



Décision n°2018-FO-03

du 26 juin 2018

concernant une procédure au fond

mettant en cause

Luxlait Association Agricole,

Luxlait-Expansion S.A.,

Nouvelle Luxlait Produits S.à.r.l.,

Luxlait Distribution 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 l'Inspection de la concurrence (affaire ICP012) en date du 2 novembre 2010 par la société [REDACTED] [*le plaignant*].;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence du 10 juillet 2012 désignant Monsieur Marc Feyereisen, conseiller, pour diriger l'instruction du dossier;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence du 30 septembre 2016 désignant Monsieur Jean Claude Weidert, conseiller, pour diriger l'instruction du dossier en remplacement de Monsieur Marc Feyereisen;

Vu la communication des griefs en date du 9 août 2017;

Vu les observations écrites du plaignant en date du 16 novembre 2017 et de l'entreprise visée par la plainte en date du 14 décembre 2017;

Vu l'audition du 22 février 2018 ;

Vu les pièces du dossier;

Considérant ce qui suit :

TABLE DES MATIERES

1.	Historique de la procédure	4
2.	Entreprises concernées	6
3.	Faits reprochés.....	11
4.	Affectation du commerce entre États membres et droit applicable.....	12
5.	Définition du marché en cause	14
6.	Appréciation juridique du conseiller désigné dans sa communication des griefs du 9 août 2017	19
7.	Appréciation juridique du Conseil	21
7.1.	Sur les moyens de procédure.....	21
7.1.1.	En ce qui concerne la durée de la procédure et la prétendue altération de la capacité à se défendre	21
7.1.2.	En ce qui concerne l'imprécision des griefs.....	23
7.1.3.	En ce qui concerne moyen tiré d'une violation de l'article 10bis de la Constitution	24
7.1.4.	En ce qui concerne le droit à un procès équitable	25
7.1.4.1.	Égalité des armes.....	25
7.1.4.2.	Principe du contradictoire	26
7.1.4.3.	L'impartialité.....	26
7.2.	Sur le bien-fondé des griefs notifiés.....	27
7.2.1.	Sur l'application des conditions du triple test au cas d'espèce.....	31
7.2.2.	La première condition du triple test : les éléments de preuve relatifs à l'évocation entre fournisseur et distributeur des prix de vente au public.....	31
7.2.3.	La deuxième condition du triple test : l'existence d'une police de prix.....	32
7.2.4.	La troisième condition du triple test : l'application significative des prix recommandés ...	38
8.	Conclusion.....	38

1. Historique de la procédure

1. En date du 2 novembre 2010, la société [*le plaignant*], représentée par Maître Philippe-Emmanuel Partsch, a saisi l'ancienne Inspection de la concurrence d'une plainte dirigée à l'encontre de plusieurs sociétés établies sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg.
2. En date du 25 février 2011, l'Inspection de la concurrence (ci-après : « l'Inspection ») a demandé des informations complémentaires relatives aux griefs formulés dans la plainte au mandataire [*du plaignant*], demande restée sans réponse. L'Inspection a donc envoyé une demande de renseignements au mandataire [*du plaignant*] le 1er juin 2011, dont la réponse a été reçue le 5 juillet 2011.
3. Après nomination du conseiller Marc Feyereisen pour poursuivre l'enquête en date du 10 juillet 2012, une demande de renseignements a été adressée à Luxlait Association Agricole en date du 13 juillet 2012, demande dont la réponse a été reçue le 30 août 2012. Des informations complémentaires sont parvenues au Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») aux mois de septembre et octobre 2012.
4. En date du 14 avril 2015, une demande de renseignements a été adressée à Cogel Cofresh S.A. (aujourd'hui : Lux Frais S.A.) dont la réponse a été reçue le 13 mai 2015. Le même jour, une demande a également été envoyée à la société anonyme Alphabet afin d'obtenir des renseignements sur le locataire d'un véhicule loué auprès de ladite société. La réponse à cette demande de renseignement a été reçue le 18 mai 2015.
5. Une demande a également été adressée au groupement d'intérêt économique [REDACTED] en date du 21 avril 2015, groupement dont [*le plaignant*] faisait partie jusqu'en mars 2017. La réponse à cette demande de renseignements a été reçue le 17 juin 2015.
6. Le 13 avril 2016, des demandes de renseignements ont été envoyées à plusieurs distributeurs actifs sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, à savoir : Aldi S.A., Alima S.à.r.l., Auchan Luxembourg S.A., Cactus S.A. Resuma, Cora Luxembourg S.A., Delhaize Luxembourg S.A., Lidl Luxembourg, Massen S.A., Monoprix ML01 S.A., ainsi qu'à Pall Center Exploitation S.A. Les réponses ont été reçues le 24 mai 2016 (Aldi S.A), le 14 juin 2016 (Alima S.à.r.l.), le 31 mai 2016 (Auchan Luxembourg S.A.), le 18 mai 2016 (Cactus S.A. Resuma), le 16 juin 2016 (Cora Luxembourg S.A.), le 1 juin 2016 (Delhaize Luxembourg S.A.), le 25 mai 2016 (Lidl Luxembourg), le 31 mai 2016 (Massen S.A.), le 25 mai 2016 (Monoprix ML01 S.A) et le 31 mai 2016 (Pall Center Exploitation S.A).

7. Le 30 septembre 2016, le conseiller Jean-Claude Weidert a été désigné, en remplacement du conseiller Marc Feyereisen dont les fonctions au Conseil ont pris fin, pour poursuivre l'enquête.
8. En date du 20 février 2017, le conseiller désigné a sollicité l'extension de sa désignation à quatre autres sociétés du groupe Luxlait existant en plus de l'association agricole. Cette extension lui a été accordée par le Président du Conseil en date du 22 février 2017.
9. Le 27 février 2017, une inspection a été ordonnée auprès des personnes morales Luxlait Association Agricole, Luxlait-Expansion S.A., Luxlait Développement S.A, Nouvelle Luxlait Produits S.à.r.l. et Luxlait Distribution S.A., toutes établies à Roost/Bissen (ci-après : « les sociétés Luxlait » ou « Luxlait »), en application de l'article 16 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi », ou « la loi relative à la concurrence »).
10. Le 5 avril 2017, en application de la même disposition, une requête a été déposée au greffe du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg en vue de la délivrance d'une ordonnance autorisant le Conseil à procéder à une perquisition et saisie au siège social des sociétés précitées.
11. Par ordonnance du 5 avril 2017, le Vice-président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, a constaté qu'il existait des indices graves permettant de soupçonner des pratiques prohibées par l'article 3 de la loi relative à la concurrence et par l'article 101 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »). Il a dès lors fait droit à la demande en perquisition et saisie dans les locaux des sociétés Luxlait.
12. En date du 6 avril 2017, le conseiller désigné a procédé à une perquisition dans les locaux des sociétés Luxlait.
13. Le 20 juin 2017, Luxlait, à la suite d'un entretien téléphonique, a fait parvenir au conseiller désigné le tableau des prix de vente conseillés en vigueur depuis mars 2017.
14. En date du 6 juillet 2017, une dernière demande de renseignements a été adressée à Luxlait portant sur les chiffres d'affaires réalisés par type de produit aux sociétés Luxlait, la réponse à laquelle a été reçue le 7 août 2017.
15. En date du 9 août 2017, le conseiller désigné a adressé à Luxlait une communication des griefs.
16. En date du 16 novembre 2017, le plaignant a fait parvenir au Conseil des observations écrites à la communication de griefs. L'entreprise visée a fait parvenir ses observations au Conseil le 14 décembre 2017.

17. Le 22 février 2018, le Conseil a organisé une audition sur base de l'article 26 de la loi lors de laquelle il a entendu le conseiller désigné, la partie plaignante, le représentant du ministre de l'Economie et la partie poursuivie.

2. Entreprises concernées

Le plaignant

18. [*Le plaignant*] (ci-après : « [*le plaignant*] » ou le « plaignant ») est une société anonyme ayant son siège social au Grand-Duché de Luxembourg, enregistrée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro [REDACTED]. [*Le plaignant*] est implanté au Luxembourg depuis [REDACTED] et dispose à présent de [REDACTED] magasins à [REDACTED]. [*Le plaignant*] est détenu par la société anonyme [REDACTED], une société de droit [REDACTED], qui en est l'actionnaire unique.

19. Le groupe [REDACTED] est actif en [REDACTED], en [REDACTED] et au [REDACTED] dans le commerce de détail mais aussi dans le commerce de gros et de restauration hors domicile. Le groupe a également d'autres activités dont notamment des stations-services en [REDACTED] et en [REDACTED].

20. L'objet social [*du plaignant*]. est décrit comme suit :

« [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] »

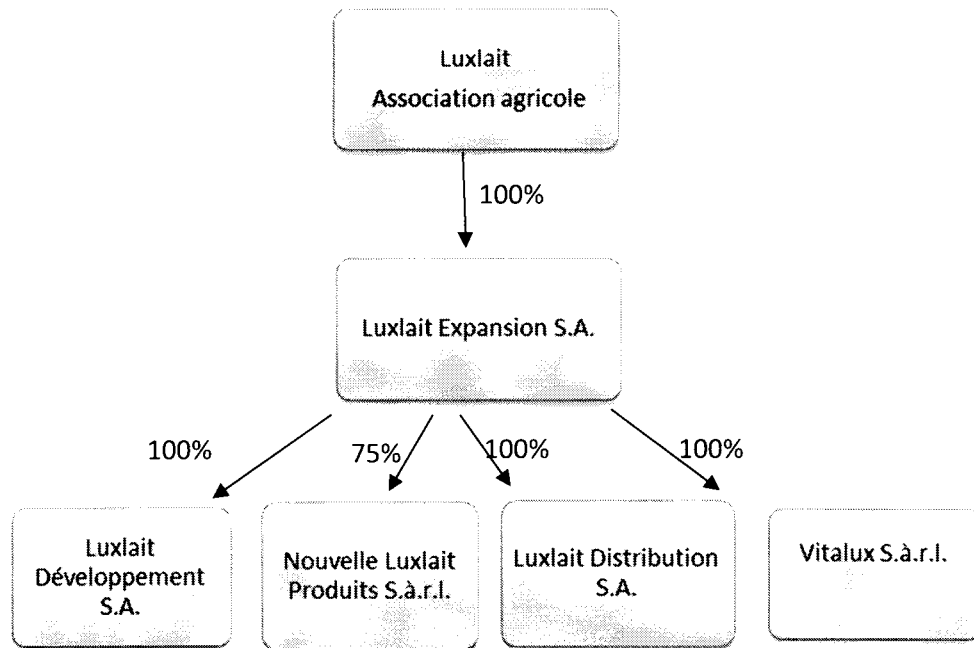
21. [*Le plaignant*] applique une politique des prix axée sur la volonté d'offrir aux consommateurs « *le prix le plus bas* ». [*Le plaignant*] collecte les prix de toutes les grandes surfaces et applique le prix le plus bas du marché. En contrepartie, [*le plaignant*] offre aux consommateurs une gamme de produits réduite par rapport à ses concurrents.

Les entreprises visées

Luxlait

22. Les origines de Luxlait datent de 1894 avec la *Central-Molkerei* qui deviendra une société anonyme par la suite et une association agricole en 1946. En 1978, la fusion des trois dernières laiteries existantes au Luxembourg a donné lieu à la création de l'actuelle association agricole Luxlait.¹
23. Luxlait exploite une laiterie, lieu de collecte, de transformation et de redistribution du lait. Luxlait vend aux distributeurs du lait et des produits transformés à base de lait tels que différents types de lait aromatisé, le beurre, la crème, le fromage, les yaourts, la glace et les biscuits. Le Conseil a recensé lors de l'enquête 132 références fournies par Luxlait au commerce au Luxembourg ; selon l'entreprise, le portefeuille d'articles renfermerait au total 350 références différentes.
24. L'entreprise visée collecte tous les jours quelques 300.000 litres de lait auprès de plus de 400 agriculteurs. L'entreprise poursuit son expansion à l'étranger en exportant dans les pays voisins, mais aussi en Grèce, Turquie et certains pays d'Afrique. Le chiffre d'affaires s'élève à 80 millions d'euro par an et l'entreprise emploie 310 personnes.
25. Le « groupe » Luxlait est composé des sociétés/association suivantes :
- Luxlait Association Agricole,
 - Luxlait Distribution S.A.,
 - Luxlait Expansion S.A.,
 - Nouvelle Luxlait Produits S.à.r.l.,
 - Luxlait Développement S.A.,
 - Vitalux S.à.r.l.

¹ Voir site internet de Luxlait : <http://www.luxlait.lu/fr>.



Représentation de la structure du groupe Luxlait

26. L'entreprise visée par la présente décision est l'entreprise Luxlait, composée de :

- Luxlait Association Agricole,
- Luxlait Expansion S.A.,
- Nouvelle Luxlait Produits S.à.r.l.,
- Luxlait Distribution S.A

27. Luxlait Association Agricole, enregistrée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro H4 est une association agricole gérée par les agriculteurs qui en font partie.

28. L'objet de cette association est l'exploitation du lait provenant des activités de ses membres et la production de produits laitiers de toute nature, la distribution et la vente de lait et de produits laitiers, ainsi que la mise en place d'installations et d'organisations appropriées pour la transformation, le recyclage et la vente de lait et de produits laitiers.

29. Ses locaux sont situés à Roost/Bissen et sont partagés avec les autres sociétés du « groupe » Luxlait.

30. Dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.² Constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-

² Arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, pt 21.

après « la Cour ») a jugé dans ce sens que « *L'activité des exploitants agricoles, agriculteurs ou éleveurs présente certainement un caractère économique. En effet, ceux-ci exercent une activité de production de biens qu'ils offrent à la vente contre rémunération. Les exploitants agricoles constituent, par conséquent, des entreprises au sens de l'article 81, paragraphe, 1 CE.* »³

31. Partant, une association composée d'exploitants agricoles exerçant notamment l'activité économique de vente de lait et produits laitiers est à considérer comme une entreprise au sens du droit de la concurrence.
32. Luxlait Association Agricole est l'actionnaire unique de la société anonyme Luxlait Expansion. L'objet social de celle-ci a trait à l'accroissement « *du potentiel dans le domaine du traitement du lait, de la fabrication et du conditionnement de produits y dérivés, d'en favoriser le développement industriel et économique ainsi que de promouvoir l'écoulement de ces produits* ».
33. Luxlait Expansion S.A. est l'associé majoritaire à 75% de Nouvelle Luxlait Produits S.à.r.l. dont l'objet social concerne « *1. la transformation de tous laits et produits laitiers en produits de consommation ou produits servant de matières premières à des produits de consommation [...], la mise en valeur de la production telle qu'elle résulte de ce qui est spécifié sub 1- [...] et de toute autre production de laiterie, de production similaire et apparentée, sa commercialisation, son transport, sa distribution et sa vente.[...]* ».
34. Luxlait Expansion S.A. est l'actionnaire unique de Luxlait Distribution S.A. dont l'objet social est relatif à « *la distribution de produits alimentaires et plus particulièrement : A. D'exercer une ou toutes les activités de grossistes et négociants, fabricants, assembleurs, distributeurs, importateurs, exportateurs, agents pour la vente, distributeurs en gros ou au détail de biens, marchandises, produits alimentaires, produits, matières premières, active de luxe, produits artisanaux et marchandises sous quelque autre nom et également pour le compte de grossistes et détaillants ; d'intervenir comme agents dans des contrats et conclure des contrats de toutes sortes pour le compte de personnes, entreprises ou sociétés si cela s'avère opportun ; de négocier, transférer une hypothèque, mettre en gage contre argent comptant ou conclure tels autres contrats et effectuer etc.* »⁴
35. L'association agricole ainsi que les trois autres sociétés décrites ci-dessus ont toutes un objet social ayant trait à l'activité de distribution du lait et de produits laitiers, activité intéressée par les pratiques en cause.

³ Arrêt du 13 décembre 2006, Fédération nationale de la coopération bétail et viande contre Commission des Communautés européennes, affaires jointes T-217/03 et T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, pts 52-55.

⁴ Registre du commerce et des sociétés (RCS)

36. En revanche, l'article 4 des statuts de Luxlait Développement S.A. mentionne que la société a notamment pour objet « *la gestion, l'administration, la mise en valeur par la vente, l'achat, l'échange, la construction ou de toute autre manière de propriétés immobilières au Grand-Duché de Luxembourg et à l'étranger.* »⁵.
37. La société Vitalux S.à.r.l. a quant à elle pour objet « *toutes opérations se rapportant directement ou indirectement à la prise de participations, sous quelque forme que ce soit, dans toute entreprise, ainsi que l'administration, la gestion, le contrôle, le financement et le développement de ces participations, ainsi que l'exploitation et la gestion : D'un centre éducatif et de promotion des produits laitiers sous l'enseigne VITARIUM dans le but de développer l'industrie laitière et de promouvoir la vente des produits LUXLAIT ainsi que de promouvoir le tourisme rural, de lounge(s) tant sur le plan national qu'international sous l'enseigne LUXLOUNGE, [...]* »
38. Partant, Luxlait Développement S.A. et Vitalux S.à.r.l. ont un objet social étranger aux pratiques commerciales examinées dans la présente décision et sont par conséquent exclues de la notion d'entreprise visée.
39. Par ailleurs, aux fins de l'application des règles de concurrence, la séparation formelle entre plusieurs sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n'est pas déterminante, ce qui s'impose étant l'unité ou non de leur comportement sur le marché : « *Il peut donc s'avérer nécessaire de déterminer si deux sociétés ayant des personnalités juridiques distinctes forment ou relèvent d'une seule et même entreprise ou entité économique qui déploie un comportement unique sur le marché.* »⁶
40. Comme Luxlait Association Agricole contrôle directement ou indirectement les autres sociétés listées supra, il existe une présomption qu'elle exerce une influence déterminante sur les trois autres et que les quatre entités font partie de la même entreprise unique. Selon une jurisprudence bien établie des juridictions européennes, une autorité de concurrence peut « *présumer qu'une filiale à 100% applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par sa société mère, sans devoir vérifier si la société mère a effectivement exercé ce pouvoir* »⁷. La Commission européenne (ci-après : « la Commission ») estime que « *le fait que les sociétés*

⁵ Extraits RCS des différentes sociétés Luxlait

⁶ Arrêt du 15 septembre 2005, Daimler Chrysler AG contre Commission des Communautés européennes, T-325/01.

⁷ Arrêt du 15 juin 2005, Tokai Carbon c/Commission, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, ECLI:EU:T:2005:322; Arrêt du 27 septembre 2006, Avebe c/Commission, T-314/01, ECLI:EU:T:2005:322 ; Arrêt du 12 septembre 2007, Prym, T-30/05, ECLI:EU:T:2007:267 ; Arrêt du 12 septembre 2007, AkzoNobel c/Commission, T-112/05, ECLI:EU:T:2007:381.

mères aient le contrôle de leurs filiales (...), suffit en tout état de cause pour que les groupes soient considérés comme des entreprises uniques »⁸.

41. Le terme « Luxlait » ou « les sociétés Luxlait » désignera donc ci-après l'entreprise visée en tant qu'entité économique unique décrite ci-avant.

Les autres entreprises impliquées

42. Les autres entreprises impliquées dans la présente procédure sont :

- Auchan S.A.
- Alima S.A.
- Cactus S.A.
- Cora Luxembourg S.A.
- Delhaize Luxembourg S.A.
- Luxfrais S.A.
- La Provençale S.à r.l.
- Massen S.A.
- Monoprix ML01 S.A.
- Pall Center Exploitation S.A.
- Incom GIE.

43. Les entreprises mentionnées *supra* sont des distributeurs de gros ou de détail faisant partie de la chaîne de distribution des produits Luxlait.

44. En vertu de l'opportunité des poursuites qui lui est réservée⁹, le conseiller désigné a limité les poursuites aux seules entreprises citées au point 26 *supra* (Luxlait Association Agricole, Luxlait Expansion S.A., Nouvelle Luxlait Produits S.à.r.l., Luxlait Distribution S.A), en excluant les entreprises énumérés au point 42 *supra*.

3. Faits reprochés

45. Le [REDACTED], [*le plaignant*] a ouvert à [REDACTED] son premier magasin sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg. Bien que la date exacte ne soit pas renseignée, il ressort de la plainte,

⁸ Décision de la Commission du 21 déc. 1988, n° 30979, Decca Navigator System

⁹ Voir en ce sens Arrêt n°614 du 11 juin 2013, - Cour de cassation française, Chambre commerciale, financière et économique, ECLI:FR:CCASS:2013:CO00614, pt. 131 ; Décision 07-D-06 du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo, pt. 103.

qu'avant l'ouverture de ce magasin, [*le plaignant*] a contacté Luxlait afin d'établir des relations commerciales¹⁰. Toujours selon la plainte, [*le plaignant*] s'est vu opposer un refus de contracter de la part de Luxlait¹¹. Selon [*le plaignant*], ce refus s'expliquerait premièrement par la politique de prix menée par [*le plaignant*] qui est une politique de vente au prix le plus bas du marché, alors que Luxlait souhaiterait contrôler les prix de revente de ses produits. Deuxièmement, le refus de vente s'expliquerait par le fait que Luxlait aurait voulu imposer [*au plaignant*] un système de promotion avec des périodes de promotions prédéfinies.

46. Afin de contourner le refus de vente qui lui aurait été opposé par Luxlait, le 22 avril 2009 [*le plaignant*] a conclu un accord avec Cogel S.A. (ci-après : « Cogel »), un fournisseur-grossiste en produits frais, surgelés et secs, portant sur quatre références Luxlait.¹²
47. En date du 15 mai 2009, un représentant de Luxlait se serait présenté dans un magasin [*du plaignant*] afin d'acheter l'entièreté du stock de produits Luxlait disponibles en rayon¹³.
48. Luxlait aurait découvert par la suite que [*le plaignant*] s'était fourni en produits Luxlait auprès de Cogel et serait alors intervenu auprès de ce dernier pour empêcher l'approvisionnement [*du plaignant*] en produits Luxlait¹⁴ via Cogel.

4. Affectation du commerce entre États membres et droit applicable

49. Conformément à l'article 3, paragraphe premier, du Règlement 1/2003¹⁵, le Conseil est tenu d'appliquer cumulativement la loi relative à la concurrence et les articles 101 ou 102 TFUE lorsque ces derniers sont applicables au cas d'espèce.
50. L'article 101 du TFUE subordonne son application à l'existence d'accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.
51. La notion d'affectation du commerce entre États membres est le critère de compétence qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union européenne. Pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, le comportement en cause doit, sur

¹⁰ Plainte, page 15

¹¹ Plainte, page 15

¹² Les quatre références fournies [*au plaignant*] par Cogel étaient les suivantes : Beurre Rose 500 grammes, Cottage Cheese 250 grammes, Cancoillotte 250 grammes et 1/5 Crème épaisse 33%.

¹³ Plainte, page 15

¹⁴ Communication des griefs du 9 août 2017, point 27

¹⁵ 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 4.1.2003, p. 1)

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 États membres. En vertu du point 13 des Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres « *Le critère de l'affectation du commerce limite le champ d'application des articles 81 et 82 aux accords et pratiques susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers à l'intérieur de la Communauté.* »¹⁶

52. Pour être susceptible d'affecter le commerce entre États 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 suffisante qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs du marché unique entre États.¹⁷
53. Par ailleurs, le critère de l'affectation du commerce intracommunautaire est indépendant de la définition géographique du marché en cause. Ainsi, « *le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational* »¹⁸.
54. En l'espèce, comme expliqué *infra* aux points 75 à 77 les pratiques concernent l'entièreté du territoire luxembourgeois. Or, selon le point 88 des lignes directrices précitées, « *Les accords verticaux qui couvrent l'ensemble d'un État membre et concernent des produits commercialisables peuvent également affecter le commerce entre États membres, même s'ils ne créent pas d'obstacles directs au commerce. Les accords aux termes desquels des entreprises s'engagent sur un prix imposé à la revente affectent parfois directement le commerce entre États membres en augmentant les importations en provenance d'autres États membres et en réduisant les exportations provenant de l'État membre en cause*¹⁹. *Les accords impliquant un prix imposé peuvent aussi affecter les courants d'échanges d'une manière assez semblable à celle des ententes horizontales. 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 contrôlées.* »²⁰
55. De même, selon une jurisprudence constante, une pratique restrictive de concurrence qui s'étend à l'ensemble du territoire de l'un des États membres a, par sa nature même, pour effet

¹⁶ Communication de la Commission Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 81).

¹⁷ Voir par exemple, arrêt du 1^{er} juillet 2008 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE)*, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, point 39.

¹⁸ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, point 22.

¹⁹ Voir par exemple décision de la Commission Volkswagen (II) (JO L 262 du 2.10.2001), points 81 et s.

²⁰ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce, point 88.

de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le TFUE.²¹

56. Dès lors, il y a lieu de conclure que le mécanisme de fixation verticale des prix de vente dont la mise en place a été reprochée à Luxlait et à ses distributeurs est de nature à influencer de manière sensible le commerce entre États membres. Partant, tant l'article 101 TFUE que l'article 3 de la loi relative à la concurrence sont applicables en l'espèce.

5. Définition du marché en cause

57. La définition du marché en cause permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Dans les procédures d'application des articles 5 de la loi ou 102 TFUE, elle revêt d'une importance fondamentale car il arrive qu'une entreprise se trouve en position dominante ou non en fonction de la délimitation du marché qui a été retenue.

58. Dans les procédures d'application des articles 3 de la loi relative à la concurrence ou 101 TFUE, la définition du marché paraît moins cruciale, mais est néanmoins nécessaire, ceci pour deux raisons :

- elle peut être importante au niveau la question du droit applicable : depuis l'arrêt *European Night Services*²², la jurisprudence des juridictions européennes a retenu de façon constante que la définition de marché est nécessaire dans la mesure où elle permet à la Commission ou à l'autorité nationale d'évaluer l'affectation du commerce entre États membres, et, par conséquent de décider si le droit communautaire ou le droit national est d'application ;
- au stade de l'évaluation de la gravité de l'infraction, l'arrêt *Prym*²³ du Tribunal a retenu que « *l'évaluation du caractère de gravité de l'infraction « doit prendre en considération » non seulement la nature propre de l'infraction, mais également « son impact concret sur le marché lorsqu'il est mesurable » (point 1 A, premier alinéa). Or, afin d'évaluer l'impact concret de l'infraction sur le marché, il est nécessaire de délimiter ce marché. »*

²¹ Arrêt du 17 octobre 1972, *Cementhandelaren/Commission*, 8/72, ECLI:EU:C:1972:84, point 29, et arrêt du 21 février 1995, *SPO/Commission*, T-29/92, ECLI:EU:T:1995:34, point 229.

²² Arrêt du 15 septembre 1998, *European Night Services / Commission*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, ECLI:EU:T:1998:198, points 93 et 105.

²³ Arrêt du 12 septembre 2007 *Prym et Prym Consumer / Commission*, T-30/05, ECLI:EU:T:2007:267, point 89.

En ce qui concerne en particulier les accords anticoncurrentiels verticaux, la Commission estime elle-même que « *La position sur le marché détenu par le fournisseur et par ses concurrents est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne pose problème que si la concurrence intermarque est limitée.* »²⁴

59. La méthodologie employée pour définir le marché pertinent est basée sur les concepts établis par la Commission dans la « *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence* ». ²⁵

Le marché des produits

60. Le marché des produits et des services est appréhendé à travers le critère de la substituabilité. La Communication précitée a défini le marché de produits de la manière suivante : « *Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »²⁶.

61. A cet égard, s'agissant de la fixation verticale des prix de revente, la pratique décisionnelle de la Commission distingue deux types de marchés dans le commerce de détail :

- le marché en aval, c'est-à-dire « *le marché de la distribution, sur lequel les entreprises du secteur du commerce de détail de l'alimentation sont en contact, en tant que fournisseurs, avec les consommateurs finals;* »
- ainsi que le marché en amont, à savoir « *le marché de l'approvisionnement, sur lequel des entreprises en tant que clients sont en contact avec les fabricants des produits qui font partie de l'assortiment du commerce de détail de l'alimentation*²⁷ ».

62. En matière de fixation verticale des prix de vente, l'accord en cause est toujours conclu entre fournisseurs et distributeurs, c'est-à-dire, du point de vue des distributeurs, au niveau du marché de l'approvisionnement, mais il porte *in fine* sur les prix appliqués sur le marché de la distribution et n'a des effets potentiellement anticoncurrentiels que sur ce dernier.

63. En l'espèce, il y a lieu de déterminer si l'entreprise visée a eu recours à des pratiques anticoncurrentielles consistant à fixer les prix de vente appliqués par les distributeurs aux

²⁴ Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01) point 153.

²⁵ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03) du 9 décembre 1997.

²⁶ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause précitée, point 7.

²⁷ Voir par exemple Décisions de la Commission M.1221 Rewe/Meinl, M.991 Promodes/Casino, M.784 Kesko/Tuko.

clients finals (ci-après : « fixation verticale des prix de vente ») au niveau du commerce de détail.

64. La pratique commerciale qui fait l'objet de la présente décision concerne un ensemble de produits laitiers frais ou de longue conservation (UHT) fournis par Luxlait sur une base régulière aux distributeurs au Luxembourg. Il s'agit des 116 articles repris dans le tableau à l'annexe 1 à la communication des griefs²⁸ pour lesquels un prix conseillé de vente a été fourni.

65. L'autorité de concurrence française retient dans la décision « *Produits laitiers frais* »²⁹ que la Commission a envisagé une segmentation du secteur des produits laitiers frais ou ultra-frais selon plusieurs critères tels que le type de produit concerné, le canal de distribution emprunté, et le positionnement commercial choisi.

i. Le type de produit

66. En ce qui concerne le type de produits en cause, la Commission retient les marchés suivants :

- yaourts ou laits fermentés, regroupant les produits à base de lait etensemencés avec des bactéries lactiques, natures ou aromatisés, et de texture variable ;
- fromages frais et fromages blancs, ainsi que certains types de fromages frais assimilés ;
- desserts lactés frais et ultra-frais, tels que puddings, flans, crèmes desserts en de nombreuses variétés³⁰ ;
- crèmes et crèmes fraîches de différentes textures ;³¹

De plus, la Commission a fait la distinction entre produits laitiers frais et produits de longue conservation (UHT), qui ne seraient pas substituables.

En l'espèce, Luxlait fait elle-même la distinction entre 8 types de produits, à savoir le lait, le yaourt, les produits UHT, la glace, la crème, le fromage, le beurre et les biscuits³².

67. L'enquête du conseiller désigné n'a cependant pas révélé l'existence de prix de ventes conseillés (ci-après : « PVC ») pour la catégorie des biscuits. C'est pourquoi, dans la communication des griefs ont été retenus comme marchés de produits uniquement ceux relatifs aux sept segments restants.

²⁸ Auxquels il faut ajouter les glaces, qui ne figurent pas dans ce tableau, mais pour lesquelles le Conseil a néanmoins relevé des prix de vente conseillés.

²⁹ Décision n°15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais, points 182-186.

³⁰ Décision de la Commission du 20 février 2012, M.6441 Senoble/Agrial/Senagral, points 39-47 ; Décision de la Commission du 19 septembre 2006, M.4344 Lactalis – Nestlé JV II points 16-31.

³¹ Décision de la Commission du 27 octobre 2008, M.5046 Friesland Foods/Campina.

³² <http://www.luxlait.lu/de/produkte/neuheiten>

68. Comme ces sept catégories de produits laitiers frais et UHT répondent à des besoins ou préférences de consommation spécifiques, il est clair qu'ils ne sont pas substituables du côté de la demande. Du côté de l'offre, la question de la substituabilité est toutefois moins claire, étant donné que tous les grands groupes laitiers mettent en vente une large panoplie de produits laitiers ou ont la faculté de le faire.
69. Toutefois, aussi bien la Commission que l'autorité française maintiennent une segmentation par catégorie de produits. La question de la substituabilité entre les différents types de produits, ou entre les différents produits à l'intérieur de chaque segment n'est cependant pas cruciale en l'espèce en vue de déterminer si le commerce entre États membres est affecté, et d'évaluer la gravité d'une éventuelle infraction.

ii. Le canal de distribution

70. Quant au canal de distribution, la Commission a envisagé une distinction entre les ventes de détail via le commerce de détail (grandes surfaces ou autres commerces) et les ventes « *hors domicile* », c'est-à-dire les ventes aux « *restaurants, cafés, hôtels, traiteurs, hôpitaux* », ainsi qu'à d'autres petites entreprises.³³ Alors que la Commission a laissé cette question ouverte, cette segmentation n'a pas été retenue en l'espèce. En effet, Luxlait n'est active que dans la vente de gros au commerce de détail ainsi qu'aux grossistes, alors que les commerces et entreprises d'un éventuel marché « *hors domicile* » sont servis par les grossistes. Dans la mesure où Luxlait s'adresserait à certains clients finals, elle est évidemment libre d'appliquer les prix de son choix.

iii. Le positionnement commercial

71. La Commission a étudié la possibilité de distinguer entre les produits laitiers frais vendus sous marque de distributeur (MDD) et ceux vendus sous marque de fabricant (MDF)³⁴, c'est-à-dire, en l'espèce, les produits identifiables en tant que produits Luxlait. Elle est par deux fois arrivée à la conclusion que ces deux types de produits se trouvent en situation de concurrence et que « *les produits laitiers vendus sous MDD et ceux vendus sous MDF sont substituables du point de vue des consommateurs au sein de certaines catégories* »³⁵.
72. En l'espèce, Luxlait approvisionne le commerce de détail aussi bien en produits MDF que MDD, de sorte qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les deux.

³³ Décision de la Commission du 17 décembre 2008 M.5046 – Friesland Foods/Campina.

³⁴ Décision de la Commission du 23 août 2010 M.5875 – Lactalis/Puleva Dairy.

³⁵ Décision de la Commission du 20 février 2012 M.6441 Senoble/Agrial/Senagrál, point 31.

73. Il convient donc de retenir comme marchés en cause l'ensemble des marchés du commerce de détail des produits suivants : le lait, le yaourt, les produits UHT, la glace, la crème, le fromage et le beurre (ci-après les « produits concernés »).
74. Chacun de ces marchés inclut les ventes au commerce de détail, grandes, moyennes et petites surfaces, et aux grossistes, les ventes sous marque de distributeur et sous marque de producteur.

Le marché géographique

75. La détermination du marché en cause exige de déterminer dans quelle zone géographique les conditions de concurrence sont homogènes et permettent une concurrence non faussée. Dans la Communication précitée, la Commission explique sa méthodologie en matière de définition du marché géographique : « *L'hypothèse de travail initiale sera donc vérifiée à l'aide d'une analyse des caractéristiques de la demande (importance des préférences nationales ou locales, habitudes d'achat des clients, différenciation des produits, marques, etc.), afin de déterminer si des sociétés implantées dans d'autres zones constituent réellement une source d'approvisionnement de remplacement pour les consommateurs. (...)* »³⁶
76. Selon l'autorité française, quelle que soit la segmentation retenue, les marchés du lait et des produits laitiers sont de dimension nationale « *en raison des différences de prix, des préférences des consommateurs, de la forte présence de marque nationale et du faible volume des importations* ». ³⁷
77. En l'espèce, le marché géographique comprendra le territoire sur lequel l'entreprise visée commercialise ses produits à travers ses différents distributeurs. Il s'ensuit que le marché retenu est de dimension nationale.

Conclusion sur la définition du marché

78. Le marché en cause est l'ensemble des marchés du commerce de détail des produits concernés commercialisés par Luxlait sur le territoire du Luxembourg.

³⁶ Communication sur la définition du marché pertinent précitée, point 29.

³⁷ Décision n°15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.

6. Appréciation juridique du conseiller désigné dans sa communication des griefs du 9 août 2017

79. Dans un premier temps, le conseiller désigné a rappelé les lignes directrices de la Commission européenne selon lesquelles les pratiques comportant une fixation directe ou indirecte de prix de revente sont considérées être des restrictions par objet ou caractérisées³⁸.
80. En vertu de ces lignes directrices, la diffusion des prix de vente conseillés par les fournisseurs à leurs distributeurs est autorisée en ce qu'elle permet de donner aux distributeurs une indication sans pour autant représenter une contrainte pour ces derniers. En revanche, dès lors que l'établissement de prix de vente conseillés dissimule la volonté d'imposer des prix de vente fixes, l'interdiction prévue aux articles 3 de la loi relative à la concurrence et 101 du TFUE trouve à s'appliquer. Le conseiller désigné a évoqué la jurisprudence européenne qui retient à cet égard que « *Des revendeurs ne peuvent légalement se voir imposer un engagement en matière de prix* »³⁹. Il serait donc nécessaire de saisir où se trouve la limite entre prix conseillé et prix imposé.
81. Toujours selon le conseiller désigné, en l'absence de preuve matérielle directe d'une entente, les autorités de concurrence peuvent recourir aux modes de preuves indirects. Il s'agit de faire appel à « *un raisonnement logique déductif* »⁴⁰ tout en fournissant un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants, même si chacun pris isolément n'est pas nécessairement probant.⁴¹
82. En absence de preuve matérielle directe de l'entente en l'espèce, le conseiller désigné s'est penché sur la question de savoir si les preuves rassemblées constituent un tel faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants démontrant à suffisance de droit l'existence d'une restriction de concurrence par l'imposition de prix de revente.
83. A cette fin, le conseiller désigné a employé la méthodologie établie par l'autorité de la concurrence française en matière de fixation de prix de revente, à savoir un « triple-test » reposant sur un triptyque de circonstances visant à établir :
- L'existence de prix de revente évoqués entre fournisseur et distributeur
 - L'existence d'une police de prix
 - L'application significative des prix évoqués par le distributeur.

³⁸ Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), point 48.

³⁹ Voir notamment Arrêt du 13 janvier 2004, JCB c/ Commission, T-67/01, ECLI:EU:T:2004:3 point 131.

⁴⁰ Arrêt du 25 janvier 2007, Sumitomo Metal Industries Ltd, C-403/04 et C-405/04, ECLI:EU:C:2007:52.

⁴¹ Arrêt du 25 octobre 2005, Groupe Danone c/ Commission des Communautés européennes, T-38/02, ECLI:EU:T:2005:367, point 217.

84. En ce qui concerne la première branche du « triple test », le conseiller désigné a constaté que l'existence de prix de revente évoqués entre fournisseur et distributeur est démontrée. Le conseiller désigné a appuyé sa conclusion sur les éléments de l'enquête à savoir des réponses à des demandes de renseignements fournies par Luxlait, la Provençale, ainsi que par les distributeurs, dans lesquelles ces entreprises reconnaissent avoir transmis et respectivement reçu des prix de vente conseillés.
85. En ce qui concerne la deuxième branche du triple test, le conseiller désigné s'est basé sur le fait que les livraisons de produits Luxlait ont été refusées [*au plaignant*], que ce soit par Luxlait même ou par La Provençale ou Cogel, des intermédiaires de la distribution que [*le plaignant*] avait contactés afin d'essayer de se fournir en produits Luxlait. Les refus de ces entreprises de continuer les relations commerciales avec [*le plaignant*] seraient dus, selon le conseiller désigné, à des pressions de Luxlait qui s'est opposé à ce que ses produits soient vendus par [*le plaignant*] tant qu'un accord sur les prix n'était pas trouvé.
86. En ce qui concerne la troisième branche du triple test, à savoir l'application significative des prix évoqués par le distributeur, le conseiller désigné s'est fondé sur les réponses aux différentes demandes de renseignements adressées aux distributeurs, sur des tableaux issus des enquêtes de prix dans la Grande Région (« Etude 4 frontières ») effectués par la société Nielsen sur commande de l'Observatoire de la formation des prix, sur des tableaux de PVC obtenus ou saisis chez l'entreprise visée, ainsi qu'un relevé de prix établi par le Conseil.
87. Le conseiller désigné a conclu que toutes les conditions du triple test étaient remplies et démontrées à suffisance de droit. Ainsi, dans sa communication des griefs, il a conclu à l'existence d'un accord vertical de fixation de prix entre Luxlait et les distributeurs de gros ou de détail faisant partie de la chaîne de distribution des produits Luxlait concernés ⁴².
88. Sur base de ce faisceau d'indices, le conseiller désigné a conclu à l'existence d'un accord de fixation des prix de revente, contraire à l'article 3 de la loi et à l'article 101 TFUE.

⁴² Communication de griefs du 9 août 2017 pt 164.

7. Appréciation juridique du Conseil

7.1. Sur les moyens de procédure

89. A titre liminaire, le Conseil fait remarquer que les arguments de la partie visée sont présentés de manière parfois incohérente, avec maintes répétitions qui en compliquent la lecture et l'appréciation⁴³. Dans un souci de clarté, le Conseil réorganisera ces arguments avant d'y répondre.

7.1.1. En ce qui concerne la durée de la procédure et la prétendue altération de la capacité à se défendre

90. La partie visée fait valoir que la durée de la procédure dans cette affaire violerait son droit à un procès équitable tel que garanti par l'article 6 de la CEDH⁴⁴. Toujours selon la partie visée, le caractère déraisonnable du délai de la procédure devrait conduire le Conseil à classer sans suites la plainte [du plaignant]⁴⁵.

91. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le respect d'un délai raisonnable lors de l'adoption des décisions à l'issue des procédures administratives en matière de droit de la concurrence constitue en effet un principe général du droit de l'Union⁴⁶.

92. En outre, l'Autorité de concurrence française a établi dans une décision n° 00-D-39 en date du 24 janvier 2001 que "*le délai raisonnable prescrit par la Convention doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure*".

93. Or, en l'espèce, les pratiques concernaient l'ensemble du marché national du commerce de détail des produits laitiers. La reconstitution des faits et leur qualification juridique se sont avérées difficiles en raison du nombre des parties en jeu et de la complexité des pratiques constatées.

94. Pour ce qui est de l'argument de la partie visée concernant la non-imposition d'une amende du simple fait que la procédure aurait été menée dans un délai déraisonnable, force est de constater que cela n'est pas en ligne avec la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne.

⁴³ De surcroît, nombreux arguments sont présentés comme arguments de procédure alors qu'en réalité ils critiquent le fond

⁴⁴ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, 4 novembre 1950

⁴⁵ Observations de Luxlait à la communication des griefs, du 14 décembre 2017, page 96

⁴⁶ Arrêt du 22 octobre 1997, CK et FNK / Commission T-213/95 et T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157, point 56

95. En matière de délai raisonnable la Cour a jugé que, en l'absence de tout indice selon lequel la durée excessive de la procédure aurait eu une incidence sur la solution du litige, le non-respect d'un délai de jugement raisonnable ne saurait conduire à l'annulation de la décision attaquée⁴⁷.
96. Par ailleurs, la Cour a jugé que la conséquence à tirer d'un éventuel dépassement du délai raisonnable n'est pas, comme le soutient la partie visée, la réduction du montant de l'amende. Il ressort notamment de son arrêt Kendrion⁴⁸ qu'une violation du droit à avoir sa cause traitée dans un délai raisonnable doit trouver sa sanction dans un recours en indemnité porté devant le tribunal compétent, un tel recours constituant un remède effectif.
97. En effet, on ne saurait permettre, au seul motif de la méconnaissance d'un délai de jugement raisonnable, à la partie requérante de remettre en question le bien-fondé ou le montant d'une amende alors que l'ensemble des moyens dirigés contre les constatations opérées au sujet du montant de cette amende et des comportements qu'elle sanctionne doivent être rejetés.⁴⁹
98. Par ailleurs, dans ses observations, la partie visée invoque une violation de ses droits de la défense qui découlerait d'une trop longue durée de la procédure. Selon la partie visée, le délai écoulé entre le moment de l'ouverture de la procédure et le début de la phase contradictoire ne lui permettrait plus d'assurer sa défense.
99. Or, dans son arrêt *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied / Commission*, la Cour a déjà jugé que⁵⁰ : « *Le respect des droits de la défense, principe dont le caractère fondamental a été souligné à maintes reprises par la jurisprudence de la Cour (voir, notamment, arrêt du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 7) revêtant une importance capitale dans les procédures telles que celle en l'espèce, il importe d'éviter que ces droits puissent être irrémédiablement compromis en raison de la durée excessive de la phase d'instruction et que cette durée soit susceptible de faire obstacle à l'établissement de preuves visant à réfuter l'existence de comportements de nature à engager la responsabilité des entreprises concernées.* »
100. Selon cette jurisprudence, pour pouvoir valablement faire valoir un argument tiré de l'altération de la capacité de se défendre, il faut établir les raisons concrètes et précises pour lesquelles, à la date de la communication des griefs, les possibilités de réfuter les griefs étaient limitées à cause d'une procédure administrative trop longue.⁵¹
101. En outre, la Cour d'Appel de Paris a également établi qu'afin de pouvoir valablement faire valoir un tel argument, il ne suffit pas de le soulever de manière abstraite, mais l'entreprise

⁴⁷ Arrêt du 26 novembre 2013 C-58/12 P, *Groupe Gascogne c. Commission*, ECLI:EU:C:2013:770 points 73 et s., qui se réfère à l'arrêt du 16 juillet 2009 *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commission*, C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:210, points 190 et 196.

⁴⁸ Arrêt du 26 novembre 2013, C-50/12 P, *Kendrion*, ECLI:EU:C:2013:771, point 94

⁴⁹ Voir, en ce sens, arrêt du 26 novembre 2013, C-58/12, *Gascogne*, précité, point 78.

⁵⁰ Arrêt du 21 septembre 2006, C-105/04 P *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied / Commission*, ECLI:EU:C:2006:592, pt. 50

⁵¹ *Idem*, point 56

doit préciser, en s'appuyant sur des exemples concrets et détaillés, quels sont les moyens de défense qui ne sont plus à sa disposition⁵².

102. Or, l'entreprise visée par la communication des griefs ne précise aucunement quels éléments ne seraient plus à sa disposition et ne fait pas état de son incapacité de se défendre.
103. En conséquence, il convient d'écarter le moyen fondé sur le dépassement du délai raisonnable.

7.1.2. En ce qui concerne l'imprécision des griefs

104. Dans ses observations à la communication des griefs, l'entreprise visée soutient que les griefs qui lui ont été communiqués seraient imprécis, ce qui serait en violation de l'article 25 de la loi sur la concurrence.
105. La Cour de justice a déjà jugé dans un arrêt du 7 juin 1983 *Musique Diffusion Française c. Commission*⁵³ que « *La communication des griefs doit énoncer, de manière claire, tous les éléments essentiels sur lesquels la Commission se base à ce stade de la procédure d'application des règles communautaires de concurrence. Cette indication peut être faite de manière sommaire et la décision ultérieure ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs.* ».
106. Il convient de constater que les griefs sont formulés avec suffisamment de clarté et que tous les éléments reprochés à Luxlait y figurent, ainsi que les éléments de preuve sur lesquels s'appuyait le conseiller désigné. En particulier, il en ressort que Luxlait aurait conclu un accord anticoncurrentiel avec ses partenaires de la distribution, ayant pour objectif de fixer les prix de revente de ses produits, que Luxlait aurait déterminé, à cette fin, des prix de revente et que cette entreprise aurait surveillé le respect de ces prix.
107. L'ampleur et le degré de détail des observations relatives à la communication des griefs transmis par Luxlait au Conseil prouvent, en outre, que cette entreprise a pu comprendre l'ensemble des griefs qui ont été formulés à son encontre. En effet, dans ses observations, Luxlait a répondu à chaque allégation et à tous les arguments soulevés par le conseiller désigné.
108. Partant, force est de constater que les griefs sont formulés avec suffisamment de précision, permettant à Luxlait de faire valoir ses droits de la défense.

⁵² Arrêt du 26 janvier 2012, *Beauté Prestige International*, Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 5-7, numéro d'inscription au répertoire général 2010/23945, page 25

⁵³ Arrêt du 7 juin 1983, C-100/80, *Musique Diffusion Française c. Commission*, ECLI:EU:C:1983:158

7.1.3. En ce qui concerne moyen tiré d'une violation de l'article 10bis de la Constitution

109. Dans ses observations à la communication des griefs, l'entreprise visée fait valoir que le principe constitutionnel d'égalité devant la loi inscrit à l'article 10bis de la Constitution limiterait le pouvoir dont dispose le Conseil en matière d'opportunité de poursuites, l'empêchant de choisir de limiter ses poursuites à certaines parties d'une entente.
110. Quant à l'existence dans le chef de l'autorité de concurrence d'une opportunité des poursuites, force est de constater que la Commission européenne et les autorités de concurrence des États membres de l'Union européenne disposent d'une certaine discrétion quant aux poursuites⁵⁴.
111. En ce qui concerne plus particulièrement l'application de l'opportunité des poursuites dans des cas de restriction verticale, notamment d'imposition de prix de revente, il convient de souligner que la possibilité de mettre en cause uniquement l'organisateur d'un système de distribution anticoncurrentiel résulte d'une pratique décisionnelle bien établie de la Commission européenne⁵⁵.
112. En outre, les autorités de concurrence française et britannique ont également adopté des décisions constatant des infractions dans lesquelles elles ont mis en cause uniquement l'entreprise de laquelle émanait (principalement) la restriction de concurrence. Il s'agit des décisions Bathroom fittings⁵⁶, Light fittings⁵⁷, Commercial catering equipment⁵⁸, Parfums⁵⁹ et Jeux vidéo⁶⁰ :
113. Par ailleurs, dans sa décision *Parfums*, l'autorité française a constaté « *qu'il résulte de la jurisprudence constante, tant nationale qu'euro péenne, que la démonstration d'une entente verticale sur les prix entre un fournisseur et ses distributeurs exige la démonstration de la commission de la pratique illicite par le producteur [...], mais n'exige pas la mise en cause de chacun de ses distributeurs.* »⁶¹
114. Aussi, au point 51 de sa décision *Konika* la Commission a établi que : « *Konika UK et Konika Europe sont seules destinataires de la présente décision parce qu'elles sont à considérer comme seules responsables de l'infraction à l'article 85 paragraphe 1. Certes, les mesures en cause, [...] ne sont pas à considérer comme des mesures unilatérales des deux entreprises, mais elles ont été élaborées et appliquées en premier lieu dans leur intérêt. C'est pourquoi la*

⁵⁴ Voir également arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 Janvier 2012, Beauté Prestige International, précité, p37.

⁵⁵ Voir en ce sens décision de la Commission du 18 décembre 1987, 31.503 Konika ; Décision de la Commission du 29 juin 200, 36.693, Volkswagen, pt 104 ; Décision de la Commission du 10 octobre 2001, 36.264, Mercedes-Benz, point 233, Décision de la Commission du 16 juillet 2003 37.975 PO/Yamaha.

⁵⁶ Décision du 10 mai 2016, affaire CE/9857-14, Bathroom fittings.

⁵⁷ Décision du 3 mai 2017, affaire Case 50343, Light fittings.

⁵⁸ Décision du 24 mai 2016, affaire CE/9856-14, Commercial catering equipment.

⁵⁹ Décision n° 06-D-04 du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe.

⁶⁰ Décision n° 07-D-06 du 28 février 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo.

⁶¹ Décision 06-D-04 Parfums, précitée, point 411.

Commission renonce à considérer les clients de Konica UK et de Konica Europe comme étant également responsables des infractions considérées. »⁶²

115. Dans ce contexte, il est loisible au Conseil, et plus particulièrement au conseiller désigné, de choisir de limiter ses poursuites à certains membres de l'accord en cause. En l'espèce, le conseiller désigné a estimé justifié de mettre en cause Luxlait sans mettre en cause les distributeurs, malgré leur participation à l'accord en question. Le conseiller désigné a ainsi pris en compte le rôle déterminant de Luxlait dans la création et le fonctionnement de l'accord en cause en l'espèce⁶³.
116. Par conséquent, l'article 10bis de la Constitution ne saurait empêcher le choix du conseiller désigné de limiter les poursuites à certaines parties de l'accord.

7.1.4. En ce qui concerne le droit à un procès équitable

7.1.4.1. Égalité des armes

117. Dans ses observations à la communication des griefs, la partie visée soutient que le principe d'égalité des armes imposerait une prise en compte de la durée de la procédure (en l'espèce presque 7 ans) dans l'établissement du délai imparti aux parties pour présenter des observations. Selon Luxlait, en substance, il devrait y avoir une relation de proportionnalité entre la durée de l'enquête et le délai imparti pour répondre aux griefs.
118. Or, il convient de constater, premièrement, que la loi ne prévoit pas une telle relation de proportionnalité. L'article 25 de la loi prévoit :
- « [...] Cette communication des griefs précise clairement la nature et l'appréciation juridique des faits à l'origine de l'ouverture de la procédure et le délai accordé au destinataire de la communication pour y répondre, qui ne saurait être inférieur à un mois. [...] ».*
119. Deuxièmement, dans le cadre établi par la loi, le conseiller désigné doit prendre en compte, lorsqu'il établit le délai, la complexité de l'affaire et la longueur de la communication des griefs. En effet, le délai devrait être suffisant pour que la partie défenderesse puisse assurer utilement sa défense.
120. Par ailleurs, le principe d'égalité des armes ne saurait être enfreint si, le délai légal ayant par ailleurs été respecté (et prolongé à trois reprises)⁶⁴, la durée de la procédure d'enquête dépasse la durée de la phase contradictoire. En effet, la différence s'explique par la nature de la phase

⁶² Décision de la Commission Konika, précitée.

⁶³ Communication des griefs point 216.

⁶⁴ Sur demande de Luxlait, le conseiller désigné a accordé des prolongations par lettre du 18 août 2018, du 18 octobre 2018 et du 14 novembre 2018 respectivement. En l'espèce, la durée du délai accordé pour présenter les observations à la communication des griefs a été portée à plus de 4 mois.

de l'enquête qui consiste dans la recherche et l'analyse des éléments de preuve, cette étape étant par sa nature même plus longue que la phase contradictoire.

121. Il convient de constater qu'en l'espèce, Luxlait a disposé du délai légal pour présenter ses observations et que de surcroît, cette entreprise a également bénéficié d'une extension du délai de réponse à la communication des griefs.

122. Par conséquent, il convient de conclure que le principe de l'égalité des armes a été respecté.

7.1.4.2. Principe du contradictoire

123. Par son argumentation, Luxlait soutient que le principe du contradictoire exigerait que le Conseil auditionne les entreprises qui ont répondu aux différentes demandes de renseignements afin de former sa propre conviction, le conseiller désigné ayant passé sous silence la plus grande partie des informations recueillies pendant l'enquête.

124. A cet égard, le Conseil dispose de l'ensemble du dossier d'enquête et a la possibilité de consulter les réponses aux demandes de renseignement. Par ailleurs, le Conseil forme sa conviction intime sur base de l'ensemble des éléments du dossier, la communication des griefs n'étant qu'un élément.

125. En outre, le respect du principe du contradictoire est assuré par la loi, qui organise le droit des parties de répondre à la communication des griefs, ainsi que le droit de présenter leurs observations orales pendant une audition. Par ailleurs, le respect du principe du contradictoire n'impose pas au Conseil de procéder à la vérification du contenu des réponses aux demandes de renseignement par des auditions supplémentaires.

126. Par conséquent, l'argument doit être rejeté comme dépourvu de fondement, le Conseil ayant assuré pleinement le respect du principe du contradictoire.

7.1.4.3. L'impartialité

127. Dans ses observations à la communication des griefs, la partie visée allègue que l'instruction aurait été faite uniquement à charge et non pas à décharge. Selon la partie visée, la procédure violerait ainsi l'article 6 de la CEDH. A l'appui de cet argument elle cite l'arrêt *Hercules Chemicals c. Commission*⁶⁵, dans lequel la Cour a établi que:

« La Commission a l'obligation de rendre accessible aux entreprises impliquées dans une procédure d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE, l'ensemble des documents à charge et à décharge qu'elle a recueillis au cours de l'enquête, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles. »

128. Le Conseil tient à souligner que l'instruction a été faite également à décharge, et non pas uniquement à charge, le conseiller désigné ayant relevé des éléments qui disculpent la partie

⁶⁵ Arrêt du 17 décembre 1991, T-7/89 *Hercules Chemicals c. Commission*, ECLI:EU:T:1991:75, point 54

visée. De surcroît, la partie visée a disposé pendant la phase contradictoire du droit d'accès au dossier et a eu l'opportunité de relever tous les éléments à sa décharge.

129. Partant, il convient de constater que la procédure devant le Conseil n'a pas été entachée d'impartialité.

130. Il s'ensuit que le respect du principe du procès équitable a été assuré.

7.2. Sur le bien-fondé des griefs notifiés

131. En ce qui concerne le bien fondé des griefs, il y a lieu, tout d'abord, de rappeler le droit applicable en l'espèce, à savoir l'article 3 de la loi ainsi que l'article 101 TFUE.

L'article 101 (1) TFUE prévoit :

Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États 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,

[...]

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,

[...]

L'article 3 de la loi sur la concurrence se lit comme suit:

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;

[...]

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;

[...]

132. Afin de conclure à l'existence d'un accord au sens de ces dispositions, il faut vérifier notamment si l'on est en présence d'entreprises au sens du droit de la concurrence, si oui ou non il y a eu un concours de volontés et si l'accord ou la pratique concerté qui en résulte a eu pour objet ou par effet de restreindre la concurrence.
133. Il est en l'espèce constant que Luxlait et les divers distributeurs qui lui achètent ses produits sont des entreprises au sens du droit de la concurrence, exerçant une activité économique⁶⁶.
134. En outre, le Conseil rejoint la position du conseiller désigné dans la caractérisation d'une pratique de prix imposés comme une restriction par objet.
135. En effet, l'article 4 a) du Règlement d'exemption par catégorie sur les accords verticaux n°330/2010 dispose 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 à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties ; »*
136. Partant, la pratique de prix imposés est une restriction de la concurrence par objet qui ne saurait remplir les conditions d'une exemption en vertu de l'article 101(3) et donc bénéficier de l'application du Règlement d'exemption par catégorie sur les accords verticaux.
137. Cela correspond également à la jurisprudence de la Cour dont il ressort que « *certaines formes de coordination entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence* ». ⁶⁷ Parmi ces formes de coordination figure, notamment, la fixation des prix.
138. En ce qui concerne le concours de volontés de Luxlait et les distributeurs de ses produits, la Cour a jugé que « *l'existence d'un «accord» est fondée sur l'expression de la volonté concordante de deux parties au moins, la forme selon laquelle se manifeste cette concordance n'étant pas déterminante par elle-même* » ⁶⁸.
139. La jurisprudence européenne a précisé le standard appliqué dans l'établissement d'un accord ou d'une pratique concertée en l'absence d'un accord écrit dans une relation verticale. En effet, la Cour a établi les circonstances dans lesquelles un acte en apparence unilatéral d'une entreprise révèle l'existence d'un accord au sens de l'article 101 TFUE en raison de l'acquiescement explicite ou tacite d'une autre entreprise.

⁶⁶ Voir *supra*, point 30 ; Arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH, C-41/90, précité, pt 21

⁶⁷ Arrêt du 11 septembre 2014, CB c. Commission C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 point 50.

⁶⁸ Arrêt du 22 octobre 2015, AC-Treuhand AG c. Commission, C-194/14P, ECLI:EU:C:2015:717 point 28

140. En l'absence d'un acquiescement explicite, l'existence d'un acquiescement tacite peut être recherché. Dans son arrêt *Bayer*⁶⁹ la Cour a établi que l'acquiescement tacite peut être déduit du comportement des entreprises qui sont confrontées à la stratégie « unilatérale » de l'autre partie. Pour ce faire, il convient de montrer, premièrement, qu'une partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie à la mise en œuvre de sa stratégie unilatérale et, deuxièmement, que l'autre partie se plie à cette exigence en mettant cette stratégie unilatérale en œuvre.
141. D'ailleurs, le seuil permettant de trouver un acquiescement tacite dans le contexte des prix de revente imposés n'est pas plus élevé que pour d'autres pratiques anticoncurrentielles. La Cour a jugé à cet égard que « *Le principe d'effectivité exige que les règles nationales régissant l'appréciation des preuves et le niveau de preuve requis ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union, et notamment ne portent pas atteinte à l'application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE* ». ⁷⁰ En particulier, « *l'existence [...] d'un accord doit, dans la plupart des cas, 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 . En conséquence, le principe d'effectivité exige que la preuve d'une violation du droit de la concurrence de l'Union puisse être apportée non seulement par des preuves directes, mais également moyennant des indices, pourvu que ceux-ci soient objectifs et concordants*. ⁷¹
142. Par ailleurs, pour la recherche de l'acquiescement tacite, la jurisprudence de la Cour autorise les autorités chargés de la mise en œuvre du droit de la concurrence à employer de preuves circonstanciées⁷².
143. En outre, les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales prévoient que « *l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de la coercition exercée par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale à l'autre ou aux autres parties à l'accord, en liaison avec le nombre de distributeurs qui mettent effectivement en œuvre la stratégie unilatérale du fournisseur dans la pratique. Par exemple, un système de suivi et de pénalités instauré par un fournisseur pour sanctionner les distributeurs qui ne respectent pas sa stratégie unilatérale dénote un acquiescement tacite à cette stratégie si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie* »⁷³.
144. A la lumière de ce qui précède il convient d'examiner si les preuves dont dispose le Conseil en l'espèce suffisent pour démontrer l'existence d'un accord de fixation des prix de revente.

⁶⁹ Arrêt du 26 octobre 2000, *Bayer AG/Commission*, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242.

⁷⁰ Arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42, point 35

⁷¹ Arrêt du 21 janvier 2016, *Eturas*, C-74/14, précité, points 36-37

⁷² Arrêt du 7 juin 1983 *Musique Diffusion Française SA / Commission*, C-100/80, précité, arrêt du 21 février 1984, *Hasselblad (GB) Limited / Commission*, C-86/82, ECLI:EU:C:1984:65, arrêt du 10 février 2011, *Activision Blizzard Germany GmbH / Commission*, C-260/09, ECLI:EU:C:2011:62

⁷³ Communication de la Commission Lignes directrices sur les restrictions verticales, précitée, para 25

145. A cet égard, le Conseil fait sienne l'approche méthodologique basée sur le triple test décrit ci-après et employée par le conseiller désigné dans sa communication des griefs. En effet, cette méthode est appliquée par l'Autorité de la concurrence française et a été validée à plusieurs reprises par les juridictions françaises.
146. Ainsi, dans son arrêt *Epsé Joué Club*⁷⁴, la Cour d'Appel de Paris a jugé que lorsque l'existence d'un accord de prix imposées ne peut être établie par la production d'une preuve formelle, la démonstration d'un accord de volontés entre les parties s'effectue à partir d'un « faisceau d'indices précis, graves et concordants, généralement constituée par l'évocation, entre fournisseurs et distributeurs, des prix de revente au public, la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance des prix et le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués, la preuve de chacun de ces indices étant elle-même libre et pouvant être établie par tout moyen ».
147. En outre, dans son arrêt *Beauté Prestige International*⁷⁵, la Cour d'appel de Paris a établi que :

« La preuve d'une entente verticale sur les prix conclue entre un fabricant et un ou plusieurs distributeurs exige celle d'un accord de leurs volontés en vue de faire échec aux règles du marché ; qu'il est exact que ce concours de volontés doit être établi de part et d'autre, en ce sens qu'il doit être constaté que les entreprises sanctionnées ont exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée; qu'en l'espèce cette démonstration, faute de clauses contractuelles claires signées entre les parties au contrat de distribution sélective noué entre elles, résulte de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants comprenant :

- i. l'évocation entre le fournisseur et ses distributeurs des prix de revente des produits au public ;*
- ii. la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance de ces prix ;*
- iii. le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués ;*

que la conjonction de ces indices est une condition suffisante pour établir l'entente du fournisseur en général et celle d'un distributeur particulier avec son fournisseur, précision étant faite que la preuve de chacun de ces indices est en elle-même libre et peut être établie par tout moyen; (...).»

L'existence de prix évoqués entre fournisseurs et distributeurs est une condition nécessaire à la matérialisation de l'entente puisque les distributeurs ne sauraient appliquer significativement des prix qu'ils ne connaissent pas ; que la conjonction de prix évoqués connus du fournisseur et de mesures mises en œuvre par ce dernier pour assurer le respect de ces prix (mesure de police) constitue la preuve évidente de l'adhésion volontaire de ce fournisseur à l'entente ; que le fait que les prix évoqués connus des distributeurs soient par ailleurs appliqués de manière significative par ces derniers confirment l'effectivité de

⁷⁴ Cour d'appel de Paris, 28 janvier 2009, *Epsé Joué Club*

⁷⁵ Cour d'Appel de Paris, arrêt *Beauté Prestige International*, précité, pages 42-43

l'entente ; que des prix évoqués, des mesures mises en œuvre par le fournisseur visant à les faire appliquer conjugués à une application significative de ces prix établissent donc la réalité d'une pratique d'entente imputable au fournisseur sans qu'il soit besoin de rechercher quels distributeurs particuliers ont participé à l'entente (...).

Que partant, si chacune des trois branches du faisceau est une condition nécessaire à la démonstration de l'entente, la conjonction des trois branches est la condition suffisante de la caractérisation d'une entente généralisée du fournisseur avec ses distributeurs en général et de celle d'un distributeur particulier avec son fournisseur (...). »

148. Ce triple test correspond, d'ailleurs, à la démarche décrite par la Commission au point 25 de ses lignes directrices sur les restrictions verticales et satisfait aux exigences de la jurisprudence de la Cour évoquée ci-dessus dès lors que les indices exigés permettent de conclure, de manière objective et concordante, à l'existence d'un accord au sens de l'article 101 TFUE et de l'article 3 de la loi.

7.2.1. Sur l'application des conditions du triple test au cas d'espèce

149. En l'espèce, la preuve directe d'une pratique de prix de revente imposés n'a pu être apportée ni par les demandes de renseignement officielles, ni par la perquisition déroulée auprès de l'entreprise visée sur requête du conseiller désigné.
150. Il revient au Conseil de vérifier si les preuves rassemblées en l'espèce sont constitutives d'un faisceau d'indices objectifs et concordants. Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, le moyen choisi à cette fin, en l'espèce, par le Conseil est le triple test appliqué par l'autorité de la concurrence française.

7.2.2. La première condition du triple test : les éléments de preuve relatifs à l'évocation entre fournisseur et distributeur des prix de vente au public

151. Il ressort des éléments du dossier que Luxlait fournit à ses clients grossistes, supermarchés et épiceries, des prix de vente conseillés. Cette affirmation est faite directement par Luxlait dans sa réponse à la demande de renseignements qui lui a été adressée le 13 juillet 2012.
152. En outre, cette information est confirmée également par la réponse à la demande de renseignements fournie par la Provençale le 18 mai 2015, ainsi que par les différents distributeurs auprès desquels des informations ont été recueillies pendant l'enquête. En effet, suite à la demande de renseignements qui leur a été adressée le 13 avril 2016, Delhaize Luxembourg S.A., Alima s.à.r.l., Auchan Luxembourg S.A., Pall Center S.A., Cora Luxembourg S.A., Monoprix Luxembourg (ML 07 S.A.) et Cactus S.A. confirment dans leurs réponses respectives que Luxlait leur fournissait des prix de vente recommandés.
153. Par conséquent, le Conseil constate que la preuve pour ce qui concerne la première condition du triple test a été apportée à suffisance de droit.

7.2.3. La deuxième condition du triple test : l'existence d'une police de prix

154. En ce qui concerne l'existence d'une police de prix de la part de Luxlait, le conseiller désigné opère un raisonnement axé sur deux volets. Dans un premier temps il présente les éléments de preuve qui ont trait à la relation entre Luxlait et [*le plaignant*], notamment au refus d'approvisionnement [*du plaignant*]. Dans un deuxième temps il présente les éléments qui concernent la relation entre Luxlait et d'autres distributeurs.
155. Selon le conseiller désigné, le refus d'approvisionnement [*du plaignant*], lequel se traduit selon lui à la fois par la cessation de livraisons de produits Luxlait [*au plaignant*] par la Provençale, l'échec des négociations entre [*le plaignant*] et Luxlait, la relation entre [*le plaignant*] et Cogel et l'incursion de Luxlait chez [*le plaignant*] ainsi que par le deuxième refus de fourniture de Luxlait, démontrerait que Luxlait opèrerait une police de prix.
156. Les preuves utilisées par le conseiller désigné sont les suivantes :
- un fax datant du 15 juillet 2008 de [REDACTED] de la Provençale [*au plaignant*], (pt 85 de la communication des griefs).
 - un courrier (et fax) du 2 juin 2008 de Luxlait [*au plaignant*] (pt. 91 de la communication des griefs).
 - un rapport interne de Luxlait saisi lors de la perquisition déroulée le 6 avril 2017 (pt. 107 de la communication des griefs)
 - une photographie d'un véhicule portant l'immatriculation BN4458 (pt. 94 de la communication des griefs)
 - un email de [REDACTED] [*du plaignant*] à [REDACTED] de Cogel, (pt. 95 de la communication de griefs)

(i) La cessation des livraisons par la Provençale (preuve : le fax du 15 juillet 2008)

157. Le 19 décembre 2007 [*le plaignant*] a conclu un accord avec la Provençale afin de se faire livrer la glace *Eskimo* produite par Luxlait, accord qui a été rompu quelques mois plus tard. Le 15 juillet 2008, la Provençale a transmis [*au plaignant*] un fax par lequel elle constatait le non-respect par [*le plaignant*] des prix conseillés et demandait des justifications relatives à ce non-respect. Par la suite, les livraisons de produits *Eskimo* par la Provençale [*au plaignant*] ont cessé.
158. Il n'est pas établi si la cessation des livraisons de produits *Eskimo* est intervenue à l'initiative [*du plaignant*] ou à celle de la Provençale. En outre, la seule preuve apportée en relation avec cet épisode est le fax du 15 juillet 2008. Or, force est de constater, ainsi que le remarque également le conseiller désigné au point 102 de sa communication des griefs, que le lien de causalité entre l'existence d'une police de prix entre Luxlait et l'interruption de la livraison des glaces *Eskimo* de la Provençale [*au plaignant*] n'est pas établi. En revanche, le conseiller désigné considère qu'un tel lien est hautement probable⁷⁶.

⁷⁶ Communication des griefs du 9 août 2017, point 102.

159. Or, Luxlait soutient à cet égard que le fax du 15 juillet 2008 est imputable uniquement à la Provençale et qu'il ne saurait établir un comportement fautif de la part de Luxlait.
160. Alors que le conseiller désigné attribue cette interruption de livraison à Luxlait, le Conseil ne peut que constater qu'aucun élément ne permet d'établir que Luxlait aurait été à l'origine de ce comportement. Au contraire, le conseiller désigné emploie un raisonnement déductif qui se base sur des probabilités et sur des suppositions sans que celles-ci ne soient étayées et sans que les explications de Luxlait ne soient considérées.

(ii) L'échec des négociations avec Luxlait (preuves : le courrier et fax du 2 juin 2008, le rapport interne « résumé du dossier [REDACTED] juillet 2012 »)

161. Selon le conseiller désigné, l'échec des négociations entre [*le plaignant*] et Luxlait à plusieurs reprises seraient un élément qui participerait à la démonstration de la police de prix effectuée par Luxlait.
162. En outre, selon le conseiller désigné, le fait que Luxlait refuse à ce jour l'établissement d'une relation commerciale avec [*le plaignant*] impliquerait nécessairement que Luxlait essaie d'imposer ses prix de revente et que le refus serait dû au fait que [*le plaignant*] n'accepte pas les prix de revente imposés.
163. Afin d'arriver à sa conclusion, le conseiller désigné s'appuie en substance sur une communication⁷⁷ du 2 juin 2008 par laquelle Luxlait informait [*le plaignant*] qu'une relation commerciale ne serait établie entre les deux entreprises avant d'avoir discuté les conditions de vente et le prix, ainsi que sur un rapport interne⁷⁸ de Luxlait dans lequel Luxlait notait son opposition à l'adhésion [*du plaignant*] au GIE [REDACTED].
164. Or, selon Luxlait, son refus d'établir des relations commerciales avec [*le plaignant*], serait dû en réalité à l'échec de sa relation commerciale avec [REDACTED]⁷⁹. En effet, Luxlait explique qu'après une relation commerciale de longue date, [REDACTED] aurait choisi de déréférencer les produits de Luxlait présents dans ses rayons⁸⁰. Par conséquent, dans ces circonstances, Luxlait aurait refusé l'établissement de relations commerciales avec [*le plaignant*].
165. Le Conseil constate que la conclusion tirée par le conseiller désigné selon laquelle l'échec des négociations entre [*le plaignant*] et Luxlait démontrerait l'existence d'une police de prix par Luxlait, ne s'impose pas, eu égard aux éléments du dossier qui ne permettent pas de retenir positivement que l'échec des négociations serait dû à un refus de la part [*du plaignant*] d'accepter des prix imposés.

⁷⁷ La communication s'est déroulée par courriel ainsi que par fax du 2 juin 2008

⁷⁸ Rapport interne saisi lors de la perquisition déroulée auprès de de Luxlait le 6 avril 2017, Procès-verbal cote 11

⁷⁹ [REDACTED] est l'actionnaire majoritaire [*du plaignant*], comme expliqué *supra*, v. point 18

⁸⁰ Observations de Luxlait à la communication de griefs, pages 10 et s. et notamment p. 13 et s.

(iii) La relation avec Cogel et l'incursion de Luxlait chez [le plaignant] (preuves : les photographies prises par [le plaignant]⁸¹ et l'email de [redacted] [[le plaignant]] à [redacted] [Cogel])

166. Comme exposé *supra*⁸² selon la plainte, le 15 mai 2009⁸³, un représentant de Luxlait se serait présenté auprès [du plaignant] afin d'acheter l'entièreté du stock de produits Luxlait que [le plaignant] s'était procuré via Cogel. Au soutien de son affirmation, la partie plaignante présente quatre photographies sur lesquelles sont visibles un véhicule immatriculé au Luxembourg portant une feuille avec l'inscription « Luxlait » derrière le pare-brise, ainsi qu'une personne à l'intérieur d'un magasin et ensuite la même personne en train de ranger des objets dans le coffre du véhicule.
167. Sur base des affirmations du plaignant et des preuves fournies à l'appui, ainsi que sur base de la réponse reçue à la demande de renseignements adressée à la société Alphabet⁸⁴, qui quant à elle, confirme le fait que le jour des faits le véhicule était loué par Luxlait, la communication de griefs retient « *qu'il ne fait aucun doute qu'un représentant de Luxlait soit venu acheter l'ensemble de produits de marque Luxlait commercialisés chez [le plaignant] afin d'empêcher [le plaignant] de vendre les produits de cette marque* »⁸⁵.
168. Luxlait ne fournit aucune explication par rapport à cet événement. Pourtant, même à supposer que les indices présentés par la communication des griefs seraient suffisants pour établir cet incident tel que présenté par le plaignant, il est plausible de l'expliquer au regard du contexte des relations tendues entre Luxlait et [le plaignant], ce qui ne permet pas à lui seul de caractériser une police de prix.
169. De surcroît, la communication des griefs retient que l'interruption des relations commerciales entre [le plaignant] et Cogel serait due aux pressions que Luxlait aurait exercé sur Cogel. Cogel, quant à elle, soutient que l'interruption de la relation « *aurait cessé à l'initiative [du plaignant]* ».
170. En absence de toute preuve directe, la communication des griefs se fonde sur un email de [redacted] [du plaignant] à [redacted] de Cogel, dans lequel ce premier prend note du refus de Cogel de fournir [le plaignant] en insinuant que ce refus serait la conséquence de menaces de la part de Luxlait de rompre les relations commerciales avec Cogel si cette dernière continuait à travailler avec [le plaignant].
171. Le conseiller désigné, considérant par ailleurs que les explications de Cogel seraient « peu crédibles », conclut que les agissements de Luxlait devraient être considérés comme participant à la démonstration de l'existence d'une police de prix. Or, force est de constater que cet email n'est pas pourvu de la force probante que lui attribue le conseiller désigné, dans

⁸¹ Courrier [du plaignant] du 5 juillet 2011 « information additionnelle concernant la plainte », Annexe 11

⁸² Point 47 et 48 *supra*

⁸³ Selon le courrier [du plaignant] du 5 juillet 2011 « Information additionnelle concernant la plainte », les faits se seraient passés le 11 juin 2009

⁸⁴ Point 4 *supra*

⁸⁵ Communication de griefs du 9 août 2017, point 94

la mesure où il émane du plaignant lui-même, qui se livre à une interprétation personnelle des causes de la rupture des relations commerciales avec Cogel. Or, aucun élément ne vient corroborer, même de manière indirecte, cette interprétation unilatérale.

(iv) La relation avec Lidl

172. La communication des griefs mentionne la relation entre Luxlait et Lidl, une entreprise qui ensemble avec [*le plaignant*], fait partie des acteurs du hard-discount au Luxembourg.
173. L'enquête a relevé que Lidl était le seul supermarché au Luxembourg ayant indiqué avoir subi des refus ou des réticences de la part de Luxlait ou de leur grossiste dans la négociation et/ou l'approvisionnement en produits Luxlait.
174. Ainsi, selon la communication des griefs, l'échec des négociations entre Luxlait et Lidl serait un indice permettant de démontrer implicitement l'existence d'une politique de Luxlait de ne pas contracter avec des entreprises lorsqu'il n'arrive pas à imposer ses prix, ce qui devrait contribuer, toujours selon la communication de griefs, à la démonstration d'une police de prix mise en œuvre par Luxlait.
175. Or, il convient de constater qu'aucun élément du dossier d'instruction ne permet de conclure que l'absence de relation commerciale entre Luxlait et Lidl serait due à un désaccord des parties sur la question des prix de revente. Partant, la conclusion du conseiller désigné n'est pas fondée.
176. De surcroît, lors de l'audition du 22 février 2018, Luxlait a indiqué avoir conclu un accord commercial avec Lidl. Cette information est confirmée par le site internet de Lidl qui présente l'assortiment des produits Luxlait disponibles dans ses rayons⁸⁶.
177. Par conséquent, le Conseil conclut que la relation entre Luxlait et Lidl ne peut pas démontrer l'existence d'une police de prix de la part de Luxlait.

(v) Les relations entre Luxlait et ses distributeurs

178. Les différents éléments de preuve recueillis pendant l'opération de perquisition et saisie auprès de Luxlait et cités par la communication des griefs démontreraient selon le conseiller désigné l'existence d'une police de prix établie par Luxlait auprès de ses distributeurs.
179. Toutefois, le Conseil constate en premier lieu que le téléfax du 10 juin 2008 présenté au point 123 de la communication des griefs ne peut pas être retenu comme preuve en faveur de l'existence d'une police de prix de la part de Luxlait, car les éléments y contenus relèvent uniquement du comportement [*du plaignant*], sans que ce comportement ne puisse être imputé à Luxlait.
180. En deuxième lieu, s'agissant de l'échange de courriels du 7 décembre 2016 à 16 janvier 2017, le Conseil ne peut pas faire siennes les conclusions de la communication des griefs, à savoir

⁸⁶ Voir le site internet de Lidl Luxembourg : <https://www.lidl.lu/fr/nouveau-chez-lidl.htm>, consulté le 19/06/2018

que les explications données par Luxlait [*au plaignant*] quant à l'absence de relation commerciale ne seraient pas convaincantes, dans la mesure où les preuves présentées n'établissent pas à suffisance les faits reprochés. Eu égard au fait que le reproche est basé sur une information émanant unilatéralement du plaignant, qui n'a pas été confirmée par Luxlait, le Conseil conclut que cet élément de preuve ne peut pas établir un comportement dans le chef de Luxlait.

181. En ce qui concerne les autres emails présentés par la communication des griefs sous ce point, le Conseil constate qu'il s'agit des emails à la fois internes à Luxlait ou échangés entre Luxlait et certains de ses distributeurs, qui contiennent des informations sur la gestion des affaires courantes de Luxlait ou de la relation commerciale avec ses distributeurs, sans contenir la moindre indication d'une police de prix de la part de Luxlait.
182. En outre, même à supposer, *quod non*, que le Conseil pourrait considérer ces éléments comme des indices, il convient de constater qu'ils ne datent que de 2011 pour le plus ancien⁸⁷ et donc qu'ils ne sauraient servir à l'établissement d'un comportement qui, selon le conseiller désigné a débuté en 2008.
183. Eu égard aux deux rapports internes saisis pendant l'opération de perquisition et de saisie du 6 avril 2017, le Conseil ne peut que constater que ces deux rapports témoignent des relations d'affaires tendues entre Luxlait avec ses partenaires commerciaux (le GIE ████████) ou potentiels partenaires (*le plaignant*) sans relever des actions de police de prix.
184. Eu égard enfin, à l'échange de courriels du 17 et 28 décembre 2015 déroulé entre des représentants de Luxlait et de la Provençale, le Conseil constate que, contrairement à ce que soutient la partie visée dans ses observations à la communication des griefs, cet échange de courriels, en particulier la réponse de Luxlait du 28 décembre 2015, relève de la responsabilité de Luxlait et non pas de celle de la Provençale. Cependant, même si cet échange entretient un doute sur l'existence d'une police de prix de la part de Luxlait, le Conseil conclut que cet échange reste un fait isolé de menaces d'interrompre les livraisons, et concerne par ailleurs un marché géographique distinct de celui en cause en l'espèce.
185. Eu égard aux conclusions précédentes, en absence d'autres preuves, le Conseil considère que si certains de ces éléments peuvent certes semer un doute sur le comportement de Luxlait, ils ne suffisent pas pour établir l'existence d'une police de prix de la part de Luxlait.

(vi) L'observation des prix

186. En ce qui concerne, enfin, la question de la surveillance de prix, la communication des griefs fait état de plusieurs tableaux de relevés de prix ainsi que de plusieurs courriels internes de Luxlait qui concernent des relevés de prix. Le conseiller désigné conclut que ces éléments démontrent l'existence d'une surveillance mise en place par Luxlait de manière systématique.
187. Le Conseil estime, en premier lieu, que le fait pour une entreprise de s'intéresser aux prix de revente de ses produits et de la manière dont les prix recommandés de ses produits sont

⁸⁷ Email du 28 mars 2011 de Luxlait à Utopolis

appliqués par les distributeurs n'est pas en soi défendu par le droit de la concurrence. Il s'agit dans ce cas d'une observation légitime et normale.

188. En deuxième lieu, le Conseil estime que, s'ils montrent sans doute que Luxlait procédait au suivi des prix pratiqués par les distributeurs de ses produits, ces éléments n'apportent pas la preuve de la mise en œuvre par Luxlait de mesures destinées à faire respecter ces prix ou de mesures de rétorsion à l'encontre des partenaires commerciaux qui ne les auraient pas respectées. Alors que certains de ces éléments constituent au mieux des indices isolés de l'existence d'une surveillance des prix, ils ne documentent dans leur ensemble qu'un intérêt de Luxlait pour les prix de ses produits pratiqués par les distributeurs, sans qu'ils puissent en eux-mêmes être considérés comme preuve de la mise en œuvre d'une police des prix.
189. Partant, le Conseil ne peut que constater qu'aucun autre élément de preuve ne permet d'établir avec la certitude requise l'existence de pratiques caractérisant une police des prix.

(vii) Conclusion sur la deuxième branche du triple test

190. Ainsi qu'il a été exposé *supra*, une simple observation des prix de la part d'une entreprise ne permet pas de présumer dans le chef de cette entreprise une intention de mettre en œuvre des mesures de rétorsion lorsque des prix déviants seraient constatés.
191. En outre, les éléments de preuve présentés dans la communication de griefs ne permettent pas de conclure que les actions de la partie visée seraient allées au-delà d'une simple observation des prix appliquées pour ses produits. Or, les actions d'observation de prix effectuées par la partie visée ne sauraient suffire pour permettre de constater l'existence d'une police de prix mise en œuvre par cette dernière.
192. De surcroît, la phase contradictoire a révélé l'existence d'éléments propres à contester les conclusions du conseiller désigné. En effet, les explications apportés par Luxlait au cours de la phase contradictoire de la procédure⁸⁸ sont de nature à constituer une explication alternative plausible à une police des prix telle qu'exigée pour remplir la deuxième condition du triple-test. Or, comme exposé *supra*, la Cour a établi que c'est uniquement en l'absence d'une autre explication cohérente que la preuve d'une violation des règles de concurrence peut être valablement rapportée par des indices⁸⁹.
193. Ainsi, le Conseil considère que les éléments apportés par les parties visées dans leurs observations neutralisent certains des éléments sur lesquelles reposent les conclusions du conseiller désigné.
194. Partant, en absence des éléments de preuve clairs et à même de faire apparaître de façon non équivoque le comportement de Luxlait, le Conseil ne peut pas se rallier aux conclusions du conseiller désigné selon lesquelles les éléments de preuve apportés seraient constitutifs d'une police de prix de la part de Luxlait.

⁸⁸ Voir *supra*, paragraphe 164

⁸⁹ Point 141 *supra*, arrêt du 21 janvier 2016, Eturas, C-74/14, précité

7.2.4. La troisième condition du triple test : l'application significative des prix recommandés

195. En ce qui concerne la troisième condition du triple test, à savoir l'application significative des prix recommandés, les éléments de preuve présentés par la communication des griefs sont les suivants :

- des tableaux issus des enquêtes de prix dans la Grande Région (« Etude 4 frontières ») effectués par la société Nielsen sur commande de l'Observatoire de la formation des prix
- des informations rassemblées lors de l'enquête du Conseil auprès des entreprises, notamment les réponses à la question 4 de la demande de renseignement du 13 avril 2016 adressée à sept distributeurs ;
- divers tableaux de PVC obtenus par ou saisis chez l'entreprise visée, ainsi qu'un relevé de prix établi par le Conseil.

Il convient de constater que ces éléments apportent la preuve de l'application significative des prix recommandés. Par conséquent, la troisième condition du triple test est remplie.

8. Conclusion

196. Comme exposé au point 147 *supra*, la preuve d'un accord vertical sur les prix de revente repose sur un triple test qui comprend la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants afin de démontrer:

- i. l'évocation entre le fournisseur et ses distributeurs des prix de revente des produits au public ;
- ii. la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance de ces prix ;
- iii. le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués ;

197. Il convient de constater que la preuve pour la deuxième condition du triple test n'a pas été rapportée.

198. Partant, la preuve d'un accord anticoncurrentiel n'a pas été rapportée à suffisance de droit.

199. Au vu de tout ce qui précède, l'application des articles 3 de la loi et 101 TFUE n'a pas été caractérisée en l'espèce.

Article Unique :

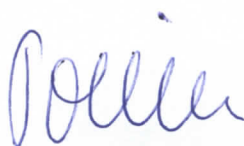
Le Conseil classe la présente affaire sans autres suites.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg, le 26 juin 2018.



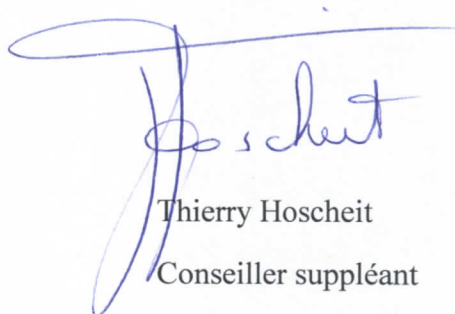
Pierre Rauchs

Président



Grazyna Piesiewicz

Conseiller



Thierry Hoscheit

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 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.