CONSEIL DE LA
CONCURRENCE

Décision 2016-RP-08

du 30 septembre 2016

concernant une procédure au fond

mettant en cause

l'A.s.b.l. Forum pour l'emploi

20, route d'Ettelbruck

L-9230 Diekirch

126-000075-20050413-FR

Le Conseil de la concurrence ;

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

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

Vu la plainte présentée devant le Conseil de la concurrence (affaire CCP.07.2015) en date du 11 décembre 2015 par [redacted], en représentation de la société anonyme Wäschfra, sise 12, rue Christophe Plantin à L-2339 Luxembourg, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés sous le n° B199888 ;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence du 17 décembre 2015 désignant Monsieur Jean-Claude Weidert, conseiller, pour diriger l'instruction du dossier ;

Vu le rapport du conseiller désigné en date du 3 août 2016 ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit ;

Index

Index 3
1. Rétroactes 4
2. Les entreprises concernées 5
2.1. La plaignante 5
2.2. L'entreprise visée 5
3. Les faits reprochés 7
4. Contexte économique et légal 8
5. Définition du marché en cause 11
5.1. Rappel des principes 11
5.2. Définition du marché des produits et des services en cause 12
5.3. Définition du marché géographique 13
6. Affectation du commerce entre Etats membres et droit applicable 13
7. Analyse des prix pratiqués par le FPE sur le marché du nettoyage des vêtements professionnels 14
7.1. Test du concurrent aussi efficace 15
7.2. Absence d'intention 17
8. Analyse de la position dominante 18

1. Rétroactes

1. En date du 11 décembre 2015 est parvenue au Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») la plainte de [redacted], en représentation de la Wäschfra S.A.

2. [redacted] a saisi le Conseil pour l'informer d'une offre de services pour le nettoyage de vêtements professionnels établie par l'A.s.b.l. Forum pour l'emploi, dont le prix, en raison des aides d'Etat dont bénéficie cette association, serait si bas qu'« *une entreprise du secteur privé n'a pas la moindre chance de remporter un marché d'une telle envergure* ».

3. Par ordonnance du 17 décembre 2015, le président du Conseil a désigné le conseiller Jean-Claude Weidert pour diriger l'instruction du dossier sur base de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi relative à la concurrence »).

4. Le 6 janvier 2016, une demande de renseignements a été adressée à Forum pour l'emploi A.s.b.l (ci-après : « FPE »), à ProActif A.s.b.l, au Comité national de défense sociale A.s.b.l, ainsi qu'à Co-Labor Société coopérative. Les réponses de FPE, de ProActif et de Co-Labor sont parvenues au Conseil le 12 février 2016 et la réponse de Comité national de défense sociale A.s.b.l le 23 février 2016.

5. Le 7 janvier 2016, un courrier a été adressé à la plaignante ainsi qu'à la Fédération des Artisans. Les deux courriers contenaient un questionnaire visant à collecter des informations sur le marché des services de nettoyage de vêtements professionnels ainsi que sur les pratiques en matière de prix des initiatives sociales en faveur de l'emploi.

6. Le 16 mars 2016, une demande de renseignements a été envoyée à l'entreprise 5 à Sec Luxembourg S.A. en vue d'obtenir des informations sur les prix pratiqués sur le marché du nettoyage de vêtements professionnels. Le 15 avril 2016 est parvenue au Conseil la réponse à cette demande.

7. Le 31 mars, un courrier a été adressé à l'Union luxembourgeoise de l'économie sociale et solidaire (ci-après : « ULESS »), dans le but d'obtenir des informations sur la politique des prix poursuivie par les acteurs de l'économie sociale et solidaire à Luxembourg, et notamment les initiatives sociales en faveur de l'emploi.

8. Le conseiller désigné a rédigé un rapport en date du 3 août 2016, transmis aux entreprises plaignante et visée. Les entreprises, qui pouvaient prendre position sur le rapport conformément à l'article 17 du règlement intérieur du Conseil, n'ont présenté aucune observation.

2. Les entreprises concernées

2.1. La plaignante

Wäschfra S.A.

12, rue Christophe Plantin

L-2339 Luxembourg

Registre de Commerce et des Sociétés B199888.

9. Wäschfra S.A. (ci-après : « la plaignante ») est une société représentée par [redacted]. Il s'agit d'une société anonyme de droit luxembourgeois, constituée le 4 septembre 2015.

   Les statuts de la société prévoient que celle-ci a pour objet principal « *l'exploitation d'une blanchisserie avec nettoyage à sec et repassage, l'achat et la vente de tous produits liés aux prédites activités, ainsi que toutes activités et services connexes.* »

   En vertu de l'article 10 de la loi relative à la concurrence, la société Wäschfra est recevable pour formuler une plainte auprès du Conseil.

2.2. L'entreprise visée

Forum pour l'emploi A.s.b.l.

20, route d'Ettelbruck

L-9230 Diekirch

Registre du Commerce et des Sociétés F 206

10. FPE est une association sans but lucratif datant de 1998, qui, selon ses statuts, a pour objet social « *la minimisation du taux de chômage au nord du Grand-duché* » par :

- *La mise en place d'un forum regroupant tous les acteurs socio-économiques de la région pour procéder à une analyse approfondie du marché de l'emploi dans la région concernée et développer des mesures d'insertion professionnelle;*
  L'initiation, le soutien et la gérance de projets favorisant l'intégration au marché de l'emploi de demandeurs d'emploi.
- *L'offre de mesures d'occupation temporaire ou définitive pour les demandeurs*

d'emploi inaptes à intégrer le marché de l'emploi.

L'article 1er de la loi relative à la concurrence prévoit que « *la présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires.* ». Le Conseil se référant au droit européen de la concurrence, les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») sont applicables aux entreprises. Cette notion non définie dans le TFUE l'a été dans l'arrêt Höfner. Il s'agit de « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement.* »[1]

Le droit de la concurrence ayant pour sujet l'entreprise et non son support juridique, il en découle que le droit de la concurrence est bien applicable au FPE, dans la mesure où il exerce de nombreuses activités économiques.

11. Le financement de cette association est, depuis 2012, encadré suivant la loi du 3 mars 2009 contribuant au rétablissement du plein emploi. Cette loi régit l'intervention de l'Etat dans l'organisation et le financement d'initiatives prises par les employeurs en matière d'intégration des demandeurs d'emploi sur le marché de l'emploi. Elle permet une prise en charge par le Fonds pour l'emploi pouvant aller jusqu'à 100%, selon les cas et sous certaines conditions, des salaires des personnes à insérer et du personnel encadrant.

12. Une convention de coopération est établie avec le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Economie sociale et solidaire (ci-après : « MTEESS ») pour une durée renouvelable de 12 mois. Le taux de financement se base sur le nombre de salariés en insertion encadrés, dont le nombre est défini par le MTEESS, et sur une clé de cofinancement. En 2015, les diverses aides publiques accordées au FPE ont couvert 79.19% des dépenses encourues. Cette convention prévoyait alors l'encadrement de 365 salariés en insertion. Durant cette même année, le FPE occupait en moyenne 101.92 personnes de structure (c'est-à-dire d'encadrement et de gestion) en équivalent à temps plein, et assurait l'encadrement de 647 personnes en insertion. 65 personnes étaient occupées par FPE dans le secteur du nettoyage et de la buanderie.

[1] Arrêt du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH. C-41/90, EU:C:1991 :161, point 21.

Le FPE a développé des activités dans les secteurs suivants [2] :

Secteur d'activité	Nom du projet	Chiffre d'affaires 2014 (mil. €)	Dont: aides d'Etat (mil. €)	Salariés en insertion en moyenne
Transports publics	Bummelbus	[redacted]	[redacted]	93
Nettoyage et buanderie	Haushellef	[redacted]	[redacted]	65
Maraîchage	Am Gärtchen	[redacted]	[redacted]	39
Menuiserie	Holzfrenn	[redacted]	[redacted]	6
Escalade	Klammschoul	[redacted]	[redacted]	14
Construction, jardinage, réparations, élagage	Services aux citoyens	[redacted]	[redacted]	121
Total		18,325	13,232	338

Selon la recommandation de la Commission européenne (ci-après : « la Commission »)[3], avec son chiffre d'affaires de 18 millions d'euros en 2014, le FPE est à considérer comme étant une moyenne entreprise.

3. Les faits reprochés

13. Dans sa plainte à l'encontre de FPE, la plaignante soulève des griefs qui, s'ils s'avèrent vérifiés, pourraient caractériser un abus de position dominante interdit par les articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE.

L'article 5 de la loi relative à la concurrence dispose que :

« Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

1) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;

2) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;

3) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

4) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux,

[2] Toutes les informations factuelles concernant le fonctionnement et les activités du FPE sont issues de la demande de renseignements du 6 janvier 2016 et des rapports d'activités 2012-2015.

[3] Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro-, petites et moyennes entreprises [notifiée sous le numéro C(2003) 1422].

n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

14. En l'espèce, la plaignante reproche de façon générale au FPE d'être en mesure de faire des devis si bas « *qu'une entreprise du secteur privée n'a pas la moindre chance de remporter un marché d'une telle envergure.* » et ce en raison des aides d'Etat dont il bénéficie.

15. La plaignante reproche en particulier au FPE d'avoir soumis une offre de services pour 3,70 euros TTC le kilo pour le lavage de vêtements de travail au restaurant [redacted][4] alors que la plaignante avait elle-même soumis une offre pour 2,00 euros TTC par pièce à raison d'environ 500 pièces par an.

4. Contexte économique et légal

16. Le FPE est un des acteurs de l'« Economie sociale et solidaire », (ci-après : « ESS »), économie qui a connu un essor important dans la plupart des pays développés au cours de deux dernières décennies. Le Statec a publié en 2015 un « Rapport sur les entreprises sociales au Luxembourg » suite au programme de recherches lancé deux ans auparavant ayant pour but de documenter la situation de l'économie sociale et solidaire au Luxembourg et d'identifier les entreprises sociales du pays.

    L'entreprise sociale a été définie dans le rapport du Statec à travers la définition proposée par le réseau de recherches européen EMES, reprenant celle de l'OCDE : «*Une entreprise sociale est une organisation privée et autonome qui fournit des biens ou des services avec un objectif explicite de service à la collectivité, qui est détenue ou gérée par un groupe de citoyens et dans laquelle l'intérêt matériel des investisseurs est soumise à des limites* ».

17. Dans ce rapport, pour le cas luxembourgeois, le Statec inclut dans cette catégorie d'entreprise:

- toutes les entreprises répertoriées dans la section « Action sociale » de la nomenclature statistique NACE utilisée à travers l'Union européenne,
- toutes les entreprises enregistrées sous forme des statuts suivants : association sans but lucratif, société coopérative, établissement d'utilité publique, société de secours ou d'assurances mutuelles, association culturelle ou sportive. [5]

    Ainsi, le Statec a recensé 1064 entités à considérer comme des entreprises sociales, par rapport au nombre total de 33.490 entreprises enregistrées au Luxembourg. Parmi elles, 753 (71%) entreprises étaient constituées sous forme d'association sans but

[4] Restaurant [redacted].

[5] Bien que l'association sans but lucratif et les associations culturelles ou sportives ne se distinguent pas par le statut juridique, cette distinction est faite dans le rapport du Statec.

lucratif et 969 (91%) étaient des petites entreprises de moins de 50 salariés. Le Statec estime que le nombre des entreprises sociales ainsi définies a augmenté de 44% entre l'an 2000 et 2012.

Le nombre de salariés employés par ces entreprises s'est élevé à 27 751 en 2012, comparé à 10 897 en l'an 2000, ce qui représente près de 8% de l'emploi total dans le pays. Sur la période considérée, le nombre d'emplois à temps plein a progressé de 16.7% par an au sein de l'ESS, alors que la progression au sein de l'économie dans son ensemble était de 4.1% par an.

Les chiffres cités se réfèrent à l'année 2012 et le conseiller désigné estime qu'il est hautement probable que le nombre d'acteurs et leur poids dans l'économie n'ont pas cessé de progresser depuis lors, de sorte que l'importance de l'ESS au sein de l'économie nationale est aujourd'hui significative.

18. Le rapport du conseiller désigné indique que « *pour les acteurs concernés tout comme pour les décideurs politiques, l'ESS est cruciale pour une croissance durable et inclusive et pour renforcer la cohésion sociale. Selon certains résultats en recherche économique, les entreprises sociales sont considérées comme étant mieux adaptées que les institutions publiques pour répondre aux enjeux sociaux ou environnementaux. Par ailleurs, les entreprises sociales seraient mieux armées que nombre d'entreprises traditionnelles pour faire face à une situation de crise économique. De plus, les entreprises sociales adoptent généralement des plans d'action à long terme et sont moins susceptibles de se délocaliser à l'étranger, même si elles se développent à l'international.* »

19. C'est pour ces raisons que le gouvernement luxembourgeois a joué un rôle actif dans le soutien et la promotion de l'ESS, au cours des dernières années.

Le rapport du conseiller retrace ce développement. Ainsi, il précise que le Luxembourg est le premier pays européen à avoir créé un ministère de l'Économie solidaire en 2009 et à avoir développé un programme gouvernemental pour soutenir ce secteur. En 2011, le gouvernement a mis en œuvre le premier Plan d'action pour l'économie solidaire (PLES) afin de promouvoir et de développer les entreprises sociales. La même année a été lancé un nouveau programme de soutien des porteurs de projets d'entreprises à dimension sociale ou solidaire (« 1,2,3 Go Social »). En 2013, la multiplication des initiatives sociales et solidaires a conduit à la création de l'Union Luxembourgeoise de l'Economie Sociale et Solidaire (ULESS) en tant qu'organisation faîtière des entreprises et associations d'entreprises de l'ESS. En 2016, un incubateur pour entreprises sociales (« 6zero1) a été mis en place.

20. Par ailleurs, l'essor de l'ESS s'est appuyé sur l'entrée en vigueur d'un certain nombre de textes législatifs visant à créer des outils plus ciblés pour la lutte contre le chômage, telle que la loi du 3 mars 2009 contribuant au rétablissement du plein emploi et la loi du 29 mars 2013 « Mesures en faveur de l'emploi des jeunes » sur

l'insertion des jeunes demandeurs d'emploi dans la vie active.

21. Bien que ces différents outils soient adressés à tous types d'entreprises, la pratique a révélé que seules les entreprises faisant partie de l'ESS y ont systématiquement recours et sont équipées pour les mettre en œuvre.

22. Le rapport du conseiller désigné indique que 71% des entreprises sociales opèrent sous le statut d'association sans but lucratif et fournissent 55% des emplois de ce secteur.

    Le rapport présente un tableau résumant les activités de quatre initiatives sociales en faveur de l'emploi :

	Forum pour l'emploi A.s.b.l.			ProActif A.s.b.l.		CNDS A.s.b.l. (2013)		Co-Labor S.c.	
Recettes totales	18 328			24 300		8372		5621	
dont aide d'Etat	14 168			17 300		7084		1976	
Salariés en insertion (ETP), moyenne	351			402		297		50	
Personnel encadrant	102			182		16		?	
Activités	Personnes en insertion	CHA € 000 (avec aides)	CHA € 000 (sans aides)	Personnes en insertion	CHA € 000 (sans aides)	Personnes en insertion	CHA € 000 (sans aides)	Personnes en insertion	CHA € 000 (sans aides)
Jardinage, activités agronomes	41	[redacted]		167	[redacted]		[redacted]	127	3 646
Nettoyage	66								
Dont: Buanderie	32								
Bus	100								
Travaux en hauteur	14								
Menuiserie	8			17					
Services aux citoyens, Construction	121			75		153		x	x
Restauration				26		27			
Hygiène				57					
Ateliers divers (Nei Arbecht)				5		86			
Collect et vente de vêtements						31			
Mécanique				10					
Maison relais, crèches				34					
Total	351	18 328	13 234	391	6 903	297	1 399	127	3 646

23. Le MTEESS a déposé en juillet 2015 le projet de loi n° 6831 « *portant création des sociétés d'impact sociétal* » à la Chambre des députés. Selon l'exposé des motifs de ce projet de loi, son ambition est :

    « *de permettre aux entreprises luxembourgeoises qui poursuivent une finalité sociale ou sociétale d'évoluer dans un cadre juridique adapté qui valorise et qui mette en évidence leurs spécificités tout en encourageant le déploiement de leurs activités économiques. Le présent projet de loi offre un environnement juridique propice au développement d'entreprises qui transcendent la division classique entre le secteur commercial à but lucratif et le secteur associatif à but non lucratif.* » Car « (...) *la possibilité même pour ces a.s.b.l. de poursuivre des activités marchandes sous forme de prestations de services, de production et de distribution de biens est juridiquement discutable, du moins soumise à des restrictions.* »

24. Le Conseil, se ralliant à la position du conseiller désigné, apprécie cet effort d'encadrement et de régulation de l'Economie sociale et solidaire mais note que le cadre légal actuel, tout comme le projet de loi présenté, demeurent muets sur la question de la politique des prix appliquée par les entreprises sociales recevant des aides d'Etat conséquentes ainsi que sur les risques d'éviction que peut engendrer une politique de prix inappropriée ou irréfléchie.

    Le Conseil a déjà signalé l'existence de ces risques dans son Avis 2016-AV-08 relatif au projet de loi n° 6831 portant création des sociétés d'impact sociétal et modifiant certaines autres dispositions légales.

25. Le Conseil se rallie au conseiller désigné qui constate qu'il est dès lors « *incontestable que, en vue du maintien d'une concurrence équitable entre tous les acteurs, les entreprises de l'ESS, et en particulier les initiatives sociales en faveur de l'emploi, assument une grande responsabilité lors de la détermination des prix de leurs produits ou services dans des marchés disputés également par des entreprises traditionnelles. En appliquant des prix qui ne peuvent pas être concurrencés par des entreprises aussi efficaces mais qui, elles, doivent couvrir leurs coûts, elles risqueraient de provoquer des effets d'éviction qui ne feraient qu'exacerber le problème du chômage, et seraient donc contre-productifs et contraires à leur vocation de lutte pour le plein emploi.* »

5. Définition du marché en cause

5.1. Rappel des principes

26. La définition du marché pertinent revêt une importance toute particulière dans la détermination de l'éventuelle position dominante occupée par une entreprise. Le Conseil se réfère ici à la définition donnée par la Commission dans sa « *Communication de la Commission sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence* »[6] : « *la définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause.* »[7]

    Le marché en cause doit ainsi être défini tant en termes de produits ou de services qu'en termes géographiques : « *le marché en cause dans le cadre duquel il convient*

[6] Communication de la Commission sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence, (Journal Officiel C 372 du 09/12/1997).
[7] Ibid, point 2.

d'apprécier un problème donné de concurrence est donc déterminé en combinant le marché de produits et le marché géographique. » [8]

5.2. Définition du marché des produits et des services en cause

27. C'est le critère de la substituabilité qui permet de déterminer le marché de produits ou de services en cause. En effet, *« 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.»*[9]

28. Dans sa plainte, la plaignante se réfère aux services de nettoyage de vêtements professionnels communément appelés services de blanchisserie par opposition aux services de nettoyage à sec.

    Selon le conseiller désigné, il est possible de faire la distinction entre trois types de blanchisserie[10] :

    - traditionnelle, à savoir la boutique dédiée ;

    - en lieu public, dans laquelle des utilisateurs louent une machine à laver le linge et souvent également un sèche-linge ;

    - industrielle, s'adressant à une clientèle de type professionnel : grandes et moyennes entreprises, collectivités locales, hôpitaux, autres établissements à vocation sociale.

29. Le conseiller désigné a analysé la question de savoir si les services de nettoyage de vêtements professionnels pouvaient s'immerger de façon plus large dans le marché de la blanchisserie de tous types de linges et de vêtements lavables. Il en a conclu que si la substituabilité du côté de la demande n'existait pas, elle était bien établie du côté de l'offre dans la mesure où les entreprises capables d'offrir des services de nettoyage de vêtements sont également capables de le faire pour des vêtements professionnels ; conclusion confirmée par l'enquête effectuée par le conseiller désigné auprès des entreprises du marché.

---

[8] Ibid, point 9.
[9] Ibid, point 7.
[10] https://fr.wikipedia.org/wiki/Blanchisserie.

5.3. Définition du marché géographique

30. La Commission définit le marché géographique comme étant le marché qui « *comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* ».[11]

31. Le conseiller désigné explique dans son analyse que la dimension nationale du marché n'est pas à retenir car d'importantes entreprises de la Grande Région sont actives sur le marché et font concurrence aux entreprises situées au Grand-Duché.

    Le Conseil fait siens les développements du conseiller désigné et retient dans la présente affaire le marché régional de la blanchisserie industrielle.

6. Affectation du commerce entre Etats membres et droit applicable

32. Afin de déterminer le droit applicable, il est nécessaire de faire une analyse de l'affectation du commerce entre États membres. L'article 102 du TFUE s'applique aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'Union européenne :

    « Article 102. Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. (...)»

33. La notion d'affectation du commerce intra-communautaire 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 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.

    En cas de non-affectation du commerce entre Etats membres, seule la législation nationale, en l'espèce l'article 5 de la loi relative à la concurrence, est d'application.

    L'analyse de l'affectation du commerce entre États membres est indépendante de

[11] Communication de la Commission sur la définition du marché pertinent aux fins du droit communautaire de la concurrence, (Journal Officiel C 372 du 09/12/1997).

l'analyse du marché géographique pertinent. Ainsi le commerce interétatique peut être affecté même dans le cas d'un marché en cause national.[12]

34. En l'espèce, la pratique incriminée pourrait, s'il elle est avérée, avoir un effet sur les entreprises de la Grande Région qui font concurrence aux entreprises établies au Luxembourg et avoir un effet dissuasif sur l'entrée de concurrents sur le marché en cause. Partant, la pratique incriminée est susceptible d'affecter la concurrence d'entreprises transfrontalières ainsi que l'établissement de nouveaux opérateurs en provenance d'autres pays de l'Union européenne.

35. Il en découle que le droit applicable est l'article 5 de la loi relative à la concurrence ainsi que l'article 102 du TFUE.

7. Analyse des prix pratiqués par le FPE sur le marché du nettoyage des vêtements professionnels

36. Selon le conseiller désigné, une offre de services dont le prix se situerait en-dessous du prix de revient d'une entreprise efficace qui doit couvrir ses coûts serait ainsi à rapprocher de la notion de comportement prédateur, contraire aux articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE. La Commission le définit comme tel :

« le comportement prédateur peut être défini comme la pratique d'une entreprise en position dominante de baisser ses prix et réaliser délibérément des pertes ou de renoncer à des profits à court terme afin d'éliminer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents (...).»[13]

37. Selon l'arrêt AKZO[14] de la Cour de Justice de l'Union européenne, l'appréciation d'un tel comportement se fait généralement par rapport aux coûts :

«71 Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à

---

[12] Communication de la Commission - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE [Journal officiel n° C 101 du 27.4.2004], point 22.

[13] Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02) point 63.

[14] Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO Chemie B.V. c/ Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 71 et 72.

l' unité produite .

72 Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu' ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ».

38. Selon le conseiller désigné, dans le cas d'espèce, il y aurait lieu d'analyser :
    i. si l'entreprise visée pratique systématiquement, sur le marché en cause, des prix inférieurs à la moyenne de ses coûts variables;
    ii. et si cette entreprise se trouve en position dominante sur le marché en cause.

39. Le Conseil se rallie à l'approche du conseiller désigné.

7.1. Test du concurrent aussi efficace

40. Dans son rapport, le conseiller désigné s'est attaché à effectuer une comparaison entre les prix proposés par le FPE dans son offre au restaurant [redacted][15] concernant le lavage de vêtements professionnels, les prix proposés par la plaignante à ce même client[16] et les prix pratiqués sur le marché. Afin de rendre ces prix comparables et de les rapprocher des coûts nécessaires à leur prestation, le conseiller désigné les a comparé à ceux pratiqués par la deuxième entreprise de nettoyage de vêtements au Luxembourg (entreprise concurrente).

Comparaison des offres

	Wäschfra S.A.	FPE	Entreprise concurrente
Prix hors taxe par kg		3,16	
Poids moyen d'une pièce (kg)		0,35	
Prix hors taxe par pièce	1,71	1,11	2,67
Supplément transport	0,09	0,00	0,00
Meilleure offre transport inclus (h.t.)	1,79	1,11	2,67

Source : Pièces du dossier, réponses à la demande de renseignements du 16 mars 2016.
L'entreprise concurrente est la deuxième entreprise active sur le marché en cause.
Prix par pièce hors taxe, en euros.

[15] Offre à 3.70 euros TTC le kilo.
[16] Offre à 2.00 euros TTC par pièce pour environ 500 pièces par an.

41. Le rapport du conseiller explique que :

« l'hypothèse sous-jacente à cette analyse est que les prix pratiqués sur le marché par une entreprise en situation de concurrence ne se situent pas en dessous des coûts variables, mais couvrent les coûts totaux : Coûts variables et coûts fixes, y-inclus la marge bénéficiaire (le coût du capital). De cette façon, par construction, les prix facturés par le concurrent efficace sont au moins égaux aux coûts totaux unitaires. Il s'agit d'une hypothèse très fiable, puisque dans le cas contraire, l'entreprise ne serait pas économiquement viable.

D'un autre côté, les prix appliqués par une entreprise efficace ne sauraient se situer au-dessus des coûts totaux, étant donné que la concurrence sur les prix sur un marché concurrentiel ne tolère guère des profits excessifs (c'est-à-dire dépassant la rémunération des capitaux propres). »

Cette analyse peut être rapprochée du test du concurrent aussi efficace préconisée par la Commission : « *Pour éviter l'éviction anticoncurrentielle, la Commission n'interviendra normalement que lorsque les pratiques considérées ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence d'entreprises considérées comme aussi efficaces que l'entreprise dominante* ».[17]

42. Le comportement d'une entreprise peut ainsi être qualifié d'anticoncurrentiel s'il provoque la sortie du marché de concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise visée. Il s'avère en l'espèce, que l'entreprise concurrente est, en raison de sa taille et de sa position sur le marché, certainement un concurrent aussi efficace que l'entreprise visée.

Le conseiller désigné constate que les prix de l'offre de services de FPE se situent à moins de la moitié, à savoir 41.57%, des prix du concurrent aussi efficace.

43. Par le test du concurrent aussi efficace, l'on constate que les prix pratiqués par le FPE se situent en-dessous des coûts variables. Le rapport explique que pour que ces prix se situent au-dessus des coûts variables, les coûts variables de l'entreprise concurrente ne doivent pas dépasser 41.57% des coûts totaux, et les coûts fixes, y-inclus la marge bénéficiaire (le coût du capital), doivent donc dépasser 58,43% des coûts totaux. Or, ceci est très invraisemblable, en particulier sur un marché de prestations de services sur lequel les coûts variables, sont en principe très supérieurs aux coûts fixes, et sont estimés, dans ses conventions avec les initiatives sociales, par le MTESS, à 80% des coûts totaux.

44. Le Conseil se rallie à l'argumentation du conseiller désigné.

---

[17] Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02), point 23.

7.2. Absence d'intention

45. Le FPE est une initiative sociale en faveur de l'emploi, n'ayant pas pour finalité de s'imposer sur le marché ou de faire concurrence à des entreprises traditionnelles, voire de les évincer. Néanmoins, la poursuite de son objectif social implique que le FPE ait développé et développe encore des activités sur des marchés disputés par d'autres entreprises, « *ce qui est parfaitement compatible avec son objet social, et même utile pour la recherche de l'efficacité dans la poursuite de ce dernier* »[18].

46. Il convient par ailleurs de préciser que l'absence d'intention d'éviction ou de mobile anticoncurrentiel dans le chef d'une entreprise dominante ne saurait dégager cette dernière des griefs d'abus au sens des articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE dès lors que l'adoption d'un comportement aux effets potentiellement anticoncurrentiels est avérée.

A ce titre, le Tribunal de l'Union européenne a retenu dans l'arrêt AstraZeneca que :

« *Point 813. À cet égard, il suffit de rappeler que la notion d'abus de position dominante a un contenu objectif et ne nécessite pas l'établissement d'une intention de nuire (voir, en ce sens, arrêt Aéroports de Paris/Commission, point 309 supra, point 173). Or, il est constant qu'AZ a procédé à ces retraits au Danemark, en Norvège et en Suède. L'absence alléguée d'intention malveillante sous-jacente à ce comportement ne saurait ainsi constituer un obstacle à la qualification d'abus de position dominante retenue par la Commission lorsqu'il est établi que, compte tenu du contexte objectif dans lequel celui-ci est mis en œuvre, il était de nature à retarder ou à empêcher l'introduction des produits génériques et les importations parallèles.*

Point 819. Il n'est en effet pas requis, pour qu'un comportement donné puisse être qualifié d'abusif au sens de l'article 82 CE, qu'il soit mis en œuvre à la suite d'une stratégie élaborée par les instances dirigeantes du groupe, ni qu'il ait été adopté avec l'intention avérée de restreindre la concurrence. Un comportement mis en œuvre par l'une des sociétés faisant partie de l'entité économique que constitue le groupe est également susceptible d'enfreindre l'article 82 CE. »[19]

[18] Rapport du conseiller désigné, point 24.
[19] Arrêt du 1er juillet 2010, AstraZeneca c/Commission, T-321/05, Rec, EU:T:2010:266, point 813 et 819.

8. Analyse de la position dominante

47. Après avoir défini le marché en cause et le droit applicable, il est crucial de déterminer si l'entreprise visée possède une position dominante sur ce marché. Si la position dominante n'est en soi pas condamnable, c'est l'abus de cette position de force qui l'est.

48. La lecture combinée des articles 102 du TFUE et de l'article 5 de la loi relative à la concurrence donne lieu à caractériser l'infraction dès lors que deux facteurs sont réunis :

    - Une position dominante ;

    - Un abus de cette position dominante.

    La Cour de Justice de l'Union européenne définit de façon constante la position dominante comme la capacité, pour une entreprise, à adopter un comportement indépendant vis-à-vis des autres acteurs du marché. La position dominante telle que définie depuis l'arrêt United Brands[20] représente « *une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs;* ».

    La Commission considère que les parts de marché apportent une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives.[21] Elle interprète toutefois les parts de marché « 13. *à la lumière des conditions régnant sur le marché en cause, et notamment la dynamique du marché et du degré de différenciation des produits.* » « 14. *La Commission considère que des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Elle sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante.* »[22]

49. Selon le rapport du conseiller désigné, qui se réfère aux informations fournies par le FPE, le chiffre d'affaires de 2014 du service « buanderie » s'élevait à [redacted] euros pour les services de nettoyage de vêtements. Ce sont 32 à 35 personnes en

[20] Arrêt du 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continental BV contre Commission des Communautés européennes, C-27/76, EU:C:1978:22, point 65.

[21] Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche&C/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, points 39-41, et autres.

[22] Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, points 13 et 14.

insertion qui occupaient cette activité. L'enquête du conseiller désigné a recensée 28 entreprises indépendantes actives sur le marché de la blanchisserie au Luxembourg pour un chiffre d'affaires estimé à [redacted] annuels. Le rapport du conseiller estime ainsi que même en limitant le marché à un niveau national, la part de marché du FPE n'excède pas 3%, ce qui ne peut caractériser une position dominante sur le marché en cause.

50. Le Conseil se rallie à la conclusion du conseiller désigné, de sorte que les conditions d'application des articles 5 de la loi relative à la concurrence et 102 du TFUE ne sont pas remplies.

En l'absence d'observations par les entreprises visée et plaignante, le Conseil adopte la présente décision :

Article unique:

Le Conseil classe la présente affaire sans autres suites.

Ainsi délibéré et décidé à l'unanimité à Luxembourg, le 30 septembre 2016.

Pierre Rauchs	Marc Feyereisen	Mattia Melloni
Président	Conseiller	Conseiller

Indication 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 inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jours où vous avez pu en prendre connaissance.