Décision n°2002-V/M-02 du 25 janvier 2002

Affaire CONC-V/M-01/0058

S.A. Clear Channel Belgium c/ S.A. JC Decaux Belgium Publicité

Vu la plainte datée du 12 octobre 2001 par laquelle la S.A. Clear Chanel Belgium anciennement dénommée City Advertising dénonce une violation de l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (abus de position dominante) à charge de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité et sollicite des mesures provisoires conformément à l'article 35 de cette loi ;

Vu le rapport motivé du service de la concurrence daté du 7 novembre 2001 ;

Vu la décision sur la confidentialité du 9 novembre 2001 ;

Vu la demande de report de la date d'audience des conseils de la partie plaignante ;

Entendu à l'audience du 12 décembre 2001 :

- Le rapporteur, Monsieur Patrick Marchand ;
- Monsieur Hubert JANVIER, Maître Luc MISSON, Maître Patrick M'BAYA et Maître Emmanuelle BERTRAND, représentant la société anonyme Clear Channel Belgium ;
- Monsieur LAURENT, Madame DEKEZEL, Maître Dirk VANDEMEERSCH, Maître Marc WAHA et Maître Damien GERARD, représentant la Société anonyme JC Decaux Belgium Publicité

Vu la note d'observations de la S.A. Clear Channel Belgium transmise après l'audience et datée du 13 décembre 2001 ;

Vu le mémoire de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité déposé le 11 décembre 2001 et la note transmise après l'audience, datée du 14 décembre 2001 ;

Vu les pièces de la procédure ;

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 notamment son article 35 qui prévoit que "le président du Conseil de la concurrence peut, sur demande du plaignant ou du Ministre (de l'Économie), prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général ".

I. Les faits

La S.A. Clear Channel Belgium dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, Boulevard de la Plaine, 5 inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le n° 371266 est une filiale belge du groupe international Clear Channel Communication Inc. Elle a pour objet statutaire " (…) la publicité sous toutes ses formes et par toutes voies : affichage, presse, cinéma, radio, télévision, étalages, objets publicitaires, peintures publicitaires, organisation de stands, enseignes lumineuses et toute autre réalisation publicitaire faite directement ou indirectement. (…)".

Elle exerce notamment une activité de fourniture, de placement et d'exploitation de mobilier urbain dans les villes et les communes en Belgique.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité ayant son siège social à 1000 Bruxelles, Allée Verte, 50 inscrite au registre de commerce de Bruxelles sous le n° 338440 est active en Belgique dans le secteur de la

publicité extérieure et plus particulièrement du mobilier urbain (fourniture, placement et entretien). La S.A. JC Decaux Belgium Publicité est une filiale à 100 % de la société de droit français JC Decaux.

Les sociétés Clear Channel Belgium et JC Decaux Belgium Publicité sont ainsi concurrentes sur le marché du mobilier urbain et sont systématiquement en compétition lorsqu'une commune décide d'adjuger ou de contracter une concession domaniale sur le mobilier urbain.

La S.A. Clear Channel Belgium considère que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est en position dominante sur ce marché du mobilier urbain et qu'elle abuse de cette position notamment à l'occasion de la passation des marchés publics et concessions domaniales relatifs à la ville de Liège et aux communes de Turnhout et d'Edegem.

Le Conseil communal d'Edegem a le 02 octobre 2001 attribué par adjudication un contrat de placement et d'entretien de 24 abris voyageurs et de 10 panneaux d'information de 2 m² à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. Lors de la mise en adjudication, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité offrait des compensations financières en faveur de cette commune de l'ordre de [CONFIDENTIEL] BEF alors que la S.A. Clear Channel Belgium proposait des compensations financières que de [CONFIDENTIEL] BEF .

Le Conseil communal de Turnhout a le 26 septembre 2001 attribué par adjudication le contrat de placement et d'entretien des abris voyageurs à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité offrait pour l'octroi de cette concession une compensation financière annuelle de [CONFIDENTIEL] BEF par abri alors que la S.A. Clear Channel Belgium ne proposait qu'un montant de [CONFIDENTIEL] BEF par an et par abri.

Le Conseil communal de la Ville de Liège a décidé le 23 avril 2001, d'organiser une procédure de consultation restreinte, avec publicité préalable, en vue de la conclusion d'un contrat de concession domaniale pour le renouvellement du mobilier urbain de la ville, les anciens contrats prenant fin le 18 septembre 2001. En effet, le 18 septembre 1986, des contrats de concession domaniale relatifs au mobilier urbain de la Ville de Liège avaient été conclus avec la société S.A. JC Decaux Belgium Publicité (pour le centre ville) et la société S.A. Clear Channel Belgium (pour la périphérie) pour une durée de quinze ans. La société Decaux disposait ainsi sur la base de l'ancienne concession de 832 faces (principalement au centre ville) pour 132 faces à la société Clear Chanel (sur des territoires administrés par la ville de Liège, en périphérie).

Le Conseil communal de la Ville de Liège a également adopté ce même jour le cahier des clauses et conditions contractuelles.

L'objet de cette concession est limité au territoire sous administration de la Ville de Liège et ne remet pas en cause la concession du domaine public des autres communes de l'agglomération liégeoise.

L'article 8 du cahier des clauses et conditions contractuelles précise la nature juridique de la convention : "la présente convention constitue un contrat de mobilier urbain, passé sous la forme d'une concession domaniale, en vertu duquel une société s'engage, d'une part à installer, à titre gratuit, pour la Ville, du mobilier urbain sur le domaine public de celle-ci et, d'autre part obtient en contrepartie l'autorisation d'exploiter à titre exclusif les supports (faisant l'objet du contrat) à des fins publicitaires, étant entendu qu'il se réserve la propriété du mobilier et laisse une partie des emplacements à la disposition de la Ville pour la diffusion d'informations locales".

Le cahier des clauses et conditions contractuelles précise notamment que la désignation du concessionnaire sera réalisée par le Conseil communal.

Le 04 mai 2001, un avis portant appel aux candidatures est publié au Bulletin des Adjudications, la date ultime de réception des candidatures étant fixée au 21 mai 2001.

Le 14 juin 2001, le Collège échevinal décide de retenir les candidatures des sociétés S.A. JC Decaux Belgium Publicité et S.A. Clear Channel Belgium. Ces deux sociétés sont invitées à déposer leur offre pour le 03 août 2001 au plus tard.

Le 29 juin 2001, une séance d'information a lieu, à l'hôtel de ville de Liège, en présence des deux candidats.

Le 03 août 2001, les S.A. Clear Channel Belgium et S.A. JC Decaux Belgium Publicité déposent chacune trois offres. Ces offres reprennent des styles de mobilier différents.

Le 23 août 2001, les candidats sont auditionnés séparément.

L'examen des offres par la ville de Liège met en exergue quatre problèmes particuliers:

1) Les surfaces publicitaires proposées par les trois offres de la S.A. Clear Channel Belgium comportent notamment des caissons trop encombrants de 8 m². Ces dispositifs publicitaires de 8 m² ne peuvent en effet être placés sur le territoire communal en raison de leur encombrement visuel outrancier. Il est alors demandé à S.A. Clear Channel Belgium de revoir ses offres sur base de caissons de 2 m².

2) Les propositions d'amélioration proposées par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité (dalles en fonte, marquages des structures par blason, …) ne peuvent être valorisées. Ces équipements ne sont en effet pas prévus par le cahier des clauses et conditions contractuelles. Il est demandé à S.A. JC Decaux Belgium Publicité que ces améliorations soient valorisées financièrement avec droit pour la ville d'opter plutôt pour une compensation financière majorée.

3) La S.A. JC Decaux Belgium Publicité propose dans ses offres [CONFIDENTIEL] appareils d'affichage dynamique (non publicitaire) contre [CONFIDENTIEL] pour la S.A. Clear Channel Belgium. Dans le même souci d'une comparaison objective des offres proposées, il est demandé à chacun des deux candidats de valoriser financièrement ces appareils.

4) La troisième offre de S.A. Clear Channel Belgium est non-conforme avec le cahier des clauses et conditions contractuelles. En effet, cette offre ne répond pas au critère "d'homogénéité du mobilier et d'unicité d'images" exigé par le cahier des clauses et conditions contractuelles. Il est demandé à la S.A. Clear Channel Belgium de revoir cette offre. Suite à ce problème, la S.A. Clear Channel Belgium décide de retirer sa troisième offre.

Le 1er septembre 2001, les deux candidats sont reçus séparément par la ville aux fins de négocier les conditions et modalités du contrat de concession domaniale à venir.

Le 04 septembre 2001, les sociétés S.A. JC Decaux Belgium Publicité et S.A. Clear Channel Belgium déposent leur offre amendée. L'analyse des offres est effectuée par un groupe de travail administratif de douze fonctionnaires qui établit un rapport. De ce rapport, il résulte que la meilleure offre de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, dite "Cox", obtient 89,2 points (sur 100) tandis que les deux offres de S.A. Clear Channel Belgium obtiennent respectivement 62,5 points (offre Flausch) et 68,2 points (offre Agoris). Il est ainsi décidé que l'offre dite "Cox" de S.A. JC Decaux Belgium Publicité serait présentée le 17 septembre 2001 au Conseil communal.

Le 11 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium prend encore contact avec la ville de Liège suite à un article de presse publié le 10 septembre et à certaines rumeurs. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité proposerait un montant de [CONFIDENTIEL] francs de compensation financière à la ville de Liège en rapport avec une rentabilité en rentrées publicitaires qui atteindrait un montant annuel de [CONFIDENTIEL] francs pendant 15 ans.

Le 13 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium mandate un expert aux fins d'effectuer une analyse financière et économique de l'offre de S.A. JC Decaux Belgium Publicité à la lumière des chiffres susmentionnés. Cet expert conclut que le montant de [CONFIDENTIEL] francs de compensation financière entraîne pour la S.A. JC Decaux Belgium Publicité une perte d'au moins [CONFIDENTIEL] francs.

Le 17 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium dépose une requête unilatérale visant à ordonner à la ville de Liège de surseoir à l'attribution du contrat. Le président du tribunal de première instance de Liège déboute le même jour la S.A. Clear Channel Belgium de sa demande pour défaut d'urgence.

Le 17 septembre 2001, sur appel de cette décision, la Cour d'appel de Liège :

"Interdit à la ville de Liège, représentée par son Collège des Bourgmestre et Échevins, … , d'attribuer par son Conseil communal, le contrat de concession du mobilier urbain de la ville de Liège lors de sa séance du 17 septembre 2001 et avant que ne soit intervenue une décision contradictoire en référé sur la régularité de la procédure d'attribution du marché, …". Cette interdiction prendra fin le 15 décembre 2001, sauf à obtenir à cette date sa prolongation par le juge des référés qui aura été saisi.

Le Bourgmestre de la ville de Liège décide alors de supprimer la séance du Conseil communal, initialement prévue le 17 septembre 2001.

Le 19 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium cite la ville de Liège en référé devant le président du tribunal de première instance de Liège pour l'audience le 25 septembre 2001.

Le 20 septembre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium cite la S.A. JC Decaux Belgium Publicité en intervention forcée et déclaration d'ordonnance commune et d'expertise commune pour la même audience du 25 septembre 2001. Deux audiences successives ont lieu le 03 et 10 octobre 2001.

Le 20 septembre 2001, la ville de Liège fait tierce opposition à l'arrêt prononcé par la Cour d'appel le 17 septembre.

Le 02 octobre 2001, la Cour d'appel reçoit la tierce opposition, la dit partiellement fondée, confirme l'interdiction faite à la ville de Liège d'attribuer le contrat de concession du mobilier urbain, tout en la limitant au 10 octobre 2001 ou à toute date plus proche où le juge des référés statuera.

Le 12 octobre 2001, alors que la cause est en délibéré, la S.A. Clear Channel Belgium dépose une requête en réouverture des débats.

Le 12 octobre 2001, la S.A. Clear Channel Belgium dépose également une plainte auprès du Conseil de la concurrence et sollicite des mesures provisoires.

Le 23 octobre 2001, le président du tribunal de première instance de Liège, statuant en référé, déboute la S.A. Clear Channel Belgium de sa demande en considérant que "dans le cadre de la présente action, en l'absence de preuve d'irrégularité manifeste au niveau de la procédure préliminaire à la désignation du concessionnaire, au vu des arguments sérieux avancés par les défenderesses, il n'y a pas lieu de faire droit aux mesures postulées par la demanderesse".

Le 24 octobre, la S.A. Clear Channel Belgium interjette appel de cette décision. L'affaire est plaidée devant la Cour d'appel le 06 novembre 2001et prise en délibéré.

Le 12 novembre 2001, la Cour d'appel, relevant que la S.A. Clear Channel Belgium n'a pas agi et n'annonce pas une action au fond devant les cours et tribunaux pour faire valoir ses prétentions, constate le défaut d'urgence de la demande en référé formée sur base d'une prétendue violation des dispositions d'exclusion du cahier des clauses et conditions contractuelles.

II. Griefs reprochés

La S.A. Clear Channel Belgium fait grief à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité d'abuser de sa position dominante sur le marché du mobilier urbain dans le cadre du renouvellement de trois contrats de concessions domaniales, pour la Ville de Liège et pour les communes de Turnhout et d'Edegem.

La S.A. Clear Channel Belgium reproche à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité :

1) Pour ce qui concerne la concession à Liège, de pratiquer des prix « prédateurs ». Elle soutient que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'a pas prévu d'installer d'office des dispositifs dérouleurs dans les caissons de 2 m². L'écart entre les offres des deux parties ne s'explique que par la production d'une offre à perte, fondée sur la position dominante de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité.

En outre, du fait de l'augmentation de l'offre découlant du placement des panneaux déroulants, les annonceurs devront soit augmenter leur budget au profit de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, soit ne plus faire appel à la S.A. Clear Channel Belgium, ce qui se traduirait par son éviction du marché de Liège et une diminution de parts de marché dans le Royaume.

2) Pour la zone d'Anvers - et plus particulièrement, les communes d'Edegem et de Turnhout -, de tenter d'affermir sa position dominante à Anvers en s'octroyant les marchés situés dans la périphérie de la métropole et d'exclure ainsi de la zone sa concurrente, la S.A. Clear Channel Belgium.

Selon la S.A. Clear Channel Belgium, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité peut pour ce faire s'appuyer sur la modicité des compensations financières qu'elle verse à la ville d'Anvers pour formuler des offres exorbitantes à des communes dont l'importance commerciale ne justifie pas de telles sommes.

En agissant de la sorte, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité propose aux communes d'Edegem et de Turnhout des marchés qui, en eux-mêmes, sont purement à perte, se reposant sur les bénéfices qui vont résulter de l'exploitation de ses réseaux publicitaires dans la ville d'Anvers. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité abuse ainsi de sa position dominante en usant à nouveau de la méthode dite des « prix prédateurs ».

III. Objet de la demande de mesures provisoires

Les mesures sollicitées par la S.A. Clear Channel Belgium dans le cadre de la demande de mesures provisoires sont les suivantes :

1) interdire à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité de maintenir ses offres contraires à la loi du 5 août 1991;

2) adopter des mesures provisoires adéquates qui permettent à la S.A. Clear Channel Belgium de concourir à nouveau pour l'obtention des marchés de Liège et d'Edegem, les procédures en cause ayant fait l'objet d'une suspension par décision judiciaire.

IV. Marchés concernés

Le secteur économique concerné par la présente plainte est celui de la gestion des supports de publicité (code NACE 74.402).

La S.A. Clear Channel Belgium, dans le cadre de sa plainte et de sa demande de mesures provisoires, estime que le marché de référence est celui du mobilier urbain. Elle fait notamment référence à la jurisprudence du Conseil de la concurrence français qui, dans une décision du 7 juillet 1998 définissait le marché de référence dans une affaire similaire comme celui du mobilier urbain, et en particulier distinguait nettement le mobilier urbain publicitaire, du mobilier urbain non publicitaire. La S.A. Clear

Channel Belgium signale également que les différents segments du marché de la publicité extérieure se démarquent chacun par une structure de prix, des utilisations et des caractéristiques particulières … Dès lors, ces différents produits n'entrent pas en concurrence directe et ne peuvent donc pas être considérés comme faisant partie d'un marché unique en Belgique.

Selon la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, le marché pertinent en l'espèce est le marché de la publicité extérieure, sur lequel la S.A. JC Decaux Belgium Publicité et la S.A. Clear Channel Belgium sont toutes deux actives en tant que vendeurs et prestataires de services. Selon la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, le marché qui fait l'objet véritable de la demande comprend la fourniture d'espaces à des fins d'utilisation publicitaire, marché sur lequel les deux entreprises sont actives en tant "qu'acheteurs". Ce marché se situe en amont du premier cité.

Elle précise en outre que dans l'affaire Rizzoli / Publitransport / Decaux, la Commission européenne a considéré que "le marché de produit pertinent est celui de la publicité extérieure [comprenant] entre autres les panneaux d'affichage, les véhicules de transports publics, le mobilier urbain (par ex. les abribus, les panneaux publicitaires sur pied, les colonnes décoratives, les kiosques et autres équipements urbains), les aéroports, les centres commerciaux, etc. Il ne peut être exclu, sur base de l'enquête, que les catégories spécifiques ci-dessus ne peuvent constituer des segments de marché différents.".

Comme le signale le Corps des Rapporteurs dans son rapport motivé, à ce stade de l'analyse, il ne paraît pas nécessaire de définir plus avant le marché concerné en optant entre le marché de la publicité extérieure -le plus large- et le marché de la publicité sur mobilier urbain obtenu par concession -le plus étroit- en passant par un marché intermédiaire que pourrait constituer la publicité extérieure "petits formats". En effet, il ne semble pas prima facie que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité dispose d'une position dominante au sens de l'article 1er de la loi et ce, quel que soit le marché retenu.

En ce qui concerne la délimitation géographique du marché concerné, il s'agit de l'ensemble du territoire belge en raison notamment du caractère essentiellement national des campagnes de publicité réalisées par les grands annonceurs sur ces types de supports publicitaires extérieurs.

V. Arguments des parties

1. Arguments de la S.A. Clear Channel Belgium

La S.A. Clear Channel Belgium considère sur base des pièces en sa possession, que dans le cadre de la concession domaniale de la ville de Liège, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'avait pas prévu d'installer d'office des dispositifs dérouleurs dans les caissons de 2 m² et par conséquent avait l'intention de pratiquer des prix « prédateurs » dans le cadre de cette concession.

La méthode dite des prix prédateurs consiste en une concurrence de prix destinée à éliminer du Marché un concurrent qui ne dispose pas des moyens financiers suffisants pour supporter longtemps des ventes en dessous du prix de revient.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité a fait trois offres à la ville de Liège selon le type de mobilier à installer. Sur base des renseignements en sa possession, la S.A. Clear Channel Belgium estime, que les conditions offertes par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité sont délibérément trop intéressantes pour la ville de Liège par rapport aux conditions du marché. La S.A. Clear Channel Belgium a mandaté un expert en vue d'effectuer une analyse économique et financière des offres de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. Sur base des pièces en sa possession et de ses travaux d'analyse et d'investigations, l'expert conclut que « la S.A. JC Decaux Belgium Publicité a manifestement déposé à la villes de Liège une offre à perte. L'estimation de la perte … est de plus de [CONFIDENTIEL] de francs. Une telle méthode ne peut se concevoir que pour acquérir ou conserver une position dominante sur le marché du mobilier urbain. La seule explication technique économique envisageable serait que, grâce à sa position exclusive obtenue à Liège et profitant de sa position dominante à Bruxelles et

Anvers, la société Decaux n'augmente fortement par la suite les tarifs publicitaires, de manière à spéculer sur un bénéfice final, supporté en réalité par ses clients-annonceurs.".

2. Arguments de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité

A. La demande est irrecevable

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime que, par le biais de la plainte déposée auprès du conseil de la concurrence et de sa demande de mesures provisoires, la S.A. Clear Channel Belgium cherche à obtenir ce que le président du tribunal de première instance de Liège siégeant en référé et ensuite la Cour d'appel de Liège statuant en degré d'appel, lui ont refusé, à savoir la réouverture de la procédure d'octroi de la concession domaniale de la ville de Liège sur base de l'irrégularité prétendue des offres présentées par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité considère que la demande de mesures provisoires a le même objet que les actions intentées devant les juridictions liégeoises et s'appuie sur les mêmes faits et arguments.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime qu'en l'espèce, il apparaît que l'objet véritable de la plainte et de la demande de la S.A. Clear Channel Belgium auprès du conseil de la concurrence consiste à solliciter de la part d'une juridiction administrative une décision sur l'atteinte qui est faite au droit subjectif de cette dernière à participer à un processus d'adjudication objectif et à exploiter son entreprise. Conformément à l'article 144 de la Constitution, telle n'est pas la compétence d'une juridiction administrative à laquelle il revient de déclarer la demande irrecevable.

B. La demande n'est pas fondée

a) Absence de préjudice grave, immédiat et irréparable établissant l'urgence de mesures provisoires

La S.A. Clear Channel Belgium n'apporte pas les éléments de preuve matérielle de son préjudice allégué, alors qu'il lui appartient d'apporter la preuve que les conditions pour l'octroi de mesures provisoires sont remplies.

Pour rappel, jusqu'au 18 septembre dernier, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité était concessionnaire de la majorité du domaine public qui fait l'objet de la procédure actuelle d'adjudication. La S.A. Clear Channel Belgium partage la concession pour certains territoires limités (Angleur, Bressoux, Chênée, Jupille et Sclessin), sur lesquels elle exploite 132 panneaux d'affichage sur mobilier urbain. Dès lors si la S.A. Clear Channel Belgium perd l'adjudication, elle perdra 132 espaces d'affichage dans la ville de Liège mais en conservera près de 570 dans l'agglomération liégeoise (sur un total de l'ordre de 1500).

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité considère qu'il n'est pas question en l'espèce de l'élimination de la S.A. Clear Channel Belgium de la région liégeoise, les deux sociétés concurrentes ayant chacune actuellement un nombre similaire de faces, ce qui ne serait par contre plus le cas si la S.A. Clear Channel Belgium obtenait l'adjudication de la ville de Liège.

L'attribution des concessions litigieuses n'aura pas pour effet de priver la plaignante de ses parts de ventes, ni même de revenus, ni de la possibilité d'offrir à ses clients des réseaux de publicité extérieure à couverture nationale, régionale ou locale. La perte éventuelle de revenus restera très limitée et ne saurait en aucun cas constituer un préjudice grave au sens de l'article 35 de la loi.

Enfin, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité tient à rappeler que, dans son analyse de la gravité du préjudice et des intérêts en présence, le président du Conseil doit prendre en considération l'intérêt économique général, et donc aussi celui du concédant, à savoir la ville de Liège. Or, la nécessité de suspendre la procédure d'adjudication, voire de la rouvrir, alors que celle-ci a été menée de façon transparente et équitable, est susceptible de causer à la ville un préjudice financier certain.

b) Absence de position dominante

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime ne pas détenir de position dominante sur le marché belge de la publicité extérieure, ni sur celui du mobilier urbain.

Elle avance plusieurs arguments pour asseoir cette affirmation :

- la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est "contrainte" par un concurrent puissant qui dispose d'une part de marché supérieure sur le marché de la publicité extérieure. Cette part reste encore très importante même si l'on restreint le marché à la publicité extérieure sur mobilier urbain installé dans le cadre de concession du domaine public;
- la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est "contrainte" par la concentration extrême de la demande (la quasi-totalité des ventes est réalisée par trois centrales d'achat d'espaces média) et par les pressions sur les prix exercées par les annonceurs;
- la S.A. JC Decaux Belgium Publicité est "contrainte" par ses fournisseurs d'espace, qui exigent une rémunération croissante pour la location ou la concession d'espace à des fins d'utilisation publicitaire;
- La publicité extérieure subit la pression émanant des autres formes de publicité.

c) Absence de pratiques anticoncurrentielles

La S.A. JC Decaux Belgium, bien que ne se considérant pas en position dominante, estime devoir fournir certains éléments qui permettent d'écarter les allégations d'abus.

- Une entreprise dominante peut participer au jeu de la concurrence

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité estime utile de rappeler que le fait même de détenir une position dominante n'est pas en soi une infraction au droit de la concurrence.

Même si une entreprise en position dominante adoptait une pratique qui a pour effet d'exclure un concurrent, ce n'est que si elle utilise des moyens autres que la concurrence légitime fondée sur les mérites qu'elle devra être sanctionnée. Le jeu de la concurrence exige que toutes les entreprises, y compris celles qui détiennent une position dominante, puissent participer au jeu concurrentiel et aux appels d'offres.

- La S.A. JC Decaux Belgium Publicité, qui n'est pas en position dominante, ne pratique pas de prix prédateurs.

Dans le cadre de l'obtention d'une concession ou d'une location, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité et la S.A. Clear Channel Belgium sont amenées à installer du mobilier urbain. Elles le font gratuitement pour le concédant. Le propre de ces situations est que le mobilier urbain sera payé par des tiers, les annonceurs, au bénéfice des collectivités locales. La rentabilité des offres faites par les concessionnaires potentiels doit donc s'apprécier sur les recettes futures dégagées par l'exploitation de l'espace publicitaire. L'accusation de la S.A. Clear Channel Belgium est donc pour le moins prématurée puisque la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'a fait que proposer un montant pour la redevance relative à la concession du domaine public. Il est tout à fait remarquable que la S.A. Clear Channel Belgium reproche à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité de faire des pertes sur des ventes qu'elle n'a pas encore réalisées.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité a en outre fourni au Conseil de la concurrence des informations sur la rentabilité escomptée des concessions du domaine public à Liège, Edegem et Turnhout et affirme que les prix pratiqués couvriront bien ses coûts totaux pour chacune de ces localités, ce qui l'exonère de toute allégation de prix prédateurs.

Pour conclure, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité souligne que la vraisemblance d'une éventuelle "vente à perte" ou de "prix prédateurs" est mise en cause par les actions de la S.A. Clear Channel Belgium elle-même. En effet, celle-ci a proposé le 11 octobre 2001 dans le cadre de l'adjudication de

la ville de Liège, un montant de redevance bien supérieur à celui proposé par la S.A. JC Decaux Belgium. On ne comprend pas comment la S.A. Clear Channel Belgium peut argumenter avec sérieux que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité ne sera pas capable de couvrir ses coûts alors que la S.A. Clear Channel Belgium serait capable de supporter les coûts engendrés par une offre supérieure.

VI. En droit

A. Conditions d'octroi de mesures provisoires

Pour que des mesures provisoires au sens de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique puissent être prononcées par le président du Conseil de la concurrence, il faut que trois conditions soient cumulativement remplies :

1. l'existence d'une plainte recevable ;

2. l'existence prima facie d'une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique .

3. la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable dans le chef de la demanderesse ou de nature à nuire à l'intérêt économique général ;

1. Existence d'une plainte recevable

Une plainte a été déposée par la S.A. Clear Channel Belgium contre la S.A. JC Decaux Belgium Publicité le 12 octobre 2001 et a été enregistrée au secrétariat du Conseil de la concurrence sous la référence CONC-P/K- 01/0057. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité est en outre une entreprise au sens de l'article 1er a) de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.
La plaignante justifie d'un intérêt direct et actuel en tant qu'acteur important dans le secteur de la gestion des supports de publicité en ce compris le segment de la publicité sur mobilier urbain.

La S.A. Clear Channel Belgium est systématiquement concernée lorsqu'une commune ou une ville décide d'adjuger ou de contracter une concession domaniale.

La plainte introduite par la S.A. Clear Channel Belgium est par conséquent recevable.

La S.A. JC Decaux Belgium Publicité considère que la demande de mesures provisoires est irrecevable d'une part sur base du principe de l'autorité de chose jugée car la même demande a été soumise et tranchée par les juridictions de l'Ordre judiciaire et d'autre part en raison du fait que le Conseil de la concurrence ne serait pas compétent pour connaître de cette demande. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité invoque également l'exceptio obscuri libelli pour soutenir que la plainte de la S.A. Clear Channel Belgium et la demande de mesures provisoires qui y est assortie, devraient être déclarées irrecevables à défaut d'objet.

L'argument d'irrecevabilité de la demande de mesures provisoires avancé par la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'est pas fondé.

En effet, l'article 23 du Code judiciaire dispose que "l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité".

Comme elle le signale expressément dans sa note d'observations du 10 décembre 2001, la jurisprudence concernant les compétences parallèles mais distinctes du Conseil de la concurrence (et de son président) et des autres juridictions et réfutant que l'autorité de la chose jugée des décisions rendues par les juridictions de l'Ordre judiciaire puisse entraîner l'incompétence du Conseil et de son

président, se base sur les travaux préparatoires de la loi sur la protection de la concurrence économique. Dans l'Exposé des motifs, le gouvernement a clairement précisé que les éventuels différences d'appréciation entre le Conseil et une autre juridiction ne constituent pas de réels conflits, car dans ce genre de situation, ni la chose demandée, ni la loi invoquée, ni les parties en présence ne sont les mêmes : les actions se meuvent sur des plans différents qui ne se recoupent pas (Doc. Parl., Ch. Repr., sess. ord. 1989-1990, n°1282/1, pp. 33, 34).

En effet, le risque de contradiction n'existe pas dès lors que les motifs des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux d'une part, et par le Conseil de la Concurrence d'autre part sont nécessairement différents. La loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique est la seule susceptible de fonder une décision du Conseil de la concurrence et de son président.

Le président du conseil de la concurrence peut ainsi en vertu de l'article 35 de cette loi sur la protection de la concurrence économique, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet d'une instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt général et ce, nonobstant l'existence d'éventuelles décisions judiciaires.

Si dans le cadre des procédures menées en parallèle le dispositif de la demande formée par la S.A. Clear Channel Belgium est similaire, l'intervention du Conseil de la concurrence - et de son président dans le cadre des mesures provisoires -, se situe dans le cadre d'un contentieux objectif de légalité et de protection de la concurrence économique et non dans le cadre d'un contentieux subjectif tranchant des contestations particulières ou consacrant un droit d'une partie.

Les intérêts protégés sont donc avant tout publics et non particuliers, ce qui justifie d'ailleurs le caractère erga omnes des décisions du conseil qui doivent être publiées au Moniteur belge en vertu de l'article 41 de la loi du 5 août 1991, à la différence des décisions prononcées par les Cours et Tribunaux de l'Ordre Judiciaire.

En outre, le (président du) Conseil lorsqu'il est appelé à statuer sur l'objet particulier relevant de sa compétence, dispose notamment du rapport motivé du service de la concurrence rédigé au terme d'une enquête approfondie sur l'existence éventuelle d'une violation des règles de la concurrence économique, ce dont les juridictions de l'Ordre Judiciaire appelées à se prononcer sur d'éventuelles violations de droits subjectifs, ne disposent pas.

Dès lors, il ne peut être question d'invoquer l'autorité de la chose jugée s'agissant de juridictions appartenant à des ordres distincts, dont les compétences matérielles ne se recouvrent pas et dont les décisions ont une portée fondamentalement différente.

La demande de mesures provisoires doit dès lors être déclarée recevable.

2. Examen de l'existence prima facie d'une infraction à la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique .

La S.A. Clear Channel Belgium fait grief à la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, qu'elle qualifie d'entreprise en position dominante, de pratiquer des « prix prédateurs » dans le cadre des offres soumises pour l'octroi de concessions de mobilier urbain en vue de l'écarter à terme du marché de la publicité sur mobilier urbain ou à tout le moins d'entraîner son éviction du marché de Liège et de la zone d'Anvers ainsi qu'une diminution de ses parts de marché dans le Royaume. Ce faisant, selon la S.A. Clear Channel Belgium, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité abuse de sa position dominante et contrevient à l'article 3 de la loi sur le protection de la concurrence économique.

Avant de déterminer si la S.A. JC Decaux Belgium Publicité a commis un abus de position dominante, il convient d'examiner si elle est en position dominante sur le marché de la publicité extérieure ou du mobilier urbain.

Il résulte des pièces du dossier et d'une enquête du Service de la concurrence que sur base des données disponibles, la S.A. JC Decaux Belgium Publicité n'est pas en position dominante et ce, quelque soit le marché considéré comme pertinent pour la détermination des positions des entreprises visées dans cette affaire.

En effet, si l'on prend comme marché de référence celui de la publicité extérieure (comme le préconise la S.A. JC Decaux Belgium Publicité), il apparaît au dire même de la S.A. Clear Channel Belgium qu'elle détient le leadership du marché. La S.A. JC Decaux Belgium Publicité ne saurait donc y être en position dominante.

Si on retient comme marché de référence le marché le plus étroit relatif à la publicité sur mobilier urbain obtenu par concession (comme le souhaite la S.A. Clear Channel Belgium), on relève que la S.A. JC Decaux Belgium Publicité détient des parts de marché de près de 60 % contre 42 à son seul concurrent.

Cette part de marché importante au niveau national ne suffit pas à elle seule pour qualifier la position de la S.A. JC Decaux Belgium Publicité de dominante au sens de l'article 1er de la loi.

En effet, comme le signale la S.A. JC Decaux Belgium Publicité, elle est "contrainte" par un concurrent puissant qui dispose d'un réseau certes moins performant mais malgré tout bien implanté au niveau national et même meilleur sur le Sud du pays. En outre, elle doit tenir compte de la concentration extrême de la demande entre quelques centrales d'achats et de la pression sur les prix exercée indirectement par les annonceurs dont les budgets communications sont très sensibles à l'évolution économique. Enfin, elle est "contrainte" par les exigences financières croissantes des fournisseurs d'espace à fins publicitaires.

Ces arguments avancés par la partie incriminée se trouvent confortés par l'étude Mediactive de Carat Crystal.

Cette analyse, qui tend à rejeter l'existence d'une position dominante dans le chef des opérateurs présents sur le marché au niveau national, est également suivie dans une autre étude réalisée en décembre 2000 par "Space – Spac'Essentials" qui compare les réseaux de City et de Decaux.

Dans la mesure où la S.A. JC Decaux Belgium Publicité ne dispose pas d'une position dominante, et ce quel que soit le marché concerné retenu, elle ne peut a fortiori en abuser.

Étant donné que les conditions d'octroi des mesures provisoires sont cumulatives, il n'y a pas lieu, en l'absence de position dominante, d'examiner si les pratiques dénoncées doivent être considérées comme un abus au sens de l'article 3, c de la loi, ni de vérifier si ces pratiques sont de nature à causer un préjudice grave, imminent et irréparable, le défaut de l'une de ces conditions entraînant l'absence de fondement de la demande.

PAR CES MOTIFS,

Nous, Patrick De Wolf, vice-président faisant fonction de président du conseil de la concurrence, décidons qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de mesures provisoires sollicitées par la S.A. Clear Channel Belgium dans sa lettre du 12 octobre 2001 enregistrée au secrétariat du conseil de la concurrence sous la référence CONC-V/M-01/0058 .

Ainsi décidé le 25 janvier 2002 par Patrick De Wolf, vice-président faisant fonction de président du Conseil de la Concurrence.