

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 01-A-11
du 23 juillet 2001

**relatif à la demande de la Ville de Marseille concernant l'ouverture à la concurrence
de l'utilisation de son domaine public à des fins publicitaires**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 2 décembre 1996, enregistrée le 6 janvier 1997 sous le numéro A 208, par laquelle la Ville de Marseille a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'ouverture à la concurrence de l'utilisation de son domaine public à des fins publicitaires ;

Vu le livre IV du code de commerce, notamment son article L. 462-1, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, 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 lors de la séance du 16 mai 2001 ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

La présente demande d'avis concerne un contrat passé entre la Ville de Marseille et la société Decaux pour l'installation d'équipements urbains.

Selon les indications données par la Ville, l'avenant 7 (article 6.4) au contrat qui, à l'époque de la saisine, la liait à la société Decaux, prévoyait une clause d'exclusivité au bénéfice du cocontractant de la ville, ainsi rédigée :

" La ville conserve la liberté de contracter avec toute autre société pour l'installation d'équipements autres que ceux qui font l'objet des présentes, c'est-à-dire d'équipements qui sont différents en raison notamment de leur type ou leur usage.

Toutefois pendant la durée du présent avenant, la ville pourra installer ou laisser installer du mobilier de type et d'usage défini dans le présent avenant aux emplacements qui devront avoir été offerts à la société Decaux aux conditions des présentes et refusés par celle-ci après un délai de trois mois à compter de la date de notification par la ville à la société J.C. Decaux.

Seuls pourront déroger à ce qui précède, pendant la durée des présentes, quatre vingts (80) dispositifs d'affichage de 12 m2 dont la ville pourra autoriser l'implantation sur son domaine public à la condition expresse qu'ils soient installés en dehors de la zone hachurée en rouge sur le plan annexé aux présentes "

La Ville de Marseille souhaitait autoriser l'implantation de panneaux publicitaires en nombre supérieur au chiffre de 80 et sur l'ensemble de son territoire, alors que le contrat portait sur du mobilier urbain principalement destiné à des fins de commodités diverses pour le public et, accessoirement, à l'affichage. Dans ces conditions, la Ville de Marseille demandait si la clause d'exclusivité précitée pouvait lui être opposée, dès lors que son projet concernait des panneaux n'ayant pas d'autre usage que de servir de support à des affiches publicitaires.

La Ville de Marseille demande ainsi au Conseil son avis sur la portée de la clause d'exclusivité et, dans le cas où cette clause s'opposerait à son projet relatif à des panneaux publicitaires, elle demande au Conseil si l'existence d'une telle clause est conforme au droit de la concurrence.

L'article L. 462-1 du code de commerce prévoit que le Conseil donne son avis sur toute question de concurrence, à la demande des collectivités territoriales, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge. Il résulte de la jurisprudence du Conseil qu'il doit s'agir d'une question générale de concurrence.

En revanche, le Conseil n'est pas compétent, dans le cadre d'une saisine sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, pour se prononcer sur l'interprétation qui doit être donnée des dispositions d'un contrat.

En particulier, il n'appartient pas au Conseil de dire si l'avenant au contrat passé avec la société Decaux doit s'entendre comme autorisant ou non la collectivité saisissante à proposer, librement ou sous certaines conditions, à d'autres entreprises, l'installation de panneaux publicitaires de 12 m², notamment dans la partie centrale de l'agglomération, ni de préciser si ces dispositifs constituent des mobiliers de même type et de même usage que ceux pour lesquels la société Decaux bénéficie d'une exclusivité et d'un droit de préférence tels qu'ils sont définis dans l'avenant.

En revanche, le Conseil est compétent pour examiner, en principe, la question de savoir si, dans le cas où la clause litigieuse serait interprétée comme interdisant à la Ville de Marseille de contracter avec une autre entreprise que la société Decaux, cette clause poserait un problème au regard des règles de concurrence.

La question de la validité d'une clause d'exclusivité et de sa durée, dans des contrats du même type, a été précisément abordée dans une décision n° 98-D-52 rendue le 7 juillet 1998, soit postérieurement à l'enregistrement de la présente demande d'avis. Le Conseil renvoie, pour l'essentiel, la ville de Marseille, à la lecture de cette décision, qui est annexée au présent avis. L'attention de la ville est cependant attirée sur le point suivant :

- la décision n° 98-D-52 est une décision contentieuse, rendue à l'issue d'une procédure contradictoire, et qui repose sur une définition précise du marché en cause et sur la constatation que la société Decaux y détenait une position dominante. Les faits soumis au Conseil par la présente demande d'avis se situent à une époque postérieure : il n'est pas possible, dans le cadre de l'instruction d'une demande d'avis qui n'est pas une procédure pleinement contradictoire, de se prononcer sur la définition exacte des marchés en cause ni sur la position qu'y détient la société Decaux et, par conséquent, de déterminer si l'analyse retenue à cet égard par le Conseil, dans la décision précitée, est applicable à la situation évoquée dans la présente demande d'avis.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Chaulet-Philippe, par M. Jenny, vice-président, président la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général,

Patrick Hubert

Le vice-président,
président la séance

Frédéric Jenny

© *Conseil de la concurrence*