

## CONSEIL DE LA CONCURRENCE

### Auditorat

#### Décision n°2011-V/M-44-AUD du 28 octobre 2011

#### ***Affaire CONC-V/M-11/0015: Belgian Posters SA /JC DECAUX Belgium SA et la Région de Bruxelles-Capitale***

Vu la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (M.B. du 29 septembre 2006, ci-après LPCE);

Vu les pièces du dossier

#### I. Saisine

Le 11 juillet 2011, la société Belgian Posters SA a déposé auprès de l'auditorat une demande de mesures provisoires conformément à l'article 62 de la loi, à l'encontre JC Decaux Belgium SA et de la Région de Bruxelles-Capitale.

La demande de mesures provisoires a été enregistrée sous les références: CONC-V/M-11/0015.

#### II. La plaignante

Belgian Posters SA est une société anonyme dont le siège social est situé rue des Chrysanthèmes, 18 bte 3, à 1020 Bruxelles.

La plaignante est une société familiale active depuis sa création en 1970 sur le marché belge de la publicité extérieure. Belgian Posters dispose en Belgique de [...] panneaux d'affichage dont [...] de [...] m<sup>2</sup> et [...] de [...] m<sup>2</sup>. Elle propose également [...] faces.

#### III. Les parties incriminées

##### 3.1. JC Decaux Belgium SA

JC Decaux Belgium SA (ci-après JC Decaux) est une société anonyme dont le siège social est établi Allée verte 50 à 1000 Bruxelles. Elle est la filiale belge détenue à 100% par le groupe JC Decaux créé en 1964.

JC Decaux est active en Belgique dans le secteur de la publicité extérieure et plus particulièrement du mobilier urbain (fourniture, placement et entretien) ainsi que sur le marché de l'installation et de la maintenance de vélos en libre service notamment à Paris et à Bruxelles-ville.

##### 3.2. La Région de Bruxelles-Capitale

La Région de Bruxelles-Capitale (ci-après la Région) est représentée par le gouvernement de la Région, en particulier Monsieur Bruno De Lille, Secrétaire d'Etat à la Région de Bruxelles-Capitale chargé de la Mobilité) dont le cabinet est situé Botanic Building, Boulevard Saint-Lazare, 10 à 1210 Bruxelles.

## IV. Les faits

Le contrat de 1999 entre JC Decaux et la ville de Bruxelles

En 1999, le Collège de la Ville de Bruxelles a attribué à JC Decaux un marché public portant sur la fabrication, la fourniture, le placement, la mise en service, l'entretien et la maintenance de mobiliers en libre service, d'information, d'abris voyageurs et de supports d'affichage, dont une partie pouvait être utilisée à des fins publicitaires. Les mobiliers concernés ont été installés sur le territoire de la Ville de Bruxelles et les mobiliers d'information se situent plus particulièrement, dans le centre ville (pentagone et ses abords).

La convention d'une durée de 15 ans incluait une clause d'exclusivité en faveur de JC Decaux à l'égard de mobiliers équipés de supports publicitaires identiques ou analogues à ceux visés par le marché.

En 2002, un avenant au contrat de 1999 a été conclu réduisant le nombre de supports d'affichage initialement prévu suite à l'adoption d'un règlement régional d'urbanisme.

En 2006, un deuxième avenant au contrat de 1999 est conclu. Cet avenant étend l'objet du marché initial à l'installation et l'exploitation d'un réseau de vélos en libre service mis à la disposition du public. Il prévoit la livraison de 250 vélos en libre service, de 354 bornes de parking à vélos et de 23 stations de gestion de ces parkings équipés d'une borne de paiement. Il prévoit également une obligation d'entretien, de maintenance et la gestion quotidienne du parc.

L'avenant est conclu pour une durée de 8 ans soit jusqu'en 2014. JC Decaux a implanté au cours de 2006-2007 un système de vélos en libre service "Cyclocity" dans le pentagone de la ville de Bruxelles.

### 4.1. Le contrat de concession de la Région de Bruxelles-Capitale

Le 28 février 2008, le Conseil des Ministres du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a marqué son accord sur la procédure proposée pour la conclusion d'une convention de concession pour un système de location de vélos automatisé et a chargé le Ministre de sa mise en œuvre.

Le 15 mars 2008, la Région Bruxelles-Capitale a publié, dans le Journal Officiel des Communautés européennes, un avis de marché concernant une concession pour l'établissement d'un système automatisé de location de vélos sur tout le territoire de la Région. La date limite pour l'introduction des manifestations d'intérêt a été fixée au 17 avril 2008. Les candidats qui avaient adressé leur manifestation d'intérêt de manière conforme ont été invités, le 30 avril 2008, par lettre recommandée, à introduire une offre.

Le cahier des charges se compose d'un document intitulé 'information générale' et un document 'formulaire d'offre'. La date limite des offres était fixée au 6 juin 2008 à 12 heures et a été prolongée au mercredi 18 juin 2008 à 12 heures, par lettre recommandée envoyée le 23 mai 2008 à tous les candidats.

Endéans le délai, trois offres sont parvenues au Cabinet contre accusé de réception: une offre de la SA Belgian Posters (irrecevable), une offre de la SA JC Decaux Belgium et une offre de l'Association momentanée STIB- ProVelo-ClearChannel Transdev (ci-après le Groupement).

Le 9 juin 2008, Belgian Posters a déposé au Conseil de la concurrence, une plainte à l'encontre de JC Decaux, la Ville de Bruxelles et la Région de Bruxelles-Capitale.

Le 22 juillet 2008, le Ministre a invité ClearChannel et JC Decaux à introduire une Best and Final Offer (BAFO).

Le 22 septembre 2008, le Ministre a invité JC Decaux à entamer des négociations en vue de conclure une convention de concession. ClearChannel pouvait être invitée à tout moment aux négociations.

Par lettre du 23 octobre 2008, le Ministre a indiqué que la BAFO du Groupement avait été réceptionnée le 9 septembre et que la Région mène des négociations avec un autre candidat ayant introduit une BAFO.

Par lettre du 29 octobre 2008, le conseil du Groupement a demandé au Ministre de confirmer avant le 30 octobre qu'une période de standstill sera appliquée avant de conclure un contrat avec l'autre

candidat. Le standstill implique (i) que la Région communique au Groupement la décision motivée de l'attribution à l'autre candidat, (ii) que la Région octroie un délai de minimum 10 jours pour permettre d'introduire le cas échéant une action en référé devant le juge judiciaire, et (iii) que dans l'hypothèse où de telles procédures sont introduites, la Région ne procède pas à la conclusion du contrat de concession avant que le Conseil d'Etat ou le juge judiciaire n'ait prononcé son arrêt ou jugement

Le 30 octobre 2008, le Ministre a refusé le standstill.

L'attribution de la concession a été fixée à l'agenda du Conseil des Ministres de la Région Bruxelles Capitale du 13 novembre 2008.

Le Gouvernement a attribué à la société JC Decaux la concession du développement et de l'exploitation du système de location de vélos automatisé sur le territoire de la Région. La décision a été notifiée le 5 décembre à JC Decaux.

Le 6 novembre 2008, ClearChannel a introduit une action en référé devant le Président du Tribunal de Première instance visant notamment à faire interdiction à la Région de Bruxelles-Capitale de notifier au soumissionnaire retenu la décision d'attribution du marché avant que ne soit écoulé un délai de dix jours calendrier, et en cas de recours devant le juge judiciaire ou devant le Conseil d'Etat, jusqu'à ce que ladite juridiction ait statué. Le 14 novembre, l'ordonnance du Président du Tribunal de Première instance a fait droit à la demande de ClearChannel, la Région de Bruxelles-Capitale a notifié la décision d'attribution de marché au requérant.

Le 13 novembre 2008, ClearChannel a déposé une demande de mesures provisoires et un complément de plainte auprès du Conseil de la concurrence.

Une requête en suspension en extrême urgence a été introduite le 13 novembre 2008 devant le Conseil d'Etat par le Groupement. Le 28 novembre, le Conseil d'Etat a déclaré ce recours irrecevable et a dès lors rejeté la demande de suspension et de mesures provisoires d'extrême urgence.

Le 28 novembre 2008, la société Belgian Posters a déposé au Conseil de la concurrence une demande de mesures provisoires à l'encontre de la société JC Decaux et de la Région de Bruxelles-Capitale ainsi qu'une demande en référé devant le Tribunal de Première Instance de Bruxelles. Le 8 décembre, le Président du Tribunal de Première Instance a déclaré la demande principale irrecevable en tant que dirigée contre la société JC Decaux Billboard et recevable mais non fondée en tant que dirigée contre la Région de Bruxelles-Capitale.

Les communes d'Etterbeek et de Schaerbeek ont introduit un recours en annulation devant le Conseil d'Etat, contre la décision du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 13 novembre 2008 par laquelle le marché intitulé « Concession pour l'exploitation d'un système automatisé de location de vélos sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale » a été attribué à JC Decaux.

Le 18 décembre 2008, l'auditorat a déclaré la demande de mesures provisoires introduite par Belgian Posters recevable et non-fondée et a ordonné son classement conformément à l'article 62 §3 de la LPCE.

#### 4.2. La situation actuelle

La convention du 5 décembre 2008 conclue entre la Région de Bruxelles-Capitale et la société JC Decaux Belgium prévoit la conclusion avec ces parties et chaque commune de la Région d'une convention tripartite qui n'a pas abouti.

La Ville de Bruxelles et la société JC Decaux ont par convention du 27 avril 2009, réglé l'occupation du domaine public pour permettre l'exploitation sur les voiries communales de la concession de service public Villo!

La convention Villo! prévoit une exécution en deux phases, à savoir : une première phase portant sur l'installation et l'exploitation d'un réseau de 2500 vélos répartis sur maximum 200 stations de location, et une seconde phase éventuelle portant sur l'installation et l'exploitation d'un réseau de 2500 vélos supplémentaires répartis sur 200 stations de location supplémentaires.

La phase 1 a débuté le 16 novembre 2009 et a visé 11 communes : Anderlecht, Berchem-Sainte-Agathe, Bruxelles-Ville, Etterbeek, Ixelles, Jette, Koekelberg, Molenbeek, Saint-Gilles, Saint-Josse et Schaerbeek.

Le 25 novembre 2010, le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale a adopté une ordonnance réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos.

Le 27 mai 2011 la société ClearChannel a introduit un recours en annulation de l'ordonnance précitée devant la Cour constitutionnelle. Cette affaire est pendante à ce jour.

Le 9 juin 2011, la Région de Bruxelles-Capitale et la société JC Decaux ont conclu un avenant à la convention Villo! modifiant certains éléments de la convention initiale.

Ainsi le lancement de la seconde phase a été fixé au jour de la signature de l'avenant et il a été convenu d'une date d'échéance unique pour les deux phases (le 16 septembre 2026). En outre, le nombre de stations de vélos a été réduit de 200 à 180 pour chaque phase tandis que le nombre de vélos mis à disposition du public est resté inchangé.

Quant au nombre des dispositifs publicitaires de 2m<sup>2</sup>, l'avenant a prévu de passer des quantités présumées à des quantités forfaitaires et le nombre potentiel de dispositifs a été réduit de plus de 30% par rapport à la convention initiale.

Le nombre de dispositifs de 8m<sup>2</sup> double face est, quant à lui resté inchangé par rapport à la convention Villo! initiale.

Le 14 juin 2011, ClearChannel a [...] à Belgian Posters, [...], le droit d'exploiter à des fins publicitaires toutes les surfaces de 8 m<sup>2</sup> et 20 m<sup>2</sup> qu'elle détenait dans la Région de Bruxelles-Capitale, et ce à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2011.

Le 11 juillet 2011, Belgian Posters a déposé une deuxième demande de mesures provisoires auprès du Conseil de la concurrence.

Le 7 septembre 2011, le conseil communal de Schaerbeek a décidé d'abandonner le recours en annulation introduit au Conseil d'Etat dans le cadre de l'attribution du projet Villo! à JC Decaux.

Cette décision fait suite à deux événements :

- la conclusion d'une convention bipartite entre la commune de Schaerbeek et JC Decaux le 3 février 2010
- l'adoption par le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale le 25 novembre 2010 d'une ordonnance réglant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos

## V. Contexte normatif

Le Code bruxellois de l'aménagement du territoire, coordonné par l'Arrêté de Gouvernement du 9 avril 2004 et ratifié par une ordonnance du 13 mai 2004 (ci-après CoBAT), définit l'articulation entre les différents outils urbanistiques en vigueur sur le territoire de la Région.

### 5.1. Les plans de développement

Les plans de développement définissent les stratégies de développement envisagées à l'échelle régionale ou communale. Ils ont valeur indicative dans toutes leurs dispositions. Le plan régional d'affectation du sol, le plan communal de développement et le plan particulier d'affectation communal ne peuvent s'écarter du plan régional de développement qu'à la condition d'en indiquer expressément les motifs.

### 5.2. Les plans d'affectation du sol

Les plans d'affectation du sol déterminent et spatialisent les fonctions qui peuvent s'implanter dans les différents quartiers. Ils comportent des prescriptions graphiques et littérales. Ils ont force obligatoire

et valeur réglementaire dans toutes leurs dispositions. Les dispositions figurant aux plans sont contraignantes à l'égard de tous et conditionnent la délivrance des permis d'urbanisme.

### 5.3. Les règlements d'urbanisme

Les règlements d'urbanisme contiennent des dispositions relatives aux caractéristiques urbanistiques des bâtiments et de leurs abords. Ils édictent également des règles relatives à l'aménagement de l'espace public. Le règlement régional d'urbanisme (RRU) est hiérarchiquement supérieur aux règlements communaux d'urbanisme (RCU).

#### 5.3.1. Quelques règles applicables à la publicité :

L'article 23 du RRU prévoit que, « Dans l'espace public, il est interdit de placer de la publicité qui :

1° réduit la sécurité ou la visibilité de l'ensemble des usagers de la voirie ;

2° brise une perspective visuelle ;

Le nombre total de mobiliers urbains portant de la publicité et de dispositifs d'information est limité à 4 par carrefour ou par place ;

En espace public, les dispositifs de publicité n'ayant pas de fonction première d'utilité publique ne peuvent se trouver à moins de 50 m d'un mobilier urbain portant de la publicité ou d'autres dispositifs de publicité ou d'information. »

L'article 8 du RRU a trait, quant à lui, aux pistes cyclables : « Aucun obstacle n'est placé sur une piste cyclable. Toutefois, les accès aux pistes cyclables dont la largeur est supérieure à 1,50 m peuvent être munis d'une borne ou d'un potelet central destiné à empêcher l'accès des voitures automobiles et laissant un passage libre de 1,50 m minimum. La hauteur libre minimale au-dessus d'une piste cyclable est de 2,20m ».

#### 5.3.2. Dispositifs d'informations ou mobiliers urbains s'inscrivant dans le cadre d'une politique globale :

L'article 26 du RRU prévoit que : « §1. *Les dispositifs d'informations ou les mobiliers urbains, installés dans le cadre d'une politique conçue de manière globale par la commune ou la Région, peuvent supporter de la publicité, s'ils comportent au maximum deux surfaces d'affichage de 2 m<sup>2</sup> maximum chacune, dont au moins une est réservée à l'information ou à la publicité événementielle et aisément accessible au piéton.* »

#### 5.3.3. Dispositifs publicitaires :

L'article 31 stipule que « *Les dispositifs de publicité situés en espace public et n'ayant pas de fonction première d'utilité publique ou ne résultant pas d'une fonction d'utilité publique peuvent être autorisés dans les conditions suivantes :*

*1° être situés en zone élargie ou dans une zone commerciale située en zone commerciale située en zone générale ;*

*2° avoir une surface maximale de 10 m<sup>2</sup> »*

### 5.4. Le permis d'urbanisme

Les permis d'urbanisme pour les dispositifs de publicité visés par la demande de mesures provisoires sont octroyés pour une durée de six ans maximum.

L'article 98, §1<sup>er</sup> du CoBAT exige l'octroi d'un permis d'urbanisme pour la construction et le placement de dispositifs publicitaires. Il s'agit du régime de droit commun.

Le principe est la délivrance de ce permis par le collège des bourgmestres et échevins, l'exception étant la délivrance par le Fonctionnaire délégué dans les cas énumérés à l'article 175 du CoBAT : demandes de permis introduites par une personne de droit public désignée par le Gouvernement, dans le cadre d'actes et travaux directement liés à l'exercice de ses missions, par exemple, la politique

globale d'intérêt général relative à la mobilité menée à l'échelle régionale. Concrètement, le collège des bourgmestres et échevins de la commune concernée est invité à remettre son avis dans les 30 jours de la demande, à défaut de réponse dans le délai, l'avis est réputé favorable. S'il s'agit d'actes d'importances minimales, le Fonctionnaire délégué peut statuer directement, sans solliciter l'avis du collège de bourgmestre et échevins. La procédure de droit commun prévoit que le collège de bourgmestre et échevins statue sur la demande de permis, après avoir sollicité l'avis du Fonctionnaire délégué. Cet avis porte sur la conformité et l'opportunité par rapport à l'aménagement des lieux.

S'il existe un plan particulier d'affectation du sol (article 155, §1 du CoBAT);

ou si les actes pour lesquels les permis sont demandés sont de minime importance (article 154 du CoBAT). Il s'agit notamment des dispositifs de publicité qui sont inférieurs à 40 m<sup>2</sup> pour autant qu'ils n'impliquent pas de dérogation à un plan d'affectation du sol et qu'ils ne nécessitent ni l'avis de la commission de concertation ni des mesures particulières de publicité, ou ne les nécessitent qu'en application des prescriptions d'un règlement communal d'urbanisme ou d'un plan particulier d'affectation du sol.

## 5.5. Recours

Les décisions visées au point précédent peuvent faire l'objet d'un recours devant le Gouvernement (voir les articles 169 et 180 du CoBAT).

## VI. Objet de la demande

Belgian Posters demande au Conseil de la concurrence :

- «De suspendre les clauses du contrat de concession conclu entre la Région de Bruxelles-Capitale et la S.A. JC DECAUX ayant trait à l'octroi, à cette dernière de nouvelles surfaces, dans l'attente d'une décision définitive du Conseil de la Concurrence sur la compatibilité du contrat de concession avec le droit de la concurrence ;
- D'ordonner le maintien, par la Région de Bruxelles-capitale, des permis d'exploiter des emplacements d'affichage publicitaires publics de 8m<sup>2</sup> octroyés aux entreprises actives sur le marché, au moment de l'entrée en vigueur de la convention de concession Villo! ;
- D'ordonner, dans ce cadre, la suspension des décisions de demande de démontage émanant de la Région de Bruxelles-capitale et/ ou des autorités communales ;
- De prononcer une astreinte de 100.000 € à l'encontre de la Région de Bruxelles-Capitale et de JC DECAUX pour chaque infraction constatée aux mesures provisoires qui seront adoptées par le Conseil de la Concurrence. »

## VII. Les marchés :

### 7.1. Selon Belgian Posters

Belgian Posters considère que les trois marchés suivants sont concernés par la présente procédure :

- Le marché du mobilier urbain publicitaire
- Le marché de la mise à disposition de vélos en libre service
- Le marché de la publicité extérieure

Pour le marché géographique, Belgian Posters estime qu'il doit être limité au territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

### 7.2. Selon JC Decaux

JC Decaux définit les quatre marchés pertinents suivants:

- Le marché de la fourniture de mobilier urbain de dimension européenne
- Le marché de la publicité de dimension nationale
- Le marché de la fourniture de systèmes de vélos urbains de dimension européenne
- Le marché de la location de vélos en libre service aux usagers de dimension régionale

### 7.3. Selon l'auditeur

L'auditeur considère que des demandes de mesures provisoires ne sont pas le cadre pertinent pour trancher de manière définitive la segmentation de marché et ne se prononce pas formellement sur la définition des marchés dans la mesure où, cela n'a pas d'impact sur l'analyse dans le cadre de la demande de mesures provisoires.

Le marché géographique est au minimum celui de la Région de Bruxelles-Capitale, voire nationale si l'on se réfère à la jurisprudence en la matière tant au niveau belge qu'européenne (concurrents présents sur l'ensemble du territoire, campagnes publicitaires négociées sur le plan national,...).

## VIII. En droit

En vertu de l'article 62 § 1<sup>er</sup> de la loi, le président du Conseil de la concurrence peut, sur demande du plaignant ou du Ministre, 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.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil en matière de demandes de mesures provisoires<sup>1</sup> que pour pouvoir prononcer des mesures provisoires au sens de l'article 62 de la loi, trois conditions cumulatives doivent être remplies:

- l'existence d'une plainte au fond et l'existence d'un intérêt direct et actuel dans le chef du plaignant;
- l'existence d'une infraction *prima facie* à la loi;
- la présomption d'un préjudice grave, imminent et irréparable lié à la pratique dénoncée, qu'il est urgent d'éviter.

### 8.1. Existence d'une plainte au fond recevable

Le 9 juin 2008, la société Belgian Posters a déposé une plainte auprès de l'auditorat à l'encontre de JC Decaux, de la Ville de Bruxelles et de la Région de Bruxelles-Capitale. Cette plainte a été enregistrée sous les références: Conc-P/K-08/0012.

#### 8.1.1 Le plaignant justifie-t-il de l'intérêt requis par la loi?

Comme expliqué au point 2, Belgian Posters est active dans le secteur de la publicité extérieure et de la fourniture, du placement et d'entretien de mobilier urbain.

Belgian Posters justifie d'un intérêt direct dans la mesure où si les pratiques dénoncées sont avérées, elles lui porteraient directement préjudice dans l'exercice de ses activités commerciales en le privant d'accès à des espaces publicitaires en Région de Bruxelles-Capitale. Dès lors, le plaignant justifie de l'intérêt requis par la loi.

#### 8.1.2 La notion d'entreprise

En vertu de l'article 1er de la loi, celle-ci s'applique à "toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique".

---

<sup>1</sup> Cf. Rapport annuel du Conseil de la concurrence 2000, p.36 et suiv. et Rapport annuel du Conseil de la concurrence 2001, p.44 et suiv.

Selon une jurisprudence constante, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement<sup>2</sup>. Toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné constitue bien une activité économique.

– JC Decaux

JC Decaux est une société active en Belgique dans le secteur de la publicité extérieure et du mobilier urbain qui poursuit durablement un but économique. JC Decaux est une entreprise au sens de la loi.

– La Région Bruxelles-Capitale

La Région Bruxelles-Capitale est représentée par le Secrétaire d'Etat à la Région de Bruxelles-Capitale chargé de la Mobilité.

Comme relevé dans la décision de mesures provisoires précédente<sup>3</sup>, « la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence peut viser des pouvoirs publics. Une Région peut donc être considérée comme une entreprise si elle exerce des activités économiques soit directement, soit par le biais d'un organe faisant partie de l'administration de l'Etat.

La Cour a considéré à de nombreuses reprises qu'un pouvoir public, à condition qu'il exerce une activité économique détachable<sup>4</sup> de l'exercice de ses missions d'autorité publique, pouvait être considéré comme une entreprise au sens du traité CE et selon les règles du droit européen de la concurrence.

Il convient donc de faire la différence entre les activités de la Région s'exerçant dans le cadre de l'autorité publique et celles qui s'exercent dans le cadre d'activités économiques de caractère commercial.

Selon l'auditeur, la Région agit en octroyant la concession au minimum sur deux «marchés»: le premier marché octroie un contrat de concession de vélo à JC Decaux pour lequel la Région entend ne pas payer et pour lequel JC Decaux peut réclamer une somme modique au consommateur, le but poursuivi étant de favoriser les transports en commun. Dans ce cadre, l'Auditeur peut concevoir *prima facie* que la Région de Bruxelles-Capitale ne poursuivrait pas durablement (et principalement) un but économique.

Cependant, l'auditeur constate qu'indirectement la Région agit en tant qu'acteur économique et en tant qu'entreprise dans la mesure où cette attribution engendre dans le chef de l'entreprise sélectionnée un droit à des espaces publicitaires pour lesquels la Région se prive volontairement pour une durée de 15 ans de recettes publicitaires, il s'agit du «prix payé» par celle-ci pour l'obtention d'un service, la mise à disposition de vélos. L'auditeur constate donc que, lorsqu'elle vend cet espace publicitaire la Région agit en tant qu'entreprise. La Région a porté son choix sur le concessionnaire le moins gourmand en terme d'espace publicitaire, et donc celui qui amputera le moins ses recettes publicitaires futures. L'auditeur considère qu'on ne peut écarter l'application d'une loi d'ordre public<sup>5</sup> par le simple regroupement de deux marchés.

Par conséquent, la Région doit être considérée dans ce cadre comme une entreprise au sens de l'article 1de la LPCE et des articles 81 et 82 du Traité CE. »

### 8.1.3 Conclusion

La plainte introduite par Belgian Posters est recevable.

---

<sup>2</sup> Affaire C-41/90, Höfner et Elser, Rec. p. I-1979, §21.

<sup>3</sup> Décision n°2008- V/M-73-AUD du 18 décembre 2008

<sup>4</sup> «il découle de la jurisprudence qu'un examen autonome de chaque activité assumée par un organisme est indispensable pour déterminer si celle-ci doit être qualifiée d'économique », Conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire C-205/03 Federacion Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitria (FENIN), point 43.

<sup>5</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, Eco Swiss, aff.C-126/97, Rec., p I-3055

## 8.2. Sur la notion d'infraction prima facie:

### 8.2.1. Selon Belgian Posters

Selon Belgian Posters, il y a lieu de déterminer si, sur la base des éléments factuels, la convention de concession conclue entre la Région de Bruxelles-Capitale et la S.A. JC Decaux est susceptible d'être qualifiée d'accord illicite, contraire à l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Les éléments de faits repris indiqueraient, selon cette dernière, très clairement que la Région de Bruxelles-Capitale, suivie en cela par différentes administrations communales, ne respecte nullement le principe de neutralité qui était rappelé par Monsieur le Secrétaire d'Etat, Emir Kir, dans son courrier du 13 juillet 2010.

Cette situation serait principalement due à l'application de la convention Villo! signée par la Région de Bruxelles-Capitale et la S.A. JC Decaux, car cette convention couple le marché des vélos en libre-service avec le marché de la publicité extérieure en raison du système de financement mis en place.

L'article 42 stipule que le système Villo! est financé d'une part, par les utilisateurs et, d'autre part, par la publicité.

Le paragraphe 2 de cet article précise que si, pour la mise à disposition d'un réseau de 2.500 vélos, le nombre de stations devait être inférieur à 200, le nombre de dispositifs de publicité de 2 m<sup>2</sup> liés aux stations, ne pourrait en aucun cas, être inférieur à 200.

Le paragraphe 3 prévoit que si, pour la mise à disposition d'un réseau total de 5.000 vélos, le nombre de stations devait être inférieur à 400, le nombre de dispositifs de publicité de 2 m<sup>2</sup> lié aux stations ne pourrait en aucun cas être inférieur à 400. Le paragraphe 4 précise que si, pour toute raison, l'installation de certains dispositifs de publicité de 2 m<sup>2</sup> intégrant la borne de station s'avère impossible, JC Decaux sera en droit d'exploiter publicitairement, un dispositif de 2 m<sup>2</sup> pour chacun de ces dispositifs selon la pondération reprise aux articles 10 et 12.

L'article 44 ajoute qu'un dispositif de publicité de 8 m<sup>2</sup> équivaut à 4, 3 dispositifs de 2 m<sup>2</sup>. Le demandeur considère que cette disposition ouvre la possibilité à JC Decaux d'exiger de pouvoir installer plus de panneaux de 8 m<sup>2</sup> s'il devait être amené à installer plus de dispositifs relatifs à la disponibilité des stations en temps réel que prévu.

Enfin, et selon le demandeur, en flagrante contradiction avec les principes du droit de la concurrence, l'article 61 précise que lorsque la concession prend fin pour des raisons d'intérêt public, le concédant accordera au concessionnaire le droit d'exploiter la totalité des dispositifs de publicité déjà installés en voirie régionale pour la durée restante de la concession ou, si cette exploitation s'avère impossible pour quelque raison que ce soit, une indemnité équivalente aux revenus générés par les utilisateurs de longue durée, hors TVA, pendant les meilleures années d'exploitation est due à multiplier par trois, ainsi que par le nombre d'années restant à courir jusqu'à la fin du contrat.

L'application des articles 42 et suivants de la convention Villo!, qui déterminent le nombre de dispositifs publicitaires attribués à la firme JC Decaux par station de vélos, obligerait la Région de Bruxelles Capitale à réserver tous les nouveaux espaces publicitaires en voiries publique disponibles, ainsi que ceux qui viennent à se libérer au terme de leur période d'exploitation normale à cette même firme. Ce faisant, la Région fermerait tout débouché aux concurrents de la firme JC Decaux et, à la plaignante en particulier.

En pratique, Belgian Posters avance que JC Decaux disposerait, depuis le lancement du système Villo! de 22 nouveaux emplacements, alors qu'aucun nouvel emplacement ne lui aurait été octroyé. Par ailleurs, ces dispositions ne pourraient pas, prima facie, bénéficier de l'exemption prévue au §3 de l'article 2 de la L.P.C.E car le bénéfice retiré par les utilisateurs finaux ne serait pas proportionnel aux restrictions à la concurrence imposées par l'accord. L'un des principaux effets de la convention serait non seulement de renforcer la position dominante de la S.A. JC Decaux sur le marché de la publicité extérieure mais également de mettre des barrières à l'entrée des nouveaux opérateurs sur ce même marché.

Ce renforcement abusif de la position dominante de JC Decaux engendrerait un préjudice grave et irréparable dans le chef de la S.A. Belgian Posters et il serait donc urgent de suspendre l'application de certaines clauses de cette convention dans l'attente d'une décision au fond dans le cadre du présent dossier.

### 8.2.2. Analyse de l'auditeur

Comme relevé dans la première décision de mesures provisoires, il ressort de la plainte et de la demande de mesures provisoires que l'objet essentiel n'est pas l'attribution du contrat de concession de vélos, mais bien le marché publicitaire lié à celle-ci. L'instruction a dès lors essentiellement visé à vérifier *prima facie* le respect des règles de concurrence dans le cadre de la mise en place de la procédure de concession et l'impact de cette attribution sur la position concurrentielle de Belgian Posters, notamment dans le cadre de le maintien, le renouvellement et l'attribution des emplacements publicitaires. L'auditeur rappelle que dans le cadre des premières demandes de mesures provisoires, il a conclu que : « *la décision de la Région Bruxelles-Capitale est motivée et basée sur des critères transparents qui étaient connus de l'ensemble des candidats. L'auditeur est conscient que l'attribution d'espaces publicitaires dans ce cadre aura un impact sur la situation concurrentielle de l'entreprise qui remporte la concession, mais également sur la position concurrentielle des candidats évincés. Cet impact est inhérent aux procédures de concession (et d'appel d'offre) et admissible pour autant que la procédure soit transparente, ouverte et non-discriminatoire et que la convention ne contienne pas de clauses anticoncurrentielles ne pouvant faire l'objet d'une analyse au regard de l'article 2, §3 de la LPCE.*

*Prima facie, aucun élément ne permet de qualifier cette offre de concession d'entente illicite, dans la mesure où l'offre de concession peut être qualifiée d'offre ouverte, transparente et non discriminatoire. De même, aucun article de la convention ne semble prima facie ne pas pouvoir répondre à un examen sommaire au regard de l'article 2, §3 de la LPCE. Les exigences relatives à l'établissement de l'infraction dans le cadre d'une demande de mesures provisoires ne sont donc pas remplies. »*

L'auditeur relève que Belgian Posters invoque également une violation d'un « principe de neutralité », à savoir l'engagement pris par la Région de Bruxelles-Capitale de ne pas utiliser les espaces publicitaires octroyés à Belgian Posters et ClearChannel dans le cadre du contrat de concession.

L'auditeur constate que JC Decaux a obtenu (dans le cadre de Villo !) un pourcentage légèrement plus élevé d'octroi de permis que Belgian Posters. Il faut cependant avoir en mémoire que dans le cadre de Villo!, les demandes sont introduites par la Région et que ces demandes bénéficient de règles urbanistiques plus favorables car ces espaces publicitaires contiennent de l'information d'intérêt public contrairement aux espaces publicitaires mis en place par Belgian Posters, qui ne poursuivent que des intérêts commerciaux. Par contre, pour les demandes effectuées par JC Decaux en dehors de la convention, il faut constater que JC Decaux a perdu proportionnellement plus de surfaces publicitaires de 8 m<sup>2</sup> que Belgian Posters.

Il n'y a donc pas de traitement discriminatoire mais application de prescriptions urbanistiques différentes pour des situations juridiques différentes également.

L'auditeur reçoit également l'argument de la Région selon lequel les espaces publicitaires concernés par Villo ! font partie de très nombreuses politiques globales menées par la Région Bruxelloise : elles concernent un nombre potentiellement bien plus important de dispositifs. A titre indicatif, la Région rappelle qu'il y a plus de 2200 arrêts de transports publics en surface, potentiellement plus de 2200 abris de bus et autant de panneaux publicitaire de 2m<sup>2</sup>.

L'auditeur conclut qu'il n'y a donc pas d'infraction *prima facie* au droit de la concurrence. Cette condition n'étant pas rencontrée, il y a lieu de classer la demande de mesures provisoires. Afin d'être complet, les conditions de préjudice grave imminent et irréparable vont cependant être également examinées.

### 8.3. Sur le préjudice grave, imminent, et irréparable

L'article 3 § 2 de l'Arrêté royal du 31 octobre 2006 relatif à l'introduction des plaintes et demandes visées à l'article 44, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, de la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 15 septembre 2006 (M.B., 22.11.2006), stipule expressément que *"les plaintes et demandes sont circonscrites et identifient clairement les pratiques restrictives de concurrence visées par la loi et par les articles 101 et 102 du TFUE. Les plaintes et demandes sont étayées par des documents probants et pertinents en la possession du plaignant ou du demandeur"*.

Il appartient au demandeur en mesures provisoires d'identifier son préjudice, lequel doit être de nature concurrentielle, en ce sens que l'entreprise «victime» soit risqué de disparaître du marché, soit ne peut pénétrer ledit marché.<sup>6</sup>

Belgian Posters affirme que, depuis la conclusion de la convention de concession entre la Région de Bruxelles-Capitale et la S.A. JC Decaux, la S.A. Belgian Posters, subit un préjudice grave et irréparable.

En effet, l'adoption de cette convention, et le fait qu'elle entraîne le couplage du marché des vélos en libre service avec celui de la publicité extérieure, aurait pour effet de supprimer toute concurrence sur le marché de la publicité extérieure sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

- Selon Belgian Posters

Le marché de la publicité extérieure sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale est un marché unique en Belgique et déterminant pour le reste du territoire belge. Il apporterait une visibilité considérable, vu le peu d'acteurs présents dans le secteur, et sa suppression entraînerait des conséquences irréparables pour les autres concurrents et l'intérêt économique général.

En pratique, la perte du marché bruxellois de la publicité extérieure entraînerait la perte des marchés avoisinants géographiquement liés au marché bruxellois qui constitue la locomotive de ce secteur de sorte que le demandeur, qui est l'ultime entreprise belge du secteur et ne dispose d'aucun appui international, sera appelé à disparaître.

En vertu des règles urbanistiques applicables en Région de Bruxelles-Capitale, le nombre d'emplacements disponibles pour des panneaux publicitaires est limité. La Région devra donc supprimer des autorisations précaires attribuées actuellement aux deux concurrents de la S.A. JC Decaux et les lui transférer.

La SA Belgian Posters a déposé des pièces reprenant l'état de l'ensemble des demandes de permis introduits. Selon cette dernière, aucun nouvel emplacement ne lui aurait été accordé depuis 2009 alors que la S.A. JC Decaux aurait bénéficié de 22 nouveaux emplacements publicitaires de 8 m<sup>2</sup>.

La S.A. Belgian Posters produit un tableau récapitulatif de ses revenus en 2009 et 2010. De ce tableau, il ressort que les revenus de la S.A. Belgian Posters ont diminué entre 2009 et 2010, parallèlement à la diminution du nombre des emplacements publicitaires qu'elle exploite. Les revenus de la S.A. Belgian Posters connaîtront la même diminution, au rythme de la péremption de chacun des permis dont elle jouit en Région de Bruxelles Capitale pour l'exploitation d'espaces publicitaires.

Si la situation actuelle devait perdurer, ce qui sera le cas si aucune mesure de suspension des clauses anticoncurrentielles de la convention de concession dont question n'est prise, la S.A. Belgian Posters devrait cesser ses activités dans un délai d'une à deux années, dans tous les cas sur le marché de la publicité extérieure sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

- Selon l'auditeur :

Selon la jurisprudence européenne, doivent être considérés comme irréparables les dommages pour lesquels la décision finale de la Commission, statuant sur le caractère illicite des pratiques anticoncurrentielles, interviendrait trop tard. Il importe peu que le dommage puisse être réparé par une

---

<sup>6</sup> Laurence IDOT, *Les mesures provisoires en droit de la concurrence: un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, RTD eur.29 (4) oct.-déc. 1993.

décision ultérieure des tribunaux nationaux, par le biais d'une action en dommages et intérêts. Tel serait notamment le cas lorsque à défaut de mesures provisoires, l'entreprise victime des pratiques anticoncurrentielles serait, du fait de ces pratiques, acculée à la faillite ou lorsque sans ces mesures, un opérateur, désireux de pénétrer sur un nouveau marché et empêché de le faire par des pratiques anticoncurrentielles, subirait un retard considérable dans sa pénétration et de ce fait une perte importante de la part de marché qu'il aurait atteinte si son développement n'avait pas été entravé par des pratiques illicites.

En l'espèce, l'auditeur constate que Belgian Posters se contente d'avancer une diminution de 15,47 % de ses recettes entre 2009 et 2010. Ce simple constat ne peut suffire ni à établir un préjudice grave imminent et irréparable, ni l'existence d'un lien causal entre la diminution de ses recettes et la convention Villo ! L'instruction démontre au contraire que l'ensemble des entreprises interrogées ont connu une diminution comparable de leur chiffre d'affaires. La plaignante ne démontre pas que sa situation financière est telle que sans l'octroi de mesures provisoires, elle disparaîtra du marché. Or comme rappelé supra, la jurisprudence européenne considère qu'il appartient au plaignant d'apporter les pièces justificatives de ces éléments de fait établissant le caractère grave et irréparable du préjudice.

Belgian Posters avance également comme argument que JC Decaux aurait obtenu 22 nouveaux emplacements et lui aucun. Ces chiffres sont cependant à relativiser car ils ne tiennent pas compte du fait que JC Decaux a perdu de nombreux panneaux de 8m<sup>2</sup>. A l'issue de l'attribution de la procédure de 8m<sup>2</sup> prévue dans Villo !, l'augmentation de panneaux ne dépassera pas [...] % maximum par rapport à la situation de JC Decaux avant exécution de Villo ! Actuellement, le taux se situe approximativement à [...] %.

De plus, l'auditeur constate que Belgian Posters a conclu un accord d'achat d'espace publicitaire avec la société ClearChannel concernant notamment l'ensemble des espaces de 8 m<sup>2</sup> dont cette dernière dispose dans la Région de Bruxelles-Capitale.

#### Conclusion

Le caractère irréparable du préjudice n'étant pas démontré, l'auditeur estime que des mesures provisoires ne peuvent être accordées.

#### 8.4. Sur l'urgence

Belgian Posters invoque les mêmes arguments de diminution de ses revenus publicitaires à Bruxelles, depuis 2009 pour justifier l'urgence ainsi que le fait qu'aucune de ses demandes de permis pour l'exploitation de nouveaux emplacements n'a reçu d'avis favorable et que ses demandes de renouvellement de permis ne feraient que très rarement l'objet d'une décision favorable.

La convention de concession et les conséquences pratiques liées à sa signature et son entrée en vigueur entraîneraient une disparition progressive de la concurrence sur le marché de la publicité extérieure à Bruxelles, les répercussions de ladite convention se feraient déjà ressentir sur une diminution de son chiffre d'affaires, alors que ses frais généraux restent stables.

Il serait par conséquent urgent de prononcer des mesures provisoires, lesquelles auraient pour effet de geler la situation actuelle de répartition des permis d'urbanisme entre les différentes entreprises actives sur le marché de publicité outdoor, dans l'attente d'une décision rendue au fond par le Conseil de la Concurrence.

A défaut, Belgian Posters serait condamnée à disparaître à bref délai.

- Selon l'auditeur :

L'auditeur constate que les arguments avancés par Belgian Posters pour justifier l'urgence sont identiques aux arguments justifiant le préjudice grave et ne sont pas étayés à suffisance.

L'auditeur conclut que la condition d'urgence n'est pas établie.

Conclusions de l'auditeur :

L'auditeur constate que les discriminations dont se plaint Belgian Posters par rapport à JC Decaux dans le cadre de l'octroi des permis d'urbanisme pour les panneaux de 8 m<sup>2</sup> ne sont pas fondées dans la mesure où :

- JC Decaux dans le cadre de la convention Villo ! bénéficie de normes urbanistiques plus favorables liées à la prise en considération de l'intérêt public. Il y a donc application de deux normes juridiques distinctes qui prennent en compte des situations différentes et absence de discrimination au regard du droit de la concurrence ;
- JC Decaux, en dehors de la convention Villo ! se voit appliquer les mêmes normes juridiques que ses concurrents et fait dès lors face aux mêmes difficultés ;
- Les communes ne sont pas parties à la convention Villo ! et une qualification d'entreprise au sens du droit de la concurrence dans le cadre de leurs fonctions d'attribution de permis d'urbanisme ne peut être soutenue ;
- Les conditions d'octroi des mesures provisoires au regard de l'urgence et du préjudice grave et irréparable ne sont pas non plus rencontrées.

Par ces motifs,

L'auditeur constate que la demande de mesures provisoires dans l'affaire CONC-V/M-11/0015 est recevable et non-fondée et en ordonne le classement conformément à l'article 62 §3 de la LPCE.

Fait à BRUXELLES, le 28 octobre 2011,

Pour l'Auditorat,

L'auditeur,

Marielle Fassin