

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 09 MARS 2010

(n° **41**, 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2009/07930**

Décision déférée à la Cour : n° **09-D-10** rendue le **27 février 2009**
par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

DEMANDEUR AU RECOURS :

- La société NATIONALE MARITIME CORSE MÉDITERRANÉE (S.N.C.M.), S.A.
Prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 61 boulevard des Dames - BP 61963 - 13226 MARSEILLE
CEDEX 02

représentée par la SCP MONIN - AURIAC de BRONS,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Joseph VOGEL,
avocat au barreau de PARIS
La SELAS VOGEL & VOGEL
30 avenue d'Iéna 75116 PARIS

INTERVENANTS VOLONTAIRES PAR JONCTION A L'INSTANCE :

- La société CORSICA FERRIES FRANCE, S.A.S.
Prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Immeuble le Palais de la Mer - 5 bis rue Chanoine Leschi 20200
BASTIA

représentée par Maître François TEYTAUD,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Laurent AYACHE,
avocat au barreau de PARIS
WEIL, GOTSHAL & MANGES, LLP
2 rue de la Baume 75008 PARIS

- La société LA COMPAGNIE MÉRIDIONALE DE NAVIGATION, S.A.
Prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 4 quai d'Arenc 13002 MARSEILLE 02

représentée par la SCP HARDOUIN,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Jean-Patrice BOUCHET,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet SALANS
9 rue Boissy d'Anglas 75008 PARIS

17 CF

EN PRÉSENCE DE :

- **Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI**
D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13

non représentée

- **M. LE PRESIDENT DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE**
11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représenté à l'audience par Mme Irène LUC, munie d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 12 janvier 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Thierry FOSSIER, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Mme Hélène JOURDIER, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, Substitut Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Thierry FOSSIER, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * *

EXPOSÉ DES FAITS ET PROCÉDURE

Les faits

- le contexte

La collectivité territoriale de Corse a créé en 1992 l'Office des transports de la Corse (l'O.T.C.), établissement public à caractère industriel et commercial chargé de la mise en oeuvre de la politique des transports maritimes et aériens de l'île. Il entre dans ses missions la gestion d'un budget dit "enveloppe de continuité territoriale" destiné à réduire pour les usagers le coût du transport Corse-continent. A ce titre l'O.T.C. conclut avec les compagnies de transport, délégataires du service public, des conventions définissant les tarifs, les conditions d'exécution, les qualités du service, les conditions du contrôle etc... En 2006 plus des deux-tiers de l'enveloppe précitée (d'un total de 177,56 M€ en 2006) était affecté au service public pour les liaisons maritimes entre Marseille et les ports de la Corse.

Dans ce cadre et pour la période 2002-2006, la desserte de la Corse était assurée principalement par :

- la Société Nationale Corse Méditerranée (S.N.C.M.) qui était une entreprise publique jusqu'en mai 2006, date à laquelle elle a été cédée pour 3/4 à des personnes privées dont Véolia transports (qui détenait 28% du capital en 2006, et en détient 66% depuis novembre 2008);

Cette société possède 10 navires, elle employait jusqu'à 2 300 salariés, a atteint 297 M€ de chiffres d'affaires en 2007, et a transporté la même année 1,3 M de passagers et 795.000 m/l de fret.

- la Compagnie Méridionale de Navigation (C.M.N.) société privée ayant des liens capitalistiques avec la S.N.C.M. qui détenait à l'époque 45% de son capital et détenait aussi mais indirectement une participation de 45% dans le capital de l'actionnaire majoritaire (53,1%) de la C.M.N. , à savoir la Compagnie Méridionale de Participations (C.M.P.).

La C.M.N. possédait 3 navires, employait environ 439 salariés, et a réalisé 80 M€ de chiffres d'affaires en 2007, année au cours de laquelle environ 200.000 passagers et 703.000 m/l de fret ont été transportés par elle vers la Corse.

- la société Corsica Ferries France (Corsica Ferries), entreprise privée créée en 1968 et spécialisée dans le transport de passagers et de leurs véhicules.

Elle possède 2 navires à grande vitesse, 5 Ferries et 2 Ferries express, elle employait environ 1.300 salariés en saison dont 300 en Corse, et a réalisé 155,6 M€ de chiffres d'affaires en 2007. En 2004 elle avait transporté environ 2,63 M de passagers dont 1,8 sur la Corse.

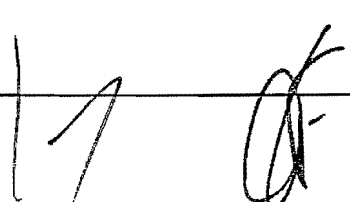
- les événements

Par délibération du 24 mars 2006 la collectivité territoriale de Corse a chargé l'O.T.C. de lancer une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution des délégations de service public pour la desserte maritime de l'île à partir de Marseille pour une durée de 6 ans à compter du 1^{er} janvier 2007.

Le 27 mai 2006 un avis d'appel à la concurrence a été publié au Journal Officiel de l'Union européenne.

Après l'échec de négociations entre Veolia et la C.M.N. en vue de déposer une offre commune S.N.C.M. / C.M.N. , quatre offres ont été déposées auprès de l'O.T.C. :

- une offre de la S.N.C.M. portant sur l'ensemble des lignes (Bastia, Ajaccio, Balagne, Porto-Vecchio et Propriano),



- une offre de Corsica Ferries portant sur certaines lignes avec des différentes options,
- une offre de la C.M.N. comprenant six propositions individuelles s'excluant mutuellement, avec des modalités différentes,
- une offre d'un groupement momentané C.M.N. / Corsica Ferries portant alternativement sur deux des lignes.

Le 7 août 2006, après ouverture des plis, les deux dernières offres ont été écartées et le président de l'O.T.C. a entamé une négociation avec la S.N.C.M. pour l'ensemble des cinq lignes et avec Corsica Ferries pour deux lignes (Balagne et Porto-Vecchio).

La procédure

C'est dans ces conditions que respectivement le 19 septembre 2006 et le 23 octobre 2006, la C.M.N. et Corsica Ferries ont saisi le Conseil de la concurrence en dénonçant des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de cet appel d'offres et en demandant des mesures conservatoires.

Parallèlement Corsica Ferries a saisi le juge administratif de deux référés pré-contractuels, qui ont abouti à l'annulation par le Conseil d'Etat de la procédure de passation de la délégation de service public en question par un arrêt du 15 décembre 2006.

Par une décision du n°06-MC-03 du 11 décembre 2006, le Conseil de la concurrence a jugé irrecevable la saisine en tant qu'elle dénonçait une entente anticoncurrentielle imputée à la collectivité territoriale de Corse, à l'O.T.C. et à la S.N.C.M., et il a prononcé des mesures conservatoires en retenant que la S.N.C.M. était susceptible d'avoir commis un abus de position dominante dans la présentation de son offre. La cour d'appel de Paris, par arrêt du 6 février 2007, a jugé irrecevable le recours de la S.N.C.M. contre cette décision, au motif que l'annulation prononcée entre-temps par le Conseil d'Etat, ayant pour effet d'annuler les offres, avait rendu sans objet la saisine de la Cour.

Un deuxième appel d'offres a été lancé le 30 décembre 2006, également contesté par Corsica Ferries, puis annulé par le juge des référés administratif le 27 avril 2007.

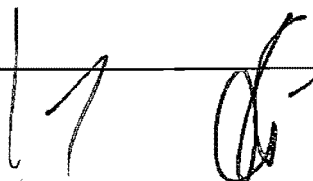
Une troisième procédure a enfin abouti à retenir le 7 juin 2007 le groupement S.N.C.M. - C.M.N. comme délégataire du service public en question à compter du 1er juillet 2007.

Après enquête et auditions, le grief suivant a été notifié le 24 juillet 2008 par le rapporteur du Conseil de la concurrence à la S.N.C.M. :

« Il est fait grief à la SNCM, en position dominante sur le marché du renouvellement de la DSP entre Marseille et la Corse, sur le marché du transport de passagers entre Marseille et la Corse et en position dominante collective sur le marché du transport de fret entre Marseille et la Corse, d'avoir abusé de cette position lors de l'appel d'offres pour le renouvellement du contrat de délégation de service public de desserte maritime entre le port de Marseille et les ports de Corse, pour les années 2007 à 2012, en déposant une seule offre globale et indivisible qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres soumissionnaires du marché. Cette pratique est contraire aux dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité. »

Le 25 juillet 2008 le président du Conseil de la concurrence a décidé que l'affaire serait soumise au Conseil sans établissement préalable d'un rapport.

Le Conseil de la concurrence a statué le 27 février 2009 en ces termes:



Article 1^{er} : Il est établi que la SNCM a enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE.

Article 2 : Il est infligé une sanction de 300 000 euros à la SNCM.

La S.N.C.M. a formé un recours contre cette décision; Corsica Ferries et la C.M.N. sont intervenues à l'instance.

MOTIFS DE LA DÉCISION

LA COUR :

Vu le recours, en annulation subsidiairement en réformation, formé le 8 avril 2009 par la Société Nationale Corse Méditerranée (S.N.C.M.) contre la décision n°09-D-10 rendue le 27 février 2009 par le Conseil de la concurrence;

Vu la déclaration d'intervention volontaire par jonction à l'instance de recours, déposée au Greffe le 7 mai 2009 par la société Corsica Ferries France,

Vu la déclaration d'intervention volontaire par jonction à l'instance de recours, déposée au Greffe le 15 mai 2009 par la société Compagnie Méridionale de Navigation (C.M.N.) et tendant à la confirmation de la décision du Conseil de la concurrence,

Vu le mémoire déposé le 7 mai 2009 par la S.N.C.M. à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réplique du 18 novembre 2009,

Vu les conclusions déposées par la société Corsica Ferries le 28 août 2009, complétées le 3 septembre 2009,

Vu les observations écrites de l'Autorité de la concurrence déposées le 6 octobre 2009

Vu les observations écrites du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi déposées le 14 octobre 2009, reprenant celles déposées devant le Conseil de la concurrence;

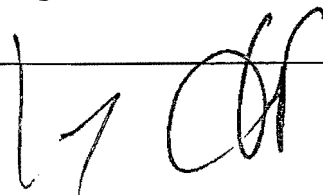
Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties avant l'audience ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 12 janvier 2010, en leurs observations orales, l'avocat de la requérante qui a été mis en mesure de répliquer et a eu la parole en dernier, ainsi que l'avocat de la société Corsica Ferries, intervenante, le représentant de l'Autorité de la concurrence et le ministère public ;

SUR CE :

sur le moyen d'incompétence

Considérant que la S.N.C.M. demande à titre principal l'annulation de la décision du Conseil de la concurrence en lui reprochant d'avoir à tort retenu sa compétence pour statuer sur le grief d'abus de position dominante la concernant; qu'elle soutient que l'examen et la qualification de l'offre visée par ce grief ne sont pas détachables de l'examen du règlement particulier de l'appel d'offres émanant de l'O.T.C., que le contrôle de sa conformité au droit de la concurrence relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative; qu'elle ajoute qu'il ne suffisait pas au Conseil de la concurrence de faire état du contenu de l'offre de la S.N.C.M., et spécialement de son caractère indivisible pour fonder sa compétence; qu'elle rappelle que l'offre est une conséquence nécessaire de la procédure de délégation de service public, qui se concrétise par un contrat entre la personne publique et le délégataire et dont l'offre fait partie intégrante; que pour



la S.N.C.M. le Conseil, en examinant son offre au regard du droit de la concurrence, s'est reconnu le droit de contrôler le règlement d'appel d'offres émanant de la personne publique, empiétant ainsi sur les compétences de la juridiction administrative;

Que la S.N.C.M. fait valoir encore que les décisions des juridictions administratives intervenues dans cette affaire montrent que celles-ci se sont reconnues compétentes pour examiner la régularité des offres non seulement sur le plan formel mais aussi sur le plan matériel et sur leur conformité au droit de la concurrence;

Qu'enfin la S.N.C.M. affirme que le Conseil de la concurrence a tiré les effets anticoncurrentiels de son offre des particularités de la consultation publique elle-même, montrant par là le caractère non détachable du comportement de l'offreur par rapport à celui de l'autorité déléguée;

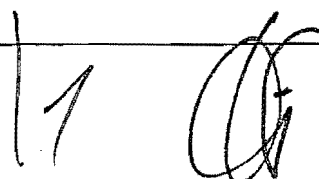
Mais considérant que selon l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles définies au livre IV de ce code, relatif à la liberté des prix et à la concurrence, s'appliquent à "toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public"; que, si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, et donc comme en l'espèce pour apprécier la régularité de la procédure d'appel d'offres dans le cadre d'une délégation de service public et en prononcer le cas échéant l'annulation, l'Autorité de la concurrence est compétente pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles cet appel d'offres s'adresse, qu'elles prennent ou non le parti d'y répondre, et pour prononcer, le cas échéant, des sanctions à l'encontre des entreprises dont le comportement serait constitutif d'une des pratiques prohibées par les articles L.420-1 et L.420-2 du code de commerce;

Qu'ainsi l'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre de l'appel d'offres de l'O.T.C. ne faisait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner des pratiques jugées anticoncurrentielles à l'occasion de la réponse des entreprises, sans se prononcer sur d'éventuelles irrégularités de l'appel d'offres ;

Qu'en effet à l'occasion d'une procédure de passation d'un marché pour une délégation de service public, il appartient au juge administratif de se prononcer sur la légalité des actes de la puissance publique, tandis qu'il revient le cas échéant à l'Autorité de la concurrence d'apprécier le comportement de l'entreprise qui se positionne sur ce marché par sa réponse à l'appel d'offres; que peu importe que l'un et l'autre, chacun dans son rôle, soit amené à se pencher sur les mêmes faits et sur le même contexte, constitué ici par le Règlement particulier de l'appel d'offres ("RPAO");

Considérant qu'en l'espèce dans son arrêt du 15 décembre 2006, le Conseil d'Etat a examiné le contenu de l'offre de la S.N.C.M. afin de rechercher si l'autorité déléguée avait respecté ses obligations; qu'il a estimé que le président de l'O.T.C. avait failli à ses obligations de publicité et de mise en concurrence des soumissionnaires en admettant l'offre de la S.N.C.M. à la négociation; qu'il a annulé la procédure en précisant qu'il appartenait "à la collectivité territoriale de Corse de reprendre soit intégralement, soit à compter de la nouvelle date qu'elle fixera pour la remise, dans les conditions prévues par le règlement particulier d'appel d'offres, des plis contenant les nouvelles offres..." ; qu'ainsi le R.P.A.O. n'a pas été annulé;

Que de son côté, pour apprécier le comportement de la S.N.C.M. au regard des règles de la concurrence, le Conseil de la concurrence ne s'est pas prononcé sur la légalité de l'appel d'offres, pas même sur sa conformité au regard de ces règles; qu'il s'est seulement prononcé sur le grief notifié à la S.N.C.M., sans que l'on puisse lui reprocher de l'avoir apprécié dans son contexte; que le Conseil disposait d'ailleurs seulement du pouvoir de sanctionner l'entreprise jugée fautive sur le plan de la concurrence, ce qu'il a fait sans empiéter sur la compétence exclusive du juge administratif;



Considérant que la S.N.C.M. est donc mal fondée à reprocher au Conseil de la concurrence d'avoir retenu sa compétence pour statuer sur le grief notifié à celle-ci;

sur le moyen tiré de l'absence d'objet de la saisine

Considérant que la S.N.C.M. soutient qu'en raison de l'annulation de la procédure de passation de délégation de service public par le Conseil d'Etat, intervenue par arrêt du 15 décembre 2006, le Conseil de la concurrence aurait dû déclarer la saisine au fond dépourvue d'objet et donc irrecevable;

Considérant cependant que, s'il est exact que l'annulation de l'appel d'offres a rejaiilli sur l'offre de la S.N.C.M. qui se trouve en conséquence anéantie (n'ayant plus de cause et ne pouvant plus produire aucun effet), elle n'a pas fait disparaître le comportement de la S.N.C.M. qui s'était matérialisé dans son offre, et ne constitue pas un obstacle au contrôle de ce comportement au regard des règles de la concurrence;

Que contrairement à ce que soutient la S.N.C.M., la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 6 février 2007 ne s'est pas prononcée sur la recevabilité de la saisine du Conseil de la concurrence, mais a seulement dit "dépourvues d'objet" sa propre saisine et les demandes de la S.N.C.M.; qu'elle était saisie d'un recours contre la décision du N°06-MC-03 du 11 décembre 2006 enjoignant à la S.N.C.M. de compléter son offre à destination de l'O.T.C.; que n'ayant pas à se prononcer sur le bien-fondé de mesures conservatoires devenues obsolètes en raison de l'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public, la Cour d'appel de Paris n'avait plus aucune raison de vérifier la validité de la saisine au fond du Conseil de la concurrence et n'a donc pas statué sur ce point; que son arrêt déclarant le recours de la S.N.C.M. irrecevable n'interdisait donc pas au Conseil de statuer sur sa saisine au fond;

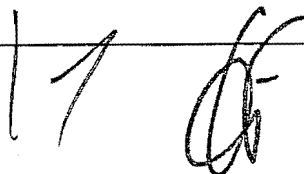
Que par conséquent ce moyen d'annulation présenté par la S.N.C.M. est également mal fondé;

sur l'existence d'une position dominante de la S.N.C.M.

Considérant qu'en préliminaire il convient de rejeter la demande de la société Corsica Ferries tendant à faire déclarer la S.N.C.M. irrecevable dans sa demande au motif qu'elle se serait contredite au gré de son argumentation, nuisant ainsi à la défense de l'intervenante; qu'en effet aucune atteinte concrète aux droits de la défense n'est caractérisée; que de plus, contrairement à ce que soutient la société Corsica Ferries, la S.N.C.M. n'a pas dénié avoir présenté une offre globale mais a fait valoir que celle-ci comportait tous les éléments d'information nécessaires pour l'appréciation séparée des lignes ;

Considérant, sur le fond, que le Conseil de la concurrence a retenu (§147) que la S.N.C.M. était en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime vers la Corse au départ de Marseille, en affirmant qu'il s'agissait du marché pertinent sur lequel devait être appréciée la pratique dénoncée; qu'il a estimé dès lors inutile d'examiner la position de la S.N.C.M. sur les marchés connexes, comme celui du transport de passagers ou de fret entre la Corse et le continent;

Considérant que la S.N.C.M. soutient que, s'agissant d'apprécier si une entreprise active dans un secteur qui fonctionne par appel d'offres détient une position dominante, le Conseil aurait dû retenir le marché plus général où sont actifs tous les opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné, c'est-à-dire ceux déjà actifs sur le marché de la desserte maritime de la Corse et ceux susceptibles d'y entrer en répondant à l'appel d'offres, donc en l'occurrence le marché de la desserte maritime de la Corse, et pas seulement au départ de Marseille mais aussi des autres ports français et même italiens; qu'alors le Conseil aurait pu ainsi constater que la S.N.C.M. n'est pas du tout en position dominante sur le marché pertinent;



Considérant que pourtant le Conseil de la concurrence a logiquement d'abord examiné si la S.N.C.M. était en position dominante sur le marché strictement délimité par l'appel d'offres, puisque le grief notifié vise exclusivement son comportement dans la réponse relative au renouvellement de la délégation de service public pour la desserte maritime des ports corses à partir de Marseille; que comme l'a bien dit le Conseil, il n'est pas nécessaire d'examiner la position de la S.N.C.M. sur un autre marché, plus large ou connexe, si sa position dominante est démontrée pour le marché précis concerné;

Considérant que s'agissant de la situation de la S.N.C.M. sur le marché retenu par le Conseil de la concurrence, c'est-à-dire celui du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime entre Marseille et les ports de Corse, la Décision rappelle exactement et précisément dans ses §115 à 132, les contours de la demande de l'O.T.C. et les contraintes que les soumissionnaires devaient être capables de surmonter; qu'elle en a justement déduit que sur le marché tel qu'il a été lancé, la S.N.C.M., qui assurait déjà cette délégation de service public presque seule (la C.M.N. avec ses trois navires ne lui apportait qu'un complément), ne subissait pas de réelle pression concurrentielle et était devenu un opérateur incontournable pour la desserte de la Corse, à tout le moins et sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin dans la démonstration, parce qu'elle était incontestablement la seule à avoir la disposition immédiate de la quasi totalité des navires spécifiques indispensables à l'exécution du marché (§138);

Qu'il s'agit en l'espèce de bien plus que l'avantage découlant habituellement de la situation d'opérateur sortant, et en général impropre à lui seul à caractériser une position dominante, et cela en raison du contexte particulier du transport maritime et spécialement des lignes de la Corse (coût élevé des navires, marché de l'occasion quasi inexistant, contraintes portuaires...);

Que les éléments de fait invoqués par la S.N.C.M. pour faire valoir que d'autres compagnies auraient pu réunir les moyens nécessaires pour soumissionner sur certaines lignes ou que la société Corsica Ferries aurait pu, elle aussi, réunir les moyens nécessaires pour présenter une offre globale si elle l'avait voulu, comme les autres critiques de la Décision formulées dans les pages 55 à 75 de ses conclusions, ne changent rien au fait incontournable que la S.N.C.M. avait un pouvoir de marché prédominant, ne serait-ce qu'en raison des caractéristiques de sa flotte telles qu'elle-même les a détaillées dans son offre (cf §138 de la Décision);

Qu'ainsi la S.N.C.M. dénie en vain sa position dominante sur le marché pertinent à retenir pour apprécier son comportement au regard des règles de la concurrence;

sur le comportement abusif de la S.N.C.M.

Considérant que le Conseil de la concurrence a retenu:

- qu'aucune autre compagnie n'aurait pu dans les conditions de délai et de respect des règles techniques imposées par l'appel d'offres, déposer une offre portant sur l'ensemble des lignes de nature à concurrencer celle de la S.N.C.M. (§160),
- que l'offre globale et indivisible déposée (le 4 août 2006) par la S.N.C.M. l'engageait et que son manque d'effet est dû à la double intervention du Conseil de la concurrence et du Conseil d'Etat (§164),
- qu'au regard de la nature objective des infractions de concurrence, une pratique, même restée sans effet, est susceptible d'être sanctionnée comme ayant un objet anticoncurrentiel si elle avait comme conséquences potentielles ou prévisibles de fausser le jeu de la concurrence dans la situation de marché donnée (§171)
- qu'en l'espèce:
" dans un contexte bien particulier caractérisé, d'une part, par l'incapacité de toute autre compagnie ou groupement de compagnies de déposer dans les délais requis une offre portant sur l'ensemble des lignes, de nature à concurrencer l'offre globale de la SNCM, et d'autre part, par l'incapacité pour la collectivité, du fait de l'indivisibilité de l'offre présentée par la SNCM et du refus de celle-ci de s'engager sur le montant de la subvention demandée ligne par ligne,

de comparer les différentes offres en concurrence sur leurs mérites propres [...], l'offre globale et indivisible présentée par la SNCM, entreprise incontournable dans l'appel d'offres, avait bien un objet anticoncurrentiel car elle aurait abouti de manière certaine à évincer les autres candidats, si elle avait pu prospérer. " (§177);

Considérant qu'à l'appui de sa demande d'annulation au fond de la Décision du Conseil au motif de l'absence de tout abus de sa part, la S.N.C.M. fait valoir que l'appel d'offres permettait à tous les soumissionnaires, seuls ou en groupement, de présenter une offre globale, qu'en pratique les compagnies qui ont soumissionné en avaient la possibilité et la capacité, de proposer, seules ou en groupement, une offre globale, qu'il était annoncé sans ambiguïté dans le RPAO que les offres globales seraient privilégiées, que dès lors il n'est absolument pas crédible de soutenir que l'offre de la S.N.C.M. ne relève pas de la concurrence par les mérites et n'avait pour objet ou pour effet que d'évincer les autres candidats à l'appel d'offres;

Que la S.N.C.M. soutient que son offre globale n'avait ni pour objet, ni pour effet de fausser la concurrence et qu'elle était en tout état de cause objectivement justifiée pour apporter une riposte proportionnée à la déclaration d'intention de la société Corsica Ferries de déposer une offre globale pour remporter l'appel d'offres; que la S.N.C.M. relève enfin que l'offre critiquée n'a produit aucun effet puisqu'elle n'a donné lieu à aucune attribution et qu'elle ne saurait être condamnée alors qu'elle n'a fait que répondre à la demande de la collectivité délégante;

Considérant qu'en droit le Conseil de la concurrence a retenu, sans être contesté sur ce point que la pratique poursuivie relevait tant du droit national que du droit communautaire (§97 à 103), à savoir l'article 82 du Traité CE qui dispose:

"est incompatible avec le marché commun 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 commun ou dans une partie substantielle de celui-ci."

et l'article L.420-2 du code de commerce qui dispose:

" Est prohibée dans les conditions prévues à l'article L.420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci"

Que le renvoi à l'article L.420-1 relatifs aux accords anticoncurrentiels prohibés, signifie que l'interdiction s'applique à l'exploitation de position dominante *"lorsqu'[elle a] pour objet ou [peut] avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu la concurrence sur un marché"*;

Que dès lors la S.N.C.M. est mal fondée à soutenir qu'en l'absence de conséquence effective sur la concurrence, l'abus de position dominante n'est pas caractérisé; qu'il suffit d'établir le risque consécutif d'éviction anticoncurrentielle pour que le comportement de l'entreprise dominante tombe sous le coup de prohibition de l'article 82 du Traité CE et de l'article L.420-2 du code de commerce;

Qu'il importe donc peu, au regard de la caractérisation de l'abus de position dominante, que l'offre critiquée n'ait eu en définitive aucun impact sur la concurrence du fait de l'annulation de la procédure de délégation de service public dans laquelle elle s'inscrivait;

Considérant que la S.N.C.M. reconnaît elle-même qu'elle a présenté sa réponse à l'appel d'offres sous une forme globale et indivisible pour riposter à l'annonce de son concurrent Corsica Ferries de son intention de déposer une offre globale, tout en estimant que cela était objectivement justifié;

Que cependant, si une offre globale n'est pas par elle-même anticoncurrentielle, et s'il est légitime de la part d'une entreprise occupant une position dominante de se faire valoir face à ses concurrents, il lui est interdit d'entraver ou de supprimer l'accès de ses concurrents au marché, et de porter ainsi atteinte à la saine concurrence par les mérites et par les prix, au détriment des consommateurs;

Qu'en l'espèce, la S.N.C.M., délégataire sortant, savait qu'il était sinon impossible, du moins beaucoup plus difficile aux autres compagnies de soumissionner sur une offre globale et qu'elle avait de fortes chances d'être la seule à le faire; que dès lors, en ne donnant pas à l'O.T.C. les moyens de vérifier dès l'ouverture des plis sa compétitivité ligne par ligne, elle l'incitait à privilégier son offre globale, favorisant ainsi l'éviction des opérateurs dont les offres se limitaient à certaines des lignes; que ce faisant elle portait atteinte à la concurrence par les prix et les mérites en profitant de sa qualité d'opérateur sortant en position dominante; qu'en effet les chiffres donnés par le Conseil de la concurrence dans les § 184 à 186 de sa Décision montrent bien que le niveau de prix de l'offre de la S.N.C.M. d'août 2006 était supra-concurrentiel, ne reflétant pas les gains d'efficacité attendus d'une offre globale;

Qu'à ce sujet la S.N.C.M. est mal venue à critiquer le Conseil de la concurrence d'avoir effectué des comparaisons de coûts en début de négociation avec des coûts en fin de négociation, et d'avoir ainsi comparé des choses non comparables, alors que la baisse de prix intervenue au cours de la négociation ne peut pas être dissociée de la réintroduction du jeu de la concurrence grâce aux actions judiciaires introduites par la société Corsica Ferries;

Considérant qu'il est bien démontré que la présentation par la S.N.C.M. de son offre d'août 2006 avait potentiellement un effet d'éviction de la concurrence;

Que l'O.T.C. a effectivement admis l'offre globale de la S.N.C.M., et une seule autre offre pour deux lignes seulement; que le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 15 décembre 2006, a sanctionné l'autorité déléguée pour avoir admis à la négociation l'offre de la S.N.C.M. alors que l' *"absence d'informations précises sur les postes essentiels des comptes d'exploitation prévisionnels par ligne et sur les moyens nautiques affectés à ces lignes rendait impossibles [...] l'appréciation de la conformité de cette offre au cahier des charges de la délégation ainsi que toute comparaison utile, ligne par ligne, avec les offres présentées par les autres candidats..."*, et d'avoir ainsi méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence;

Considérant que néanmoins l'attitude de l'O.T.C., sanctionnée par l'annulation de la procédure ouverte par l'appel d'offres de mai 2006 à la suite de l'action de la société Corsica Ferries, ne retire pas au comportement de la S.N.C.M. son caractère d'acte prohibé par les articles L.420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE parce que de nature à entraver l'entrée de ses concurrents sur le marché, alors qu'elle était en position dominante sur le marché concerné, comme il a été vu plus haut; que l'attitude de l'autorité déléguée pourra seulement être prise en considération pour l'appréciation de la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence;

Considérant que le Conseil de la concurrence doit donc être approuvé en ce qu'il a retenu que la S.N.C.M. a enfreint les textes précités;

- sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article L 464-2, alinéa 3, du code de commerce, les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération des pratiques

prohibées, sans pouvoir excéder 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre;

Que cependant, comme, en l'espèce, le Conseil de la concurrence a statué selon la procédure simplifiée, le plafond de la sanction pécuniaire est fixé par l'article L.464-5 du code de commerce à 750.000 euros;

Considérant que pour solliciter la réduction de la sanction de 300.000 euros prononcée par le Conseil de la concurrence, la S.N.C.M. fait valoir que sa situation ne lui imposait pas une particulière vigilance, que son offre était objectivement justifiée, et que l'O.T.C. avait concouru à la situation dénoncée par les parties saisissantes, si bien que la gravité des faits n'est pas celle retenue par le Conseil; que de plus elle conteste l'existence d'un dommage à l'économie; qu'enfin elle soutient que la sanction est disproportionnée par rapport à ses résultats (perte de 27 millions en 2007 et bénéfice limité à 182.000 euros en 2008);

Considérant cependant que même en tenant compte du contexte d'une procédure d'appel d'offres dont les défauts ont été sanctionnés par la juridiction administrative, les faits reprochés à la S.N.C.M. revêtent une gravité certaine, résultant notamment de l'objet du marché, à savoir un service public important et coûteux, et de la qualité de délégataire sortant de la S.N.C.M. avec un poids économique substantiel vis-à-vis de la collectivité territoriale concernée;

Que s'agissant du dommage à l'économie, le Conseil de la concurrence a tenu compte, dans son appréciation, du fait que l'arrêt du Conseil d'Etat a empêché le comportement anticoncurrentiel de la S.N.C.M. d'avoir un effet direct sur le marché; que néanmoins ce comportement a contribué aux perturbations et retards apportés à la passation de la nouvelle délégation de service public, et aux frais consécutifs supportés par la collectivité; que la S.N.C.M. est donc mal fondée à dénier l'existence d'un dommage à l'économie;

Considérant que par ailleurs le résultat comptable n'est pas le seul critère de la capacité contributive d'une entreprise; que le Conseil a rappelé que le chiffre d'affaires de la S.N.C.M. s'est élevé à 393,5 millions d'euros en 1997 et qu'en nombre de passagers transportés, 70 à 75% de son activité résulte de la desserte de la Corse qui a donné lieu à une subvention de continuité territoriale de 73,7 millions d'euros; que le Conseil a en outre relevé (§193) que depuis 2006 les comptes de la S.N.C.M. sont consolidés avec ceux de Veolia transport dont le chiffre d'affaires s'est élevé à 5,6 milliards d'euros en 2006;

Que par conséquent la sanction telle qu'elle a été fixée par le Conseil de la concurrence n'est pas disproportionnée au regard des critères généraux et individuels s'appliquant à la S.N.C.M.;

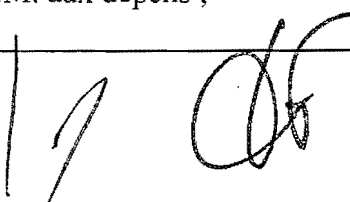
Considérant qu'en définitive aucun des moyens présentés par la S.N.C.M. à l'appui de ses demandes d'annulation ou de réformation de la Décision n'est bien fondé;

PAR CES MOTIFS

Rejette le recours de la S.N.C.M. contre la Décision N°09-D-10 rendue le 27 février 2009 par le Conseil de la concurrence et rejette en conséquence toutes les demandes de la S.N.C.M.;

Rejette la demande de la société Corsica Ferries tendant à faire déclarer irrecevable recours de la S.N.C.M. ainsi que sa demande fondée sur l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

Condamne la S.N.C.M. aux dépens ;



Vu l'article R. 470- 2 du code de commerce , dit que sur les diligences du greffier en chef de la cour, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie.

LE GREFFIER,

Benoit TRUET-CALLU

LE PRÉSIDENT,

Thierry FOSSIER