

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 98-MC-06 du 1^{er} juillet 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SeaFrance

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées le 23 décembre 1996 et le 11 mai 1998 sous les numéros F 930 et M 214, par lesquelles la société SeaFrance a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques des sociétés P&O European Ferries et Stena Line et P&O Stena Line, qu'elle estime anticoncurrentielles, et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, par la société P&O European Ferries, par la société Stena Line et par la société P&O Stena Line ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés SeaFrance, P&O European Ferries, Stena Line et P&O Stena Line entendus ;

Sur la saisine au fond,

Considérant que les sociétés P&O European Ferries (ci-après P&O) et Stena Line ont décidé de créer une entreprise commune dénommée P&O Stena Line pour l'exploitation des traversées maritimes entre Calais et Douvres, au moyen de six ferries mixtes (passagers et véhicules de tourisme et véhicules de fret), Dieppe et Newhaven, au moyen d'un ferry mixte et d'une vedette rapide, et Douvres et Zeebrugge, au moyen de trois frêteurs, et qu'elles ont notamment soumis leur projet à l'appréciation des autorités françaises, britanniques et communautaires ; qu'ainsi, le projet a été soumis au ministre français chargé de l'économie par une notification du 5 novembre 1996 et que celui-ci, ayant saisi pour avis le Conseil de la concurrence, disposait, en application des dispositions de l'article 40 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'un délai de six mois pour faire connaître sa position sur l'opération envisagée ; que jusqu'à l'expiration de ce délai, intervenue le 5 mai 1997, le ministre a gardé le silence et qu'il a ensuite précisé aux parties, par lettre du 30 mai 1997 : *" Je constate, qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, le Conseil de la concurrence que j'ai saisi pour avis, a considéré que cette entreprise commune ne rentrait pas dans le champ de l'article 39 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Je tiens à vous dire que cette analyse, au cas particulier, ne signifie pas que les entreprises communes structurelles ne relèvent pas des dispositions du titre V de l'ordonnance "*, tout en précisant que sa *" vigilance portera notamment sur les points suivants : - que la nouvelle entité ne profite*

pas de la notoriété combinée des deux entreprises mères ; - que l'organisation des créneaux physiques et horaires ne se fasse pas au détriment des concurrents ; - que l'opération n'entraîne pas de coordination de comportement avec les lignes des entreprises mères sur les marchés adjacents ; - que l'opération n'entraîne pas non plus de coordination de comportement avec Eurotunnel, susceptible d'engendrer une hausse des prix " ; que les autorités britanniques ont autorisé cette opération le 27 février 1998, après instruction par la Monopolies and mergers commission ; que la Commission européenne a publié, le 6 février 1998, une communication aux termes de laquelle elle indiquait qu'elle envisageait " de rendre une décision déclarant que le projet des parties de créer une entreprise commune est contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité mais qu'il peut faire l'objet d'une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3 " ; que l'entreprise commune est entrée en activité le 10 mars 1998 ;

Considérant que la société SeaFrance soutient, en premier lieu, que les sociétés P&O et Stena Line manifestent la volonté de se répartir " *l'essentiel du marché du transport transmanche par ferries* " en maintenant " *la concurrence entre elles sur les lignes de ferries où elles opèrent chacune individuellement (en Mer d'Irlande, Mer du Nord, sur les lignes écossaises et les lignes sillonnant la zone Manche-Ouest) et de s'associer sur les lignes Calais-Douvres, Newhaven-Dieppe et Douvres-Zeebrugge* " ; qu'elles cherchent à " *neutraliser (en ce qui concerne Eurotunnel) et même [à] écarter (en ce qui concerne les... autres concurrents de moindre importance) la concurrence effective qui subsiste sur ce marché* " ; que " *le rapprochement avec Stena (...) ressemble fort à une prise de contrôle... Stena abandonnant simultanément la ligne de Cherbourg (...) et se retirant donc du marché transmanche* " ; qu'enfin l'entreprise commune ne détiendra pas " *une réelle autonomie* " et que, d'autre part, les sociétés mères n'abandonneront pas " *définitivement toute intervention sur le marché de référence, individuellement ou par l'intermédiaire de leur filiale commune* " ; qu'elle soutient encore que la situation se caractérisera par l'existence soit d'un quasi-monopole maritime, soit d'un duopole entre la structure commune et la société Eurotunnel, que cette situation est propice aux abus de position dominante qui peuvent se manifester par des hausses artificielles des prix ou par des pratiques de prix prédateurs et que " *face à cette maîtrise absolue des tarifs, les quelques petits concurrents qui subsistent, dont la société SeaFrance, ne pourront plus avoir de politique indépendante ; ils se trouveront dans une situation de dépendance économique totale* " ; qu'elle souligne, par ailleurs, que " *le budget publicitaire cumulé de P&O Stena sera très important. Compte tenu de la concentration de ces budgets sur des objectifs et des campagnes communes, la puissance économique de l'entreprise P&O Stena, avec les effets induits par la notoriété séparée des deux compagnies pour les lignes qu'ils continuent à exploiter séparément sur d'autres secteurs (Manche Ouest, Mer d'Irlande, Mer du Nord) ne peut pas ne pas avoir de répercussions importantes sur le maintien ou l'accès au marché des autres concurrents* " ; qu'enfin, " *Dès que l'entente... sera opérationnelle, elle offrira une fréquence de départ très élevée... un nouvel opérateur devrait aligner d'emblée pour être crédible commercialement une flotte de 3 ou peut-être 4 navires, ce qui nécessiterait donc un investissement très important avec un risque commercial et financier très élevé. En pratique, à partir de la création de l'entente P&O/Stena Line, le marché ne permettra plus l'entrée d'un nouveau concurrent* " ; que, dans sa demande de mesures conservatoires, elle souligne que la situation est d'autant plus critique que le nombre des concurrents diminue, la société Sally Line, qui était présente sur la ligne Dunkerque - Ramsgate, s'étant depuis retirée du marché ; qu'il ne reste donc en activité, dans le Pas-de-Calais, que les sociétés P&O Stena Line, SeaFrance et Hoverspeed ;

Considérant que la société SeaFrance expose, en deuxième lieu, que, depuis l'entrée en activité de la société P&O Stena Line, elle a constaté, d'une part, " *une vaste coopération entre les trois entités allant bien au-delà de l'entente notifiée* ", qui se manifeste dans les brochures de la société P&O et dans celles de la société P&O

Stena Line ; qu'en effet, une brochure anglaise éditée par la société P&O sous le titre " *P&O Ferries 98* " présente, en particulier, les services commercialisés par la filiale commune avec indication des horaires et des tarifs pratiqués ; que les brochures françaises éditées par la société P&O Stena Line présentent, outre ses propres services, ceux assurés par la société Stena Line, que ce soit en Mer du Nord ou dans les pays scandinaves ou dans le cadre de tarifs combinés pour des traversées successives du Pas-de-Calais, sur les ferries de la filiale commune, et de la mer d'Irlande, sur les bâtiments de Stena Line ; que l'une de ces brochures, intitulée " *Horaires et tarifs '98* ", énumère également, en dernière page, outre les lignes exploitées par l'entreprise commune, celles exploitées par Stena Line, P&O European Ferries et P&O North Sea Ferries, sous l'appellation " *autres lignes - Grande-Bretagne* " (des coordonnées téléphoniques étant précisées) ; qu'enfin, la brochure intitulée " *Grande-Bretagne et Irlande '98 - séjours* " présente " *un large choix de lignes* ", c'est-à-dire toutes celles exploitées par P&O Stena Line (Calais-Douvres et Dieppe-Newhaven), P&O European Ferries (Le Havre ou Cherbourg - Portsmouth), P&O North Sea Ferries (Rotterdam ou Zeebrugge - Hull), Stena Line (traversées maritimes vers l'Irlande et lignes scandinaves) et P&O Scottish Ferries (les îles au nord de l'Ecosse) ; que les tarifs édités pour la traversée et le séjour renvoient, pour certains suppléments, à la brochure de la société P&O ; que la société SeaFrance soutient que les tarifs figurant dans ces brochures ont été " *élaborés en commun* " par les sociétés mères et leur filiale commune et qu'elle conclut donc à l'existence " *d'une politique commerciale commune, d'une coopération multiple entre les trois sociétés et du fait incontestable que l'indépendance de la société commune vis-à-vis de ses mères se révèle inexistante, contrevenant aux engagements clairs de P&O et Stena Line de faire de leur entreprise commune une entreprise autonome et indépendante* ", le fait que la société P&O North Sea Ferries, filiale de la société P&O, soit désignée comme " *agent général de réservation* " de la société P&O Stena Line étant, selon elle, de nature à renforcer ces liens ; qu'elle a, en outre, produit des observations dans lesquelles elle souligne le " *pouvoir de pression dont disposeront les sociétés mères vis-à-vis des clients entreprises (transporteurs routiers, autocaristes, tours-opérateurs...) dans le cadre des négociations de tarifs non publiés* " en soutenant " *que chaque société mère nuancera les tarifs accordés aux clients sur ses lignes propres... en fonction de l'utilisation ou non par le client des services de leur entreprise commune P&O Stena Line sur Calais-Douvres plutôt que ceux de SeaFrance* " et dénonce notamment le refus opposé par les sociétés en cause de restituer des locaux commerciaux à Douvres alors qu'elles s'y étaient engagées ; que, d'autre part, si le projet d'entreprise commune, soumis aux différentes autorités, précisait que la flotte destinée à l'exploitation de la ligne Calais-Douvres devait être composée de six ferries mixtes (*Pride of Calais, Pride of Dover, Pride of Burgundy, Pride of Kent, Empereur et Fantasia*), afin de réduire les surcapacités existantes et de rationaliser l'exploitation de la ligne, un septième ferry (*Pride of Bruges*) a été mis en service dès le 5 avril 1998 ; qu'elle soutient que la mise en service de ce ferry supplémentaire, sans refonte de la grille des départs, " *ne peut se justifier que par la volonté de capter un trafic supplémentaire* ", dans la mesure où le trafic est en baisse par rapport à l'année précédente et que " *Le nombre de navires mis en ligne accentue l'effet de levier créé par la fréquence* " ; qu'elle soutient que la création de l'entente entre les sociétés P&O et Stena Line, la coopération entre la société P&O Stena Line et ses sociétés mères en ce qui concerne les brochures publicitaires et la mise en service d'un ferry supplémentaire sur la ligne Calais - Douvres relèvent des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, en premier lieu, que les sociétés P&O, Stena Line et P&O Stena Line soutiennent que la saisine présentée par la société SeaFrance, le 18 décembre 1996, " *ne visait qu'à voir interdire le projet d'entreprise commune* ", que ce projet a été notifié au ministre chargé de l'économie conformément aux dispositions de l'article 40 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que " *le 5 mai 1997, l'accord tacite du Ministre au projet*

de concentration était acquis en dépit de l'avis rendu par le Conseil de la concurrence qui, le 1^{er} avril 1997, estimait que l'opération ne constituait pas une concentration au sens de l'article 39 de l'ordonnance ", et que le ministre " confirmait par lettre en date du 30 mai 1997 sa décision d'autoriser l'opération sur le fondement du titre V de l'ordonnance " ; que, par voie de conséquence, " Le Conseil est ainsi devenu à compter du 5 mai 1997 incompétent pour apprécier les faits dénoncés...[qui] ont été qualifiés de concentration par le ministre et autorisés à ce titre " ;

Considérant qu'aux termes de l'article 40 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le silence du ministre " vaut décision tacite d'acceptation du projet de concentration... " ; qu'il résulte d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 juin 1994 que " les procédures prévues par le titre III relatif au contrôle des ententes et par le titre V relatif au contrôle des concentrations sont différentes et inconciliables entre elles... qu'il résulte de la combinaison des textes du titre III et de ceux du titre V que les opérations répondant à la définition de la concentration de l'article 39 du titre V sont exclues du champ de compétence du Conseil statuant au contentieux " et que la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en précisant : " les parties litigieuses n'ayant pas fait état de pratiques illicites issues de ces accords pouvant faire l'objet, le cas échéant, d'une saisine distincte du Conseil de la concurrence sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance, c'est à bon droit que la cour d'appel... a déclaré irrecevables devant le Conseil de la concurrence les saisines visant ces opérations de concentration économique " (arrêt n° 1881 P du 26 novembre 1996) ; que, dès lors, le Conseil n'est pas compétent pour connaître de la constitution de la filiale commune P&O Stena Line ; que, néanmoins, les pratiques qui sont le fait de l'entreprise issue de la concentration peuvent être examinées par le Conseil sur le fondement des dispositions du titre III de la même ordonnance ;

Considérant, en deuxième lieu, que les sociétés P&O, Stena Line et P&O Stena Line indiquent que " La Commission Européenne a été saisie le 31 octobre 1996 d'une demande d'attestation négative ou à titre subsidiaire d'exemption individuelle dans le cadre de l'application de l'article 12 du Règlement (CE) numéro 4056/86 du Conseil, relative au projet de création de l'entreprise commune " P&O Stena "... la Commission a publié une communication parue au Journal Officiel des Communautés Européennes du 6 février 1998 indiquant son intention d'accorder à l'opération notifiée une exemption inconditionnelle en application de l'article 85-3 du Traité de Rome... L'intégralité des faits visés par SeaFrance au soutien de sa demande de mesures conservatoires ayant été soumis à la Commission Européenne, son intention d'octroyer... une exemption inconditionnelle couvrent ainsi les pratiques alléguées par SeaFrance... " ; qu'elles rappellent que le principe de primauté des règles communautaires impose aux autorités nationales de ne pas rendre de décision qui porterait " préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci " ; qu'elles soulignent que, même si l'exemption demandée n'est pas encore accordée, la Commission a rendu publique son intention de le faire sans condition ; qu'elles souhaitent donc que le Conseil de la concurrence décide de " surseoir à statuer, dans l'attente des décisions que la Commission est sur le point de rendre publiques " ;

Mais considérant qu'aux termes d'une communication publiée par la Commission le 15 octobre 1997 : " Lorsqu'une infraction à l'article 85 ou 86 du traité est constatée par une décision de la Commission, cette décision fait obstacle à l'application du droit national qui autoriserait ce que la Commission a interdit... La situation juridique est moins claire concernant le point de savoir si les autorités nationales peuvent appliquer leur droit national de concurrence plus strict lorsque la situation qu'elles apprécient a fait auparavant l'objet

d'une décision individuelle d'exemption ou est couverte par un règlement d'exemption par catégorie " ; qu'aucune décision n'a été rendue sur ce point par la Cour de justice des Communautés européennes ; que, dès lors, la mesure d'exemption envisagée, dut-elle avoir un effet rétroactif ainsi que cela a été affirmé par les sociétés en cause, ne s'opposerait pas nécessairement à l'application des dispositions du titre III de l'ordonnance de 1986 ; qu'en tout état de cause, la Commission n'a pas encore octroyé l'exemption demandée dont la portée définitive n'est donc pas connue ;

Considérant, en troisième lieu, que le "*Pride of Bruges*" appartient à la société P&O Stena Line dont la constitution a été notifiée au ministre chargé de l'économie en application des dispositions du titre V de l'ordonnance ; que la décision prise par cette société de mettre ce bateau en service sur la ligne Calais - Douvres constitue une mesure interne qui ne peut relever des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance dès lors, d'une part, que la constitution de la société P&O Stena Line a fait l'objet d'une décision tacite d'acceptation par le ministre chargé de l'économie et, d'autre part, qu'il n'est pas allégué que cette décision aurait été prise à la suite d'une concertation entre la société P&O Stena Line et d'autres sociétés ; que sur les marchés du transport transmanche de véhicules de fret et de tourisme, marchés pertinents définis dans l'avis 97-A-08 en date du 1^{er} avril 1997, la société P&O Stena Line se trouve en concurrence à la fois avec différents opérateurs maritimes et avec la société Eurotunnel, qui exploite des navettes ferroviaires ; que les sociétés P&O Stena Line et Eurotunnel détiennent chacune, sur les marchés pertinents, une part supérieure à 40 % ; que les éléments produits au dossier par les parties ne permettent d'affirmer ni que la société P&O Stena Line pourrait disposer seule sur l'un ou l'autre de ces marchés d'une position dominante, ni que la pratique critiquée résulterait d'un abus de position dominante conjointement détenue par les sociétés P&O Stena Line et Eurotunnel ; que, par suite, la pratique de la société P&O Stena Line consistant à augmenter sa capacité en mettant en service un ferry supplémentaire ne peut être qualifiée au regard des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance ; que, dès lors, la saisine présentée par la société SeaFrance est irrecevable en tant qu'elle concerne cette pratique ;

Considérant, en revanche, qu'il ne peut être exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que les autres pratiques dénoncées par la société SeaFrance puissent entrer dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires,

Considérant que l'application des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est subordonnée à la constatation de comportements susceptibles d'être visés par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et auxquels il faudrait mettre fin sans délai pour prévenir ou faire cesser une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante ; qu'aux termes de l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 : "*La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure*" ;

Considérant que la société SeaFrance sollicite le prononcé de mesures conservatoires " tendant : - à la suspension conservatoire de la mise en oeuvre de l'accord jusqu'à ce que le Conseil de la concurrence ait statué sur la plainte déposée, - au retrait de l'ensemble des brochures diffusées par les sociétés P&O, Stena

Line et P&O Stena Line sur le territoire français, - au retrait du 7^{ème} navire attaché depuis avril 1998 au service Calais-Douvres exploité par la société P&O Stena Line " ;

Considérant que les sociétés P&O, Stena Line et P&O Stena Line soutiennent que : " Même si le Conseil de la concurrence était toujours saisi sur la base de la plainte déposée par la société SeaFrance le 18 décembre 1996, il ne pourrait même pas examiner les pratiques prétendument anticoncurrentielles exposées au soutien de la demande de retrait des brochures incriminées et du septième navire, s'agissant de faits postérieurs à l'acte de saisine " ;

Mais considérant que rien ne s'oppose à ce qu'une demande de mesures conservatoires puisse concerner des éléments nouveaux intervenus postérieurement à la saisine au fond dès lors qu'ils se rattachent aux pratiques initialement dénoncées ; qu'en l'espèce, les pratiques motivant la demande de mesures conservatoires résultent " *de la mise en oeuvre de l'accord par la société commune* " et sont désignées comme étant l'illustration des pratiques dénoncées dans la saisine qui visent : " *Le problème de la répartition du marché... La question des prix et de leur fixation... Le problème de l'accès au marché* " ;

Considérant, toutefois, que la saisine présentée par la société SeaFrance est irrecevable en ce qu'elle concerne la création de la société P&O Stena Line et la mise en service d'un septième ferry sur la ligne Calais - Douvres et que, dès lors, ces faits ne peuvent donner lieu à l'octroi de mesures conservatoires ;

Considérant, par ailleurs, qu'à l'appui de sa demande de mesures conservatoires, la société SeaFrance soutient que " *la diffusion des brochures telles que détaillées plus haut [met] en oeuvre une politique commerciale commune [et que] les pratiques ainsi mises en oeuvre visent la prospection de la clientèle aux fins de créer déloyalement une situation qui ne pourra à l'évidence pas être* " remise en l'état " *ultérieurement* " ;

Considérant que les brochures incriminées ne sont destinées qu'au marché du tourisme ; que la société P&O Stena Line exerce son activité relative au transport de passagers et de véhicules de tourisme sur un marché géographique défini par le Conseil dans son avis précité, comprenant les traversées du détroit du Pas-de-Calais et éventuellement la ligne Dieppe-Newhaven ; que les sociétés P&O et Stena Line, qui exploitent des lignes situées sur d'autres marchés pertinents, ne sont pas présentes sur ce marché ; que ces sociétés exposent que " *les pratiques mises en cause par SeaFrance consistent principalement en des offres de services combinés* " et que de telles offres " *constituent une pratique courante et traditionnelle pour l'ensemble des opérateurs. De tels partenariats sont mis en oeuvre aussi bien par P&O et Stena Line que par P&O Stena Line* " ; qu'elles citent, à cet égard, des accords intervenus entre les sociétés P&O et Irish Ferries, Stena Line et Condor ou Brittany Ferries, P&O et Stena Line ; qu'elles considèrent que les offres de services combinés sont la manifestation " *d'un simple partenariat commercial portant sur la mise en place d'offres de services communs... des accords de coopération commerciale entre des sociétés concurrentes n'impliquent en rien une coordination de leur comportement commercial* " ; que les références aux activités de la société Stena Line " *sont la conséquence normale de la représentation de Stena Line par l'entreprise commune en France telle qu'elle découle des accords de représentation approuvés par la Commission européenne* " et que " *le mandataire - l'entreprise commune - ne fait qu'appliquer les conditions déterminées par Stena Line* " ; qu'il n'a pas été contesté que : " *de telles offres de services combinés n'ont qu'une importance marginale au regard de l'activité globale des opérateurs, comptant pour moins de 1 % de cette activité globale* " ; que, par

ailleurs, seules sont concernées les brochures éditées par la société P&O Stena Line, la société Stena Line ne diffusant pas de brochures en France et celles de la société P&O ne comportant pas de renseignements relatifs à la société Stena Line et à la société P&O Stena Line ; qu'enfin, la société SeaFrance n'apporte aucun élément concernant le dommage qu'elle subirait du fait de la mise en circulation des brochures en cause ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la société SeaFrance n'apporte aucun élément pour établir que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate à ses intérêts, à l'économie générale, à celle du secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs ; que, par suite, la demande de mesures conservatoires doit être rejetée,

Décide :

Article unique - La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 214 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de M. Patrick Végliis, par M. Barbeau, président, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Marie Picard

Le président,

Charles Barbeau