

Décision 2016-FO-04

du 17 juin 2016

concernant une procédure au fond

mettant en cause

Utopia S.A.

45, avenue JF Kennedy

L-1855 Luxembourg

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 CCP042015) en date du 4 mars 2015 par [REDACTED], en représentation de [REDACTED]
[REDACTED] ;

Vu l'ordonnance du président du Conseil de la concurrence du 25 mars 2015 désignant Monsieur Jean-Claude Weidert, conseiller, pour diriger dans le dossier la mise en œuvre des articles 15 à 19, 25 et 26, paragraphe 2 à 4 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu la communication des griefs du conseiller désigné du 24 novembre 2015 ;

Vu les observations écrites du 18 décembre 2015 de [REDACTED] ;

Vu les observations écrites du 4 février 2016 de M^e Léon Gloden, en représentation d'Utopia S.A. ;

Vu l'audition tenue le 21 mars 2016 dans les locaux du Conseil de la concurrence ;

Vu les informations supplémentaires demandées par le président du Conseil de la concurrence en date du 25 mars 2016 à la partie plaignante et à la partie visée ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit ;

Index

1. Rétroactes	4
2. Les entreprises concernées	6
3. Faits reprochés	8
3.1. Distribution de films	9
3.2. Aides d'Etat	9
3.3. Reprise par Utopia de Ciné Belval	10
3.4. Conclusion	10
4. Observations procédurales	11
4.1. Sur le prétendu manque de clarté de la demande de renseignements	11
4.2. Sur les reproches adressés par Utopia concernant [REDACTED]	12
5. Affectation du commerce entre Etats membres et droit applicable	13
6. Définition du marché en cause	15
6.1. Rappel des principes	15
6.2. Définition du marché de produits et services	15
6.3. Définition du marché géographique	17
6.4. Conclusion sur la définition du marché pertinent	21
7. Position dominante	22
7.1. Principes	22
7.1.1. Définition de la position dominante	22
7.1.2. Détermination de l'existence de la position dominante	23
7.2. Analyse de la position dominante	23
7.3. Conclusion sur la position dominante	26
8. Abus de position dominante	26
8.1. Principes	26
8.2. Analyse de l'abus	27
8.2.1. Sur la compétence du Conseil	27
8.2.1.1. Sur l'absence de contrôle des concentrations au Luxembourg	27
8.2.1.2. Appréciation du Conseil	29
8.2.1.3. Conclusion	33
8.3. Analyse de l'abus	34
8.3.1. Sur le comportement	34
8.3.2. Sur les effets de la reprise	36

8.3.2.1. Principes	36
8.3.2.2. L'absence d'effets anticoncurrentiels en raison de la théorie de l'entreprise défaillante	37
8.3.2.3. La conformité de la reprise aux objectifs du Traité	42
8.4. Conclusion sur l'abus	43
9. Conclusion	44

1. Rétroactes

1. En date du 4 mars 2015 [REDACTED], en représentation de [REDACTED] [REDACTED] a déposé une plainte contre Utopia S.A. (ci-après « Utopia »). L'enquête a toutefois montré que [REDACTED] n'exerce plus d'activité depuis 2001. Il est alors considéré que [REDACTED] se réfère à [REDACTED].
2. Dans cette plainte, [REDACTED] formule plusieurs reproches à l'encontre de l'entreprise susmentionnée :

Le premier grief adressé par le plaignant à l'encontre d'Utopia, est que cette dernière abuserait de sa position dominante en imposant des conditions abusives pour la distribution de films allemands au Luxembourg, pour lesquels elle détient des droits exclusifs.

Le plaignant reproche également à un actionnaire de référence du groupe Utopia, par ailleurs responsable du département film au CNA, d'avoir œuvré aux fins d'exclure [REDACTED] de l'octroi d'aides d'Etat relatives à l'exploitation cinématographique.

Le plaignant soutient enfin, sans toutefois étayer ses dires, qu'une entente entre Utopia et Financière Mercure aurait eu pour but d'évincer le concurrent [REDACTED] de l'exploitation de salles de cinéma au Luxembourg.

3. Par ordonnance du 25 mars 2015, le Président du Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil »), a désigné le conseiller Jean-Claude Weidert pour diriger l'instruction du dossier sur la base de la loi relative à la concurrence.

Le 18 juin 2015, une demande de renseignements a été adressée par le Conseil à Utopia, Financière Mercure, [REDACTED] ainsi qu'au CDAC ainsi qu'au ministère de la culture de Luxembourg.

Le 24 juin 2015, [REDACTED] a transmis sa réponse au Conseil.

Le 9 juillet 2015, Financière Mercure a transmis sa réponse au Conseil.

Le 25 août 2015, le Ministère de la Culture a transmis sa réponse au Conseil.

Le 20 juillet 2015, Utopia a communiqué au Conseil sa réponse à la demande de renseignements par l'intermédiaire de son avocat, le cabinet Elvinger Hoss P.

Le 24 novembre 2015, le conseiller désigné a transmis au Conseil et aux entreprises concernées et mentionnées ci-dessus la communication des griefs.

Le 4 février 2016, Utopia a fait part au conseiller désigné de ses observations sur la communication des griefs.

Le 25 mars 2016, le Président du Conseil a adressé une demande supplémentaire au cabinet Elvinger Hoss, représentant Utopia dans cette affaire, concernant le nombre de tickets vendus par salle ainsi que le chiffre d'affaire réalisé des années 2012 à 2015 inclus.

Par courriel du 31 mars 2016, le cabinet Elvinger Hoss a répondu à cette demande.

La présente décision a par ailleurs fait l'objet de deux consultations auprès de la Commission européenne en date des 30 mai et 13 juin 2016 dans le cadre de la coopération qui s'exerce au sein du réseau des autorités de concurrence.

magasins ayant un rapport avec le délassement et les loisirs, l'exploitation de débits de boissons et de restauration, l'exploitation de parkings ainsi que toutes autres prestations de services ou autres opérations commerciales, financières et immobilières se rattachant directement ou indirectement à l'objet ci-dessus ou à tous les objets similaires susceptibles d'en favoriser l'exploitation ou le développement ».

9. Utopia exploite, sur le territoire luxembourgeois, trois complexes situés à Luxembourg ville – pour deux d'entre eux – et à Esch-sur-Alzette : Utopolis Kirchberg, Utopia Limpertsberg et Utopolis Belval.
10. Outre l'exploitation de salles de cinéma, Utopia exerce aussi sur le territoire du Grand-Duché des activités de distribution de films. Il s'agit notamment de films allemands, dont les droits pour le Luxembourg n'ont pas été acquis par un autre distributeur, luxembourgeois, belge ou allemand. Les films concernés sont achetés par Utopia et distribués dans les salles luxembourgeoises.
11. A l'époque des faits reprochés, Utopia était détenue par trois sociétés de droit luxembourgeois, qui n'exercent aucune activité d'exploitation ni de distribution d'œuvres cinématographiques.

Utopia Management S.A., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 45 avenue J.F. Kennedy, détient 50% des actions d'Utopia et se pose ainsi en actionnaire principal.

CLDN Finance S.A., société anonyme établie et ayant son siège à L-2519 Luxembourg, 3-7 rue Schiller, détient 32,8% des actions d'Utopia et se pose ainsi en second actionnaire.

CLDN FIN S.A établie et ayant son siège social à L-2519 Luxembourg, 3-7 rue Schiller, détient 17,2% des actions d'Utopia et se pose ainsi en troisième actionnaire¹.

3.3 Les autres entreprises concernées par l'enquête

3.3.1 Financière Mercure S.C.

12. Financière Mercure S.C., établie et ayant son siège social à L-1840, 41, boulevard Joseph II, Luxembourg a été constituée le 26 avril 2007 par des investisseurs privés dans l'unique but de détenir, comme partenaire financier, une participation à hauteur de 40,8% dans ██████████ S.A. Les autres actionnaires, lors de la constitution de ██████████, étaient Multiplan Management s. à r. l. (40,8%) et ██████████ (18,4%).

¹ Ces trois actionnaires ont désormais vendu leurs parts au groupe Kinopolis.

██████████ est ensuite devenue Ciné Belval. Suite à l'accumulation de pertes importantes, Ciné Belval a été cédée à Utopia. Financière Mercure est alors devenue le seul actionnaire de ██████████, qui prit la dénomination de Ciné Belval. Le 30 juillet 2013, Ciné Belval prit la dénomination d'Utopolis Belval.

13. Selon Financière Mercure :

« Depuis la vente en 2013 à Utopia S.A. de l'ensemble des actions détenues dans Ciné Belval, Financière Mercure n'a plus d'activité. Ses associés attendraient l'expiration des garanties fournies à Utopia dans le cadre du contrat de vente du 17 avril 2013 pour procéder à la liquidation de la société »².

Financière Mercure n'est donc pas formellement visée par la plainte.

3.3.2 Le Centre de Diffusion et d'Animations Cinématographiques a.s.b.l.

14. Le Centre de Diffusion et d'Animation Cinématographique a.s.b.l. (ci-après : « CDAC ») est une a.s.b.l. établie et ayant son siège social à L-9233 Diekirch, 32 avenue de la Gare. Elle regroupe six cinémas régionaux indépendants dans les villes de Troisvierges, Echternach, Diekirch, Bettembourg, Grevenmacher et Wiltz et gérées par des a.s.b.l ou des administrations publiques dans le but d' « assurer une diffusion cinématographique sur tout le pays »³.

Depuis les années 80, Utopia négocie auprès des distributeurs les droits de distribution des films diffusés dans les salles affiliées au CDAC pour le compte du CDAC, et assure la gestion administrative qui en découle.

Le CDAC n'est pas formellement visé par la plainte.

3. Faits reprochés

15. Dans sa plainte à l'encontre d'Utopia, ██████████ soulève plusieurs griefs qui, si vérifiés, pourraient caractériser un abus de position dominante et peuvent se résumer comme suit :

² Réponse de financière Mercure à la question 2 de la demande de renseignements du 18 juin 2015.

³ Réponse du CDAC à la 1^{ère} question de la demande de renseignements du 18 juin 2015.

3.1. Distribution de films

16. « ... les films distribués à Luxembourg le sont habituellement via des distributeurs belges qui fournissent les films aux exploitants luxembourgeois, Mais Utopia S.A a acheté des droits exclusifs pour Luxembourg pour certains films allemands qui ne sont pas distribués par des distributeurs belges⁴ ».
17. Le plaignant s'estime désavantagé dans cette situation, dans la mesure où seule Utopia pourrait lui fournir l'accès aux films distribués au Luxembourg. Or, une exploitation rentable serait rendue impossible par les conditions de cession imposées par Utopia. Cette dernière se voit ainsi accusée d'abuser de sa position dominante sur le marché de la distribution d'œuvres cinématographiques.
18. La communication des griefs estime que les conditions de cession des films par Utopia à [REDACTED], consistant en l'exigence d'un montant minimal ainsi que d'une avance sur les recettes de films, ne sont pas susceptibles d'évincer cette dernière du marché de l'exploitation des salles de cinéma. Le conseiller désigné a conclu à ce que « le préjudice subi par le plaignant est tellement insignifiant que le reproche d'abus de position dominante ne peut être raisonnablement retenu⁵ ».
19. Le Conseil partage cet avis et considère qu'il n'y a pas lieu de retenir un tel grief.

3.2. Aides d'Etat

20. Le plaignant reproche que les cinémas contrôlés par Utopia bénéficient, du fait de certains mécanismes, de subventions allouées par le Ministère de la Culture ce qui ne serait pas le cas des cinémas du circuit [REDACTED].
- Plus précisément, le plaignant soulève un doute quant à l'impartialité d'un actionnaire de référence d'Utopia Management S.A. et responsable du département film au CNA, qui se serait exprimé contre l'attribution d'une aide au groupe [REDACTED].
21. Le conseiller désigné, après avoir étudié respectivement l'aide d'Etat à la programmation et l'aide d'Etat à l'investissement, estime que les agissements mentionnés ci-dessus ne sont pas imputables à Utopia ce qui rend le Conseil incompétent pour en connaître. En tout état de cause, l'analyse des aides d'Etat ne tombe pas sous les compétences du Conseil.
22. Le Conseil rejoint le conseiller désigné pour rejeter un tel grief et considère qu'il n'y a pas lieu de consacrer à cette question de plus amples développements.

⁴ Courriel (plainte) de [REDACTED] du 4 mars 2015.

⁵ Communication des griefs, point 98.

3.3. Reprise par Utopia de Ciné Belval

23. Le plaignant affirme dans sa plainte que l'opération suivant laquelle Financière Mercure a repris le contrôle de [REDACTED] était destinée à céder Ciné Belval à Utopia : « *Quelques mois plus tard, Ciné Belval était cédé à Utopia S.A. A posteriori, il s'avère que les contacts entre Mercure Financière et Utopolis avaient déjà eu lieu avant la séparation⁶* ».

Il reproche à Utopia de s'être concertée avec Financière Mercure en vue d'éliminer le concurrent [REDACTED] du marché de l'exploitation cinématographique.

24. La communication des griefs ne s'attarde pas sur cette question, considérant qu' « *il n'est pas nécessaire d'analyser l'accord conclu entre Financière Mercure et Utopia sous l'angle d'un accord anticoncurrentiel dans la mesure où l'effet anticoncurrentiel résulte de la position dominante d'Utopia⁷* », mais s'interroge plutôt sur le danger pour la concurrence que pourrait représenter le rachat par Utopia de Ciné Belval. La question consiste à savoir si le renforcement ainsi opéré par Utopia de son éventuelle position dominante est susceptible de constituer un abus au sens de l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE ») et de l'article 5 de la loi.

25. C'est ce point qui retient également l'attention du Conseil dans les développements qui suivent.

3.4. Conclusion

26. Après avoir énuméré, au sein de la communication des griefs, les trois reproches énumérés supra, le conseiller désigné retient, au terme de son enquête, un seul grief qui constituerait selon lui une infraction aux articles 5 de la loi et 102 TFUE, bien que celui-ci n'ait pas formellement été exprimé par le plaignant.

Il s'agit de l'abus de position dominante potentiellement caractérisé par le rachat de Ciné Belval par Utopia.

C'est sur ce seul grief que le Conseil se penchera. Le Conseil fait siennes les conclusions du conseiller désigné en ce qu'il a rejeté les griefs énumérés ci-dessus.

⁶ Courriel (plainte) de [REDACTED] du 4 mars 2015.

⁷ Point 85 de la communication des griefs.

4. Observations procédurales

4.1. Sur le prétendu manque de clarté de la demande de renseignements

27. Utopia reproche au Conseil de ne pas lui avoir, dans le cadre de la procédure, adressé une demande de renseignements suffisamment précise et étayée. Notamment, elle indique dans sa réponse à la demande de renseignements, ne pas avoir été en mesure de s'expliquer de manière claire et suffisante au sujet de la reprise de Ciné Belval. Selon la défenderesse, ses droits fondamentaux en matière de procédure n'auraient pas été respectés :

« ... la Demande de Renseignements indique simplement que le Conseil mène à cette époque une enquête sur l'existence éventuelle d'infractions à l'article 5 de la Loi dans le secteur de l'exploitation de salles de cinéma et que cette enquête concerne notamment l'attribution d'aides d'Etat aux exploitants de salles de cinéma, la distribution des films dans les salles de cinéma sur le territoire de Luxembourg et la reprise de Ciné Belval. Seule la dernière question, sur un total de dix, concerne la reprise de Ciné Belval par le groupe Utopia en invitant Utopia à décrire brièvement l'opération en question. Or, si la reprise de Ciné Belval était le souci primordial à la fois de [REDACTED] et du conseiller désigné, le questionnaire aurait dû être plus explicite sur l'importance de cette question. Partant, la demande de Renseignements n'indique pas de manière suffisamment claire et précise les faits qui font l'objet de l'enquête et les présomptions que le conseiller désigné entend vérifier »⁸.

28. Le Conseil considère qu'un tel reproche est infondé et que la demande de renseignements ne montre pas d'insuffisance par rapport à ce que requiert la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour »).

29. Selon la Cour, *« il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de faits et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 256 TFUE doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée »⁹.*

30. Il n'est, ainsi, pas dit que la demande de renseignements doit contenir, de manière détaillée, l'ensemble des soupçons entretenus par le conseiller désigné. Le contexte de la demande, ainsi que l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée, sont autant d'indices qu'il convient pour l'entreprise destinataire de prendre en compte afin

⁸ Réponse d'Utopia à la demande de renseignements du 20 juillet 2015.

⁹ Voir en ce sens et par analogie les arrêts de la Cour *Nexan SA et Nexans SAS France / Commission*, C-37/13P, ECLI:EU:C:2014:2030, point 32, et *Solvay SA/Commission*, C-110/10P, ECLI:EU:C:2011:687.

de prendre conscience des griefs qui pourraient être formulés à son encontre.

31. La Cour semble, néanmoins, avoir récemment durci sa position concernant la motivation de la demande de renseignements adressée par la Commission ou une autorité nationale de concurrence aux entreprises. Ainsi, elle a récemment annulé des décisions de la Commission relatives aux demandes de renseignements adressées aux cimentiers¹⁰ :

« ... une motivation excessivement succincte, vague et générique et, à certains égards, ambiguë, ne saurait satisfaire aux exigences de motivation fixées par l'article 18, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, pour justifier une demande de renseignements qui, comme dans la présente affaire, est intervenue plus de deux années après les premières inspections, alors que la Commission avait déjà adressé plusieurs demandes de renseignements à des entreprises soupçonnées d'avoir participé à une infraction et plusieurs mois après la décision d'ouverture de la procédure. Compte tenu de ces éléments, il y a lieu de constater que la décision litigieuse a été adoptée à une date où la Commission disposait déjà d'informations qui lui aurait permis d'exposer avec davantage de précision les soupçons d'infraction qui pesaient sur les entreprises en cause »¹¹. (souligné par le Conseil).

32. Le Conseil considère que les reproches adressés par la Cour ne sont pas transposables au cas d'espèce dans la mesure où il apparaît clairement, au regard des circonstances et du déroulement de la procédure, que le conseiller désigné n'était pas en mesure de communiquer de plus amples informations au moment de l'envoi de la demande de renseignements. Cette dernière a, en effet, été formulée à un moment précoce de la procédure inquisitoire, moins de trois mois après la désignation du conseiller désigné. Le fait que ce dernier se soit concentré sur la reprise du Ciné Belval comme grief principal résulte de l'orientation prise par l'enquête après plusieurs mois de recherches.

4.2. Sur les reproches adressés par Utopia concernant [REDACTED]

33. Utopia reproche au plaignant d'avoir divulgué dans la presse certaines informations contenues dans la communication des griefs et de les avoir détournées à son avantage.

Dans sa réponse à la communication des griefs du 20 juillet 2015, elle s'estime lésée dans son image auprès des consommateurs par de tels agissements. Elle demande ainsi au Conseil de bien vouloir agir en conséquence :

« ... Utopia se réserve le droit d'intenter toute action jugée nécessaire devant toute juridiction compétente pour protéger sa réputation, dans le cas où le Conseil

¹⁰Voir en ce sens l'arrêt de la Cour, *Heidelberg Cement/Commission* C-247/14P, ECLI:EU:C:2016:149 e.a.

¹¹ Voir l'arrêt de la Cour, *Heidelberg Cement/Commission*, susmentionné, point 39.

n'interviendrait pas lui-même pour faire cesser de tels comportements ou sanctionner le plaignant pour non-respect de la confidentialité attachée à la communication des griefs et du principe général du secret d'instruction »¹².

34. Il ressort de l'article 8, paragraphe 2 du règlement 773/2004¹³ relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 101 et 102 TFUE que :

« Les documents auxquels le plaignant a eu accès dans le cadre de procédures menées par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité ne peuvent être utilisés par le plaignant qu'aux fins de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application de ces dispositions du traité ».

Dans son manuel de procédure, la Commission prévoit en outre qu'une déclaration de confidentialité devrait être signée par les parties, y compris le plaignant, avant que la communication des griefs, dans sa version confidentielle, ne leur soit communiquée¹⁴.

35. Aucune obligation similaire n'existe cependant en droit luxembourgeois si bien que le Conseil n'est pas compétent pour sanctionner les agissements du plaignant.

Il appartient cependant le cas échéant aux juridictions civiles saisies par une partie prétendument lésée par la divulgation d'une communication des griefs à la presse de se prononcer sur le caractère éventuellement fautif d'une telle divulgation dans le cadre d'une action en responsabilité civile.

5. Affectation du commerce entre Etats membres et droit applicable

36. Afin de déterminer le droit applicable, il est nécessaire de faire une analyse de l'affectation du commerce entre États membres. Les articles 101 et 102 du TFUE s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres de l'Union européenne (ci-après « UE ») :

« 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

¹² Réponse d'Utopia à la communication des griefs du 20 juillet 2015.

¹³ Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE.

¹⁴ Voir Antitrust Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 101 and 102 TFEU, mars 2012, Chapitre 11, point 39.

intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. (...)»

37. La notion d'affectation du commerce intra-communautaire est le critère de compétence qui détermine l'applicabilité des règles de concurrence de l'UE. Le régime communautaire d'application des règles de concurrence¹⁵ fait obligation aux juridictions et autorités de concurrence nationales d'appliquer les règles de concurrence de l'UE à tous les accords et pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre les pays de l'UE.¹⁶ 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 d'un marché unique entre États.
38. En cas de non-affectation du commerce entre États membres, uniquement la législation nationale, en l'espèce l'article 5 de la loi, est d'application.
39. L'analyse de l'affectation du commerce entre États membres est indépendante de l'analyse du marché géographique pertinent. Ainsi le commerce interétatique peut être affecté même dans le cas d'un marché en cause national.¹⁷ Il est généralement admis qu'un abus dans le chef d'une entreprise détenant une position dominante sur le plan national a la capacité d'affecter sensiblement le commerce intra-communautaire :

*« Lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce. La conjonction de la position de marché de l'entreprise dominante et de la nature anticoncurrentielle de son comportement implique que, normalement, ces abus affectent sensiblement le commerce par leur nature même. »*¹⁸

40. En ce sens, l'affectation du commerce entre États membres est manifeste. Il en découle que le droit applicable est l'article 102 TFUE, ainsi que l'article 5 de la loi.

¹⁵ Tel que fixé par le 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 CE.

¹⁶ Voir, par exemple : http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126113_fr.htm.

¹⁷ 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.

¹⁸ Ibid., point 96.

6. Définition du marché en cause

6.1. Rappel des principes

41. La définition du marché pertinent revêt une importance toute particulière dans l'étude d'une éventuelle position dominante occupée par une entreprise. Le résultat est susceptible de varier suivant la définition retenue. 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 »¹⁹ : *« 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. »*²⁰
42. Il apparaît que le marché en cause doit être défini en termes de produits d'une part, et en termes d'aire géographique d'autre part : *« le marché en cause dans le cadre duquel il convient d'apprécier un problème donné de concurrence est donc déterminé en combinant le marché de produits et le marché géographique. »*²¹

6.2. Définition du marché de produits et services

43. Selon la Commission, dans le cadre de sa communication précitée, *« 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. »*²²
44. Au niveau des produits, la notion déterminante est donc celle de substituabilité, tant du côté de l'offre que de la demande :

« 7. (...) 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 (...) ».

« 13. « (...) la concurrence soumet les entreprises à trois grandes sources de contraintes: la substituabilité du côté de la demande, la substituabilité au niveau de

¹⁹ 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).

²⁰ Ibid, point 2.

²¹ Ibid, point 9.

²² Ibid, point 7.

l'offre et la concurrence potentielle. D'un point de vue économique, pour une définition du marché en cause la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. Une entreprise ou un groupe d'entreprises ne peut avoir une influence déterminante sur les conditions de vente existantes (prix par exemple), si sa clientèle est en mesure de se tourner sans difficulté vers des produits de substitution ou vers des fournisseurs implantés ailleurs. Cet exercice de définition du marché consiste, fondamentalement, à identifier les autres sources réelles d'approvisionnement auxquelles les clients des entreprises en cause peuvent recourir, tant sous l'angle des produits ou des services que ces autres fournisseurs proposent que du point de vue de leur localisation géographique (...) ».

45. Selon le conseiller désigné, il est nécessaire de faire la distinction entre le marché de la distribution de films et le marché de l'exploitation de salles de cinéma. En raison du rôle insignifiant joué par Utopia sur le marché de la distribution de films au Luxembourg, ce premier marché est écarté par la communication des griefs. C'est sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma, c'est-à-dire la diffusion et la vente de tickets de cinéma, que se concentre donc l'analyse.
46. Utopia, afin de démontrer l'absence de position dominante, argumente que les canaux alternatifs de distribution, c'est-à-dire numériques, de films doivent être pris en compte dans la définition du marché pertinent :

« Cette concurrence provient avant tout de la diffusion et disponibilité croissante de films par d'autres canaux que le cinéma, tels que notamment :

- *Le DVD*
- *Le Blu-Ray*
- *La vidéo à la demande*
- *Le pay-per-view et*
- *La plateforme de streaming (par exemple Netflix) »²³.*

L'argumentation principale suivie par Utopia consiste à démontrer l'essor connu par ces modes alternatifs de distribution de films au cours de ces dernières années ainsi que leur succès auprès de la clientèle.

47. Le Conseil ne nie pas l'existence d'une pression concurrentielle importante liée au développement rapide de ces outils alternatifs pour le visionnage d'œuvres cinématographiques. Toutefois, si l'on se place sous l'angle de la substituabilité des produits comme nous y invite la Commission, il apparaît que le marché pertinent ne peut être ainsi étendu.

²³ Réponse d'Utopia à la communication des griefs du 20 juillet 2015, point 23.

En effet, le Conseil se rallie à l'avis du conseiller désigné selon lequel « *aucun visiteur de cinéma ne substituerait une soirée de télévision à une visite au cinéma suite à une augmentation légère, mais durable, des prix des tickets de cinéma* ». Ce raisonnement est d'ailleurs confirmé par le graphique versé au débat par Utopia selon lequel 61% des répondants disent aller au cinéma en guise de sortie²⁴. Il apparaît alors que, pour une large frange de la population et malgré un progrès technique indéniable, le visionnage de films à son domicile ne saurait être substituable à une sortie au cinéma.

La pratique administrative de l'Office of Fair Trading considère ainsi que :

*« in previous CC and OFT decisions, it has been found that film exhibition was in a separate market from film distribution. It was also noted that film exhibition was not found to be part of a wider market for the supply of leisure activity services and that visiting a cinema is not part of a wider market including viewing films on television screens, either from a video cassette or DVD or from free-to-view or pay television. »*²⁵

48. Par ailleurs, le Conseil rejette l'argument d'Utopia selon lequel la fréquentation des salles de cinéma luxembourgeoises a tendance à baisser. En effet, une récente étude menée par l'Observatoire Européen de l'Audiovisuel démontre qu'entre 2014 et 2015, l'affluence dans les salles de cinéma luxembourgeoises a augmenté de 15%²⁶.

6.3. Définition du marché géographique

49. Selon la Commission²⁷, « *le marché géographique en cause 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* ». La question est ainsi de savoir si, dans l'hypothèse d'une hausse légère mais durable du prix d'un bien ou d'un service, les consommateurs seraient susceptibles de se reporter sur une offre similaire dans une zone géographique donnée.
50. Utopia, dans sa réponse à la communication des griefs, affirme que c'est à tort que le conseiller désigné a constaté l'existence d'un marché d'ampleur nationale, étant donné

²⁴ Ibid, point 41.

²⁵ Voir décision de l'OFT, 6 octobre 2011, Anticipated acquisition by Odeon Cinema Holdings of assets of Reel Cinemas (UK) Limited.

²⁶ 12/02/2016 : Press release - 2015 sees EU cinema attendance hit second major peak of the past decade. Disponible sur le site Internet de l'Observatoire Européen de l'Audiovisuel (http://www.obs.coe.int/documents/205595/264487/Berlinale2016_table_EN.png/68161116-dac3-49b9-8469-e1f32d8a5175?t=1455269295000?t=1455269295237).

²⁷ 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), point 8.

« *les particularités du Luxembourg, notamment en termes de taille et de langues* »²⁸. L'argumentaire développé par Utopia fait ainsi référence à une zone de chalandise s'étendant au-delà des frontières du Grand-Duché, en raison de la proximité de certains complexes cinématographiques, belges et français :

« (...) *en l'espèce, les circonstances existant sur le marché luxembourgeois ne sont pas à ce point différentes de celles que l'on retrouve en France ou en Belgique, pour ce que le marché doit être délimité de façon nationale, et non locale comme c'est le cas dans ces deux pays* »²⁹.

A titre principal, Utopia conclut donc à l'existence d'un marché local englobant les cinémas se trouvant dans un rayon de vingt minutes de voiture autour du Ciné Belval. A titre liminaire, elle tente de démontrer l'existence d'un marché régional, circonscrit à la Grande Région.

51. Le Conseil rejette cette démonstration, tout d'abord en ce que celle-ci fait abstraction des préférences des consommateurs, pourtant centrales en ce qui concerne le marché de l'exploitation des salles de cinéma.

En se rendant dans les cinémas luxembourgeois – Utopolis Kirchberg, Utopia, Starlight Dudelange, Utopolis Belval -, les spectateurs ont accès aux films la plupart du temps en version originale, souvent sous-titrés en français, allemand ou encore néerlandais. Certains films sont également projetés en luxembourgeois, langue nationale du Grand-Duché depuis 1984 et langue principale de 56% des habitants³⁰. La même diversité en termes linguistiques ne peut, à l'évidence, pas être retrouvée au sein des cinémas français – Utopolis Longwy, Kinopolis Thionville, ou belge (Ciné-Espace Arlon). Le Conseil considère ainsi que le marché de l'exploitation de salles de cinéma comporte une dimension nationale incontestable, et ce malgré le fait qu'un nombre important de résidents parlent le français quotidiennement. Les particularités géographiques exposées permettent de conclure à ce qu'un déplacement vers l'étranger de la demande par les spectateurs de cinéma demeurerait, en tout état de cause, marginal au regard des préférences des consommateurs concernés.

Le tableau ci-dessous représente la programmation de films, dans les cinémas concernés, sur trois semaines du 20 avril au 17 mai 2016. Pour cinq films classés en tête du box office durant cette période, sont indiqués, en pourcentages, le nombre de séances en version originale anglaise sous-titrés en français et allemand, version française et version allemande. Les résultats permettent de conclure à la non substituabilité entre l'offre proposée par les cinémas luxembourgeois d'une part, et celle proposée par les cinémas français et belge d'autre part. Seule la version française est, en effet, proposée

²⁸ Réponse d'Utopia à la communication des griefs du 20 juillet 2015, point 53.

²⁹ Ibid, point 58.

³⁰ <http://www.luxembourg.public.lu/fr/vivre/index.html>

par ces derniers alors que les Utopolis Kirchberg et Belval proposent un choix bien plus large de versions et sous-titres.

	The Jungle book	%	Batman v Superman	%	Kung Fu Panda 3	%	Robinson Crusoe	%	Zootopia	%
Utopolis Kirchberg	VO ST. FR et DE	53	VO ST. FR et DE	100	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	51
	FR	24	FR	0	FR	49	FR	50	FR	0
	DE	23	DE	0	DE	51	DE	50	DE	49
Utopolis Belval	VO ST. FR et DE	17	VO ST. FR et DE	36	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0
	FR	30	FR	0	FR	56	FR	50	FR	0
	DE	53	DE	64	DE	44	DE	50	DE	100
Kinepolis Thionville	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0
	FR	100	FR	100	FR	100	FR	100	FR	100
	DE	0	DE	0	DE	0	DE	0	DE	0
Utopolis Longwy	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0
	FR	100	FR	100	FR	100	FR	100	FR	100
	DE	0	DE	0	DE	0	DE	0	DE	0
Ciné-Espace Arlon	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0	VO ST. FR et DE	0
	FR	100	FR	100	FR	100	FR	100	FR	100
	DE	0	DE	0	DE	0	DE	0	DE	0

Tableau 1 : tableau réalisé par le Conseil sur la base des programmes publiés par les journaux quotidiens luxembourgeois.

52. Toutefois, le Conseil s'accorde à considérer que le marché des salles de cinéma possède également les caractéristiques d'un marché local dans la mesure où les spectateurs ne sont pas prêts à se déplacer au-delà d'un certain rayon autour de leur lieu d'habitation. La jurisprudence montre que la grande majorité des spectateurs assistant à une séance de cinéma vit dans un rayon de 15-20 minutes de voiture autour de celui-ci. L'autorité britannique a ainsi exposé les contours du marché pertinent comme suit :

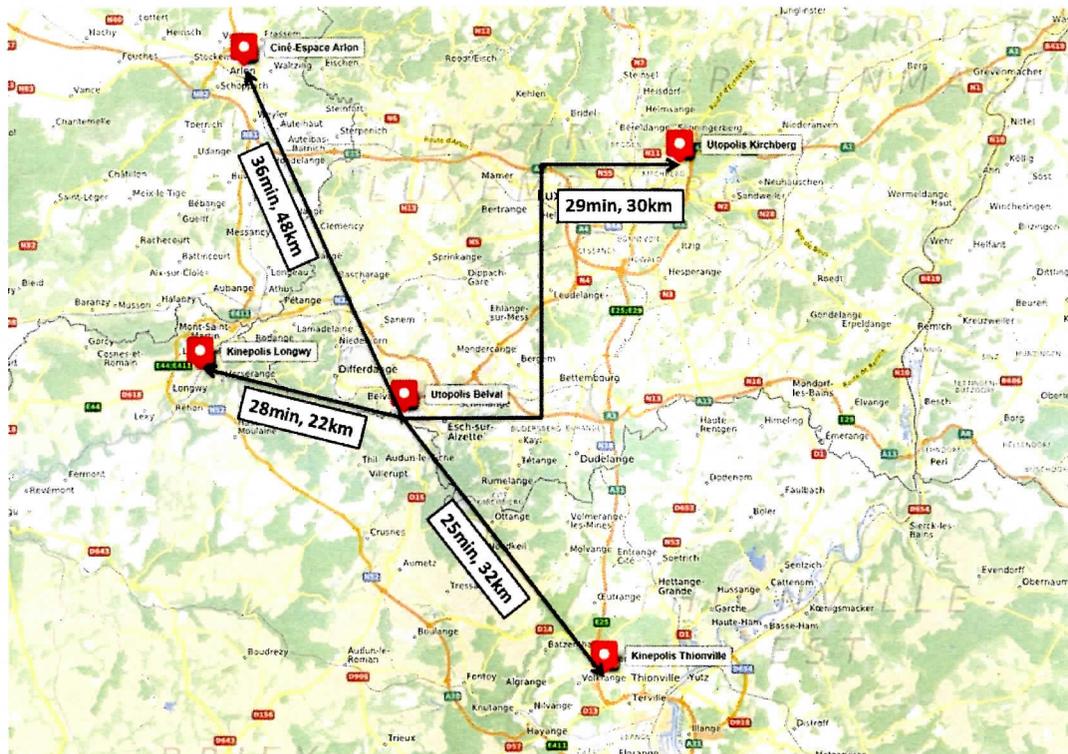
« We received evidence on geographic market from other cinema exhibitors. One based its assessments of cinema locations on 10- and 20-minute drive-time isochrones centered on cinema. It also said that within an isochrone, the quality of a competitor cinema's facilities impacted on its importance as a competitor. Another said that it considered 15- and 20- minute drive-time isochrones when looking at a potential site, and that, generally, 80 per cent of its revenue was generated from customers within a 5-mile radius of a cinema. A third provided us with data on the postcodes of people booking tickets over the internet. This showed that, typically, 75 per cent of customers

booking in this way lived within a 20-minutes drive of the cinema »³¹.

53. La proximité d'un cinéma apparaît donc centrale pour le consommateur. Toutefois, si l'on examine l'offre de cinémas présente autour de l'Utopolis Belval, les affirmations avancées par Utopia ne sont pas confirmées. En effet, et bien qu'Utopia ne mentionne pas les cinémas français et belges à proximité auxquels elle fait référence, il semblerait qu'il s'agisse du Kinopolis Thionville à 25 minutes de voiture, du Kinopolis Saint-Julien-lès-Metz à 47 minutes, de l'Utopolis Longwy à 28 minutes et du Ciné-Espace Arlon à 36 minutes³². Or, parmi ces trois cinémas, un seul se trouve dans un rayon correspondant approximativement aux conditions ci-dessus : il s'agit du Kinopolis Thionville, situé à vingt-cinq minutes de voiture de l'Utopolis Belval. Un doute pourrait être émis concernant l'Utopolis Longwy. Toutefois, il ne saurait, en tout état de cause, représenter une concurrence pour le groupe Utopia. La seule présence du Kinopolis Thionville ne permet pas de démontrer qu'une concurrence réelle existe sur le marché local envisagé, dans la mesure où il s'agit d'un concurrent unique, tout d'abord, mais en plus que celui-ci se situe à une distance importante, bien que pas improbable. Quand bien même ces arguments ne suffiraient pas à convaincre de l'influence acquise par Utopia dans la zone, il convient de remarquer que dans un rayon identique voire moindre, se situent l'Utopolis Kirchberg, Utopia et le Ciné-Starlight. Il est alors logique d'inclure ces complexes dans la définition du marché géographique si l'on envisage celui-ci au niveau local.
54. Un marché local peut également être envisagé autour de l'Utopolis Kirchberg. Dans cette zone, Utopia n'est confrontée à aucun concurrent, si l'on considère de nouveau que le marché pertinent doit être délimité dans une zone de chalandise d'une vingtaine de minutes de voiture autour du cinéma concerné.

³¹ UK Competition, 24 février 2006, Vue Entertainment Holdings Ltd and A3 Cinema Limited.

³² Tous ces temps de trajets ont été évalués en heures creuses en empruntant le chemin le plus rapide.



Carte représentant les divers complexes susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur l'Utopolis Belval.

55. Les arguments, avancés par Utopia et selon lesquels le rachat du Ciné Belval n'aurait pas impacté les habitudes des consommateurs habitant au Nord de Luxembourg, ne sont pas davantage recevables. En effet, si l'on suit la logique développée par Utopia selon laquelle le marché est local et non national, il apparaît que ces développements n'ont pas lieu d'être dans l'analyse. Ces consommateurs appartiennent ainsi à un marché local distinct car situé à plus de vingt minutes de voiture de l'Utopolis Belval. Le territoire du Grand-Duché peut ainsi être sectionné en plusieurs marchés locaux.

6.4. Conclusion sur la définition du marché pertinent

56. Le Conseil estime que le marché pertinent peut être défini à la fois comme national et local, en raison des préférences des consommateurs d'une part, et de ce qui pourrait être qualifié de zone de chalandise d'autre part.

7. Position dominante

7.1. Principes

7.1.1. Définition de la position dominante

57. Après avoir défini le marché en cause, 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, il est communément admis que l'entreprise qui en bénéficie est dotée d'une responsabilité spéciale vis-à-vis de ses consommateurs ainsi que de ses concurrents. C'est pour cette raison que certains comportements lui sont expressément prohibés.
58. La lecture combinée des articles 102 TFUE et de l'article 5 de la loi prévoit que l'infraction est caractérisée dès lors que deux facteurs sont réunis :
- Une position dominante ;
 - Un abus de cette position dominante.
59. Ces deux éléments seront examinés par la suite afin de déterminer si la société Utopia s'est rendue coupable d'un abus de position dominante sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma.
60. La Cour définit, et ce 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 Cour a par exemple affirmé que :
- « La position dominante visée à l'article 102 TFUE concerne une situation 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. »³³*
61. Cette définition est également retenue par la Commission dans ses communications. Ainsi, il ressort de ce qui précède que l'entreprise en position dominante est celle pouvant adopter un comportement autonome ou encore celle bénéficiant d'un fort pouvoir de marché.

³³ Arrêt de la Cour, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, point 23.

7.1.2. Détermination de l'existence de la position dominante

62. Comme exposé plus haut, la notion de position dominante appelle la notion sous-jacente de « pouvoir de marché ». Aussi, la Commission, dans sa communication relative à l'application de l'article 102 TFUE (ex article 82 du traité CE)³⁴, prévoit que trois éléments doivent être pris en compte quant à la détermination du pouvoir de marché d'une entreprise, à savoir :

- La position sur le marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents ;
- L'effet potentiel de l'expansion de concurrents réels ou de l'entrée de concurrents potentiels ;
- La puissance d'achat compensatrice des clients.

63. Parmi les trois éléments susmentionnés, le premier élément à prendre en considération sont les parts de marché des entreprises présentes qui permettent de donner un premier aperçu quant à la structure du marché.

64. Il est de jurisprudence constante que les parts de marché dépassant 70% du marché en causent présument, sauf circonstances exceptionnelles, d'une position dominante sur ce marché. S'il ne s'agit que d'une présomption simple qu'il est possible de renverser, la Cour a, à de maintes reprises, usé de cette présomption pour caractériser l'existence d'une position dominante³⁵.

65. Cette notion a par la suite été affinée, les juges du Tribunal de Premier Instance affirmant que :

*« En l'espèce, il est démontré que Hilti détient, sur le marché en cause, une part s'élevant entre 70 à 80 %. Une telle part constitue, en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante sur le marché en cause. »*³⁶

7.2. Analyse de la position dominante

66. Comme il l'a été exposé supra, le marché en cause retenu est celui de l'exploitation des salles de cinéma. La dimension géographique de ce marché est quant à elle à la fois nationale et locale.

67. Dans sa communication des griefs, le conseiller désigné a fondé son calcul des parts de marché de l'entreprise Utopia sur les deux critères suivants : le nombre de fauteuils et le

³⁴ 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.

³⁵ Voir l'arrêt de la Cour, *Hoffmann-La Roche/Commission*, ECLI:EU:C:1978:108, point 41.

³⁶ Voir l'arrêt du Tribunal, *Hilti AG/Commission*, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, point 92.

nombre de tickets vendables par semaine. « *Le nombre de tickets vendables par semaine s'obtient en multipliant le nombre de fauteuils, pour chaque salle de cinéma, par le nombre de séances hebdomadaires dans cette salle. De cette façon s'obtient le nombre maximal de tickets qu'un cinéma aurait pu vendre sur une semaine si toutes les séances de la semaine avaient affiché complet.* »³⁷

68. Lors de son investigation, le conseiller désigné est arrivé à la conclusion que la société Utopia bénéficiait d'une position dominante sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma, quel que soit le critère retenu.
69. La partie visée, quant à elle, soutient que les données utilisées pour arriver à une telle conclusion sont erronées et que, partant, les parts de marché de la société Utopia sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma auraient été surévaluées. A l'appui de cet argumentaire, la partie visée expose notamment le fait que les données prises en compte sont uniquement postérieures au rachat du Ciné Belval par celle-ci et le fait que les cinémas du canal CDAC ne devraient pas être pris en compte dans le calcul des parts de marché d'Utopia.
70. La société visée soutient en outre qu'elle ferait face à une forte pression concurrentielle de la part des canaux de distribution numériques, que l'entrée de nouveaux concurrents au cours des dernières années la contraindrait à maintenir un comportement concurrentiel sur le marché et enfin que les consommateurs bénéficieraient d'une réelle puissance d'achat compensatrice.
71. Le Conseil est d'avis que le critère à retenir pour le calcul des parts de marché sur le marché de l'exploitation des salles cinématographiques ne doit pas reposer sur le nombre de tickets vendables, mais plutôt sur le nombre de tickets vendus par entité et par an.
72. La société Utopia bénéficiait déjà d'une position dominante sur le marché en cause avant même le rachat du Ciné Belval comme il en ressort du tableau ci-dessous. Cette reprise n'a fait que renforcer cette position dominante, de sorte que la société Utopia est en situation de quasi-monopole sur le marché de l'exploitation de salles cinématographiques au niveau national, tant avant qu'après la concentration.

³⁷ Communication des griefs, point 69.

Cinéma	Nombre de tickets vendus			
	2012	2013	2014	2015
Utopolis Kirchberg	786211,00	736430,00	695392,00	775845,00
Utopia Limpertsberg	142192,00	142897,00	125857,00	118470,00
Utopolis Belval		205014,00	195943,00	251638,00
Total visiteurs Utopia	928403,00	1084341,00	1017192,00	1145953,00
CineAriston	6449,00	7177,00	4902,00	4904,00
CineErmesinde			737,00	1834,00
CineKinosch	3313,00	1646,00	1023,00	951,00
CineKursaal	3626,00	3918,00	3127,00	4475,00
CineWaasserhaus	2149,00	7590,00	5876,00	8500,00
CineBelval	210207,00	Reprise par Utopia : Avril 2013		
Total visiteurs	225744,00	20331,00	15665,00	20664,00
Total visiteurs	1154147,00	1104672,00	1032857,00	1166617,00
Parts de marché Utopia	80,44	98,16	98,48	98,23
Parts de marché	19,56	1,84	1,52	1,77

Tableau 2 : Parts de marché des exploitants de salles de cinéma sur la période 2012/2015.

73. Ainsi, il apparaît que, dès 2012, Utopia bénéficiait d'une part de marché de 80,44% qui est telle qu'il est incontestable que l'entreprise bénéficiait d'une position dominante sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma, c'est-à-dire avant la reprise de CineBelval, qui était le complexe le plus à même de réellement exercer une pression concurrentielle effective sur l'entreprise en cause.

74. Concernant l'argument relatif à la pression concurrentielle exercée par les canaux de distribution alternatifs, cette question a déjà été éludée dans la mesure où ces derniers ne font pas partie du marché de produits. Le Conseil estime également que les consommateurs n'ont pas de puissance d'achat compensatrice sur ce marché car l'activité « aller au cinéma » constitue une offre singulière qui ne possède pas de substitut. Enfin, concernant la pression concurrentielle exercée par les concurrents actuels ou potentiels, c'est à juste titre que la communication des griefs a retenu le point suivant :

« De plus, il convient de constater qu'Utopia ne dispose à l'heure d'aucun concurrent important sur le marché en cause. Utopia confirme en effet que toutes les autres entités qui exploitent des salles de cinéma sont « soit des associations sans but lucratif subventionnées, soit des institutions publiques (municipalités ou ministères) (...) alors qu'Utopia S.A. est la seule société commerciale » »³⁸.

³⁸ Communication des griefs, point 71.

7.3. Conclusion sur la position dominante

75. Il ressort des éléments du dossier ainsi que de l'inspection faite par le Conseil que la société Utopia bénéficiait déjà d'une position dominante en 2012, c'est-à-dire avant la reprise de Ciné Belval qui a eu lieu en avril 2013. Depuis, elle se trouve en situation de quasi-monopole sur le marché de l'exploitation de salles cinématographiques, que ce soit au niveau national ou local.

8. **Abus de position dominante**

8.1. Principes

76. Selon une jurisprudence constante, l'abus de position dominante consiste, pour l'entreprise qui en bénéficie, à faire obstacle à une concurrence effective en raison de son comportement sur le marché. En effet, la Cour a de maintes fois affirmé que si la position dominante n'était pas répréhensible en elle-même, les entreprises en jouissant sont investies d'une responsabilité spéciale en raison des dommages importants qu'elles pourraient faire subir aux consommateurs finaux.

A titre d'exemple, la Cour a affirmé que :

« L'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 102 TFUE est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence. »³⁹

77. Il existe principalement trois types d'abus : l'abus d'exploitation, l'abus d'éviction et l'abus de représailles. Si l'article 102 TFUE dresse une liste non-exhaustive d'abus, la Commission et les Autorités Nationales de Concurrence (ci-après : « ANC ») se réservent toute latitude pour étendre cette liste dès lors qu'un comportement unilatéral est susceptible d'entraver la concurrence.

78. Il est par ailleurs important de noter que la Commission adopte depuis plusieurs années maintenant une analyse des pratiques anticoncurrentielles non plus fondée sur leurs formes, mais sur leurs effets. En d'autres termes, il ne convient plus de caractériser

³⁹ Voir l'arrêt de la Cour, *TeliaSonera Sverige AB*, précité, point 27.

l'abus en tant que pratique, mais bien de se concentrer sur ses potentiels effets sur la structure de la concurrence et sur le consommateur final.

8.2. Analyse de l'abus

79. Il convient préalablement de rappeler que, bien que la plainte déposée au Conseil comporte trois volets, il ressort de l'instruction et notamment de l'audition des parties qu'un seul grief subsiste : la reprise prétendument abusive du Ciné Belval par la société Utopia.

8.2.1. Sur la compétence du Conseil

8.2.1.1. Sur l'absence de contrôle des concentrations au Luxembourg

80. Il convient de rappeler à titre préliminaire, et comme l'ont fait le conseiller désigné ainsi que la partie visée dans ses observations, que le Luxembourg est le seul pays de l'UE ne possédant pas de contrôle des concentrations. A ce titre, la reprise d'une entreprise constituant sans contestation possible une opération de concentration, il semblerait de prime abord que le Conseil soit incompetent pour traiter de l'affaire.

81. Pourtant, le conseiller désigné dans sa communication des griefs a affirmé que :

« Le Luxembourg ne dispose pas d'un contrôle de concentration à l'instar des autres pays européens. Néanmoins, le renforcement d'une position dominante par le rachat d'une entreprise concurrente peut le cas échéant, dans certaines conditions, constituer une violation à l'article 5 de la loi relative à la concurrence ainsi qu'à l'article 102 du TFUE.

La Cour considère en effet que toute mesure structurelle est susceptible d'avoir une incidence sur les conditions du marché, dès lors qu'elle accroît les dimensions et la puissance économique de l'entreprise en position dominante⁴⁰, et même si cette mesure n'est pas explicitement prévue dans les pratiques énumérées à l'article 102 TFUE. »⁴¹

82. Ainsi, se fondant sur la jurisprudence *Continental Can*, dont le raisonnement est reproduit ci-dessous, le conseiller désigné a pu admettre que le Conseil est compétent pour traiter de l'affaire. La Cour a en effet retenu que :

⁴⁰ Voir l'arrêt de la Cour, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. / Commission*, C-6-72, ECLI:EU:C:1975:50.

⁴¹ Communication des griefs, points 114 et 115.

« L'énumération de pratiques abusives contenue à l'article 86 du traité n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le traité. L'article 86 ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective, telle que mentionnée à l'article 3, lettre f du traité. Le fait, par une entreprise en position dominante, quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entrave substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisse subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante, est dès lors susceptible de constituer un abus. »⁴²

83. La Cour a encore retenu en ce qui concerne l'achat par une entreprise dominante des parts sociales d'une entreprise concurrente que :

« l'achat d'une participation majoritaire dans une entreprise concurrente par une entreprise ou groupe d'entreprises détenant déjà une position dominante pouvait dans certaines circonstances constituer une exploitation abusive de cette position ; que tel serait le cas du fait par une entreprise en position dominante de renforcer celle-ci par voie de concentration, dès lors que la concurrence effective ou potentielle serait pratiquement éliminée pour les produits en cause dans une partie substantielle du marché commun; attendu que si, en effet, peut-être, en dehors de toute faute, considérée comme abusive la détention d'une position dominante portée à un point tel que les objectifs du traité se trouvent tournés par une modification si substantielle de la structure de l'offre que la liberté de comportement du consommateur sur le marché se trouve gravement compromise, l'élimination pratique de toute concurrence rentre nécessairement dans un tel cadre; que, bien qu'une condition aussi restrictive que l'élimination de toute concurrence ne soit pas exigée dans tous les cas, dès lors que c'est sur une telle élimination que la Commission a établi sa décision, il lui appartenait de la justifier à suffisance de droit ou à tout le moins d'établir que la concurrence était si substantiellement affectée que les compétiteurs résiduels n'étaient pas susceptibles de constituer un contrepoids suffisant. »⁴³

84. Aussi, le rachat d'un concurrent étant une mesure structurelle susceptible d'affecter la concurrence effective sur les marchés, le conseiller désigné a pu se fonder exclusivement sur la lettre de l'article 102 TFUE pour rendre sa communication des griefs.

85. L'approche de la partie visée est quant à elle bien différente. En effet, celle-ci soulève que la jurisprudence *Continental Can* n'a eu qu'une portée politique ayant pour vocation de pousser les Etats membres à adopter un règlement de dimension communautaire relatif au contrôle des concentrations.

⁴² Voir l'arrêt de la Cour, *Continental Can*, précité.

⁴³ Voir l'arrêt de la Cour, *Continental Can*, précité.

86. Le règlement (CEE) n°4064/89 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, ensuite réformé par le règlement n°139/2004, ont introduit un cadre institutionnel et légal permettant à la Commission d'instaurer un tel contrôle *a priori*. Les Etats membres ont par la suite instauré un contrôle national des concentrations au cas où les seuils requis par les règlements susmentionnés ne soient pas atteints.

87. La lettre du règlement n°139/2004, et notamment son article 21 paragraphe 1^{er} prévoirait qu'il soit seul applicable aux opérations de concentration visées à l'article 3 du même règlement. L'article en question dispose en effet que :

« Le présent règlement est seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3, et les règlements du Conseil (CE) no 1/2003 (1), (CEE) no 1017/68 (2), (CEE) no 4056/86 (3) et (CEE) no 3975/87 (4) ne sont pas applicables, sauf aux entreprises communes qui n'ont pas de dimension communautaire et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes. »

88. Ainsi, la partie visée conclut que le règlement n°139/2004 serait seul applicable en l'espèce. Plus encore, elle affirme que : *« une opération de concentration telle que la reprise de Ciné Belval par Utopia en avril 2013, ne pourrait valablement être examinée sous l'article 5 de la loi sur la concurrence et de l'article 102 du TFUE. »*⁴⁴

8.2.1.2. Appréciation du Conseil

89. Le Conseil fait siennes les conclusions rendues par le conseiller désigné et s'estime compétent pour traiter de l'affaire.

90. L'entreprise visée soutient que : *« L'article 21, paragraphe 1^{er}, du règlement n°139/2004 prévoit en effet que « le règlement est seul applicable aux opérations de concentration telles que définies à l'article 3 », c'est-à-dire indépendamment du fait qu'elles dépassent ou non les seuils définis à l'article 1^{er}. Le texte poursuit en indiquant que les règlements d'application des articles 101 et 102 du TFUE ne sont pas applicables, sauf en ce qui concerne les entreprises communes qui n'ont pas de dimension européenne et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes »*⁴⁵. Cette dernière conclut en l'application exclusive du règlement n°139/2004 à l'opération faisant l'objet de la présente décision.

91. Il est vrai que le législateur européen a souhaité instaurer cette disposition prévoyant l'inapplication du règlement n°1/2003 aux opérations constituant une concentration au

⁴⁴ Observations de la partie visée, point 121.

⁴⁵ Ibid, point 112.

sens du règlement n°139/2004. Même en l'absence de dimension communautaire, le règlement n°1/2003 ne saurait s'appliquer, de sorte que ce sont les législations nationales qui prendraient la relève pour investiguer des opérations susceptibles de substantiellement entraver la concurrence sur les marchés. Partant, l'argument selon lequel le règlement n°1/2003 ne serait pas applicable au cas d'espèce est tout à fait valide.

92. Cependant, s'il est vrai que l'application de l'article 102 TFUE à travers la procédure du règlement n°1/2003 n'est en l'espèce pas permise, il n'en demeure pas moins que l'article susvisé est une disposition de droit primaire européen, d'application directe dans les ordres juridiques nationaux⁴⁶. Aussi, si l'article 21 du règlement n°139/2004 prévoit effectivement l'inapplicabilité de la procédure prévue par le règlement n°1/2003, il ne saurait en aucun cas réduire le champ d'application de l'article 102 TFUE en ce qu'il s'agit d'une norme qui lui est juridiquement supérieure.
93. Plus encore, la compétence des ANC pour appliquer l'article 102 TFUE n'est en aucun cas fondée sur le règlement n°1/2003 mais sur les dispositions nationales de droit de la concurrence. Aussi, en l'espèce, la décision est fondée sur les dispositions luxembourgeoises de droit de la concurrence et particulièrement sur l'article 5 de la loi. L'application conjointe de l'article 102 TFUE dans la présente procédure, prévue par l'article 6, 2^e paragraphe de la loi, n'est justifiée que par l'affectation du commerce entre Etats membres et ne repose en aucun cas sur son règlement d'application à l'échelle européenne.
94. En tout état de cause, le Conseil est parfaitement compétent pour appliquer conjointement les dispositions de l'article 5 de la loi et 102 TFUE.
95. Le Conseil fonde donc sa décision sur un certain nombre d'indices qui indiquent que la jurisprudence *Continental Can* est toujours applicable.

Arguments juridiques :

96. Tout d'abord, il convient de préciser que lors de l'instauration d'un contrôle européen des concentrations à travers le règlement n°4064/89, par la suite modifié par le règlement n°139/2004, le législateur européen a expressément reconnu l'applicabilité des articles 85 et 86 CEE, devenus articles 81 et 82 CE et enfin articles 101 et 102 TFUE, à certaines opérations de concentration. En effet, il est exposé dans les motifs des deux règlements susvisés que :

⁴⁶ Arrêt de la Cour, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

« (...) les articles 85 et 86, tout en étant applicables⁴⁷, selon la jurisprudence de la Cour, à certaines concentrations, ne suffisent toutefois pas pour saisir toutes les opérations qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussée visé par le traité. »⁴⁸

« Les articles 81 et 82, tout en étant applicables (nous soulignons), selon la jurisprudence de la Cour, à certaines concentrations, ne suffisent pas pour contrôler toutes les opérations qui risquent de se révéler incompatibles avec le régime de concurrence non faussée visé par le traité. »⁴⁹

Ces règlements ont été adoptés en raison de l'inefficience et de l'insécurité juridique résultant d'un contrôle des concentrations *a posteriori*. Toutefois, il convient de garder en mémoire que c'est ce contrôle *a posteriori* qui a permis à la Commission de fonder son pouvoir en matière de contrôle des concentrations, avant l'adoption d'une *lex specialis* plus adaptée. Néanmoins, l'adoption des règlements susvisés ne remet en aucun cas en cause l'applicabilité de l'article 102 TFUE aux concentrations renforçant une position dominante préexistante tel qu'il ressort de la jurisprudence *Continental Can*.

Aussi, fondant sa compétence, en l'absence d'un contrôle national des concentrations, à l'aide de la jurisprudence précitée et sur le fondement des articles 102 TFUE et 5 de la loi, le Conseil ne fait finalement que suivre le raisonnement entamé par la Commission – et repris par la Cour – il y a de cela plusieurs décennies.

97. Par ailleurs, et contrairement à ce qu'affirme Utopia, la jurisprudence *Continental Can* n'est pas « *unique en son genre* »⁵⁰, mais elle a eu certaines répercussions, certes limitées en nombre, sur des affaires postérieures.

98. Ainsi, dans l'affaire *Warner-Lambert/Gillette*⁵¹, la Commission a suivi le raisonnement de la Cour, affirmant notamment que :

« Une entreprise en position dominante a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun. En participant au rachat des activités de Wilkinson Sword, Gillette n'a pas assumé cette responsabilité particulière et a abusé de sa position dominante. Elle a contribué à organiser ce rachat, qui, en dépit du soin avec lequel les accords ont été rédigés, modifie la structure du marché des produits de rasage mécanique dans la

⁴⁷ Souligné par le Conseil.

⁴⁸ Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, considérant n°6.

⁴⁹ Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, motif n°7.

⁵⁰ Observations de la partie visée, point 109.

⁵¹ Décision de la Commission du 10 Novembre 1992, 93/252/CEE, Warner- Lambert/Gillette et autres.

Communauté en créant un lien entre Gillette et son principal concurrent. La Cour de justice a décrit la notion d'exploitation abusive comme une notion qui « vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle (...) au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ». La modification de la structure du marché des produits de rasage mécanique résultant de la participation de Gillette à l'accord global affectera la concurrence sur ce marché dans la Communauté et, en conséquence, le comportement de Gillette constitue un abus de sa position dominante. »⁵²

99. Plus récemment, le Tribunal a quant à lui affirmé, concernant l'acquisition d'une entreprise concurrente, que :

« Il y a lieu de relever également que, dans le contexte des abus de position dominante au sens de l'article 82 CE, la Cour a considéré qu'est susceptible de constituer un abus de position dominante le fait, pour une entreprise en position dominante, de renforcer cette position au point que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante (arrêt de la Cour du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 26). Il résulte de cette jurisprudence que le renforcement d'une position dominante peut en soi entraver la concurrence de manière substantielle, et ce au point de constituer à lui seul un abus de cette position. »⁵³

100. Il résulte de ce qui précède que la jurisprudence *Continental Can* est toujours d'actualité et applicable, notamment au cas d'espèce.

Arguments doctrinaux :

101. Les arguments développés ci-dessus sont corroborés par différents articles de doctrine qui s'accordent pour dire que les ANC et les juridictions nationales restent compétentes, en principe résiduellement, pour appliquer l'article 102 TFUE pour les opérations ne tombant pas sous la réglementation européenne des concentrations. En ce sens, ces auteurs affirment que la doctrine *Continental Can* n'est pas obsolète.

102. Dans *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Robert O'Donoghue et Jorge

⁵² Ibid, paragraphe 23.

⁵³ Arrêt du Tribunal, *General Electric/Commission*, T-210/01, ECLI:EU:T:2005:456, point 86.

Padilla affirment que la jurisprudence *Continental Can* serait applicable dans la situation où l'entreprise visée serait déjà dominante sur le marché en cause, et ce donc avant l'acquisition. Ils affirment ainsi que :

*« National authorities and courts also remain competent in principle to apply Article 102 TFEU to transactions falling outside the EU Merger Regulation. But, as indicated, for the overwhelming majority of transactions, this need does not arise, since all Member States but one have merger control laws. Nonetheless, it is not true to say that the Continental Can doctrine is a dead letter. »*⁵⁴

103. Ce point de vue est également partagé par l'auteur Götz Drauz qui a ainsi affirmé que :

*« Unlike Article 81, Article 82 can be directly applied by National Courts even in the absence of implementing provisions. Thus, a target company or a third party could rely on Article 82 to bring an action in a national Court if a concentration were to amount to an abuse of a (previously existing) dominant position under the Continental Can doctrine. »*⁵⁵

104. Enfin, il est également particulièrement intéressant de constater que les praticiens luxembourgeois du droit de la concurrence estiment que les concentrations renforçant une position dominante préexistante sont susceptibles d'être investiguées voire sanctionnées à la lumière des articles 102 TFUE et 5 de la loi⁵⁶.

8.2.1.3. Conclusion

105. Le Conseil s'estime compétent pour traiter de la présente affaire et plus encore, affirme sa compétence quant à l'investigation ou les éventuelles sanctions de transactions futures entre entreprises, au sens du droit de la concurrence, permettant le renforcement d'une position dominante préexistante sur le marché en cause. En d'autres termes, un contrôle *a posteriori* des opérations de concentration renforçant une position dominante est toujours possible sous l'égide de l'article 102 TFUE et 5 de la loi.

⁵⁴ Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Second Edition, Hart Publishing, p.39.

⁵⁵ Götz Drauz, *EU Competition Law Volume II: Mergers and Acquisitions*, Claeys & Casteels, p.7.

⁵⁶ Global Competition Review 2014, p.251.

8.3. Analyse de l'abus

8.3.1. Sur le comportement

106. Bien que le Conseil se soit déclaré compétent pour traiter de l'affaire, il ne faut pas perdre de vue que la jurisprudence *Continental Can* ne prohibe pas *per se* les opérations de concentration susceptibles de créer ou de renforcer une position dominante sur le marché. En effet, il ressort de cet arrêt que trois conditions cumulatives doivent être remplies pour que l'abus soit caractérisé :

- i. Le degré de domination ainsi atteint entrave substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisse subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante ;
- ii. La concurrence effective ou potentielle serait pratiquement éliminée pour les produits en cause dans une partie substantielle du marché commun ;
- iii. La concurrence est si substantiellement affectée que les compétiteurs résiduels ne sont pas susceptibles de constituer un contrepois suffisant.

107. Dans la communication des griefs, le conseiller désigné estime que ces trois conditions sont en l'espèce remplies, de sorte que l'abus serait caractérisé. Il retient d'abord que, la reprise de Ciné Belval par Utopia ayant fait disparaître son plus proche concurrent et que la seule société commerciale d'exploitation de salles de cinéma pouvant exercer une pression concurrentielle effective sur cette dernière (à savoir [REDACTED]) étant en proie à des difficultés financières, aucune entreprise concurrente ne serait en mesure d'agir de façon indépendante vis-à-vis d'Utopia. En outre, les cinémas du réseau CDAC ne peuvent être considérés comme indépendants dans la mesure où, d'une part, ces derniers ne subsistent qu'à l'aide des subventions versées par l'Etat et, d'autre part, que les négociations menées auprès des distributeurs de films ainsi que leur programmation ont été confiés entre les mains d'Utopia, qui exerce dès lors une influence non négligeable sur les services fournis par le réseau CDAC. Il soutient ensuite que, Utopia étant en position de quasi-monopole sur le marché, toute concurrence actuelle ou potentielle serait annihilée en raison notamment de la saturation du marché de l'exploitation des salles de cinéma. Il affirme enfin que les plus proches concurrents d'Utopia ayant une part de marché infime sur le marché en cause, ils ne seraient pas en mesure de constituer un contrepois suffisant.

108. Ces affirmations sont réfutées par l'entreprise visée qui affirme d'une part que toute concurrence effective n'a pas été pratiquement éliminée en raison de l'absence de situation de monopole sur le marché en cause et d'autre part en raison du fait que les cinémas des réseaux CDAC et [REDACTED] constitueraient une concurrence réelle et effective pour Utopia.

109. En outre, l'affirmation en vertu de laquelle le marché de l'exploitation des salles de

cinéma serait saturé est également contredite, la partie visée affirmant que :

« La construction d'un complexe cinématographique comportant cinq salles pour 487 spectateurs à Diekirch, l'ouverture annoncée d'une salle de cinéma à Kahler et l'ouverture récente des cinémas Wasserhaus à Mondorf et Ermesinde à Mersch prouvent bien le contraire. Contrairement à ce qu'il est indiqué dans la communication des Griefs, l'acquisition de Ciné Belval n'a donc pas rendu plus difficile la pénétration du marché en cause. Ainsi, même en retenant le territoire luxembourgeois comme marché géographique pertinent pour celui de l'exploitation des salles de cinéma, il existe sur ce marché une concurrence effective qui sera encore renforcée prochainement. »⁵⁷

110. Le Conseil est d'avis que c'est à bon droit que le conseiller désigné a conclu à la caractérisation d'un abus de position dominante du chef d'Utopia. En effet, il ressort des éléments du dossier qu'Utopia détiendrait plus de 95% de parts de marché sur le marché en cause, celle-ci possédant de fait une position de quasi-monopole sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma.
111. La Commission comme la Cour ont consacré la notion de « superdominance » qui serait applicable dès lors qu'une entreprise détient une position de monopole ou de quasi-monopole sur le marché⁵⁸. Les entreprises détenant une « superdominance » sur un marché seraient investies d'une responsabilité encore plus spéciale vis-à-vis des autres acteurs de ne pas adopter des comportements susceptibles d'affecter la structure concurrentielle du marché, celle-ci étant suffisamment affectée par la présence d'un monopole ou quasi-monopole.
112. Aussi, après le rachat de Ciné Belval par Utopia, toute concurrence effective a disparu sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma. Les compétiteurs résiduels font face à des difficultés financières et servent une clientèle principalement locale, avec une offre limitée, de sorte qu'ils sont incapables d'exercer la moindre contrainte sur l'entreprise visée.
113. En conclusion, la « superdominance » d'Utopia sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma, acquise après par la reprise de Ciné Belval, constitue indéniablement un abus de position dominante, dans la mesure où l'affectation de la structure concurrentielle du marché est telle que l'entreprise en position de « superdominance » n'est plus confrontée à la moindre pression concurrentielle de la part de ses concurrents résiduels qui, bien que continuant à exploiter des salles de cinéma et concourir sur le marché, ne sont pas en mesure de constituer un réel contrepoids.

⁵⁷ Observations de la partie visée, point 123.

⁵⁸ Voir, en ce sens, l'arrêt de la Cour, *TeliaSonera Sverige AB*, précité, point 81.

8.3.2. Sur les effets de la reprise

8.3.2.1. Principes

114. Contrairement à l'article 101 TFUE, l'article 102 ne pose littéralement pas d'exigence quant à la détermination d'une restriction de concurrence, qu'elle soit par objet ou par effet. Ceci a pu, dans le passé, conduire le Tribunal à affirmer que :

« (...) aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés. Il suffit à cet égard de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet. »⁵⁹

115. Aussi, il en ressort que même en l'absence d'effets anticoncurrentiels avérés sur le marché, le comportement d'une entreprise en position dominante est susceptible de constituer une infraction au sens de l'article 102 TFUE.

116. Toutefois, la Commission ainsi que les juridictions européennes, ont par la suite adopté une approche tout à fait différente.

117. Dans un premier temps, la Commission, suivant une approche plus économique, c'est-à-dire reposant sur les effets qu'un comportement –abusif ou non– est susceptible de produire sur les marchés, a en 2008 diffusé une Communication relative à l'application de l'article 82 du traité CE (devenu 102 TFUE) du traité aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes. Il ressort de cette communication que :

« La Commission interviendra normalement en vertu de l'article 82 lorsque, sur la base de preuves solides et convaincantes, le comportement abusif présumé risque de produire une éviction anticoncurrentielle. »⁶⁰

118. La Commission poursuit en affirmant que :

« Lorsqu'elle examinera une affaire, la Commission développera l'analyse (...) [qui] se fera généralement en comparant la situation actuelle ou la situation susceptible de prévaloir à l'avenir sur le marché en cause (sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante) avec un scénario contre-factuel adéquat, comme la simple absence du comportement en question, ou avec un autre scénario réaliste eu égard aux pratiques

⁵⁹ Arrêt du Tribunal, *British Airways / Commission*, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, point 293.

⁶⁰ 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), paragraphe 20.

commerciales établies. »⁶¹

119. Cette nécessité de démonstration des effets anticoncurrentiels que le comportement d'une entreprise en position dominante a provoqué sur le marché a été reprise par la Cour dans un arrêt récent et amplement discuté :
120. « *À cet égard, il convient également de rappeler que l'article 82 CE vise, en particulier, les comportements d'une entreprise occupant une position dominante qui ont pour effet, au préjudice des consommateurs, de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence.* »⁶² (souligné par le Conseil).
121. En conséquence, pour être caractérisé, un abus de position dominante doit avoir produit des effets anticoncurrentiels sur le marché et ce au préjudice des consommateurs.
122. En l'espèce, il convient de déterminer si Utopia s'est rendue coupable, de par la reprise de son concurrent, d'avoir réellement affecté le bien-être des consommateurs en plus de la structure concurrentielle.

8.3.2.2. L'absence d'effets anticoncurrentiels en raison de la théorie de l'entreprise défaillante

123. La partie visée propose d'étendre la théorie de l'entreprise défaillante au contrôle des pratiques anticoncurrentielles, et notamment aux abus de position dominante, potentiellement constitué par la reprise de Ciné Belval en l'espèce.

Ainsi, après avoir fait valoir que la Commission utilisait une approche basée sur les effets des comportements appréhendés pour fonder ses décisions, c'est-à-dire avec la volonté d'identifier les potentiels effets néfastes pour le consommateur final, Utopia soulève le fait que la Commission tend à faire converger ses outils d'analyse des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations, comme en témoigne la citation suivante :

« (...) *the purpose of the Guidance Paper (relatif à l'application de l'article 102, N.D.A.) is not to seek further convergence with other jurisdictions, but to seek, through the prioritisation of cases with harmful effects on consumers, convergence with the Commission's own policy instruments, in particular those governing the assessment of*

⁶¹ Ibid, paragraphe 21.

⁶² Arrêt de la Cour *Post Danmark A/S / Konkurrencerådet*, aff. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, point 24.

restrictive business practices and mergers. »⁶³

124. Poursuivant, la partie visée expose les lignes directrices relatives aux concentrations horizontales, lesquelles exposent que :

« VIII. L'ENTREPRISE DÉFAILLANTE

89. La Commission peut conclure qu'une opération de concentration, qui pose par ailleurs des problèmes de concurrence, est néanmoins compatible avec le marché commun si l'une des parties à l'opération est une entreprise défailante. La condition fondamentale est que la détérioration de la structure de la concurrence qui se produirait après la concentration ne puisse pas être considérée comme étant causée par cette opération. Il faut donc que la détérioration de la structure de la concurrence sur le marché soit au moins aussi grave si l'opération ne se réalisait pas.

90. La Commission estime que les trois conditions suivantes sont particulièrement pertinentes pour que l'"argument de l'entreprise défailante" soit retenu. En premier lieu, l'entreprise prétendument défailante serait, dans un proche avenir, contrainte de quitter le marché en raison de ses difficultés financières si elle n'était pas reprise par une autre entreprise. Deuxièmement, il n'existe pas d'autre alternative de rachat moins dommageable pour la concurrence que la concentration notifiée. Troisièmement, si la concentration n'était pas réalisée, les actifs de l'entreprise défailante disparaîtraient inévitablement du marché.

91. C'est aux parties notifiantes qu'il incombe de produire en temps voulu toutes les informations nécessaires pour démontrer que la détérioration de la structure de la concurrence qui se produira après la concentration n'est pas causée par celle-ci. »⁶⁴

125. La partie visée prolonge son raisonnement en affirmant que les trois conditions exposées au point 90 seraient remplies. Elle affirme d'abord que Ciné Belval aurait très probablement fermé ses portes sans la reprise d'Utopia en raison de ses difficultés financières. Elle soutient ensuite qu'il n'existait aucune autre alternative de rachat dans la mesure où toutes les entités contactées avaient fait valoir leur refus ou incapacité de reprendre Ciné Belval et que ce dernier avait dû se résoudre à contacter Utopia pour négocier une reprise par cette dernière. En effet, il ressort des éléments du dossier que le

⁶³ Memo/08/761 de la Commission, réponse à la question 11.

⁶⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03), JOUE n° C 031 du 05/02/2004 p. 0005 – 0018.

Ciné Belval serait difficilement exploitable en tant que seule entité « stand alone » en raison de divers facteurs tenant tant à son emplacement qu'à son architecture et qu'il ne serait financièrement viable que sous l'égide d'une entité plus grande et financièrement plus puissante. Elle soutient enfin que les actifs de Ciné Belval auraient inévitablement disparu du marché sans sa reprise par Utopia, se fondant sur un arrêt de la Cour, l'arrêt *Kali und Salz*, dans lequel les juges ont affirmé que :

« (...) l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. »

*Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché ».*⁶⁵

126. En d'autres termes, le caractère inévitable de la disparition des actifs de l'entreprise défaillante peut, en particulier dans le cas d'une concentration donnant lieu à monopole, être sous-jacent lorsqu'il est conclu que la part de marché de l'entreprise défaillante reviendrait, de toute façon, à l'autre partie à la concentration.
127. La partie visée conclut donc à l'absence de préjudice pour les consommateurs ainsi que pour la structure concurrentielle en raison de la théorie de l'entreprise défaillante.
128. Cette conclusion est, dans une moindre mesure, corroborée par le conseiller désigné qui a affirmé, dans la communication des griefs, que :

*« Il est même fort possible que, sans reprise de Ciné Belval par Utopia, Financière Mercure, à partir du 26 octobre 2012 actionnaire unique de Ciné Belval, n'aurait pas trouvé de repreneur intéressé et solvable, et aurait dû se résoudre à fermer le cinéma Ciné Belval. Dans ce cas, le préjudice pour les consommateurs aurait certainement été plus grave que celui qu'a entraîné l'élimination de la concurrence. »*⁶⁶

Appréciation du Conseil :

129. Comme exposé plus haut, le Conseil s'estime compétent pour investiguer, *a posteriori*, les opérations de concentration susceptibles de créer ou de renforcer une
-

⁶⁵ Voir l'arrêt de la Cour, *Kali und Salz*, aff. C-68/94, EU:C:1998:148, points 115-116.

⁶⁶ Communication des griefs, point 129.

position dominante sous l'égide de l'article 102 TFUE et 5 de la loi à défaut de bénéficier d'un contrôle national des concentrations.

130. Il ne faut également pas perdre de vue que l'opération visée reste une opération de concentration telle que définie à l'article 3 du règlement 139/2004. Ce n'est que parce qu'elle ne satisfait pas les seuils communautaires et que le Luxembourg ne possède pas de texte législatif s'accordant la primeur pour traiter de telles opérations que le rachat de Ciné Belval par Utopia a été examiné à la lumière de l'article 102 TFUE et 5 de la loi.
131. Pour autant, il y a lieu d'étendre l'application des lignes directrices relatives aux concentrations horizontales, fondées sur l'application du règlement n°139/2004 relatif au contrôle communautaire des concentrations, aux concentrations horizontales renforçant une position dominante sur le marché en cause, sur fondement de l'article 102 TFUE et donc susceptibles d'engendrer un abus position dominante comme l'a relevé l'arrêt *Continental Can*. En effet, bien que la base juridique utilisée pour investiguer de telles opérations diffère au Luxembourg vis-à-vis des autres Etats membres, il n'en demeure pas moins que l'abus de position dominante décrit dans la présente décision est, dans son essence même, une opération de concentration entre concurrents.
132. Ainsi, qu'elle soit examinée à la lumière de dispositions relatives au contrôle des concentrations ou à celles des abus de position dominante, une concentration entre concurrents donnera lieu aux mêmes effets anticoncurrentiels (ou pro concurrentiels) à la charge des consommateurs.
133. Il ne faut également pas oublier que les objectifs poursuivis par les politiques européenne et nationales de la concurrence poursuivent le même objectif, à savoir la protection du bien-être des consommateurs et de la structure concurrentielle du marché.
134. Or, il est de la nature même des lignes directrices d'indiquer une marche à suivre pour les Etats membres comme pour la Commission dans le but d'instaurer une pratique décisionnelle cohérente et homogène à l'échelle de l'UE. Aussi, les concentrations entre concurrents étant susceptibles de créer des effets anticoncurrentiels, les lignes directrices relatives à ces pratiques indiquent en quelque sorte la marche à suivre pour éviter que des opérations de concentration anticoncurrentielles ne voient le jour, au détriment des consommateurs. La réciproque est également vraie en ce sens que les opérations susvisées ont parfois des effets pro concurrentiels qu'il serait inopportun de négliger. Tel est notamment le cas lorsque l'entreprise faisant l'objet d'un rachat est une entreprise défaillante, au sens des lignes directrices relatives sur l'appréciation des concentrations horizontales relatives à l'application du règlement n°139/2004.
135. En outre, comme l'a judicieusement rappelé la partie visée, les instruments politiques de la Commission, tels que les textes de droit dérivé, ont tendance à converger vers une application en quelque sorte homogène des règles de concurrence, les effets anticoncurrentiels étant de mieux en mieux compris et appréhendés à l'aide de la théorie économique.

136. Finalement, le Conseil retient l'argument de la partie visée relatif à l'extension des lignes directrices correspondant au contrôle des opérations de concentration horizontales à l'application de l'article 102 TFUE et de l'article 5 de la loi, sous réserve que l'abus caractérisé soit une opération de concentration renforçant une position dominante préexistante.
137. Il convient donc désormais de déterminer si les trois conditions nécessaires pour qu'une entreprise soit qualifiée de « défailiante », au sens des lignes directrices relatives sur l'appréciation des concentrations horizontales relatives à l'application du règlement n°139/2004, sont caractérisées en l'espèce.
138. La première condition tient au fait que l'entreprise prétendument défailiante serait contrainte de quitter le marché dans un avenir proche en raison de ses difficultés financières. Sur ce premier point, il ressort des éléments de l'affaire que le Ciné Belval n'atteignait plus l'équilibre financier, et ce depuis plusieurs années, avant la reprise par Utopia⁶⁷. Sans reprise par la société visée, et en l'absence d'autre repreneur, Ciné Belval aurait très probablement fermé ses portes dans un avenir proche. En ce sens, la première condition est satisfaite.
139. La seconde condition tient au fait qu'il n'existerait pas d'autre alternative de rachat moins dommageable pour le consommateur. Or, il ressort des éléments du dossier que la Financière Mercure, à l'époque seul actionnaire de Ciné Belval, avait approché divers acteurs pour que ceux-ci reprennent Ciné Belval. Or, ces derniers, et notamment le groupe Kinopolis, avaient fait valoir une fin de non-recevoir. Seule l'entreprise visée, qui n'a été contactée qu'après que la Financière Mercure ait essuyé ces refus, a accepté de reprendre Ciné Belval après des mois de négociations.

En outre, comme exposé dans la présente décision, le cinéma situé à Esch-sur-Alzette ne peut être économiquement viable que s'il est exploité par un groupe plus large, disposant d'un pouvoir de marché et de capacités financières importantes. A l'échelle du Luxembourg, seule l'entreprise Utopia bénéficie de telles caractéristiques sur le marché en cause, ce qui explique qu'elle ait été la seule à vouloir et surtout pouvoir reprendre Ciné Belval. Cette affirmation est en quelque sorte corroborée par le *tableau 2* exposé page 21. En effet, il ressort des chiffres communiqués que le nombre de tickets vendus par année est resté stable entre 2012 et 2014, c'est-à-dire avant et après la reprise de Ciné Belval par Utopia. Or, à compter de 2015, ce nombre a bondi de près de 30 %. Cette augmentation peut s'expliquer par divers facteurs, mais il est raisonnable de penser que l'aura dont dispose Utopia sur le marché, ainsi que ses pratiques managériales y ont contribué de manière importante. Les effets économiques d'une reprise, qu'ils soient pro ou anticoncurrentiels, étant connus pour n'apparaître qu'à moyen terme, sont de nature à expliquer ce léger décalage entre la reprise et cette

⁶⁷ Observations de la partie visée, Annexes 43 à 48.

affluence grandissante.

Ainsi, il semble qu'il n'existait, à l'époque des faits, aucune alternative de rachat moins dommageable pour le consommateur et qu'à défaut de reprise, Ciné Belval aurait définitivement fermé ses portes.

140. La troisième et dernière condition tient au fait que si la concentration n'était pas réalisée, les actifs de l'entreprise défaillante disparaîtraient inévitablement du marché. Il convient de mentionner, d'une part, que les exploitants de salles de cinéma, et notamment ceux exploitant des complexes multisalles, doivent sans cesse réaliser des investissements pour se conformer aux nouvelles normes du marché. Le passage au numérique, les salles 3D, les salles Imax, sont tant d'exemples qui tendent à démontrer que les exploitants sont tenus d'améliorer ou de conformer leurs installations et ce dans le but de satisfaire les consommateurs finaux qui sont réceptifs à ces nouvelles technologies. Aussi, dans l'hypothèse où Ciné Belval aurait fermé ses portes, ce qui serait très probablement arrivé en l'absence de repreneur, le complexe serait à terme devenu complètement obsolète et les travaux de mise à niveau des installations seraient vite devenus prohibitifs pour un quelconque repreneur de sorte que les actifs de l'entreprise défaillante auraient, dans un futur proche, disparu du marché.

D'autre part, c'est à juste titre que l'entreprise visée a soulevé la jurisprudence *Kali und Salz* précitée qui est d'application en l'espèce. En effet, il ressort de celle-ci que le caractère inévitable de la disparition des actifs de l'entreprise défaillante peut, en particulier dans le cas d'une concentration donnant lieu à monopole, être sous-jacent lorsqu'il est conclu que la part de marché de l'entreprise défaillante reviendrait, de toute façon, à l'autre partie à la concentration.

Or, en l'espèce, Utopia étant la seule entreprise commerciale exploitant des salles de cinéma à l'échelle du Luxembourg, il est évident que les consommateurs souffrant de la fermeture du Ciné Belval auraient, pour majeure partie, reporté leur choix sur les autres complexes exploités par cette dernière.

141. Finalement, les trois conditions relatives à l'application de la théorie de l'entreprise défaillante sont remplies, de sorte que le comportement engagé par Utopia n'a pas produit d'effets anticoncurrentiels sur le marché.

8.3.2.3. La conformité de la reprise aux objectifs du Traité

142. Par ailleurs, il convient à nouveau de rappeler que le droit de la concurrence poursuit l'objectif de protection des consommateurs et de la structure concurrentielle. Il convient en outre de souligner que le TFUE promeut les objectifs suivants :

« Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un

niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine. »⁶⁸

Et poursuit :

« Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union. »⁶⁹

143. A cette fin, le Tribunal a pu affirmer, en matière de concentrations, que :

« A cette fin, il y a lieu de relever liminairement que, dans le système du règlement n 4064/89, la priorité accordée à l'instauration d'un régime de libre concurrence peut, dans certains cas, être conciliée, dans le cadre de l'appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun, avec la prise en considération des incidences sociales de cette opération, lorsque celles-ci sont de nature à porter atteinte aux objectifs sociaux visés à l'article 2 du traité. La Commission peut ainsi être conduite à vérifier si l'opération de concentration est susceptible d'avoir des répercussions, même indirectes, sur la situation des salariés dans les entreprises concernées, de nature à affecter le niveau ou les conditions d'emploi dans la Communauté ou une partie substantielle de celle-ci. »⁷⁰

144. Or, la fermeture de Ciné Belval aurait eu une double conséquence : la perte d'emplois et la privation pour le Sud-Ouest du Grand-Duché, deuxième bassin de population du pays, d'un complexe cinématographique de grande taille représentant un outil d'épanouissement à la fois social et culturel.

145. Il ressort de tout ce qui précède que l'abus caractérisé dans la présente décision a néanmoins permis le maintien d'un certain nombre d'emplois qui auraient irrémédiablement disparu du fait de la fermeture de Ciné Belval.

8.4. Conclusion sur l'abus

146. En conclusion, il ressort des éléments énoncés plus haut que la reprise de son plus proche concurrent par Utopia, bien que constituant un comportement susceptible d'être appréhendé en tant qu'abus de position dominante, n'a pas produit d'effets anticoncurrentiels sur le marché, de sorte qu'un tel abus ne saurait être caractérisé.

⁶⁸ Article 9, TFUE.

⁶⁹ Article 12, TFUE.

⁷⁰ Voir l'arrêt du Tribunal, *Vittel/Commission*, T-12/93, ECLI:EU:T:1995:78, point 38.

9. Conclusion

147. Il ressort des éléments exposés dans la présente décision qu'Utopia, bien qu'étant en situation de position dominante sur le marché luxembourgeois de l'exploitation de complexes cinématographiques, ne s'est pas rendue coupable d'un abus de position dominante sur ce marché de par la reprise de son plus proche concurrent. En effet, l'absence d'effets anticoncurrentiels sur le marché et sur les consommateurs ne permet pas de conclure à une telle infraction.

adopte la présente décision :

Article 1^{er} :

Le Conseil classe la présente affaire sans autres suites.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg le 17 juin 2016.



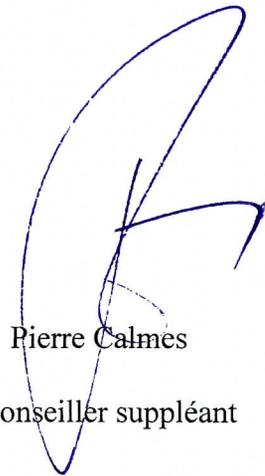
Pierre Rauchs

Président



Mattia Melloni

Conseiller



Pierre Calmes

Conseiller suppléant

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.

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 jour où vous avez pu en prendre connaissance.