

COMM.

MF

## **COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **21 juin 2011**

Rejet

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 634 F-D

Pourvoi n° F 10-15.754

## REPUBLIQUE FRANCAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,  
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la Société nationale maritime  
Corse Méditerranée (SNCM), société anonyme, dont le siège est 61 boulevard  
des Dames, BP 61963, 13226 Marseille cedex 02,

contre l'arrêt rendu le 9 mars 2010 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,  
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1<sup>o</sup>/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,  
domicilié direction générale de la concurrence de la consommation et de la  
répression des fraudes, 59 boulevard Vincent Auriol, bâtiment 5, 75013 Paris,

2<sup>o</sup>/ au président de l'autorité de la concurrence, domicilié 11 rue  
de l'Echelle, 75001 Paris,

3<sup>o</sup>/ au procureur général près la cour d'appel de Paris, domicilié  
4 boulevard du Palais, 75001 Paris,

4°/ à la société Corsica ferries France, société par actions simplifiée, dont le siège est Immeuble le Palais de la Mer, 5 bis rue Chanoine Leschi, 20200 Bastia,

5°/ à la société Compagnie méridionale de navigation, société anonyme, dont le siège est 4 quai d'Arenc, 13002 Marseille,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 24 mai 2011, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire, les observations de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la Société nationale maritime Corse Méditerranée, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du président de l'autorité de la concurrence, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Corsica ferries France, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 9 mars 2010), que par délibération du 24 mars 2006, la collectivité territoriale de Corse a chargé l'Office des transports de la Corse (OTC) 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 1er janvier 2007 ; que le 27 mai 2006, un avis d'appel à la concurrence a été publié au Journal Officiel de l'Union européenne ; que quatre offres ont été déposées auprès de l'OTC, l'une de la société nationale Corse Méditerranée (la SNCM) portant sur l'ensemble des lignes, une autre de la société Corsica Ferries portant sur certaines lignes avec des options différentes, une troisième de la Compagnie méridionale de navigation (la CMN) comprenant six propositions individuelles avec des modalités différentes et la dernière provenant d'un groupement momentané entre la CMN et Corsica Ferries ; qu'après l'ouverture des plis, les deux dernières offres ont été écartées et le président de l'OTC a entamé une négociation avec la SNCM pour l'ensemble des cinq lignes et avec Corsica Ferries pour deux lignes ; que les 19 septembre et 23 octobre 2006, la CMN et Corsica Ferries ont saisi le

Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), en dénonçant des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de cet appel d'offres et en demandant des mesures conservatoires ; que parallèlement, la société Corsica Ferries a saisi le juge administratif de deux référés précontractuels, qui ont abouti à l'annulation par le Conseil d'État de la procédure de passation de la délégation de service public par un arrêt du 15 décembre 2006 ; qu'après avoir, par une décision du 11 décembre 2006, jugé irrecevable la saisine en tant qu'elle dénonçait une entente anticoncurrentielle imputée à la collectivité territoriale de Corse, à l'OTC et à la SNCM, et prononcé des mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence a, par une décision n° 09-D-10 du 27 février 2009, considéré que la SNCM avait, en infraction aux dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE, commis un abus de position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public entre Marseille et la Corse en déposant, lors de l'appel d'offres pour le renouvellement de ce marché, une seule offre globale et indivisible qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres soumissionnaires du marché et lui a infligé une sanction pécuniaire ;

Attendu que la SNCM fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision, alors, selon le moyen :

*1°/ qu'en soumettant les délégations de service public à une procédure spéciale permettant "la présentation de plusieurs offres concurrentes", l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi n° 2001 du 11 décembre 2007 "relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques", a précisément pour objet de favoriser un égal accès des candidats à l'octroi des délégations de service public ; qu'il incombe à l'autorité délégante, sous le contrôle de la juridiction administrative et notamment du juge des référés contractuels, de faire, elle-même, respecter ce principe en particulier en vérifiant la conformité des offres à la publicité émise ou en invitant les candidats à les modifier ; qu'en estimant cependant que, même en l'absence de comportement étranger à la présentation de l'offre, il serait de sa propre compétence de se prononcer sur le grief tiré de ce que l'offre de la SNCM retenue par l'autorité délégante " avait pour objet ou pour effet d'exclure les autres soumissionnaires du marché ", le Conseil de la concurrence et la cour d'appel se substituent à l'administration compétente et excèdent leurs pouvoirs en violation du texte susvisé, des articles L. 461-1 ainsi que L. 462-6 du code de commerce et de l'article 86 du traité CE ;*

*2°/ que dans son arrêt du 15 décembre 2006, le Conseil d'État a précisément jugé qu'il appartenait à l'autorité délégante et au juge des référés administratifs de rechercher si les insuffisances de l'offre de la SNCM ne faisaient pas obstacle à sa conformité aux exigences du cahier des charges et*

*n'étaient pas de nature à avoir une " influence sur la comparaison avec les autres candidats", de sorte qu'en décidant qu'il appartiendrait à l'Autorité de la Concurrence d'examiner à l'identique si " le comportement de l'entreprise qui se positionne sur ce marché par sa réponse à l'appel d'offre, n'était pas de nature à exclure les autres candidats", la cour d'appel, qui reconnaît qu'il s'agit des " mêmes faits " et du " même contexte constitué par le règlement particulier de l'appel d'offre", organise une dualité de compétence et de droit entre les juridictions civiles et administratives en violation du principe de la séparation des pouvoirs exprimé dans la loi des 17/24 août 1789, de l'article L. 551-1 du code de la justice administrative et des articles L. 462-6 ainsi que L. 461-1 du code du commerce ;*

*3°/ que l'examen de la validité d'une offre par rapport à un appel d'offre n'est pas dissociable du contenu du règlement élaboré à cette fin ; qu'en présence d'un règlement d'appel d'offre précisant, en l'espèce, que "les candidats qui présenteraient une offre globale bénéficieraient d'une prise en compte privilégiée, ce qui n'exclut pas la possibilité de présenter des offres par ligne", la cour d'appel qui, sans s'arrêter à l'appréciation du Conseil d'Etat selon laquelle la formulation par la SNCM d'une "offre globale", présentée de façon indivisible et ne comportant pas les précisions nécessaires, ne constituait qu'une simple irrégularité relevant du contrôle normal de l'autorité délégante, décide que l'offre de la SNCM serait constitutive d'un abus de position dominante relevant des compétences propres du Conseil de la concurrence, et ne s'explique aucunement, comme elle y était invitée, sur le caractère détachable de l'offre litigieuse par rapport à la procédure de dévolution, prive sa décision de toute base légale au regard de des articles L. 420-2 et L. 462-6 du code du commerce et L. 411-1 du code général des collectivités territoriales ;*

*4°/ que selon les conclusions de la SNCM, le Conseil de la concurrence, à défaut de pouvoir incriminer directement une entente entre OTC et le délégataire sortant, avait artificiellement, en vue de qualifier un prétendu abus de position dominante, reporté sur l'offreur les supposées atteintes à la concurrence, imputables en réalité à l'organisation de la consultation, et que cette démarche caractérisait bien le caractère " non détachable " du comportement de l'offreur ; qu'en se bornant à énoncer, de façon ambiguë, que si le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité de l'appel d'offre, le Conseil de la concurrence demeure compétent pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, le comportement des entreprises «qu'elles prennent, ou non, le parti de répondre» à une telle procédure d'appel d'offre, la Cour d'Appel, qui évite ainsi de se prononcer sur la nature réelle des liens entre l'offreur et l'offrant, viole l'article 455 du code de procédure civile ;*

Mais attendu que l'arrêt relève qu'en l'espèce, le Conseil d'État a recherché si l'autorité délégante avait respecté ses obligations et que de son

côté le Conseil de la concurrence a apprécié le comportement de la SNCM au regard des seules règles du droit de la concurrence, sans se prononcer sur la légalité de l'appel d'offres, ni même sur sa conformité au regard de ces règles ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à s'expliquer davantage sur le caractère détachable de l'offre par rapport à la procédure de dévolution ni à suivre la société SNCM dans le détail de son argumentation inopérante visée par la quatrième branche du moyen, a, sans excéder ses pouvoirs, exactement déduit que l'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre de l'appel d'offres ne fait pas obstacle à la compétence de l'Autorité pour examiner, sans se prononcer sur d'éventuelles irrégularités de l'appel d'offres, des comportements susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l'occasion de la réponse des entreprises ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu que les deuxième et troisième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la Société nationale maritime Corse Méditerranée aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Corsica Ferries la somme de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un juin deux mille onze.

## MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat aux Conseils pour la Société nationale maritime Corse Méditerranée

### PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur la compétence)

Le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la SNCM contre la décision n° 09-D10 rendue le 27 février 2009, d'AVOIR rejeté toutes les demandes de la SNCM et de l'AVOIR condamnée aux dépens ;

AUX MOTIFS QUE, sur le moyen d'incompétence, "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 délégante ; mais 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 pari 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 1.420-1 et 1.420-2 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") ; 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 délégante 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 la 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 ; 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 ;

ALORS, D'UNE PART, QU'en soumettant les délégations de service public à une procédure spéciale permettant « la présentation de plusieurs offres concurrentes », l'article L.1411-1 issu de la loi n° 2001 du 11 décembre 2007 « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », a précisément pour objet de

favoriser un égal accès des candidats à l'octroi des délégations de service public ; qu'il incombe à l'autorité délégante, sous le contrôle de la juridiction administrative et notamment du juge des référés contractuels, de faire, elle-même, respecter ce principe en particulier en vérifiant la conformité des offres à la publicité émise ou en invitant les candidats à les modifier ; qu'en estimant cependant que, même en l'absence de comportement étranger à la présentation de l'offre, il serait de sa propre compétence de se prononcer sur le grief tiré de ce que l'offre de la SNCM retenue par l'autorité délégante « avait pour objet ou pour effet d'exclure les autres soumissionnaires du marché », le Conseil de la Concurrence et la Cour d'appel de PARIS Pole 5 se substituent à l'administration compétente et excède ses pouvoirs en violation du texte susvisé, des articles L.461-1 ainsi que L.462-6 du Code du Commerce et de l'article 86 du Traité CE ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE dans son arrêt du 15 décembre 2006, le Conseil d'Etat a précisément jugé qu'il appartenait à l'autorité délégante et au juge des référés administratifs de rechercher si les insuffisances de l'offre de la SNCM ne faisaient pas obstacle à sa conformité aux exigences du cahier des charges et n'étaient pas de nature à avoir une « influence sur la comparaison avec les autres candidats », de sorte qu'en décidant qu'il appartiendrait à l'Autorité de la Concurrence d'examiner à l'identique si « le comportement de l'entreprise qui se positionne sur ce marché par sa réponse à l'appel d'offre, n'était pas de nature à exclure les autres candidats », la Cour d'appel, qui reconnaît qu'il s'agit des « mêmes faits » et du « même contexte constitué par le règlement particulier de l'appel d'offre », organise une dualité de compétence et de droit entre les juridictions civiles et administratives en violation du principe de la séparation des pouvoirs exprimé dans la loi des 17/24 août 1789, de l'article L.551-1 du Code de la Justice Administrative et des articles L.462-6 ainsi que L.461-1 Du Code du Commerce ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE l'examen de la validité d'une offre par rapport à un appel d'offre n'est pas dissociable du contenu du règlement élaboré à cette fin ; qu'en présence d'un règlement d'appel d'offre précisant, en l'espèce, que « les candidats qui présenteraient une offre globale bénéficieraient d'une prise en compte privilégiée, ce qui n'exclut pas la possibilité de présenter des offres par ligne », la Cour d'Appel qui, sans s'arrêter à l'appréciation du Conseil d'Etat selon laquelle la formulation par la SNCM d'une « offre globale », présentée de façon indivisible et ne comportant pas les précisions nécessaires, ne constituait qu'une simple irrégularité relevant du contrôle normal de l'autorité délégante, décide que l'offre de la SNCM serait constitutive d'un abus de position dominante relevant des compétences propres du Conseil de la Concurrence, et ne s'explique aucunement, comme elle y était invitée, sur le caractère détachable de l'offre litigieuse par rapport à la procédure de dévolution, prive sa décision de toute

base légale au regard de des articles L.420-2 et L.462-6 du Code du commerce et L.411-1 du CGCT ;

ALORS, ENFIN, QUE, selon les conclusions de la SNCM (p.30 et 31), le Conseil de la Concurrence, à défaut de pouvoir incriminer directement une entente entre OTC et le délégataire sortant, avait artificiellement, en vue de qualifier un prétendu abus de position dominante, reporté sur l'offreur les supposées atteintes à la concurrence, imputables en réalité à l'organisation de la consultation, et que cette démarche caractérisait bien le caractère « nondétachable » du comportement de l'offreur ; qu'en se bornant à énoncer, de façon ambiguë, que si le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité de l'appel d'offre, le Conseil de la Concurrence demeure compétent pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, le comportement des entreprises « qu'elles prennent, ou non, le parti de répondre » à une telle procédure d'appel d'offre, la Cour d'Appel, qui évite ainsi de se prononcer sur la nature réelle des liens entre l'offreur et l'offrant, viole l'article 455 du Code de Procédure Civile.

#### DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

##### (abus de position dominante sur le marché de la DSP)

Le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la SNCM de son recours dirigé contre la décision N 09 D 10 rendue le 27 février 2009 et d'AVOIR rejeté toutes ses demandes, la condamnant de surcroît aux dépens ;

AUX MOTIFS QUE 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 apprécié 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; 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; 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; 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.TC. 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. ; 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); 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; 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 ; 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 par 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; 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 délégante 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; 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 1.420-2 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 déléguante pourra seulement être prise en considération pour l'appréciation de la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE, s'agissant de déterminer si une entreprise qui participe à un appel d'offre détient une position dominante, le marché pertinent n'est pas celui dudit appel d'offre sur lequel le titulaire sortant a automatiquement une position de « monopoleur historique » mais celui plus général ou sont actifs l'ensemble des offreurs et où s'exprime, le cas échéant, un authentique pouvoir de marché ; qu'en se bornant à approuver le Conseil de la Concurrence pour avoir recherché si « la SNCM était en position dominante sur le marché strictement délimité par l'appel d'offre » (p.8 al. 1) et en se refusant, par ailleurs, à examiner les moyens que les autres candidats, déjà opérationnels sur la desserte de la Corse, pouvaient réunir pour entrer sur le marché particulier de la DSP (p. 8 al. 4), au motif inopérant que la SNCM aurait été incontournable parce qu'elle avait la disposition immédiate des navires nécessaires à l'exécution de ce marché (al. 2), tels qu'elle les avait détaillés dans son offre (al. 4), la Cour de PARIS qui a limité au seul secteur de la DSP son examen du rapport de force entre les candidats, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L.420-2 du Code du Commerce et l'article 82 du Traité CE (devenu l'article 102 TFUE) ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE le périmètre du marché sur lequel un opérateur est susceptible de se voir reprocher un abus de position dominante ne saurait être laissé à la discrétion de l'autorité de poursuite et nécessite de la part du juge un examen objectif de sorte qu'en adoptant la définition étroite du marché litigieux auquel s'était arrêté le Conseil de la Concurrence parce qu'elle correspond au grief notifié (p. 8 al. 1) et qu'elle répondait ainsi au besoin de la poursuite, la Cour de PARIS a, à nouveau, privé sa décision de base légale au regard des articles L.420-2 du Code du Commerce et 82 du Traité CE (devenu 102 TFUE) ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'en se fondant, pour déterminer les caractéristiques du marché sur la nécessité prétendue de réunir une flotte correspondant à l'ensemble des lignes, sur l'incapacité de toute autre compagnie à présenter une offre globale et indivisible, sur l'impossibilité ou du moins sur la très grande difficulté des concurrents à soumissionner sur une offre globale, la Cour d'appel dénature en violation de l'article 1134 du Code Civil le règlement de l'appel d'offre selon lequel « les candidats présentant une offre globale... bénéficieront d'une prise en compte privilégiée, ce qui n'exclut

pas la possibilité de présenter des offres par lignes» et «chaque offre concernant une ou plusieurs lignes fera l'objet d'une enveloppe séparée » ce dont il résulte que le marché était ouvert à tout opérateur disposant simplement de capacités partielles ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QU'ayant relevé que la SNCM n'assurait pas seule la précédente DSP (p. 8 al. 2), et que l'autorité délégante avait accepté une offre concurrente pour deux lignes (p.10 al.5), la Cour d'appel qui, de surcroît, ne s'explique aucunement sur la circonstance que la SNCM n'était pas, elle-même, en mesure de présenter une offre répondant à la totalité des offres (conclusions p. 65), et qu'elle avait eu recours à un groupement constitué avec la CMN, n'a nullement caractérisé l'abus consistant, selon le grief notifié, à déposer une offre globale et indivisible, qui aurait eu pour effet d'exclure tout autre soumissionnaire ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour de PARIS a encore une fois privé sa décision de base légale au regard des articles L.420-2 du Code du Commerce et 82 du Traité CE (devenu 102 TFUE) ;

ALORS, DE CINQUIEME PART, QU'ayant relevé, pour caractériser la position dominante de la SNCM, «qu'elle était incontestablement la seule à avoir la disposition immédiate de la quasi-totalité des navires spécifiques indispensables à l'exécution du marché» (p.8 al.2) et pour caractériser l'abus 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 » (p.10 al.2), la Cour d'appel, qui s'est fondée sur le même postulat pour caractériser la position dominante de la SNCM puis son abus, a violé par fausse application les articles L. 420-2 du Code du Commerce et 82 du Traité CE (devenu article 102 TFUE) ;

ALORS, ENFIN ET SUBSIDIAIREMENT, QUE l'article L.420-2 incrimine exclusivement «l'exploitation abusive » d'une position dominante tandis que l'article 82 du Traité CE vise seulement « le fait d'exploiter de façon abusive une position dominante», de sorte que viole ces textes la Cour d'Appel qui décide qu'il suffisait d'établir un simple «risque d'éviction anticoncurrentielle» pour que le comportement de l'entreprise dominante entre dans le champs des dispositions susvisées, qu'il importerait peu que l'offre critiquée n'ait eu aucun impact et qui qualifie ainsi de «pratique» d'abus de position dominante la simple réponse à un appel d'offre demeuré sans suite.

### TROISIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

(sanction)

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la SNCM contre la décision n°09.D.10 du Conseil de la Concurrence lui infligeant une sanction de 300.000 €, d'AVOIR rejeté toutes ses demandes et de l'AVOIR condamnée aux dépens ;

AUX MOTIFS 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 déléguante pourra seulement être prise en considération pour l'appréciation de la sanction prononcée par le Conseil de la concurrence (p.10 al. 5) ; que comme, en l'espèce, le Conseil de la concurrence a statué selon la procédure simplifiée, le plafond de la sanction pécuniaire est fixé et fixé par l'article L.464-5 du code de commerce à 750.000 euros ; 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 bénéficié limité à 182.000 euros en 2008) ; que cependant 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 ; 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 5,5 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. (p. 11, al. 2 et s.) » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE la Cour de PARIS ne pouvait, dans l'appréciation de la sanction infligée à la SNCM, affirmer qu'elle tenait compte des «défauts de la procédure d'appel d'offre» en s'abstenant toutefois de se prononcer sur la nature, l'importance et l'impact des errements suivis par l'administration qui étaient nécessairement liés au comportement de l'offreur (arrêt, p. 10, al. 6 et p. 11, al. 3) ; qu'en évaluant dans ces conditions la sanction à 300.000 € sans même indiquer dans quelle mesure le rôle de l'autorité administrative était «pris en compte», la Cour d'Appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article L.464-2 du Code de Commerce ;

ALORS, D'AUTRE PART, QUE l'offre émise par un candidat dans le cadre de la procédure de délégation de service public instituée par l'article L.1411-1 C.G.C.T. est aussitôt soumise à un contrôle a priori de l'autorité délégante et n'est donc pas susceptible de causer par elle-même, en cas d'irrégularité, un dommage à l'économie ; qu'en reprochant cependant à la SNCM d'être à l'origine d'un tel dommage issu des retards et perturbations apportés à la nouvelle délégation qui résultaient exclusivement de la défaillance de ce contrôle initial et de la procédure devant le Conseil d'Etat qui en était la conséquence, la Cour d'Appel a de nouveau privé sa décision de base légale au regard des articles L.1411-1 C.G.C.T. et L.462 du Code de Commerce ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QU'il résulte de la décision du Conseil d'Etat à laquelle se réfère la Cour de PARIS que, indépendamment du cas de la SNCM, les offres du candidat CORSICA FERRIES devaient être tenues pour partie comme une entente illicite et pour partie comme irrégulières de sorte que constatant l'insuffisance générale des soumissions qui en résultaient il y avait lieu de recommencer la procédure ; qu'en sanctionnant la SNCM en raison des perturbations et retards apportés à la passation de la nouvelle DSP sans rechercher la part contributive des autres opérateurs à cette situation, ce qui résultait pourtant de l'arrêt susvisé du 15 décembre 2006, la Cour d'Appel a, une fois encore, privé sa décision de base légale au regard de l'article L.464-2 du Code de Commerce.