



**Décision n° 06-D-35 du 21 novembre 2006
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la
maintenance des onduleurs**

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 5 octobre 2001, sous le numéro F 1348, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société MGE UPS Systems dans le secteur de la maintenance des onduleurs ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 18 octobre 2006 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES SECTEURS D'ACTIVITES

1. LE SECTEUR DE LA FABRICATION ET DE LA VENTE DES ONDULEURS

1. Les onduleurs sont des appareils utilisés pour supprimer les effets des différentes perturbations dont l'énergie électrique peut être l'objet, comme les coupures ou les variations de tension du courant. Ils constituent un recours quasi-obligé pour sécuriser les systèmes sensibles que constituent, par exemple, les serveurs informatiques ou les appareils électroniques utilisés dans les hôpitaux.
2. Une distinction doit être opérée entre, d'une part, les onduleurs d'une puissance inférieure à 5 kilos Volt Ampère (kVA), pour lesquels, compte-tenu de leur simplicité d'utilisation et de leur faible coût, un service après-vente n'est pas nécessaire et, d'autre part, les onduleurs de puissance moyenne et forte, destinés à protéger des applications de « *criticité* » élevée, requérant généralement l'intervention de services de maintenance.
3. Les principaux fabricants d'onduleurs actifs sur le marché français sont les sociétés MGE UPS Systems (ci-après MGE), Socomec, Chloride et American Power Corporation (APC).
4. En 2001, les estimations des parts détenues dans la vente d'onduleurs par les différents fabricants présents sur le marché français s'établissaient comme suit :

| | Onduleurs de faible puissance (moins de 5 kVA) | | Onduleurs de moyenne et forte puissance (plus de 5,1 kVA) | | Total | |
|------------|---|---------|--|---------|------------------------|---------|
| | En millions de dollars | En % | En millions de dollars | En % | En millions de dollars | En % |
| MGE | 16,3 | 29,9 % | 41,9 | 48,3 % | 58,2 | 41,2 % |
| Socomec | 9,0 | 16,6 % | 18,3 | 21,1 % | 27,3 | 19,4 % |
| APC | 14,7 | 27,0 % | 1,1 | 1,3 % | 15,8 | 11,2 % |
| Chloride | 3,4 | 6,3 % | 7,6 | 8,8 % | 11,1 | 7,8 % |
| Liebert | 1,7 | 3,1 % | 5,1 | 5,9 % | 6,8 | 4,8 % |
| Powerware | 2,4 | 4,4 % | 1,8 | 2,1 % | 4,2 | 3,0 % |
| Riello | 1,2 | 2,2 % | 0,9 | 1,0 % | 2,1 | 1,5 % |
| Piller | NS | NS | 1,7 | 2,0 % | 1,7 | 1,2 % |
| AEG | NS | NS | 1,6 | 1,8 % | 1,6 | 1,1 % |
| GE digital | NS | NS | 1,3 | 1,5 % | 1,3 | 0,9 % |
| Autres | 5,7 | 10,5 % | 5,4 | 6,2 % | 11,1 | 7,9 % |
| Total | 54,5 | 100,0 % | 86,7 | 100,0 % | 141,2 | 100,0 % |

Source : données établies à partir des estimations de la société d'études de marchés « Venture Development Corporation ».

5. La société MGE est née, en 1996, de la décision du groupe Schneider Electric de filialiser son activité « *alimentations sans interruptions* », historiquement créée par Merlin Gerin. MGE est une société anonyme dont le siège social est établi à Montbonnot St-Martin. A la date de la saisine, Schneider Electric détenait près du tiers des participations dans la société « *Holding MGE finance* » (laquelle détenait 100 % des parts de MGE), le reste de l'actionnariat étant réparti entre des investisseurs institutionnels et les salariés de l'entreprise. Schneider Electric a pris, en 2004, le contrôle total de MGE en rachetant les participations des investisseurs institutionnels.
6. MGE dispose d'une position particulièrement forte sur le marché des onduleurs de moyenne et forte puissance. La part de MGE a cependant décliné sur le marché français entre 2001 et 2003, passant de 48,3 % à 38,5 %. Cette perte de près de 10 points de pourcentage s'est principalement effectuée au profit des sociétés Chloride et Socomec.
7. En termes d'accès aux marchés, les acteurs interrogés au cours de l'instruction ont indiqué qu'il n'existait pas de barrières à l'entrée d'ordre technologique significatives sur le marché des onduleurs de moyenne et forte puissance. Quelques acteurs sont effectivement entrés sur le marché français entre 1997 et 2005 comme Riello ou APC, numéro un mondial du secteur, toutes puissances confondues.

2. LE SECTEUR DE LA MAINTENANCE DES ONDULEURS

8. Différents types de contrats de maintenance sont proposés par les intervenants, soit limités à la maintenance préventive, notamment le nettoyage des machines ou le remplacement de leurs batteries de façon périodique, soit recouvrant également la maintenance curative, en cas de dysfonctionnements nécessitant la réparation ou le remplacement de pièces défectueuses.
9. Trois types d'intervenants sont actifs en France dans le domaine de la maintenance des onduleurs :
 - En premier lieu, une grande partie des prestations de maintenance, tant préventive que curative, est assurée par les fabricants eux-mêmes s'agissant de leurs propres produits. Les fabricants n'interviennent en effet que de manière très marginale sur les produits de leurs concurrents et, dans le cadre de contrats « *multi-marques* », ils sous-traitent généralement la maintenance des onduleurs des autres constructeurs aux services de maintenance des fabricants concernés.
 - Une deuxième catégorie d'opérateurs est constituée des installateurs électriciens ou « *facility managers* », comme les entreprises Alstom, Clemessy, SPIE-Trindel ou SDEL, qui interviennent généralement dans le cadre d'opérations de maintenance « *multi-techniques* » concernant les activités générales d'installation et de contrôle d'équipements électriques et non la seule maintenance des onduleurs. S'agissant des onduleurs, ces acteurs opèrent principalement dans le cadre d'opérations de maintenance préventive, faisant appel aux services de maintenance des fabricants dans l'éventualité de pannes.
 - Enfin, une troisième catégorie, dite des « *tiers mainteneurs* », est apparue au début des années 90. Elle regroupe, en France, plus d'une vingtaine de petites et moyennes entreprises (comme les sociétés Cosy, Electro Standard, Kloray, Jerlaure, Levelec, OCR, SAEI, Seves ou Spelem). Elles exercent généralement leurs activités sur une base régionale et sont spécialisées dans la maintenance générale des appareils

électroniques de puissance et de conversion d'énergie. La part spécifique « *maintenance des onduleurs* » ne représente au plus que 25 % du chiffre d'affaires de ces sociétés, dont les interventions en la matière sont principalement axées, comme pour les « *facility managers* », sur la maintenance préventive.

10. Les fabricants et les « *facility managers* » disposent d'agences locales réparties sur l'ensemble du territoire aux fins de répondre à l'exigence de proximité qu'implique la rapidité des opérations de maintenance. Certains tiers mainteneurs se sont également regroupés pour bénéficier d'une couverture nationale.
11. Il n'existe pas de données fiables concernant les parts de marché des différents intervenants dans le domaine de la maintenance des onduleurs en France. Selon un document communiqué par MGE lors de l'enquête, le montant total du marché français des services liés aux onduleurs était d'environ 100 millions d'euros en 2001, MGE détenant près de la moitié de ce marché, devant le fabricant Socomec.
12. Une part non négligeable de la maintenance de la base installée des appareils de la marque MGE est ouverte à la concurrence d'acteurs indépendants. Ainsi, en 2005, sur un parc installé évalué à environ 37 000 onduleurs de marque MGE de moyenne et forte puissance, le fabricant assurait la maintenance de 45 % des appareils, le reste étant assuré par des « *facility managers* » et des « *tiers mainteneurs* », ou ne faisait pas l'objet d'un contrat de maintenance. De nouveaux entrants « *tiers mainteneurs* », comme la société Atalys, se sont positionnés sur ce marché depuis la saisine.
13. Selon une étude de Frost & Sullivan publiée en 2005, la concurrence sur le secteur des services liés aux onduleurs est qualifiée de « *moyenne à haute* », l'arrivée de nouveaux entrants étant considérée comme une menace « *moyenne* ». Selon cette étude, en France tout comme en Allemagne et au Royaume-Uni, la concurrence par les prix est particulièrement vive et les clients sont devenus de plus en plus sensibles au coût des services. L'étude indique également que des fournisseurs indépendants ont émergé et offrent des services associant plusieurs marques, ce qui constitue pour eux un avantage concurrentiel dans la mesure où les utilisateurs tendent à faire coexister plusieurs marques d'onduleurs.

B. LES FAITS RELEVES

14. Le 5 octobre 2001, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de plusieurs comportements de la société MGE susceptibles d'être qualifiés d'anticoncurrentiels au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce : installation d'une « *informatique embarquée* » sur les onduleurs de nouvelle génération de ce fabricant, de nature à verrouiller l'accès au système pour les « *tiers mainteneurs* » ; retards dans la livraisons de pièces détachées ou refus d'approvisionnement ; octroi discriminatoire des « *certificats d'appui et de garantie constructeur* » demandés dans certains appels d'offres publics.

1. LA DESACTIVATION ET LA REINITIALISATION DE L'ALARME BATTERIE

15. L'informatique embarquée à bord des onduleurs est apparue au début des années 90. Il s'agit d'une évolution technologique générale du secteur, propre à l'ensemble des opérateurs, permettant notamment d'augmenter la fiabilité des systèmes en améliorant les capacités « *communicantes* » de la machine. Lors de son audition, le président directeur général de la société de tierce maintenance Electro Standard a, ainsi, déclaré que : « *l'informatique embarquée est une évolution inéluctable. Tous les appareils deviennent désormais « communicants » et tous les constructeurs ont développé des interfaces. Pour les clients, cette informatique embarquée offre la possibilité de faire de meilleurs paramétrages et de mieux visualiser les défauts de leurs appareils* ».
16. Le principal problème, rencontré par les sociétés de tierce maintenance, concerne l'« *alarme batterie* » (dite « *alarme 12* ») mise en place sur une partie de la gamme des onduleurs de MGE, à savoir la gamme « *Comet* ». Ce système permet d'analyser le comportement des batteries (âge, température du local, courant traversant les batteries) et de détecter une éventuelle défaillance afin d'en alerter l'utilisateur par une alarme sonore et visuelle. Certains « *tiers mainteneurs* » ont indiqué, lors de l'enquête, que pour désactiver cette alarme et réinitialiser le système de détection des défaillances, un logiciel, dont seule la société MGE dispose, est nécessaire. Un responsable commercial de la société de tierce maintenance Jerlaure a, ainsi, déclaré qu' : « *en matière de remplacement de batteries sur les modèles « Comet » : l'alarme 12 ou 16 visuelle et sonore se met en fonctionnement au bout de trois ans lorsque les batteries doivent théoriquement être remplacées - ce qui n'est pas forcément utile - en ce cas, l'utilisateur demande à faire intervenir un technicien pour vérification : il s'avère que pour inhiber ces alarmes il faut un logiciel spécifique que seule MGE UPS Systems possède et maîtrise* ».
17. La plupart des sociétés de tierce maintenance, interrogées au cours de l'enquête, ont déclaré que le problème lié à « *l'alarme 12* » sur la gamme « *Comet* » n'entraînait pas d'effet sur le bon fonctionnement de l'appareil et que l'intervention de techniciens MGE n'était donc pas toujours requise. Ainsi, un responsable du service après-vente de la société Seves a indiqué que : « *Nous avons pu parfois proposer des solutions à nos clients concernés par ce problème : très concrètement, nous expliquons que l'alarme 12 sur les onduleurs « Comet », qui reste matérialisée sur l'afficheur alphanumérique même après changement des batteries, est sans effet sur le bon fonctionnement de l'onduleur.* ». De même, le gérant de la société Spelem a indiqué lors de l'instruction que si sa société n'avait pas accès au logiciel permettant de réinitialiser le système de détection de défaillance déclenchant l'alarme, elle avait « *néanmoins pu changer les batteries, cette alarme n'empêchant pas l'onduleur de fonctionner correctement après notre intervention. Pour supprimer cette alarme, il fallait faire intervenir un technicien de MGE mais ce n'était pas systématique* ».
18. Sur les huit « *tiers mainteneurs* » interrogés pendant l'enquête, un seul a fait état, en produisant des devis, de demandes d'interventions effectives auprès de MGE pour le reparamétrage et la modernisation d'onduleurs de ce fabricant. Par ailleurs, le président de la société Electro Standard a déclaré, lors de l'instruction, que sa société n'avait jamais eu l'occasion de faire appel aux services de MGE pour désactiver l'alarme. Il a également ajouté que : « *S'agissant du problème rencontré pour l'alarme 12, nos compétences techniques nous ont permis de développer une solution informatique en interne, qui nous*

évitait de faire appel aux techniciens de MGE. (...). D'autres tiers mainteneurs ont développé des solutions similaires. ». Le président directeur général de la société Electro Standard a également indiqué que : « Le problème de l'alarme ne nous a pas vraiment gênés et n'a pas entraîné de ralentissement dans notre activité de maintenance des onduleurs ».

19. Lors de leur audition en date du 30 mai 2006, les représentants de MGE ont justifié de la façon suivante leur refus de mettre à la disposition de tiers les logiciels permettant de reparamétrer les alarmes : *« A notre connaissance, il n'y a pas de tiers qui sont habilités à intervenir sur les logiciels de paramétrage des onduleurs des gammes « Comet » et « Galaxy ». Les logiciels touchent le cœur de la machine et toute mauvaise manipulation pourrait remettre en cause l'intégrité de l'onduleur et la sécurité des biens et des personnes qu'il est sensé sauvegarder». Par ailleurs, la société MGE a précisé que « certaines fonctions paramétrables dans le logiciel ont un impact majeur sur le fonctionnement de l'appareil (...). La non maîtrise de ces paramètres peut entraîner des dommages divers qui peuvent aller de la perte de données informatiques à la mise en danger de la vie humaine. C'est pourquoi, il est absolument nécessaire que la modification de certaines données soit maîtrisée voire contrôlée ».*
20. La « sensibilité » d'une intervention sur le logiciel de paramétrage a également été confirmée par M. Maurice X..., président directeur général de la société de tierce maintenance Electro Standard, qui a déclaré, lors de son audition du 27 mars 2006 : *« Je souligne qu'une mauvaise utilisation du logiciel pouvait détruire irrémédiablement l'onduleur ».*
21. De plus, la société MGE a fait valoir que, pour des raisons liées à la préservation de son savoir-faire industriel, elle ne pouvait autoriser la diffusion large de son logiciel. Lors de leur audition en date du 30 mai 2006, les représentants de MGE ont ainsi indiqué que : *« les logiciels sont conçus comme des outils industriels étroitement reliés à l'architecture électronique de l'onduleur. Tout accès à ces logiciels donnerait à son utilisateur des informations confidentielles sur les technologies propriétaires de MGE ». Les représentants de MGE ont également précisé que le logiciel embarqué à bord des onduleurs de MGE : « devient partie intégrante de la carte électronique pendant les phases de développement et de mise au point des cartes. Un grand nombre de données ne sont utilisées qu'à des fins de mise au point au sein du service R&D. Ce logiciel a été si peu conçu comme un outil dédié à la maintenance qu'il n'est pas « opaque » et permet d'accéder à une partie du savoir-faire et à la technologie utilisée par MGE pour développer ses appareils. Notamment, il permettrait à un tiers de savoir quels paramètres de l'onduleur sont utilisés dans des séquences de fonctionnement critiques ou particulières et ainsi de connaître les secrets de conception de MGE pour développer des onduleurs plus fiables, étant précisé que la fiabilité des onduleurs MGE est une valeur reconnue sur le marché. Ces paramètres peuvent être le contrôle de température des chargeurs, le contrôle de court circuit sur le bus-DC, le contrôle des courants d'échange, les masques de paramétrage des seuils de limitation, le réglage des seuils d'enclenchement des filtres anti-harmoniques, etc... ».*
22. Les représentants de MGE ont ajouté que : *« le problème de « l'alarme 12 » s'est posé essentiellement sur la première génération d'onduleurs de la gamme « Comet ». Un « reset » manuel par le client ou le mainteneur, permettant de supprimer l'alarme sonore, était néanmoins possible sans déplacement d'un technicien MGE, donc sans frais. Nous avons demandé au service d'assistance en ligne de MGE de donner aux clients et mainteneurs indépendants toutes les instructions nécessaires pour supprimer l'alarme*

sonore. Sur les générations suivantes d'onduleurs « Comet », les problèmes liés à l'« alarme 12 » ont été supprimés, tant au niveau sonore que visuel ». Sur ce dernier point, les représentants de la société MGE ont précisé que la carte du logiciel communication de l'onduleur Comet avait été modifiée, dès 1996, pour permettre de neutraliser manuellement l'alarme par séquence de touches.

23. Enfin, les représentants de MGE ont souligné que : *« toutes les opérations de maintenance préventives, ainsi que les contrôles de bon fonctionnement (...) sont réalisables sans le logiciel (...) de même que les opérations de changement de composants y compris critiques (capacités, ventilateurs, cartes électroniques d'alimentation, d'acquisition, batteries de même configuration...). Des modules de puissance peuvent également être remplacés sur toutes les gammes sans nécessiter le logiciel. Une carte électronique cœur de même personnalisation peut sans difficulté aucune et sans le logiciel remplacer la même carte défectueuse ».*

2. LA COMMERCIALISATION DES PIÈCES DE RECHANGE

24. Dans sa saisine, le ministre de l'économie fait état de délais excessifs, voire de refus de vente, opposés par MGE aux demandes de livraison de pièces détachées adressées par des « tiers mainteneurs ». Le rapport administratif d'enquête souligne également que l'accès des sociétés extérieures de maintenance aux pièces détachées neuves de ce fabricant ne serait possible qu'à des prix plus élevés que ceux que MGE facture lui-même aux clients dont il assure directement la maintenance.
25. Ces conclusions s'appuient sur les déclarations recueillies auprès de plusieurs sociétés de maintenance. Ainsi, le président directeur général de la société Electro Standard a déclaré, lors de l'enquête, que : *« Depuis que notre société a été retenue comme titulaire du marché de maintenance de la DCN à Brest, les fabricants Socomec et MGE UPS Systems ont développé une politique restrictive en matière de fourniture de pièces et de fourniture de services ; par exemple, lorsque nous commandons des pièces de rechange à ces fabricants il nous est opposé des délais non compatibles avec l'utilisation du matériel qui sont manifestement abusifs ».* De son côté, le président directeur général de la société Levelec, a indiqué : *« Il y a eu depuis 7/8 ans à peu près de la part de Merlin-Gérin (devenu MGE UPS Systems depuis 3/4 ans) une mise en place d'une politique prix et délais relative aux pièces de rechange qui a eu pour effet d'entraver l'accès de notre société : par exemple, lorsque nous commandons des pièces détachées auprès de MGE UPS Systems, les prix facturés sont supérieurs à ceux qui sont accordés à nos propres clients servis en direct par MGE UPS Systems et les délais d'approvisionnement sont très nettement supérieurs ; il faut préciser que la question des délais d'approvisionnement est primordiale dans notre profession. ».*
26. Deux « tiers mainteneurs », les sociétés Electro Standard et Levelec ont transmis des échanges de courrier à l'appui des pratiques alléguées, dont il ressort qu'une solution satisfaisante en termes de prix et de délais de livraison n'a pu être trouvée que lorsque ces sociétés ont pris l'attache d'autres directions régionales de MGE que celle située dans leur zone d'intervention. Le président de la société Electro Standard a, toutefois, déclaré que les problèmes liés à la délivrance et au prix des pièces détachées n'avaient globalement eu aucun effet, hors un problème ponctuel rencontré lors de la maintenance corrective d'un onduleur MGE installé à la direction de la construction navale de Brest.

27. La demande en pièces détachées émanant des « *tiers mainteneurs* » apparaît, par ailleurs, très faible. Ainsi, le gérant de la société Spelem a déclaré, lors de son audition, que les achats de pièces détachées par sa société étaient : « *marginiaux auprès des constructeurs. Les pièces détachées du type cartes électroniques tombent rarement en panne. En revanche, les batteries sont de très loin les pièces les plus fréquemment requises. Les fournisseurs de batteries sont indépendants des constructeurs et nous n'avons pas eu de problèmes particuliers pour la livraison de ces composants* ». De même, le président directeur général de la société Electro Standard a déclaré lors de l'instruction : « *Hors batteries, le montant des achats de pièces détachées est marginal* ».
28. Certains « *tiers mainteneurs* » ont également déclaré, lors de l'enquête, que la situation avait évolué dans le temps de façon positive. Ainsi, le gérant de la société Cosy, a indiqué : « *En ce qui concerne nos relations avec les constructeurs en général : Cosy n'a pas subi de manifestations caractérisées de refus de ventes sur les onduleurs ou les pièces détachées. On a eu historiquement des propositions non recevables de la part de certains fournisseurs (Socomec, MGE UPS Systems ...) au niveau des prix proposés ainsi que des délais (...); avec MGE UPS Systems, de façon très récente, la situation s'est améliorée sur le plan relationnel et sur le plan professionnel MGE UPS Systems nous a fourni correctement durant l'été 2000. Par le passé, MGE UPS Systems faisait des difficultés pour nous donner des devis, des propositions de prix et nous donnait des délais de livraison non compétitifs sur les pièces de rechange. Je n'ai pas d'exemples écrits relatant les comportements passés de MGE UPS Systems ou d'autres fabricants* ».
29. De leur côté, les représentants de MGE ont indiqué lors de l'instruction qu' : « *en dehors des cartes électroniques, en partie fabriquées chez MGE, l'essentiel des composants provient de fournisseurs indépendants. Environ 5-7 % des composants sont fournis par la maison mère Schneider (essentiellement des disjoncteurs et des contacteurs). Un prestataire extérieur, avec lequel nous avons un contrat de logistique, assure la chaîne d'approvisionnement vers les stocks de nos filiales ou, en France, vers les points d'approvisionnement des techniciens MGE en pièces détachées (...). Il existe un tarif commun base 100 France des pièces détachées prévoyant des coefficients de remise en fonction du cadre de la prestation : vente de pièces sous contrat MGE, vente avec une intervention du technicien MGE et la vente de pièces « sèches » (hors contrat ou intervention MGE). Pour ce dernier type de vente, les clients, les tiers mainteneurs et les gros installateurs sont traités de la même façon (...). Si le client est hors contrat (clients finaux ou mainteneurs indépendants), le délai standard est de 2-4 semaines. Rien n'empêche un tiers mainteneur de constituer son propre stock de pièces détachées* ».

3. LA DELIVRANCE DES « CERTIFICATS DE SOUTIEN CONSTRUCTEUR »

30. Dans sa saisine, le ministre de l'économie indique que les offres déposées par des sociétés de maintenance, en réponse à des appels d'offres passés par l'Assistance publique des hôpitaux de Marseille et le CHU de Dijon, ont été rejetées parce que ces sociétés n'ont pas été en mesure de fournir les « certificats d'appui et de soutien constructeur » demandés par les maîtres d'œuvre. Le ministre ajoute à ce titre que : « *le fait que ces appels d'offres prévoyaient que les soumissionnaires devaient être titulaires des certificats de soutien technique délivrés par MGE UPS Systems a conduit à rejeter les offres présentées par les sociétés n'en disposant pas et ce alors que les modalités selon lesquelles MGE UPS*

Systems délivre lesdits certificats ne sont pas exemptes de critiques au regard de la discrimination ».

31. Ainsi, le règlement de la consultation de l'appel d'offres, lancé en mars 1999, par l'Assistance publique des hôpitaux de Marseille prévoyait dans son article 2.13 que : *« l'entrepreneur devra fournir à l'appui de son offre un accord écrit de chaque constructeur concerné par lequel ce dernier s'engage à fournir à l'entrepreneur son assistance technique ainsi que le matériel ou les composants des installations »*. Pour un lot composé d'onduleurs de marque MGE, le fabricant MGE, ainsi que les sociétés de maintenance Kloray et SA2E ont adressé une offre. Kloray n'ayant pas fourni le *« certificat d'appui constructeur »* de MGE, contrairement à SA2E, filiale de ce fabricant, son offre n'a pas été retenue. Le lot a été attribué à MGE, mieux-disante. Le rapport administratif d'enquête ne contient, cependant, ni déclaration ni document émanant des représentants de la société Kloray attestant d'une demande de certificat adressée à MGE.
32. Le cahier des clauses particulières de l'appel d'offres, lancé par le CHU de Dijon en octobre 1999, précisait quant à lui dans son article XXI que les candidats auront à produire un dossier complet comprenant, notamment, *« les certificats de garantie et d'appui constructeur »*. Lors de l'ouverture des plis par la commission d'appel d'offres le 8 décembre 1999, l'offre de la société Kloray a été rejetée au motif que cette société n'avait pas fourni de tels certificats. Le dossier ne contient cependant ni déclaration ni document émanant des représentants de la société Kloray, attestant d'une demande de certificat adressée par cette société de tierce maintenance à MGE.
33. La commission a, ainsi, examiné les offres du fabricant MGE, de l'installateur électrique Clemessy et des sociétés de tierce maintenance Jerlaure et SA2E (filiale de MGE) pour le lot 1 et de MGE, Clemessy et SA2E pour le lot 2. Lors de la réunion de la commission d'appel d'offres, en date du 17 décembre 1999, la candidature de la société Jerlaure a été déclarée non conforme au motif que cette société n'avait fourni qu'une attestation d'assistance technique du constructeur Liebert, dont les matériels n'étaient pas présents sur le site du CHU de Dijon, composé essentiellement d'onduleurs de marque MGE, et qu'aucune information n'avait été fournie par cette société sur la qualification de ses exécutants et sur son organisation. Le dossier ne contient ni déclaration ni document émanant des représentants de la société Jerlaure, attestant d'une demande de certificat adressée à MGE.
34. Clemessy et SA2E ont pu fournir des *« certificats d'appui »* de la part de MGE, qui font état de différents entretiens sur le plan qualité et les procédures de maintenance de ces entreprises ainsi que de la formation reçue par leurs techniciens dans le centre agréé du fabricant. Lors de l'instruction, les représentants de la société MGE ont indiqué, s'agissant du certificat accordé à Clemessy : *« nous avons retrouvé un cas dans lequel il y avait eu demande de certificat d'appui. Il s'agit du dossier du CHU de Dijon. Nous avons fourni à la société Clemessy un certificat d'appui après avoir rencontré les différents responsables de cette société. Au cours de ces réunions, nos équipes se sont assurées que Clemessy disposait de l'infrastructure et de la logistique nécessaires pour assurer les opérations de maintenance demandées par le client. Le niveau de qualification, l'expérience et le sérieux du technicien de Clemessy affecté au site du CHU ont également été étudiés. Par ailleurs, nous avons approché le client pour nous assurer de sa satisfaction quant à la qualité du service que Clemessy lui avait délivré jusqu'alors »*.

35. Dans le cadre de l'appel d'offres lancé par le CHU de Dijon, seules les candidatures des sociétés MGE, Clemessy et SA2E ont donc été retenues pour les lot 1 et 2. Clemessy s'est vue attribuer le lot 1 et MGE le lot 2.
36. Les autres clients interrogés n'ont pas fait état de demandes d'appui constructeur. Au cours de l'instruction, les représentants du CHU de Lyon ont par ailleurs indiqué : « *Dans le cadre des consultations relatives à la maintenance des onduleurs, les références demandées n'incluaient pas de certificat de type « soutien constructeur ». Les références et qualifications demandées sont des références dans le cadre de prestations similaires, datant de moins de 3 ans, sur des matériels de puissance comparable. Les candidats complètent leur offre par les certificats et accréditations qu'ils jugent pertinents* ».
37. Certains « *tiers mainteneurs* » ont confirmé le caractère exceptionnel des demandes de « *certificats de soutien constructeur* ». Ainsi, le président de la société Electro Standard a déclaré que de telles attestations pouvaient éventuellement être demandées « *à la demande expresse du client* » mais a ajouté que sa société n'en avait jamais eu besoin. De son côté, le gérant de la société Spelem, a indiqué qu'un certificat pouvait être délivré « *pour conforter le client de retenir notre société. Mais cela se présente plus comme un argument commercial. L'importance de ce type de certificat est à mon sens marginale* ». Par ailleurs, les représentants de l'installateur électrique SDEL ont indiqué lors de l'enquête que « *pour l'ensemble des contrats que nous gérons actuellement, il ne nous est pas demandé de certificats constructeurs.* ».
38. Enfin, les représentants de la société MGE ont indiqué lors de l'instruction qu'en matière de marchés publics : « *nous n'avons pas retrouvé, en ce qui concerne les marchés pour lesquels nous disposons d'un dossier complet, de conditions relatives à des certificats par lesquels MGE confirme accepter de fournir des pièces détachées ou d'appuyer la société tierce en effectuant des prestations que cette dernière ne serait pas en mesure de fournir* ». De même, s'agissant des contrats de droit privé, les représentants de MGE ont ajouté que les acheteurs : « *procèdent plutôt par voie de consultation adressée de façon nominative sans qu'il y ait nécessairement une mise en concurrence ou sans que nous en nous soyons informés. (...) Aucun des opérationnels interrogés n'a souvenir d'une exigence de « certificat d'appui » dans les demandes de devis ou les consultations reçues de ces acheteurs privés* ».

C. PROPOSITION DE NON-LIEU A POURSUIVRE LA PROCEDURE

39. Au vu des éléments qui précèdent, une proposition de non lieu à poursuivre la procédure a été transmise au ministre de l'économie et des finances.

II. Discussion

40. Aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce : « *Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure* ».

Sur la mise en place de logiciels embarqués

41. Le commissaire du Gouvernement soutient qu'en verrouillant les logiciels par un code confidentiel, la société MGE a entendu rendre incontournables ses interventions de maintenance sur les onduleurs de sa marque et se réserver ainsi la maintenance de ces modèles. Il estime que la société MGE a donc abusé de la position dominante qu'elle occupait sur le marché de la maintenance des onduleurs de sa marque.
42. La société MGE justifie, dans ses déclarations, l'installation d'une informatique embarquée sur les nouvelles gammes d'onduleurs concernées par le progrès technologique ainsi apporté aux utilisateurs : l'alarme mise en cause permet de signaler qu'il est nécessaire de changer les batteries. Par ailleurs, elle avance deux types d'arguments pour justifier son refus de donner à des tiers les moyens d'intervenir sur les logiciels pour neutraliser et réinitialiser l'alarme : d'une part, les fonctions du logiciel en cause ne se limitent pas à la question de la neutralisation de l'alarme mais concernent l'ensemble du fonctionnement de l'onduleur, de sorte que de telles interventions entraîneraient le risque de sa détérioration ; d'autre part, le fait que l'accès à ces logiciels donnerait *de facto* l'accès au savoir-faire et à la technologie utilisée par MGE.
43. Néanmoins, le verrouillage, par une entreprise en position dominante, de l'accès à des fonctions essentielles des appareils qu'elle fabrique, sans nécessité objective, au risque d'éliminer toute concurrence dans la maintenance ou la réparation de ces appareils, pourrait constituer un abus prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce.
44. En l'espèce, cependant, il ne ressort pas du dossier que la mise en place d'un système d'alarme batterie sur une partie de la gamme du fabricant ait remis en cause la capacité d'intervention des « *tiers mainteneurs* ». Ainsi, plusieurs « *tiers mainteneurs* » ont indiqué que ce dispositif n'entraînait pas d'effet sur le bon fonctionnement de l'appareil. De plus, il ne ressort ni de l'enquête ni de l'instruction que la mise en place de logiciels embarqués a rendu l'intervention de techniciens de MGE incontournable dans le cadre de l'exercice des activités des sociétés de tierce maintenance, aucun « *tiers mainteneur* » n'ayant déclaré avoir été écarté de la maintenance de ces appareils au profit de techniciens MGE pour ce motif. Comme l'a déclaré le président de la société Electro Standard (paragraphe 18) : « *s'agissant de la difficulté rencontrée au sujet de l'alarme 12, nos compétences techniques nous ont permis de développer une solution informatique en interne qui nous évitait de faire appel aux techniciens de MGE [...]. D'autres tiers mainteneurs ont développé des solutions similaires* ». Enfin, MGE a, de lui même, résolu la difficulté évoquée puisque, sur les générations suivantes d'onduleurs, la carte du logiciel de communication a été modifiée par le constructeur pour permettre un acquittement manuel de l'alarme.

45. Il en résulte que les éléments du dossier ne démontrent pas à suffisance de preuves que la maîtrise des logiciels propriétaires de MGE était nécessaire aux activités des réparateurs tiers.

Sur l'accès aux pièces détachées

46. Le commissaire du Gouvernement soutient qu'il ressort de l'enquête que les conditions d'approvisionnement en pièces détachées pratiquées par la société MGE à l'égard des « tiers mainteneurs » étaient discriminatoires, les prix pratiqués et les délais de livraison étant excessifs.
47. Il résulte de la jurisprudence des autorités de concurrence européennes et nationales que, sous certaines conditions, la fourniture de pièces de rechange des appareils d'une marque constitue un marché pertinent distinct de celui des pièces de rechange des appareils d'autres marques et que l'entreprise gestionnaire de la marque peut ainsi se trouver en position dominante, voire en monopole, sur ce marché (Cour de justice des communautés européennes, 31 mai 1979, Hugin Kassaregister ; Conseil de la concurrence, décision n° 93-D-36 du 28 septembre 1993 sur la vente de pièces détachées d'appareils photographiques, confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 30 juin 1994, approuvé par la Cour de cassation le 14 novembre 1995).
48. Au cas présent, la société MGE est le seul fabricant (ou donneur d'ordre aux sous-traitants) des pièces nécessaires à la réparation des onduleurs qu'elle fabrique et elle détient donc, en raison de ce monopole, une position dominante sur le marché de la fourniture de ces pièces détachées à des tiers. De ce fait, le refus de livrer ces pièces détachées, sans nécessité objective, ou de les livrer à des conditions de prix et de délais discriminatoires pourrait avoir pour objet ou pour effet de réserver le marché de la réparation de ses appareils au seul fabricant et pourrait constituer ainsi un abus prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce.
49. Toutefois, en l'espèce, le dossier ne contient aucun exemple de refus de livraison de pièce détachée de la part de MGE. De même, les devis et courriers fournis par les sociétés Electro Standard et Levelec ne montrent pas que des conditions différentes étaient pratiquées pour des situations comparables.
50. De plus, certaines des difficultés évoquées par les « tiers mainteneurs » peuvent s'expliquer par le fait que ces intervenants avaient fait le choix de ne pas constituer de stocks de pièces de rechange qui sont coûteux à gérer et de dépendre, ainsi, des délais de fabrication des pièces concernées. A l'inverse, les agences locales de la société MGE avaient constitué de tels stocks, mais elles ne pouvaient être tenues de puiser dans les stocks qu'elles entretenaient pour leurs propres services de réparation afin de servir des concurrents ayant choisi de faire, pour eux-mêmes, l'économie du coût de la gestion de ces stocks.
51. Les déclarations et éléments matériels recueillis dans le cadre de l'enquête ne permettent donc pas de démontrer à suffisance de preuves que MGE a mené une politique de prix et de délais de livraison discriminatoires, ayant eu pour objet ou pour effet de fermer le marché de la maintenance des onduleurs.

Sur la fourniture de certificats d'appui constructeur

52. Le commissaire du Gouvernement estime que la société MGE a refusé de façon discriminatoire les « *certificats d'appui constructeur* » demandés par des hôpitaux publics dans le cadre d'appels d'offre relatifs à la maintenance d'onduleurs et que l'existence même de ces certificats freine la mise en concurrence des intervenants potentiels sur ces marchés.
53. Toutefois, s'agissant des marchés publics passés en 1999 par l'Assistance publique des hôpitaux de Marseille et par le CHU de Dijon, pour lesquels les candidatures des « *tiers mainteneurs* » Kloray et Jerlaure ont été écartées par les donneurs d'ordre au motif qu'ils n'avaient pas fourni de « *certificats d'appui constructeur* », aucun élément du dossier n'établit que ce certificat a effectivement été demandé par ces sociétés à la société MGE et qu'il a été refusé. Les deux sociétés concernées, interrogées dans le cadre de l'enquête sur les autres pratiques dénoncées (installation d'une informatique embarquée et accès aux pièces détachées), n'ont pas été questionnées sur ces appels d'offre et la société MGE, interrogée sur cette question dans le cadre de l'instruction, a déclaré n'avoir reçu aucune demande à ce titre.
54. De plus, les éléments du rapport d'enquête indiquent que ces « *certificats d'appui constructeur* » étaient exigés par les donneurs d'ordre concernés à leur initiative et non à celle des constructeurs. En tout état de cause, interrogés dans le cadre d'un complément d'enquête en 2006, d'autres hôpitaux et « *tiers mainteneurs* » ont déclaré que cette exigence était assez exceptionnelle.
55. Ainsi, aucun élément du dossier ne permet d'établir à suffisance de preuves que la société MGE aurait développé des comportements discriminatoires en matière de délivrance de « *certificats d'appui constructeur* ».

Sur l'absence d'effet des pratiques alléguées

56. Le commissaire du Gouvernement soutient également que l'ensemble des pratiques dénoncées ont eu des effets cumulatifs conduisant à réserver la maintenance de ses appareils à la société MGE et à en écarter les autres types d'intervenants.
57. Toutefois, outre l'absence au dossier d'éléments permettant d'apporter la preuve, séparément, de chacune des pratiques évoquées, c'est-à-dire soit d'établir de façon effective les effets d'exclusion qui seraient dus à l'installation d'une informatique embarquée, soit d'établir la réalité du comportement discriminatoire allégué s'agissant de l'accès aux pièces détachées ou de l'octroi de certificats d'appui constructeur, l'évolution du marché de la maintenance observé depuis la saisine ne montre pas que la part du constructeur dans la maintenance de ses appareils aurait progressé au détriment des autres types d'intervenants, ce qui pourrait constituer un indice de l'effet global des pratiques en cause.
58. D'un point de vue général en effet, l'offre de maintenance est assurée par les fabricants, en moyenne, pour environ 40 % à 50 % des interventions sur leurs propres marques, et par nombre d'entreprises, « *tiers mainteneurs* » ou grands installateurs industriels, qui interviennent sur ce marché. La société MGE, sur son parc national d'onduleurs de moyenne et forte puissance, n'assure la maintenance que de 45 % de ses matériels. Le complément d'enquête, réalisé en 2006 auprès d'hôpitaux publics, montre que les marchés de maintenance des matériels MGE sont attribués non seulement aux constructeurs mais également à des installateurs électriques. Au total, les « *tiers mainteneurs* » n'ont pas été

exclus du marché et continuent à intervenir dans les opérations de maintenance des appareils de cette marque.

59. Il ressort de l'ensemble de ce qui précède que les éléments au dossier sont insuffisants pour établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles et qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce.

DÉCISION

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Mouzon, par M. Nasse, vice-président, et MM. Bidaud, Combe et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

Le vice-président,
Philippe Nasse

© Conseil de la concurrence