

## **Décision n°2003-P/K-85 du 23 octobre 2003**

Affaire CONC-P/K-00/0011

En cause :

- La SPRL Eric Thiry Entreprises, société inscrite au registre de commerce de Dinant sous le numéro 36.610 ayant son siège social rue de la Corne 4 à 5620 Flavion, ci-après dénommée "ETE"
- La SPRLU Kilt Carburateurs , société inscrite au registre de commerce de Liège sous le numéro 164163 ayant son siège social rue Berger Haye 7 à 4606 Dalhem (Saint-Andre) , ci-après dénommée "KILT"

Contre

- L'ASBL Association Sportive Automobile Francophone (ci-après A.S.A.F.) ayant son siège social rue du Lombard, 85 à 5000 Namur.

Vu la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1er juillet 1999 ;

Vu la plainte déposée le 14 mars 2000 au secrétariat du Conseil de la concurrence et enregistrée sous le numéro CONC-P/K-00/0011 ;

Vu le rapport motivé du 16 janvier 2003 établi par le rapporteur et transmis au Conseil de la concurrence en date du 20 janvier 2003 ;

Vu la note déposée par la requérante à l'audience du 25 mars 2003 ;

Entendu à l'audience du 25 mars 2003 :

- Monsieur Patrick Marchand, rapporteur.
- Maître Raphaël Adam au nom de ETE et KILT et Monsieur Eric Thiry ;

### **1. Association d'entreprises incriminée**

L'A.S.A.F. est une fédération communautaire issue de l'association des cinq comités provinciaux francophones, en ce compris Bruxelles-Capitale. Ces comités provinciaux regroupent quelque 120 clubs de sport automobile et de karting.

Les pratiquants, membres de ces clubs, sont détenteurs d'une licence communautaire A.S.A.F. Sur les 4500 licenciés A.S.A.F., environ 3300 détiennent une licence "pilote" parmi lesquels on estime généralement qu'environ 300 pratiquent exclusivement le karting.

L'activité exercée par l'ASAF consiste à promouvoir, coordonner et réglementer la pratique du sport automobile dans les Communautés francophone et germanophone du pays et à cette fin, notamment développer les activités tendant à promouvoir la pratique du sport automobile par la population et de faire tout acte, toute opération, se rapportant directement ou indirectement aux objets ci-dessus.

L'A.S.A.F. organise et gère des compétitions à l'instar des clubs sportifs ou ligues de football.

### **2. Saisine**

Par note du 14 mars 2000, le Conseil de la concurrence a transmis au Corps des rapporteurs une plainte assortie d'une demande de mesures provisoires. Par courrier daté du 20 mars 2000, cette plainte et cette demande ont été transmises au Service de la concurrence.

Le 6 décembre 2000, le Président du Conseil de la concurrence a, par décision n°2000-V/M-39 :

- Déclaré la demande de mesures provisoires recevable et fondée ;

- Interdit à l' A.S.A.F de "lancer un appel d'offre pour la saison 2001 (ou lui ordonnons de suspendre l'appel d'offre 2001 s'il a déjà été lancé) qui ne répondrait pas aux conditions suivantes:
- suppression de la clause de prix maximum ;
- suppression des exigences de garantie générale ;
- suppression de la clause de soutien commercial ;
- Indication claire de la fourchette admissible pour le degré de dureté des pneus vis à vis des normes et des tolérances indiquées par le constructeur ;
- Interdit à l' A.S.A.F. d'imposer des caractéristiques techniques qui auraient pour conséquence d'exclure de façon non objective une marque de pneu ;
- Ordonné à l' A.S.A.F. de supprimer toute obligation d'utilisation d'une marque de pneu pour les courses de karting et de remplacer cette obligation par celle, pour le pilote, de faire choix parmi une liste reprenant, par catégorie de compétiteurs, les marques et les références des pneus qui répondent aux critères techniques préalablement retenus (homologation, dimensions, dureté) ;
- Ordonné à l' A.S.A.F. de communiquer à ses frais le présent dispositif à tous les CSAP et les clubs y affiliés ainsi que de le publier dans l' A.S.A.F. News et sur son site Internet."

### 3. Les faits

Le 10 janvier 2000, l' A.S.A.F. a lancé un appel d'offres destiné à sélectionner les marques et types de pneus qui devront être utilisés par les pilotes des différentes catégories de la discipline karting lors de chaque épreuve reprise à son calendrier pour l'ensemble de la saison 2000. Pour être prises en considération, les offres devaient être transmises au plus tard le 28 janvier 2000.

Le 24 janvier 2000, Daems Racing a adressé son offre pour les pneus Maxxis.

Le 25 janvier 2000, les demanderesses ont adressé un courrier à l' A.S.A.F. en faisant état de leurs remarques quant à la procédure suivie, à la dureté de la gomme retenue et à la dimension des pneus. Elles demandaient, in fine, qu'un nouvel appel d'offres correct soit diffusé.

A cette date également, Genker Kart Shop, distributeur pour la Belgique des pneus Bridgestone et Vega, adresse ses offres.

Le 2 février 2000, l' A.S.A.F. communique les décisions prises à Genker Kart Shop et Daems Racing.

Le 3 février 2000, un nouvel appel d'offres réservé aux seuls pneus "pluie" est lancé en demandant que les offres soient communiquées au plus tard le 11 février 2000.

Ce nouvel appel d'offres est justifié, selon l' A.S.A.F., par une "erreur technique dans la rédaction du précédent appel d'offres" qui ne lui a pas permis de fixer son choix.

Cette erreur technique n'est pas plus amplement précisée.

Daems Racing et Genker Kart Shop introduisent leurs offres respectivement les 8 et 9 février 2000.

Le 15 février 2000, l' A.S.A.F. adresse à Daems Racing et à Genker Kart Shop le tableau récapitulatif des pneus choisis pour la saison Karting 2000, à la suite des réunions du groupe de travail Karting des 1<sup>er</sup> et 14 février 2000.

La marque Dunlop est absente de la liste établie et le 22 février 2000 les demanderesses confirment au Secrétaire général de l' A.S.A.F. le souhait de leurs conseils de prendre connaissance de la décision officielle du conseil d'administration de l'association relative à l'attribution du marché.

Préalablement à cette procédure d'appel d'offres, il y a lieu de préciser que les demanderesses avaient interpellé l' A.S.A.F., le 8 juin 1999, pour que celle-ci leur communique la date exacte à partir de laquelle les offres seraient ouvertes. Aucune réaction n'avait pu être constatée.

"Après moult interpellations verbales demeurées vaines et craignant une nouvelle fois qu'elles n'aient pas droit au chapitre, les requérantes ont, par l'intermédiaire de leur conseil, par pli du 26 octobre 1999, mis en demeure la défenderesse de donner suite au courrier précité" (p.3 de la demande de mesures provisoires).

Par lettre du 03 novembre 1999, l'A.S.A.F. avait alors répondu aux demanderesses que ces dernières pouvaient lui faire parvenir leur offre complète et détaillée, sans autre précision.

Par pli du 10 novembre 1999, les requérantes avaient formulé leur proposition.

Ce n'est donc que le 10 janvier 2000 que l'appel d'offres précité a été lancé.

Pour rappel, le 25 janvier 2000, les requérantes ont attiré l'attention de la défenderesse sur le caractère irrégulier de son cahier de charges et conséquemment de son appel d'offres.

Aucune réaction de la défenderesse n'a été observée.

Après lecture de ce cahier des charges, les requérantes ont constaté qu'il leur était impossible de remettre une offre conforme.

#### 4. Grievs invoqués par le plaignant

Les demanderesses font grief à l'A.S.A.F., seule détentrice du pouvoir sportif automobile régional francophone, d'abuser de sa position dominante sur le marché de l'organisation des compétitions et par induction sur le marché de l'écoulement des pneumatiques.

Elles lui reprochent:

1. de les exclure dudit marché en érigeant unilatéralement des spécifications techniques (article 3.3 de l'appel d'offres) précisant les dimensions et le nombre de shores requis pour chaque catégorie;
2. de limiter les débouchés ainsi que la production au préjudice des consommateurs;
3. de subordonner la conclusion du contrat à des prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec le contrat principal. En effet, l'appel d'offres de la défenderesse impose à chaque fournisseur d'accompagner son offre d'une caution de 100.000 francs belges à l'ordre de l'A.S.A.F. à titre de garantie générale pour l'application des engagements au niveau de l'homologation, la constance des prix, le stock et le soutien commercial.
4. de cadenasser les prix, la qualité ainsi que le progrès technique par le biais des clauses de constance de prix, de qualité et de disponibilité du produit inhérentes au contrat d'appel d'offres;
5. d'appliquer des conditions inégales vis-à-vis de différents fournisseurs et donc irrégulières au niveau concurrentiel;
6. de rompre l'égalité entre les manufacturiers homologués FMK/CIK ;
7. de pratiquer une distribution exclusive vis-à-vis de certains tiers;
8. de refuser de communiquer aux plaignantes les résultats de l'appel d'offres ce qui corrobore l'idée de sa position de "suprême décideur";

et donc de violer les articles 2 et 3 de la loi.

## 5. Position du rapporteur

Attendu que le rapporteur rappelle que la loi s'applique aux entreprises, c'est à dire à "toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique" ;

Que les travaux préparatoires de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique renseignent que la définition de la notion d'entreprise est déduite de "la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de concurrence, ceci afin d'assurer une plus grande sécurité juridique aux entreprises qui peuvent se référer aux interprétations données à ces notions par les autorités du Marché commun. (...) Tant la Cour de justice que la Commission partent d'un critère fonctionnel et estiment que chaque entité dont les activités tendent à produire les effets visés par les articles 85 et 86 est à considérer comme une entreprise."

Attendu qu'il ajoute, qu' "il est permis de déduire des conclusions de l'avocat général Carl Otto Lenz (prises dans le cadre de l'affaire C415/93 dite affaire Bosman) que les clubs amateurs ne sont pas des entreprises visées par l'article 81" ;

Que comme les investigations menées dans le cadre de la plainte ont démontré que les clubs de karting répondent à la qualification d'association sans but lucratif, ils ne peuvent être qualifiés de clubs professionnels et ne sont pas des entreprises au sens de la loi ;

Qu'il en conclut à l'irrecevabilité de la plainte.

## 6. Position du Conseil

Attendu que dans sa décision du 6 décembre 2000 (numéro 2003-V/M-39), le président du Conseil a estimé, *prima facie*, suivant en cela l'avis du Service de la concurrence et du Corps des Rapporteurs, que l'ASAF pouvait être considérée comme une association d'entreprises, en relevant que si toutes ces sociétés sont constituées sous la forme d'ASBL, il n'en reste pas moins vrai qu'elles fournissent ensemble un service contre rémunération en organisant et en gérant des compétitions automobiles et qu'elles poursuivent donc de manière durable une activité économique.

Attendu que le Conseil de la concurrence ne peut suivre le rapporteur dans l'interprétation qu'il fait des conclusions de l'avocat général précitées ;

Qu'il convient de reprendre l'alinéa 255 de ces conclusions qui explique que la notion d'entreprise comprend "toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. (...) C'est dès lors tout aussi vainement que le gouvernement italien soutient que les clubs de football ne poursuivraient pas de but lucratif. Même si cette affirmation devait être exacte - ce qui nous paraît très douteux - elle serait dénuée de pertinence puisque la notion d'entreprise qui sous-tend le droit communautaire de la concurrence ne requiert pas de but lucratif" ;

Que l'avocat général précise encore qu' "il ne fait pas de doute que les différentes associations de football doivent être considérées comme étant des associations d'entreprises au sens de l'article 85. La circonstance que, en plus des clubs professionnels, de nombreux clubs amateurs en fassent partie n'y change rien.

De surcroît, des associations d'entreprises peuvent elles aussi être considérées comme étant des "entreprises" au sens précité, dans la mesure où elles ont elles-mêmes des activités économiques" ;

Que la Cour de Justice a suivi cette analyse dans l'arrêt C415/93 du 15 décembre 1995 (Arrêt Bosmans) ;

Que dans une affaire similaire, le président du Conseil de la concurrence a également eu l'occasion de se prononcer dans le même sens (Affaire VAS c./ Daems, décision du 13 novembre 2001, n°2001-V/M-58).

Attendu de plus et surabondamment que l'ASAF n'a pas contesté être une association d'entreprises lors de la demande de mesures provisoires accompagnant la présente plainte.

Attendu qu'il ressort clairement de ce qui précède que le fait que les clubs de karting et l'ASAF soient organisés sous le statut d'ASBL ne les exclut pas du champ d'application de la loi.

Qu'au contraire, les activités qu'elles développent, tels des contrats relatifs à la publicité, l'organisation de compétitions contre rémunération, la vente de tickets d'entrées, etc. sont révélatrices d'une activité durable à but économique (Cf. Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, Commentaire J. Megret, *Le droit de la CE*, tome 4 - Concurrence, Edition de l'ULB, 1997, p. 37).

Attendu que l'ASAF étant une association d'entreprises au sens de la loi, la plainte doit être déclarée recevable et il convient d'inviter le Corps des rapporteurs à reprendre l'instruction de son fondement.

## Par ces motifs

### Le Conseil de la concurrence

- Décide que l'ASBL A.S.A.F. doit être considérée comme une association d'entreprises au sens de la loi;
- Dit la plainte recevable ;
- Renvoie le dossier au Corps des rapporteurs pour instruction au fond sur base de l'article 24, §2, alinéa 8 de la loi.

Ainsi décidé le 23 octobre 2003 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, président de chambre, de Madame Béatrice Ponet et Messieurs Patrick De Wolf et Eric Balate, membres.