



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 19.11.2004
SG-Greffe(2004)D/ 205296

UFEX Monsieur Marc Inchauspé Secrétaire général - Trésorier DHL International SA BP 50252 Direction France Z.I. Paris Nord II rue de la Belle Etoile 241 F-95957 Roissy CDG CEDEX	DHL Monsieur Marc Inchauspé Legal Manager DHL International SA BP 50252 Direction France - Z.I. Paris Nord II rue de la Belle Etoile 241 F-95957 Roissy CDG CEDEX
CRIE (en liquidation amiable) Monsieur Guillaume Cornu 200, avenue des Grésillons F-92665 Asnières Cedex	FEDEX Monsieur Alain Chaillé Gérant Federal Express International (France) SNC 125/135, avenue Louis Roche F-92230 Gennevilliers

Affaire COMP/37.974 : UFEX - La Poste / Chronopost / République Française
Décision de rejet de plainte

Messieurs,

1. Je me réfère à votre demande du 21 décembre 1990, présentée en application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CEE) N° 17 du Conseil, concernant des allégations d'infractions à l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne commises par La Poste Française, et aux articles 86, 87, 3 et 10 commises par la République Française. Votre demande initiale a été réitérée et précisée par votre demande de réouverture de l'affaire du 15 septembre 2000 à la suite des arrêts des juridictions communautaires annulant la décision de la Commission du 30 décembre 1994, qui rejetait votre demande initiale.
2. Dans la suite de la présente décision, qui concerne uniquement les éléments du dossier qui relèvent des articles 82, 86, 3 et 10 du traité, le terme «la plainte» se réfère à la demande initiale telle que précisée ultérieurement.

3. Par lettre du 30 juin 2003, en application de l'article 6 du règlement (CE) 2842/98 de la Commission¹, la Commission a fait part aux plaignants de son intention préliminaire de rejeter la plainte en ce qui concerne certaines de ses allégations (subventions croisées entre La Poste et Chronopost) et d'examiner dans une affaire distincte ses autres allégations (caractère abusif des prix pratiqués par Chronopost).
4. Par lettre en date du 30 septembre 2003, les plaignants ont présenté leurs observations sur la position préliminaire de la Commission en considérant, notamment, que la scission de la plainte en deux affaires n'était pas justifiée.
5. La Commission, sans prendre position définitive sur les allégations des plaignants au fond, a tenu compte des remarques sur la scission de la plainte et a décidé d'en poursuivre l'examen en une seule affaire. La Commission ne s'étant pas prononcée dans sa lettre du 30 juin 2003 sur les allégations afférentes au caractère abusif des prix pratiqués par Chronopost, par lettre en date du 22 avril 2004, la Commission a fait part aux plaignants, en vertu de l'article 6 du règlement (CE) 2842/98, de son intention de rejeter aussi cette partie de la plainte et les a invités à formuler des observations tant sur cette position que sur l'ensemble des allégations contenues dans la plainte.
6. Par lettre en date du 4 juin 2004, les plaignants ont aussi présenté leurs observations sur cette dernière lettre.
7. Pour les motifs ci-dessous, la Commission européenne vous informe, en vertu de l'article 7, paragraphe 2 du règlement de la Commission (CE) 773/2004², qu'elle a décidé de ne pas poursuivre l'examen de votre plainte.

HISTORIQUE DE LA PLAINTÉ

La plainte de 1990 et la décision de rejet de 1994

8. Le 21 décembre 1990, UFEX (dénommé SFEI à l'époque), a déposé une plainte auprès de la Commission en vue de faire constater la violation par l'État français des articles 92 (devenu article 87) et suivants du traité CE. Lors d'une réunion avec la Commission qui a eu lieu le 18 mars 1991, les plaignants ont allégué aussi une violation de l'article 82 par La Poste, ainsi que des articles 86, 3(g) et 10 du traité par l'État français.
9. Par lettre en date du 28 octobre 1994³, la Commission a informé le SFEI de son intention de rejeter la plainte au titre de l'article 82. Par lettre du 28 novembre 1994, le SFEI a présenté ses observations à la Commission et demandé d'adopter une décision définitive.
10. Par une décision en date du 30 décembre 1994, la Commission déclarait qu'elle ne disposait pas de preuve suffisante de la persistance des infractions alléguées pour pouvoir donner une suite favorable à la demande et que, puisque les infractions

¹ Règlement (CE) 2842/98 de la Commission, du 22 décembre 1998, relatif à l'audition dans certaines procédures fondées sur les articles 85 et 86 du traité CE, JOCE L354, 30.12.1998.

² Règlement de la Commission (CE) N° 773/2004 du 7 avril 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JOUE L123 du 27.4.2004, p.18.

³ Au titre de l'article 6 du règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17 du Conseil, JO 1963, 127, p. 2268.

alléguées avaient cessé, l'intérêt communautaire était insuffisant pour poursuivre l'instruction⁴.

Les procédures parallèles en France

11. Les plaignants ont introduit des procédures parallèles, actuellement en cours, devant le Conseil de la concurrence et les tribunaux français.

Le Conseil de la concurrence

12. En parallèle à leur action devant la Commission, les plaignants ont, le 20 décembre 1990, introduit devant le Conseil de la concurrence une plainte contre La Poste, Sofipost, SFMI et TAT dénonçant un abus de position dominante, en infraction aux dispositions du droit français de la concurrence, entre 1986 et 1990.
13. En novembre 1995, le Conseil de la concurrence a décidé de surseoir à statuer "*en vue de procéder à un complément d'instruction*". En juin 1996, le SFEI a déposé une nouvelle plainte devant le Conseil en alléguant les mêmes infractions, mais durant la période de 1990 à 1996.
14. Le Conseil de la concurrence a suspendu l'instruction des deux affaires en attendant les résultats de l'instruction de la plainte par la Commission européenne.

Le Tribunal de Commerce de Paris

15. En juin 1993, le SFEI et certains de ses membres⁵ ont formé devant le Tribunal de Commerce de Paris une action en dommages et intérêts contre La Poste, Sofipost, Chronopost SA, TAT SA, TAT Express et GDEW France SA, en invoquant le grief de violation de l'article 82 et de l'article 88, paragraphe 3, du traité CE.
16. En janvier 1994, le Tribunal de Commerce a saisi la Cour de Justice de justice en lui demandant de statuer à titre préjudiciel sur certains éléments d'aide d'État de l'affaire. La Cour lui a répondu en mars 1997.
17. Le 7 décembre 1999, le Tribunal de Commerce a rejeté les éléments d'aide d'État de l'affaire et a sursis à statuer sur les autres aspects en attendant l'issue des procédures devant le Conseil de la concurrence et la Commission européenne.

⁴ La décision déclarait que les problèmes soulevés au sujet de la concurrence actuelle et future dans le secteur du courrier express international avaient été suffisamment résolus par des mesures déjà adoptées par la Commission. Ces mesures étaient, d'une part, le « Livre Vert relatif aux services postaux sur le marché unique ainsi que les lignes directrices pour le développement des services postaux communautaires » (Com (93)247 final du 2 juin 1993), et, d'autre part, les engagements prévus dans la décision TNT/GD Net (Décision du 2 décembre 1991 dans l'affaire IV/M.102, TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post et Sweden Post ("TNT/GD Net")). Par ces derniers, l'accès exclusif de la SFMI/Chronopost à l'infrastructure de La Poste avait été réduit dans sa portée et devait se terminer deux ans après la fin de la fusion. Toute facilité d'accès légalement octroyée par La Poste à la SFMI devait en effet être offerte, de manière similaire, à tout autre opérateur de messagerie express.

⁵ DHL, FedEx, CRIE, May Courier, Extracom.

Les recours en annulation

18. La décision du 30 décembre 1994 de la Commission a fait l'objet d'un recours devant le TPI, qui l'a rejeté en statuant en faveur de la Commission⁶. Les plaignants ont fait appel devant la Cour de Justice. La Cour a admis l'un des moyens du pourvoi et a annulé l'arrêt du TPI, car elle considérait que, si la Commission est en droit d'accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie, son pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites :

"93. [...] la Commission est tenue d'apprécier dans chaque espèce la gravité des atteintes alléguées à la concurrence et la persistance de leurs effets. Cette obligation implique notamment qu'elle tienne compte de la durée et de l'importance des infractions dénoncées ainsi que de leur incidence sur la situation de la concurrence dans la Communauté.

94. Lorsque des effets anticoncurrentiels persistent après la cessation des pratiques qui les ont causés, la Commission demeure donc compétente, au titre des articles 2, 3, sous g) et 86 du traité, pour agir en vue de leur élimination ou de leur neutralisation [...]

*95. La Commission ne peut donc se fonder sur le seul fait que des pratiques prétendues contraires au traité ont cessé pour décider de classer sans suite pour défaut d'intérêt communautaire une plainte dénonçant ces pratiques, sans avoir vérifié que des effets anticoncurrentiels ne persistaient pas et que, le cas échéant, la gravité des atteintes alléguées à la concurrence ou la persistance de leurs effets n'étaient pas de nature à conférer à cette plainte un intérêt communautaire."*⁷

19. La Cour ayant renvoyé l'affaire devant le TPI, celui-ci a considéré que la Commission serait « tenue d'apprécier, sur la base de tous les éléments de fait et de droit recueillis, la gravité et la durée des infractions alléguées ainsi que l'éventuelle persistance de leurs effets ». En l'espèce, la Commission « a omis d'apprécier [...] la gravité et la durée des prétendues infractions ainsi que l'éventuelle persistance de leurs effets. En considérant finalement qu'elle n'était pas tenue d'enquêter sur des infractions passées si le seul objet ou effet d'un tel examen était de servir les intérêts individuels des parties [...], la Commission a méconnu [...] sa mission dans le domaine de la concurrence »⁸.

Les obligations incombant à la Commission à la suite de l'arrêt de la Cour de Justice et le jugement du TPI

Le point de vue des plaignants

20. Les plaignants soutiennent que, même après la cessation de l'abus et de ses effets, la Commission serait tenue de vérifier la gravité et la durée de l'infraction afin de considérer si celles-ci ne confèreraient pas un intérêt communautaire à poursuivre l'instruction.⁹ Les plaignants s'appuient particulièrement sur l'attendu 93 de l'arrêt de

⁶ Arrêt du 15.1.1997 dans l'affaire T-77/95, SFEI et autres/Commission, Recueil 1997, p. II-0001.

⁷ Arrêt du 4.3.1999 dans l'affaire C-119/97 P, UFEX, DHL International et Service CRIE/Commission, point 95.

⁸ Arrêt du 25.5.2000 dans l'affaire T-77/95 UFEX, DHL International, Service CRIE et May Courier/Commission, points 44 et 52.

⁹ Réponse du 30 septembre 2003 à la lettre Article 6, §46.

la Cour et l'attendu 44 du jugement du TPI pour estimer que la Commission serait tenue d'apprécier « dans chaque espèce » (i) la gravité des infractions alléguées, (ii) leur durée, (iii) la persistance de leurs effets, (vi) leur importance, et (v) leur incidence sur le marché.

Le rôle de la Commission

21. L'approche des plaignants ne peut être retenue. Le jugement, qui exige de la Commission qu'elle assure une situation de concurrence non faussée¹⁰, doit être vu dans son ensemble¹¹ et interprété à la lumière de l'arrêt de la Cour, ainsi que la jurisprudence constante du TPI sur l'intérêt communautaire.
22. La Cour de Justice a considéré que, si la Commission est en droit d'accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie, son pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. L'arrêt de la Cour montre clairement que lorsque des effets anticoncurrentiels persistent -mais seulement si c'est le cas (d'où le terme « le cas échéant »)-, la Commission doit considérer la gravité des infractions alléguées. S'agissant de plaintes visant un comportement qui a cessé, il incombe à la Commission de répondre à trois questions, sachant qu'une réponse négative à toutes les trois permet à la Commission de rejeter la plainte:
 - (a) le comportement mis en cause continue-t-il?
 - (b) les effets anticoncurrentiels (des abus allégués) persistent-ils ?
 - (c) existe-t-il un intérêt communautaire suffisant à poursuivre l'examen de la plainte ?
23. La Cour avait critiqué la Commission de s'être fondée « sur le seul fait que des pratiques prétendues contraires au traité ont cessé pour décider de classer sans suite pour défaut d'intérêt communautaire une plainte » sans vérifier si les critères (b) et (c) énumérés ci-dessus (c'est à dire la persistance des effets du comportement mis en cause et l'intérêt communautaire à poursuivre l'affaire) étaient satisfaits.¹²

La jurisprudence antérieure

24. Seule une telle interprétation est conforme à la jurisprudence constante sur l'intérêt communautaire. Une autre interprétation aurait pour conséquence d'exiger de la Commission une analyse sur le fond de chaque plainte ce qui aboutirait à un renversement de la jurisprudence constante du TPI.
25. Selon cette jurisprudence, « [l]a Commission n'ayant pas l'obligation de se prononcer sur l'existence ou non d'une infraction, elle ne saurait être contrainte de mener une instruction, puisque cette dernière ne pourrait avoir d'autre objet que de rechercher les éléments de preuve relatifs à l'existence ou non d'une infraction qu'elle n'est pas tenue

¹⁰ Attendu 52.

¹¹ Le TPI rappelle tout d'abord à l'attendu 38, que « la Commission n'est obligée de mener une instruction ou de prendre une décision définitive quant à l'existence ou non de l'infraction alléguée par les plaignants que si la plainte relève de ses compétences exclusives. Or, tel n'est pas le cas dans la présente affaire qui concerne l'application de l'article 86 du traité pour laquelle la Commission et les autorités nationales jouissent d'une compétence partagée ».

¹² Arrêt du 4.3.1999 dans l'affaire C-119/97 P, UFEX, DHL International et Service CRIE/Commission, Point 95.

de constater ».¹³ Or, une appréciation de la durée et la gravité, d'un abus nécessite a fortiori une instruction et la détermination de l'existence ou l'absence d'une infraction.

26. En effet, si la Commission était tenue d'examiner de manière approfondie chaque plainte concernant des abus qui auraient été commis dans le passé et qui n'ont pas d'effets persistants, sans pouvoir exercer une marge de discrétion en ce qui concerne l'intérêt communautaire d'une telle instruction, elle ne pourrait pas, au vu ses ressources limitées, accomplir sa mission, qui est, comme l'a précisé le TPI, « d'assurer [...] une situation de concurrence non faussée »¹⁴. Si le prétendu abus a cessé depuis longtemps et ne présente pas d'effets persistants, cette situation est déjà assurée.
27. Il est clair qu'il pourrait y avoir, dans des cas appropriés, un intérêt communautaire à poursuivre l'instruction d'une affaire même lorsque le comportement, ainsi que ses effets, seraient terminés. Toutefois, la décision d'intervenir dans un tel cas doit rester strictement dans la discrétion de la Commission¹⁵. Obliger la Commission, en l'absence d'effets persistants, de procéder à une évaluation de fond en l'absence d'intérêt communautaire, aboutirait à un renversement de la jurisprudence *Automec II* et *seq* et la Commission empêcheraient d'enquêter sur d'autres infractions en cours.
28. Il résulte de ce qui précède que l'obligation de la Commission d'assurer une concurrence non faussée, notamment en faisant cesser les abus de position dominante et en neutralisant leurs effets, est remplie lorsque le comportement mis en cause a cessé et qu'il n'y a pas d'effets persistants. S'il devait en être autrement, la Commission serait obligée de « réunir les conditions d'une réparation des dommages pécuniaires prétendument subis par une ou quelques entreprises »¹⁶ dans chaque cas, ce qui, comme l'a constaté le TPI,¹⁷ n'est « certes » pas sa mission.
29. En conclusion, la Commission considère que l'arrêt de la Cour de Justice et le jugement du TPI lui permettent de classer sans suite pour défaut d'intérêt communautaire une plainte pour des pratiques anti-concurrentielles qui ont cessé depuis longtemps, après avoir vérifié que des effets anticoncurrentiels de ces pratiques ne persistent pas.

LA REOUVERTURE DE L'INSTRUCTION

30. A la suite des jugements du TPI et de la Cour, à la demande des plaignants en date du 15 septembre 2000, la Commission a rouvert l'examen la plainte. Elle a enquêté sur la plainte en adressant à diverses parties des demandes de renseignements fondées sur l'article 11 du règlement N°17.

¹³ Arrêt du 18.9.1992 dans l'affaire T-24/90, *Automec II*, point 76

¹⁴ Point 52, jugement du 25 mai 2000, Affaire T-77/95, *op cit* (ou, selon l'Avocat Général, de « restaurer le jeu de la libre concurrence » (paragraphe 72)).

¹⁵ L'Avocat Général Siegbert Alber a évoqué dans l'affaire NALOO que la Commission peut prendre en compte « l'intérêt de la Communauté à utiliser les ressources limitées de son administration par priorité en vue d'enquêter sur des infractions en cours ». Conclusions du 8 mai 2003 (Affaires Jointes C-172/01 P, C-175/01 P et C-180/01 P), *International Power plc, British Coal Corporation, PowerGen (UK) plc et Commission des Communautés européennes contre National Association of Licensed Opencast Operators (NALOO)*, paragraphe 183.

¹⁶ Point 52, jugement du 25 mai 2000, Affaire T-77/95

¹⁷ Point 52, jugement du 25 mai 2000, Affaire T-77/95

31. Compte tenu de la jurisprudence, la Commission a réexaminé les allégations contenues dans la plainte à la lumière des renseignements recueillis et des observations soumises par les plaignants dans leurs lettres du 30 septembre 2003 et du 4 juin 2004. L'essentiel des allégations se résume comme suit.

Les allégations de la plainte en substance

Les parties

32. La plainte de 1990 avait été déposée au nom du groupement français d'opérateurs privés de services de courrier rapide, dénommé SFEI à l'époque, et d'un certain nombre de ses membres¹⁸. En 1997, SFEI a changé de dénomination pour prendre celle de l'Union Française de l'Express (« UFEX »).
33. Les parties mises en cause sont La Poste et l'État français. L'affaire concerne le service de courrier express international de La Poste, dénommé en 1986 SFMI, puis GD Europe Worldwide France et Chronopost (ci-après « Chronopost »). Entre 1991 et juillet 1996, Chronopost exerçait la fonction de la division française de GDEW, l'opération commune issue de la fusion¹⁹ des activités de courrier express international de TNT²⁰ et des opérateurs postaux français néerlandais, allemand, suédois et canadien. GDEW était contrôlée conjointement et détenue pour une moitié par TNT et pour l'autre moitié (à travers une entreprise commune à droits de vote spéciaux dénommée "GD Net") par les cinq opérateurs postaux.

Position dominante : les marchés en cause

34. Il y a deux marchés en cause : le marché sur lequel les abus éventuels de position dominante auraient eu lieu, et le marché sur lequel les effets de ces abus éventuels se feraient ressentir.
35. Le premier est le marché des opérations traditionnelles de collecte, de tri et de remise de correspondance pour le courrier intérieur et le courrier transfrontalier entrant. La dimension géographique de ce marché, où La Poste serait en position dominante, serait nationale, en raison essentiellement des droits exclusifs de La Poste et des restrictions imposées à la fourniture de services postaux.²¹
36. Le second marché est celui des services de courrier express sortant vers l'international, tel qu'il a été défini par la Commission en 1991²² et confirmé par sa pratique décisionnelle plus récente.²³ La Commission a déjà indiqué que le marché du courrier

¹⁸ Dont DHL International, Service CRIE et May Courier.

¹⁹ Décision du 2 décembre 1991 dans l'affaire IV/M.102, TNT/Canada Post, DBP Postdienst, La Poste, PTT Post et Sweden Post ("TNT/GD Net").

²⁰ À l'époque, TNT avait pour activités principales différents services de transport, la gestion de navires et des activités de tourisme et loisirs.

²¹ Paragraphe 2.1 de la Communication de la Commission sur l'application des règles de concurrence au secteur postal et sur l'appréciation de certaines mesures d'État relatives aux services postaux, COM 98/C 39/02.

²² TNT/GD Net, op cit.

²³ Décision du 15.2.1999 dans l'affaire IV/M.1405, TNT Post Group/Jet Services, considérant 21; décision du 21.10.2002 dans l'affaire COMP/M.2908, Deutsche Post/DHL, considérant 12.

express international pourrait être plus extensif, comprenant en même temps le courrier express national et international (courrier et colis), le fret express et la logistique²⁴.

37. En ce qui concerne sa dimension géographique, le marché du courrier express international sortant est, en l'espèce, la France, étant donné (i) sa nature de service local aux yeux des clients, (ii) la nature nationale de la collecte, (iii) les niveaux de tarification différents d'un pays à l'autre (notamment en raison des différences de coûts de main-d'œuvre et de carburant), (iv) la commercialisation différente d'un pays à l'autre, (v) les parts de marché différentes des principaux fournisseurs dans les différents États membres et (vi) le degré de développement de produits qui varie d'un pays à l'autre.²⁵
38. Les plaignants n'excluent pas que SFMI/Chronopost soit ou ait pu être en position dominante sur ce second marché²⁶.

Les pratiques prétendument abusives

39. Les plaignants affirment que l'infraction à l'article 82 réside dans le fait que La Poste a autorisé SFMI/Chronopost à utiliser ses infrastructures postales à des conditions anormalement avantageuses, afin d'étendre la position dominante qu'elle occupe sur le marché du service postal de base au marché connexe du courrier express international, notamment en pratiquant des prix abusifs sur ce dernier marché.
40. Cette assistance aurait revêtu la forme d'une assistance logistique et commerciale. En ce qui concerne l'assistance logistique, les plaignants contestent la mise à disposition des infrastructures de La Poste, en vue de la collecte, du tri, du transport, de la distribution et de la remise aux clients de courrier, l'existence d'une procédure privilégiée de dédouanement normalement réservée à La Poste et l'octroi de conditions financières privilégiées. Au titre de l'assistance commerciale, la plainte fait état du transfert d'actifs, comme le fonds de commerce et les centres de tri de Postadex, et d'opérations promotionnelles et publicitaires réalisées par La Poste en faveur de SFMI/Chronopost. Les plaignants soutiennent en outre que l'accès sous-facturé de Chronopost à un réseau dense préexistant de bureaux de poste omniprésents a abouti à la création de barrières à l'entrée sur le marché.
41. L'infraction aurait permis une tarification abusive née de la non-couverture par La Poste de ses coûts sur un certain nombre de services fournis à SFMI/Chronopost, dont :
- une sous-facturation par La Poste de services fournis à SFMI/Chronopost (collecte, dépôt aux guichets des bureaux de poste, réception de paiement, tri et distribution);

²⁴ "Autrefois, les services de courrier rapide international, de fret express international, de distribution express nationale, de fret express national et de logistique étaient considérés comme des marchés séparés, mais ils sont désormais largement intégrés en un seul marché. Les marchés du courrier rapide et du fret express ne se distinguent que par la nature des équipements utilisés pour la manutention et la remise des articles : sur le plan de la rapidité et d'autres conditions, ils sont souvent identiques. En outre, certains clients d'envergure mondiale exigent le transport international (ou national) à grande vitesse de leurs articles et documents à partir du dépôt du client ou de la société de courrier rapide : ces clients ne font aucune distinction entre les différents services concernés" (traduction non-officielle); décision du 8.11.1996 dans l'affaire IV/M.843, *PTT Post/TNT/GD Express Worldwide*, considérant 25.

²⁵ Décision du 15.2.1999 dans l'affaire IV/M.1405, *TNT Post Group/Jet Services*, considérants 27 à 31.

²⁶ Lettre du 4 juin 2004 en réponse à la lettre Article 6 de la Commission, §45 à 52.

- l'application à SMFI/Chronopost d'une procédure privilégiée de dédouanement réservée exclusivement à La Poste;
 - l'application à SFMI/Chronopost d'un régime d'affranchissement privilégié dont ses concurrents ne bénéficieraient pas;
 - une non-imputation à SFMI/Chronopost de coûts incrémentaux relatifs à ses activités (temps de personnel, guichets de bureaux de poste, infrastructure de transport).
42. La tarification serait abusive en ce que les subventions dont SFMI/Chronopost aurait bénéficié lui permettaient de pratiquer des prix d'éviction, s'insérant dans un plan précis d'éviction des concurrents, lors de son démarrage. Ayant acquis une place de leader sur le marché, après 1991, SFMI/Chronopost aurait, selon les plaignants, aligné ses prix sur ceux pratiqués sur le marché²⁷. En dépit d'une marge d'exploitation nettement supérieure à celle de ses concurrents, dès lors que la non facturation par La Poste aurait permis à Chronopost de réduire ses coûts de façon illégale et d'appliquer une tarification anti-économique, les plaignants estiment que les prix d'éviction étaient abusifs en ce que l'objectif poursuivi en termes d'effets sur le marché serait équivalent à celui qui résulte de l'application de prix prédateurs, à savoir, l'éviction des concurrents²⁸.
43. En août 2000, les plaignants évoquaient encore des prix abusifs actuels ou récents, sans plus d'indication sur la date d'un possible « redémarrage » des prix prétendument abusifs après l'alignement sur les concurrents que les plaignants mentionnaient pour 1991. Il s'agirait de prix persistant sur certains marchés et pour certains types de produits, les taux de remise abusifs sur certains grands comptes et les prix anormalement bas par rapport aux tarifs pratiqués par les coursiers privés dans des conditions comparables²⁹. En décembre 2002, ces allégations ont été précisées avec des exemples de prix prétendument abusifs de Chronopost, qui ne couvriraient pas, dans certains cas, les frais de douane, ou ne permettraient pas au concurrent de Chronopost qui les suivrait de dégager une marge opérationnelle³⁰.
44. Reconnaissant que le caractère abusif d'un prix s'apprécie notamment par rapport aux coûts, les plaignants demandent à la Commission d'établir les coûts réels après retraitement des comptes de Chronopost sur la période considérée (1986-2002)³¹, à l'instar et à l'aide d'un rapport établi par une juridiction française³². Enfin, dans

²⁷ Ses tarifs catalogue après ristourne pour les documents et les colis auraient été inférieurs de 22% en 1989 et de 57% en 1991 en moyenne par rapport à ceux des autres sociétés de courrier express international. Mémoire Liedekerke Siméon Wessing, Houthoff du 31 août 2000, pages 23-24. Lettre du 4 juin 2004 en réponse à la lettre Article 6 de la Commission, § 24, citant des documents suggérant l'existence d'un plan d'éviction de 1987, 1989 et 1990, repris dans la plainte initiale.

²⁸ Mémoire Liedekerke Siméon Wessing, Houthoff du 31 août 2000, pages 23-24.

²⁹ Mémoire Liedekerke Siméon Wessing, Houthoff du 31 août 2000, pages 23-24.

³⁰ Réponse d'UFEX du 13 décembre 2002 au questionnaire de la Commission en date du 29 juillet 2002, pages 11-12, annexes 10 et 11.

³¹ Mémoire Liedekerke Siméon Wessing, Houthoff du 31 août 2000, pages 20, 23 et 24. La qualification de prix prédateurs et non d'éviction se trouve néanmoins dans la réponse d'UFEX à une demande de renseignements de la Commission en décembre 2002. Réponse d'UFEX du 13 décembre 2002 au questionnaire de la Commission en date du 29 juillet 2002, pages 11-12.

³² Par lettre en date du 16 janvier 2004, les plaignants ont transmis une copie du rapport de la Cour des Comptes au Président de la République Française sur « Les comptes et la gestion de la Poste (1991-2002) », d'octobre 2003. Voir aussi, lettre du 4 juin 2004 en réponse à la lettre Article 6 de la Commission, § 44, 58 et note en bas de page n°8.

l'éventualité de prix abusifs, quand bien même Chronopost ne serait pas en position dominante sur le marché de l'express, les plaignants estiment que son comportement pourrait être attribué à La Poste, qui détient un monopole sur le marché adjacent des services postaux de base³³.

45. En ce qui concerne l'article 86 ainsi que les articles 3(g) et 10 du traité, les plaignants soutiennent que les agissements illicites de La Poste en matière d'assistance à sa filiale résultent d'une série d'instructions et de directives émanant de l'État français.
46. Quant à l'application d'un traitement préférentiel pour Chronopost en matière de dédouanement et d'affranchissement, elle relève de l'action de l'État français dans l'exercice de sa puissance publique. À ce titre, les avantages qu'il aurait conférés à Chronopost ne sont pas susceptibles de relever des dispositions combinées de l'article 86 et de l'article 82. Les plaignants n'ont fourni aucun argument de droit, dans leurs observations, voire dans leurs allégations antérieures, en quoi l'appréciation de cette assistance fiscale et douanière ressortirait de l'application de l'article 82.

PERSISTANCE EVENTUELLE DE L'ABUS OU DE SES EFFETS

47. Compte tenu des obligations découlant des jugements du TPI et de l'arrêt de la Cour, la Commission s'est attachée à vérifier si le comportement prétendument abusif a cessé et, le cas échéant, si des effets anticoncurrentiels ne persistaient pas. Or, pour les raisons reprises ci-dessous, la Commission estime que ledit comportement a cessé et que, après sa cessation, il ne produit pas d'effets anticoncurrentiels persistants.

Le comportement mis en cause a cessé

Les déclarations des plaignants

48. Les plaignants ont indiqué que les abus auraient eu lieu "lors de [la] création [de SFMI] et pendant la période cruciale de démarrage de ses activités"³⁴.
49. Lors de sa création en 1986, SFMI/Chronopost a acquis une activité préexistante ; dans ces conditions on pourrait considérer que la période de démarrage appropriée pour ce type d'entreprise ne dépasserait pas une période de trois à cinq ans³⁵.
50. Par ailleurs, lorsqu'elles évoquent le prétendu abus de position dominante de La Poste, les déclarations des plaignants se réfèrent invariablement à la période 1986-1991.

L'absence d'incitation à l'octroi de subventions croisées depuis 1991

51. En vertu des contrats GDEW, lorsque SFMI/Chronopost avait fusionné avec les activités de courrier express de TNT et les opérateurs postaux allemand, néerlandais, suédois et canadien, La Poste ne détenait qu'une participation de 12,5% dans GDEW³⁶ (constitué, en France, par SFMI/Chronopost). Dès lors, en raison de la mise en

³³ Lettre du 4 juin 2004 en réponse à la lettre Article 6 de la Commission, § 53.

³⁴ Mémoire Liedekerke Siméon Wessing Houthoff du 30 août 2000, page 24.

³⁵ Voir, par analogie, le paragraphe 15 de la Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (2001/C 188/03).

³⁶ Soit 25% du capital de GD Net, qui contrôlait 50% du capital de GDEW (décision du 2.12.1991 dans l'affaire IV/M.102, considérants 7 et 8).

commun des bénéfices de GDEW entre tous ses actionnaires, aucun des opérateurs postaux n'aurait été amené à faire bénéficier unilatéralement GDEW de subventions croisées. En effet, alors que les coûts des subventions auraient été supportés intégralement par La Poste en l'espèce, leurs avantages, sous forme de bénéfices accrus de l'entreprise commune, auraient été "dilués" entre les autres actionnaires. Par exemple, en cas de subventions croisées par La Poste, les bénéfices en résultant eussent été appropriés par les autres actionnaires de GDEW à hauteur de 87,5%.

52. Cette analyse, d'abord présentée dans la décision « GD Net » de la Commission³⁷, a été confirmée en 1997 par le TPI, qui a considéré que « les parties à l'opération de concentration notifiée demeurent tenues par les clauses de leur contrat, en ce compris celle en vertu de laquelle tout service de sous-traitance sera fourni moyennant rémunération, dans des conditions normales du commerce; en outre, il ressort de la décision GD Net qu'il n'y aurait pas, pour les administrations postales, de justification économique à faire bénéficier la filiale commune de subventions croisées; cette appréciation, contenue dans la décision GD Net, qui n'a pas été déférée au TPI, n'a pas été contestée par les requérants dans leurs écritures. »³⁸
53. Le TPI a conclu que « les requérants n'ont pas été en mesure d'apporter un commencement de preuve de la persistance de subventions croisées, de nature à justifier l'ouverture d'une enquête ». ³⁹ Ces éléments de l'arrêt du TPI, n'ayant pas été contestés par la Cour de Justice,⁴⁰ doivent être considérés comme concluants en l'espèce.
54. Les plaignants soutiennent que l'arrêt du TPI doit être réputé n'avoir jamais existé parce qu'il a été annulé par la Cour de Justice.⁴¹ Or, il y a lieu de relever que la Cour de Justice n'a pas annulé la partie de l'arrêt du TPI concernant l'absence de « persistance des subventions croisées » après la conclusion des accords GD Net en 1991 précisément parce cela faisait partie de l'appréciation souveraine des faits par le TPI.
55. Les plaignants avaient soulevé devant la Cour de Justice que le TPI n'avait pas procédé aux recherches nécessaires pour vérifier si la Commission était en mesure de constater la prétendue absence de subventions croisées. Or, la Cour de Justice a conclu que « l'appréciation par le TPI des éléments de preuve qui lui sont présentés ne constitue pas une question de droit soumise au contrôle de la Cour de Justice dans le cadre du pourvoi, sauf en cas de dénaturation de ces éléments ou lorsque l'inexactitude matérielle des constatations du TPI ressort des documents versés au dossier, ce que ne soutiennent pas les requérants ». ⁴² Le fait que la Cour de Justice n'avait ni contesté ni confirmé l'analyse du TPI ne change pas cet état des choses, car le moyen était irrecevable. La Cour avait estimé la persistance du comportement mis en cause comme un élément de fait, alors que son rôle est de juger uniquement des questions de droit : l'appréciation du TPI que ce comportement avait cessé n'a donc pas été mis en cause par la Cour de Justice, qui avait annulé le jugement du TPI pour d'autres motifs.

³⁷ "La part individuelle des bénéfices de chacun des opérateurs postaux de l'entreprise commune ne pouvait pas correspondre à la "subvention" éventuelle apportée par chacun" (décision de 2.12.1991 dans l'affaire IV/M.102, point 50).

³⁸ Jugement du 15.1.1997 dans l'affaire T-77/95, attendu 72.

³⁹ Point 73 (voir aussi points 69 et 70).

⁴⁰ Arrêt du 4.3.1999 dans l'affaire C-119/97 P, attendus 66 et 71.

⁴¹ Lettre du 30 septembre 2003, §25

⁴² §66.

56. Il ressort de ce qui précède que, contrairement à ce qu'argumentent les plaignants, la Commission n'est pas tenue de vérifier l'absence d'abus depuis 1991 après la conclusion des accords GD Net, notamment à la suite des amendements apportés par les parties après leur notification.
57. Bien que La Poste soit sortie de GDEW/GD Net en 1996, il n'y a aucune preuve qu'elle ait, depuis lors, repris le comportement visé par la plainte, à savoir, des subventions croisées afin d'étendre une position dominante.

L'accès non discriminatoire des tiers aux services d'infrastructure de La Poste

58. En tout état de cause, La Poste est tenue, depuis mars 1995, de respecter son engagement⁴³ à fournir des services d'infrastructure en sous-traitance à des tiers à des conditions analogues à celles auxquelles elle fournit des services équivalents à Chronopost.
59. Les plaignants argumentent que, dans l'absence d'une vérification du respect des engagements contenus dans la décision GD Net, la Commission ne pourrait pas constater la cessation des infractions dénoncées.⁴⁴
60. Or, la Commission estime que le comportement mis en cause avait cessé en 1991: selon le TPI, l'engagement de la décision GD Net n'était que "une mesure supplémentaire à la charge" de La Poste.⁴⁵ Selon la Cour de Justice, « [d]ès lors que la Commission et le TPI ont estimé que, indépendamment des engagements qu'elle prévoyait, la décision GD Net était de nature à mettre fin aux pratiques incriminées, il apparaît que [... ce] moyen a trait, en tout état de cause, à un point surabondant de la motivation de l'arrêt attaqué et, partant, est inopérante ».⁴⁶
61. La Commission n'a reçu aucune indication en quoi La Poste n'aurait pas respecté ces engagements. Elle a vérifié auprès des plaignants s'ils avaient demandé à La Poste de leur fournir des services sous-traités du type de ceux qu'elle fournissait à Chronopost,⁴⁷ et il ressort des réponses reçues qu'aucun opérateur ne s'était montré désireux de le faire. Ce point a été ultérieurement confirmé par La Poste.⁴⁸
62. DHL a noué des rapports contractuels avec les opérateurs postaux allemands et nordiques⁴⁹, mais ne l'a pas fait avec La Poste. L'entreprise l'explique par les raisons suivantes⁵⁰: (i) la position de Chronopost « ne pouvait que rendre une telle possibilité tout à fait inadéquate stratégiquement et pratiquement »; (ii) depuis 1980, DHL avait développé ses activités sur la base de plates-formes de correspondance régionales et européennes, et non d'un réseau local dense; (iii) « ce n'est pas après 20 ans de présence en France qu'il était possible de changer de stratégie ; la structure commerciale de la

⁴³ Annexé à la décision GD Net.

⁴⁴ Lettre du 30 septembre 2003, §26, 28

⁴⁵ Point 72.

⁴⁶ Point 71

⁴⁷ Demandes de renseignements du 29 juillet 2002, question 18.

⁴⁸ Réponse de La Poste du 28 février 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 27 janvier 2003.

⁴⁹ Réponse de DHL du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, page 2 (§ 1).

⁵⁰ Réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, page 10.

présence de DHL ne peut le permettre»; et (iv) des considérations commerciales (« images des opérateurs très opposées, positions de concurrents directs etc. »).

63. FedEx a récemment conclu divers contrats avec la société holding de Chronopost, GeoPost.⁵¹

Le prétendu comportement anticoncurrentiel passé de La Poste n'exerce pas d'effets persistants

Les allégations des plaignants

64. Les plaignants soutiennent que le comportement de La Poste a permis à Chronopost d'acquérir rapidement *et de maintenir ultérieurement* sa forte position sur le marché du courrier express international. Ils argumentent en outre que l'accès exclusif de Chronopost au réseau dense et omniprésent de points de vente de La Poste a créé des barrières à l'entrée dans le segment dit "ad hoc". Enfin, les plaignants n'excluent pas que la politique de prix prétendument d'éviction ou prédateurs de Chronopost y compris jusqu'en 2002, soit une manifestation de la persistance de l'abus.

Les facteurs à prendre en considération pour vérifier la persistance d'effets anticoncurrentiels

65. En premier lieu, l'évolution des parts de marché de 1991 à ce jour, ainsi que le détail des entrées sur le marché et des sorties, doit permettre d'apprécier si le comportement qualifié d'anti-concurrentiel imputé à La Poste durant la période 1986-1991 a des effets persistants sur le marché, se traduisant, notamment, par des sorties du marché qui seraient imputables au comportement mis en cause.
66. En outre, afin de voir si le prétendu comportement anticoncurrentiel qui a cessé depuis très longtemps a des effets persistants, il convient de vérifier s'il existe des obstacles qui empêcheraient les clients de changer de fournisseur, et le niveau de sensibilité au prix de la demande pour les services de chaque opérateur, sur le marché de courrier express international. Si la demande pour les services d'entreprises individuelles est très sensible au prix et les clients peuvent facilement changer de fournisseur et le font régulièrement, il ne peut être conclu que le prétendu comportement anticoncurrentiel, révolu depuis très longtemps, pourrait continuer à exercer des effets sur le marché.
67. En ce qui concerne le prétendu accès privilégié de Chronopost au réseau de bureaux de poste de La Poste, il est important de noter que les plaignants n'argumentent ni que (i) La Poste avait refusé de fournir l'accès à une « facilité essentielle », ni que (ii) elle aurait refusé de traiter (au sens de l'article 82) avec les fournisseurs tiers, ni même que (iii) elle aurait violé son engagement de non-discrimination donné dans l'affaire GD Net. Dès lors, la base du prétendu abus n'a pas été clairement précisée. En tout état de

⁵¹ Réponse de FedEx du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, page 8.

cause, les réponses à la demande de renseignements de la Commission montrent que l'accès à un tel réseau ne confère aucun avantage concurrentiel majeur.

68. Enfin, pour ce qui est de la persistance des effets de l'abus allégué par le truchement de la politique de prix de Chronopost, il convient de relever que la Commission estime que les prétendues subventions croisées, à les supposer établies, auraient cessé avec la décision dans l'affaire GD Net, reprise ci-dessus. Dès lors, comme il est montré ci-après, la thèse que les prix de Chronopost montrent l'effet persistant des subventions alléguées ne saurait être accueillie.

L'évolution des parts de marché

(a) Le marché du courrier express international

69. L'évolution de la part en valeur du marché français du courrier express international détenue par SFMI/Chronopost et de celle détenue par son principal concurrent, DHL, ressort du tableau suivant réalisé à partir des estimations fournies par les plaignants:

	1986 ⁵²	1990 ⁵³	1996 ⁵⁴	2001 ⁵⁵
SFMI/Chronopost	%	à %	%	%
DHL	%	à %	%	%
FedEx	à %	à %	%	%
UPS	%	à %	%	%
TNT/GDEW	à %	à %	%	%
Jet Services	%	à %		%

70. D'ailleurs, les études de marché communiquées à la Commission par certains des plaignants concernés montrent que la position actuelle de Chronopost sur le marché est éventuellement encore plus faible que ce que les estimations ci-dessus indiquent. Ainsi, FedEx estime que la part du marché du courrier express international détenue par Chronopost n'est que % en valeur et % en volume⁵⁶. D'autre part, d'après une étude de marché réalisée par ITDS Market Research pour UPS⁵⁷, seules []%⁵⁸ des

⁵² Réponse d'UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexes 12 et 13.

⁵³ Ibidem. Pour 1986 et 1990, deux sources de chiffres de parts de marché 1990 ont été fournies, d'où la "fourchette" pour cette année-là.

⁵⁴ Réponse d'UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 14.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Réponse de FedEx du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier (page 4, paragraphe 6).

⁵⁷ communiquée par UPS le 10 mars 2003 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, annexe 3.

⁵⁸ « [...] » indique la suppression d'information confidentielle

entreprises interrogées ont fait appel à Chronopost pour leurs dix derniers envois internationaux (troisième trimestre 2003) contre []% pour DHL⁵⁹.

71. En tout état de cause, l'attribution que font les plaignants de la croissance de la part de marché de Chronopost entre 1986 et 1990 au seul abus allégué est excessive et injustifié. Toute entreprise, Chronopost ou autre, ayant accès au réseau de la Poste aurait été susceptible d'avoir une certaine croissance de sa part de marché, par la démultiplication de sa présence sur l'ensemble du territoire français. Or il est excessif d'attribuer toute part de marché de Chronopost au seul niveau de facturation, prétendument insuffisant, en ignorant totalement la contribution « automatique » de l'accès qui, lui-même, n'est pas en cause.
72. De plus, il apparaît que, malgré sa croissance rapide durant la période 1986-1990, SFMI/Chronopost a depuis lors perdu une part de marché importante au profit de ses concurrents, passant de la position de leader du marché en 1990 (si l'on prend la moyenne de la fourchette des parts de marché fournie par les plaignants) à une position inférieure de 10 points à celle de DHL en 2001. Même à supposer que la croissance rapide de Chronopost en 1986-1991 ait été le résultat, comme le soutiennent les plaignants, de subventions croisées anticoncurrentielles durant cette période, il n'en reste pas moins que l'entreprise a depuis lors subi une érosion de sa position par rapport à l'actuel leader sur le marché, DHL.
73. Il est, d'ailleurs, pertinent de noter que la part de marché de Chronopost était de 25% en 2001, soit trois points de pourcentage de moins qu'en 1990 (par rapport au point moyen de la fourchette 24-32%). L'écart est donc faible entre la période du prétendu l'abus et celle où il aurait cessé. Cela montre combien la part de marché de Chronopost est peu dépendante de l'abus prétendu, *a fortiori*, dès lors que Chronopost cible principalement le segment de clientèle occasionnelle, le plus volatile et le plus sensible au prix (voir ci-dessous). Logiquement, la disparition de l'avantage prix prétendument indu dont Chronopost jouissait aurait dû se traduire par une diminution de sa part de marché à due concurrence de celle gagnée par l'existence dudit avantage. Cela ne s'est pas produit, ce qui montre bien que l'avantage conféré par l'abus prétendu n'ait pas eu d'effets persistants et que la part de marché de Chronopost obéit à d'autres facteurs déterminants. Il est ainsi beaucoup plus probable que la structure de marché actuelle résulte des conditions concurrentielles actuelles (concurrence sur les prix, qualité du service, fiabilité, notoriété, etc.).

(b) Le segment "ad hoc"

74. Chronopost est le principal fournisseur sur le segment "ad hoc" du marché, caractérisé par une utilisation occasionnelle et irrégulière. De nombreux clients "ad hoc" sont encore plus sensibles au prix que les clients réguliers. Pour certains clients (clients dits « économie ») « si un transporteur propose une solution de base à un prix inférieur, ils la prendront » (traduction non-officielle)⁶⁰. Ces clients seraient attirés par Chronopost parce qu'ils peuvent réduire leurs coûts en décidant de déposer ou de collecter eux-mêmes le courrier ou les colis au bureau de poste le plus proche.

⁵⁹ Ibidem, page 10.

⁶⁰ "if a carrier offers a "no frills" option at a lower price they will take it" (réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 9, paragraphe 1.1).

75. Or, même dans ce segment, qui ne saurait constituer un marché distinct, Chronopost se heurte à une vive concurrence, et notamment de la part de DHL.
76. En 2001, la part de marché de Chronopost dans le segment "ad hoc" (domestique et international confondu) était estimée à 42%,⁶¹ tandis que DHL détenait une part de % qu'il prévoyait de faire monter à % en 2003.⁶² D'ailleurs, la part relative dans le chiffre d'affaires des activités internationales Chronopost résultant des clients payant « au comptant »⁶³ a également nettement diminué depuis 1991, passant de []% en 1991⁶⁴ à seulement []% en 2002⁶⁵.
77. De plus, la part⁶⁶ des objets déposés dans des guichets de La Poste (au lieu d'être collectés) a nettement diminué, passant de []% de la totalité des objets traités en 1987 à []% en 1994 (envois internationaux et domestiques confondus).⁶⁷
78. En outre, les principaux concurrents de Chronopost peuvent toujours redoubler leurs efforts pour attirer des clients "ad hoc"⁶⁸, car les marges sont en général nettement plus fortes dans ce segment que dans les autres segments : selon un rapport fourni par DHL, « [c]omme prévu, les clients Ad Hoc génèrent davantage de revenu par livraison et par kilo que d'autres segments » (traduction non-officielle)⁶⁹.

Les sorties du marché

79. L'examen du dossier par la Commission a montré qu'il y a eu peu de sorties du marché depuis 1991. Deux très petits fournisseurs se sont retirés du marché français du courrier express international : CRIE (récemment racheté par l'opérateur postal britannique Royal Mail) et Extracom.
80. La Commission ne possède pas de détails sur la sortie d'Extracom. Quant à CRIE, il a quitté le marché français du courrier express international le 31 juillet 2002 et a expliqué ce départ par trois raisons principales⁷⁰ : (i) « [f]ace à la concurrence des 5 acteurs majeurs de notre secteur, CRIE n'était plus en mesure de fournir une qualité de service optimale et des outils d'informations en adéquation avec les besoins du marché »; (ii) « l'environnement conjoncturel international de l'année 2001, et notamment les conséquences des attentats du 11 septembre, mais aussi ceux des crises

⁶¹ Réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 10 ("2001 Commercial Budget Templates").

⁶² Réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 9 ("2002 Regional Business Direction for the Ad Hoc Segment").

⁶³ (qui s'opposeraient donc aux clients réguliers qui auraient un compte Chronopost)

⁶⁴ Réponse de La Poste du 21 décembre 2001 à la demande de renseignements de la Commission du 9 octobre 2001, Question 1

⁶⁵ Réponse Chronopost du 7 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 31 janvier 2003, Question 3

(en nombre d'objets traités)

⁶⁷ Réponse de La Poste du 21 décembre 2001 à la demande de renseignements de la Commission du 9 octobre 2001, Question 15

⁶⁸ DHL a déclaré en 1999 qu'il « ne s'était pas encore vraiment consacré au marché ad hoc (réponse du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002 (annexe 9)).

⁶⁹ « As expected, Ad Hoc customers generate more revenue per shipment and per kilo than other segments », réponse DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, Annexe 9 (Marketing Plan 1999, Ad Hoc Market).

⁷⁰ Réponse de CRIE du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, page 2 et 5.

économiques et politiques en Amérique Latine et au Moyen-Orient»; et (iii) l'impossibilité de se différencier en se présentant comme le seul opérateur "français" après l'entrée sur le marché de SFMI/Chronopost. Ni l'absence d'accès au réseau de La Poste, ni quelconque abus de position dominante par La Poste, ne figurent dans les raisons évoquées pour sa sortie du marché.

81. Selon les plaignants, CRIE considérait en 1999 que les conditions de la concurrence imposées par Chronopost étaient prédatrices et menaçaient sa viabilité, trois ans avant son retrait du marché.⁷¹ Or, CRIE n'a pas invoqué cette raison lorsqu'elle a répondu à la demande récente de renseignements envoyée par la Commission au titre de l'article 11 du Règlement 17/62. La Commission n'a pas d'éléments probants comme quoi CRIE aurait fourni des renseignements inexacts ou dénaturés, passibles d'amende en vertu de l'article 15(1)(b) du Règlement 17.
82. En tout état de cause, CRIE et Extracom ne desservaient qu'une infime partie du marché. En 2000, CRIE détenait une part de marché de 0,4% seulement (3,3% en 1986 et 2,6% en 1990)⁷². La Commission ne possède pas de chiffres actualisés sur la part de marché d'Extracom, mais celle-ci n'était que de 0,7% en 1990 (1,9% en 1986).⁷³ Il se peut, comme l'évoque CRIE (qui se trouvait « plus en mesure de fournir une qualité de service optimale et des outils d'informations en adéquation avec les besoins du marché »), que ces sociétés n'étaient pas de taille optimale pour être efficace sur le marché, face aux économies d'échelle des autres opérateurs majeurs telles que DHL, FedEx, UPS et Chronopost.
83. En 1992, FedEx s'était retiré du marché du courrier express intra-européen, vendant sa filiale Chronoservice à TNT mais restant actif sur le marché français du courrier express intercontinental,⁷⁴ dont les envois de la France métropolitaine vers les destinations hors-Europe en font partie. Mais le fait que FedEx a pu rapidement rentrer à nouveau sur le marché en 1996⁷⁵ avec un part de marché de %⁷⁶, démontre que le prétendu abus n'a eu aucun effet persistant sur la structure de l'offre.
84. Alors qu'il ne semble pas y avoir de nouveaux entrants sur le marché, UPS a réorganisé ses activités françaises en 1996 pour se consacrer davantage au marché international⁷⁷. Contraire à ce qu'argumentent les plaignants, UPS n'est pas sortie du marché français du courrier express international, comme le témoigne les tableaux de parts de marché fournis par les plaignants⁷⁸ et les documents stratégiques fournis par UPS elle-même⁷⁹.

⁷¹ §26 du rapport du Prof. Encaoua du 30 septembre 2003, Annexe I à la réponse à la lettre article 6 (qui réfère à la réponse de Crie du 31 mai 1999 au questionnaire du Conseil français de la concurrence).

⁷² Réponse de UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, Annexe 12

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Réponse de UFEX du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, page 13.

⁷⁵ Réponse du 30 septembre 2003 à la lettre article 6, paragraphe 71.

⁷⁶ Réponse d'UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 14.

⁷⁷ Réponse d'UPS du 7 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, Annexe 1.

⁷⁸ Réponse d'UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, Annexes 12-14

⁷⁹ Réponse d'UPS du 7 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, Annexes 3/4.

85. Il s'avère donc que la Commission ne dispose pas d'éléments démontrant un lien de causalité entre le comportement mis en cause et la sortie d'un quelconque opérateur du marché en cause.

La sensibilité de la demande au prix

86. Les investigations de la Commission montrent que les clients français sont extrêmement sensibles au prix lorsqu'ils choisissent leur fournisseur de services de courrier express.
87. FedEx déclare, par exemple, que pour % de ses clients le prix est le facteur le plus important dans le choix d'un fournisseur⁸⁰. Une étude fournie par FedEx⁸¹ indique que le prix est le facteur critique dans le choix d'un fournisseur de services de courrier express: parmi les nouveaux clients interrogés, % préféraient faire appel à d'autres fournisseurs parce qu'ils proposent un meilleur prix (contre % qui ne donnaient pas de raison à leur choix ou ne se souvenaient pas de celle-ci, % parce qu'ils offraient des délais de transport plus courts, % par habitude et % par décision du destinataire). DHL a également communiqué une étude indépendante de février 2002⁸² qui déclare que "le prix constitue un critère de sélection majeur pour les utilisateurs finaux de services de messageries" en France⁸³.
88. En ce qui concerne le segment "*ad hoc*", le segment où Chronopost est encore fort, le plan marketing 1999 de DHL précise que "*le prix est la première priorité lors du choix d'un transporteur*".⁸⁴ De même, Chronopost a communiqué un rapport qui montre que, pour 56% des 370 clients "professionnels" "irréguliers" sélectionnés de manière aléatoire dans les points de vente Chronopost, le prix est la raison principale pour laquelle ils n'achèteraient pas les services Chronopost.⁸⁵
89. Les plaignants argumentent que la concurrence sur les prix dans le segment "*ad hoc*" est loin d'être intense, ce qui expliquerait le fait que les marges soient, dans ce segment, élevées. Or, le niveau plus élevé de marges peut résulter de beaucoup de facteurs, dont l'intensité de la concurrence n'en est qu'un.
90. Les plaignants argumentent que c'est la demande *ad hoc* en tant que telle qui est sensible aux prix, non pas la demande pour les services de chaque opérateur individuellement. C'est à dire que, si Chronopost augmente ses tarifs, ses clients utiliseront le courrier traditionnel de La Poste au lieu d'utiliser ces services express de ses concurrents. Or, aucun élément concret de preuve n'a été apporté à cette thèse. Les plaignants n'ont fourni aucune indication du nombre des clients qui seraient susceptibles de quitter le marché du courrier express international à cause d'une hausse

⁸⁰ Réponse de FedEx du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, paragraphe 2.11.

⁸¹ Annexe 3 de la réponse de FedEx du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003.

⁸² Réalisée par Market Research for Industry (réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 11).

⁸³ Ibidem, page 27.

⁸⁴ Réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002, annexe 9.

⁸⁵ Pages 48 et 62 du rapport « Segmentation clients occasionnels CHRONOPOST Particuliers et Professionnels, Octobre 2000 » communiqué le 7 mars 2003 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 31 janvier 2003.

de prix par Chronopost. Si les attentes de ces clients sont susceptibles d'être satisfaites par le courrier traditionnel, il est fort peu probable que ces clients seraient visés par les concurrents de Chronopost. Et si, à la suite d'une hausse des prix de Chronopost sur ce segment, des clients de Chronopost n'achètent plus les services de courrier express internationaux, le marché en cause, devenu plus petit, ne devient pas forcément moins concurrentiel : c'est Chronopost qui perdrait des revenus, et ses concurrents qui verraient leurs parts de marché s'accroître.

91. Les segments clients « réguliers » et « grands comptes » génèrent la majorité des revenus du marché en cause. Bien que les plaignants acceptent que ces segments soient particulièrement sensibles aux prix,⁸⁶ ils estiment que la concurrence sur les prix n'est pas saine parce que Chronopost donnerait des réductions secrètes alors que DHL (par exemple) afficherait ses réductions. Or, lorsque un marché est relativement concentré, le fait que les fournisseurs ne sachent pas les tarifs de leurs concurrents (alors que les clients, qui sont des acheteurs avisés, peuvent comparer les offres) est une garantie que les tarifs ne se stabilisent pas à un niveau supra-concurrentiel. En effet, cette concurrence ne gagne pas à ce que les barèmes de prix des concurrents, notamment les plus puissants, intègrent les mêmes paramètres de calcul, de sorte que seul le niveau de prix différerait. Au contraire, des barèmes différents sont un élément de concurrence et de diversité de choix pour le client.

L'absence d'obstacles au changement de fournisseur

92. L'enquête de la Commission montre que les clients désireux de changer de fournisseur ne rencontrent pas d'obstacles. Ils peuvent changer de fournisseur et le font d'ailleurs fréquemment. De nombreux clients « professionnels » retiennent même plusieurs fournisseurs, et il n'existe pas de barrières qui empêcheraient des clients " ad hoc " de changer de fournisseur ou, sans formellement abandonner un fournisseur, de déporter vers un autre les flux de trafic.
93. Un plan marketing 1999 de DHL⁸⁷ indique que « l'utilisateur type de services économiques compare les prix pour trouver une solution tarifaire qui corresponde à ses besoins en matière de délais [...] En général, ces utilisateurs disposent d'un large éventail de transporteurs afin d'obtenir des prix compétitifs » (traduction non-officielle)⁸⁸. Plus loin, on lit que « une partie des utilisateurs ad hoc compare les prix, pratique le panachage et, globalement, présente un pourcentage de clients perdus plus élevé que dans les autres segments. Comme ils ne sont pas habitués à un transporteur plus qu'à un autre, ils peuvent en changer du jour au lendemain » (traduction non-officielle)⁸⁹.
94. La tendance à retenir plusieurs fournisseurs simultanément est illustrée par une étude des clients « occasionnels » réalisée pour Chronopost. Sur mille « professionnels » sélectionnés de manière aléatoire dans les points de vente Chronopost, 57% avaient un

⁸⁶ §43, réponse du 30 septembre 2003 à la lettre article 6 de la Commission du 30 juin 2003

⁸⁷ Communiqué le 13 décembre 2002 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002.

⁸⁸ "[a] typical economy user will shop around for the best priced solution that meets their time requirements [...] They typically have a wider portfolio of carriers to ensure competitive pricing" (point 1.1)

⁸⁹ "part of the ad hoc users shop around, do split business, and overall have a higher attrition rate than other segments. Since they are not used to one carrier rather than the other, they can switch overnight" (point 1.2)

contrat en cours avec France Express, 56% avec Jet Services, 51% avec UPS, 48% avec FedEx et 46% avec DHL.⁹⁰

95. Par conséquent, quand bien même les prix de Chronopost auraient été jusqu'en 1991 si bas que les autres fournisseurs (qui n'auraient pas pu bénéficier de subventions croisées) n'auraient pas pu s'aligner, ces derniers auraient pu, après que la prétendue prédation eût cessé, proposer des prix inférieurs à ceux de Chronopost et amener ainsi les clients à changer de fournisseur. En fait, comme le prouvent les parts de marché indiquées ci-dessus, ce scénario s'est partiellement produit: la croissance rapide de la part de marché de Chronopost entre 1986 et 1991 a été stoppée, et sa part de marché a régressé ensuite, se maintenant néanmoins à un niveau relativement élevé.
96. Ainsi, les clients apparaissent comme vite gagnés et vite perdus. La rotation de la clientèle est forte, par exemple, sur les trois années de 1999-2001, les clients gagnés et perdus par FedEx représentaient en moyenne % de son chiffre d'affaires annuel.⁹¹
97. La notoriété des marques n'empêche pas le changement de fournisseur. Les budgets de communication et de publicité sont relativement faibles : en 2001, dernière année pour laquelle il existe des données comparables pour les principaux opérateurs, ils représentaient []% à []% du chiffre d'affaires⁹². Par conséquent, l'opérateur désireux d'accroître sa notoriété peut aisément lancer une vaste campagne publicitaire à cet effet.
98. De plus, les 100 plus gros clients de Chronopost représentent une part importante de son chiffre d'affaires, étant de []% sur la période 2000 à 2002⁹³. Il semblerait donc qu'une action commerciale ciblée sur ses grands comptes pourrait permettre aux concurrents de Chronopost de lui enlever relativement vite une partie importante de son chiffre d'affaires.
99. Les plaignants argumentent que les fournisseurs de services de courrier express international font des efforts considérables afin de fidéliser leurs clientèles, et que, à cause de cette fidélisation, il y a très peu de changement de fournisseur de la part des clients. Il y a, tout d'abord, une certaine incohérence entre cette argumentation et les fluctuations appréciables de parts de marché constatées entre 1986 et 2001. Ces fluctuations ne s'expliqueraient pas par la position de Chronopost sur le segment *ad hoc*, où la fidélisation n'est guère pertinente, car ce segment ne représente qu'une petite partie, relativement, du marché total. Et les plaignants n'ont apporté aucun élément de preuve sur les prétendus « switching costs » qui résulterait de ces stratégies; ils n'ont même pas fourni des détails sur leurs propres efforts de fidélisation.

⁹⁰ Rapport d'octobre 2000 de l'agence-conseil en études de marché Socio Logiciels « Segmentation clients occasionnels CHRONOPOST, Particuliers et Professionnels », communiqué le 7 mars 2003 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 31 janvier 2003, p.69.

⁹¹ Calcul basé sur données fournies aux Annexes 9 et 10 de la réponse FedEx du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002.

⁹² Réponse de DHL du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003, paragraphe 5; réponse d'UPS du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003 (paragraphe 4 et annexe 2); réponse de FedEx du 11 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003 (annexe 5); réponse de TNT Jet Services du 14 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 30 janvier 2003; réponse de Chronopost du 7 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 31 janvier 2003 (paragraphe 9 et 10).

⁹³ Réponse de Chronopost du 7 mars 2003 à la demande de renseignements de la Commission du 21 janvier 2003, Question 4.

100. Les plaignants critiquent, par ailleurs, le fait que la Commission tire des conclusions sur les obstacles au changement de fournisseur d'un rapport sur le segment *ad hoc*, où les clients sont les moins fidèles. Or, malgré deux demandes de renseignements, les plaignants ont été incapables de fournir des renseignements qui traitent des attentes et des comportements des clients tous segments confondus, voire des clients réguliers. Faute d'autre outil de référence fourni, la Commission a utilisé le seul rapport pertinent en sa possession, qui traite, d'ailleurs du segment (i) dans lequel Chronopost est le plus fort, (ii) où les marges sont les plus élevées, et (iii) qui, selon les plaignants, est « très difficile à reconquérir »⁹⁴.

La nécessité de disposer d'un réseau local dense

101. Selon les plaignants, « la disponibilité d'un réseau national est essentielle » pour agir sur le segment *ad hoc*.⁹⁵ Or, ils n'argumentent pas que le réseau de La Poste est une « facilité essentielle ». Même le conseiller économique des plaignants ne semble pas partager leur thèse, car, selon ce dernier, l'utilisation des réseaux postaux nationaux « n'est peut-être pas la seule façon de renforcer sur ce segment l'intensité de la concurrence par des prix »⁹⁶.
102. De toute façon, comme les plaignants l'acceptent,⁹⁷ ce n'est pas l'accès de Chronopost au réseau de La Poste qui est en cause, mais une prétendue sous-facturation de cet accès.
103. Il convient de rappeler que (i) La Poste a été, depuis mars 1995, obligé à fournir accès à son réseau à tout opérateur le désirant, à des conditions équivalentes à celles de Chronopost, et que (ii) FedEx a conclu des accords de sous-traitance avec La Poste, mais (iii) qu'aucun des autres plaignants a utilisé cette possibilité d'accès.
104. Les plaignants estiment qu'un développement de la concurrence par accords commerciaux entre concurrents n'est pas une indication que le marché est perméable et que la concurrence est effective sur ce marché. Or, si la disponibilité du réseau de La Poste était, comme ils l'argumentent, « essentielle », la concurrence devrait forcément se développer à base d'accords commerciaux, vu que ce réseau ne pourrait pas être répliqué.
105. Les plaignants argumentent également que l'accès exclusif de Chronopost au réseau de bureaux de poste de La Poste jusqu'en 1995 a créé des barrières à l'entrée dans le segment « *ad hoc* ». Or, il apparaît que son lien avec La Poste n'a pas conféré à Chronopost un avantage notable et qu'il ne pouvait donc pas avoir créé des barrières à l'entrée. La part de marché importante et croissante de DHL dans le segment « *ad hoc* », où les clients sont les plus disposés à déposer leurs objets aux guichets de La Poste (pour épargner ou de l'argent et/ou du temps) est la preuve que l'accès exclusif de Chronopost au réseau postal local omniprésent de La Poste jusqu'en 1995 n'a pas faussé la concurrence de manière significative et durable dans ce segment.

⁹⁴ §57, rapport du Prof. Encaoua, Annexe 1 à la réponse des plaignants du 30 septembre 2003 à la lettre article 6 de la Commission du 30 juin 2003.

⁹⁵ §38, rapport du Prof. Encaoua, Annexe 1 à la réponse des plaignants du 30 septembre 2003 à la lettre article 6 de la Commission du 30 juin 2003.

⁹⁶ §42, rapport du Professeur Encaoua, Annexe 1 de la réponse des plaignants du 30 septembre à la lettre article 6 de la Commission du 30 juin 2003.

⁹⁷ §29, réponse des plaignants du 30 septembre à la lettre « Article 6 » de la Commission du 30 juin 2003.

106. Il en va de même pour la période depuis l'entrée en vigueur, en 1995, de l'engagement de La Poste à traiter avec les concurrents de Chronopost sur un pied d'égalité. En effet, aucun des concurrents de Chronopost n'a manifesté le moindre intérêt d'avoir accès au réseau de guichets de La Poste. Le fait que Chronopost ait pu bénéficier des coûts d'entrée plus faibles que les opérateurs qui étaient déjà présents sur le marché illustre simplement la réalité, à savoir que La Poste/Chronopost jouissait d'économies de gamme que d'autres fournisseurs n'avaient pas. Un détenteur d'un monopole ne devrait pas être empêché, systématiquement, d'utiliser ces économies de gamme pour entrer sur de nouveaux marchés, surtout si cette entrée intensifie la concurrence, au motif que cette entrée serait nécessairement abusive.
107. Un rapport réalisé pour Chronopost sur la clientèle "occasionnelle" montre que l'association de Chronopost avec La Poste peut en effet repousser certains clients, plutôt que les attirer. Ce rapport consiste en une enquête auprès de deux milles particuliers et mille "professionnels". Si les résultats ne distinguent pas toujours entre les envois internationaux et nationaux, ils permettent cependant de bien comprendre la motivation des clients "occasionnels" (ou "ad hoc"), notamment en ce qui concerne les "professionnels" interrogés, puisque 42% d'entre eux avaient eu recours à Chronopost pour des envois à des adresses situées hors de France (contre 8% de particuliers).⁹⁸
108. Sur les 2000 particuliers interrogés, 51 seulement étaient des "vrais utilisateurs" de Chronopost, c'est-à-dire qu'ils avaient utilisé Chronopost pour en moyenne 1,5 envoi par an, et pour une valeur en moyenne d'au moins 100 francs (15 euros)⁹⁹. Sur ces 51 particuliers, 10% seulement ont répondu qu'ils utilisaient Chronopost parce que c'était "le plus pratique" et 6% seulement ont cité la proximité d'un bureau de poste comme raison de l'utiliser¹⁰⁰. Du côté des "professionnels" interrogés, seuls 3% ont déclaré avoir choisi Chronopost en raison de sa proximité des bureaux de poste.
109. Sur les 655 particuliers qui avaient utilisé Chronopost pour des envois personnels, 29% ont considéré que ce n'était pas pratique parce que cela impliquait souvent un temps d'attente à la poste¹⁰¹, tandis que 35% des 51 "vrais" clients ont déclaré que c'était "tout à fait" le cas et 16% que c'était "assez" vrai¹⁰². De même, 32% des 655 particuliers ont déclaré qu'il n'était pas pratique d'utiliser Chronopost parce que cela impliquait de respecter les heures d'ouverture des bureaux de poste¹⁰³; ce à quoi 24% des 51 "vrais" clients Chronopost ont déclaré que c'était "tout à fait" le cas et 26% que c'était "assez" vrai.¹⁰⁴
110. En ce qui concerne les 1000 "professionnels" (sélectionnés de manière aléatoire dans des points de vente Chronopost), 30% ont déclaré qu'il était "tout à fait" le cas que l'utilisation de Chronopost n'était pas pratique parce qu'il fallait souvent attendre à la poste, et 18% que c'était "assez" vrai.¹⁰⁵ Enfin, 33% ont déclaré qu'il était "tout à fait"

⁹⁸ Rapport de l'agence-conseil en études de marché Socio Logiciels «Segmentation clients occasionnels CHRONOPOST, Particuliers et Professionnels» communiqué le 7 mars 2003 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 31 janvier 2003.

⁹⁹ tel que défini par le rapport (pages 39 et 23)

¹⁰⁰ Ibidem, page 31.

¹⁰¹ Ibidem, page 39.

¹⁰² Ibidem, page 35. En 1996, 35% avaient déclaré « tout à fait » et 24% « assez » (page 36).

¹⁰³ Ibidem, page 39.

¹⁰⁴ Ibidem, page 35. En 1996, 24% avaient déclaré « tout à fait » et 28% « assez » (page 36).

¹⁰⁵ Ibidem, page 63. En 1996, 37% avaient déclaré que c'était « tout à fait » le cas (page 64).

le cas que l'utilisation de Chronopost n'était pas pratique parce qu'il fallait respecter les heures d'ouverture des bureaux de poste, et 20% ont déclaré que cette proposition était "assez" vraie.¹⁰⁶

111. Par ailleurs, []¹⁰⁷.

112. En tout état de cause, les concurrents de Chronopost élaborent actuellement d'autres moyens d'améliorer leur accessibilité. Par exemple, outre la télévente, DHL envisage de développer de nouveaux circuits physiques, et notamment de nouveaux centres express (sites consacrés au dépôt) ainsi que des points de vente exploités par des tiers avec une présence dans les activités de détail.¹⁰⁸

113. Le besoin d'un réseau physique est minimisé par le fait que la télévente représente une très forte proportion des ventes dans le segment "ad hoc". En 2000, DHL a ainsi réalisé environ % de son chiffre d'affaires dans le segment "ad hoc" par la télévente, % par les vendeurs sur le terrain (« field sales »), % par marketing direct et % par le service clientèle (interprété comme des ventes au comptant).¹⁰⁹

114. D'ailleurs, les ventes par Internet sont en pleine expansion. On note sur ce plan la stratégie de DHL qui consiste à développer un réseau de points de dépôt et à réduire la proportion des ventes sur le terrain dans ce segment à %, au profit d'autres circuits, dont l'Internet (%) et des circuits physiques (%) à l'horizon de l'année 2002.¹¹⁰

L'absence d'effets persistants en matière de prix

115. Comme il a été montré précédemment, La Poste n'a pas d'incitation à consentir des subventions à sa filiale Chronopost depuis 1991, s'est engagée à fournir un accès non discriminatoire à ses services d'infrastructure à des tiers faisant la demande depuis 1995 et a conclu des accords en vigueur depuis 2002 partiellement en ce sens avec FedEx.

116. Les plaignants affirment que, après avoir pratiqué des prix abusifs depuis son lancement en 1986, Chronopost aurait aligné vers 1991 ses prix avec ceux des concurrents. Ces prix seraient redevenus abusifs encore par la suite, sans que les plaignants précisent quand mais, en tout cas, vers l'an 2000 et en 2002. Dans ces prix prétendument abusifs, les plaignants voient des effets persistants des subventions croisées qu'ils allèguent, sans pour autant exclure qu'ils aient été abusifs en eux-mêmes.

117. La thèse selon laquelle les bas prix de Chronopost constitueraient la conséquence et le prolongement des effets des subventions ne s'appuie que sur les affirmations non étayées des plaignants. Elle revient à postuler que les subventions reçues lors de sa phase de démarrage auraient permis à Chronopost de constituer une réserve de capitaux non affectée, par exemple, à des investissements, au financement d'actifs d'exploitation

¹⁰⁶ Ibidem, En 1996, 26% avaient déclaré que c'était « tout à fait » le cas.

¹⁰⁷ "Plan Stratégique 2003-2006 Chronopost International France" (page 9) communiqué le 7 mars 2003 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 31 janvier 2003.

¹⁰⁸ "1999 Marketing Plan Ad Hoc Market" de DHL, annexe 9, réponse de DHL du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002.

¹⁰⁹ "2001 Commercial Budget Templates", modèle 23-24, communiqué par DHL le 13 décembre 2002 en réponse à la demande de renseignements de la Commission du 29 juillet 2002.

¹¹⁰ Ibidem

ou à la rémunération de son actionnariat qui lui permettrait d'y puiser pour financer jusqu'en 2002 une politique de prix d'éviction qui, comme il est montré ci-dessus, ne semble avoir évincé aucun concurrent.

118. Il n'est pas établi que les prix pratiqués par Chronopost à partir de l'an 2000 aient un quelconque lien avec les subventions croisées dont Chronopost aurait prétendument bénéficié. Une stratégie d'éviction des concurrents via un moyen aussi indirect que la conjugaison de subventions croisées avec des prix d'éviction ou prédateurs eût requis une certaine continuité temporelle pour être à même de produire ses résultats escomptés. Cette continuité fait défaut en l'espèce. Il y a un décalage de dix ans entre, d'une part, des prix prétendument d'éviction jusqu'en 1991, que Chronopost aurait ensuite aligné avec ses concurrents selon les plaignants, et la fin des incitations aux subventions croisées aussi en 1991, et, d'autre part, l'application à nouveau de prix d'éviction ou des prix prédateurs à partir de l'an 2000.

119. En tout état de cause, il semble invraisemblable qu'une entreprise s'engage pendant plus d'une décennie dans une politique de prix d'abusivement bas, comme ce serait le cas dans l'espèce selon les plaignants, sans grand succès apparent, qu'il y ait ou non un lien entre les prix prétendument abusifs et les subventions. Bien entendu, l'objectif d'une telle politique et son effet anticoncurrentiel peuvent être d'évincer un ou plusieurs concurrents sur un marché de façon à pouvoir accroître ses prix ensuite, ce qui justifie l'intervention immédiate d'une autorité de concurrence. Toutefois, force est de constater que, sans le résultat escompté, une telle politique se traduit par des pertes continues pour l'entreprise qui la pratique et par des prix plus bas pour le consommateur qui en bénéficie. Dans l'espèce, aux fins d'apprécier la vraisemblance d'une infraction et la persistance de ses effets pour évaluer l'intérêt d'une enquête plus approfondie, la Commission ne peut ignorer le fait que, à supposer tant les subventions croisées que le caractère abusif des prix de Chronopost depuis 1986-1991 établis, quod non, les prétendus effets semblent attendre encore pour se faire ressentir.

120. Aucun autre élément de fait n'étant fourni à l'appui de l'affirmation comme quoi la politique de prix de Chronopost produit des effets anticoncurrentiels ou en est elle-même l'illustration, celle-là demeure une pure spéculation. Même si les liens causaux qui sous-tendent les allégations des plaignants étaient explicites, l'effort d'instruction requis pour établir à suffisance de droit la matérialité des faits apparaît tout à fait disproportionné eu égard à la faible vraisemblance du lien entre les subventions croisées et les prix pratiqués par Chronopost jusqu'en l'an 2002, qui permettrait d'affirmer que ceux-ci constituent des effets anticoncurrentiels produits par celles-là.

Conclusion sur la prétendue persistance d'effets anticoncurrentiels

121. Il résulte de ce qui précède que la Commission n'est pas en mesure de discerner d'effets anticoncurrentiels ou restrictifs persistants des pratiques mises en cause. C'est donc en l'absence d'effets persistants que la Commission a examiné s'il existe un intérêt communautaire suffisant pour poursuivre l'instruction de la plainte.

L'ABSENCE D'INTERET COMMUNAUTAIRE SUFFISANT POUR POURSUIVRE L'INSTRUCTION DE LA PLAINTÉ

122. Il résulte du jugement du TPI dans l'affaire Automec II,¹¹¹ et de la jurisprudence qui l'a suivi, que l'intérêt communautaire à poursuivre une plainte peut être conféré par une ou plusieurs raisons, chacune abordée ci-après. Comme l'a précisé le TPI dans l'arrêt Automec II:

"76. La Commission n'ayant pas l'obligation de se prononcer sur l'existence ou non d'une infraction, elle ne saurait être contrainte de mener une instruction, puisque cette dernière ne pourrait avoir d'autre objet que de rechercher les éléments de preuve relatifs à l'existence ou non d'une infraction qu'elle n'est pas tenue de constater. [...]"

77. [...] la compétence [...] de prendre toutes les mesures d'organisation nécessaires à l'accomplissement de la mission qui lui a été confiée, y compris la définition de priorités, dans le cadre établi par la loi, lorsque de telles priorités n'ont pas été définies par le législateur. Tel doit être, en particulier, le cas lorsqu'une autorité a été investie d'une mission de surveillance et de contrôle aussi étendue et générale que celle attribuée à la Commission dans le domaine de la concurrence. Dès lors, le fait pour la Commission d'accorder des degrés de priorité différents aux dossiers dont elle est saisie dans le domaine de la concurrence est conforme aux obligations imposées à celle-ci par le droit communautaire. [...]"

85. [...] à la différence du juge civil, dont la vocation est de sauvegarder les droits subjectifs des personnes privées dans leurs relations réciproques, une autorité administrative doit agir dans l'intérêt public. Par conséquent, il est légitime, pour déterminer le degré de priorité à accorder aux différentes affaires dont elle est saisie, que la Commission se réfère à l'intérêt communautaire."

La gravité (et la durée) de l'infraction

123. Comme l'a été souligné ci-dessus, la Commission considère que le comportement mis en cause a cessé en 1991 et n'a pas d'effets persistants sur le marché. Dans une telle situation, la Commission n'est pas tenue d'apprécier ni la gravité de la prétendue infraction, ni sa durée, dans son analyse de l'intérêt communautaire. Cependant, dans un souci de bonne administration, les arguments des plaignants à ce sujet sont analysés dans ce qui suit.

124. En ce qui concerne la durée du prétendu abus, la Commission ne considère pas le fait qu'il ait duré cinq ans le conférerait un intérêt communautaire lorsqu'il aurait cessé 13 ans auparavant et ne présenterait pas d'effets persistants.

¹¹¹ Jugement du 18.9.1992 dans l'affaire T-24/90

La « classification » du prétendu abus

125. Les plaignants font référence aux lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes¹¹² afin de démontrer que le prétendu abus serait « très grave », du fait que La Poste serait en situation de monopole.¹¹³
126. Or ces lignes directrices ont été élaborées dans le but de fournir une meilleure transparence en ce qui concerne la politique de la Commission dans la fixation des amendes. Ces lignes directrices, dont l'application présuppose l'établissement d'une violation des articles 81 et 82 ne concernent aucunement la possibilité de la Commission de rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire.

Plainte de la part de la majorité des opérateurs

127. Les plaignants semblent argumenter que la Commission ne pourrait classer sans suite une plainte introduite par un organisme représentant la majorité des opérateurs privés actifs sur le marché en cause.¹¹⁴
128. Or le nombre des plaignants n'a jamais été un critère d'appréciation de l'intérêt communautaire. Et, dans la mesure où un prétendu abus aurait cessé en 1991 et n'aurait pas d'effets persistants, une situation de concurrence non faussée serait déjà assurée.

Les intérêts des consommateurs

129. Les plaignants n'ont fourni aucune indication que les tarifs sur le marché ont augmenté à cause du comportement mis en cause.
130. Au contraire, les intérêts des consommateurs semblent mieux servis, car Chronopost a développé un segment du marché (le segment « ad hoc ») qui n'était pas ou peu servi avant son entrée sur le marché.

Le degré de concentration du marché

131. Le marché n'est pas devenu matériellement plus concentré qu'il ne l'était en 1986. Le marché présentait en 1986 un degré de concentration IHH¹¹⁵ entre 1913 à 2148¹¹⁶, selon les estimations de parts de marché utilisées. En 2000, le marché n'était *pas* devenu beaucoup plus concentré puisque, avec un degré de concentration IHH de 2072 (et 2132 en 2001),¹¹⁷ son IHH n'avait pas augmenté de manière substantielle.
132. Et DHL, qui était le leader incontestable du marché en 1986, se heurte, depuis cette date, à la vive concurrence d'un nouvel opérateur (Chronopost), tandis que les concurrents plus marginaux (dont FedEx, UPS, TNT/Jet Services) n'ont pas subi

¹¹² JOCE n° C 9 du 14 janvier 1998, p. 3.

¹¹³ Réponse du 30 septembre 2003 des plaignants à la lettre de la Commission du 30 juin 2003, §53.

¹¹⁴ Réponse du 30 septembre 2003 à la lettre de la Commission du 30 juin 2003, §95.

¹¹⁵ Index Herfindahl-Hirschman (c'est à dire l'addition des carrés des parts de marché des acteurs sur le marché ; les « autres », qui représentent la part restant du marché non-attribué aux fournisseurs spécifiés, sont chacun censés avoir une part de marché de 1%)

¹¹⁶ Données sur les parts de marché figurant dans les annexes 12 et 13 de la réponse de UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission de 29 juillet 2002.

¹¹⁷ Données sur les parts de marché figurant dans l'annexe 14 de la réponse de UFEX du 13 décembre 2002 à la demande de renseignements de la Commission de 29 juillet 2002.

d'effets négatifs (voir le tableau des parts de marché ci-dessus : UPS, TNT et Jet Services ont même augmenté leurs parts de marché.

La nature quasi-duopolistique du marché

133. Les plaignants constatent que « [d]e multiples études d'économie industrielle appliquée confirment en effet que l'intensité de la concurrence entre deux firmes qui se partagent 60% du marché est en général assez faible », mais seulement deux articles sont cités.¹¹⁸ Et, par ailleurs, ces articles disent uniquement que « ce n'est qu'à partir de trois compagnies desservant une même liaison que l'intensité de la concurrence se fait vraiment sentir ». Ils ne démontrent aucunement qu'un marché avec deux grands opérateurs est moins concurrentiel qu'un marché avec un seul et unique opérateur prédominant, comme c'était le cas en France avant l'entrée de SFMI/Chronopost.
134. Ils soutiennent que les prétendues subventions croisées auraient permis l'émergence d'une « nouvelle structure de marché dont la stabilité au cours des dix dernières années n'a cessé de se manifester [...] caractérisé par la présence symétrique de deux opérateurs importants ».¹¹⁹ Cette structure « ne permet plus aucune concurrence potentielle, en rendant très difficiles les conditions de l'entrée sur ce marché [...] et [...] a toutes les chances d'être beaucoup moins perméable à la concurrence potentielle, notamment de la part de nouveaux petits opérateurs. »
135. Or, ces constats demeurent purement théoriques dans la mesure où aucun argument n'a été apporté afin de prouver comment cette nouvelle structure du marché (i) ne permettrait « plus aucune concurrence potentielle », (ii) rendrait « très difficiles les conditions de l'entrée », ou (iii) serait « beaucoup moins perméable à la concurrence potentielle ».
136. Même s'il s'avérait que le marché français du courrier express d'aujourd'hui serait moins contestable que celui de 1986 (ce qui n'a pas été démontré), la contestabilité (notamment par de petits opérateurs) n'est pertinente seulement lorsqu'il n'y a pas de concurrence effective sur le marché – ce qui n'a pas été démontré. Finalement, ces deux articles traitent d'un marché complètement différent du marché en cause – aucun effort a été fait afin de démontrer comment les caractéristiques du marché du transport aérien (où il ne peut y avoir de frange concurrentielle, et où il y a des contraintes naturelles de capacité) sont pertinentes pour le marché du courrier express.

Les sorties du marché

137. Il convient de rappeler que la plainte se base sur une théorie d'exclusion des concurrents. Dans la mesure où il n'y a pas de preuve que l'infraction a effectivement abouti à l'éviction de concurrents actuels ou potentiels, il est difficile de dire qu'elle a été d'une gravité exceptionnelle justifiant l'examen approfondi d'une infraction

¹¹⁸ rapport du Professeur Encaoua, Annexe 1 de la réponse des plaignants du 30 septembre à la lettre article 6 de la Commission du 30 juin 2003, §11 et note en bas de page 3 ("*Deregulation and Airline Competition*", OECD (1988), Rigas Doganis, "*Flying Off Course*", 2nd édition, Harper Collins Academic, 1991, David Encaoua, "*Ouverture à la concurrence des activités de réseaux : le cas du transport aérien européen*", *Revue Economique*, 1996, vol. 47, n° 6.)

¹¹⁹ §14, rapport économique du Prof. Encaoua, annexe 1 de la réponse des plaignants du 30 septembre 2003 à la lettre « Article 6 » de la Commission du 30 juin 2003

potentielle qui aurait cessé depuis longtemps et qui n'aurait pas d'effets persistants sur le marché.

138. Comme a été noté ci-dessus, si Crie et Extracom sont sortis du marché, les plaignants n'ont apporté aucun élément démontrant un lien de causalité avec le comportement mis en cause. Comme cela a été évoqué plus haut, Crie n'impute pas sa sortie du marché français du courrier express international aux tarifs, ou aux niveaux de service, imbattables de Chronopost. Il s'avère plutôt que Crie et Extracom n'avaient pas la « masse critique » de pouvoir rester sur un marché devenu très concurrentiel.

Le nombre absolu d'acteurs sur le marché

139. Les plaignants argumentent qu'il serait « vraisemblablement meilleur pour la concurrence que celle-ci existe entre un nombre plus important d'opérateurs », ¹²⁰ mais ne donnent aucune explication pourquoi ce serait le cas. Ils comparent la structure du marché français de l'express international avec celle d'autres marchés européens et trouvent en France « la seule présence d'un petit nombre d'acteurs » face à « un essor des sociétés de courrier express international » dans les pays voisins, citant 12 en Italie, 7 en Allemagne, et 35 en Belgique. ¹²¹
140. Aucun effort n'a été fait par les plaignants afin d'identifier le nombre optimal de fournisseurs de services de courrier express. Dans aucun marché il n'existe un lien direct et proportionnel entre le nombre d'acteurs sur le marché et les bénéfices ressentis par les consommateurs, dès lors qu'on s'éloigne du modèle trop théorique de concurrence pure et parfaite.
141. En tout état de cause, même en ce qui concerne les exemples fournis par les plaignants, le nombre de fournisseurs en France, six, est extrêmement proche du marché allemand (sept fournisseurs). Et l'exemple du marché belge a une valeur relative, car il est caractérisé par un niveau de trafic trans-frontalier proportionnellement beaucoup plus élevé que le marché français.

Risque de récurrence

142. Rien n'indique qu'il existe un risque suffisamment réel de récurrence de l'abus allégué en question pour justifier un examen plus approfondi de l'affaire.
143. Dans l'affaire GVL ¹²², la Cour de Justice avait considéré qu'il existait un risque évident de répétition d'une infraction passée, puisque la partie défenderesse avait déclaré à la Cour de Justice que, si elle avait effectivement modifié son comportement pour mettre fin à la prétendue infraction, elle ne se considérait cependant pas obligée de le faire en vertu du droit communautaire, et se sentait tout à fait libre de recommencer ses pratiques antérieures. Dès lors, la Cour de Justice avait conclu qu'il y avait un intérêt suffisant pour la Commission à instruire la plainte et à qualifier d'abusif le comportement de GVL afin d'empêcher la répétition d'infractions.

¹²⁰ §42, rapport du Professeur Encaoua, Annexe 1 à la réponse des plaignants du 30 septembre 2003 à la lettre «Article 6 » de la Commission du 30 juin 2003

¹²¹ §93, Réponse des plaignants du 30 septembre 2003 à la lettre «Article 6 » de la Commission du 30 juin 2003

¹²² Arrêt du 2.3.1983 dans l'affaire 7/82.

144. Cette situation se distingue clairement de celle qui concerne La Poste. En effet, rien n'indique que le comportement sur lequel la plainte est fondée recommencerait, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce et du fait que l'infraction alléguée n'a pas été répétée depuis 1991.

Nécessité de clarifier le droit communautaire

145. La Commission a déjà abordé, dans sa décision de 2001 dans l'affaire Deutsche Post AG¹²³, la question du comportement prédateur du titulaire d'un monopole fournissant aussi des services hors monopole.

146. Les plaignants argumentent également qu'il y aurait infraction même en l'absence de preuve que les tarifs étaient prédateurs (mais seulement « anormalement bas », c'est à dire des « prix d'éviction »). Les prix d'éviction diffèrent des prix prédateurs tant conceptuellement que dans les allégations de la plainte :

- Ceux-ci, abusifs au sens de l'article 82, correspondent au concept développé par en droit communautaire, à savoir, des prix en dessous de certains référentiels de coûts subis par l'entreprise qui les applique¹²⁴.
- Ceux-là, dont l'UFEX considère qu'ils ne peuvent être exemptés des règles de concurrence, se situent en dessus des coûts et dégagent une large marge bénéficiaire tout en étant inférieurs aux prix des concurrents. Mais ils seraient abusifs en ce que, en l'espèce, les coûts de Chronopost dont il est question auraient été artificiellement diminués par les subventions croisées dont La Poste aurait fait bénéficier sa filiale¹²⁵.

147. Toute conclusion sur ce point dans le sens des plaignants pourrait constituer donc une extension très considérable du droit communautaire. Elle ne serait pas appropriée dans le cas en espèce, c'est à dire un cas relatif à une infraction alléguée, révolue depuis plus d'une décennie et en l'absence de comptabilité analytique appropriée couvrant la période des prétendues infractions. Comme le constatent les plaignants, ce n'est qu'en redressant dans leur intégralité les comptes de Chronopost pour la période incriminée que le niveau de couverture des coûts pourrait être établi. Il est exclu qu'un tel redressement puisse apporter des preuves à suffisance de droit.

Traitement de l'affaire par les autorités ou juridictions françaises

148. Les plaignants estiment qu'un classement de l'affaire par la Commission n'est pas conforme à l'esprit des nouvelles règles de procédure relatives à l'application des articles 81 et 82 CE et à la mission de la Commission de définir les orientations économiques de la politique de concurrence dans des affaires de principe telles que

¹²³ Décision de 20 mars 2001 dans l'affaire COMP/35.141, JOCE L-125 du 5.5.2001, p.27.

¹²⁴ Arrêt de la Cour de Justice du 3 juillet 1991 dans l'affaire C-62/86 - Akzo Chemie BV contre Commission, Rec. 1991 p. I-03359, points 71 et 72. Arrêt de la Cour de Justice du 14 novembre 1996 dans l'affaire C-333/94 P, Tetra Pak International SA c. Commission, Rec. 1996, p. I-05951, point 41. Voir aussi DEUTSCHE POST I.

¹²⁵ L'argumentation des plaignants ne précise pas si, sans subventions croisées, les prix d'éviction deviendraient des prix prédateurs, en ce qu'ils ne couvriraient pas les coûts de Chronopost. Mais, si tel était le cas, il s'agirait en fait de la même notion, après retraitement comptable et redressement des coûts réels. Pour qu'il s'agisse de notions distinctes, comme le prétendent les plaignants, les prix d'éviction doivent rester encore au dessus des coûts même en l'absence de subventions.

celle-ci. Tout au contraire, les nouvelles règles ont une aussi un esprit et un but décentralisateur, et si les paramètres exacts de l'application de l'article 82 ne sont pas clairs, les instances françaises peuvent poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice, seule compétente pour trancher cette question.

149. Les plaignants argumentent que la Commission ne peut pas d'un côté renvoyer cette affaire aux juridictions nationales pour défaut d'intérêt communautaire et d'un autre côté multiplier ses interventions législatives pour régler la question des subventions croisées dans les relations entre les secteurs réservés et les secteurs ouverts à la concurrence. Or, la détermination de la politique de concurrence de la Commission, et le choix des instruments pour le mettre en œuvre, demeurent de l'appréciation de la Commission, sous contrôle des juridictions communautaires.

Nécessité d'assurer l'application cohérente du droit communautaire

150. Les plaignants n'ont présenté aucun argument démontrant que l'application de l'article 82 avait fait l'objet d'applications divergentes du droit communautaire de la concurrence dans l'UE propres à créer un intérêt communautaire à instruire la plainte en cause. Cet argument n'a d'ailleurs été cité ni par le Conseil de la Concurrence ni par le Tribunal de Commerce de Paris lorsqu'ils ont sursis à statuer sur l'affaire.
151. Or, si les instances nationales compétentes estiment qu'une clarification du droit communautaire est nécessaire, la possibilité leur est ouverte de poser des questions préjudicielles à la Cour de Justice en vertu de l'article 234 du Traité. En effet, selon le TPI, « le fait que le juge national pourrait rencontrer des difficultés dans l'interprétation des articles 8[1] ou 8[2] du traité n'est pas, vu la possibilité offerte par l'article [234] du traité, un élément que la Commission est tenue de prendre en considération pour apprécier l'intérêt communautaire à poursuivre l'examen d'une affaire ».¹²⁶
152. Même s'il y avait une possibilité d'application inconsistante du droit communautaire (ce qui, en tout état de cause, n'a pas été démontré), la difficulté d'établir un abus qui aurait cessé il y a 13 ans nécessiterait, en l'espèce, une allocation disproportionnée des ressources limitées de la Commission.

Possibilités de recours au niveau national

153. Il ressort clairement de la jurisprudence du TPI que « le fait qu'un juge national ou une autorité nationale de la concurrence est déjà saisi de la question de la conformité d'une entente ou pratique avec les articles 85 ou 86 du traité est un élément qui peut être pris en compte par la Commission pour évaluer l'intérêt communautaire de l'affaire ».¹²⁷
154. En effet, « lorsque les effets des infractions alléguées dans une plainte ne sont ressentis, pour l'essentiel, que sur le territoire d'un État membre et lorsque des juridictions et des autorités administratives compétentes de cet État membre ont été saisies, dans des litiges opposant le plaignant et l'entité visée par la plainte, la Commission est en droit de rejeter la plainte pour défaut d'intérêt communautaire suffisant à poursuivre

¹²⁶ Arrêt du 24.1.1995 dans l'affaire T-5/93, Tremblay v. Commission, point 67

¹²⁷ Arrêt du 24.1.1995 dans l'affaire T-5/93, Tremblay v. Commission, point 62.

l'examen de l'affaire, à condition toutefois que les droits du plaignant puissent être sauvegardés d'une façon satisfaisante notamment par les juridictions nationales. »¹²⁸

155. Du reste, le TPI a considéré que lorsqu'un plaignant ne fournit pas de preuve permettant de déduire que ses droits ne pourront pas être sauvegardés d'une façon satisfaisante par les juridictions nationales : « [d]ès lors, [...] il était légitime de rejeter leurs plaintes pour défaut d'intérêt communautaire sur la base des seules constatations que le centre de gravité des infractions alléguées se situait en France et que les juridictions françaises avaient été saisies de l'affaire ». ¹²⁹
156. Il est évident qu'en ce qui concerne la présente espèce, le « centre de gravité » des infractions alléguées se situe en France, puisque leurs effets auraient été effectivement limités à ce territoire. En outre, comme on l'a vu plus haut, les plaignants ont formé des actions parallèles devant les tribunaux français et le Conseil de la Concurrence français (dans ce dernier cas, en même temps que la plainte auprès de la Commission), tout en soulevant ultérieurement l'intérêt de la Cour des Comptes française et la qualité de son rapport sur les comptes de La Poste.
157. Le Conseil de la Concurrence peut exiger qu'une infraction cesse et peut infliger des amendes, tandis que les tribunaux français peuvent accorder des dommages et intérêts en cas de violation de l'article 82 et 86. Les plaignants n'ont pas démontré en quoi le droit français n'offrirait pas de recours permettant aux droits des plaignants d'être sauvegardés d'une façon satisfaisante au niveau national.
158. Les plaignants ont informé la Commission que le Conseil de la Concurrence a déclaré que « seul l'acte de la création de la SFMI est prescrit (celui-ci étant susceptible d'être constitutif d'une infraction instantanée), les autres pratiques dénoncées [si elles produisent des effets persistants sur le marché] ne pouvant être considérées comme prescrites ». ¹³⁰ Il est donc clair que les infractions alléguées, si elles continuent à produire des effets sur le marché, comme le soutiennent les plaignants, ne sont pas atteintes de prescription légale en France.
159. Dans ces conditions, les plaignants ont la possibilité de faire valoir leurs droits auprès des tribunaux et l'autorité française de la concurrence. Etant donné que le « centre de gravité » des infractions alléguées est en France, il est plus approprié, au regard du principe de subsidiarité, ¹³¹ que l'affaire soit traitée au niveau national.
160. Les plaignants argumentent que les juridictions françaises ne sont pas en mesure d'adopter une décision dans cette affaire, puisqu'elles ont sursis à statuer en attendant la décision de la Commission. ¹³² Or, ils n'ont nullement démontré comment ni le Tribunal de Commerce de Paris, ni le Conseil de la Concurrence, ne sauraient trancher l'affaire si elle n'était pas pendante devant la Commission. Ces procédures, dont l'interruption est due à la présentation par les plaignants d'une plainte auprès de la Commission, seraient en effet dégagées par un rejet de la plainte par la Commission, a fortiori, si celle-ci excipe du manque d'intérêt communautaire pour la rejeter.

¹²⁸ Ibidem, point 65.

¹²⁹ Ibidem, point 74 (voir également arrêt du 24.1.1995 dans l'affaire T-114/92, BEMIM/Commission, point 93).

¹³⁰ Lettre adressée le 8 mars 2002 à la Commission par le cabinet Lovells, avocats des plaignants.

¹³¹ Article 5 du Traité instituant la Communauté européenne

¹³² Lettre du 30 septembre 2003, §100.

161. S'il est vrai que la Commission a poursuivi certaines affaires postales dont le centre de gravité était principalement national, il n'en reste pas moins que ceci ne démontre aucunement la présence d'un intérêt communautaire à poursuivre le cas en espèce.

Ampleur de l'instruction requise et probabilité de constater l'existence de l'infraction

162. D'après sa pratique décisionnelle,¹³³ pour établir un abus de position dominante en l'espèce, la Commission serait tenue de vérifier si les tarifs facturés par La Poste pour les services d'infrastructure fournis en sous-traitance à Chronopost étaient au moins égaux aux coûts incrémentaux¹³⁴ de la fourniture de ces services.
163. Cette vérification imposerait d'apprécier le coût incrémental pour La Poste de chaque élément de service d'infrastructure qu'elle a fourni à SFMI/Chronopost pendant la durée de l'infraction (en principe de 1986 à 1991, soit cinq ans).
164. Compte tenu de l'absence de comptabilité analytique détaillée de La Poste couvrant ses activités durant la période 1986-1991, il serait extrêmement difficile de faire ceci avec un degré de précision à suffisance de droit. Depuis 1990, la Commission a reçu pas moins de douze rapports d'expertise (contradictoires) sur la reconstitution *ex post* des coûts incrémentaux de La Poste. Les opinions dans ces rapports sont difficiles à concilier, et une conclusion sur le fond reposerait inévitablement sur un ensemble important de conjectures et des hypothèses de modélisation forcément discutables.
165. Comme le constatent les plaignants, ce n'est qu'en redressant dans leur intégralité les comptes de Chronopost pour la période depuis 1986 que le niveau de couverture des coûts pourrait être établi. A cette fin, ils soulignent le travail accompli par la Cour des Comptes de la République française, qui a analysé et redressé les comptes de La Poste entre 1991-2002 et demandent à la Commission de prendre contact avec les magistrats de cette cour française¹³⁵. Il est pourtant exclu qu'un redressement similaire, sans doute pertinent et suffisant pour exercer la mission de surveillance des deniers publics qui échoit à ladite cour, puisse permettre à la Commission d'apporter des preuves d'une infraction à l'article 82 à suffisance de droit.
166. Par ailleurs, les plaignants soutiennent aussi que la Commission pourrait déterminer la présence de subventions croisées à travers une comparaison entre les tarifs payés par Chronopost et les tarifs payés par des autres opérateurs qui sous-traitent des services premiers à La Poste.¹³⁶ Or aucun élément n'est fourni qui permette à la Commission de faire cette comparaison. Jusqu'à très récemment, aucun opérateur n'avait eu recours à une telle sous-traitance – c'est seulement à partir de 2000 que FedEx le fait, et ce pour seulement certaines tâches. Une comparaison avec les tarifs que payait Chronopost dix ans auparavant ne serait pas suffisamment précise pour pouvoir déterminer si, et dans quelle mesure, Chronopost bénéficiait de subventions croisées.

¹³³ Décision du 20.3.2001 dans l'affaire COMP/35.141, *Deutsche Post AG*, JOCE L125 du 5.5.2001, p.27.

¹³⁴ Les coûts incrémentaux sont ceux qui sont exclusivement attachés à un service spécifique et qui cessent d'exister une fois que ledit service est arrêté

¹³⁵ Lettre du 16 janvier 2004, lettre du 4 juin 2004, §59.

¹³⁶ Rapport du Professeur Encaoua §65, Annexe 1 à la réponse des plaignants du 30 septembre 2003 à la lettre «Article 6 » de la Commission du 30 juin 2003

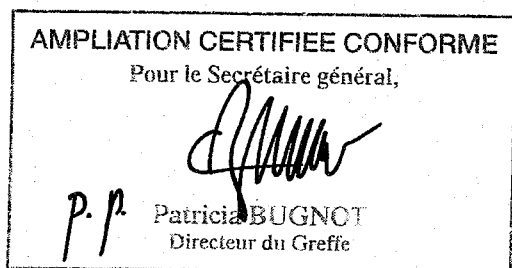
167. D'ailleurs, il convient de noter que la Commission doit de toutes façons analyser l'existence ou non de subventions croisées de la part de La Poste à sa filiale Chronopost, dans l'affaire aides d'Etat (actuellement sur renvoi devant le TPI). Dans ces circonstances, une analyse au regard de l'article 82 impliquerait une répétition de travail de la part de la Commission. Or, une évaluation des subventions croisées sous les règles d'aides d'Etat serait plus appropriée parce qu'elle peut couvrir toutes les pratiques dénoncées, y compris les avantages fiscaux et douaniers dont Chronopost bénéficierait.
168. Une limitation de l'analyse de la plainte aux règles d'aides d'Etat ne porterait pas préjudice aux droits des plaignants. Le fait qu'ils puissent faire une requête pour dommages et intérêts pour une infraction à l'article 82 découle de son effet direct et ne dépendrait pas d'une quelconque décision de la Commission. Et ce n'est pas le rôle de la Commission d'assister des entreprises à mener une action en responsabilité civile.

CONCLUSION

169. En ce qui concerne les allégations d'infraction à l'article 82 du traité, après la re-ouverture en septembre 2000 de l'examen de la plainte de 1990, la Commission a suivi les orientations fixées par le TPI et la Cour de Justice et, pour les raisons expliquées ci-dessus, a conclu que le comportement mis en cause a cessé et n'a pas produit d'effets anticoncurrentiels persistants sur le marché. En conséquence, compte tenu des caractéristiques de l'affaire, il n'y a pas d'intérêt communautaire à en poursuivre l'instruction.
170. En ce qui concerne l'article 86 du traité, pour les mêmes raisons qu'il n'y a pas d'intérêt communautaire à poursuivre une investigation plus approfondie sous l'angle de l'article 82, il n'y a pas non plus d'intérêt à la poursuivre sous l'angle de l'article 86. Etant donné que l'article 86 constitue un *lex specialis* à l'article 10 conjointement avec l'article 3(g), il n'y a pas lieu de procéder à examiner l'affaire sous cet angle.
171. En conclusion, pour les raisons exposées ci-dessus, je vous informe que, en vertu de l'article 7, paragraphe 2 du règlement de la Commission (CE) N° 773/2004, votre plainte, présentée conformément à l'article 3(2) du Règlement 17 contre La République française, La Poste, et SFMI/Chronopost est rejetée.
172. Un recours contre la présente décision peut être introduit auprès du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes conformément à l'article 230 du Traité CE. Un tel recours n'a pas d'effet suspensif, conformément à l'article 242 du traité, sauf si le Tribunal en décide autrement.

Fait à Bruxelles, le **19 XI 2004**

Pour la Commission,



Marlo MONTI
Membre de la Commission

