

Décision 2019-R-01

du 15 mars 2019

concernant le rejet d'une plainte déposée par la

Fédération des Artisans

à l'encontre de

Encevo S.A.

Enovos Luxembourg S.A.

Paul Wagner & fils S.A.

Le Conseil de la concurrence;

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

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

Vu la plainte présentée devant le Conseil de la concurrence en date du 5 novembre 2018 par la Fédération des artisans;

Considérant ce qui suit :

Index

1. Constatations	4
2. Les entreprises concernées et leur secteur d'activité	4
3. Objet de la plainte	6
4. Position du Conseil	7
4.1. Quant aux risques de comportements abusifs futurs	7
4.2. Quant au rachat par ENCEVO S.A. de PAUL WAGNER & FILS S.A.	8
5. Conclusion	9

1. Constatations

1. En date du 5 novembre 2018, la Fédération des Artisans, représentée par Maître Gabriel Bleser, a saisi le Conseil de la concurrence d'une plainte dirigée à l'encontre de plusieurs sociétés établies sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, conformément à l'article 10 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.
2. En date du 18 décembre 2018, pour cause de motifs insuffisants, le Président du Conseil de la concurrence a informé le plaignant du rejet de sa plainte et du délai dans lequel celui-ci pouvait présenter des observations.
3. En date du 21 janvier 2019, dans le délai imparti, le plaignant a présenté ses observations au Conseil de la concurrence.

2. Les entreprises concernées et leur secteur d'activité

La partie plaignante

4. La Fédération des Artisans est une association sans but lucratif, ayant son siège social à 2, Circuit de la Foire Internationale, L-1347 Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro F 161.
5. La Fédération des Artisans est l'organisation faîtière de l'Artisanat luxembourgeois regroupant 40 fédérations professionnelles.
6. L'objet social de la Fédération des artisans est défini comme suit :
 - « de promouvoir l'idée de l'entreprise libre et de la liberté d'entreprendre en général ;
 - de défendre sur le plan national ou international par tous les moyens jugés adéquats les intérêts de l'artisanat ;
 - de contribuer à créer un environnement économique et social favorable à l'artisanat et aux indépendants ;
 - de coordonner les intérêts particuliers des associations et fédérations affiliées et de régler d'éventuels litiges entre eux ;
 - de conseiller et de surveiller les associations et fédérations professionnelles en ce qui concerne l'observation des obligations statutaires ;
 - de promouvoir la solidarité entre les entreprises, associations et fédérations membres ;
 - de conseiller les entreprises-membres ».

Les entreprises mises en cause

ENCEVO S.A.

7. ENCEVO S.A. est la société holding du Groupe Encevo, premier fournisseur d'énergie et gestionnaire de réseaux au Luxembourg.
8. ENCEVO S.A. détient la totalité des actions constituant le capital social des sociétés ENOVOS Luxembourg S.A. et ENOVOS SERVICES Luxembourg S.A. Parallèlement, elle détient 75% des actions de CREOS Luxembourg S.A. En tant que société mère du groupe, ENCEVO S.A. définit la stratégie ainsi que la gouvernance du groupe et assure également le financement des différentes entités opérationnelles, tout en offrant divers services de support aux différentes entités du groupe. Ces services couvrent entre autres les domaines suivants : finance, gestion de trésorerie, comptabilité, juridique, ressources humaines, gestion des infrastructures, audit interne, gestion des risques et assurances.

ENOVOS LUXEMBOURG S.A. (ci-après « ENOVOS »)

9. ENOVOS est le principal fournisseur et distributeur d'énergies au Grand-Duché de Luxembourg. Elle est également active en France, en Belgique et en Allemagne. Outre les activités classiques liées à la distribution de l'électricité et du gaz naturel et à la gestion des réseaux de distribution, ENOVOS a développé des applications mobiles pour contrôler à distance la consommation d'énergie, a mis en place des bornes pour recharger les voitures électriques avec des prestataires commerciaux, est active dans la production d'énergies renouvelables et gère des portefeuilles en relation avec le commerce de l'électricité, le gaz naturel, des produits pétroliers et dérivés, du charbon et des certificats CO2.

PAUL WAGNER & FILS S.A.

10. PAUL WAGNER & FILS S.A. est active dans le secteur de l'équipement technique du bâtiment sur le marché luxembourgeois. Elle est active dans l'équipement technique du bâtiment et de sécurité, la gestion technique des bâtiments et service, la technique de l'informatique et de la communication ainsi que dans le domaine de l'efficacité énergétique et de la technique spéciale. Elle détient également deux filiales, ELECTRICITE WAGNER S.A., établie au Luxembourg et HOFFMANN S.A.S., établie en France.

3. Objet de la plainte

11. En juillet 2018, la société ENCEVO S.A. a acquis la totalité du capital social de PAUL WAGNER & FILS S.A.
12. La partie plaignante soutient que l'acquisition du capital social de PAUL WAGNER & FILS S.A. par la société ENCEVO S.A. présenterait des risques sérieux que ces sociétés adoptent plusieurs comportements abusifs menant à une restriction de concurrence, dont notamment :
 - l'éviction d'entreprises concurrentes de PAUL WAGNER & FILS S.A. par l'utilisation abusive des bases de données du Groupe Encevo ;
 - l'éviction d'entreprises concurrentes de PAUL WAGNER & FILS S.A. par des offres liées entre les services respectifs de PAUL WAGNER & FILS S.A. et d'autres entreprises du Groupe Encevo ;
 - l'éviction d'entreprises concurrentes de PAUL WAGNER & FILS S.A. par des publicités faites à travers les autres entreprises du Groupe Encevo ;
 - l'éviction d'entreprises concurrentes de PAUL WAGNER & FILS S.A. par la mise en place de barrières à l'entrée du marché ;
 - l'éviction des concurrents de PAUL WAGNER & FILS S.A. dans le domaine des marchés publics, étant donné que PAUL WAGNER & FILS S.A. peut offrir des garanties que ses concurrents ne peuvent présenter en raison du fait que PAUL WAGNER & FILS S.A. relève d'un groupe détenant des monopoles historiques.
13. La partie plaignante soutient en outre que l'opération de concentration survenue entre les sociétés ENCEVO S.A. et PAUL WAGNER & FILS S.A. porterait atteinte à une structure de concurrence effective et pourrait être qualifiée, à elle-seule, d'abus de position dominante. A ce titre, le plaignant avance la solution consacrée par l'arrêt *Continental Can* qui dispose que « *toute mesure structurelle étant susceptible, dès lors qu'elle accroît les dimensions et la puissance économique de l'entreprise, d'avoir une incidence sur les conditions du marché* »¹.
14. Dans cet arrêt, la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après : « CJUE ») avait suivi une interprétation large de l'article 86 du Traité CEE, devenu l'article 82 du Traité CE puis l'article 102 du TFUE, en retenant que ce texte ne visait pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective. Elle a ensuite retenu que « *le fait, par une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la*

¹ Arrêt de la Cour du 21 février 1973, C- 6/72, *Europemballage Corporation et Continental Can Company / Commission*, ECLI:EU:C:1973:22, point 21.

concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante, est dès lors susceptible de constituer un abus »².

4. Position du Conseil

4.1. Quant aux risques de comportements abusifs futurs

15. Ces griefs, s'ils se produisaient et à supposer que la société ENCEVO S.A. soit en position dominante sur les marchés en cause, pourraient, selon le plaignant, caractériser un abus de position dominante de la part d'ENCEVO S.A., prohibé par les articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « loi relative à la concurrence ») et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »).
16. L'article 5 de la loi relative à la concurrence est rédigé comme suit :
« Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.
Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :
 - 1) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non-équitables ;*
 - 2) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;*
 - 3) *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 ;*
 - 4) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation pour les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de liens avec l'objet de ces contrats. »*
17. L'article 102 du TFUE est rédigé dans des termes similaires, mais subordonne son application à l'affectation du commerce intracommunautaire.
18. Le Conseil souligne que les articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE ne lui permettent pas de se prononcer sur un abus de position dominante seulement potentiel. Seuls des éléments concrets, constitutifs d'un éventuel abus de la part d'une entreprise en position dominante sur un marché déterminé, pourraient justifier l'ouverture d'un dossier. Or, en l'espèce, le Conseil constate que les éléments factuels fournis par le plaignant ne

² Ibid., point 26.

constituent que des hypothèses, sans qu'aucun des comportements allégués ne se soit encore produit. Partant, sur ce point, la plainte déposée devant le Conseil contient des motifs insuffisants à l'ouverture d'une enquête par celui-ci.

4.2. Quant au rachat par ENCEVO S.A. de PAUL WAGNER & FILS S.A.

19. Une opération de concentration est réputée réalisée « *lorsqu'un changement durable du contrôle résulte :*

- 1) *de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou*
- 2) *de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou des parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen »³.*

20. Le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas introduit dans son système législatif de contrôle des concentrations *ex ante*. Bien que le Conseil ne dispose pas d'une compétence d'attribution, il peut en effet contrôler et agir sur une opération de concentration de manière *ex post*, suivant l'application des règles législatives applicables aux abus de position dominante⁴.

21. Afin de se prononcer pleinement sur la pertinence des motifs de la plainte déposée devant lui, le Conseil relève que la jurisprudence *Continental Can* ne prohibe pas *per se* les opérations de concentration susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché.

22. Comme expliqué supra, la CJUE a pu, par le passé, considérer qu'une opération de concentration pouvait effectivement porter atteinte à la concurrence sur un marché donné en modifiant substantiellement la concurrence sur ledit marché⁵.

23. Même à supposer qu'ENCEVO S.A. détienne une position dominante sur les marchés pertinents, ce seul élément ne suffirait pas à caractériser à lui seul un abus de position dominante, l'élément déterminant étant la qualification de l'abus. Dans la mesure où le

³ Règlement (UE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, article 3.

⁴ Décision du Conseil de la concurrence n°2016-FO-04, *Utopia*, du 17 juin 2016, point 105.

⁵ Voir l'arrêt de la Cour, *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, précité, point 21. La solution a été réaffirmée après l'introduction d'un contrôle de concentrations au niveau communautaire, voir notamment l'arrêt du Tribunal du 14 décembre 2005, T-210/0, *General Electric Company c/ Commission*, ECLI:EU: T:2005:456.

comportement en cause ne constitue pas un comportement abusif quelle que soit la position détenue par ENCEVO S.A. sur les marchés en cause, la question de la position dominante peut rester ouverte.

24. Par ailleurs, il échet de souligner que la solution retenue par la CJUE visée au point 19, concerne des opérations de concentration entre concurrents sur un même marché.
25. Or, en l'espèce, la situation se distingue de celle toisée dans l'arrêt *Continental Can*. En effet, la société ENCEVO S.A. est active sur les marchés de la fourniture et la distribution d'énergie, alors que la société PAUL WAGNER & FILS S.A. déploie ses activités sur le secteur des installations d'équipements techniques du bâtiment. Partant, ces services proposés n'étant pas substituables entre eux, ils ne sauraient faire partie d'un même marché.
26. Intervenant sur des marchés distincts, ou tout au plus adjacents, de par les services proposés, les deux sociétés ne se trouvaient pas en position de concurrence avant l'acquisition du capital social de PAUL WAGNER & FILS S.A. par ENCEVO S.A.
27. Partant, le Conseil est d'avis que le rachat par ENCEVO S.A. de la société PAUL WAGNER & FILS S.A. n'a pas eu pour effet de placer les entreprises concurrentes d'ENCEVO S.A. dans une situation de dépendance économique, le même constat étant valable pour les entreprises concurrentes de PAUL WAGNER & FILS S.A.
28. Par conséquent, le Conseil estime qu'il n'est pas en mesure d'intervenir à l'heure actuelle, sans préjudice de la recevabilité d'une autosaisine future ou d'une saisine par plainte, en cas de transmission d'éléments nouveaux permettant de fonder l'ouverture d'une enquête.

5. Conclusion

29. Il ressort des éléments fournis par le plaignant qu'il n'existe pas de motifs suffisants pour donner suite à la plainte déposée par la FDA. Il ne peut cependant en être déduit que des comportements comparables pourraient survenir à l'avenir sans que le Conseil n'estime nécessaire d'analyser leur violation potentielle avec le droit de la concurrence luxembourgeois et européen.

Le Conseil adopte la présente décision :

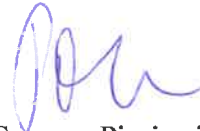
Article unique

Le Conseil rejette la plainte déposée devant lui.

Ainsi délibéré et décidé à l'unanimité à Luxembourg, le 15 mars 2019.



Pierre Barthelmé
Président



Grazyna Piesiewicz
Conseiller



Jean-Claude Weidert
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller

Indications sur les voies de recours

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

En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement 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.