Décision n°2000-V/M-39 du 6 décembre 2000

Affaire CONC-V/M-00/0012 - ETE-Kilt c./ ASAF

Vu la plainte accompagnée d'une requête en mesures provisoires reçue par pli recommandé le 14 mars 2000;

Vu le rapport du Corps des Rapporteurs déposé le 20 octobre 2000;

Vu le dossier d'instruction et les mémoires déposés à l'audience par les parties;

Entendu à l'audience du 21 novembre 2000 :

- Les plaignants Eric Thiry et J.-P. Tilkin assistés de Maître Raphaël Adam;

- La partie défenderesse représentée par Messieurs Bernard Hayez et Georges Richez, assistés de Maître Jean-François Hicter;

- Monsieur Koen Lemmens, tiers intervenant pour la société Genker Kart Shop.

A. Les parties en cause

Les plaignants Eric Thiry et la SPRLU Kilt, ayant pour conseil Maître Raphaël ADAM, sont les distributeurs exclusifs pour la Belgique et le Grand-Duché de Luxembourg des pneus Dunlop destinés au marché belge du karting.

La défenderesse, l'Association Sportive Automobile Francophone (ASAF) est une ASBL qui, selon ses statuts, est "seule détentrice du pouvoir sportif automobile régional francophone" et a pour objet de promouvoir, coordonner et réglementer la pratique du sport automobile dans les communautés francophone et germanophone du pays.

B. Griefs invoqués

Les 10 janvier 2000 et 3 février 2000, l'ASAF a lancé un appel d'offres destiné à permettre de sélectionner le type et la marque de pneus qui seront imposés, par catégorie de courses, pendant l'année 2000.

Les demandeurs font grief à l'ASAF, principalement :

- de les exclure du marché en érigeant unilatéralement des spécifications techniques qu'elles ne peuvent rencontrer;

- de subordonner la conclusion du contrat à des prestations supplémentaires sans lien avec le contrat principal;

- de rompre l'égalité entre les manufacturiers homologués FMK/CIK.

C. Mesures sollicitées

Les plaignants demandent (les deux premiers chefs sont actuellement devenus sans objet) :

- d'ordonner à l'ASAF de communiquer au Conseil de la concurrence et à la requérante la décision officielle prise par ses soins suite à ses appels d'offres des 10 janvier et 3 février 2000;

- d'ordonner à l'ASAF de suspendre l'accord de distribution exclusive conclu avec Bridgestone, Vega et Maxxis suite à ses appels d'offres des 10 janvier et 3 février 2000;

- d'interdire à l'ASAF tout comportement ayant pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché francophone du karting et notamment de les empêcher de pénétrer ledit marché en toute indépendance quant aux produits offerts tant en quantité qu'en prix, sous peine d'une astreinte de 150.000 francs belges par infraction constatée;

- de dire pour droit que, jusqu'à ce qu'il soit statué au fond, tout distributeur de pneus homologués FMK/CIK pourra les offrir en vente aux pilotes du championnat ASAF.

Dans la note d'observations déposée à l'audience, les plaignants actualisent leur demande et postulent qu'il soit :

- interdit à l'ASAF de lancer un appel d'offre pour la saison 2001 ou ordonné la suspension de l'appel d'offre pour la saison 2001 s'il a déjà eu lieu, dès la notification de la décision à intervenir sous peine d'une astreinte de 50.000 francs belges par jour de retard;

- interdit à l'ASAF d'imposer des caractéristiques techniques précises (dimensions de pneus et nombre de shores) qui pourraient avoir pour conséquence de définir indirectement une marque et un type de pneus;

- ordonné à l'ASAF de supprimer toute obligation d'utilisation d'une marque et d'un type de pneus pour les courses de karting dans le cadre de ses prescriptions;

- autorisé à l'ASAF de maintenir l'obligation d'homologation FMK/CIK qui constitue une garantie de qualité et de sécurité;

- ordonné à l'ASAF de communiquer à ses frais le dispositif de la présente décision à tous les CSAP et les clubs y affiliés;

- ordonné à l'ASAF de publier à ses frais le dispositif de la décision dans l'ASAF News destiné à tous ses licenciés ainsi que sur son site Internet et d'en fournir la preuve aux autorités belges de la concurrence.

D. Position de l'ASAF

- il n'y a pas de marché concerné et dès lors la législation sur la concurrence n'est pas applicable;

- les critères de sélection des pneus sont uniquement des critères sportifs - assimilables à des règles du jeu - en dehors du champ d'application de la loi sur la concurrence;

- en vue d'instaurer la sécurité juridique, elle demande de dire si, prima facie, imposer les mêmes spécificités par voie réglementaire est contraire aux règles de concurrence;

- elle demande qu'il soit donné acte de ce qu'elle renonce aux clauses suivantes de son appel d'offres :

    - soutien commercial

    - garantie de prix maximum

    - garantie générale

E. En droit

Préliminaire

Attendu que la défenderesse ne conteste pas devoir être considérée comme une association d'entreprises au sens de la loi.

Attendu qu'elle conteste par contre l'existence même d'un marché et la valeur du marché telle que définie par le Service et le Corps des Rapporteurs.

Attendu que l'existence d'un marché ne se juge pas au chiffre d'affaire qu'il peut générer;

Qu'à partir du moment où des opérateurs offrent des produits spécifiques à une activité, répondant à une demande spécifique, il se crée un marché distinct de tous les autres;

Que les courses karts nécessitant des pneus spécifiques, il y a une offre de pneus spécialement accrédités pour les compétitions de kart;

Que dès lors il existe un marché du pneu kart pour compétition.

Attendu que la défenderesse a une influence déterminante sur ce marché dans la mesure où elle se définit elle-même dans ses statuts comme la seule détentrice du pouvoir sportif automobile francophone, et ce même si, à côté du championnat ASAF, d'autres structures organisent des challenges de kart soumis à des règles qui leur sont propres;

Que le marché géographique concerné est constitué des régions francophone et germanophone, soit une partie substantielle du territoire belge.

Condition d'octroi des mesures provisoires

Attendu que l'application de l'article 35 de la loi implique la réunion de trois conditions : l'existence d'une instance principale au fond, la probabilité d'un préjudice grave, imminent et irréparable, et l'existence vraisemblable d'une pratique anticoncurrentielle.

1° Existence d'une instance principale au fond

Attendu que la première condition est remplie dès lors que les demanderesses ont, le 14 mars 2000 déposé au Conseil de la concurrence une plainte enregistrée sous la référence CONC-P/K-00/0011;

Qu'elles justifient d'un intérêt direct en tant que distributeurs d'une marque de pneus de karting.

2° Préjudice

Attendu que la procédure d'appel d'offre incriminée a pour effet, non contesté, de fermer totalement le marché pendant un an;

Qu'hormis la perte directe de chiffre d'affaires qu'auraient pu réaliser les demanderesses étant empêchées de fournir le moindre pneu pour les compétitions, il y a lieu de tenir compte du fait qu'elles ne fourniront logiquement aucun pneu au pilote, même pour les entraînements;

Que pendant un an au moins , elles seront privées de la "vitrine" que constituent les compétitions et que la marque imposée par l'ASAF peut sembler être aux yeux des utilisateurs comme étant celle qui surpasse les autres en qualité et en sécurité;

Que doit également être considéré comme irréparable en soi le fait de se trouver dans l'impossibilité de pénétrer un marché pendant une période relativement longue.

Attendu que si le préjudice relatif à l'année 2000 est consommé, il y a urgence à prendre les mesures sollicitées, sous peine de risquer de le voir perdurer pendant la saison 2001.

3° Infraction prima facie à l'article 2 de la loi

Attendu que l'ASAF, les Commissions Sportives Automobiles Provinciales (en abrégé : CSAP) et les clubs qui y sont affiliés forment une association d'entreprise au sens de la loi sur la protection de la concurrence économique;

Que si toutes ces sociétés sont constituées sous la forme d'ASBL, il n'en reste pas moins vrai qu'elles fournissent ensemble un service contre rémunération en organisant et en gérant des compétitions automobiles, et qu'elles poursuivent donc de manière durable une activité économique;

Qu'elles doivent dès lors être considérées comme des entreprises au sens de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Attendu qu'en imposant l'utilisation d'une marque de pneu par catégorie de course de karting, l'ASAF restreint de manière sensible la concurrence sur une partie substantielle du marché belge concerné, à savoir le marché des pneus de kart pour compétition;
Qu'en effet, cette prescription sportive édictée par l'ASAF doit s'analyser comme une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 2 de la loi sur la protection de la concurrence économique.

Attendu que l'ASAF justifie son choix de procéder comme elle le fait par sa volonté de limiter le coût de la participation aux compétitions, et partant de permettre au plus grand nombre la pratique de ce sport, et aussi par son souci de renforcer l'équité sportive, l'égalité dans les équipements permettant de faire émerger les seules qualités sportives des pilotes.

Attendu que ce double souci est parfaitement légitime;

Qu'il convient cependant d'examiner si la pratique incriminée n'a pas des conséquences disproportionnées par rapport au but poursuivi et si ce dernier peut être atteint par d'autres mesures qui n'ont pas les effets dénoncés sur la concurrence.

Attendu qu'il a été démontré au cours de l'instruction à l'audience que le pneumatique utilisé, plus encore que les autres équipements, était un paramètre important dans la réalisation de performances;

Que notamment le degré de dureté du pneu, en influençant significativement l'adhérence à la route, permet au pilote de gagner une à deux secondes au tour, ce qui est déterminant;

Qu'en effet, plus le pneu est tendre, plus il adhère à la route, et plus il permet de prendre de la vitesse, donnant un avantage non purement sportif au pilote.

Attendu que l'ASAF insiste sur le fait que seules les vraies qualités sportives doivent entrer en ligne de compte, et que dès lors laisser au pilote le choix du pneu le plus performant, le plus tendre - qui semble également être le

plus cher et celui qui a la plus courte durée de vie - donnerait un avantage injustifié au pilote qui dispose de plus de moyens financiers.

Attendu que ce souci de préserver l'égalité des chances des pilotes est tout à fait respectable et mérite d'être reconnu.

Attendu que l'ASAF ajoute cependant que si elle détermine une marque de pneu et non pas un simple type de pneus, par catégorie de courses, c'est en raison du fait que le contrôle de leur conformité en est considérablement simplifié, et qu'il lui serait d'ailleurs impossible d'y procéder sans cela;

Qu'elle expose que le respect de l'égalité sportive va même jusqu'à imposer des critères de poids de l'ensemble "kart-pilote" (certains karts pouvant être lestés) et qu'avant chaque course, "l'équipage" est pesé.

Attendu que l'on ne voit pas ce qui empêcherait les officiels de la course de contrôler la conformité des pneus au moment du pesage;

Qu'il ne semble pas beaucoup plus compliqué de vérifier si le type de pneu, et non simplement la marque, répertorié auprès des différentes marques comme correspondant aux critères techniques définis, est bien celui qui équipe le kart;

Que, de même, si cette solution paraît trop compliquée, rien ne s'oppose à certains contrôles approfondis, par sondage, sur certains véhicules, après la course, comme en matière de dopage dans d'autres disciplines.

Attendu qu'il apparaît de ce qui précède que le but - louable - poursuivi par l'ASAF pourrait être rencontré en appliquant d'autres mesures que celles qui ont pour effet de fermer totalement le marché à plusieurs opérateurs économiques, pendant de longues périodes, avec les conséquences qui ont été décrites ci-dessus.

Attendu que certaines clauses de l'appel d'offres contribuent à renforcer ses effets anticoncurrentiels;

Que les plaignantes, comme le Service et le Corps des Rapporteurs, relèvent un manque de clarté dans la description même des caractéristiques techniques imposées, notamment quant à la "fourchette" du degré de dureté des pneus, ce qui constitue une discrimination par rapport aux anciens fournisseurs qui compensent ce manque de clarté par leur connaissance des desiderata antérieurs de l'ASAF.

Attendu que la défenderesse a d'ailleurs admis ce manque de précision, tout en faisant remarquer que ces données étant destinées à des professionnels qui doivent en définir la portée exacte sans que les points ne doivent être mis sur les "i", elle s'étonne dès lors de l'incompréhension des plaignantes.

Attendu qu'il conviendrait, malgré cette remarque, de faire préciser dans quelle mesure les tolérances reconnues par les fabricants entrent dans la fourchette de shores demandée.

Attendu que la clause de prix maximum et de constance de prix est, de l'aveu même de la défenderesse, sans aucun effet puisque le pilote a le libre choix de son vendeur, même hors de la Belgique, et qu'il lui est tout à fait impossible d'exiger de l'acheteur final la révélation du prix réellement payé.

Attendu dès lors que l'on ne voit pas l'utilité d'une clause qui ne lie ni le vendeur ni l'acheteur;

Que la défenderesse a d'ailleurs déclaré y renoncer à l'avenir, tout comme elle renonce aux clauses de garantie et de soutien commercial;

Qu'il n'y a donc plus lieu de les examiner plus avant dans le cadre de mesures provisoires.

Attendu enfin que nous nous rallions à la position du Corps des Rapporteurs lorsqu'il estime que l'ASAF est toujours libre d'augmenter les ressources nécessaires à la promotion des Karting et à la récompense des pilotes en concluant des contrats de sponsoring, parrainage ou publicitaires indépendants d'une obligation d'utilisation d'une marque déterminée.

Attendu en résumé qu'il convient d'autoriser l'ASAF à continuer d'imposer certaines normes techniques auxquelles doivent répondre les pneus utilisés par les pilotes, notamment l'obligation d'homologation FMK/CIK et des critères de dimension et de dureté du pneu, pour autant que l'utilité de ces critères puisse être justifiée objectivement et que le choix de ces critères n'ait pas pour effet, sans raison objective de qualité et de sécurité, d'exclure un ou plusieurs opérateurs du marché;

Qu'elle pourrait, après avoir fait un appel d'offres, modifié selon ce qui vient d'être dit, établir une liste de marques assorties de leurs références correspondant aux types de pneu admis par catégorie et porter cette liste à la connaissance de ses affiliés.

Attendu enfin, surabondamment, que pour répondre à l'interrogation de la défenderesse, et bien que n'étant pas saisie du problème, nous relevons qu'il est probable qu'une décision prise sur base d'un pouvoir réglementaire qui

reviendrait à exclure sans raison objective un intervenant économique répondant aux critères de qualité et de sécurité exigés, pourrait, de la même manière être sanctionné.

Par ces motifs,

Nous, Marie-Claude Grégoire faisant fonction de Président du Conseil de la concurrence,

Constatons que la demande remplit les conditions légales Nous permettant d'y faire droit;

Disons la demande recevable et fondée dans la mesure ci-après.

En conséquence,

- Interdisons à l'ASAF de lancer un appel d'offre pour la saison 2001 (ou lui ordonnons de suspendre l'appel d'offre 2001 s'il a déjà été lancé) qui ne répondrait pas aux conditions suivantes :

- suppression de la clause de prix maximum;

- suppression des exigences de garantie générale;

- suppression de la clause de soutien commercial;

- indication claire de la fourchette admissible pour le degré de dureté des pneus vis à vis des normes et des tolérances indiquées par le constructeur;

- Interdisons à l'ASAF d'imposer des caractéristiques techniques qui auraient pour conséquence d'exclure de façon non objective une marque de pneu;

- Ordonnons à l'ASAF de supprimer toute obligation d'utilisation d'une marque de pneu pour les courses de Karting et de remplacer cette obligation par celle, pour le pilote, de faire choix parmi une liste reprenant, par catégorie de compétiteurs, les marques et références des pneus qui répondent aux critères techniques préalablement retenus (homologation, dimensions, dureté);

- Ordonnons à l'ASAF de communiquer à ses frais le présent dispositif à tous les CSAP et les clubs y affiliés ainsi que de le publier dans l'ASAF News et sur son site Internet.

Ainsi décidé le 6 décembre 2000.