

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 01-A-07 du 28 mars 2001 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération des entreprises de transport et logistique de France et le Syndicat national des agents et groupeurs de fret aérien

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 4 décembre 2000 sous le numéro A 321, par laquelle la Fédération des entreprises de transport et logistique de France (TLF) et le Syndicat national des agents et groupeurs de fret aérien (SNAGFA) ont saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Les représentants de la Fédération des entreprises de transport et logistique de France, du Syndicat national des agents et groupeurs de fret aérien, du Syndicat des compagnies aériennes de fret en France, de l'Association des utilisateurs de transport, de l'Assemblée des chambres de commerce et d'industrie, du cabinet Pierre Henri Scacchi, du ministère de l'équipement, des transports et du logement, entendus conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

La Fédération des entreprises de transport et logistique de France (TLF) et le Syndicat national des agents et groupeurs de fret aérien (SNAGFA) ont saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur les conditions de tarification des prestations relatives à la sûreté du fret aérien.

Ces organismes souhaitent savoir si des associations professionnelles représentant les entreprises intervenant dans la chaîne de transport du fret aérien peuvent, sans violer les règles de la concurrence, convenir de ne pas pratiquer, pour les mesures de sécurisation du fret aérien prévues par la loi du 26 février 1996 et ses textes d'application, un tarif inférieur à un niveau établi au niveau national par un organisme indépendant sur la base d'une péréquation entre les coûts réels des différents établissements des opérateurs responsables du contrôle et différencié selon que la marchandise provient d'un client connu ou inconnu.

Ces organisations soulignent, en particulier, que :

- l'objectif de la convention est d'éviter que le coût de la prestation de sécurisation ne devienne un enjeu de la négociation commerciale, au détriment de la qualité du service rendu et des investissements nécessaires pour assurer une sécurisation optimale des vols au bénéfice des passagers, des équipages et des populations survolées ;
- le rôle positif de cette convention qui, par la mutualisation du coût de sûreté qu'elle opèrerait et son uniformisation par rapport aux quantités livrées, ne pénaliserait pas les petites et moyennes entreprises exportatrices en face des grandes sociétés et participerait à la politique d'aménagement du territoire en permettant aux compagnies aériennes de compenser le coût de certaines lignes déficitaires par le développement du fret aérien sur les aéroports régionaux ;
- le prix plancher figurant dans la convention étant défini, non pas par les syndicats signataires, mais par un organisme indépendant des parties sur la base des coûts réels et incompressibles du service de sûreté, la convention, d'une part, laisse les parties libres de fixer des prix supérieurs et, d'autre part, évite des pratiques déloyales de prix inférieurs aux coûts.

Après avoir décrit le contexte relatif à l'organisation de la sûreté du fret aérien (I), puis le secteur concerné par la demande (II), le présent avis examine les conditions d'application des règles de la concurrence par les opérateurs du fret aérien (III).

I. - L'organisation de la sécurisation du fret aérien

Depuis les années 1980, la sécurité du transport aérien est une préoccupation majeure des pouvoirs publics et concerne particulièrement le fret transporté, pour une grande part (56 % actuellement), sur des avions de passagers. Pour répondre aux exigences accrues de l'opinion publique en matière de sécurité des personnes et des biens, des mesures de prévention ont été progressivement mises en place sur les aéroports, relatives au filtrage et au contrôle des passagers et de leurs bagages, à la sécurisation des zones d'embarquement et, enfin, plus récemment, à l'obligation de sécuriser les marchandises transportées par voie aérienne.

A. - Le cadre législatif et réglementaire

Tenant compte de ces contraintes spécifiques, l'Organisation internationale de l'aviation civile (OACI), après avoir élaboré une première recommandation en août 1991, a édicté, en avril 1997, des normes internationales (normes 4.3.8. et 4.3.9.) imposant, d'abord, que le fret destiné à être transporté sur des vols de passagers soit *" soumis à des contrôles de sûreté appropriés "*, ensuite, que *" chaque État contractant adopte des mesures pour que les exploitants n'acceptent pas d'expédition de fret ... en vue de leur transport sur des vols de passagers à moins qu'un agent habilité ne réponde de la sûreté de ces expéditions ou que celles-ci soient soumises à d'autres contrôles de sûreté "*.

Avec certains de ses partenaires européens, regroupés au sein de la Confédération européenne de l'aviation civile (CEAC), la France a entrepris de mettre son dispositif juridique en conformité avec les obligations imposées par l'OACI. Entamée par la loi n° 96-151 du 26 février 1996, cette démarche a été poursuivie avec la publication de décrets d'application qui ont introduit le dispositif dans le code de l'aviation civile.

La loi n° 96-151 du 26 février 1996, relative aux transports, a instauré, dans son article L. 321-7, l'obligation pour les transporteurs aériens de recourir aux services d'un agent de fret agréé en qualité d'expéditeur connu pour avoir lui-même mis en œuvre certaines procédures, y compris, dans certains cas, des contrôles physiques de marchandises en vue d'assurer la sûreté du fret qu'il fournit au transporteur aérien, ou bien de mettre eux-mêmes en œuvre des mesures de sûreté. Cette loi précise également que l'agrément est délivré par le ministre chargé des transports. Elle donne pouvoir aux officiers de police judiciaire et aux agents des douanes de vérifier que les conditions de cet agrément sont respectées. Elle ne limite pas l'application des mesures de sûreté aux aéronefs transportant des passagers, mais l'étend à tous les aéronefs, en particulier aux avions cargos transportant des marchandises.

Le décret d'application n° 97-1315 du 29 décembre 1997 détaille les procédures que les entreprises et organismes agréés en qualité d'expéditeur connu ou les transporteurs aériens doivent suivre, qu'il s'agisse des conditions d'octroi ou de retrait de l'agrément, de la nature des contrôles et des vérifications spéciales à opérer dans certains cas, des règles particulières applicables en matière de fret postal et de transport de la presse. Il introduit aussi la notion de client connu, défini comme toute personne morale qui s'engage auprès d'une entreprise ou d'un organisme titulaire de l'agrément en qualité d'expéditeur connu à mettre en œuvre elle-même certaines mesures de sûreté, afin de faciliter, ensuite, la tâche de l'entreprise ou de l'organisme titulaire de l'agrément.

D'autres textes sont venus compléter ou mettre à jour ce dispositif :

- l'arrêté du 26 octobre 1998, fixant les conditions et modalités de l'agrément ainsi que le programme type de sûreté ;
- l'arrêté du 11 février 1999, fixant les modalités techniques de certains contrôles effectués par les expéditeurs connus ou les transporteurs aériens, modifié par l'arrêté du 30 décembre 1999 ;
- l'arrêté du 17 décembre 1998, relatif aux dispositifs techniques autorisés pour les contrôles de sûreté sur le fret aérien, modifié par les arrêtés du 2 juillet et du 25 novembre 1999 ;
- l'arrêté du 22 décembre 1998, fixant les dispositions relatives aux formations dans le cadre du dispositif réglementaire concernant la sûreté du fret aérien ;
- l'arrêté du 17 décembre 1999, fixant les règles particulières et les exemptions de procédure de sûreté applicables au fret postal, aux colis postaux et aux correspondances.

Il apparaît ainsi que la sûreté du fret aérien repose, tout d'abord, sur les expéditeurs connus qui ont obtenu un agrément garantissant :

- la désignation de responsables de la sûreté au sein de l'entreprise ;
- la description précise de ses besoins de sûreté ;

- la mise en œuvre de moyens de protection des marchandises depuis leur prise en charge, leur réception sur les sites, leur transport jusqu'à la livraison au transporteur aérien ;
- la gestion des engagements de sûreté souscrits par les clients connus ;
- la description détaillée des procédures de traitement des marchandises et des dispositifs techniques de contrôle ;
- la formation des personnels conformément aux normes édictées par la DGAC ;
- les exigences de sécurité imposées aux sous-traitants.

Mais, pour sécuriser le plus en amont possible la chaîne du fret aérien, cette législation donne également aux chargeurs et entreprises exportatrices la possibilité de se faire agréer en qualité de client connu, de manière à ne pas faire supporter aux expéditeurs connus l'obligation d'assurer le contrôle physique de la totalité de la marchandise.

B. - La mise en œuvre de ce dispositif

Pour l'application de ce dispositif, entré en vigueur au 1^{er} janvier 1999, les mesures incombant aux acteurs du transport de fret aérien ont été progressivement mises en œuvre. Les services de l'Etat ont commencé à délivrer les agréments en qualité d'expéditeur connu et à organiser le contrôle de la mise en œuvre des mesures de sûreté.

Toutefois, si plusieurs agents de fret ont anticipé l'entrée en vigueur de la réglementation, la plupart d'entre eux n'ont présenté de programme de sûreté en vue de la délivrance de l'agrément qu'après la signature, le 12 avril 1999, de la convention tarifaire élaborée, sous l'égide de la DGAC, par les organismes représentant les professions concernées par la réglementation.

1. Les participants à la convention tarifaire

La convention a été signée par la plupart des intervenants du secteur concernés par la chaîne des opérations, allant du conditionnement de la marchandise dans les entrepôts des exportateurs à son transport vers les sites d'expédition, aux opérations de groupage et de manutention, ainsi qu'à sa remise au transporteur aérien en vue de son embarquement, à savoir :

- la Fédération TLF, qui est une fédération regroupant l'ensemble des syndicats professionnels représentatifs du secteur des transports routiers, maritimes, aériens et multimodaux, des commissionnaires de transport et des commissionnaires en douane. Elle regroupe 4 000 entreprises représentant environ 300 000 salariés ;
- le SNAGFA, syndicat professionnel regroupant 95 agents et groupeurs de fret aérien exerçant leurs activités sur 250 sites d'exploitation aéroportuaire et qui, ayant réalisé, en 1999, 90 % du chiffre

d'affaires à l'exportation déclaré par la profession, assurent l'essentiel des contrôles de sûreté ;

- le SYCAFF, Syndicat des compagnies aériennes de fret en France, qui regroupe la plupart des compagnies aériennes qui opèrent du fret régulier en France ;
- l'AUTF, Association des utilisateurs du transport de fret, qui regroupe les entreprises exportatrices utilisant le transport sous toutes ses formes ;
- l'Union des offices interconsulaires des transports et de communications, à laquelle s'est substituée l'ACFCI, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, qui représente particulièrement les aéroports régionaux ainsi que le tissu économique local.

Les signataires de cette convention tarifaire, tout comme les services de la DGAC, mettent l'accent sur :

- les très lourdes contraintes de la réglementation sur la sûreté du fret aérien en matière, notamment, de sécurisation des locaux, de traitement physique du fret, de moyens humains et techniques de surveillance et de contrôle des aires, de mise en œuvre concrète des mesures de contrôle des accès, de contrôle des engagements des personnes morales sollicitant le statut de client connu, de sélection et de formation des personnels nécessaires ;
- le fait que la loi du 26 février 1996 n'a prévu aucune disposition d'ordre économique, en particulier sur le coût afférent au contrôle et sur sa répartition entre les divers intervenants de la chaîne du fret aérien ;
- l'impossibilité pour les compagnies aériennes d'assumer elles-mêmes, en bout de chaîne, toutes les contraintes découlant des mesures de sécurisation, sans mettre en cause la fluidité des vols, non seulement des aéronefs embarquant des passagers, mais aussi des avions cargos ;
- l'importance, pour atteindre l'objectif fixé par la loi, d'avoir une tarification de la prestation sûreté qui soit totalement transparente d'un bout à l'autre de la chaîne de transport et qui, en conséquence, soit clairement identifiée dans les tarifs des entreprises, sur les documents d'accompagnement des marchandises et, enfin, sur les factures tant des agents de fret que des compagnies aériennes.

2. Le contenu de la convention

Sur cette base, la convention a prévu les modalités suivantes :

- a. l'instauration d'une tarification " *sûreté du fret aérien* " uniforme sur la totalité du territoire apparaissant sur les factures présentées au client par l'expéditeur connu ou le transporteur aérien, selon que le contrôle est assuré par l'un ou l'autre ;
- b. cette tarification est basée sur un " *prix moyen coûtant* " de l'ensemble des opérations de sécurisation sur les aéroports de Paris et de province. Calculé à partir d'une prise en compte des coûts standards actualisés comprenant l'ensemble des coûts directs et indirects relatifs au contrôle physique du fret et

des opérations qui s'y rattachent, un prix de revient moyen a été défini pour trois groupes d'opérateurs : les opérateurs importants (plus de 14 000 tonnes de fret tracté par an et par appareil de contrôle), les opérateurs moyens (entre 10 000 et 14 000 tonnes) et les opérateurs de province (moins de 10 000 tonnes). La péréquation opérée entre ces trois groupes donne un coût moyen de 0,24 F à la tonne ;

- c. un coût différencié pour les clients connus ou inconnus a ensuite été calculé selon la même méthode. En effet, dans le cas où la marchandise est livrée à l'expéditeur par un client connu qui a pris des engagements de procéder à certains contrôles de sûreté au moment de l'emballage ou du conditionnement de la marchandise, ainsi que dans ses installations de stockage, la réglementation n'impose à cet expéditeur ou à la compagnie qu'un contrôle par sondage à hauteur de 5 % du fret concerné. Dans le cas où cette marchandise est livrée par un client inconnu, le contrôle doit, depuis le 1^{er} janvier 2000, porter sur la totalité de cette marchandise. Les charges supportées par l'expéditeur sont, dès lors, différentes selon les cas. A partir d'études menées en 1998, elles ont été établies à 0,12 F/kg pour le client connu et à 0,42 F/kg pour le client inconnu. Le coût moyen finalement retenu intégrant aussi les charges de sûreté supportées par les compagnies aériennes a été de 0,18 F/kg pour les clients connus et 0,34 F/kg pour les clients inconnus avec un minimum de 60 F et un maximum de 600 F par expédition ;
- d. des coûts périodiquement actualisés : un cabinet indépendant sélectionné par la DGAC, le cabinet Scacchi, a procédé, en décembre 1998, à une validation des études de coûts initialement réalisées par les opérateurs de transport aérien qui ont fondé la tarification retenue dans la convention pour 1999. En janvier 2000, il a procédé à une nouvelle étude qui avait pour objet d'apprécier, à partir d'un échantillon représentatif d'entreprises, les coûts réels constatés et d'analyser les écarts entre ces coûts réels et les coûts prévisionnels. Les résultats ont montré la cohérence comptable de la tarification arrêtée dans la convention ;
- e. ces coûts, inscrits sur une matrice standard, prennent en compte l'ensemble des dépenses directes et indirectes engagées pour la sûreté. Ils ont trait à l'acquisition des machines de contrôle, aux salaires des personnels et à leur formation, aux frais généraux affectés au système informatique de gestion documentaire et de suivi de la marchandise, à la sécurisation des locaux et aux frais d'assurance, ainsi qu'au coût de traitement des compagnies aériennes.

C. - L'harmonisation européenne en matière de sûreté du fret aérien

La norme 4.3.9. édictée par l'OACI, qui sert de base à la réglementation française, est entrée en vigueur en 1997. Pour faciliter sa mise en œuvre au sein des Etats de l'Europe, la Conférence européenne de l'aviation civile (CEAC) a élaboré des procédures détaillées sur lesquelles est fondée la réglementation française.

Il faut noter que la réglementation en matière de sûreté est une prérogative purement nationale, les organismes supra-nationaux ne disposant pas à ce jour de compétence déléguée par les Etats en ce domaine.

C'est sans doute la raison pour laquelle peu de pays européens se sont dotés d'une réglementation conforme à ces recommandations. Au sein de la communauté, seuls la Grande-Bretagne, le Danemark, la Suède et la Finlande disposent à l'heure actuelle d'une réglementation applicable aux opérateurs du transport aérien.

En Grande-Bretagne, le coût de la sûreté n'apparaît pas explicitement dans le prix de la prestation librement

négocié sur le marché. Selon les informations recueillies, ce coût n'est pas facturé aux clients connus qui ont déjà sécurisé leur fret, mais seulement aux clients inconnus.

II. - Le marché du fret aérien

A. - La demande de transport

Pour l'ensemble des aéroports de métropole, le trafic de fret concernant les marchandises exportées à partir du territoire français a représenté, en 1999, 1 328 000 tonnes, dont 83 % pour les seuls aéroports de Roissy Charles de Gaulle et d'Orly.

Le transport du fret par voie aérienne est essentiellement destiné aux produits à haute valeur ajoutée (produits de luxe, vins, médicaments, produits des nouvelles technologies et pièces détachées), ainsi qu'aux denrées périssables. Il n'est viable que pour les biens qui peuvent supporter un coût d'acheminement élevé. Le transport aérien coûte, en effet, six à sept fois plus cher que le transport maritime.

Après des années de progression rapide du fret, de 10 % par an entre 1988 et 1998, la crise économique et financière asiatique a particulièrement touché ce secteur, puisque ces régions étaient destinataires d'une part importante du trafic aérien de marchandises. Les prix pratiqués par les transporteurs sur ces destinations ont enregistré des baisses oscillant entre 10 et 50 %. Après une année 1998 difficile, le trafic aérien de fret a progressé de 1,1 % en 1999 et a atteint environ 1,4 million de tonnes. L'année 2000, avec un taux de progression de 10 %, confirme le retour à une croissance soutenue, cependant limitée par l'insuffisante capacité de la flotte aérienne.

La mondialisation des échanges, ainsi qu'une gestion de plus en plus serrée des délais de livraison, rendue possible par l'intégration poussée des prestations de la chaîne de transport, expliquent les perspectives positives d'évolution de cette activité, qui assure 20 % des exportations françaises en valeur, pour le compte d'environ 20 000 exportateurs réguliers.

B. - L'offre de transport du fret

La complexité administrative et technique du transport aérien a entraîné le développement du rôle des intermédiaires entre le chargeur ou client et le transporteur.

Ainsi, les exportateurs ne traitent pas directement avec les compagnies aériennes, mais font appel à des sociétés spécialisées -transitaires, commissionnaires de transport, groupeurs, agents de fret, sociétés de handling- pour répondre à leurs besoins.

Les agents de fret et transitaires, au nombre de 440, constituent le principal réseau de distribution des marchandises à l'arrivée ou au départ des aéronefs et contrôlent plus de 90 % du marché du fret.

Ces professionnels, qui ont tous opté pour le statut d'expéditeur agréé, peuvent effectuer la totalité des opérations de sûreté, qui s'intègrent dès lors dans l'activité de réception, d'identification, de manutention et de

groupage de la marchandise, d'organisation des transports vers les terminaux et de prise en charge des formalités douanières. Ils peuvent, aussi, se borner à assurer eux-mêmes le traitement administratif, le contrôle et la labellisation des clients connus et sous-traiter les opérations physiques de réception, de contrôle et de manutention à des sociétés spécialisées ou à des sociétés de handling, selon un cahier des charges défini à l'avance.

Ils peuvent également sous-traiter l'ensemble de ces activités à des sociétés d'assistance fret, comme Roissy Handling et ATH, Sogefar/Handlair, SFS, Furness, qui ont, pour la plupart, obtenu l'agrément d'expéditeur connu et qui, avec les sociétés d'assistance aux compagnies aériennes, assurent pour le compte de celles-ci les contrôles de sûreté en même temps que les opérations de réception, stockage et mise à disposition des marchandises.

Quelles que soient les modalités retenues, ces intermédiaires facturent, selon les cas, aux entreprises expéditrices ou aux destinataires des marchandises à l'étranger la totalité de la prestation de transport et paient aux compagnies aériennes le prix du transport aérien et des diverses prestations qui lui sont liées. Les sociétés SCAC, Panalpina, Jules Roy, TTA, Saga Air, Kuhne et Nagel, sont parmi les plus importantes de ce secteur.

Les compagnies aériennes, enfin, reçoivent les marchandises, qui sont, en général, groupées sur des palettes, et les embarquent dans les aéronefs. Si la plus grande partie des marchandises transitant par la voie aérienne est acheminée sur des avions de passagers, l'activité de sociétés dédiées au transport aérien de marchandises au moyen d'avions cargos se développe également, notamment avec la montée en puissance des intégrateurs et des entreprises de fret express, parmi lesquelles on peut citer Calberson, Jet Services, UPS, Fedex, DHL, ainsi que Chronopost et TAT Express, filiales de La Poste.

C. - La confrontation de l'offre et de la demande

Face à une demande croissante en termes quantitatifs, mais qui évolue aussi en termes qualitatifs dans la mesure où les chargeurs sont à la recherche de prestations "*qualité totale*" intégrant l'ensemble de la chaîne de transport -de la prise en charge dans l'entrepôt à la remise au client final-, on assiste à un développement d'une offre englobant un ensemble de prestations dont la coordination permet de garantir des délais de livraison de plus en plus brefs et une qualité élevée de la prestation.

Dans ces conditions, la concurrence entre les offreurs est très vive et s'exerce par les prix et la qualité. Si les exportateurs font jouer la concurrence entre les agents et les sociétés de fret, ceux-ci, à leur tour, recherchent les compagnies aériennes qui leur proposent les meilleures offres. Dans certains cas, compte tenu, d'une part, de l'implantation des compagnies aériennes sur les plates-formes de départ et, d'autre part, des destinations qu'elles sont en mesure d'assurer régulièrement, cette concurrence est, en revanche, réduite.

Le coût de la sûreté ne représente en moyenne que 1 % du prix du transport de la marchandise, frais d'approche au départ inclus, mais la dispersion des coûts est élevée, en fonction des marchandises et des destinations. Si le coût de la sûreté a été isolé dans la convention tarifaire, il ne constitue cependant qu'une modeste part d'une prestation plus globale et, bien que l'exigence de sécurisation du fret résulte des règles édictées par la puissance publique, il ne semble pas, en l'état de l'instruction, que les prestations

correspondantes puissent être analysées comme constitutives d'un marché distinct du marché des autres prestations concourant au transport du fret aérien.

III - Les conditions d'application des règles de la concurrence

A. - La fixation concertée du prix de la sûreté du fret aérien au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce

L'article L. 420-1 du code de commerce prohibe les ententes qui tendent " *à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* ".

1. Sur la possibilité d'une détermination concertée par les opérateurs du prix de la sûreté du fret aérien

La convention soumise au Conseil prévoit que le coût moyen estimé des mesures de sûreté, défini par les articles L. 321-7 et R. 321-2 à 11 du code de l'aviation civile, doit être inclus dans le prix du transport du fret, isolé dans la facture adressée au client ou à l'expéditeur, et ne peut faire l'objet d'une négociation. Or, il est constant que la fixation concertée d'un prix uniforme, pour une prestation, par des opérateurs en concurrence sur un même marché constitue une entente au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Il importe peu, à cet égard, que le prix soit déterminé à partir d'études menées par un organisme extérieur à la profession ou par l'administration, ou qu'il corresponde au coût moyen estimé de la prestation concernée.

Il est, en effet, de jurisprudence constante que les ententes ayant pour objet de fixer un prix minimum ou un prix imposé, quels qu'en soient le niveau et le mode de détermination, ont, non seulement, un objet, mais un effet anticoncurrentiel.

La portée anticoncurrentielle de ces pratiques ne peut, au surplus, être mise en doute au cas d'espèce, dès lors que des recommandations sont formulées par les organisations représentatives afin que les entreprises pratiquent un alignement général sur le tarif défini par la convention.

2. Sur la répercussion obligatoire de cette tarification mutualisée au client final

La mention obligatoire sur la facture du coût moyen estimé et non négociable de la sécurisation du fret au client final ou à son mandataire ne fait qu'accentuer le caractère anticoncurrentiel de la pratique, dans la mesure où elle ôte aux entreprises appartenant aux organismes signataires toute faculté de s'écarter du prix imposé.

L'argument selon lequel, s'agissant d'une prestation qui ne représente en moyenne qu'1 % du prix total d'acheminement du fret aérien, la fixation d'un prix forfaitaire et uniforme est sans incidence sensible sur la concurrence et ne devrait donc pas être considéré comme anticoncurrentiel, dès lors que la négociation commerciale peut s'exercer sur les 99 % restants du prix de la prestation, ne peut prospérer. En effet, d'une part, si le coût de la sûreté ne représente en moyenne qu'environ 1 % du coût d'acheminement du fret, ce coût varie considérablement en fonction du volume, de la nature des marchandises exportées, et peut

représenter, dans la réalité, une fraction beaucoup importante de ce coût, comme l'ont reconnu les saisissants ; d'autre part, rapporté au seul coût des opérations de manutention et d'acheminement du fret jusqu'au bord de l'avion, le coût de la sûreté est estimé à environ 10 % : il est donc loin d'être négligeable.

Enfin, une répercussion automatique des coûts de sûreté paraît de nature à inciter les secteurs voisins du transport routier et du transport ferroviaire de marchandises, qui sont en concurrence avec le fret aérien sur les transports de courte distance en France et dans les pays européens proches, à s'entendre à leur tour pour mutualiser la sécurisation de leurs propres dépenses de sûreté en avançant l'argument selon lequel, dans nombre de cas, celles-ci sont identiques. Ce risque est d'autant moins négligeable que 75 % des marchandises expédiées en Europe sous Lettres de Transport Aérien (LTA), et donc ayant suivi une procédure sécurisée, sont, en pratique, transportées par route (procédure dite de " *vol camionné* ").

Pour toutes ces raisons, le Conseil considère qu'une concertation à la fois horizontale et verticale entre les opérateurs du fret aérien, qui aurait pour objet et pour effet de coordonner leur politique tarifaire et de faire obstacle à la libre fixation des prix par le jeu de la concurrence, serait contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

3. Sur les conditions dans lesquelles les coûts de sûreté supportés par les entreprises peuvent faire l'objet d'une identification précise sur les factures

Si la fixation concertée d'un prix minimum ou uniforme de la prestation de sécurisation du fret est constitutive d'une pratique anticoncurrentielle, il est loisible en revanche aux entreprises de la chaîne du transport du fret, d'isoler, dans les factures qu'ils adressent à leurs clients, le prix réel de telle ou telle opération, et par conséquent le prix de la sécurité, et de faire apparaître cette information sur LTA, qui sont des éléments indispensables d'identification et de suivi de la marchandise tout au long de son parcours sur la chaîne du transport aérien. De même, les règles de facturation et de transparence de l'article L. 441-3 du code de commerce ne s'opposent pas à l'identification du coût du contrôle sur une ligne distincte de la facture.

B. - La contribution des pratiques de sécurisation du fret aérien au progrès économique tel qu'il est défini dans l'article L. 420-4, 2ème alinéa du code de commerce

L'article L. 420-4 2ème alinéa du code de commerce dispose, à l'instar de l'article 81 du traité de Rome, que des pratiques d'entente peuvent faire l'objet d'une exemption si elles contribuent à promouvoir le progrès économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Si, à ce jour, la jurisprudence communautaire en matière de sécurité semble peu développée, le Conseil de la concurrence a, de son côté, eu l'occasion d'accorder le bénéfice de l'exemption à des ententes apportant des garanties relatives à la sécurité.

Dans sa décision n° 91-D-29 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la distribution du gaz de pétrole liquéfié conditionné, le Conseil a admis que le fait pour des sociétés distributrices de gaz en

bouteille d'imposer à leurs revendeurs de ne pas reprendre des bouteilles appartenant à d'autres marques pouvait être justifié par des avantages tenant, les uns, à une économie des coûts et, les autres, à des garanties de sécurité pour les consommateurs. A cet égard, il précisait " ... *le maintien de la propriété des bouteilles aux sociétés gazières, apparaît indissociable du respect des règles de sécurité et des problèmes de responsabilité qui en découlent ; qu'en effet la réglementation concernant les gaz de pétrole liquéfié impose aux propriétaires des emballages, en raison de la nature dangereuse des produits, toute une série d'obligations (contrôles techniques, réparations, remplacements) que le consommateur pourrait difficilement respecter si le système du prêt à usage était abandonné et s'il devenait propriétaire des bouteilles ; qu'en outre il devrait faire face aux problèmes posés par la mise en cause éventuelle de sa responsabilité en cas de sinistre "*.

De la même manière, dans une décision n° 93-D-13 relative à des pratiques d'entente dans le secteur de l'organisation des salons, le Conseil a estimé que, si un partage des zones d'exposition entre des entreprises de manutention constituait une pratique illicite, cette répartition pouvait, cependant, être validée en application de l'article 10-2^{ème} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qu'elle assurait une meilleure sécurité et une meilleure efficacité, s'agissant de salons nécessitant une manutention lourde, pour des dates d'exposition rapprochées et présentant des risques d'encombrement important.

Le Conseil rappelle, cependant, de manière constante que, le bénéfice de l'exemption est subordonné dans tous les cas au respect de l'ensemble des conditions posées par l'article L. 420-4, 2^{ème} alinéa, du code de commerce, dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne fait échapper les pratiques considérées à l'application des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce.

Ainsi, dans le domaine de l'organisation et du financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés, le Conseil de la concurrence, dans un avis n° 99-A-22 du 14 décembre 1999, a émis un avis défavorable sur le financement des organismes de collecte et de recyclage de ces matériels au moyen d'un prélèvement fixé collectivement par les membres de ces organismes et répercuté automatiquement sur le prix facturé au client.

1. Sur la contribution de la convention tarifaire au progrès économique

Les parties saisissantes, sans toutefois démontrer qu'il existe un lien entre l'institution d'une tarification forfaitaire de la sécurisation du fret et l'objectif légitime de sécurité du transport aérien, font état des conditions dans lesquelles la réglementation française sur la sûreté du fret aérien a dû être appliquée en 1998, et soutiennent, d'une part, que la mise en œuvre de cette tarification permet de garantir une mise en œuvre efficace du système de sûreté, conforme à la volonté des pouvoirs publics, sans désorganiser le trafic aérien, d'autre part, que le système adopté, qui fait reposer l'essentiel de la sécurisation sur les agents de fret agréés et les sociétés de handling agréées, a pour but d'obtenir une sécurisation optimale de l'ensemble de la chaîne du transport, tout en assurant la fluidité du trafic : la puissance publique ayant pu, ainsi, fixer à compter du 1^{er} janvier 2000 un objectif de sécurisation totale du fret aérien transitant sur des avions de passagers.

Elles soulignent qu'en l'absence de dispositions contraignantes inscrites dans la loi pesant sur les intermédiaires du fret, cet objectif n'a pu être atteint que dans la mesure où ces derniers ont accepté de solliciter leur agrément en qualité d'expéditeur agréé ; elles font valoir que l'importance des investissements à

consentir aussi bien en moyens, en personnels et en formation qu'en équipements techniques adaptés, et ce, dans un délai très bref, pour obtenir cet agrément, était de nature, en l'absence d'un consentement à l'application de mesures uniformes, à constituer un frein très important aux adhésions volontaires et à dissuader certaines entreprises de participer à la sûreté du fret aérien.

A défaut de cet engagement, la charge de la sécurisation du fret aurait été reportée sur les compagnies aériennes, qui se seraient trouvées dans l'impossibilité matérielle de l'assumer, sauf à accepter des retards très importants dans les horaires des vols, ce qui aurait nécessairement entraîné de graves perturbations dans le secteur du transport aérien. Ces difficultés auraient été de nature à encourager les exportateurs à aller charger dans des pays limitrophes, moins exigeants en matière de sécurité.

Les parties saisissantes soulignent également que, dans la phase de démarrage, l'uniformité de la tarification, qui traduit une péréquation des tarifs entre les aéroports de Paris, où les coûts sont les plus faibles, et les aéroports de province, a pour objet de ne pas faire supporter aux aéroports de province les coûts effectifs de sûreté qui seraient de nature à les dissuader de charger sur ces aéroports.

Le Conseil observe que, si les préoccupations exprimées par les parties saisissantes, et partagées par la direction générale de l'aviation civile, en matière de sécurisation du fret aérien sont légitimes et à supposer que ces préoccupations justifient une étroite concertation entre les organisations professionnelles regroupant les entreprises, en revanche, aucun des arguments avancés ne démontre la nécessité ni d'appliquer un prix unique (ou minimum) aux prestations correspondantes, ni d'isoler ce prix sur les factures adressées aux opérateurs.

Il convient de noter, en premier lieu, que l'application d'un supplément de prix uniforme et " *affiché* " ne garantit en rien que les opérations de sécurisation, dont il n'est pas contesté que le coût varie en fonction des circuits commerciaux des entreprises et des marchandises concernés ainsi que des aéroports d'embarquement, ont été correctement effectuées, cette garantie ne pouvant résulter que de la mise en œuvre d'une réglementation, des engagements contractuels des opérateurs et de la mise en place d'un contrôle.

En outre, l'application uniforme d'un prix standard de sécurité affiché (ou d'un prix plancher), dès lors que rien ne permet d'être assuré que les dépenses correspondantes, qui peuvent être inférieures ou supérieures à ce prix, ont été effectivement engagées, pourrait conduire à une dilution des responsabilités et, dans certains cas même, inciter les entreprises à relâcher leur vigilance et, par conséquent, constituer une garantie trompeuse.

Quant au risque qui résulterait, pour l'application effective des mesures de sécurité, d'une situation dans laquelle le prix de la sécurité serait négociable, il ne repose sur aucune analyse économique. En effet, l'interdiction de négocier, à la baisse, le prix de la sécurité est sans incidence sur la mise en œuvre effective des mesures de sécurité, dès lors que l'offreur peut être conduit à accepter une négociation à la baisse du prix global de sa ou de ses prestations -qui seul importe au demandeur- en maintenant inchangé le prix apparent de la sécurité tout en réduisant ses propres dépenses de sécurité pour atteindre ses objectifs de prix global.

Le Conseil observe, par ailleurs, que si, compte tenu des moyens financiers et humains importants dont la nouvelle réglementation a contraint les intervenants à se doter dans des délais très courts, une tarification a

pu favoriser le passage au statut d'expéditeur connu, la tarification retenue n'a pas eu pour effet d'entraîner une augmentation du taux des clients connus, qui plafonne à 15 %. L'une des causes de cette situation peut se trouver dans la rigidité des prix instaurée par la convention qui, pour des raisons davantage liées à des questions d'opportunité qu'à l'existence objective de charges de sûreté, ne fait pas payer aux clients inconnus le coût réel de la sûreté supporté par les professionnels du fret aérien, alors que la responsabilité civile et pénale plus lourde pesant sur le client connu n'est pas compensée par un système de tarification en lui-même peu incitatif. Au contraire, dans le cadre d'une libre négociation commerciale, le prix de la sûreté pourrait être augmenté pour le client inconnu, incitant davantage ce dernier à devenir client connu, au bénéfice de la sûreté de l'ensemble de la chaîne du fret aérien.

2. Sur la contribution à l'aménagement du territoire

S'agissant de la péréquation géographique des prix de la sécurité, dont l'objet serait de contribuer à l'aménagement du territoire en évitant que les expéditeurs ne désertent les plates-formes les plus coûteuses, elle revient à financer un abaissement artificiel du prix des expéditions à partir des aéroports de province par une majoration applicable aux expéditions effectuées à partir des aéroports de Paris.

Sans se prononcer sur la contribution au progrès économique de cette disposition et, à supposer même, comme les parties l'ont soutenu en séance, sans toutefois apporter aucun élément, notamment comptable, à l'appui de leurs affirmations, que la péréquation s'effectuerait pour l'essentiel entre les divers établissements de chacune des entreprises, le Conseil ne peut que constater qu'il existe d'autres moyens, à tout le moins aussi efficaces et plus transparents, de contribuer au maintien de lignes aériennes déficitaires ou au développement économique local, si l'intérêt général le justifie.

En définitive, il apparaît que la limitation de la liberté commerciale des opérateurs de la chaîne du fret aérien et de leur capacité à fixer leur niveau de prix de la sûreté en fonction de leurs coûts réels est disproportionnée par rapport aux conditions de réalisation effective de la sûreté du fret aérien, d'autant, qu'en l'espèce, la puissance publique peut disposer d'autres solutions pour faire appliquer la réglementation, comme le retrait des agréments délivrés aux expéditeurs connus ou l'instauration de sanctions à l'encontre des compagnies aériennes qui ne respecteraient pas les obligations de sûreté que la loi leur impose.

En conclusion, le Conseil, tout en rappelant qu'il appartient à la puissance publique, si elle estime que la mise en œuvre de la sûreté du fret aérien constitue une mission d'intérêt général, pour laquelle elle a spécialement mandaté les transitaires et les compagnies aériennes, de mettre en œuvre les dispositions législatives et réglementaires nécessaires, est d'avis :

- qu'à supposer que la sécurisation du fret aérien requière une coopération de tous les opérateurs concernés, une telle concertation pouvait être efficacement mise en œuvre sans déroger aux règles de la concurrence ; que, notamment, elle ne devait pas porter sur le coût de la sécurisation, ni sur ses éventuelles répercussions sur les prix ;**
- que le principe et l'étendue de la répercussion ou de la non répercussion des coûts afférents à la sûreté ne peuvent faire l'objet d'aucune concertation ni horizontale entre les transporteurs aériens, d'une part, et les transitaires, d'autre part, ni verticale entre chargeurs**

- commissionnaires de transport, agents de fret et compagnies aériennes ;
- **que le fait, pour chacun des opérateurs pris individuellement, de répercuter pour leur valeur réelle tout ou partie des coûts de sûreté qu'il a supportés n'est pas de nature à contrarier l'accomplissement des politiques de sûreté ;**
 - **que chaque opérateur est libre d'individualiser ou non dans ses tarifs et dans ses factures le prix de la sûreté qu'il a évalué lui-même, compte tenu de ses charges, et qui peut être forfaitisé ; que rien n'interdit, par ailleurs, aux organisations professionnelles de publier des études de coûts des diverses tâches qui concourent à la sécurisation du fret aérien, dès lors que ces études sont effectuées à partir d'informations relatives au passé et en utilisant des méthodes statistiques ou/et comptables dûment explicitées et qu'elles ne présentent aucun caractère normatif (technique de la " *mercuriale* ").**

Délibéré, sur le rapport de M. Avignon, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, membre.

Le rapporteur général,

Patrick Hubert

Le vice-président,
présidant la séance,

Pierre Cortesse