



Avis n° 02-A-11 du 2 septembre 2002
relatif à des questions posées par le syndicat l'Union nationale
des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA)
concernant les pratiques de la société Engineering printel systems (EPS)

Le Conseil de la concurrence, (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 21 janvier 2002 sous le numéro 02/0007 A, par laquelle le syndicat l'Union nationale des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA) a saisi le Conseil, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis relatif aux modalités d'attribution des places d'examen du permis de conduire au regard des règles de concurrence ;

Vu le livre IV du code de commerce, notamment son article L. 462-1, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la circulaire du 16 mai 1984 du directeur de la sécurité et de la circulation routières au Ministère des transports portant sur la convocation des candidats à l'examen du permis de conduire et sur la méthode de répartition des places d'examen (dite circulaire "*Mayet*") ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 28 mai 2002 ;

Le représentant de la sous-direction de la formation du conducteur à la direction de la sécurité et de la circulation routières auprès du ministère de l'équipement, des transports et du logement entendu conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 21 janvier 2002, l'UNPFA a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis, au titre de l'article L. 462-1 du code de commerce, relative aux modalités d'attribution des places d'examen au permis de conduire et plus précisément aux conditions d'utilisation d'un serveur télématique transmettant les places réparties par logiciel pour le compte des services répartiteurs des préfectures.

En application de la circulaire du ministère des transports en date du 16 mai 1984, dite circulaire "*Mayet*" du nom du directeur de la sécurité et de la circulation routières qui en est l'auteur, l'attribution de places d'examen du permis de conduire est le fait des services de répartition des préfectures suivant une méthode prévisionnelle dite "*de la première demande*". Cette répartition se fait en deux temps.

Dans un premier temps, au mois M, le délégué départemental du ministère des transports calcule un "*coefficient de disponibilité*" en procédant à la division du nombre d'heures de disponibilité de ses inspecteurs pour le mois considéré par la moyenne mensuelle et départementale des dossiers de première candidature déposés au cours d'un quadrimestre de référence allant de M-5 à M-2. Ce coefficient propre à chaque département est saisi par les services répartiteurs préfectoraux et affiché sur le serveur Printel à la fin du mois M, sous la forme de droits fictifs correspondant à une répartition de la disponibilité au prorata de la moyenne des places obtenues sur les six mois précédents par chaque école, voire au prorata des résultats obtenus par chaque école sur cette période.

Les écoles de conduite disposent alors de quelques jours pour communiquer - par serveur télématique ou renseignement direct - au service répartiteur de la préfecture compétente leurs vœux ("*réservations*") en places d'examen pour le mois considéré. Début M+1, les préfectures saisissent les demandes et calculent alors des "*droits*" prévisionnels aux places d'examen en utilisant le logiciel de Répartition assistée par ordinateur (RAO) : les vœux émis se voient appliquer le coefficient dit de "*disponibilité*". Le produit de la multiplication est constitutif d'un "*droit*" à un certain nombre de places d'examen. Révisant ces droits en fonction des désistements/annulations (10 à 15 %) provenant des auto-écoles, le logiciel de RAO propose une liste de "*convocations*" laissée à la discrétion des services de répartition.

Les "*convocations*" sont diffusées par le serveur Printel (minitel, Internet, Extranet) ou distribuées directement aux écoles de conduite par l'utilisation de la fonction de sortie papier du logiciel de RAO.

Ainsi que le rappelle la circulaire, la méthode dite "*de la première demande*" est fondée sur "*un principe simple : la répartition, pour un mois donné, du temps d'inspecteur disponible au prorata des dossiers de 'premières demandes' déposés par chaque auto-école au cours d'une période de référence*". La circulaire rappelle que "*cette méthode de répartition assure l'égalité de traitement entre les auto-écoles (...) sur des bases incontestables : le nombre de candidats s'inscrivant à l'examen pour la première fois*". En outre, "*la garantie d'un minimum de places peut aussi être accordée aux auto-écoles à activité très faible ou saisonnière ou encore à des enseignants ayant temporairement interrompu leur activité*", et de tels arrangements "*peuvent aussi répondre, mais de façon exceptionnelle, au cas d'établissements qui s'adressent spécifiquement à des publics défavorisés, comme les candidats non francophones ou illettrés*".

Depuis 1990, la société Engineering printel systems (EPS) propose aux préfectures, sous le régime d'une mise à disposition à titre gratuit, l'utilisation du logiciel de Répartition assistée par ordinateur (RAO) pour gérer la méthode de la première demande. Fin septembre 2001, la société EPS faisait fonctionner son service de répartition assistée par ordinateur dans 88 départements. 11 préfectures et les 700 écoles qu'elles renseignent n'utilisaient pas la RAO fournie par EPS. Sur ces 11 préfectures, 10 procédaient à la gestion manuelle des inscriptions, et une (Chartres) disposait d'un logiciel de RAO élaboré par ses propres

services.

Parallèlement, la société EPS fournit aux auto-écoles le serveur télématique Printel susmentionné qui permet à ces dernières d'envoyer aux préfectures leurs vœux de réservation et de consulter sur minitel (3616 Printel), Internet ou Extranet leurs attributions de place, les coefficients de disponibilité ainsi que les convocations aux examens. Jusqu'au 1^{er} octobre 2001, les consultations du serveur Printel étaient facturées aux écoles de conduite par France Télécom (fonction "*Kiosque-micro*") : le coût du service était inclus dans la facture téléphonique ; il comprenait un coût de connexion de 3 F (0,46 euro) et variait en fonction de la durée de connexion (1,28 F/min soit 0,20 euro).

Depuis le 1^{er} octobre 2001, eu égard à la "*disparition prochaine des services Kiosque liée à la montée en charge d'Internet*", les connexions au réseau d'informations proposé aux écoles sur le 3616 Printel sont suspendues et le système de tarification du réseau Printel est modifié en profondeur dans le sens d'une facturation directe du service. Une nouvelle page d'accueil indique la mise en service d'un nouveau serveur 3614 Printel, dont l'accès est subordonné à la souscription d'un forfait. Les écoles sont désormais classées en cinq catégories en fonction du nombre moyen de places d'examen obtenues dans les 6 mois précédents ; à chaque catégorie d'établissement correspond un forfait de 3, 6 ou 12 mois permettant un accès illimité au serveur par minitel (3614 Printel), Internet ou Extranet (Printel Direct). Les écoles ne souhaitant pas souscrire de forfait se voient ouvrir un accès sur 3617 Printel 2, facturé en fonction du temps de connexion à la manière du 3616, et présenté comme pouvant être supprimé "*si France Télécom modifie ou supprime le système de facturation Kiosque*".

Le calcul du forfait ne fait l'objet d'aucune précision. Son prix hors taxes varie de 4 à 16 euros/mois pour le forfait trimestriel, et de 3 à 15 euros/mois pour le forfait annuel. Les frais d'ouverture du dossier en sus sont de 10 euros. Au prix du forfait s'ajoutent les frais de connexion et de communication dus à France Télécom. Le prix du service 3617 Printel 2 s'élève à 0,337 euro/minute. Ce même service permet de solliciter des places d'examen supplémentaires en cas de disponibilités, notamment à la suite de désistements d'autres établissements d'enseignement de la conduite.

A la suite d'une expérience réussie d'association avec une société de vente de produits et prestations destinés à l'enseignement de la conduite, la société EPS propose sur un site Internet distinct de son serveur ("*permis-enligne.com*") une série de prestations liées à l'apprentissage de la conduite, depuis octobre 2001. Ces prestations, fruit d'un partenariat prenant la forme d'une filiale détenue à 50 % (Teledis) avec une entreprise de vente d'accessoires pédagogiques par correspondance (Ediser), consistent en la vente de cartes-forfaits permettant l'accès à un site Internet comprenant des tests de code et des fonctionnalités de suivi des élèves consultables par minitel par les écoles de conduite.

Au regard de ces faits, l'UNPFA souhaite recueillir l'avis du Conseil sur la légalité du dispositif, notamment sous trois aspects essentiels :

"- à *quelles conditions un système d'attribution de places d'examens par serveur télématique peut-il permettre de préserver le jeu de la concurrence sur le marché d'enseignement de la conduite ?*

- la fixation d'un niveau de tarification sans rapport direct avec le coût de la prestation peut-il avoir pour effet de limiter l'accès au marché des plus petits établissements d'enseignement de la conduite ?

- *l'activité commerciale de l'entreprise chargée de la gestion du système est-elle compatible avec la "mission de service public" et, dans l'affirmative, suivant quels critères ?*

A titre liminaire, le Conseil rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre de la réponse à une demande d'avis, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seules, une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce sont de nature à conduire une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

I. - Analyse

A. - PRÉSENTATION DU CONTEXTE ÉCONOMIQUE

1. Données générales sur l'enseignement de la conduite

La demande d'apprentissage de la conduite automobile correspond au besoin d'acquisition des connaissances nécessaires à la maîtrise d'un véhicule en vue de l'obtention du permis de conduire. Ceci est le fait d'environ 13 000 écoles de conduite.

La profession des enseignants de la conduite automobile est exercée en règle générale par des exploitants individuels qui s'y consacrent à titre exclusif. Des associations ou des franchises telles que l'"*École de conduite française*" connue sous l'enseigne "ECF" ou des "*centres d'éducation routière*" qui ont pour enseigne "CER", se sont néanmoins développées, opérant des regroupements d'exploitants qui exploitent leur fonds de commerce sous une enseigne commune. Le secteur conserve néanmoins un caractère artisanal.

L'exploitation d'une auto-école est soumise à un agrément délivré par le préfet de chaque département après une enquête administrative et à la possession d'un certificat d'aptitude professionnelle et pédagogique.

2. Caractéristiques du secteur

Délimitation géographique des marchés

Les candidats à l'examen du permis de conduire recherchent habituellement des auto-écoles proches de leur domicile ou de leur lieu de travail ; les candidats lycéens ou étudiants fréquentent volontiers des auto-écoles proches de leurs établissements d'enseignement. Toutefois, eu égard à la dépense entraînée, il n'est

pas rare que la clientèle soit attirée par des auto-écoles relativement plus éloignées dès lors qu'elles proposent des conditions de prix attractives. La zone de chalandise des auto-écoles est, par ailleurs, d'autant plus vaste qu'occasionnellement elles viennent chercher leurs clients à domicile. Enfin, en proposant à prix forfaitaire un nombre donné - voire illimité - d'heures pour l'apprentissage du code de la route, un volume horaire pour l'apprentissage de la pratique de la conduite et un nombre variable de présentations aux épreuves du code et de la conduite, certaines auto-écoles contribuent à accroître la mobilité des clientèles entre les localités et les quartiers des villes.

Alors que, jusqu'à une époque récente, les marchés pouvaient être délimités selon un critère simple de distance, désormais les stratégies commerciales des prestataires accroissent la capillarité des marchés locaux pour les rendre connexes les uns aux autres.

Structure de l'activité

L'activité d'enseignement de la conduite est le fait d'écoles à taille très variable. Pour les écoles unipersonnelles, le gérant accomplit l'activité d'enseignement et les tâches de gestion. Certaines de ces écoles de petite taille présentent moins d'une demi-douzaine de candidats à l'examen par mois ; leur chiffre d'affaires reste donc très limité.

Les écoles de taille plus grande disposent de plusieurs dizaines de salariés, aux fonctions précisément délimitées. Elles gèrent un parc de plusieurs voitures, et se livrent, pour les plus importantes, à l'enseignement de la conduite sur poids-lourd et moto.

Il existe une disparité très forte entre les établissements opérant en zone rurale, disposant d'une clientèle réduite et captive, et ceux exerçant leur activité en zone urbaine, capables de définir une véritable stratégie commerciale vis-à-vis de leurs concurrents les plus proches.

3. Données économiques et techniques de l'attribution de places d'examen du permis de conduire

Contexte juridique de l'attribution de places d'examen

Dans la mesure où, dépendant de la disponibilité des services d'examen, les places sont en nombre limité, leur attribution fait l'objet de la répartition prévisionnelle susmentionnée. La circulaire du ministère des transports, en date du 16 mai 1984, précitée, régit la méthode de répartition des places d'examen du permis de conduire et de convocation des candidats.

Enjeux pour les écoles

L'établissement d'enseignement à la conduite s'engage, en effet, auprès de l'élève à le présenter à l'examen du permis de conduire. Dans cette mesure, il est essentiel pour les écoles de bénéficier d'un système de répartition des places d'examen en adéquation avec leurs attentes et besoins.

Plus précisément, la difficulté d'accéder aux places d'examen pose des problèmes de gestion de la scolarité des élèves (engorgement, délais très longs entre la fin de la formation et la présentation à l'examen...), voire de gestion de l'établissement (le développement de la pratique des forfaits implique que plus la scolarité de l'élève s'allonge, moins l'école est rentable). La difficulté d'accès aux places résiduelles en fonction d'éventuels désistements des auto-écoles afin de présenter à nouveau des candidats ayant précédemment échoué est, à cet égard, un exemple tangible des problèmes rencontrés.

B. - LES MARCHÉS CONCERNÉS PAR LA SAISINE

Les marchés à retenir

Le Conseil rappelle la définition qu'il a donnée du marché pertinent dans son avis n° 96-A-05 du 2 mai 1996 : *"Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique (...) Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil (...) regarde, comme substituables, et comme se trouvant sur un même marché, les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme les moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande"*.

En l'espèce, deux marchés peuvent être identifiés dans les questions soulevées par l'UNPFA : un premier marché afférent à l'organisation des examens du permis de conduire lie les écoles d'enseignement de la conduite aux services préfectoraux qui collectent les réservations des places issues des écoles, offrent la répartition de ces places et transmettent les convocations de places d'examen. Le second marché concerne l'offre d'accessoires et prestations destinés à l'enseignement de la conduite.

1. Le marché de la transmission des données afférentes à l'organisation de l'examen du permis de conduire

La répartition des places d'examen au permis de conduire consiste en la rencontre d'une demande de places d'examen par les écoles de conduite et d'une offre de places déterminée par la technique de répartition susmentionnée. Reposant sur une détermination mensuelle des droits des écoles aux places d'examen offertes par la préfecture, cette technique de gestion prévisionnelle fait appel à la rencontre de deux courants d'information, les réservations effectuées par les écoles, d'une part, le coefficient de disponibilité des examinateurs émanant du ministère des transports, d'autre part.

Sur ce marché, la société EPS offre deux prestations distinctes. La première consiste à mettre à la disposition des préfetures un logiciel de Répartition assistée par ordinateur (RAO). Cette mise à disposition est gratuite. EPS se rémunère sur les formations payantes à la RAO fournies aux personnels des services répartiteurs. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, le logiciel calcule les "*droits*" théoriques des écoles aux places d'examen et fournit aux préfetures des convocations tenant compte des éventuels désistements/annulations.

La seconde prestation lie la société EPS aux écoles de conduite par un serveur télématique consultable sur

minitel, Internet, et Extranet, et consiste en la transmission ascendante - vers les préfectures - des réservations de places d'examen effectuées par les écoles, puis en la transmission descendante - des préfectures vers les écoles - des convocations aux examens proprement dites. La transmission des données par serveur télématique est facturée aux écoles de conduite dans les conditions susmentionnées.

Il est important de relever que les deux prestations sont indépendantes, et que le fait de souscrire à l'utilisation de la RAO ne préjuge en aucune manière du mode de transmission des données entre auto-écoles et préfectures. Une préfecture, utilisant la RAO pour répartir les places d'examen, dispose de la possibilité de renseigner directement les écoles de conduite sur les convocations dont elles peuvent ainsi bénéficier, par téléphone, fax, lettre ou tout autre moyen. De même, il est possible pour les écoles le souhaitant d'effectuer leurs réservations directement auprès des préfectures.

Dans la mesure où seules les préfectures utilisant la RAO sont en mesure d'utiliser le serveur, il apparaît que les marchés géographiques pertinents pour l'appréciation des pratiques sur le marché de la transmission de données afférentes à l'organisation des épreuves du permis de conduire sont constitués par chacun des départements ayant adopté le logiciel de RAO susmentionné.

2. Le marché de la fourniture d'accessoires et de prestations destinés à l'apprentissage de la conduite

Dans un avis n° 94-A-22 du 13 septembre 1994 relatif à l'acquisition de la société Codes Rousseau par la société Média Communication (secteur des produits et prestations destinées à l'enseignement de la conduite) le Conseil de la concurrence a relevé qu'il existe "*un ensemble de produits et de prestations complémentaires concernant l'enseignement de la conduite qui se compose d'instruments pédagogiques destinés aux moniteurs d'auto-écoles et à leurs élèves, de documents officiels nécessaires à l'obtention du permis de conduire et de divers autres matériels utiles au fonctionnement courant des entreprises concernées*" formant "*un marché de la fourniture aux entreprises d'auto-écoles*". Ce marché est national, l'offre assurée par les sociétés Codes Rousseau, Ediser et Ecolauto couvrant les 13 900 entreprises d'auto-écoles présentes sur le secteur.

La société Teledis, co-détenue à 50 % par EPS et par Ediser (fournisseur d'accessoires pédagogiques), offre sur le serveur Printel consultable par minitel, Internet ou Extranet les prestations commerciales susmentionnées (ventes de cartes permettant l'accès à un programme d'assistance sur un site Internet distinct "*permis-enligne.com*"). Ediser édite différents ouvrages d'apprentissage à la conduite automobile et distribue, à l'instar de la société Code Rousseau, des produits destinés à répondre aux différents besoins des entreprises d'auto-écoles, son catalogue couvrant les mêmes rubriques (offre d'ouvrages pédagogiques, ouvrages officiels, logiciels, imprimés administratifs et équipements pour auto-écoles, mobilier, radios pour motocyclettes, etc.).

C. - LES OPÉRATEURS ET LEUR SITUATION RESPECTIVE SUR CHACUN DES MARCHÉS CONCERNÉS

1. Les opérateurs

La société Engineering printel systems (EPS), ancienne filiale du Crédit agricole située à Perpignan, a proposé, dès 1990, aux préfetures le système informatique (RAO et Printel) décrit ci-dessus dans le cadre de la gestion de la circulaire "Mayet". EPS est une SARL fondée en 1984, d'un effectif de 10 personnes, au chiffre d'affaires de 3 499 793 F (533 540 euros). EPS est actuellement sous contrat avec 88 préfetures.

La société Ediser est une filiale de Média Communication (filiale de Bertelsmann) créée en 1992. Ediser imprime et édite différents ouvrages d'apprentissage à la conduite automobile et vend par correspondance, à l'instar de la société Codes Rousseau, des produits destinés à répondre aux différents besoins des entreprises d'auto-écoles (offre d'ouvrages scolaires et didactiques, ouvrages officiels, logiciels, imprimés administratifs et équipements pour auto-écoles, mobilier, radios pour motocyclettes, matériel audiovisuel). EDISER est une SARL, au capital de 150 000 F (22 867,35 euros), comprenant des effectifs de 11 personnes et réalisant une activité de 13 999 172 F (2 134 160 euros).

2. La situation des opérateurs sur chacun des marchés concernés

En ce qui concerne la transmission de données (demandes de réservations et convocations), la société EPS dispose, dans chaque département fonctionnant avec le logiciel de RAO, d'un quasi-monopole.

Il existe, certes, des alternatives au serveur télématique de transmission des convocations aux examens. Dans la mesure où la préfeture dont elle dépend ne s'y oppose pas (certaines préfetures, comme celle des Yvelines, ayant notifié aux écoles de conduite leur volonté de ne plus assurer le renseignement téléphonique), il est possible pour toute école de déposer ses réservations directement auprès des services compétents, et d'être informée dans les mêmes conditions des convocations diffusées sur le serveur. Selon EPS, entre 3 et 5 % des écoles s'informent ainsi, sans consulter les serveurs, en se déplaçant auprès des préfetures, en procédant à l'envoi de courrier, ou par tout autre moyen. Pour certaines préfetures (Ardèche, Haute Savoie), ce pourcentage avoisinerait les 50 %.

Le Conseil relève cependant qu'au regard de l'informatisation progressive et quasi-complète de la répartition ainsi que de la réduction des effectifs des services concernés (300 personnes environ sur les préfetures disposant de la RAO), les services de répartition préfectoraux tendent à fortement réduire leur activité de renseignement au profit de la consultation directe des serveurs par les écoles de conduite. Il est donc prévisible que ce mouvement ira en s'amplifiant. Par ailleurs, s'il ne semble pas contestable que les démarches directes auprès des préfetures offrent une facilité d'utilisation équivalente à la consultation d'un serveur télématique, surtout lorsqu'il s'agit pour une école d'obtenir des places supplémentaires, l'information directe auprès des préfetures ne paraît toutefois qu'imparfaitement substituable à la consultation du serveur télématique qui dispose d'une supériorité technique évidente. La position de leader dont bénéficie EPS s'en trouve renforcée.

S'agissant du marché de la fourniture d'accessoires et de prestations destinées à l'apprentissage de la conduite, la société Ediser détenait, en 1993, une part de marché de l'ordre de 2,7 % (avis n° 94-A-22 du 13 septembre 1994) pour un chiffre d'affaires de 3 123 000 F (476 098,28 euros). En 1999, son chiffre d'affaires s'est élevé à 13 999 172 F (2 134 160 euros), contre 96 332 000 F (13 490 513 euros) pour son

concurrent les Codes Rousseau (96 332 000 F, soit 14 685 718,73 euros en 1993). Sa part de marché pour 1999 avoisinerait les 15 %.

II. - Les conditions d'exercice de la concurrence

Si le Conseil ne peut, dans le cadre d'une procédure de demande d'avis, se prononcer sur le caractère prohibé ou non d'une pratique particulière et la qualifier, rien ne s'oppose, en revanche, à ce qu'il réponde aux questions posées lorsqu'elles présentent un caractère de généralité et qu'elles mettent en cause des principes de concurrence.

D'une façon générale, les questions posées par l'UNPFA concernent les conditions de coexistence, sur un marché, d'un opérateur bénéficiaire d'un quasi-monopole de fait et des entreprises clientes dépendant fortement du service de transmission de données assuré par cet opérateur. Il s'agit aussi de voir comment l'opérateur précité pourrait être conduit à abuser de la position dominante qu'il détient sur ce premier marché dans le cadre d'une activité annexe, exercée sur un second marché, celui de la fourniture de prestations commerciales.

1. Sur les conditions auxquelles doit répondre un système d'attribution de places d'examens par serveur pour préserver le jeu de la concurrence sur le marché d'enseignement de la conduite

Le Conseil observe, à titre liminaire, que la réalisation de la répartition des places à l'examen du permis de conduire par un logiciel de répartition assistée par ordinateur (RAO) ne porte pas, en soi, atteinte, au droit de la concurrence.

A cet égard, le Conseil relève que la répartition des tâches incombe aux seuls services préfectoraux qui disposent de la pleine maîtrise du logiciel, notamment de son paramétrage, indépendamment de toute intervention de l'opérateur propriétaire du logiciel.

Par ailleurs, la procédure de sélection décrite plus haut repose sur la multiplication d'une moyenne des premières candidatures issue de chaque école sur le quadrimestre antérieur par un coefficient de disponibilité d'origine administrative. Le Conseil relève que les écoles, présentant un nombre relativement faible de primo-candidats (on pourrait penser aux écoles spécialisées dans l'apprentissage de la conduite aux non-francophones ou aux écoles n'affichant qu'un faible taux de réussite au premier examen), pourraient être désavantagées par rapport aux écoles classiques puisqu'elles ne bénéficient pas de la répartition *a priori*, et doivent rechercher un nombre de places restituées important. Mais, sur ce point, c'est alors le mode de calcul issu de la circulaire *Mayet* qui serait en cause, et non le logiciel de répartition. De surcroît, le Conseil relève que cette circulaire vise expressément à assurer l'égalité entre écoles de conduite en précisant que "[la méthode de la première demande] assure l'égalité de traitement entre les auto-écoles (...) sur des bases incontestables : le nombre de candidats s'inscrivant à l'examen pour la première fois". En outre, "la garantie d'un minimum de places peut aussi être accordée aux auto-écoles à activité très faible ou saisonnière ou encore à des enseignants ayant temporairement interrompu leur activité", et de tels arrangements "peuvent aussi répondre, mais de façon exceptionnelle, au cas d'établissements qui s'adressent spécifiquement à des publics défavorisés, comme les candidats non

francophones ou illettrés".

S'agissant de l'usage du serveur télématique, les établissements d'enseignement de la conduite automobile exercent leur activité en présentant des candidats aux épreuves théoriques et pratiques de l'examen de conduite. Il est donc important pour eux de disposer d'un système performant d'information sur la répartition des places d'examen pour conduire leur activité commerciale d'enseignement de la conduite.

Ainsi que le Conseil l'a notamment énoncé dans son rapport annuel d'activité pour l'année 1990, les pratiques d'abus anticoncurrentiels mises en œuvre par des entreprises en position dominante peuvent revêtir deux formes : *"il peut s'agir de pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'éliminer des concurrents, ou de comportements qu'une entreprise ne pourrait adopter sans compromettre son propre intérêt sur un marché concurrentiel ou si elle ne disposait pas d'une puissance de marché"*.

Le Conseil observe qu'une entreprise bénéficiant d'une position dominante sur un marché doit s'abstenir de tout comportement pouvant avoir un effet d'éviction ou de restriction de la concurrence et ne présentant pas de *"nécessité objective"* (décision n° 93-D-36 du 28 septembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques). Dans le cas d'un opérateur privé fournissant un service de transmission d'informations d'origine administrative, une telle pratique pourrait résulter de pressions sur les préfetures afin qu'elles suppriment les alternatives existantes à la transmission d'informations par serveur, à savoir le renseignement direct obtenu par les écoles de conduite auprès des services répartiteurs, ou entreprennent des démarches techniques allant dans ce sens. A cet égard, la dissociation du serveur télématique et du logiciel de RAO qui procède, notamment, de la possibilité d'effectuer une impression papier des pages d'écran du logiciel de RAO présente l'avantage de permettre aux préfetures disposant de la RAO de renseigner les écoles ne souhaitant pas consulter le serveur.

Plus généralement, l'entreprise en position dominante doit s'abstenir de tout comportement tiré de son pouvoir de marché. Le refus de vente, la vente à des conditions discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies constituent des abus prohibés par l'article L. 420-2 du code de commerce. S'agissant de l'exercice d'une activité d'aide à l'attribution de places d'examen, il convient, pour l'opérateur dominant, de veiller à la préservation de l'accès de tous les établissements de conduite à son serveur, sans discrimination anticoncurrentielle entre ceux-ci.

De même, les relations contractuelles entre un opérateur gérant un serveur de transmission de données et les auto-écoles peuvent donner lieu à des abus soit au travers de clauses anticoncurrentielles soit pour inexécution des obligations stipulées au contrat. Dans la mesure où l'atteinte à la concurrence est démontrée (décision n° 92-D-26 du 31 mai 1992 relative à la situation de la concurrence sur le marché du calcium-métal), le fait de ne pas fournir un service de qualité normale a pu être considéré comme un abus de position dominante (voir l'avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF ou encore la décision n° 92-D-26 du 31 mai 1992 relative à la situation de la concurrence sur le marché du calcium-métal).

2. Sur la barrière à l'accès au marché que pourrait représenter pour les plus petits établissements

d'enseignement de la conduite la fixation d'un niveau de tarification sans rapport direct avec le coût de la prestation

Le Conseil considère que le comportement, visant à la création ou au renforcement d'une barrière à l'entrée sur un marché, n'est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle que s'il tend à empêcher ou limiter de manière artificielle l'entrée sur le marché de concurrents. Ont ainsi, notamment, été qualifiés de barrières artificielles : un effet de ciseau tarifaire (décision n° 2001-D-46 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999), une clause d'exclusivité (décision n° 99-D-51 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie), une tarification de transport trop élevée (avis n° 98-A-05 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE), ou encore une orientation artificielle de la clientèle (décision n° 97-D-84 relative à des pratiques mises en oeuvre par le syndicat intercommunal à vocation unique des pompes funèbres des communes associées de la région brestoise dans le secteur des pompes funèbres) et l'instauration réglementaire d'une capacité de financement (avis n° 98-A-08 relatif à un projet de décret modifiant le décret n° 90-200 du 5 mars 1990 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire de transport de marchandises). Constituent au contraire une barrière naturelle à l'entrée sur un marché un niveau élevé de coûts fixes et l'importance des économies d'échelle dans le secteur (avis n° 2001-A-03 relatif à l'acquisition de l'activité vitamines de la société Takeda par le groupe BASF), ou encore, l'importance des investissements nécessaires à cette entrée (décision n° 99-D-14 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Télédiffusion de France).

Le Conseil rappelle que les pratiques discriminatoires portant sur les tarifs peuvent être assimilées à des abus de domination (décision n° 93-D-50 du 23 novembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur des matériels et des films destinés aux arts graphiques industriels) dans la mesure où les différences de prix s'effectuent sur le même marché (décisions n° 90-D-22 Secteur des carburants d'aviation et n° 99-D-21 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentée par le Conseil national des professionnels de l'automobile) et sont réellement discriminatoires (décision n° 92-D-67 du 8 décembre 1992 relative à une saisine de la société Applicam) et non justifiées, notamment au regard de l'inexistence de différences de coûts (décision n° 89-D-30 relative au domaine de la distribution de semence de taureau), ou si elles visent à augmenter de manière artificielle le coût de produits ou services indispensables à une entreprise pour se maintenir sur le marché (décision n° 94-D-21 relative aux pratiques de l'Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom).

En outre, l'entreprise dominante doit pratiquer la transparence tarifaire entre ses utilisateurs (par exemple, décision n° 99-D-85 du 22 décembre 1999 relative à des pratiques de la société Télévision française 1 (TF 1) dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité des vidéo-grammes).

Le Conseil précise qu'une tarification sans rapport direct avec le coût de la prestation ne présente un caractère anticoncurrentiel que dans la mesure où son objet ou son effet participent d'une restriction de la concurrence, notamment en empêchant, sans nécessité objective (décision n° 93-D-36, préc.), l'accès au marché (décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993 relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés

Elf Antar France et Total Réunion Comores sur le marché de la distribution du carburéacteur dans le département de la Réunion). De manière générale, lorsqu'un service fourni est indispensable à l'exercice d'une activité, les tarifs fixés ne doivent pas représenter un coût tel que l'entrée sur le marché des plus petits opérateurs s'en trouve compromis. Plus précisément, une tarification forfaitaire, indépendante de toute utilisation effective du serveur et exigible même en cas de non-utilisation de ce dernier, pourrait constituer pour les nouveaux opérateurs une barrière à l'entrée sur le marché de l'enseignement de la conduite si elle est fixée à un niveau excessif et représente une part importante de la redevance totale (avis n° 97-A-09 du 26 mars 1997 relatif à un projet de décret concernant les redevances d'utilisation du réseau ferré national).

Plus généralement, le Conseil rappelle que, par une décision n° 90-D-06 du 16 janvier 1990 relative à des pratiques de la société Pompes funèbres générales à Fontainebleau, il a estimé que la diminution artificielle du rapport qualité-prix des prestations offertes aux demandeurs de services par des entreprises en position dominante est constitutive d'un abus de position dominante. En outre, et comme le Conseil l'a rappelé récemment dans une décision n° 2000-D-27 du 13 juin 2000 relative à une saisine de l'UFC du Val-d'Oise, les prix pratiqués par une entreprise en position dominante peuvent être illicites parce que manifestement trop élevés, en particulier lorsqu'ils sont trop éloignés de la valeur du service correspondant et à la condition que l'entreprise en cause détienne un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester.

3. Sur la compatibilité et les conditions de l'activité commerciale de l'entreprise chargée de la gestion du système avec sa "*mission de service public*"

Il convient de rappeler que le Conseil dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'autres textes que le livre IV du code de commerce ou les articles 81 et 82 TCE.

En première analyse et en fonction des éléments dont dispose le Conseil dans le cadre du présent avis, il apparaît que l'entreprise visée dans le contexte de la demande d'avis n'exerce pas elle-même de "*mission de service public*", mais apporte les moyens nécessaires aux préfetures pour remplir leur mission de service public en matière d'attribution de places d'examen au permis de conduire. Quoi qu'il en soit et ainsi que le rappelle l'arrêt du 20 novembre 2001 de la cour d'appel de Paris, l'abus de position dominante commis sur un marché distinct du marché dominé peut être sanctionné, dès lors qu'existent un lien de connexité suffisant entre les deux marchés et un rapport de causalité entre la domination de l'un d'eux et les pratiques relevées sur l'autre. La conjugaison d'une position dominante et d'une activité concurrentielle sur un marché connexe présente tout particulièrement les risques d'abus suivants :

- agissements déloyaux

De manière générale, une entreprise en position dominante ne doit pas pouvoir subordonner ses relations commerciales sur le marché "*dominé*" à la réalisation de relations sur un marché annexe. Ce type d'agissement déloyal a été sanctionné par la décision n° 87-D-8 du 28 avril 1987 par laquelle le Conseil a sanctionné les pressions déloyales dont usaient les NMPP, en position dominante, afin de vendre leur ligne

de mobilier aux candidats à un agrément, ou encore dans la décision n° 2000-D-50 du 5 mars 2001 relevant des pratiques identiques par La Française des jeux à l'encontre de ses distributeurs.

- abus contractuels

La pratique de réductions ou remises de fidélité peut constituer un abus de position dominante, lorsqu'elle peut avoir pour effet de fermer l'accès au marché à un fournisseur concurrent. Dans une décision n° 90-D-27 du 11 septembre 1990 relative au marchés des tuiles et briques en Alsace, le Conseil a qualifié d'abus de position dominante l'attribution de remises de fidélité procurant un avantage substantiel aux négociants qui s'engageaient à ne pas commercialiser de produits substituables visant ainsi à fermer l'accès au marché en pénalisant la diversification des approvisionnements.

- refus de vente/rupture des relations commerciales, vente discriminatoire

A cet égard, le Conseil rappelle qu'une pratique subordonnant le maintien d'une prestation de transmission à des objectifs de vente ou de consommation sur un marché connexe pourrait être qualifiée d'abus. Il en est de même, de la pratique de conditions commerciales et tarifaires discriminatoires vis-à-vis d'établissements satisfaisant ou non aux critères de vente de produits commerciaux, un tel comportement étant, en outre, susceptible de relever de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce. Enfin, seraient aussi susceptibles d'être considérées comme abusives, des discriminations mises en œuvre par un opérateur entre les établissements adhérant exclusivement à ses offres commerciales et ceux faisant appel, à titre accessoire ou principal, à des fournisseurs de matériels concurrents. (cf. à cet égard : décision n° 2000-D-75 du 6 février 2001 concernant les réseaux Interflora).

Le Conseil tient à souligner que cet avis ne préjuge ni de l'appréciation qui pourrait être portée dans les années à venir sur la situation de tel ou tel marché géographique, ni de celle qui pourrait être effectuée sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Jenny, vice-présidents, Mme Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre et Robin, membres.

La rapporteure générale adjointe,
Valérie Michel-Amsellem

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen