen

459. Bahlsen expose plusieurs moyens aux points 28 et suivants de ses Observations.

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

460. Tout d'abord, Bahlsen²⁹⁰ indique que les sociétés Bahlsen allemandes ne détiennent pas directement 100% des parts dans Bahlsen Luxembourg mais 99,996%, les 0,004% 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.

461. 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.

462. 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

l'arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi SpA et Cementir del Tirreno SpA*, affaires jointes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, ECLI:EU:C:2002:333, point 59 et la Jurisprudence citée.

²⁸⁹ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 5 décembre 2013, *SNIA SpA contre Commission*, C-448/11 P, ECLI:EU:C:2013:801, point 35.

²⁹⁰ Point 29 des Observations Bahlsen.

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] [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.

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

8.3.2 *Quant au moyen fondé sur la responsabilité solidaire*

464. Au point 31 de ses Observations, Bahlsen conteste le principe de responsabilité conjointe des entités allemandes et des entités luxembourgeoises de Bahlsen.

465. 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 filiales²⁹¹.

8.4 En l'espèce

8.4.1 *Bahlsen*

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

467. 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 KG²⁹².

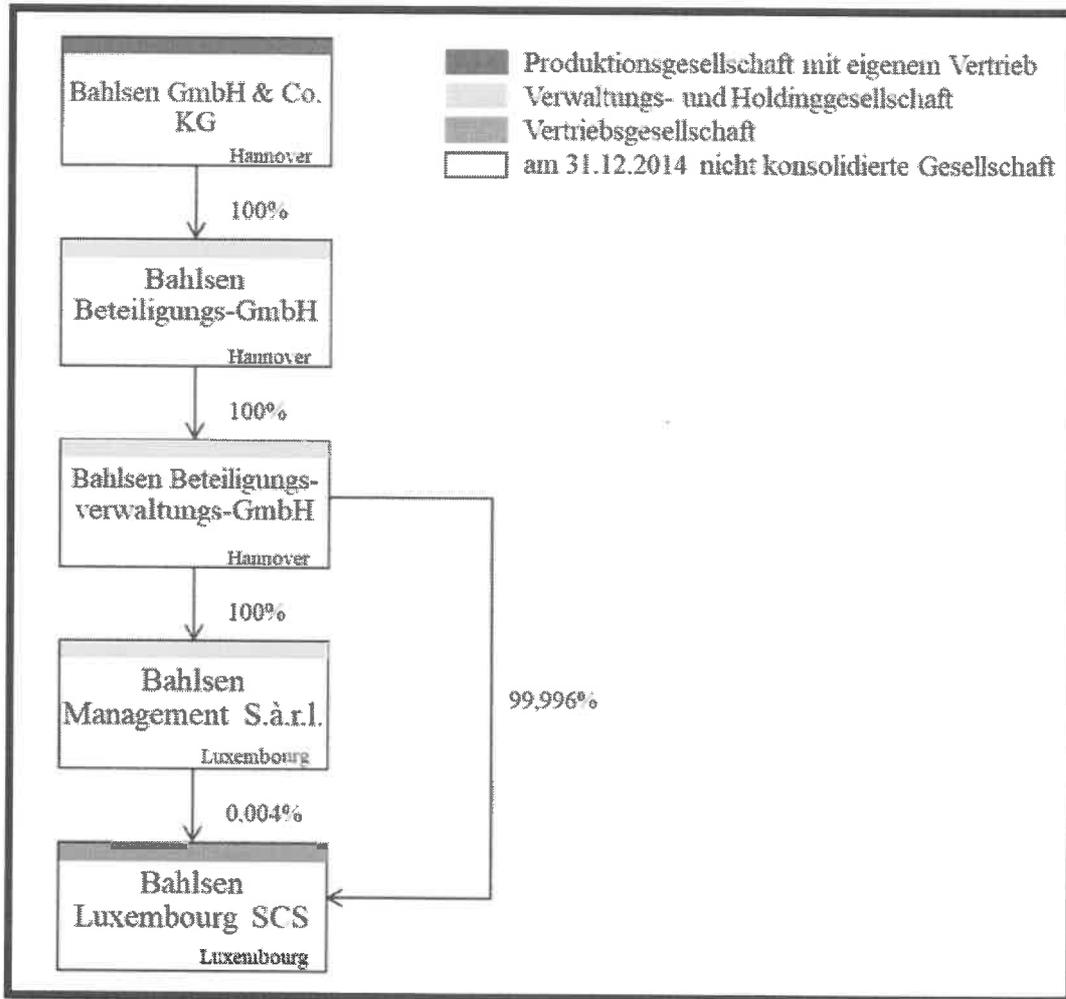
468. Bahlsen Management est par ailleurs l'associé commandité de Bahlsen Luxembourg tandis que Bahlsen Beteiligungsverwaltungs-GmbH en est l'associé commanditaire. C'est deux sociétés détiennent ensemble Bahlsen Luxembourg à hauteur de 100%.

²⁹¹ Voir l'arrêt Akzo Nobel NV et autres contre Commission précité, point 61.

²⁹² Voir point 2.1. de la présente décision.

469. 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.

470. 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.



8.4.2 Auchan

471. Comme rappelé au point 10 de la présente décision, les sociétés mères du groupe Auchan, à savoir les sociétés Auchan Holding S.A., Auchan Retail International S.A., Monicole B.V. et Barolux S.A. détiennent à hauteur de [] le capital de leurs filiales luxembourgeoises, les sociétés Auchan Luxembourg S.A., Auchan International S.A. et Christal S.A.

472. Dès lors, c'est à juste titre que la Communication des griefs a retenu que les sociétés Auchan Holding S.A., Auchan Retail International S.A., Monicole B.V. et Barolux S.A. sont présumées exercer une influence déterminante sur les filiales précitées au paragraphe précédent.

473. Comme indiqué au point 8.2. la société Christal S.A. est mise hors de cause.

474. En l'absence de preuve par Auchan d'un comportement autonome de ces filiales, l'exercice effectif d'une influence déterminante par les sociétés mères sur leurs filiales est considéré comme établi et les sociétés Auchan Holding S.A., Auchan Retail International S.A., Monicole B.V. et Barolux S.A. sont donc solidairement responsables du paiement de l'amende infligée par la présente décision aux sociétés Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International S.A.

9 SANCTIONS

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

475. 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 ».

476. Ces dispositions reflètent les critères également utilisés par la Commission européenne pour le calcul des amendes en cas d'infraction à l'article 101 TFUE, tels

qu'explicités à l'article 23 du règlement 1/2003²⁹³ et en application des principes énoncés dans les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes²⁹⁴ (ci-après les « lignes directrices »).

477. 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 comme une valeur de remplacement adéquate pour refléter l'importance économique de l'infraction, ainsi que le poids relatif de chaque entreprise y ayant participé²⁹⁵.
478. 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 anticoncurrentiels²⁹⁶. 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 infraction²⁹⁷.
479. 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 illicites²⁹⁸.
480. En résumé, les éléments ci-dessus sont pris en compte et, en veillant à individualiser²⁹⁹ 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;

²⁹³ 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.

²⁹⁴ 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).

²⁹⁵ Point 6 des lignes directrices.

²⁹⁶ Voir l'arrêt de la Cour du 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, EU:C:2011:815, points 56 et 57.

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ Lignes directrices, point 7.

²⁹⁹ Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, *Team Relocations e.a./Commission*, C-444/11 P, EU:C:2013:464, point 102.

- 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.

9.2 Nature intentionnelle ou négligente de l'infraction

481. 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 commun³⁰⁰.
482. En l'espèce, tant Bahlsen qu'Auchan disposent de l'expertise juridique et économique suffisante pour connaître les conséquences de leur comportement anticoncurrentiel. A cet égard, les moyens d'Auchan consistant à affirmer que certains comportements des employés d'Auchan relevaient de la négligence mais n'avaient pas de caractère intentionnel est irrecevable³⁰¹. Sur la base des faits exposés dans la section 4 ci-dessus, l'infraction a été commise intentionnellement par Bahlsen et Auchan.

9.3 Détermination de la valeur des ventes

483. 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 concurrence³⁰².
484. 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

³⁰⁰ Arrêt du Tribunal du 25 juin 2010, *Imperial Chemical Industries / Commission*, T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255, point 412.

³⁰¹ Voir par exemple, Observations Auchan, point 334.

³⁰² 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.

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 trouvé³⁰³.

485. 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 montant des ventes réalisées par l'entreprise en cause durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction, soit en l'espèce 2014³⁰⁴.

486. Comme il a été indiqué dans la section 6.4. 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.

487. 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 Auchan en 2014: [REDACTED] euros³⁰⁵.
- Valeur des ventes Auchan en 2014: [REDACTED] euros³⁰⁶.

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

488. 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

³⁰³ 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.

³⁰⁴ Voir la section 7 de la présente décision relative à la durée de l'infraction.

³⁰⁵ Courrier de Bahlsen au Conseil du 10 avril 2020. [REDACTED]

³⁰⁶ Voir courrier Auchan au Conseil du 28 février 2020 et Observations Auchan, point 328. Ce chiffre ne prend pas en compte la valeur des ventes réalisées par la société Christal S.A.

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 œuvre ou non³⁰⁷.

9.4.1 Gravité

489. 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 la Communauté ainsi que de la situation du marché à l'époque où l'infraction avait été commise »³⁰⁸.

490. En l'espèce, il s'agit d'un accord vertical et/ou pratique concertée sur les prix couvrant l'ensemble du territoire du Grand-Duché, ou à tout le moins une partie substantielle de celui-ci, et constituant une infraction « *par objet* ». Une telle pratique restreint, par sa nature-même, la concurrence³⁰⁹. De ce fait, l'accord en cause n'est pas non plus couvert par la communication de la Commission sur les accord d'importance mineure³¹⁰ 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 marché³¹¹.

491. Même s'il ne s'agit pas d'une restriction horizontale mais verticale, c'est-à-dire affectant principalement la concurrence intra marque, cette restriction de concurrence revêt néanmoins un caractère certain de gravité³¹² 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. C'est

³⁰⁷ Point 22 des lignes directrices.

³⁰⁸ Voir l'arrêt de la Cour du 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma NV / Commission*, C-41/69, ECLI:EU:C:1970:71, point 176.

³⁰⁹ Voir la décision de la Commission du 24 juillet 2018, *ASUS*, AT.40465, point 138.

³¹⁰ Voir section 6.7. 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.

³¹¹ Voir section 6.6. de la présente décision.

³¹² 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.

également à tort qu'Auchan soutient³¹³ qu'une telle pratique préjudicie au distributeur, puisqu'au contraire elle aboutit à une augmentation du prix (et donc du revenu) au détail, ce prix n'étant plus fixé individuellement, comme il devrait l'être, par le distributeur, mais en accord avec le fournisseur. 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 prix³¹⁴.

492. 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 leaders³¹⁵ du secteur dans les produits en cause et similaires et, Auchan, un distributeur important de ces produits au Luxembourg. Auchan a indiqué lors de l'audition du 4 février 2020 qu'il représentait au cours des années en cause [REDACTED] du secteur 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 Auchan, dans ses Observations, se présentent en général comme ayant une politique de prix agressive³¹⁶.

493. 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] euros³¹⁷, 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 6.5.3.2.2.3. de la présente décision, ont pu être constatés des écarts de l'ordre de 5% avec le PVC avant alignement ou réalignement. Ceci indique qu'en l'absence de la pratique, les prix auraient pu être inférieurs de 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 3% maintenu pendant cinq ans équivaut à un montant du dommage à l'économie de l'ordre de [1-2 million(s)] d'euros. Un

³¹³ Observations Auchan, point 331.

³¹⁴ 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.

³¹⁵ Dans une présentation interne de [REDACTED] Bahlsen présente sa marque « *Lorenz* » comme « *leader en Salé* » au Luxembourg avec [REDACTED] de parts de marché, le premier concurrent se situant à hauteur de [REDACTED] 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 [REDACTED] le premier concurrent – LU – se situant à [REDACTED], voir même document page 13. Dans la même présentation, page 40, Bahlsen se présentait comme « *leader du marché* ».

³¹⁶ Voir Observations Auchan, point 208 : [REDACTED]

³¹⁷ Courrier de Bahlsen au Conseil de la concurrence du 15 juin 2016.

supplément de l'ordre de 5% pendant cinq ans équivaut à un montant de l'ordre de [2-3 million(s)] d'euros.

494. Au vu de ce qui précède, la proportion – pour les besoins du calcul de l'amende – est donc fixée à [6-8%] de la valeur des ventes.

9.4.2 Durée

495. 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 complète³¹⁸.

496. 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

497. 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 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 infractions³¹⁹.

498. 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 [6-8%] du montant de la valeur des ventes³²⁰.

³¹⁸ Auchan allègue au point 330 de ses Observations que sa participation devrait être calculée au *pro rata temporis* sur une base mensuelle et arrondie à la baisse mais ne fournit aucun élément fondant cette demande.

³¹⁹ Points 25 des lignes directrices, nous soulignons.

³²⁰ 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.

9.4.4 Conclusion sur le montant de base

499. Il s'agit de multiplier le montant déterminé en fonction de la valeur des ventes ([6-8%]) par le nombre d'années de participation (5 ans) et d'ajouter le « droit d'entrée » ([6-8%] de la valeur des ventes). Le montant de base est donc :

Pour Bahlsen : [REDACTED] euros

Pour Auchan : [REDACTED] euros.

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

500. 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 base³²¹.

9.5.1 Circonstances aggravantes

9.5.1.1 Bahlsen

501. 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'infraction³²².

502. 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 entreprise ayant joué un tel rôle doit, de ce fait, porter une responsabilité particulière par rapport aux autres entreprises³²³.

503. Selon la jurisprudence de l'Union, pour être qualifiée de meneur, l'entreprise doit avoir représenté une force motrice significative pour l'entente³²⁴ en portant une responsabilité particulière et concrète dans le fonctionnement de celle-ci.

³²¹ Voir les lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes, *précitées*, points 27 et suivants.

³²² Voir l'arrêt du Tribunal du 3 mars 2011, *Siemens / Commission*, T-110/07, ECLI:EU:T:2011:68, point 337.

³²³ 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.

³²⁴ 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, *Hoehchst / Commission*, T-410/03, ECLI:EU:T:2008:211, point 423 et la jurisprudence citée.

504. En particulier, sans qu'il soit nécessaire que l'entreprise en cause ait exercé des pressions, ait dicté ou été en mesure d'imposer un certain comportement 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, peuvent suffire à ce que cette entreprise soit considérée comme force motrice significative de l'entente³²⁵. Ainsi, la jurisprudence européenne³²⁶ 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.
505. En l'espèce, Bahlsen organisait de manière régulière des réunions avec Auchan lors desquelles la question des *PVC* était un thème récurrent et un objectif commercial stratégique de Bahlsen³²⁷.
506. Bahlsen collectait les données de prix pratiquées par Auchan, puis identifiait les prix dits « *problématiques* » avant de les communiquer à Auchan lors des réunions ou par courriels si les prix relevés ne respectaient pas le *PVC*³²⁸. Bahlsen a d'ailleurs indiqué que : « *la démarche de l'équipe commerciale et plus particulièrement du [REDACTED] [REDACTED] était de tenter de convaincre les détaillants de s'aligner sur le niveau des prix conseillés* »³²⁹. 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 Auchan³³⁰. Enfin, Bahlsen a reconnu avoir envoyé des rappels concernant le respect des *PVC* de manière régulière aux détaillants et notamment Auchan³³¹.
507. 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.
508. Pour ces raisons, le Conseil considère qu'il convient d'augmenter le montant de base de sa sanction de 50%³³².

³²⁵ Voir arrêt *BASF / Commission* précité, point 374.

³²⁶ 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.

³²⁷ Demande de clémence du 19 octobre 2015, points 26 et 27. Voir aussi pièces II.D.2.03 à II.D.2.09. et II.F.2.1. à II.F.2.3., demande de clémence (dossiers de réunion avec Auchan faisant tous référence aux *PVC*).

³²⁸ Voir le rappel des faits en section 4 de la présente décision et demande de clémence du 19 octobre 2015, points 24 et 25.

³²⁹ Demande de clémence du 19 octobre 2015, point 28.

³³⁰ 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. Voir également les pièces II.D.2.01, II.D.2.02., II.D.2.10. et II.D.2.11, demande de clémence.

³³¹ Voir demande de clémence du 19 octobre 2015, point 39.

³³² 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,

9.5.1.2 Auchan

509. Il n'y a pas de circonstances aggravantes dans le chef d'Auchan.

9.5.2 *Circonstances atténuantes*

9.5.2.1 Bahlsen

510. Bien que les conditions d'immunité et de réduction du montant de l'amende ne soient pas réunies³³³ comme il sera démontré ci-dessous, le Conseil estime que Bahlsen peut, à titre exceptionnel³³⁴, 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.

511. Dans de rares cas, la Commission a reconnu une telle circonstance atténuante au titre d'une coopération effective³³⁵ en dehors du champ d'application de la communication de la Commission³³⁶ 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%³³⁷ et de 50%³³⁸.

512. En l'espèce toutefois, Bahlsen 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 Bahlsen une réduction limitée à 30% du montant de base.

9.5.2.2 Auchan

513. Il n'y a pas de circonstances atténuantes dans le chef d'Auchan.

9.5.3 *Majoration dissuasive*

514. 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

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.

³³³ Voir section 9.6. de la présente décision.

³³⁴ 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.

³³⁵ Voir lignes directrices de la Commission pour le calcul des amendes, *précitées*, point 29.

³³⁶ 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.

³³⁷ 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.

³³⁸ Voir décision de la Commission du 20 octobre 2005, *Tabac brut italien*, *précitée*, point 398.

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.

515. Il convient 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 dissuasion³³⁹. 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 compatibles, mais également cumulables.

516. En l'espèce, le groupe Auchan a réalisé en 2015, soit au cours du dernier exercice complet durant la période infractionnelle, un chiffre d'affaires d'environ [REDACTED] euros³⁴⁰. Il est donc justifié d'augmenter l'amende pour Auchan d'un coefficient de 1,2³⁴¹.

517. Aucune majoration n'est prononcée à l'encontre de Bahlsen.

9.5.4 Conclusion sur l'ajustement du montant de base

Le montant de base ajusté pour Bahlsen est donc de : [REDACTED] euros.

Le montant de base ajusté pour Auchan est donc de : [REDACTED] euros.

9.6 Prise en compte des règles de clémence: Bahlsen

9.6.1 Les principes

518. Le système d'immunité vise à récompenser les entreprises pour leur coopération à l'enquête. Les ententes anti-concurrentielles sont bien souvent secrètes et c'est la

³³⁹ 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.

³⁴⁰ Voir courrier Auchan au Conseil de la concurrence du 20 mars 2020.

³⁴¹ Un coefficient multiplicateur de 1,2 a, par exemple, été imposé par la Commission à l'entreprise Sony au vu de son chiffre d'affaires de l'ordre de 59 milliards d'euros (décision C(2015) 7135 final, affaire des lecteurs de disques optiques, AT.39639, considérant 567).

raison pour laquelle la coopération des entreprises y participant est précieuse aux autorités de concurrence.

519. Toutefois l'immunité ou toute réduction d'amende doit refléter la contribution effective de l'entreprise³⁴².

520. 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'amendes³⁴³ constitue une référence utile.

9.6.1.1 Droit national

521. 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 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

³⁴² 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.

³⁴³ Précitée.

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 ».

522. 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

523. 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*

524. En l'espèce, il convient de rappeler que les 15 et 16 juillet 2015³⁴⁴, Bahlsen Luxembourg et Bahlsen Management ont fait l'objet d'une perquisition de leurs locaux, suite à l'autosaisine du Conseil.

525. 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.

526. Le 11 janvier 2016, le Conseil a rendu un avis, estimant provisoirement³⁴⁵ 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 moment de l'adoption de l'avis, s'il pourrait exempter Bahlsen, cette décision étant soumise à un examen approfondi du dossier³⁴⁶.

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

528. 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*

529. 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

³⁴⁴ Voir section 3.2. de la présente décision.

³⁴⁵ Nous soulignons.

³⁴⁶ Avis de clémence n°2016-CL-01, point 20.

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* »³⁴⁷.

530. 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.
531. Bahlsen, au point 56 de ses Observations demande l'immunité totale en affirmant que, sans les éléments fournis dans sa demande de clémence, le Conseil n'aurait pas pu inspecter Auchan. 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 initialement objet de l'investigation du Conseil, à savoir les produits « *Bahlsen* » et « *Leibniz* »³⁴⁸.
532. Ces arguments ne peuvent toutefois pas être reçus pour les raisons suivantes : 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 établie³⁴⁹, 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.
533. 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*

³⁴⁷ Voir Observations Bahlsen, point 19.

³⁴⁸ Voir Observations de Bahlsen en réponse à la Communication des griefs, point 56.

³⁴⁹ Voir l'arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, *Kone contre Commission*, T-151/07, ECLI:EU:2011:365, point 111.

produits « Bahlsen » et/ou « Leibniz » », mais elle ne faisait pas référence à la notion de marque, ni à des produits « sucrés » ou « salés ».

534. 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.

535. 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

536. 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(1) du TFUE.

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

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

538. Toutefois, Bahlsen a – par la mise en œuvre d'une police des prix - contraint d'autres entreprises et notamment Auchan, 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 Auchan et la formulation de rappels à l'ordre en cas d'écart³⁵⁰. A cet égard, une telle notion de contrainte, classique dans le cadre d'ententes anticoncurrentielles, 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 Auchan, au sens des articles 3 de la Loi et 101, paragraphe 1 TFUE.

539. 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

540. 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

³⁵⁰ Voir le point 4.2.3.4. de la présente décision pour les détails.

la décision finale ». A l'instar de ce qui est pratiqué par d'autres autorités³⁵¹, 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 minimise³⁵². 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 *PVC*³⁵³ alors qu'elle a par ailleurs versé la preuve de pourcentages de suivis supérieurs au seuil des 80%³⁵⁴, qu'elle a indiqué dans sa demande de clémence que « *l'adhésion d'Auchan aux prix communiqués par Bahlsen Luxembourg ressort[ait] également des pièces...* »³⁵⁵, 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* »³⁵⁶.

541. 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 infraction³⁵⁷. 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.

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

³⁵¹ 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.

³⁵² 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 concernent 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% (...)* ».

³⁵³ Voir Observations Bahlsen, points 44 et suivants.

³⁵⁴ Voir pièce II.B.6.1. versée par Bahlsen le 21 juillet 2017, avec le complément à sa demande de clémence.

³⁵⁵ Voir demande de clémence complémentaire de Bahlsen du 3 mai 2016, point 53.

³⁵⁶ Lettre de Bahlsen au Conseil du 12 décembre 2018.

³⁵⁷ 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.

9.7 Conclusion sur le montant de l'amende

543. 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.

544. 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 concurrence³⁵⁸. 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.

545. 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], à savoir [REDACTED] d'euros³⁵⁹. Le plafond de 10% pour Bahlsen s'élève donc à [REDACTED] d'euros.

546. Concernant Auchan, 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], à savoir [REDACTED] euros³⁶⁰. Le plafond de 10% pour Auchan s'élève donc à [REDACTED] euros.

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

Bahlsen de: 150.839 euros.

Auchan de: 246.558 euros.

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

³⁵⁸ Voir l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 2007, *Akzo Nobel e.a./Commission*, T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381, point 90.

³⁵⁹ Voir courriel de Bahlsen au Conseil en date du 15 mars 2020, annexe 2.

³⁶⁰ Voir courriel d'Auchan au Conseil en date du 20 mars 2020.

ADOPTÉ LA DÉCISION SUIVANTE:

Article premier:

La société Christal S.A. est mise hors de cause.

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, Auchan Holding S.A., Auchan Retail international S.A., Monicole B.V., Barolux S.A., Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International 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: 150.839 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.

Auchan: 246.558 euros, montant au paiement duquel sont solidairement tenues les sociétés Auchan Holding S.A., Auchan Retail international S.A., Monicole B.V., Barolux S.A., Auchan Luxembourg S.A. et Auchan International 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.