

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 2009-I/O-11 du 28 mai 2009

Affaire CONC-I/O-07/0034 : accord de partenariat "BCT"

I. Procédure

1. Le 19 juillet 2004, le Conseil de la concurrence a reçu la notification conjointe déposée par les sociétés « De Boeck Invest NV », « Autocars Henri De Boeck en reizen André Leloup NV » (ci-après : De Boeck), « Nicdo NV », « Open Tours - Les Voyages Belges NV » (ci-après : Open Tours), des accords conclus entre elles en vue d'obtenir à titre principal une attestation négative sur la base de l'article 6, § 1 de la loi sur la protection de la concurrence économique coordonnée le 1^{er} juillet 1999 (ci-après dénommée l'ancienne loi) et à titre subsidiaire, en application de l'article 7 de l'ancienne loi, une exemption au titre de l'article 2, § 3 de cette même loi.

2. L'affaire a été enregistrée sous le numéro CONC-E/A-04/0049.

3. L'instruction a été menée par le Service de la concurrence entre juillet 2004 et juillet 2006. Au terme de la procédure d'instruction, le 6 juillet 2006, l'auditeur a adressé sa communication des griefs aux entreprises incriminées.

4. Le 29 septembre 2006, les entreprises incriminées ont remis à l'auditeur leurs observations écrites sur la communication des griefs.

5. Le 16 janvier 2007, suite à la communication des griefs de l'auditeur et aux observations écrites des entreprises incriminées, une rencontre a eu lieu entre l'auditeur, les agents du Service de la concurrence et les membres fondateurs de la société concernée par l'accord, « Brussels City Tours » (ci-après dénommée « BCT ») en vue d'apporter des modifications aux accords afin de les rendre conformes avec le droit belge de la concurrence.

6. Le 7 juin 2007, les entreprises incriminées transmettent à l'auditeur un projet d'engagements dans le but de lever les préoccupations de concurrence relevées par l'auditeur dans sa communication des griefs du 6 juillet 2006.

7. Le 1^{er} octobre 2006 entre en vigueur la Loi du 10 juin 2006 sur la protection de la concurrence économique, coordonnée par arrêté royal du 15 septembre 2006 (ci-après : « LPCE »). En vertu de son article 94, § 1, les notifications qui ont été effectuées en vertu de l'article 7, § 1^{er} de l'ancienne loi, sont devenues caduques à la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

8. Sur la base de l'article 44, § 1, 2^o de la nouvelle loi sur la protection de la concurrence économique, et après avoir constaté que les engagements proposés par les entreprises incriminées ne permettaient pas de résoudre les problèmes concurrentiels relevés dans sa communication des griefs du 6 juillet 2006, l'auditeur a ouvert, le 19 novembre 2007, une instruction d'office portant sur l'accord BCT. L'instruction d'office est enregistrée sous la référence : CONC-I/O-07/0034.

9. Le 9 juillet 2008, l'auditeur transmet son rapport d'instruction au Conseil de la concurrence. L'affaire est distribuée à la neuvième chambre. Le 8 août 2008 un premier calendrier est fixé pour les observations écrites. Suite à des demandes motivées de prolongation de délais par les entreprises incriminées, la chambre décide de convoquer les parties dans le but de refixer un nouveau calendrier de dépôt d'observations écrites. A l'audience du 18 novembre 2008 un nouveau calendrier est fixé. La

Version publique

chambre entend également les parties sur des nouveaux développements portés à son attention, notamment l'arrêt éventuel des activités commerciales de la société BCT et une mise en liquidation prévue.

10. Le Conseil reçoit les observations écrites suivantes :

- de la part des entreprises incriminées, le 16 décembre 2008 et le 30 janvier 2009,
- de la part de l'auditeur, le 16 janvier 2009.

11. A l'audience du 6 février 2009, l'auditeur, les parties et leurs conseils sont entendus.

II. Notification et engagements

12. Dans la notification, les entreprises concernées demandaient tout d'abord une attestation négative parce que, selon elles, les conditions de l'article 2 de la LPCE n'étaient pas remplies. En ordre subsidiaire, elles estimaient en tout état de cause, pouvoir bénéficier d'une exemption et défendaient que les conditions cumulatives pour une telle exemption sont remplies.

13. A l'examen du dossier de notification de l'entente déposé par les parties, l'auditeur relève plusieurs préoccupations de concurrence énumérées et décrites dans sa communication de griefs du 6 juillet 2006.

14. Il apparaît du dossier que des entretiens eurent lieu par la suite entre les entreprises notifiantes et l'auditeur. A la suite de ces entretiens, les parties ont proposé des engagements à l'auditeur. Les engagements sont offerts pour rencontrer les éventuelles préoccupations de l'autorité de concurrence et sous la condition que l'auditeur confirme qu'avec les engagements, il n'y a pas d'infraction aux règles de concurrence et que la procédure sera clôturée (courrier du 7 juin 2007 du conseil des sociétés citées).

Les engagements offerts par les parties De Boeck, Open Tours et BCT portaient notamment sur la façon dont les prix des billets pour les circuits « Hop on Hop off » seraient calculés, sur les démarches possibles envers les clients potentiels et par rapport aux concurrents.

15. L'auditeur a finalement estimé que les engagements proposés par les parties ne résolveaient pas les problèmes concurrentiels énoncés dans la communication des griefs et émet de sérieuses réserves quant à leur efficacité. Pour cette raison, il confirme son analyse concurrentielle dans le rapport déposé au Conseil dans lequel il reprend les préoccupations de concurrence déjà exprimées dans sa communication des griefs.

III. Objet du rapport et faits pertinents

16. La société de droit belge "De Boeck Invest NV" est une société holding qui détient 99,56 % d'actions dans le capital de la société "Autocars Henri De Boeck en reizen André Leloup NV" qui a pour activités d'offrir, en Région de Bruxelles-Capitale, des services de transports réguliers touristiques.

La société « Nidco NV » est une société de management des conjoints Dochy qui contrôlent la société « Open Tours-Les Voyages belges NV » active dans le transport touristique par bus dans la région de Bruxelles-Capitale.

17. Le 24 mai 2004, les sociétés De Boeck Invest NV et Nidco NV concluent une convention d'actionnaires en présence des sociétés commerciales « Autocars Henri De Boeck en reizen André Leloup NV » et « Open-Tours-Les Voyages belges NV » ainsi qu'en présence de la société « BCT ».

A la même date, les sociétés commerciales « Autocars Henri De Boeck en reizen André Leloup NV », « Open-Tours-Les Voyages belges NV » et « BCT » concluent une convention de distribution commerciale et d'entreprise.

Les sociétés De Boeck Invest et Nidco constituèrent également le 4 mai 2004, une filiale commune, la

Version publique

société « BCT » dans le cadre des accords susvisés et notifiés à l'autorité de concurrence belge le 19 juillet 2004.

La société « BCT » a notamment pour activité, la commercialisation, en qualité d'intermédiaire pour ses mères, de tickets pour tous moyens de transport rémunéré de personnes, dont en particulier, les services « hop on hop off » et les circuits à « portes fermées » ainsi que l'activité d'excursion « one day trip » en et à partir de la Région de Bruxelles-Capitale. C'est donc dans une perspective de collaboration que les sociétés De Boeck Invest et Nidco ont constitué leur société commune « BCT » qui a pour activité la commercialisation des tickets relatifs au marché « hop on hop off » et au marché « One day trip » tels qu'ils sont définis dans la convention d'actionnaires.

18. La convention d'actionnaire est conclue pour une durée de 7 ans et entend définir la répartition des actions entre les sociétés mères de la filiale commune « BCT », la gestion journalière et la répartition des activités entre « BCT », et les groupes « De Boeck » et « Open Tours ». Elle est également conclue sous la condition résolutoire de l'approbation du Conseil de la concurrence donnée à leur accord.

19. La convention de distribution commerciale et d'entreprise est aussi conclue pour une durée de 7 ans et confie à BCT la commercialisation des tickets relatifs aux services « hop on hop off » et aux services des excursions « one day trip » que les groupes De Boeck et Open Tours offrent en région de Bruxelles-Capitale. Elle définit également les modalités générales d'exécution de ces services touristiques qu'offrent De Boeck et Open Tours, les missions et la compétence du distributeur BCT ainsi que sa rémunération. L'activité « hop on hop off » sera répartie à concurrence de [...] % pour De Boeck et [...] % pour Open Tours et chacune d'elle affectera [...]. L'activité « one day trip » sera répartie à concurrence de [...] % par De Boeck et de [...] % par Open Tours, pendant le même nombre de jours. A cette fin, De Boeck et Open Tours assureront l'exécution des services réguliers touristiques « hop on hop off » et « one day trip » selon les horaires et circuits déterminés dans des brochures annexées à cette convention. A la fin de chaque mois, BCT effectuera un relevé des services « hop on hop off » et « one day trip » prestés respectivement par De Boeck et Open Tours afin de pouvoir vérifier le respect de la clé de répartition des services convenue entre De Boeck et Open Tours. Cette convention de distribution commerciale et d'entreprise est également conclue sous la condition résolutoire de l'approbation du Conseil de la concurrence.

20. Dans son rapport du 9 juillet 2008, l'auditeur conclut son analyse concurrentielle sur l'entente des parties De Boeck et Open Tours en retenant l'existence de :

1°- l'entente sur les prix : l'auditeur relève que le dossier de notification des entreprises indique de manière explicite les prix de vente que BCT pratiquera dès la mise en place du contrat pour les différents circuits. Par ailleurs, De Boeck et Open Tours refacturent à BCT les services qu'ils présentent pour celui-ci selon les tarifs annexés au contrat de distribution. La clause de l'accord est contraire à l'article 2, § 1 de la LPCE.

2°- la répartition des marchés : l'auditeur indique que la convention de distribution commerciale et d'entreprise prévoit une répartition précise des activités « hop on hop off » et « one day trip » entre De Boeck et Open Tours. En définissant une clé de répartition pour chaque activité exercée par BCT, les parties incriminées faussent les règles de concurrence entre elles et augmentent leur pouvoir de marché face au seul concurrent Nice Travelling. L'article 7 de la convention de distribution commerciale est dès lors contraire à l'article 2, § 1 de la LPCE.

21. L'auditeur conclut son rapport d'instruction en invitant la chambre du Conseil à constater notamment que l'accord BCT est restrictif de concurrence en ce qu'il constitue une entente sur les prix et un partage de marché interdit par la loi, non susceptible de bénéficier d'une exemption au sens de l'article 2, § 3 de la LPCE et d'en constater la nullité conformément à l'article 2, § 1 de la LPCE.

Concernant l'imposition éventuelle d'amendes, l'auditeur constate que sous l'empire de la loi ancienne,

Version publique

cet accord faisait l'objet d'une notification et bénéficiait d'une immunité d'amendes. L'auditeur souligne la collaboration des entreprises incriminées, y compris pendant la période informelle précédant l'ouverture de l'instruction d'office. De plus la période d'infraction pouvant faire l'objet d'une amende est courte (à partir d'octobre 2006 et se termine pour le marché des circuits « à portes fermées » en décembre 2007). L'auditeur ne demande dès lors pas au Conseil de prononcer des amendes, vu les considérations précédentes et l'importance économique relative du marché.

IV. Marchés en cause

4.1. Marché des produits

22. L'auditeur définit pour la Région de Bruxelles-Capitale trois marchés concernés dans son rapport.

23. Le premier marché est celui des circuits touristiques « hop on hop off » qui est distinct du marché des circuits « à portes fermées ». L'auditeur soulève que ces circuits touristiques sont soumis à des autorisations distinctes et que leur public cible est différent. Et il n'y a pas de substituabilité au niveau des prix.

24. Le consommateur type est souvent un particulier de passage à Bruxelles. L'achat d'un billet pour une telle excursion est impulsif et fait souvent suite à la méthode d'accrochage des clients pratiquée aux abords des gares, ou via les hôtels ou le bureau de vente propre (dans le cas de BCT). La fréquence du « hop on hop off » favorise cet achat impulsif de même que sa durée de validité de 24 heures. La description du parcours et des sites vus dans le « hop on hop off » se fait via des écouteurs alors que pour les autres excursions, la visite est commentée par un guide (sauf pour les excursions « à portes fermées » courtes).

L'auditeur explique encore que le circuit « hop on hop off » offre la possibilité de parcourir la ville et de s'arrêter pour visiter certains sites. Le circuit « à portes fermées » ne permet pas ces arrêts, pas plus que le « one day trip » qui offre une visite de la ville de destination.

25. Le second marché concerne le marché des circuits touristiques « à portes fermées », le consommateur serait tant un non résident qu'un résident, le mode d'achat se faisant sur réservation, directement auprès du fournisseur de services ou via une agence d'Incoming (il s'agit d'une agence qui organise pour des touristes étrangers des voyages dans le pays où elle exerce son activité).

26. Le troisième marché retenu par l'auditeur est le marché des excursions « one day trip ». Sur ce marché, le consommateur est un touriste de passage à Bruxelles ou un résident désireux de visiter d'autres villes belges ou d'autres villes européennes.

27. Le rapport reprend également les réactions d'entreprises tierces ayant répondu aux demandes de renseignements de l'auditeur lors de son instruction. Nice Travelling dit être présent uniquement sur le marché du circuit « hop on hop off » et que c'est ce marché du circuit « hop on hop off » ou équivalent qu'il faut prendre en considération pour l'accord. Bus bavard distingue le marché des circuits touristiques dans la Région de Bruxelles-Capitale comprenant les services « hop on hop off » et les circuits « à portes fermées » d'une part, et le marché des excursions « one day trip » d'autre part. Rio Cars estime que le marché du circuit touristique par autocars (qui englobe les services « hop on hop off » et les circuits « à portes fermées ») et le marché des circuits « one day trip » sont deux marchés totalement différents.

28. Selon les parties incriminées, deux marchés de services sont concernés par l'accord.

29. Le premier marché concerne le marché des circuits touristiques par autobus ou équivalent en Région de Bruxelles-Capitale qui comprend les circuits « hop on hop off », c'est à dire des services de transport régulier « à portes ouvertes » qui consistent en l'organisation de circuits touristiques urbains au

Version publique

cours desquels les autocars font des arrêts prédéterminés devant des sites touristiques où les passagers détenteurs d'un titre de transport peuvent monter et descendre librement pendant la période de validité du titre. Aucun guide n'accompagne le circuit, mais les véhicules sont équipés d'un système d'information multilingue. Ce marché comprendrait également les circuits « à portes fermées » avec guide, qui sont des services de transport occasionnel. Finalement, les circuits touristiques qui permettent de découvrir Bruxelles dans un laps de temps assez court, feraient également partie de ce marché.

30. Le second marché est le marché des excursions de type « one day trip » et assimilées.

Il s'agit d'une activité de transport occasionnel en autocar qui consiste en l'organisation de circuits touristiques extra urbains à partir de la Région de Bruxelles-Capitale, d'une journée ou demi-journée, vers d'autres villes belges (Gand, Bruges, Anvers, ...), parfois vers l'étranger (Cologne, Amsterdam, ...). Un guide accompagne le groupe. Les excursions (demi-journée) ont lieu également à Bruxelles et se distinguent des circuits à « portes fermées » dans la mesure où les passagers descendent du bus pour visiter certains sites tout au long du parcours et sont accompagnés par un guide. La durée de l'excursion est plus longue que l'excursion à « portes fermées ». Le prix du billet (excursion d'une demi-journée) plus élevé comprend à la fois le service de transport et la prestation d'un guide touristique.

31. Les entreprises ajoutent qu'il est vrai cependant que la ligne de démarcation n'est pas toujours évidente à discerner et il ne peut être exclu que pour certains consommateurs, les circuits « à portes fermées » et les excursions à Bruxelles soient interchangeable dans une certaine mesure malgré les caractéristiques propres et la différence de prix (différence qui s'explique principalement par la présence du guide).

32. Le Conseil de la concurrence estime que l'instruction n'a pas permis d'arrêter de manière définitive une segmentation de marché et de trancher si les circuits « hop on hop off » et les circuits « à portes fermées » font partie d'un seul et même marché. Le Conseil estime pouvoir laisser ouverte la question de la description du marché des produits en cause dans la mesure où, si une définition plus étroite, telle que celle proposée par l'auditeur, devait être retenue, cela ne modifierait pas substantiellement l'analyse concurrentielle qu'il doit effectuer.

4.2. Marché géographique

33. En ce qui concerne les marchés de services « hop on hop off » et « à portes fermées », l'auditeur propose dans son rapport de laisser la définition du marché géographique ouverte estimant que quelle que soit la définition géographique retenue, l'accord a un effet sensible sur le marché.

34. Selon les entreprises incriminées, le marché géographique à retenir pour le marché des circuits touristiques des services « hop on hop off » et « à portes fermées », est la Région de Bruxelles-Capitale.

35. Pour le marché des excursions « one day trip », l'auditeur, tout comme les entreprises, estiment que le marché géographique est défini par le lieu de départ, à savoir Bruxelles, et le lieu de destination. Les excursions offertes à partir d'une autre partie de la Belgique ou d'un autre pays ne constituent pas une alternative pour un touriste de passage à Bruxelles.

36. En ce qui concerne le marché de services « hop on hop off » et « à portes fermées », le Conseil estime pouvoir laisser ouverte la question de la définition du marché géographique dans la mesure où si une définition plus étroite devait être retenue, cela ne modifierait pas substantiellement l'analyse concurrentielle.

Pour le marché des excursions « one day trip », le Conseil suit la définition géographique donnée par les entreprises et confirmée par l'auditeur.

V. Commerce entre Etats membres

37. Le Conseil de la concurrence estime que concernant l'accord se rapportant aux marchés des services « hop on hop off » et des services « à portes fermées », il découle de la définition du marché géographique retenue ci-dessus par le Conseil qu'il peut appliquer la présomption d'absence de l'affectation sensible du commerce entre Etats membres sur la base du caractère restreint du territoire affecté par ledit accord (Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JOCE (2004), C 101 p. 81, § 50 et suivants).

38. En ce qui concerne l'accord relatif au marché des excursions « one day trip », le Conseil estime également pouvoir appliquer la présomption d'absence de l'affectation sensible du commerce entre Etats membres dans la mesure où les excursions offertes à partir d'une autre partie de la Belgique ou d'un autre pays ne constituent pas une alternative pour un touriste de passage à Bruxelles.

VI. Intérêt de poursuivre

39. Les entreprises incriminées s'interrogent sur l'opportunité de poursuivre la procédure devant le Conseil de la concurrence et invitent celui-ci à déclarer qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en se fondant sur la base de l'article 51 de la LPCE.

Les entreprises fondent ce moyen sur les éléments suivants :

- elles ont collaboré étroitement avec l'auditeur et déposé des engagements en vue de lever les préoccupations de concurrence relevées dans la communication des griefs du 6 juillet 2006,
- la modification de la situation légale sur le marché de la Région de Bruxelles-Capitale par l'adoption d'une ordonnance bruxelloise du 6 mars 2008 qui attribue à la STIB le pouvoir de réorganiser le marché des services « hop on hop off » sur la Région de Bruxelles-Capitale et de soustraire ce marché par la voie d'appel d'offres. Les entreprises précisent que l'adoption de cette disposition et l'organisation de l'appel d'offres étaient attendus dans le courant 2007 comme annoncé par les autorités. Cet élément a joué dans leur analyse pour la continuation ou la cessation de leur relation commerciale au sein de BCT,
- les activités BCT se sont terminées début novembre 2008.

Ce n'est donc qu'en ordre subsidiaire que les entreprises incriminées ont soulevé que leur accord n'est pas restrictif de concurrence et que, à tout le moins, il peut bénéficier d'une exemption au titre de l'article 2, § 3 de la LPCE.

Les entreprises ont confirmé à l'audience que les activités de BCT se sont terminées début novembre 2008. BCT ne vend plus de tickets et son personnel a été transféré à une des fondatrices selon la volonté des employés. Le bureau de vente des tickets BCT est fermé. Un liquidateur sera nommé et une mise en liquidation de la société BCT est prévue.

40. L'auditeur fait remarquer que c'est suite à la saisine du Conseil de la concurrence que les entreprises ont mis fin à leur accord, et qu'elles n'ont jamais reconnu la moindre restriction de concurrence. Il ajoute par ailleurs qu'il est aussi fréquent que des décisions d'autorités de concurrence condamnent des accords ou des pratiques qui ne sont plus d'application. Toujours selon l'auditeur, ne pas condamner formellement ce type d'accord équivaldrait à leur accorder un blanc seing. Il ajoute encore que dans le cadre du programme de clémence par exemple, tant la Commission que les autorités nationales de concurrence procèdent à des perquisitions qui ont souvent pour effet de mettre fin au comportement litigieux, mais cela ne clôt nullement la procédure. Enfin, l'auditeur, même s'il reconnaît une certaine coopération des entreprises, ne voit pas pourquoi les fondateurs de BCT devraient bénéficier d'un régime plus favorable qu'un demandeur de clémence qui, s'il peut bénéficier d'une immunité d'amende, n'échappera ni à une condamnation devant les autorités de concurrence, ni à sa

Version publique

responsabilité civile.

41. En ce qui concerne le moyen des entreprises concernées, il consiste, en réalité, à dire qu'il n'y a pas d'intérêt à poursuivre cette affaire et que le Conseil devrait pouvoir se limiter à le constater.

42. Aux termes de l'article 51 de la LPCE la chambre du Conseil peut « après réception du rapport de l'auditeur concernant une plainte, une demande ou une instruction d'office, déclarer, par décision motivée, qu'en fonction des éléments dont elle a connaissance, il n'y a pas lieu pour elle d'intervenir. »

43. Cependant, sans vouloir se prononcer sur l'opportunité d'amener cette affaire devant le Conseil tenant compte des circonstances particulières soulevées par les entreprises, il faut constater que les entreprises n'ont pas indiqué sur quelle base légale le Conseil pourrait suivre leur invitation de (se limiter à) constater qu'il n'y a pas d'intérêt à poursuivre une fois qu'un rapport a été déposé.

L'article 52 de la LPCE stipule notamment que, « après réception du rapport de l'auditeur, la chambre du Conseil qui connaît de l'affaire peut constater, par décision motivée :

1° qu'il existe une pratique restrictive de concurrence et ordonner la cessation de celle-ci, s'il y a lieu, suivant les modalités qu'elle prescrit ;

2° qu'il n'existe pas de pratique restrictive de concurrence, pour autant qu'il n'y ait pas d'affectation du commerce entre Etats membres de la communauté européenne ; (...). »

44. Aussi bien l'article 51 que l'article 52 précités, prévoient de façon explicite une décision motivée de la part du Conseil. Il ressort de ces dispositions que le dépôt du rapport d'instruction a pour effet qu'en tout état de cause le Conseil doit se prononcer. Une telle décision implique un examen des dispositions de la LPCE auxquelles une infraction a été commise selon l'auditeur. La chambre ne dispose pas de marge d'appréciation quant à l'opportunité de prendre une telle décision motivée au terme de la procédure.

45. La « faculté » exprimée à l'article 52 LPCE par les termes « la chambre peut constater » ne porte que sur les différents types de décisions énumérés sous les numéros 1° à 4° de cet article, que la chambre peut prendre, mais ne signifie pas que la procédure d'instruction décrite aux articles 44 à 47 de la LPCE pourrait se terminer sans décision dans un sens ou dans un autre (voir arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 7 avril 2009, n° 2007/MR/5, Ordre de pharmaciens).

VII. L'existence de pratiques restrictives

46. Il apparaît du rapport que les parties De Boeck et Open Tours, dans une perspective de collaboration portant sur une durée de 7 ans, ont constitué une entreprise commune, la société BCT, afin notamment d'améliorer la qualité des services qu'ils sont en mesure d'offrir aux passagers sur les différents marchés décrits au titre IV. Les parties à l'accord ont conclu différentes conventions dans lesquelles l'auditeur a identifié des restrictions qu'il qualifie de restrictions de concurrence. L'accord de partenariat BCT contient différentes restrictions énumérées ci-après :

- une répartition des services de « De Boeck » et de « Open Tours » permettant de coordonner les horaires et les capacités des services offerts par les parties incriminées ;
- une clause de commercialisation exclusive des services dans le chef de BCT ;
- une obligation de non concurrence dans le chef de BCT consistant en l'obligation de ne vendre que les seuls services offerts par De Boeck et Open Tours.

Selon l'auditeur, les prestations de BCT renvoient à une coordination pure et simple des comportements entre les parties à l'accord. Cette coordination éliminerait donc toute forme de concurrence entre De Boeck et Open Tours tant sur les prix pour les différents circuits que sur les horaires, la fréquence des arrêts, le nombre de véhicules, etc... Pour l'auditeur, l'accord notifié supprime le seul concurrent

Version publique

plausible offrant les services sur les marchés concernés. Dès lors, le consommateur ne peut que subir les augmentations de prix fixés par les parties. Ainsi pour l'auditeur, les arguments des entreprises concernées ne sont guère convaincants, d'autant plus qu'il s'agit, pour lui, d'infractions per se.

47. Pour le Conseil, l'accord des parties contient effectivement des restrictions de la liberté d'action dans le chef de chacune des parties. De telles relations commerciales convenues entre entreprises actives sur le même marché mettent en avant des sujets importants tels que la fixation des prix et le partage de marché.

48. Pour interpréter et appliquer l'article 2 de la LPCE, le Conseil a déjà rappelé à maintes reprises qu'il y a lieu de s'inspirer de la jurisprudence communautaire. Ceci est aussi conforme à la volonté du législateur belge. Pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 81 § 1 du traité CE, un accord doit avoir «pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun». Selon une jurisprudence communautaire constante (CJCE 30 juin 1966, 56/65, voir également par exemple CJCE 8 juillet 1999, Commission/Anic Partecipazioni, affaire C-49/92 P), le caractère alternatif de cette condition, marqué par la conjonction «ou», conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué.

49. Ainsi la distinction entre « infractions par objet » et « infractions par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence. Il s'agit d'accords dont on peut considérer dans l'état actuel du droit de la concurrence qu'ils sont concrètement aptes à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence (voir notamment les conclusions de l'avocat général Kokott du 19 février 2009, affaire C-8/08, T-Mobile Netherlands BV, §§ 46 et 48).

50. Généralement, des restrictions touchant au prix ou au partage de marché, dans une relation horizontale, sont qualifiées de restrictions de concurrence graves, caractérisées ou per se, qui ne nécessitent pas d'examen approfondi de leurs effets dès lors que l'on peut supposer qu'ils ont comme objet de restreindre la concurrence.

51. Cependant, dans certains cas, les circonstances s'avèrent particulières et font en sorte que le simple constat de l'existence de restrictions graves peut ne pas être suffisant. Malgré le fait qu'il s'agisse en apparence de restrictions horizontales de type graves, un examen plus approfondi s'impose afin de permettre de qualifier correctement les accords. Dans ce cas, le Conseil estime que les restrictions font partie d'un ensemble de relations contractuelles portant des caractéristiques spécifiques qui nécessitent un tel examen.

52. Pour établir si le rapport a démontré l'existence de restrictions par objet au sens de l'article 2 de la LPCE, le Conseil doit alors procéder à un examen du contexte économique et juridique au sein duquel les accords se situent. Un tel examen doit permettre de conclure s'il y a effectivement une restriction de concurrence tenant compte en particulier du contexte économique dans lequel opèrent les entreprises, des produits ou services visés par cet accord ainsi que de la structure et des conditions réelles de fonctionnement du marché (voir notamment la Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3 du traité, JO (2004), C 101, p. 4, au n° 22).

Si un tel examen ne permet pas de conclure à l'existence de restrictions dites « par objet », les effets anticoncurrentiels (réels ou potentiels) doivent ensuite être analysés (Lignes directrices précitées, au n° 24).

7.1. Restriction par objet

53. Les entreprises incriminées « De Boeck » et « Open Tours » ont conclu en mai 2004 une convention d'actionnaire et une convention de distribution commerciale et d'entreprise (voir ci-dessus n° 18 et 19).

Version publique

Ces deux conventions ont été conclues pour une durée de 7 ans et constituent l'accord de partenariat des entreprises incriminées.

54. Dans le cadre de cet accord de partenariat, les entreprises incriminées ont alors créé une filiale commune « BCT » qu'elles contrôlent conjointement. Les entreprises concernées et l'auditeur s'accordent pour dire que cette filiale commune n'est pas une entreprise de plein exercice comme elle ne reprend qu'une seule fonction spécifique parmi les activités de ses fondatrices.

BCT a pour seule activité la promotion et la vente des tickets relatifs aux marchés des services « hop on hop off », « à portes fermées » et des excursions « one day trip ». Ainsi les prestations afférentes aux dits marchés des services demeurent accomplies par De Boeck et Open Tours. Par ailleurs, BCT ne dispose d'aucun accès au marché du transport touristique ; elle n'en a pas les moyens matériels et humains et ne détient pas non plus l'autorisation préalable requise pour accéder à ces marchés de services. Ces autorisations sont détenues par De Boeck et Open Tours. De Boeck et Open Tours facturent à BCT les services prestés.

55. Au cours de son instruction, l'auditeur qualifie l'accord des entreprises comme étant un accord sur les prix qui enfreint l'article 2, § 1 de la LPCE de même qu'un accord qui aboutit à un partage de marché, ce qui constitue également une infraction à l'article 2, § 1 de la LPCE.

56. Pour justifier sa qualification d'entente sur les prix, l'auditeur renvoie au point 6.2 du formulaire de notification de l'accord qui indique de manière explicite les prix de vente que BCT pratiquera dès la mise en place du contrat pour les différents circuits. Par ailleurs, De Boeck et Open Tours refacturent à BCT les services qu'ils présentent pour celui-ci selon les tarifs annexés au contrat de distribution. L'accord comporte donc des restrictions manifestes de concurrence selon l'auditeur.

57. De même, pour justifier sa qualification de répartition des marchés, l'auditeur renvoie à l'article 7, § 1 de la convention de distribution commerciale et d'entreprise qui prévoit une répartition précise des activités « hop on hop off » et « one day trip » entre De Boeck et Open Tours. L'auditeur rappelle que les prestations de BCT renvoient à une coordination pure et simple des comportements entre De Boeck et Open Tours. Cette coordination élimine toute concurrence entre ces deux entreprises puisque elle porte tant sur les prix des différents circuits que sur les horaires, la fréquence des arrêts, le nombre de véhicules. En l'absence de BCT, De Boeck et Open Tours seraient en mesure de se faire concurrence. En définissant une clé de répartition pour chaque activité exercée par BCT, les entreprises incriminées faussent les règles de concurrence entre elles et augmentent leur pouvoir de marché face au seul concurrent Nice Travelling.

58. Ainsi, selon l'auditeur, l'accord de partenariat et la création filiale commune font partie d'une stratégie des entreprises incriminées visant à fausser la concurrence pour maintenir leur pouvoir de marché face à leurs concurrents.

59. Les entreprises incriminées reprochent à l'auditeur d'avoir qualifié erronément leur accord d'entente sur les prix et de la répartition des marchés. Selon elles, l'accord BCT constitue en réalité un accord de vente en commun combinant des éléments de production et de commercialisation conjointe. La production conjointe consiste notamment en la réalisation des tours, l'organisation des tours, la répartition des créneaux horaires. La commercialisation conjointe concerne notamment la vente de ticket par et au nom de BCT.

60. Les entreprises concernées confirment que leur accord contient différentes restrictions mais elles estiment que ces restrictions permettent d'une part, de répartir et de rationaliser des capacités disponibles et la complémentarité de leurs services offerts, et d'autre part, d'assurer la viabilité de BCT. Ces restrictions sont nécessaires pour développer et créer de nouveaux produits dans de meilleures conditions de rentabilité et de viabilité que si les entreprises incriminées poursuivaient séparément leurs activités.

Version publique

61. Enfin, les entreprises concernées reprochent à l'auditeur d'adopter une démarche « per se » alors que, selon elles, l'auditeur doit vérifier « in concreto » si l'accord tombe sous le coup de l'interdiction de l'article 2, § 1 de la LPCE. L'accord BCT est un accord qui combine la production conjointe et la commercialisation et c'est à la lumière de ces particularités qu'il faut apprécier si cet accord tombe sous le coup de l'interdiction prévue à l'article 2, § 1 de la LPCE.

62. Les entreprises contestent le fait que fixer le prix du ticket de BCT est une restriction « patente » à la concurrence. Selon les entreprises, le fait de fixer un prix est uniquement la conséquence nécessaire de la création de la filiale commune.

63. Les entreprises invoquent notamment les Lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du Traité CE aux accords de coopération horizontale (JOCE (2001), C 3, p. 2) et expliquent que les services pour lesquels les modalités de répartition des recettes et des services sont fixées ne concernent que les services directement fournis par l'entreprise commune issue de leur accord, c'est-à-dire les circuits « hop on hop off » et « à portes fermées », à l'exclusion des autres activités des entreprises. De plus, l'entreprise commune assure tant la production des services de transports touristiques en organisant les circuits, les horaires, etc ..., que la commercialisation des tickets. Une réelle intégration de ces fonctions intervient. En conclusion, les entreprises concernées affirment que les lignes directrices susmentionnées posent clairement le principe que les accords de production dans lesquels les prix et la production sont fixés au sein d'une entreprises communes ne tombent pas sous le coup de l'interdiction de l'article 81 du traité CE.

64. Les entreprises incriminées critiquent l'analyse concurrentielle faite par l'auditeur du fait notamment de faire des comparaisons de prix entre les entreprises incriminées pour les services concernés sans étendre une telle comparaison avec les concurrents existants ou potentiels sur lesdits marchés. Selon les entreprises, tant le marché des circuits touristiques que le marché des excursions sont des marchés dynamiques. La STIB serait un sérieux concurrent sur le créneau du marché des circuits touristiques, et la SNCB le serait sur le créneau des excursions.

65. Les entreprises estiment également pouvoir bénéficier de l'attestation négative en application de la théorie de l'entreprise défaillante. Elles font état du fait qu'elles ont connu toutes deux depuis [...] des résultats négatifs [...]. Elles affirment qu'elles ne pouvaient à terme plus maintenir toutes deux leurs activités à la fois sur le marché hop « hop on hop off » et assimilé et sur le marché des excursions, sauf à conclure un partenariat pour réaliser des synergies, que ce soit au moyen d'une entreprise commune coopérative ou au moyen d'une concentration simple.

66. Toujours selon les entreprises, leur accord apporte également une amélioration de l'offre globale de BCT, ce que l'instruction a par ailleurs confirmé, notamment au niveau de la coordination de la promotion, de la commercialisation et des horaires de bus des parties notifiantes, dégageant des économies d'échelle.

67. L'examen du dossier révèle que la convention d'actionnaire amenant à la constitution d'une entreprise commune contrôlée conjointement par les entreprises concernées d'une part, et la convention de distribution commerciale et d'entreprise d'autre part, constituent un type de coopération horizontale qui concerne, sur la Région de Bruxelles Capitale, les marchés de services des circuits « hop on hop off », « à portes fermées » et des excursions « one day trip ».

Le facteur « coopération » et le facteur « intégration » des différentes fonctions (production et commercialisation des services concernés) se trouvent combinés.

68. L'accord de partenariat BCT implique une mise en commun des activités relatives aux services de transports touristiques. L'entreprise commune BCT peut être considérée comme le point de départ de la coopération entre les entreprises concurrentes « De Boeck » et « Open Tours » et ne relève pas de l'application du régime des concentrations, BCT n'étant pas une entreprise commune de plein exercice

Version publique

comme l'ont affirmé aussi bien l'auditeur que les entreprises concernées. En effet, l'entreprise commune ne correspond pas aux critères en vigueur pour déterminer s'il y a plein exercice : BCT n'est pas autonome sur le plan fonctionnel (voir la Communication consolidée sur la compétence de la Commission, sur la notion de plein exercice : n° 91 et suivants, JO (2009), C 43, p. 10).

69. Il convient d'abord d'examiner la nature de l'accord et son contenu et ensuite de relever les éléments pertinents du contexte économique et de la structure du marché pour constater s'il a été démontré qu'il s'agit de restrictions par objet.

70. Pour le Conseil, les caractéristiques restrictives de l'accord BCT se présentent comme des éléments nécessaires dans le cadre de la coopération entre les parties. Comme les entreprises concernées l'ont soulevé à juste titre, cette collaboration ne peut être qualifiée de simple entente entre concurrents. Il s'agit d'une coopération horizontale au sein d'une entreprise commune, qui porte aussi bien des caractéristiques de commercialisation commune que de production commune.

Le Conseil s'aligne à ce sujet aux considérations contenues dans la Communication de la Commission sur la coopération, Lignes Directrices en matière de coopération horizontale (citées ci-dessus au n° 63) qui peuvent s'appliquer, mutatis mutandis, dans le cadre de l'article 2 de la LPCE.

71. En particulier, la présente décision s'appuie sur le n° 90 où la Commission affirme que les accords qui fixent les prix pour les produits livrés par les parties sur le marché ont pour objet de restreindre la concurrence et tombent presque toujours sous le coup de l'article 81, § 1 du traité CE. Cependant, selon la Commission, il y a *une exception à cette règle* lorsque :

« une entreprise commune de production qui assure aussi la distribution des produits manufacturés fixe les prix de vente de ces produits, pour autant que la fixation des prix en question résulte de l'intégration de ces diverses fonctions »

Il est précisé dans le texte qu'une telle entreprise commune qui intègre production et commercialisation est le plus souvent à considérer comme une entreprise commune de plein exercice. Dans ce cas, les conditions pour une telle qualification ne sont pas remplies (voir ci-dessus, n° 68).

Les Lignes directrices rajoutent que dans ce scénario, l'accord sur la production ou les prix ne sera pas apprécié séparément, mais à la lumière des effets globaux de l'entreprise commune sur le marché, afin de déterminer si l'article 81, paragraphe 1 du traité CE, lui est applicable.

72. L'accord BCT a pour objectif de centraliser la vente des transports touristiques en Région de Bruxelles-Capitale et sous-traite les services de transport à Open Tours et De Boeck. L'organisation des circuits et excursions n'est donc plus assurée d'une manière parallèle et séparée pour chacune des entreprises en cause. Cette mise en commun de la vente des tickets et de la planification des services assurés permet de limiter les coûts organisationnels. En outre, BCT prend en charge les frais de bureau, de publicité et de communication. Le partenariat a donc aussi une répercussion au niveau des différents frais de structure. Ainsi ce type d'accord induit une réduction des coûts pour ces postes et également une rationalisation de ces coûts, vu la mise en commun au sein de BCT de la promotion et de la commercialisation des services. Quant à la clé de répartition des activités, elle correspond aux ressources que les parties en cause affectent à BCT et seule une répartition préalable rend possible la collaboration des parties au sein de BCT.

73. Les entreprises ont estimé nécessaire de mettre en place ce type de coopération horizontale au motif qu'elles ont connu toutes deux depuis [...] des résultats négatifs et [...]. C'est précisément leur situation financière [...] qui amenèrent les entreprises à trouver une solution structurelle à ce problème au travers d'une mise en commun de leur production et commercialisation des services de transports touristiques en Région de Bruxelles Capitale. Les entreprises affirment que si elles ont pu maintenir leurs activités, c'est uniquement dû à la circonstance que les activités de ces services de transports touristiques dans la Région de Bruxelles-Capitale faisaient partie d'une branche d'activités plus large qui permettait de

Version publique

comblent les pertes réalisées avec les circuits touristiques. Ainsi, sans ce type de coopération horizontale, au vu de leur situation, au moins l'une d'elles devait, soit disparaître du marché, soit, à tout le moins, cesser les activités non rentables c'est-à-dire les circuits « hop on hop off » et les excursions et donc se retirer de ces marchés.

Il faut admettre que pour pouvoir opérer sur le marché, il était nécessaire de fixer un prix. C'est la conséquence nécessaire de la création de la filiale commune de production et de commercialisation. Sans pouvoir fixer un prix, l'entreprise de commercialisation en commun ne pouvait pas exercer les fonctions auxquelles elle était destinée. En outre, la fixation des prix pratiqués par BCT et la planification des services prestés par les entreprises sont aussi indispensables pour réaliser des gains d'efficacité. Ces aspects font la différence avec le simple objectif de fixer un prix commun afin de fausser le jeu de la concurrence. Un raisonnement semblable vaut pour les aspects qualifiés de « partage de marché » par l'auditeur.

74. Au niveau de la structure du marché pour les services « hop on hop off », le Conseil constate en ce qui concerne les services « hop on hop off » que De Boeck, en collaboration avec la STIB, offrait, en Région de Bruxelles-Capitale, des circuits touristiques réguliers depuis juin 2000 et que Open Tours exploite un service « hop on hop off » depuis fin 2001 (avec une interruption de 2002 à 2003 pour faute d'obtention d'autorisation). En 2003, arrive également un troisième acteur sur ce marché, la société Nice Travelling. Au printemps 2004 alors, opèrent sur ce marché, BCT (l'entreprise commune de De Boeck et Open Tours) et Nice Travelling.

75. En ce qui concerne le marché des services « hop on hop off », la part de marché des entreprises De Boeck et Open Tours, avant leur accord de coopération, était de [30-45%]. L'auditeur constate que la part de marché de BCT est de [65-80%] et qu'elle est estimée en 2007 à [55-70%].

Nice Travelling, en 2004, a une part de marché de [20-30%] et elle est estimée en 2007 à environ [30-40%].

Ces pourcentages sont annoncés tant par les entreprises que par l'auditeur sans opérer de pourcentage chiffré distinguant d'une part les circuits « hop on hop off » et d'autre part les circuits « à portes fermées ».

76. En outre, l'enquête révèle un marché qui est très concentré, l'indice HHI étant bien supérieur à 2000 tant au temps des activités exercées séparément par les entreprises qu'au temps de leur coopération via BCT.

77. Les entreprises concernées soutiennent que ce marché reste très compétitif du fait qu'entre 2002 et 2004, deux nouveaux acteurs sont arrivés sur ce marché. En outre, la STIB doit être considérée comme un concurrent potentiel et elle s'est d'ailleurs lancée dans le créneau touristique avec son billet touristique.

Toutefois, les entreprises reconnaissent qu'il est particulièrement difficile de maintenir une offre plus large comme elles le font et qu'il ne semble pas qu'il y ait de la place sur le marché belge pour permettre à plusieurs entreprises concurrentes de rester profitables.

78. Au niveau de la puissance financière des opérateurs sur ce marché, le Conseil relève dans le rapport d'instruction une baisse constante des chiffres d'affaires globaux des entreprises De Boeck et Open Tours de 2003 à 2007.

79. En ce qui concerne les chiffres d'affaires réalisés pour les services concernés en Région de Bruxelles Capitale, De Boeck et Open Tours augmentent leur chiffre pour les années 2001 et 2003. Cependant, pour les années 2005, 2006 et 2007, années de leur coopération via BCT, les chiffres d'affaires sont en diminution (voir annexes confidentielles A et B du rapport de l'auditeur reprenant les chiffres).

Version publique

Nice Travelling, quant à lui, connaît une hausse de son chiffre d'affaires durant les années 2005, 2006, et 2007.

Les principales activités de De Boeck sont le transport régulier ([...] % de l'activité), le transport régulier spécialisé ([...] %) pour les écoles et les entreprises et le transport occasionnel ([...] %) essentiellement les cars de tourisme et d'affaires.

80. Il apparaît également du dossier que BCT dispose d'un réseau de points d'information assez étendu et peut profiter notamment d'une collaboration avec la STIB et le bureau du Tourisme d'Information de Bruxelles (TIB). Les bus De Boeck portent également le logo officiel du bureau TIB.

81. Ensuite, il faut examiner les éléments que le dossier et le rapport contiennent concernant le marché des services « à portes fermées ». En 2000, Open Tours a mis en place ce type de services. Entre 2005 et 2007, seul De Boeck offre un circuit « à portes fermées ». Open Tours a cessé de proposer ce type de services « à portes fermées » après obtention de son autorisation en août 2003 pour offrir des circuits « hop on hop off ».

Nice Travelling n'est pas présent sur ce marché. Selon le rapport d'instruction, il n'y a pas d'autres concurrents sur ce type de services en Région de Bruxelles-Capitale. Selon les entreprises, [...] autocars qui offrent un service de transport sur le marché des circuits touristiques par autocar. Même si [...] n'était pas un concurrent, il s'agit d'une entreprise capable d'entrer sur le marché et qui peut exercer une pression concurrentielle sur leurs activités. Les entreprises concernées ont déclaré devoir en tenir compte lors de la détermination de leur politique commerciale de sorte que leur accord ne puisse avoir d'effet sensible.

Le dossier ne contient aucune autre information ni indication chiffrée en ce qui concerne l'opérateur [...].

En 2005, le circuit « à portes fermées » représentait moins de [...] % du chiffre d'affaires de BCT. En 2007, le chiffre d'affaires est devenu tellement négligeable que De Boeck a décidé de ne plus proposer ce type de circuit en 2008.

Le marché des services « à portes fermées » est un marché en déclin.

82. Pour le marché des excursions « one day trip » à partir du territoire de Bruxelles-Capitale, l'auditeur n'a pu recueillir que très peu d'informations. Les seuls opérateurs à proposer des excursions à horaires prédéterminés et réguliers à partir de la Région de Bruxelles-Capitale sont De Boeck et Open Tours via BCT. Les autres sociétés présentes sur ce marché organisent plutôt des excursions sur demande (congrès, séminaires, ...). Quant aux acteurs qualifiés par les entreprises concernées de "concurrents", ils ne sont pas présents sur ce marché, la plupart effectuant plutôt des transports scolaires. Ils organisent également des excursions à la demande de sociétés et rendent des services aux entreprises. Certains organisent des voyages d'un jour, une destination différente tous les mois.

Par ailleurs, l'auditeur n'a pu obtenir d'information concernant les parts de marché ou les chiffres d'affaires. L'auditeur conclut dans son rapport qu'il semble néanmoins que sur le marché des excursions « one day trip » organisées de manière régulière, De Boeck et Open Tours disposent d'une place prépondérante.

83. Les entreprises, cependant, estiment subir sur ce marché une pression concurrentielle exercée par la SNCB. La SNCB offre également, à partir de Bruxelles, la possibilité d'atteindre Bruges, Gand, Anvers, Waterloo, Amsterdam, Luxembourg, etc.... Cette possibilité est régulièrement utilisée par les touristes de passage à Bruxelles. Le fait qu'il n'y ait pas de guide accompagnateur n'est pas suffisant pour conclure à deux marchés séparés. Les touristes voyageant avec les transports publics ont la possibilité de prendre un guide une fois sur place. Dans le cadre des excursions « one day trip » offerts tant par De Boeck que par Open Tours, le guide est présent dans le bus mais il commence ses prestations une fois arrivés sur place. De plus, pour l'excursion de Bruges, le guide ne voyage pas avec les passagers mais il

Version publique

attend les touristes sur place à Bruges. Il s'agit de navettes vers une destination touristique avec la possibilité d'avoir un guide accompagnant les voyageurs ou d'avoir un guide sur place.

84. Compte tenu de la nature de l'accord conclu, des critères économiques dans lequel il s'est inscrit, de la structure du marché et du contexte économique décrit ci-dessus, le Conseil estime que l'accord de coopération BCT n'est pas une entente qui a eu pour objet de restreindre la concurrence en fixant les prix ou en répartissant les marchés. Les caractéristiques potentiellement restrictives de l'accord ne visent pas en premier lieu l'élimination de la concurrence entre les entreprises concernées, ni de fausser le jeu de la concurrence plus en général. Il s'agit de dispositions contractuelles nécessaires en vue du fonctionnement de l'entreprise commune.

85. Cet accord ne peut dès lors être qualifié d'infraction « par objet » ou contenant des restrictions présumées « caractérisées » ou per se.

86. Même si l'auditeur a qualifié l'accord comme étant un accord ayant l'objet de restreindre la concurrence, il convient néanmoins d'analyser les effets de l'accord et leur impact sur la concurrence pour savoir si ce type de coopération enfreint l'interdiction énoncée à l'article 2 de la LPCE. Pour autant que les éléments du dossier le permettent, le Conseil peut requalifier les faits.

7.2. Les effets anticoncurrentiels et leur degré de sensibilité

87. Dans le cas des restrictions par effet, il n'y a pas de présomption d'effets anticoncurrentiels. Pour qu'un accord soit restrictif par ses effets, il doit affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité ou qualité des produits et services. Ces effets négatifs doivent être sensibles.

88. Il appartient au Conseil de la concurrence de vérifier si, eu égard à la nature de l'accord et aux caractéristiques des marchés en cause, il existe un degré suffisant de probabilité pour que l'accord de partenariat BCT puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la vente des tickets des transports touristiques belges et sur un partage de clientèle en Région de Bruxelles-Capitale. Le Conseil estime donc nécessaire d'examiner le contexte dans lequel l'accord est appliqué ainsi que la conduite et le comportement effectifs des entreprises sur les marchés en cause. L'examen requis consiste essentiellement à prendre en considération l'impact de l'accord sur la concurrence actuelle et potentielle et la situation de la concurrence à défaut d'accord ; ces deux aspects étant intrinsèquement liés (arrêt TPICE 2 mai 2006, affaire T-328/03, O2 Germany, § 71).

89. Il faut donc d'abord examiner l'existence d'effets anti-concurrentiels ainsi que leur caractère sensible.

90. Il faut souligner que dans ce cas, cet examen du contexte économique a déjà été effectué en grande partie par le Conseil ci-dessus sous n° 68-86. Ces considérations sont reprises ici.

91. Le Conseil relève en outre que les chiffres d'affaires pour l'ensemble des activités exercées par De Boeck sont depuis l'année 2003 en diminution constante, tout comme ceux réalisés par l'entreprise Open Tours. Quant aux chiffres réalisés pour les activités se rapportant aux circuits touristiques dans la région territoriale concernée, ils sont pour la société De Boeck en diminution depuis l'année 2001 tandis que la société Open Tours connaît une augmentation de son chiffre d'affaire pour l'année 2003. Lorsque les entreprises ont mis en commun leurs activités au travers de l'entreprise commune BCT, les chiffres d'affaires réalisés ont été en baisse constante depuis l'année 2005.

Le dossier montre que le concurrent Nice Travelling connaît une hausse significative de son chiffre d'affaires en 2006 et une légère baisse en 2007 et sa part de marché de [20-30%] en 2004 est passée à environ [30-40%] en 2007.

Version publique

92. L'augmentation du prix pour la vente des tickets, relevée par l'auditeur dans son rapport, s'explique du fait que l'augmentation du prix du gasoil connue durant les années 2001 à 2007-2008, a provoqué une hausse généralisée du prix du transport y compris des tarifs des transports en commun. Compte tenu des pertes subies par les entreprises durant cette période et de la hausse des coûts tels que l'augmentation du prix du gasoil, l'augmentation salariale et l'indexation, il n'était pas tenable de poursuivre les activités concernées sans prévoir un ajustement des prix de vente des tickets pour les circuits touristiques.

93. L'instruction a, par ailleurs, révélé une augmentation de prix également chez les concurrents. Nice Travelling a augmenté ses tarifs « hop on hop off » de 28 % entre 2004 et 2005 et que, comparés aux prix pratiqués dans les autres villes en Europe, le prix des circuits touristiques à Bruxelles reste un prix raisonnable. L'augmentation de prix ne s'avère pas être anormale ou sensible du fait de l'accord de coopération des entreprises.

94. Le Conseil constate que l'accord de coopération n'a pas entraîné la sortie des concurrents sur les marchés. Quant à l'entrée possible pour des concurrents potentiels, le Conseil rappelle la structure particulière du marché des transports touristiques.

95. En conclusion de ces développements, le Conseil estime qu'il n'a pas été démontré par l'auditeur que les restrictions issues de l'accord de coopération entre les entreprises en cause ont, ou peuvent avoir des effets anticoncurrentiels, ou qu'ils modifient sensiblement la structure du marché ou sont capables de le faire.

96. Les entreprises estiment que leur accord ne conduit pas à une restriction sensible de la concurrence et reprochent à l'auditeur de juger le caractère sensible de la restriction de concurrence en se basant essentiellement sur l'importance de leurs parts de marchés.

97. Selon l'auditeur, les restrictions issues de l'accord des entreprises enfreignent sensiblement la concurrence. Malgré le fait que le marché n'a pas une valeur financière énorme, il constate que les membres fondateurs de BCT y détiennent des parts de marché très importantes. Cependant, pour le Conseil, cet élément ne permet pas de conclure qu'il y a des effets anticoncurrentiels sensibles comme la loi le requiert.

98. Il découle de ce qui précède que le Conseil estime que ni le rapport, ni le dossier permettent de constater que l'accord BCT a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence de manière sensible sur le marché belge.

7.3. Exemption

99. Les conditions d'application de l'article 2, § 1 de la LPCE ne sont donc pas remplies et dès lors il n'est pas nécessaire d'examiner si les entreprises incriminées pourraient bénéficier d'une exemption.

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence,

Constata que les conditions de l'article 2, § 1 de la LPCE ne sont pas remplies et que, dès lors, il n'a pas été démontré que l'accord BCT constitue une infraction à l'interdiction énoncée dans cet article.

Ainsi décidé le 28 mai 2009 par la 9^{ème} chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame

Version publique

Laura Parret, président de chambre, Madame Dominique Smeets et Monsieur Olivier Gutt, conseillers.

La présente décision est notifiée aux membres fondateurs de BCT, c'est-à-dire à De Boeck Invest NV, Autocars Henri De Boeck en reizen André Leloup NV, Nidco NV, Open Tours-Les Voyages belges NV et au Ministre qui a l'Economie dans ces attributions, conformément à l'article 67 de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006.