



**Décision n° 09-D-10 du 27 février 2009
relative à des pratiques mises en œuvre
dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 18 septembre 2006, sous le numéro 06/0061 F, par laquelle la société Compagnie Méridionale de Navigation (ci-après : « CMN » ou « Méridionale ») a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la Société Nationale maritime Corse-Méditerranée (ci-après : « SNCM »), de la Collectivité Territoriale de Corse (ci-après : « CTC ») et de l'Office des transports de la Corse (ci-après : « OTC ») qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Vu la lettre, enregistrée, le 23 octobre 2006 sous le numéro 06/0072 F par laquelle la société Corsica Ferries (ci-après : « CF ») a saisi également le Conseil de la concurrence de pratiques de la société SNCM, qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Vu la décision de jonction du rapporteur général du 23 octobre 2006 ;

Vu la décision n° [06-MC-03](#) du 11 décembre 2006, par laquelle le Conseil de la concurrence a statué sur la demande de mesures conservatoires des sociétés CMN et CF ;

Vu la décision du 25 juillet 2008 du président du Conseil de la concurrence, disposant que l'affaire fera l'objet d'une décision du Conseil sans établissement préalable d'un rapport ;

Vu les articles 81 et 82 du Traité ;

Vu le livre IV du Code de commerce ;

Vu les observations présentées par les entreprises SNCM, CMN, CF et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la Société Nationale maritime Corse Méditerranée, de la compagnie Méridionale de Navigation, de Corsica Ferries entendues lors de la séance du Conseil de la concurrence du 9 décembre 2008 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. RAPPEL DU CONTEXTE

1. Dans leurs saisines en date des 18 septembre et 23 octobre 2006, la Compagnie Méridionale de Navigation (CMN) et la société Corsica Ferries ont reproché notamment à la SNCM d'avoir abusé de sa position dominante en déposant, en violation du droit national (articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce) et communautaire (articles 81 et 82 du traité instituant la communauté européenne) de la concurrence, une offre globale et indivisible qui ne pouvait, selon les saisissantes, avoir d'autre objet ni d'autre effet que d'éliminer toute concurrence pour l'attribution de la délégation de service public envisagée par la collectivité territoriale de Corse pour assurer la continuité territoriale entre Marseille et les ports corses, puisque aucune autre compagnie était selon elles à même de déposer une offre pour l'intégralité des lignes.
2. Les deux sociétés avaient assorti leurs saisines au fond de demandes de mesures conservatoires en application de l'article L. 464-1 du Code de commerce.
3. Dans sa décision n° [06-MC-03](#) du 11 décembre 2006, le Conseil de la concurrence a considéré que, dans la mesure où aucune compagnie ou groupement de compagnies ne pouvait raisonnablement déposer dans les délais requis une offre portant sur l'ensemble des lignes de nature à concurrencer une offre globale de la SNCM, cette dernière, en déposant une offre globale et indivisible, était susceptible d'avoir commis un abus de sa position dominante prohibé par les articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE.
4. Compte tenu de l'urgence liée au déroulement même de l'appel d'offres, le Conseil de la concurrence a enjoint à la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) :
 - en premier lieu, d'indiquer à l'office des transports de la Corse le montant ferme de la subvention sur lequel elle s'engage ligne par ligne dans l'offre qu'elle a déposée ;
 - en deuxième lieu, de faire droit, dans les mêmes quarante-huit heures, à toute demande de l'office permettant à ce dernier d'évaluer le montant demandé, de manière ferme, pour les offres groupées qu'il souhaiterait étudier ;
 - en troisième lieu, de préciser explicitement à l'office qu'elle ne s'oppose ni à un examen par ce dernier, dans des conditions assurant le respect effectif de l'égalité de traitement entre les différentes candidatures, de son offre ligne par ligne ou regroupée, selon les critères auxquels entend recourir l'office, ni - au terme de cet examen - à la possibilité d'une attribution partielle de la délégation ;
 - en dernier lieu, de s'abstenir de signer tout projet de contrat qui lui serait proposé pour une nouvelle délégation de service public relative à la desserte maritime de la Corse à partir de Marseille tant qu'elle n'aura pas justifié, par une lettre adressée au

bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, avoir exécuté l'injonction prononcée.

B. LE SECTEUR

5. Le secteur concerné est celui du transport maritime entre la Corse et le continent. Ce dernier est assuré, comme indiqué dans la décision n° [06-MC-03](#), par six compagnies maritimes (SNCM, CMN, Corsica Ferries, Moby, Lauro, Saremar) qui desservent l'île à partir de neuf ports (Marseille, Toulon, Nice, quatre ports situés sur le continent italien et deux en Sardaigne).
6. En 2007, selon l'Observatoire régional des transports de la Corse (ORTC), plus de 4 millions de passagers ont rejoint ou quitté la Corse par bateau. Le flux de passagers a évolué comme suit :

FLUX DE PASSAGERS ENTRE LA CORSE ET LE CONTINENT							
Cumul entrée/sortie (en millions)	1980	1985	1990	1995	2000	2005	2007
Voies maritimes	1 350,7	1 480,0	2 443,0	2 297,0	3 237,4	3 619,8	4 096,2
Voies aériennes	1 324,8	1 408,9	1 936,8	1 989,7	2 465,0	2 318,6	2 528,9

7. La répartition par port et par mois en 2007 s'est faite comme suit :

MOIS	AJACCIO	BASTIA	BONIFACIO	CALVI	L'ILE ROUSSE	PROPRIANO	PORTO VECCHIO	TOTAL
1	22 506	46 772	5 085	1 205	1 391	1 596	3 337	81 892
2	23 315	44 535	5 348	795	1 217	1 341	2 750	79 301
3	24 080	48 829	6 660	2 468	1 798	2 175	3 464	89 474
4	76 344	145 332	21 717	2 585	11 678	5 343	6 732	269 731
5	84 203	165 574	30 258	1 851	18 049	4 259	6 997	311 191
6	105 454	247 875	32 019	27 480	20 745	8 569	9 546	451 688
7	183 910	446 994	37 445	55 672	72 690	30 862	14 683	842 256
8	229 714	574 465	54 588	64 531	108 780	35 738	18 150	1 085 966
9	119 517	256 646	34 486	25 036	28 491	7 587	10 331	482 094
10	56 613	100 975	14 549	0	12 166	4 476	6 652	195 431
11	27 950	56 371	6 641	2 437	3 385	2 370	4 435	103 589
12	28 016	59 739	5 079	1 979	1 765	2 145	4 855	103 578
2007	981 622	2 194 107	253 875	186 039	282 155	106 461	91 932	4 096 191

8. Le trafic de passagers entre la Corse et le continent est caractérisé par une forte saisonnalité. Ainsi, la saison touristique, qui s'entend du mois de mai au mois de septembre, représente 77 % des trafics maritimes annuels de la Corse et deux tiers des trafics passager estivaux sont assurés par voie maritime (source ORTC, www.ortc.info).
9. Concernant le fret, 1 833 530 mètres linéaires ont été acheminés en 2007 (soit 6,8 % de plus qu'en 2006) vers la Corse au départ des ports de Nice, Toulon et Marseille. En 2006, selon l'ORTC, l'axe Marseille-Corse a drainé 1,44 million de mètres linéaires de fret, loin devant Toulon (250 000 mètres linéaires environ).

C. LES ACTEURS DU SECTEUR

1. L'OFFICE DES TRANSPORTS DE LA CORSE ET LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE CORSE

10. La collectivité territoriale de Corse est une personne morale de droit public à statut particulier issue de la transformation en 1991 de la région Corse créée par la loi de décentralisation de 1982. Cette collectivité constitue une collectivité territoriale de la République à part entière. Son organisation institutionnelle est unique. Elle comporte trois entités : l'Assemblée de Corse, le président du conseil exécutif et le conseil économique, social et culturel de Corse.
11. L'office des transports de la Corse (OTC), créé par la collectivité territoriale de Corse le 26 mai 1992, est chargé de la mise en œuvre de la politique des transports aériens et maritimes de l'île. Constitué sous forme d'un établissement public à caractère industriel et commercial, il est présidé par un conseiller exécutif, et son conseil d'administration est composé d'élus de l'assemblée de Corse, mais également de divers acteurs de la société civile, (transporteurs, syndicalistes, membres des chambres consulaires, représentants des conseils généraux, etc.).
12. Ses missions sont de gérer l'enveloppe de continuité territoriale destinée à réduire le coût du transport Corse - continent et de répartir les crédits entre les deux modes de transport aérien et maritime. A ce titre, c'est l'office qui conclut avec les compagnies de transport, délégataires du service public, des conventions définissant les tarifs, les conditions d'exécution et la qualité du service ainsi que les modalités de contrôle.
13. L'office des transports de la Corse publie sur son site internet la répartition des dépenses de continuité territoriale allouées chaque année : 177,56 millions d'euros ont été dépensés par la collectivité territoriale de Corse au titre de la seule année 2006, dont 116,92 millions pour le mode maritime et 60,64 millions pour l'aérien.
14. Le principal poste de dépenses demeure la délégation de service public maritime pour les lignes Marseille-Corse : les deux-tiers de l'enveloppe de continuité territoriale, soit 100,42 millions au total en 2006, sont répartis chaque année entre la CMN (15,6 %, soit 27,69 millions en 2006) et la SNCM (41,0 %, soit 72,73 millions).

2. LA COMPAGNIE MÉRIDIONALE DE NAVIGATION (DÉSIGNÉE AUSSI SOUS LE NOM DE MÉRIDIONALE OU DE CMN)

a) Présentation générale de la Méridionale

15. La CMN est un armement privé fondé en 1931, ayant son siège social à Marseille, qui a pour activité principale la desserte maritime de la Corse (fret et passagers), ainsi que de la Sardaigne.
16. La CMN est contrôlée par la Compagnie Méridionale de Participations (CMP) qui détient 53,1 % de son capital et de ses droits de vote, le solde étant détenu pour 45 %

par la Société Nationale Maritime Corse Méditerranée (SNCM) et pour 1,9 % par ses salariés.

17. La CMP est elle-même détenue à 55 % par la Société de travaux industriels et maritimes d'Orbigny (ci-après : « STIM d'Orbigny »), filiale du groupe STEF-TFE, et à 45 % par la Compagnie Générale de Tourisme et d'Hôtellerie (CGTH), filiale à 100 % de la SNCM.
18. Spécialisée à l'origine dans le transport du fret et plus particulièrement dans le transport de produits pétroliers, la CMN transporte des marchandises conventionnelles au départ de Marseille vers les ports corses de Bastia, Ajaccio et Propriano et vers Porto Torrès, en Sardaigne.
19. Depuis 1988, et à la demande de l'OTC, la compagnie privée s'est dotée de navires mixtes, c'est-à-dire aptes à transporter des passagers et leurs véhicules, en sus des remorques routières contenant des marchandises diverses.
20. La CMN emploie environ 439 personnes au total, dont près de 30 % en Corse.
21. En sus d'agents portuaires, La Méridionale s'est dotée d'un réseau de distribution de plus de 1 000 agences de voyages sur l'Europe entière.
22. En 2005, le chiffre d'affaires de la CMN s'élevait à 75 millions d'euros, dont 27 millions d'euros de compensations financières. En 2007, ce chiffre d'affaires est de 80,2 millions d'euros, dont 28 millions de subventions.

b) La CMN et la desserte maritime de la Corse

23. Dans le cadre du contrat de continuité territoriale couvrant la période 2002-2006, la desserte assurée par la CMN s'effectue en complémentarité avec celle de la SNCM pour ce qui est du service public dit « de base ».
24. Celui-ci consiste en une desserte à l'année de l'ensemble des ports corses (à l'exception de Bonifacio), que ce soit pour le transport du fret ou pour celui des passagers, au départ de Marseille, à bord de cargos mixtes.
25. Bien que la capacité passagers des cargos mixtes de la CMN ait été revue à la hausse dans le cadre de la nouvelle concession débutée en 2002, ces navires ont une capacité passagers moindre que celle des ferries traditionnels (200 à 550 passagers, contre plus de 2 000 pour certains ferries).
26. Compte tenu de la coordination de la desserte entre SNCM et CMN, cette dernière n'opère en fait qu'au départ des ports corses de Bastia, Ajaccio et Propriano. Lors des arrêts techniques de navires de la SNCM, la CMN peut être amenée à desservir pour des périodes de courte durée (en général 3 semaines) la ligne Marseille/Porto-Vecchio.
27. Le transport du fret vers Marseille au départ de Porto-Vecchio et des ports balanins (Calvi et Ile Rousse) échoit quasi-exclusivement à la SNCM.

28. Deuxième transporteur de fret de l'île, juste derrière la SNCM, la compagnie a convoyé 703 000 km de fret linéaire en 2004 ainsi que plus de 212 000 passagers sur la Corse. En 2005, la Méridionale a transporté sur les lignes corses 728 km de fret, 195 650 passagers et leurs 3 800 voitures.
29. Elle assure toute l'année 18 à 20 traversées par semaine entre la Corse et le continent ainsi que 4 traversées par semaine entre la Sardaigne et le continent, via Propriano ou Ajaccio.
30. L'ensemble des trois navires que compte la CMN est affecté au service public de la Corse au départ de Marseille, pour lequel la CTC lui accorde une dotation destinée à compenser les surcoûts des obligations de service public, en particulier les tarifs plafonnés imposés pour le fret et les passagers.

c) La flotte

31. La flotte de la CMN se compose comme suit :
 - le « Kalliste » est un cargo mixte d'une nouvelle génération et de grande capacité (2 340 mètres linéaires de fret), principalement entre Marseille et Bastia. Transformé en 2002, il peut transporter 496 passagers en cabines + 50 passagers en fauteuil, en fret 1 878 mètres linéaires de fret + 150 voitures passagers + 80 voitures de commerce ;
 - le « Scandola » est un cargo mixte d'une capacité de 277 passagers cabines (pas de fauteuil), de 1 317 mètres linéaires de fret et de 55 voitures passagers. Il navigue sur Propriano et la Sardaigne ;
 - le « Girolata » est un cargo mixte d'une capacité de 766 cabines passagers et de 50 fauteuils pouvant également transporter 1 495 mètres linéaires de fret, 150 voitures passagers et 80 voitures de commerce (neuves). Il a remplacé depuis 1992 le Santa Regina et assure les lignes Ajaccio et Propiano.

3. CORSICA FERRIES

a) Présentation générale de Corsica Ferries

32. La société Corsica Ferries, fondée en 1968 par l'armateur bastiais Pascal Lota sous le nom de Corsica Line, est spécialisée dans le transport des passagers et de leurs véhicules.
33. Tout au long des années 1970, la flotte de la compagnie s'est étoffée pour gagner en capacité. De nouvelles lignes ont été expérimentées entre l'Italie (San Remo, Imperia, Savona, Gênes, La Spezia, Livourne) et les ports de Bastia, Ile Rousse et Calvi.
34. En 1981, a été créée la marque Sardinia Ferries, qui dessert des lignes entre l'Italie et la Sardaigne (vers le port d'Olbia, remplacé, à partir de l'été 1990, par celui de Golfo Aranci), d'abord au départ de Livourne, puis aussi de Civitavecchia à compter de 1996.

35. Ainsi, la compagnie s'est développée, d'abord depuis l'Italie puis à partir des ports français à compter de 1996.
36. Actuellement, la holding Lota Maritime, elle-même possédée par une société holding familiale à Genève, la société Lozali, détient 99,9 % de la société CF France SAS, 99,99 % de la société Forship SPA qui exploite les lignes maritimes à destination de la Sardaigne et qui met à disposition de la société Corsica Ferries France SAS des navires (rachat de la participation minoritaire en décembre 2007) et 99,17 % de l'Entreprise générale maritime (EGM) qui est une société de manutention portuaire établie à Bastia.
37. Au moment des faits, Corsica Ferries desservait au total onze lignes, dont six entre la Corse et le continent français, trois entre la Corse et l'Italie et deux entre la Sardaigne et le continent italien. En saison, elle assurait jusqu'à six allers-retours par jour sur la Sardaigne et jusqu'à douze sur la Corse.
38. Elle s'est dotée d'un réseau d'agences commerciales dans les principales villes (Paris, Lyon et Marseille) et ports desservis (Bastia, Toulon, Nice) et de nombreuses représentations en Europe.
39. La compagnie emploie jusqu'à 300 personnes en Corse sur les 1 300 employés qu'elle compte au total en saison. La plupart des navigants sont de nationalité italienne, les navires battant pavillon italien.
40. En 2005, Corsica Ferries France a réalisé un chiffre d'affaires de 132 millions d'euros, (et 121 millions d'euros pour Forship Spa).
41. Le chiffre d'affaires global réalisé, au titre de l'année 2007, par la société Corsica Ferries France SAS est de 155,6 millions d'euros. Celui de la société Forship Spa est de 132,3 millions d'euros. Le chiffre d'affaires consolidé est de 192,2 millions d'euros en 2006.

b) Corsica Ferries et la desserte maritime de la Corse

42. En 2002, Corsica Ferries a transporté plus de 1,6 million de passagers, devant la SNCM. Devenue premier transporteur de l'île de passagers, tous modes de transport confondus, Corsica Ferries a transporté 2 630 000 passagers en 2004, dont 1 800 000 sur la Corse.
43. Pendant la période estivale, Corsica Ferries est la compagnie qui offre le plus grand nombre de départs quotidiens vers la Corse (jusqu'à douze départs par jour en 2006).
44. La compagnie assure aussi toute l'année la desserte de Nice, depuis 1999, et de Toulon, depuis décembre 2000, contribuant ainsi fortement au développement récent du trafic passagers de la Corse hors saison.
45. Grâce à la contribution de l'Assemblée de Corse, qui définit la politique des transports de l'île, elle bénéficie de subventions « *au passager social* » qui sont directement reversées à ses clients des lignes de Toulon et Nice. Par ce canal, les clients de la compagnie ont bénéficié d'environ 10 millions d'euros de réduction de tarifs en 2004, le tarif de base d'un Toulon-Corse ou d'un Nice-Corse passant ainsi de

20 euros à 5 euros (hors taxes et droits de ports et hors suppléments éventuels pour installations ou pour navires express). Le montant total des réductions accordées s'est élevé en 2007 à 16 millions d'euros.

c) La flotte

46. La société Corsica Ferries armait, au moment des faits, 2 NGV (Navire à grande vitesse), 5 car ferries traditionnels, dont 4 sur la Corse, et 2 Car ferries Mega express (II et III) dont les caractéristiques sont les suivantes :

type	Nom	Mise en service	Capacité passagers	Capacité garage	Mètres linéaires (ML)
NGV	Corsica Express II	1996	550	150 voitures	
NGV	Corsica Express III	1996	550	150 voitures	
NGV	Sardinia Express	1996	550	150 voitures	
Ferry Mixte	Mega Express I	2001	1 955	560 voitures	713 ML (132 voitures)
Ferry Mixte	Mega Express II	2001	1 955	560 voitures	713 ML (132 voitures)
Ferry Mixte	Mega Express III	2001	2 106	650 voitures	1 000 ML (150 voitures)
Ferry Mixte	Mega Express IV	1995	1 400	598 voitures	1 665 ML (120 voitures)
Ferry	Sardinia Regina	1975	1 789	400 voitures	660 ML (0 voiture)
Ferry	Corsica Marina II	1974	1 500	500 voitures	842 ML (0 voiture)
Ferry	Sardinia Vera	1974	1 500	500 voitures	600 ML (28 voitures)
Ferry	Corsica Victoria	1973	1 500	500 voitures	600 ML (28 voitures)
Ferry	Corsica Serena II	1975	1 350	350 voitures	462 ML (0 voiture)

4. LA SNCM

a) Présentation générale de la SNCM

47. La SNCM est une compagnie maritime qui assure des liaisons régulières vers la Corse et vers le Maghreb (Tunisie et Algérie) au départ de la France, ainsi que des liaisons saisonnières, d'avril à septembre, vers la Sardaigne.
48. La SNCM opère dans le domaine du transport des passagers, des véhicules et du fret en Méditerranée occidentale. Toute l'année, ses navires, battant pavillon français, assurent des services réguliers entre le continent français au départ de Nice, Toulon et Marseille et la Corse et des liaisons internationales vers la Sardaigne, la Tunisie et l'Algérie, principalement au départ du port de Marseille.
49. La SNCM était jusqu'en mai 2006 détenue à 80 % par la Compagnie générale maritime et financière (CGMF) et à 20 % par la Société nationale des chemins de fer (SNCF). La CGMF, dont l'État français détient directement 100 % du capital, a pour objet social d'autoriser toute opération de transport maritime, d'armement et d'affrètement de navires et toute prise de participations et toute opération commerciale ou industrielle se rattachant directement ou indirectement à cet objet social.

50. Le déroulement de l'histoire de la SNCM est jalonné de difficultés financières et sociales qui ont conduit l'Etat à accorder plusieurs plans d'aide au sauvetage à cette entreprise publique. Le statut de l'entreprise a été modifié le 29 septembre 2005 : a été prévue la cession de 75 % des parts au secteur privé (38 % au fonds d'investissement Butler Capital Partners, 28 % à Veolia Transport, qui deviendra l'opérateur industriel de la société, et 9 % à ses salariés). Le 10 novembre 2008, Butler Capital Partners a cédé ses parts à Veolia Transport qui détient donc actuellement 66 % des parts.
51. Le transfert de la SNCM au secteur privé a été autorisé par le décret n° 2006-606 du 26 mai 2006, après recapitalisation de la société par un plan d'aide que l'État a soumis au contrôle de la Commission européenne.
52. En aval, la SNCM contrôle les filiales suivantes :
- la société Les Comptoirs du Sud, détenue à 100 % par l'intermédiaire de la société holding Compagnie Générale de tourisme et d'hôtellerie (CGTH) ; cette société gère l'ensemble des boutiques situées à bord des navires de la SNCM ;
 - la société Sud-Cargos, contrôlée conjointement avec la société de transport Delmas, est spécialisée dans le transport de marchandises à destination ou en provenance du Maghreb ;
 - la société Ferrytour, détenue à 100 %, exerce le métier d'organisateur de voyages ; elle a réalisé en 2005 un chiffre d'affaires de 6 millions d'euros ;
 - la société Aliso Voyages exploite un réseau de 18 agences de voyages qui assurent 8,5 % des ventes de la SNCM ; elle a réalisé en 2005 un chiffre d'affaires de 45,6 millions d'euros ;
 - la société Sara, détenue à 100 %, assure l'avitaillement des navires de la SNCM ainsi que la logistique des Comptoirs du Sud ; elle a réalisé en 2005 un chiffre d'affaires de 6,6 millions d'euros.
53. La compagnie est située à Marseille et compte jusqu'à 2 300 salariés.
54. En 2004, sur l'ensemble de ses lignes, la SNCM a transporté au total 1 238 000 passagers et 795 000 mètres linéaires de fret (dont 936 000 passagers et 719 000 mètres linéaires de fret sur la Corse) réalisant un chiffre d'affaires de 194 millions d'euros, pour une subvention au titre de la continuité territoriale de 63 millions d'euros versée annuellement par la collectivité territoriale de Corse. Le chiffre d'affaires global de la SNCM (subventions comprises) s'est élevé en 2006 à 249 millions d'euros et en 2007 à 296 millions.
55. La subvention de continuité territoriale reçue par la SNCM a évolué comme suit : 66,4 millions d'euros de subventions en 2005, 75,2 millions d'euros en 2006 et 73,7 millions d'euros en 2007.

b) La SNCM et la desserte maritime de la Corse

56. Dans le cadre du contrat de continuité territoriale couvrant la période 2002-2006, la desserte de la SNCM s'étend à la quasi-totalité des ports de Corse, à savoir Ajaccio, Bastia, Calvi, Ile Rousse, Propriano et Porto-Vecchio.
57. Le système d'aide aux passagers bénéficie également à la SNCM au départ de Nice (port au départ duquel la compagnie a basé son navire à grande vitesse (NGV) « Liamoné »), ou plus précisément à ses passagers, pour un montant de près de 4 millions d'euros en 2004.

c) La flotte

58. Sur les 10 navires que compte la compagnie, 6 sont affectés au service public de la Corse au départ de Marseille : 4 cargos mixtes pour le transport du fret et des passagers toute l'année (service dit « de base ») auxquels s'ajoutent 2 croisières-ferries au départ de Marseille pour les passagers et leurs véhicules en saison et pendant les vacances scolaires (service dit « complémentaire »).

Ils se répartissent ainsi :

- pour Nice/ Corse hors délégation de service public : le « Liamone » (NGV) ;
- pour les lignes à destination de l'Afrique du nord, trois ferries : « le Méditerranée », « le Corse » et « l'Ile de Beauté » ;
- pour les liaisons Marseille/Corse pendant la période 2002-2006 : les navires figurant sur le tableau ci-après

Type	Nom	Mise en service	Capacité passagers	Capacité garage	Mètres linéaires
Ferries	Danielle Casanova	2002	2 200	700 voitures	
	Napoléon Bonaparte	avril 1996	2 462	708 voitures	
	Méditerranée	1989	2 150	800 voitures	
	Ile de Beauté		1 570	520 voitures	
	Corse	1983	2 300	620 voitures	
NGV	Liamone	-	1 116	250 voitures	
Navires mixtes	Pascal Paoli	mai 2003	550	130 voitures	2 300 ML
	Paglia Orba	1994	544	120 voitures	2 300 ML
	Monte Cinto	1984	111	525 voitures	1 200 ML
	Monte d'Oro	1991	528	528 voitures	1 615 ML

D. LA CHRONOLOGIE DES ÉVÈNEMENTS ET LA PRATIQUE CONSTATÉE

1. LA CHRONOLOGIE DES ÉVÈNEMENTS

59. Par délibération n° 06/22 AC du **24 mars 2006**, l'Assemblée territoriale de Corse, organe délibérant de la collectivité territoriale de Corse (CTC), a adopté le « *principe de l'organisation générale de la desserte maritime de service public entre le port de Marseille et les ports corses à compter du 1^{er} janvier 2007* ».
60. Par la même délibération, l'Assemblée territoriale a donné mandat au président de l'office des transports de la Corse (OTC) aux fins de lancer, au nom de la CTC, la procédure d'appel d'offres, de procéder à l'instruction technique des dossiers et d'assister la CTC pour l'attribution des délégations de service public.
61. Ce contrat fixait des obligations à l'année qui s'appliquent aux liaisons au départ de Marseille vers les 5 destinations corses (Bastia, Ajaccio, Porto-Vecchio, Propriano et Balagne), tant pour le fret que pour les passagers. Il précisait aussi des obligations ponctuelles qui s'appliquent aux liaisons au départ de Marseille vers les destinations de Bastia et d'Ajaccio, à certaines périodes de l'année (vacances scolaires de Noël, février, printemps, été et automne), uniquement pour les passagers. La durée était de six années, à compter du 1er janvier 2007, mais les candidats répondant à l'appel d'offres avaient également la possibilité de proposer une option économique portant sur un contrat d'une durée de sept ans.
62. Le **27 mai 2006**, un avis d'appel à la concurrence a été publié au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis a fixé au 4 août 2006, à 17 heures, la date limite de dépôt des offres. Veolia a demandé à la CMN de déposer une offre commune avec la SNCM.
63. Cet appel d'offres trouve en réalité sa source dans le processus de privatisation de la SNCM qui a débuté en janvier 2005. En effet, au cours de cette privatisation, le Gouvernement a consenti à Butler Capital Partners et à Veolia :
 - une clause résolutoire à la cession des parts si le cahier des charges de la nouvelle délégation de service public entre le port de Marseille et les ports de Corse, qui devait être adopté par l'assemblée de Corse, n'était pas similaire au cahier des charges de la précédente délégation,
 - une clause de retour qui leur permet de sortir du capital de la SNCM et de revenir ainsi à l'état antérieur si la délégation de service public n'était pas renouvelée, dans sa totalité, au profit de cette société.
64. En juin 2006, des négociations ont été engagées entre Veolia et la CMN pour déposer auprès de l'OTC une réponse commune et pour la vente des participations des sociétés en cause. Une semaine après, la société Veolia a informé la CMN qu'elle ne céderait pas ses participations et a réitéré sa demande d'une réponse commune. Fin juin, de nouvelles négociations permettant un échange de participations croisées ont été engagées et la CMN a établi un projet d'accord de coopération qui n'a pas abouti pas. Le 4 juillet 2006, les négociations ont été rompues par Veolia et CMN a décidé

de déposer seule des offres pour certaines lignes et de s'allier à Corsica Ferries pour d'autres.

65. Dans ce contexte, le **4 août 2006**, quatre offres ont été déposées au siège de l'OTC :
- une offre globale et indivisible de la SNCM portant sur l'ensemble des lignes ;
 - une offre de la société Corsica Ferries comportant différentes options et portant alternativement sur les lignes Marseille / Bastia, Marseille / Ajaccio, Marseille / Balagne, Marseille / Propriano et Marseille / Porto-Vecchio ;
 - une offre de la Compagnie méridionale de navigation (CMN) portant sur six propositions individuelles différentes, s'excluant mutuellement et comprenant des services permanents (toute l'année, tous les jours) ou des demi-services permanents (toute l'année, un jour sur deux) ou des services complets, permanents et supplémentaires (toute l'année, tous les jours et avec les périodes de pointe) ;
 - et, enfin, une offre d'un groupement momentané constitué par la société Corsica Ferries et la CMN portant alternativement soit sur les lignes Marseille / Bastia et Marseille / Propriano, soit sur les lignes Marseille / Ajaccio et Marseille / Propriano.
66. Le **7 août 2006**, la Commission d'ouverture des plis mentionnée à l'article L. 1411-5 du CGCT a ouvert les enveloppes extérieures des offres et a admis les offres individuelles de Corsica Ferries soit sur la ligne de Balagne, soit sur celle de Porto-Vecchio et l'offre globale de la SNCM. Elle a écarté les offres individuelles et l'offre commune de la CMN et de Corsica Ferries.
67. Les **19 septembre et 23 octobre 2006**, la CMN et Corsica Ferries ont saisi le Conseil de la concurrence, notamment de pratiques d'abus de position dominante de la SNCM par le dépôt d'une offre globale et indivisible en réponse à l'appel d'offres et le 5 octobre 2008, Corsica Ferries a saisi le tribunal administratif de Bastia de deux référés contractuels, le premier en sa qualité de membre du groupement momentané constitué avec la CMN, le second en sa qualité de candidat individuel.
68. Le **15 décembre 2006**, le Conseil d'Etat a annulé la délégation de service public litigieuse en considérant : *« que, si le règlement particulier de l'appel d'offres autorise la présentation d'une offre globale pour l'ensemble des lignes faisant l'objet de la délégation, il exige des candidats qu'ils fournissent dans l'enveloppe contenant les offres des indications sur les moyens spécifiques prévus pour l'exécution du contrat, notamment les navires mis en place et le montant des compensations financières demandées année par année ainsi qu'un compte d'exploitation prévisionnel pour chacune des années faisant apparaître en particulier les coûts poste par poste pour chaque ligne déléguée ; (...) que l'offre de la SNCM comportait des comptes d'exploitation prévisionnels globaux et annonçait la présentation d'un compte prévisionnel par ligne qui n'incluait pas les charges à terre et les charges en capital ; que cette offre, qui se présentait comme indivisible, n'indiquait pas non plus les navires que la SNCM entendait affecter à chaque ligne et comptait au nombre des navires mis en place des bâtiments qui n'étaient pas désignés ; que cette absence d'informations précises sur des postes essentiels des comptes d'exploitation prévisionnels par ligne et sur les moyens nautiques affectés à ces lignes, rendait*

impossibles pour l'autorité représentant la collectivité délégante, au moment de choisir les opérateurs économiques avec lesquels elle souhaitait entamer la négociation, 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 qui portaient seulement, comme l'autorise le règlement de la consultation, sur l'exploitation de certaines de ces lignes ; (...) que, par suite, la société Corsica Ferries est fondée à demander l'annulation du choix de ce président d'ouvrir des négociations avec la SNCM ».

69. **Le 17 octobre 2006**, le tribunal de commerce de Paris a donné satisfaction à la SNCM, contraignant par là même STEF TFE à céder une partie de ses actions à la SNCM qui devient majoritaire. STEF a fait appel de cette décision.
70. **Le 31 octobre 2006**, le premier président de la cour d'appel de Paris, saisi d'une requête de la CMN, a suspendu l'exécution provisoire de la décision du tribunal de commerce de Paris du 17 octobre.
71. **Le 22 décembre 2006**, la cour d'appel de Paris, statuant au fond, a infirmé le jugement du tribunal de commerce de Paris du 17 octobre 2006. Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation le **6 novembre 2007**.
72. **Le 6 février 2007**, la cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable le recours de la SNCM contre la décision n° [06-MC-03](#). Elle a jugé que le fait que « *l'offre n'existe plus au jour du recours a pour objet de rendre la saisine de la cour et partant les demandes de la SNCM dépourvues d'objet* ».
73. **Le 8 juillet 2008**, la Commission Européenne a approuvé les mesures prises par la France en faveur de la SNCM en estimant que l'apport en capital de l'État français, notifié en 2002, était compatible avec le marché commun.

2. LE COMPORTEMENT DE LA SNCM DANS SA RÉPONSE À L'APPEL D'OFFRES

74. L'appel d'offres de la collectivité corse prévoyait la possibilité de proposer une offre globale puisque les dispositions financières du règlement particulier d'appel d'offres précisait : « *les candidats présentant une offre globale, en conformité avec leurs possibilités et qui seront de nature à optimiser la desserte de l'île dans son ensemble, bénéficieront d'une prise en compte privilégiée, ce qui n'exclut pas la possibilité de présenter des offres par ligne* ».
75. Cependant, si la prise en compte de l'offre globale était privilégiée, elle n'impliquait pas que la réponse globale fût indivisible, le règlement exigeant même explicitement la présentation de certains éléments techniques et financiers ligne par ligne.
76. Par ailleurs, selon ce règlement : « *Chaque offre concernant une ou plusieurs lignes fera l'objet d'une enveloppe séparée contenant les indications sur les moyens spécifiques prévus pour l'exécution du contrat : navire mis en place (...), Une attestation d'une société agréée de certification installée dans un pays de l'Union européenne sera fournie, qui précisera l'adéquation des moyens nautiques envisagés aux exigences du cahier des charges.* ». Il résulte de ces deux dispositions que les candidats à la délégation des lignes maritimes de service public entre le port de

Marseille et les ports de Corse devaient impérativement désigner les navires affectés à l'exploitation de ces lignes.

77. Dans ce contexte, la SNCM a déposé une offre globale qui non seulement ne comportait pas les éléments techniques permettant un examen ligne par ligne, notamment les comptes d'exploitation par ligne pour chaque année, mais également ne prévoyait pas les navires mis en place pour chacune des lignes, un certain nombre de navires étant dénommés « TBN » soit « *to be nominated* » (à désigner).
78. La SNCM a précisé, dans sa réponse à l'appel d'offres, avoir opté pour une offre globale permettant d'optimiser la desserte de la Corse dans son ensemble aux meilleures conditions économiques : *« Pour toutes les raisons qui viennent d'être exposées, les demandes de compensations annuelles couvrent donc l'ensemble des lignes même si, conformément au Règlement du Cahier des Charges, les comptes d'exploitation prévisionnels sont détaillés poste par poste et ligne par ligne. Il est donc expressément stipulé que notre offre constitue un tout indissociable et concerne l'ensemble des lignes Marseille-Corse, sans possibilité de séparation. Les montants affectés à une ligne ne peuvent donc, en aucun cas, être considérés comme une proposition pour la desserte de cette ligne »*. Le chapitre 4.3 de la réponse a précisé encore que : *« l'offre de la SNCM est une offre globale optimisée. Cela signifie que les navires ne sont pas affectés exclusivement à une ligne mais que la flotte est déployée pour répondre au mieux aux variations de capacités requises. La répartition des coûts d'affrètement des navires loués et celle des charges en capital des navires détenus en propre peut se faire selon diverses clés selon que l'on souhaite mettre en exergue les contraintes contractuelles, les recettes générées ou les charges d'exploitation. Les charges à terre, nécessaires aux opérations dans leur ensemble, peuvent, elles aussi être réparties par ligne selon diverses clés »*.
79. L'OTC a retenu l'offre de la SNCM en émettant néanmoins les réserves suivantes : *« La SNCM fournit des comptes d'exploitation prévisionnels globaux complets. Elle annonce dans son offre la présentation d'un compte prévisionnel par ligne ainsi que le détail des répartitions de charges en capital, charges à terre, résultats exceptionnel et financier, par année et par ligne. Toutefois, les comptes d'exploitation détaillés par ligne n'incluent pas directement les charges à terre et les charges en capital. Par ailleurs, il existe une lacune concernant l'année 2013. Enfin, la compagnie évoque une variante, sans fournir tous les éléments permettant d'étudier sa proposition, notamment sur la réduction de la compensation financière demandée »*.
80. La SNCM a indiqué que, pour autant, une réponse globale ne priverait pas l'OTC de sa marge de manœuvre et de sa liberté de choix : *« comme cela résulte clairement de son offre (cf. note générale d'introduction et note de synthèse précitées - point 1.1), la SNCM a simplement voulu indiquer que les conditions financières afférant à chaque ligne et aboutissant par agrégation à l'offre globale n'étaient valables qu'autant que l'attribution serait elle-même globale. Ceci, sans préjuger de ce que pourraient être ses conditions financières par ligne, si l'OTC ne souhaitait lui attribuer que quelques lignes. En d'autres termes, la SNCM n'a jamais écarté l'hypothèse d'une attribution partielle de lignes. Elle a simplement voulu éviter d'être engagée, en cas d'attribution non globale sur des conditions financières par lignes, qui n'étaient pertinentes que dans un contexte d'ensemble cohérent de lignes »*.

E. LE GRIEF NOTIFIÉ

81. Compte tenu de ces constatations, le griefs suivant a été notifié le 24 juillet 2008 :
« *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.* »

II. Discussion

1. SUR LA COMPÉTENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

82. L'article L. 410-1 du Code de commerce soumet aux règles définies notamment au titre II du livre IV du Code de commerce, consacré aux pratiques anti-concurrentielles, « *toutes les activités de production, de distribution et de service* » y compris celles qui sont le fait de personnes publiques « *notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».
83. Selon la jurisprudence issue de la décision du tribunal des conflits, Aéroports de Paris en date du 18 octobre 1999, il convient de faire le départ, s'agissant de l'activité des personnes publiques, entre :
- d'une part, les actes par lesquels les personnes publiques font usage, pour l'organisation du service public dont elles ont la charge, de prérogatives de puissance publique : leur légalité, et notamment leur conformité au droit de la concurrence, ne peut être appréciée que par le juge administratif ;
 - d'autre part, les activités des mêmes personnes publiques, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables de leurs actes de puissance publique : comme celles de toute entreprise, elles peuvent être qualifiées par le Conseil de la concurrence et le juge judiciaire qui le contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante.
84. Le règlement particulier de l'appel d'offres lancé pour l'attribution de la délégation de service public relative aux liaisons maritimes entre Marseille et la Corse, de même que la dévolution de cette délégation au (ou aux) candidat(s) retenu(s) à l'issue de cet appel d'offres, constituent des actes par lesquels la collectivité territoriale de Corse et l'OTC font usage, pour l'organisation du service public de continuité territoriale entre la Corse et le continent, de prérogatives de puissance publique.
85. La légalité de ces actes ne peut être appréciée que par la juridiction administrative, qui s'est d'ailleurs prononcée dans le cadre d'un référé pré-contractuel qui a donné lieu à une décision du Conseil d'État en date du 15 décembre 2006.

86. Dans sa décision n° [06-MC-03](#) du 11 décembre 2006, le Conseil de la concurrence avait, pour trancher la question de sa propre compétence, distingué entre deux types de comportements dénoncés par les parties saisissantes, selon qu'ils étaient détachables ou non des actes de puissance publique décrits au paragraphe 84.
87. Il avait considéré que les comportements de la collectivité territoriale de Corse et de l'OTC, dénoncés par la SNCM, qui auraient, au moyen d'une entente anti-concurrentielle avec la SNCM, cherché à favoriser cette dernière en élaborant un règlement d'appel d'offres conçu « *sur mesure* » pour elle et en examinant les autres offres de manière discriminatoire, voire en les « *boycottant* », n'étaient pas détachables des actes de puissance publique. Le Conseil a donc considéré que leur qualification échappait à sa compétence.
88. Le Conseil a en revanche retenu sa compétence pour apprécier les abus de position dominante reprochés à la SNCM, y compris celui ayant consisté à déposer une offre globale pourtant autorisée par le règlement de l'appel d'offres, au motif que tels comportements étaient détachables de l'appréciation de la légalité de ce dernier.
89. Il est, en effet, de jurisprudence constante qu'en déposant des offres en réponse à un appel d'offres public, les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du Code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par le Conseil et les juridictions judiciaires qui le contrôlent (voir en ce sens les arrêts du 29 janvier 2002 « *Saturg* », et du 2 juillet 2003, Régie départementale de transport de l'Ain, de la cour d'appel de Paris dès lors que « *les pratiques en cause ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'a impliqué aucune appréciation de la validité des actes administratifs* »). Vont dans le même sens l'arrêt du 30 mars 2004 *Semiacs*, ainsi que les décisions du Conseil de la concurrence n° [02-D-23](#) et n° [07-D-49](#).
90. Contrairement à ce que soutient la SNCM, la pratique par laquelle cette dernière a déposé une offre globale et indivisible en réponse à l'appel d'offres lancé par la collectivité territoriale de Corse est détachable de l'appréciation de la légalité du règlement particulier de cet appel d'offres (RPAO), qui autorisait les offres globales.
91. En effet, le grief notifié à la SNCM ne reproche pas à cette dernière d'avoir déposé une offre globale, c'est-à-dire portant sur l'ensemble des lignes concernées par l'appel d'offres, ainsi que l'y autorisait effectivement le RPAO. Il lui est reproché d'avoir déposé une offre globale portant de manière indivisible sur l'ensemble des lignes, c'est-à-dire sans présentation simultanée d'offres ligne par ligne, et ce, dans un contexte particulier caractérisé, d'une part, par l'incapacité de toute autre compagnie ou groupement 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 de l'autorité délégante, 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. Or, sur ce point, l'offre de la SNCM s'écartait clairement des exigences du RPAO, lequel demandait aux entreprises de fournir des éléments techniques et financiers ligne par ligne afin de pouvoir comparer les offres globales et les offres par ligne.

92. Le Conseil de la concurrence est donc compétent pour statuer sur le grief notifié à la SNCM, qui lui reproche d'avoir commis un abus de position dominante en déposant une seule offre globale et indivisible qui avait pour objet et pour effet d'exclure les autres candidats à l'appel d'offres.

2. SUR L'ABSENCE D'OBJET DE LA SAISINE AU FOND

93. La SNCM s'appuie sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 février 2007, ayant jugé irrecevable le recours formé par la SNCM contre la décision n° [06-MC-03](#), pour affirmer que la saisine au fond du Conseil est dépourvue d'objet en raison de l'annulation par le Conseil d'État de la procédure de délégation de service public.
94. Dans son arrêt du 6 février 2007 invoqué par la SNCM, la cour d'appel de Paris a précisé que : *« pour apprécier les effets de ces mesures conservatoires, la cour doit se placer à la date à laquelle elle statue et non pas à celle de la décision attaquée. »*. Constatant que *« le 15 décembre 2006, le Conseil d'État a annulé la procédure de passation de la délégation de service public et a enjoint à la CTC de reprendre la procédure, soit intégralement, soit à compter de la nouvelle date qu'elle fixera pour la remise des plis contenant les nouvelles offres des candidats »*, elle a relevé *« que la décision d'annulation de la procédure de passation de la délégation de service public du Conseil d'État a eu pour effet d'annuler les offres présentées jusqu'alors par les candidats »*. Elle a logiquement déduit *« que le fait que l'offre n'existe plus au jour du recours a pour effet de rendre la saisine de la cour et partant les demandes de la SNCM sans objet »*.
95. Ce faisant, la cour d'appel de Paris n'a, en aucun cas, déclaré la saisine au fond sans objet. Elle a simplement considéré que l'examen des mesures conservatoires était devenu sans objet, en raison de l'annulation de la procédure d'appel d'offres par le Conseil d'État qui a retiré tout caractère d'urgence à la situation examinée par la cour. Les pratiques mises en œuvre n'étaient en effet plus susceptibles de porter une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur, à l'intérêt des consommateurs ou aux entreprises plaignantes, au sens de l'article L. 464-1 du Code de commerce.
96. L'arrêt rendu par la cour sur les mesures conservatoires n'a donc pas rendu sans objet la procédure poursuivie sur le fond.

B. SUR LE FOND

1. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

97. L'article 82 du Traité CE dispose qu'*« 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. »*.
98. En vertu de la pratique décisionnelle du Conseil, se fondant notamment sur les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce aux articles 81 et 82 du Traité (2004/C101/07), trois éléments doivent être

démontrés pour établir que les pratiques sont susceptibles d'avoir sensiblement affecté le commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (premier point), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (deuxième point) et le caractère sensible de cette affectation (troisième point).

99. S'agissant des deux premiers points, il faut principalement relever que les liaisons avec la Corse sont susceptibles d'être utilisées par tous les consommateurs de l'Union européenne qui souhaitent rallier Marseille à la Corse par bateau. Les conditions d'exploitation constatées sur ces lignes affectent nécessairement les échanges puisqu'elles touchent directement le consommateur final européen comme le Conseil l'a déjà relevé dans ses décisions n° [04-D-74](#) du 21 décembre 2004 (liaison maritime Jersey-Saint-Malo) et n° [08-D-30](#) du 4 décembre 2008 (vente de carburéacteur à La Réunion). De plus, certaines des entreprises ayant déposé une réponse à l'appel d'offres sont actives dans d'autres États de l'Union, puisque certaines desservent des liaisons Corse-Italie ou Sardaigne-Italie continentale. De plus, le marché en cause relève d'une procédure de consultation ouverte aux entreprises communautaires, sur lequel une des entreprises effectivement soumissionnaire affrète des navires sous pavillon italien et emploie des salariés ressortissants d'États de la communauté européenne.
100. La pratique mise en œuvre est donc susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres.
101. S'agissant du troisième point, l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position sur le marché des entreprises en cause.
102. En l'espèce, les pratiques en cause concernent un appel d'offres relatif à la desserte maritime entre le port de Marseille et les ports corses. Le montant du marché concerné et son importance au niveau communautaire ainsi que le chiffre d'affaires de la société SNCM, de 296 millions d'euros, font présumer une affectation sensible du commerce intracommunautaire, présomption non renversée par la société mise en cause.
103. La pratique relève donc du droit national et du droit communautaire de la concurrence.

2. SUR LE BIEN FONDÉ DU GRIEF NOTIFIÉ

104. Il convient d'examiner si, en déposant une offre globale qui porte de manière indivisible sur l'ensemble des lignes concernées par l'appel d'offres, la SNCM a abusé de sa position dominante afin d'évincer ses concurrents de la compétition organisée par la collectivité territoriale et l'OTC.

Pour ce faire, il faut successivement :

- délimiter le marché pertinent sur lequel doit être apprécié le pouvoir de la SNCM ;
- rechercher l'existence d'une éventuelle position dominante de la même entreprise ;
- apprécier si le comportement décrit ci-dessus peut-être qualifié d'abusif.

A SUR LE MARCHÉ PERTINENT

105. Diverses approches du marché pertinent ont été proposées et discutées par les parties. Elles se distinguent principalement par le rôle accordé au marché « *aval* » du transport de passagers ou de fret.
106. Il est de jurisprudence constante qu'un marché public ou un appel d'offres pour une délégation de service public constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande de la collectivité publique concernée et les offres des entreprises souhaitant y répondre. Sur le plan temporel, ce marché de la délégation précède nécessairement l'exécution de la prestation déléguée : il peut, en ce sens, être qualifié de marché « *amont* ».
107. Dans l'examen de l'opération de concentration dans le secteur des infrastructures autoroutières, le ministre de l'économie, par une décision du 6 mars 2006 (C2006-03), indique aux conseils de la société Vinci : « *la Commission européenne dans sa décision d'autorisation de l'opération Eiffage/Macquarie/APRR évoque un marché de l'octroi des concessions autoroutières. Cette approche est conforme à la position que la Commission a pu prendre dans d'autres affaires touchant à la délégation de services publics. Elle considère notamment que la dévolution de contrats de concession par le biais d'appels d'offres lancés par la puissance publique présente des caractéristiques distinctes de l'exploitation de l'activité en cause. La confrontation d'une demande matérialisée par un appel d'offres de l'État pour l'attribution d'un contrat de concession portant sur la construction, le financement, l'exploitation et l'entretien d'une infrastructure autoroutière et d'une offre d'entreprises ou de groupements d'entreprises ayant la capacité technique et financière de mener à bien la concession peut, comme le Ministre l'a établi dans son arrêté du 22 juin 2001 relatif à l'acquisition du groupe GTM par Vinci, constituer un marché de produit à part entière* ».
108. Ainsi le marché instantané de la mise en jeu d'un appel d'offres, qui est circonscrit à la période pendant laquelle une collectivité propose à des entreprises d'exploiter l'activité qu'elle envisage de concéder, peut être considéré comme un marché pertinent à part entière. Ce marché est distinct de celui de l'exploitation de l'activité déléguée qui s'exécute pendant la durée de la délégation : ce dernier peut, du point de vue de la succession temporelle, être qualifié de marché « *aval* ».
109. En l'espèce, dans sa décision déjà citée [06-MC-03](#), le Conseil a déjà indiqué au §55 que : « *Le marché sur lequel il convient d'apprécier la position de la SNCM est celui mettant en présence la demande de l'OTC et, du côté de l'offre, toutes les entreprises pouvant, dans les faits, répondre à la consultation lancée en vue de l'attribution de la délégation de service public de la desserte maritime de la Corse à partir du port de Marseille.* »
110. La SNCM conteste une telle définition du marché en estimant que c'est le comportement des consommateurs sur le marché de détail (sur lequel se rencontrent la demande des passagers et l'offre de transport) qui devrait être pris en compte pour apprécier les contours du marché pertinent et les positions des parties sur ce marché. Une telle approche reviendrait à examiner la position de l'entreprise non pas sur le marché « *amont* » de la délégation mais sur celui « *aval* » de l'exécution de l'appel d'offres.

111. Mais pour déterminer si une ou plusieurs entreprises actives dans un secteur qui fonctionne par appels d'offres (chacun déterminant un marché) détiennent une position dominante, le Conseil de la concurrence considère qu'« *il convient d'examiner non pas le marché particulier résultant du croisement d'un appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné* » (décision n° [01-D-66](#) du 10 octobre 2001) (soulignement ajouté). Cette démarche est bien cohérente avec la définition du marché « amont » du renouvellement de l'appel d'offres.
112. Deux cas de figure sont envisageables concernant la position des entreprises répondant à l'appel d'offres. Le premier est celui dans lequel il existe une entreprise en position dominante parmi l'ensemble des entreprises susceptibles de répondre à l'appel d'offres. La position dominante est alors directement appréciée sur le marché même où se déroule la pratique. Un second cas de figure est celui dans lequel il existe une position dominante sur le marché connexe de l'exécution de la prestation (marché aval), sans que ceci ne s'accompagne d'une domination directe sur le marché amont de l'appel d'offres au moment du dépôt des offres.
113. Il convient dans ce deuxième cas d'examiner la possibilité d'abuser de la position dominante détenue sur le marché aval en mettant en œuvre une pratique anti concurrentielle sur le marché amont. Cette démarche conduit en l'espèce à rechercher dans un premier temps l'existence d'une position dominante sur le marché où se rencontrent la demande de l'OTC et les offres des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres. Ce n'est que si aucune position dominante ne peut y être définie qu'il convient de s'interroger dans un second temps sur l'existence d'une position dominante sur le marché « *aval* » connexe.

3. LA POSITION DES PARTIES SUR LE MARCHÉ PERTINENT

114. La position des parties sur le marché « *amont* » est largement déterminée par les exigences de l'appel d'offres.

a) La demande de la collectivité territoriale

115. Au départ de Marseille, l'OTC a décidé d'organiser la gestion de la desserte maritime entre la Corse et le port de Marseille par une délégation de service public d'une durée de six années, soit du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2012, avec possibilité d'option pour sept années, soit du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2013.
116. Cet appel d'offres est ouvert aux compagnies maritimes dont la flotte est immatriculée dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'Espace économique européen et battant pavillon de cet Etat, sous réserve que les navires de cette flotte remplissent toutes les conditions fixées par cet Etat pour être admis au cabotage.
117. Les services, objet de l'appel d'offres, comprennent, sur chaque ligne, un service passager et fret permanent et, sur certaines lignes, un service passager supplémentaire pour les pointes de trafic. Ainsi, deux saisons sont définies dans l'année : celle s'étendant du dernier lundi du mois de mars au premier dimanche du

mois de novembre, appelée «*saison d'été*», et l'autre, de novembre à mars, appelée «*saison d'hiver* ».

118. Afin de permettre ce service, les capacités exigées pour chaque navire, ainsi que le nombre de rotations, étaient strictement définis. A titre d'exemple, pour la ligne Marseille/Bastia, la collectivité exigeait pour le service passager une traversée par jour, dans les deux sens, toute l'année et sept jours sur sept. Les bateaux devaient posséder 450 places couchées minimum par traversée, avec au minimum 140 cabines et 50 places fauteuils, et 150 emplacements pour les voitures des passagers. Enfin le départ devait s'effectuer entre 18h30 et 22h et l'arrivée entre 6h30 et 8h (1 traversée de jour/semaine admise en été). Concernant le service fret, six traversées par semaine dans chaque sens, dont une quotidienne obligatoirement du lundi au vendredi inclus étaient exigées. Les bateaux devaient pouvoir transporter 1.700 mètres linéaires de longueur effective de fret (plus 600 mètres linéaires cumulés par sens du lundi au jeudi de mai à juillet) avec 4,5 m de hauteur et 80 voitures du commerce, et 40 prises frigorifiques. Les départs doivent s'effectuer entre 18h30 et 20h et l'arrivée entre 6h30 et 7h (8h les samedis, dimanches et lundis) avec une possibilité de service réduit hors saison pour pouvoir effectuer les arrêts techniques (capacité fret réduite de 20 %).
119. Outre les exigences de capacité, chaque offre, concernant une ou plusieurs lignes, devait prévoir les dispositions de nature à favoriser le développement économique de la Corse et les dispositions relatives à la formation des personnels, l'adéquation des moyens nautiques envisagés aux exigences du cahier des charges mais également la description de la politique commerciale que le soumissionnaire entendait conduire pour adapter l'offre à la demande, de son action «*marketing*» autour de la complémentarité entre le développement économique de la Corse et sa desserte maritime, de sa politique d'information et de communication. Il était ainsi nécessaire d'avoir un réseau de distribution déjà en place et dont le personnel parle français.

b) L'offre des compagnies maritimes

120. En théorie, de nombreuses compagnies maritimes pouvaient soumissionner à l'appel d'offres, mais en réalité, comme l'a relevé la décision n° [06-MC-03](#), «*un certain nombre de particularités du règlement de consultation, les délais impartis pour y répondre ainsi que plusieurs contraintes de nature technique ou commerciale ont réduit en pratique leur nombre aux trois compagnies déjà actives sur le service de la Corse depuis les ports de Marseille, Toulon et Nice*». Ces éléments de fait sont toujours pertinents au stade de l'examen au fond du dossier.
121. Concernant les délais, la décision de recourir à un appel d'offres sur Marseille a été prise le 24 mars 2006 pour une date limite de dépôt des plis fixée au 4 août 2006, soit un peu plus de quatre mois plus tard, et une exécution de la délégation à compter du 1er janvier 2007.
122. La SNCM indique que les opérateurs savaient que la reconduction de la DSP était prévue pour 2006 et avaient tout loisir de s'y préparer ou à tout le moins de redéployer leur flotte pour présenter une offre.
123. Néanmoins, d'une part, depuis le 1^{er} janvier 2002, l'Assemblée territoriale de Corse a mis en place un système grâce auquel les passagers dits sociaux de toutes les

compagnies qui se sont engagées à desservir la Corse toute l'année au départ des ports de Toulon et de Nice peuvent bénéficier de tarifs réduits subventionnés par la collectivité publique. Corsica Ferries est un partenaire important de ce système de subvention au passager, principalement pour ses liaisons maritimes au départ de Nice. Avant que le choix de conserver la DSP pour le trafic passager sur les lignes au départ de Marseille ne soit rendu public par la collectivité territoriale de Corse, on ne pouvait exclure que celle-ci, dans la continuité de sa décision de 2002, choisisse de généraliser le système du tarif social. Il n'existait donc aucune certitude sur le mode de financement que retiendrait la collectivité, ni même sur le contenu de l'appel d'offres, tant sur les critères qualitatifs que quantitatifs dans le cas où la collectivité opérerait pour une reconduction de la DSP.

124. D'autre part, et contrairement à ce qu'indique la SNCM, si un opérateur peut effectivement redéployer sa flotte entre les lignes, il ne peut le faire dans des délais aussi brefs sauf à prendre des risques économiques insurmontables.
125. Les délais très brefs imposés par l'appel d'offres ont donc de manière certaine réduit la possibilité pratique d'attirer de nouveaux candidats.
126. Toutefois, la principale barrière à l'entrée sur le marché de l'appel d'offres tenait au cumul des exigences du marché et des contraintes portant sur la dimension de la flotte.
127. En effet, en premier lieu, les régies d'équipage étaient tenues d'obéir aux prescriptions prises en la matière par l'Etat français (règles du pays d'accueil), définies par le décret n° 99-195 du 16 mars 1999 relatif à l'application des conditions de l'Etat d'accueil conformément au règlement du 7 décembre 1992. Ainsi il était imposé au personnel à bord de parler français, ce qui nécessitait pour un armateur étranger une formation accélérée de son personnel ou le changement de l'équipage.
128. En deuxième lieu, l'interdiction d'affréter, pour le service public délégué, des navires âgés de plus de vingt ans, règle plus sévère que celle découlant de la réglementation européenne sur le cabotage maritime, restreignait encore le nombre d'armateurs susceptibles de se porter candidats. A cet égard, rien n'indiquait que la « *dérogation* » à cette règle, prévue par le règlement de l'appel d'offres, sans que les motifs en soient d'ailleurs précisés, était accessible aisément aux entreprises dont la flotte ne respecterait pas ces conditions.
129. En troisième lieu et surtout, le cahier des charges imposait de mobiliser, au minimum, neuf navires de moins de 20 ans pour répondre aux besoins de la totalité des lignes maritimes de service public entre Marseille et la Corse. En outre, les bateaux devaient répondre à des exigences techniques précises pour manœuvrer dans certains ports.
130. La SNCM indique que le cahier des charges n'imposait pas un nombre minimum de bateaux mais se limitait à exiger des capacités et des fréquences. Ainsi les autres compagnies auraient pu adopter un schéma de flotte différent en ayant recours à des unités plus petites et en les multipliant.
131. Cet argument, déjà soulevé lors de l'examen des mesures conservatoires, ne peut être retenu. Tout d'abord certains des navires utilisés devaient répondre à des critères

précis pour pouvoir manœuvrer dans certains ports, comme ceux de Bastia ou de Porto Vecchio. Ainsi à Bastia, les bateaux ne doivent pas mesurer plus de 180 mètres. Par ailleurs, l'exigence d'un nombre important de mètres de fret linéaire prévu par le cahier des charges (2300 mètres linéaires), nécessitait, pour se conformer simultanément à ces deux impératifs, la construction de bateaux quasiment sur mesure (comme c'est le cas du Kalliste, du Paglia d'Orba ou du Pascal Paoli). Or, deux navires sont nécessaires pour assurer le service permanent et de pointe sur cette seule ligne. L'acquisition de navires d'occasion, répondant à ces contraintes techniques, apparaissait, de fait, problématique, peu de navires adaptés aux spécificités des ports corses étant disponibles à la vente ou à la location. Ainsi, et à titre d'exemple, à l'époque des faits seuls 26 navires au monde, sur la liste des 276 navires fournie par la SNCM, pouvaient répondre aux contraintes imposées pour la ligne Marseille-Bastia, mais aucun n'était disponible à la vente ou à la location comme les attestations de brokers, fournies par la société CF le 24 novembre 2006 lors de l'examen de la demande de mesures conservatoires, le démontrent.

132. Enfin, le coût des navires doit également être pris en considération au titre des barrières à l'entrée sur le marché. Dans son procès-verbal d'audition du 20 novembre 2006, la société Veolia a indiqué qu'un bateau d'occasion valait environ 80 millions d'euros. Le « *Spirit of Tasmania* » a été acquis en 2006 par Corsica Ferries au prix de 65 millions d'euros.
133. Il résulte de ce qui précède, et notamment de la description des barrières à l'entrée énumérées ci-dessus, que, sur le marché de la délégation de service public de l'OTC pour la période 2006-2012 tel qu'elle a été lancée par la collectivité, seules les compagnies d'ores et déjà présentes sur le service de la Corse étaient en mesure de répondre à cet appel d'offres, à savoir les trois qui ont effectivement soumissionné : la SNCM, Corsica Ferries et la CMN.

c) Concernant la position de la SNCM sur le marché du renouvellement de la délégation

134. Sur ce marché, la position des opérateurs doit être examinée en fonction de leurs capacités, éventuellement asymétriques, à répondre à l'appel d'offres.
135. Pour le transport de marchandises, la Commission européenne dans sa décision du 9 juillet 2003 relative au premier plan de restructuration de la SNCM a indiqué : «Selon l'étude de marché, aucun opérateur autre que la SNCM et la CMN n'est capable pour le trafic de marchandises générales non accompagnées, de répondre aux contraintes de service public et d'être rentable en dehors de la concession déjà attribuée ». (soulignement ajouté). Les contraintes de service public étant les mêmes dans la DSP de 2006, cette analyse reste valable. En effet, si la CMN est, comme la SNCM, un titulaire historique, elle ne peut, avec ses trois cargos mixtes, exercer une réelle pression concurrentielle sur la SNCM. Elle n'est en réalité qu'un complément permettant à la SNCM de répondre aux exigences du règlement particulier de l'appel d'offres (RPAO).
136. Pour le transport de passagers, la Commission européenne dans la décision du 8 juillet 2008 concernant les mesures de la France en faveur de la SNCM a précisé : «§141 : l'OTC indique également que la SNCM étant la seule compagnie capable de remplir les exigences du contrat en ce qui concerne le trafic de passagers, sa

disparition entraînerait immédiatement une diminution importante des services. Il rappelle en outre le poids de la SNCM dans l'économie de la Corse ». (soulignement ajouté). Il faut relever que c'est l'OTC lui-même qui soutient le caractère incontournable de la SNCM pour l'exécution de la DSP, ce caractère justifiant l'aide d'Etat.

137. Sur le marché mis en jeu, on peut constater que la SNCM non seulement possédait des bateaux dont la capacité et la taille correspondent à ceux visés par le RPAO mais surtout était incontournable sur une ou plusieurs lignes.
138. En effet neuf bateaux étaient, comme il a déjà été dit, nécessaires à l'accomplissement des missions de service public déléguées. La société SNCM en possédait sept et la CMN trois, mais il s'agit uniquement de cargos mixtes. Corsica Ferries avait, quant à elle, deux bateaux répondant aux exigences du RPAO. Dans sa réponse à l'appel d'offres, la SNCM a détaillé sa flotte en indiquant : *« Les caractéristiques des navires non seulement satisfont aux exigences du Cahier des Charges mais, également, aux besoins commerciaux actuels et à venir exprimés par les socio-professionnels de certains ports de l'île (notamment Bastia et Porto-Vecchio). Il est nécessaire, en effet, de souligner la capacité des navires, pour les passagers mais surtout pour le fret, à répondre à l'augmentation attendue et prévisible du trafic sur les sept années du contrat, sur une base historique d'augmentation de 3 % annuels du fret. On notera, en outre, que cette flotte a été conçue spécialement en fonction des contraintes portuaires des ports insulaires et continentaux correspondant à leur affectation principale ce qui contribue à une meilleure fiabilité de la desserte moins exposée au manque de postes à quai et aux aléas météorologiques qui affectent régulièrement les unités de dimensions plus importantes ou mal adaptées »*.
139. L'ensemble de ces éléments conférait à la SNCM une position sur le marché qu'aucune autre compagnie ne pouvait venir concurrencer réellement.
140. Les barrières à l'entrée érigées par le RPAO empêchaient tout armateur de venir concurrencer effectivement le monopoleur historique.
141. Plus particulièrement, le cahier des charges protégeait le titulaire de la délégation en ces termes : *« L'attribution de la desserte par délégation de service public ne donne pas lieu à l'exclusivité sur les lignes considérées. En effet, une concurrence peut s'exercer dans le cadre suivant : pour chacune de ces lignes, toute compagnie pourra effectuer, sans compensation financière, un service régulier comportant, toute l'année, au minimum deux rotations par semaine qui devra se faire dans des conditions telles qu'il ne pourra obérer les conditions économiques de l'opérateur du service public et qu'en conséquence, le choix des jours de départs et d'arrivées seront fixés par l'Office des Transports après accord de l'Assemblée de Corse. »*.
142. Ainsi, si le règlement ne conférait pas, en droit, une exclusivité au titulaire de la délégation de service public, il limitait en pratique la compétition sur les lignes déléguées.
143. En effet, une autre compagnie souhaitant concurrencer le délégataire au départ de Marseille, tout en étant privée des subventions, devait, sur les lignes reliant Marseille à Porto-Vecchio et Marseille à Propriano, assurer deux liaisons, (au lieu de 3 pour le

délégataire), et sur la ligne reliant Marseille à Balagne assurer deux liaisons hebdomadaires (comme le délégataire). De plus, la compagnie était tributaire des horaires décidées par l'OTC.

144. Ce cadre restrictif avait pour conséquence d'empêcher, en pratique, l'émergence d'une concurrence sur le marché des services de transport maritime entre le port de Marseille et les ports de Corse.
145. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu le Conseil de la concurrence dans sa décision n° [06-MC-03](#) lorsqu'il indique « *il n'est guère vraisemblable qu'un armateur, devant arbitrer entre les différentes destinations pour y affréter ses navires, juge les conditions de concurrence au départ du port de Marseille équivalentes à celles qu'il rencontre au départ de Toulon et de Nice et, en conséquence, choisir entre ces ports en fonction de l'évolution de la demande. Il convient, à cet égard, de noter que jusqu'à présent aucune compagnie n'a fait le choix de Marseille comme port de départ, en dehors des titulaires de la délégation de service public* ».
146. L'OTC, par la délégation qu'il a mise en place, a rendu la SNCM indispensable pour le service entre Marseille et la Corse. Du fait de cette DSP, la SNCM était un acteur incontournable, jouissant d'un pouvoir de marché particulier qui allait au delà des simples avantages que possède un titulaire sortant. En effet, le titulaire du marché, n'a généralement pas un pouvoir de marché suffisant pour empêcher les autres compétiteurs de soumissionner lors du renouvellement du contrat, la SNCM pouvait, au cas d'espèce, annuler l'effet utile de la mise en concurrence du fait qu'elle était la seule à détenir des navires indispensables à l'exécution du marché.
147. Il résulte de ce qui précède que la SNCM était en position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime au départ de Marseille, qui est le marché pertinent sur lequel doit être appréciée la pratique dénoncée. Il est donc inutile d'examiner la position de la SNCM sur des marchés connexes, comme celui du transport de passagers ou de fret entre la Corse et le continent.

C. SUR L'ABUS DE LA POSITION DOMINANTE

148. L'existence d'une position dominante ne doit pas priver l'opérateur qui la détient de la possibilité de faire examiner son offre sur ses mérites propres, dans des conditions assurant une égalité de traitement effective avec les autres candidats.
149. Ainsi, le fait de déposer une offre globale n'est pas en soi anticoncurrentiel. En effet, si le principe de segmentation des offres est essentiel au respect des règles de concurrence puisqu'il permet aux collectivités de comparer les offres lot par lot avant de choisir le mieux disant ou le plus performant, il n'exclut pas la possibilité pour une entreprise, même en position dominante, de proposer un prix plus intéressant à la collectivité si l'attribution de plusieurs lots lui permet de réaliser des économies d'échelle ou une optimisation de sa production. Dans cette hypothèse, l'offre globale peut même avoir des effets pro concurrentiels.
150. En revanche, certaines offres globales peuvent revêtir un caractère anticoncurrentiel si elles comportent des effets d'exclusion. Ainsi, en droit communautaire, le fait, pour une entreprise dominante, d'opérer un couplage entre ses produits ou ses

prestations de services lorsque celui-ci, en dehors de toute justification économique objective, n'a d'autre but que d'amener le client à couvrir l'intégralité de ses besoins avec les produits concernés constitue une pratique prohibée par l'article 82 du Traité (CJCE, 13 février 1979 *Hoffman Laroche*, aff. 85/76).

151. En droit interne, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 mars 2004, a jugé que le système de remise sur ventes liées proposé par un laboratoire pharmaceutique avait un objet anticoncurrentiel et caractérisait l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce alors même que les règlements d'appels d'offres avaient, à l'époque des faits, encouragé les laboratoires à proposer des remises en contrepartie de l'attribution de plusieurs lots.
152. Le Conseil, quant à lui, a précisé dans sa décision France Telecom n° [01-D-46](#), en date du 23 juillet 2001, rendue à propos d'une offre sur mesure de France Telecom, « *le fait que Renault ait, dans son appel d'offres, laissé la possibilité aux opérateurs, soit de proposer une offre globale pour l'ensemble des trafics, soit de limiter leur réponse à certains périmètres, ne donnait pas pour autant latitude à l'opérateur historique de demander un engagement de volume global portant sur l'ensemble du trafic. (...)* ».
153. En d'autres termes, la circonstance qu'un règlement d'appel d'offres ait autorisé les soumissionnaires à présenter une offre globale n'interdit pas de qualifier, au regard du droit de la concurrence, le dépôt d'une telle offre par une entreprise en position dominante : il faut rechercher si elle a pu avoir un objet ou un effet anti-concurrentiel.

Sur l'impossibilité pour les concurrents de déposer une offre globale

154. De nombreuses barrières ont déjà été énumérées dans la présente décision : (i) la nécessité de mobiliser au moins neuf navires pour répondre aux besoins de la totalité des lignes maritimes de service public entre Marseille et la Corse, (ii) la date à laquelle l'appel d'offres a été organisé pour une mise en service au 1^{er} janvier 2007 et le délai nécessaire à une compagnie autre que la SNCM pour redéployer les navires déjà utilisés en vue d'assurer la desserte d'autres îles sans avoir la certitude d'être retenue, (iii) les obligations fixées par le décret du 16 mars 1999 nécessitant un temps d'adaptation de plusieurs mois, (iv) le dimensionnement des capacités passagers et fret et la spécificité de certains ports insulaires (comme Bastia et Porto-Vecchio) qui ont un impact sur les types de navires pouvant être utilisés pour exploiter la délégation de service public, (v) les dispositions du règlement particulier d'appel d'offres, peu claires au demeurant, semblant avoir pour effet d'imposer la reprise de tout ou partie des personnels de la SNCM dans l'hypothèse où cette compagnie n'obtiendrait pas l'ensemble des lignes maritimes déléguées. Comme il a déjà été indiqué, ces barrières à l'entrée ont exclu, de facto, les concurrents ne desservant pas d'ores et déjà la Corse.
155. Par ailleurs aucune autre compagnie que la SNCM ne pouvait faire une offre globale dans de telles conditions : ni Corsica Ferries, ni la CMN, ni le groupement des deux, ni même l'une ou l'autre en lui adjoignant des navires extérieurs.
156. La société Corsica Ferries disposait de trois NGV qui, en raison de la distance séparant le port de Marseille et les ports de Corse, ne pouvaient être affectés sur ces lignes. De plus l'âge des navires réduisait de cinq unités la flotte disponible de la

société Corsica Ferries. Enfin, le taux de remplissage (passagers et fret) exigé par le RPAO ne permettait pas à Corsica Ferries d'exploiter au mieux les quatre navires qui restaient à sa disposition. Il résulte de ces éléments que, même si la société Corsica Ferries avait décidé d'utiliser ses quatre navires disponibles pour répondre à la délégation de service public, aucun de ces quatre navires n'aurait été suffisant pour répondre aux exigences du seul service permanent de la ligne Marseille-Bastia. A fortiori, il en allait de même pour la totalité des services des autres lignes de service public.

157. La CNM, avec uniquement trois cargos, était également dans l'impossibilité de faire une offre globale. Le groupement Corsica Ferries/CMN était également dans l'incapacité de déposer une telle offre.
158. En effet, si l'offre déposée par le groupement avait été retenue sur la ligne Marseille-Bastia, la CMN n'aurait plus disposé de navire et la Corsica Ferries n'en aurait gardé que trois (Mega Express, Mega Express Two, Mega Express Four). Le Mega Express Four aurait pu alors être affecté à la ligne Marseille-Porto-Vecchio, mais les deux navires restant disponibles n'aurait pas été suffisants pour assurer les services des lignes Marseille-Ajaccio et Marseille-Balagne.
159. Le schéma de flotte proposé par la SNCM (pièce 6) prétendant prouver que la CMN et Corsica Ferries étaient en mesure de faire cette offre globale n'est pas convaincant. A titre d'exemple il ne se base que sur 3 mois de l'année sans prendre en compte les périodes de pointe imposées par l'OTC pendant la période de Noël et de février. Pour la ligne Bastia/Marseille, la SNCM envisage la mise en service du Kalliste, du Mega V et du Mega I. Néanmoins le Mega V n'a été acquis par la Corsica Ferries qu'en septembre 2006 au Japon et il est encore, à ce jour, en cours d'aménagement. Pour la ligne Propriano/Marseille, le Mega II était déjà affrété en Sardaigne et les billets vendus. Il était impossible, dans les délais, de le réaffecter à la desserte de la Corse. Pour la ligne Balagne/Marseille, les contraintes du port limitent la longueur autorisée à 180 mètres. Or, le Mega III mesure 211 mètres de longueur et se caractérise par une profondeur excessive. Quant au Sardinia Vera, il aurait fallu que Corsica Ferries demande une dérogation, sans être sûre de l'obtenir, car ce navire a plus de 20 ans d'âge.
160. Il résulte de ce qui précède qu'il ne peut être sérieusement soutenu que d'autres compagnies auraient pu, dans les conditions de délai et le respect des règles techniques imposés par l'appel d'offres, déposer une offre globale, c'est-à-dire portant sur l'ensemble des lignes, de nature à concurrencer une offre globale de la SNCM.

La contestation de l'objet et de l'effet anticoncurrentiels de l'offre globale

161. La SNCM soutient que le Conseil ne peut se prononcer que sur une offre acceptée. Elle fait valoir que, tant qu'elle ne l'est pas, elle ne constitue qu'un projet, susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante. Elle rappelle qu'une offre est le point de départ d'une discussion dont le résultat est incertain et qu'en tout état de cause l'offre n'a pas été mise en œuvre.
162. Il convient de répondre sur les trois points de l'argumentation : la réalité de l'offre globale, son objet et son effet.

Sur le fait que l'offre globale n'a pas été acceptée du fait de l'annulation de la procédure de délégation

163. Il résulte de l'examen du déroulement de la consultation et de son règlement que c'est par un abus de langage que la SNCM affirme qu'une offre ferme comme la sienne n'était qu'un « projet ». En effet, celle-ci était bien destinée à être acceptée à tout moment par la collectivité.
164. En outre, le calendrier de la consultation montre que la SNCM n'entendait pas modifier son offre pour faire apparaître des montants ligne par ligne. En effet, elle disposait, entre début août et le mois de novembre, du temps nécessaire pour déposer des offres par ligne, sachant que la première plainte a été déposée le 18 septembre 2006. Or, elle n'a dégroupé son offre que le 1^{er} décembre 2006, soit deux jours après la séance du Conseil qui examinait la demande de mesures conservatoires pendant laquelle, ainsi que cela est indiqué au point 132 de la décision n° [06-MC-03](#), le collègue a interrogé la SNCM sur son refus de faire des offres ligne par ligne et a noté : « *Interrogée en séance sur cette éventualité, la SNCM a indiqué qu'elle était en mesure de détailler sa demande de subvention ligne par ligne et de faire apparaître les gains financiers pour la collectivité d'une attribution globale dans un délai de deux à trois jours* ». Dans ces conditions, force est de constater qu'en l'absence d'intervention du Conseil de la concurrence, la SNCM n'aurait pas modifié son offre, laquelle aurait pu être acceptée telle quelle par la collectivité si le Conseil d'État n'avait pas, de son côté, annulé la procédure d'appel d'offres. Ainsi, ce n'est que par la double intervention du Conseil de la concurrence et du Conseil d'État, statuant dans le cadre de procédures d'urgence, que l'offre globale et indivisible présentée par la SNCM pour remporter l'appel d'offres n'a pu être retenue.
165. L'argument selon lequel l'offre globale et indivisible n'était que provisoire et n'engageait pas la SNCM dans la procédure d'appel d'offres ne peut donc être retenu.

Sur l'objet de la pratique

166. Dans un arrêt du 23 mars 1984, CRAM, la Cour de justice des Communautés européennes a défini l'objet anticoncurrentiel comme se référant aux : « (...) *buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué* » (aff. 30/83, point 26, soulignement ajouté).
167. Très récemment, dans un arrêt du 20 novembre 2008, Competition Authority contre Beef Industry Development Society Ltd.), la Cour de justice a rappelé que l'objet et l'effet anticoncurrentiels sont des critères alternatifs et qu'une pratique peut être condamnée du fait de son seul objet, tout en insistant à nouveau sur l'importance du contexte économique de la pratique : « *Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt du 30 juin 1966, LTM (56/65, Rec. p. 337, 359), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction "ou", conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué* » (aff. C-209/07, point 15, soulignement ajouté).
168. La première conséquence qu'en tire la Cour est qu'il faut écarter la conception erronée selon laquelle les infractions par objet seraient limitées aux infractions les plus graves et, de ce fait, assimilables à une liste réduite d'infractions comme les

ententes de prix ou les répartitions de marché, rejoignant ainsi les conclusions de l'avocat général : « ainsi que M^{me} l'avocat général l'a relevé au point 48 de ses conclusions, les types d'accords envisagés à l'article 81, paragraphe 1, sous a) à e), CE ne forment pas une liste exhaustive de collusions prohibées » (point 23).

169. La seconde conséquence qu'en tire la Cour est qu'il faut également écarter le critère de l'intention subjective qui était avancé par les défendeurs dans cette affaire : « En effet, pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. À cet égard, à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition. En effet, un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes (arrêt General Motors/Commission, précité, point 64 et jurisprudence citée) ».
170. Les conclusions de l'avocat général, Mme Vérica X..., éclairent utilement la notion d'infraction par objet. Elles enseignent notamment que : « (42) Comme son nom l'indique, la notion de restriction de concurrence par objet met d'abord l'accent sur la finalité de l'accord. Les juridictions communautaires ont retenu une finalité ou une tendance anticoncurrentielle, en particulier dans le cas des accords qui entraînent nécessairement une restriction de concurrence. Dans ce cas de figure, les parties ne sont fondamentalement pas admises à faire valoir que la restriction de concurrence n'était pas intentionnelle ou que l'accord poursuivait également un autre objectif. (43) Cette jurisprudence ne signifie toutefois pas que la volonté des parties ne peut pas être prise en compte. Elle exprime seulement l'idée selon laquelle des entreprises qui agissent de manière rationnelle sont, dans un contexte donné, conscientes des conséquences vraisemblables de l'accord, si bien qu'elles sont supposées les avoir voulues, au moins dans une certaine mesure. (44) En réalité, il ressort du caractère alternatif de la restriction de concurrence par objet et de la restriction de concurrence par effet à l'article 81, paragraphe 1, CE, de même que du fait que l'article 81, paragraphe 1, CE se présente, dans la branche de l'alternative que constitue la restriction de concurrence par objet, comme un délit de mise en danger potentielle, qu'il convient de ne pas se fonder exclusivement sur les conséquences qui découlent nécessairement de l'accord. La volonté des parties à cet accord peut, elle aussi, être prise en compte. Celle-ci peut être en particulier déduite de la genèse de l'accord». (soulignements ajoutés)
171. Il ressort de la jurisprudence communautaire déjà citée, éclairée par les conclusions mentionnées au paragraphe précédent, que l'objet anticoncurrentiel ne doit pas être confondu avec l'élément intentionnel, par exemple au sens où l'utilise le droit pénal, mais que, conformément à la nature objective des infractions de concurrence, il vise les conséquences potentielles ou prévisibles d'une pratique dans une situation de marché donnée.
172. En somme, pour constituer une infraction par objet, la pratique incriminée doit permettre, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la concurrence.

173. Selon la Cour, l'examen des effets n'est nécessaire qu'en l'absence d'objet anticoncurrentiel, ces derniers ne devant être examinés que dans un second temps : « *Au cas cependant où l'analyse des clauses de cet accord ne révélerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'en examiner les effets et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été, en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible. Pour apprécier si un accord est prohibé par l'article 81, paragraphe 1, CE, la prise en considération de ses effets concrets est donc superflue lorsqu'il apparaît que celui-ci a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (arrêts du 13 juillet 1966, Consten et Grundig/Commission, 56/64 et 58/64, Rec. p. 429, 496, ainsi que du 21 septembre 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commission, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, point 125)* » (points 15-16). (soulignement ajouté)
174. Il faut également rappeler qu'une jurisprudence nationale constante considère que l'absence d'effet ne retire pas aux pratiques leur caractère anticoncurrentiel (Cour d'appel de Paris, 13 mars 1991, sociétés Demouy et Guerra Tarcy ; Cour d'appel du 12 décembre 2000, SNC société SOGEA Sud-Est). Comme indiqué aux points précédents de la présente décision, les droits national et communautaire de la concurrence sanctionnent les atteintes à la concurrence même restées sans effet pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur.
175. En l'espèce, contrairement à ce que prétend la SNCM, le Conseil n'a nullement écarté l'existence de l'objet anticoncurrentiel de l'offre dans sa décision de mesures conservatoires. Il a simplement considéré que le dépôt d'une offre globale n'avait pas, par lui-même, un caractère abusif du seul fait qu'il émanait d'une entreprise en position dominante et que l'analyse des conditions de fonctionnement du marché est décisive pour qualifier une telle pratique. Pour apprécier si l'offre de la SNCM était abusive, il fallait donc, avant même la prise en compte de ses effets réels ou potentiels, examiner si elle avait pour objet d'évincer les autres entreprises du marché.
176. Or, ainsi que cela est indiqué dans le rapport annuel 2003, le Conseil de la concurrence « *n'a jamais utilisé l'expression d'infraction per se, mais il ressort de sa jurisprudence que les pratiques visant à évincer un opérateur du marché, à restreindre les échanges ou à s'entendre sur les prix, ont nécessairement un objet anticoncurrentiel. Cette jurisprudence est particulièrement fournie dans le domaine des marchés publics, des répartitions de marché et des abus de position dominante visant à exclure un concurrent* ».
177. En l'espèce, l'offre de la SNCM était à la fois globale et indivisible. Or, elle est intervenue 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. Dans un tel contexte, 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.

178. Le moyen tiré de l'absence d'objet anticoncurrentiel doit ainsi être écarté.

Sur l'effet de la pratique

179. La SNCM estime qu'en l'absence d'effet sensible sur le marché, du fait de l'annulation de l'appel d'offres par le Conseil d'Etat, la pratique de la SNCM ne saurait être appréhendée sur le fondement des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE.
180. Mais, en droit de la concurrence, la recherche des effets produits par une pratique sous examen ne doit pas se limiter aux effets réels, constatés ex post sur le marché. Elle doit s'intéresser aussi aux effets potentiels, attendus de la pratique au moment où elle est mise en œuvre. Par exemple, dans une décision n° [01-D-23](#) du 10 mai 2001, le Conseil a jugé que la société Abbott, en proposant des remises de nature à capter l'exclusivité des achats d'Isoflurane par des centrales d'achat, avait commis une pratique anticoncurrentielle par objet et potentialité d'effet.
181. L'argument tiré de l'absence d'effet sensible ne peut pas non plus être retenu. Le Conseil a ainsi décidé, dans sa décision n° [05-D-58](#) confirmée par la cour d'appel, que : *« l'article L. 420-2 1er alinéa du Code de commerce vise l'exploitation abusive d'une entreprise en position dominante sur un marché pertinent qui a eu pour objet ou a pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le fonctionnement dudit marché, sans qu'il y ait besoin de rapporter la preuve du caractère certain de ses conséquences. Aussi, les arguments du Sedif quant à l'absence d'effet sensible de la pratique ou quant aux motifs des comportements de la ville de Paris ne contredisent pas l'illicéité de la pratique. Tout au plus ceux relatifs à l'effet sensible peuvent-ils être pris en compte pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie. La pratique du Sedif, en monopole de fait sur le marché de la fourniture d'eau aux consommateurs situés sur son territoire, a eu pour objet et pouvait avoir pour effet d'empêcher la finalisation d'un contrat de fourniture d'eau de l'un de ses principaux clients avec un concurrent, pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code du commerce ».*
182. Enfin, l'annulation de la procédure d'appel d'offres est bien, au moins en partie, une conséquence du dépôt de l'offre de la SNCM comme le Conseil d'État l'a jugé dans sa décision du 15 décembre 2006. Cette dernière relève que l'OTC n'avait pu régulièrement engager des négociations avec la SNCM au vu de l'offre que celle-ci avait déposée, qui, contrairement aux prescriptions du cahier des charges de la délégation, ne fournissait pas une comptabilité détaillée ligne par ligne, rubrique nécessaire pour comparer les offres entre elles. Or, il est de jurisprudence constante que l'annulation d'une consultation du fait – en tout ou en partie - d'une pratique anticoncurrentielle constitue bien un effet de cette pratique. En l'espèce, l'annulation de l'appel d'offres a pu avoir des conséquences sur les conditions de la concurrence lors de la deuxième consultation, par exemple en remettant en cause les offres conjointes de Corsica Ferries et de la CMN. Il faut donc admettre l'existence au moins d'effets potentiels attachés au dépôt de l'offre abusive sur les conditions d'attribution de la délégation de service public en 2007.

183. En réalité, la SNCM confond la question des effets de sa pratique avec celle de sa responsabilité propre dans l'annulation de l'appel d'offres. Ce point sera traité lors de l'analyse de la gravité de la pratique et de la prise en compte de la situation individuelle de l'entreprise.

Sur le prix de l'offre globale

184. La SNCM a précisé dans sa réponse à l'appel d'offres que: *«l'offre de la SNCM est une offre globale optimisée. Cela signifie que les navires ne sont pas affectés exclusivement à une ligne mais que la flotte est déployée pour répondre au mieux aux variations de capacités requises. La répartition des coûts d'affrètement des navires loués et celle des charges en capital des navires détenus en propre peut se faire selon diverses clés selon que l'on souhaite mettre en exergue les contraintes contractuelles, les recettes générées ou les charges d'exploitation. Les charges à terre, nécessaires aux opérations dans leur ensemble, peuvent, elles aussi être réparties par ligne selon diverses clés».*
185. Pourtant, le montant global de la subvention demandée par la SNCM était supérieur d'environ 10 % à celui qu'elle a finalement présenté à l'OTC en décembre 2006, soit après la séance de mesures conservatoires, montant qui est le même que celui communiqué au Conseil en exécution de l'injonction faite à l'entreprise.
186. Surtout il est supérieur d'environ 7 % à celui demandé pour les deux groupements de lignes et reste encore supérieur d'environ 5 % à celui demandé pour la somme des offres individuelles par ligne, ce qui laisse supposer que la SNCM a fixé un prix supra concurrentiel sans que ce prix reflète les gains d'efficacité attendus d'une offre globale, notamment du fait des économies d'échelle ou d'envergure permis par la possibilité de redéployer plusieurs navires à partir d'un même port. La situation créée par la SNCM, en raison de la rédaction de son offre et de l'éclairage qu'elle lui a donné ultérieurement, a donc produit des effets potentiellement anticoncurrentiels et non pro-concurrentiels.

Conclusion sur l'offre de la SNCM

187. Lorsqu'une entreprise incontournable répond à un appel d'offres en déposant uniquement une offre indivisible, l'offre en cause constitue un levier lui permettant de remporter avec certitude le marché dans la mesure où la collectivité ne peut l'écarter au profit des offres concurrentes. A cet égard, cette offre a un objet anticoncurrentiel. Son effet anticoncurrentiel va plus loin qu'une simple incitation faite à l'OTC : une telle offre empêche toute comparaison des offres et un éventuel panachage entre des offres concurrentes.
188. Or tel a bien été le cas, comme l'a explicitement constaté le Conseil d'Etat dans sa décision du 15 décembre 2006, qui relève que l'offre déposée par la SNCM *« qui se présentait comme indivisible, n'indiquait pas non plus les navires qu'elle entendait affecter à chaque ligne et comptait au nombre des navires mis en place des bâtiments qui n'étaient pas désignés ; que cette absence d'informations précises sur des postes essentiels des comptes d'exploitation prévisionnels par ligne et sur les moyens nautiques affectés à ces lignes, rendait impossible pour l'autorité représentant la collectivité délégante, au moment de choisir les opérateurs économiques avec lesquels elle souhaitait entamer la négociation, 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 qui portait seulement, comme l'autorise le règlement de la consultation, sur l'exploitation de certaines de ces lignes ».

189. Il est donc établi que l'offre globale et indivisible déposée par la SNCM, avait nécessairement pour conséquence d'évincer les concurrents dans la mesure où elle ne laissait à l'OTC pas d'autre choix que d'accepter cette offre dans sa globalité si elle souhaitait préserver la continuité de la desserte maritime entre Marseille et la Corse telle qu'elle était définie par le cahier des charges.
190. En pratique, une telle offre a le même effet anticoncurrentiel qu'une offre couplée assortie d'un avantage économique substantiel ayant pour objet et pour effet d'exclure automatiquement les offres des entreprises concurrentes.
191. Dans cette mesure, la SNCM a abusé de sa position dominante, en violation des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE.

D. SUR LES SANCTIONS

192. Le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, dispose : *« 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 (...) Le montant maximum de la sanction est, pour un entreprise, de 10% du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».*
193. Depuis l'exercice 2006, les comptes de la SNCM sont consolidés avec ceux de Veolia Transport dont le chiffre d'affaires s'est élevé à 5,6 milliards d'euros en 2007. Le plafond de la sanction résultant des dispositions législatives précitées est donc de 560 millions d'euros.
194. Toutefois, le président du Conseil de la concurrence a décidé de faire application des dispositions de l'article L. 464-5 du Code de commerce, selon lesquelles *« le Conseil, lorsqu'il statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3 peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2, toutefois, la sanction pécuniaire ne peut excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs des pratiques prohibées ».*
195. Le plafond de la sanction encourue par la SNCM est donc, en l'espèce, limité à 750 000 €

Sur la gravité

196. La pratique d'abus de position dominante retenue émane de la SNCM, qui avait la charge de la délégation de service public pour la desserte entre Marseille et la Corse avant l'appel d'offres de 2006. La SNCM disposait de ce fait d'une position

historique prédominante. Elle devait par conséquent être particulièrement attentive à ne pas fausser la concurrence lors de son renouvellement.

197. Sa position incontournable lui procurait une force d'attraction avec laquelle les entreprises concurrentes ne pouvaient rivaliser et qui contraignait dans les faits l'OTC à retenir sa candidature.
198. Ainsi, les faits établis revêtent une gravité certaine, même si le comportement de l'OTC a concouru à la situation dénoncée par les parties saisissantes.

Sur le dommage à l'économie

199. En matière d'ententes lors des appels d'offres, la cour d'appel de Paris, a, dans un arrêt en date du 13 janvier 1998 (Fougerolle Ballot), rappelé que « *le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* ». Dans un arrêt du 12 décembre 2000 (Sogea Sud est), la cour d'appel a encore relevé que « *ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu (...)* ». Le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives visant à évincer les compétiteurs de l'appel d'offres, qui perturbent le processus concurrentiel attendu de la part de la collectivité publique.
200. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence prend en compte, pour apprécier l'importance du dommage à l'économie, le montant des marchés sur lesquels ont porté les pratiques relevées.
201. En l'espèce, la pratique de la SNCM a concouru, au moins en partie, à l'annulation de la délégation de service public, ce qui a obligé l'autorité délégante à relancer l'appel d'offres, entraînant un coût pour la collectivité.
202. Toutefois, il faut relever que cette annulation ne résulte pas d'une décision de l'OTC, qui aurait pu déclarer infructueuse la première consultation, mais d'une décision du Conseil d'Etat qui a relevé plusieurs irrégularités dans la procédure, dont certaines découlaient de la nature de l'offre déposée par la SNCM. Ainsi, au plan juridique, la SNCM n'encourt qu'une responsabilité indirecte par le fait d'avoir déposé l'offre litigieuse.
203. Il faut également rappeler que l'annulation par le Conseil d'Etat de la procédure d'appel d'offres a eu pour conséquence d'empêcher la mise en œuvre de l'offre abusive de la SNCM. Celle-ci n'a donc pas pu avoir d'effet direct sur le marché, ni en termes de montant de subvention pour la collectivité Corse, ni en termes de prix pour les utilisateurs finals des navires assurant la délégation de service public.

Sur la situation particulière de la SNCM

204. Le chiffre d'affaires de la SNCM en 2007 s'est élevé à 393,5 millions d'euros. En nombre de passagers transportés, 70 à 75 % de cette activité résulte de la desserte de la Corse, qui a donné lieu au versement d'une subvention de continuité territoriale de 73,7 millions d'euros. Après avoir enregistré en 2007 une perte de 27 millions

d'euros, dont 17 millions proviennent d'éléments exceptionnels, la société a annoncé qu'elle s'attendait à dégager en 2008 un bénéfice net inférieur à 500 000 euros, pour un chiffre d'affaires d'environ 310 millions d'euros.

205. En fonction des éléments généraux et individuels examinés, il y a donc lieu de limiter la sanction infligée à la SNCM à une amende de 300 000 euros.

DÉCISION

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.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Combaldieu, par Mme Perrot, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Behar-Touchais et Xueref, M. Honorat, Membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Anne Perrot

© Conseil de la concurrence