



**Décision n° 09-D-18 du 2 juin 2009
relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution
du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa
candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour
l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille**

L'Autorité de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 26 juin 2007 sous le numéro 07/0054 F par laquelle le syndicat SNTU-CFDT a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public organisée par la Communauté Urbaine Marseille Provence Métropole pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce, notamment les articles L. 420-1 et L. 420-2, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, et notamment son article 5 ;

Vu les observations présentées par le syndicat SNTU – CFDT, la Régie des Transports de Marseille et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 28 avril 2009, le syndicat SNTU -CFDT et la Régie des Transports de Marseille ayant été régulièrement convoqués ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE DU SYNDICAT SNTU-CFDT

1. Dans sa plainte enregistrée le 26 juin 2007, le syndicat SNTU-CFDT dénonce les pratiques de la Régie des Transports de Marseille (RTM) ainsi que de plusieurs autres entreprises à l'occasion de l'appel public à candidatures pour la délégation du service public (ci-après DSP) de la gestion du tramway de la ville de Marseille organisé par la Communauté Urbaine de Marseille Provence Métropole (CUMPM).
2. Il reproche à la RTM d'avoir abusé de sa position dominante en organisant une consultation afin de sélectionner un partenaire avec lequel elle envisageait de constituer un groupement d'entreprises qui répondrait à cet appel public à candidatures.
3. Selon le saisissant, la RTM aurait aussi conclu des ententes contraires au droit de la concurrence, la première avec Connex Transport devenue Veolia Transport (ci-après Veolia) en constituant avec cette dernière un groupement d'entreprises qui ne répondait à aucune nécessité technique ou financière et la seconde avec toutes les entreprises qui se sont prêtées au jeu de la sélection d'un partenaire et avec lesquelles des informations commercialement sensibles ont été échangées. En sélectionnant un partenaire pour présenter une offre, la RTM aurait, sans justification technique ou financière, asséché la concurrence.

B. LE TRANSPORT PUBLIC URBAIN DE VOYAGEURS DANS LA VILLE DE MARSEILLE

4. La ville de Marseille a confié traditionnellement la totalité de l'activité du transport public urbain de voyageurs dont elle était responsable à un établissement public industriel et commercial dénommé Régie des Transports de Marseille (RTM).
5. A la suite de la création de la Communauté Urbaine de Marseille Provence Métropole (CUMPM) en 2000, cette dernière s'est substituée à la ville dans l'exercice de sa compétence relative au transport urbain de voyageurs.
6. Au début des années 2000, la CUMPM a mis en chantier la construction d'un tramway pour compléter le réseau des transports en commun offerts aux Marseillais.
7. Alors que le règlement intérieur de la RTM disposait que sa mission s'étendait à l'ensemble des services terrestres du transport public urbain de voyageurs, la CUMPM a décidé par une délibération en date du 24 mars 2005 de limiter cette mission aux services du métro et de l'autobus, sans toutefois exclure que la RTM puisse exercer aussi, à titre accessoire, toutes autres activités de transport terrestre dans son périmètre d'activités (cotes 25-46). De manière concomitante, était votée une autre délibération retenant le principe du recours à une DSP pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille dont la première tranche était en voie d'achèvement. Cette DSP devait se réaliser sous forme d'affermage, la CUMPM prenant en charge la création des infrastructures et l'acquisition du matériel roulant, le fermier disposant d'une large autonomie de gestion sous le contrôle de l'autorité délégataire et assumant en partie le risque d'exploitation.

8. C'est dans ce contexte que le conseil d'administration de la RTM a retenu le 26 mai 2005 le principe d'une candidature à la DSP en association avec une ou plusieurs entreprises (cotes 71-74) puis, le 15 septembre 2005, après consultation des sociétés Veolia, Kéolis et Transdev, a décidé de faire équipe avec Veolia (cotes 54-70).
9. Le groupement RTM/Veolia a été en définitive la seule entité à répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM et il a été retenu par cette dernière le 13 juillet 2006.

C. LES DIFFÉRENTS CONTENTIEUX CONSÉCUTIFS À LA DÉLIBÉRATION DE LA CUMPM

1. ACTIONS DE DEUX ÉLUS DE LA CUMPM DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE

10. Deux élus de la CUMPM ont demandé et obtenu du tribunal administratif de Marseille, par décisions datées du 6 juillet 2007, l'annulation pour vice de forme de la modification du règlement intérieur de la RTM et de la décision de principe de recourir à une DSP pour assurer la gestion du tramway de la ville de Marseille.
11. A la suite de ces annulations par le juge administratif, la CUMPM a engagé une procédure pour mettre un terme au contrat signé avec le groupement RTM/Veolia, attributaire de la DSP.

2. ACTIONS DU SYNDICAT SNTU-CFDT DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE ET LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

12. La position du syndicat SNTU-CFDT, exprimée par MM. X... et Y..., délégués syndicaux, lors de leur audition du 27 novembre 2008 (cotes 522 à 527) est que les transports publics urbains de voyageurs forment des réseaux dont l'ensemble des composantes (métro, bus, tramway...) doivent être confiées à un même opérateur et ne doivent donc pas, élément par élément, faire l'objet d'allotissements.
13. Selon le syndicat SNTU-CFDT, un tel allotissement, en réduisant les économies d'échelle et les synergies au sein d'un même réseau, serait un non sens économique. Il ouvrirait en outre la possibilité de séparer les activités rentables des activités moins ou non rentables et de créer ainsi des disparités artificielles entre les opérateurs des différentes composantes d'un même réseau.
14. Dans le cas de l'exploitation du tramway de Marseille, le SNTU-CFDT considère donc qu'il fallait éviter la rupture de l'unité de gestion du réseau et faire en sorte que la RTM, déjà gestionnaire des autres composantes du réseau urbain de transport public de voyageurs, réponde seule à l'appel public à candidatures pour la DSP relative à la gestion de ce segment.
15. Sur ce dernier point, le syndicat SNTU-CFDT a déclaré lors de son audition qu'il ne s'opposait pas au principe de la concurrence et qu'il était confiant dans la capacité de l'opérateur public qui dispose d'une solide expertise sur le réseau marseillais de faire la meilleure offre.

16. Dès lors, persuadé que la RTM était capable d'emporter seule le marché et que c'était la meilleure solution pour la gestion des transports publics de voyageurs de la ville de Marseille, il s'est immédiatement opposé à la décision de principe prise par la RTM de répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM en partenariat avec un autre opérateur puis à sa décision du 26 septembre 2005 de répondre audit appel public à candidatures en groupement avec Veolia.
17. Par requête en date du 27 octobre 2005, le syndicat a introduit devant le tribunal administratif de Marseille un recours en annulation de la décision du conseil d'administration de la RTM du 26 septembre 2005 (délibération du conseil d'administration de la RTM du 15 septembre 2005 signée par son président le 26 septembre suivant). Puis, par requête enregistrée le 13 septembre 2006, il a demandé au tribunal administratif de Marseille l'annulation de la délibération de la CUMPM en date du 13 juillet 2006 approuvant le choix du groupement RTM/Veolia comme délégataire pour la gestion du tramway. Sur la première demande, le juge s'est déclaré incompétent le 6 juillet 2007 au motif que ladite délibération ne conduisait pas à la conclusion d'un contrat de droit public. En revanche, il a annulé pour vice de forme le 27 décembre 2007 la deuxième délibération attaquée. Ce jugement d'annulation a fait l'objet d'un appel de la part de Veolia et de la RTM, cette dernière décidant peu après de se désister de cette procédure.
18. Parallèlement à cette série de recours, le syndicat a aussi déposé une plainte devant le Conseil de la concurrence en date du 26 juin 2007.

II. Discussion

A. ASPECTS RELATIFS A LA PROCÉDURE

1. SUR LA RECEVABILITÉ DE LA SAISINE

19. Il résulte de la combinaison des articles L. 462-1 et L. 462-5 du code de commerce que l'Autorité de la concurrence peut être saisie au contentieux par une organisation syndicale pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elle a la charge. S'il n'y a donc pas de doute sur la qualité à agir du SNTU-CFDT, il conviendrait en revanche d'établir son intérêt à agir dans la présente affaire. Cependant, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur ce dernier point dans la mesure où la présente décision conclut au non-lieu.

2. SUR LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

20. L'article L. 410-1 du code de commerce soumet aux règles définies notamment au titre II du livre IV du code de commerce, consacré aux pratiques anti-concurrentielles, « *toutes les activités de production, de distribution et de service* », y compris celles qui sont le fait de personnes publiques « *notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

21. Selon la jurisprudence issue de l'arrêt du tribunal des conflits du 18 octobre 1999 (Aéroports de Paris), il convient de faire la distinction, s'agissant de l'activité des personnes publiques, entre :
 - d'une part, les actes par lesquels les personnes publiques font usage, pour l'organisation du service public dont elles ont la charge, de prérogatives de puissance publique : leur légalité, et notamment leur conformité au droit de la concurrence, ne peut être appréciée que par le juge administratif ;
 - d'autre part, les activités des mêmes personnes publiques, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables de leurs actes de puissance publique : comme celles de toute entreprise, elles peuvent être qualifiées par le Conseil - et maintenant l'Autorité de la concurrence - et le juge judiciaire qui le contrôle, au regard du droit des ententes et des abus de position dominante.
22. C'est ainsi que le règlement particulier de l'appel public à candidatures lancé pour l'attribution de la délégation de service public relative à l'exploitation du tramway de Marseille, de même que la dévolution de cette délégation au (ou aux) candidat(s) retenu(s) à l'issue de cet appel public à candidatures, constituent des actes par lesquels la CUMPM fait usage, pour l'organisation du service public des transports urbains de passagers, de prérogatives de puissance publique.
23. La légalité de ces actes ne peut être appréciée que par la juridiction administrative. Cette dernière s'est d'ailleurs prononcée à plusieurs occasions dans cette affaire, ainsi que cela a été rappelé ci-dessus.
24. Si une autorité publique lance un appel public à candidatures pour l'exploitation d'un service qui concerne un secteur dans lequel il existe un ou des opérateurs puissants sur le marché et qu'au surplus, elle pose dans l'appel public à candidatures des conditions objectives qui conduisent tel ou tel de ces opérateurs à se grouper pour déposer une offre qui satisfasse aux exigences du cahier des charges, de telles dispositions qui sont parties intégrantes du règlement particulier de l'appel public à candidatures dont le lancement relève de l'exercice d'une prérogative de puissance publique et vise à la réalisation d'un service public, ne sont pas détachables de l'appel public à candidatures lui-même. C'est donc à la juridiction administrative qu'il incombe, éventuellement, de dire si l'autorité publique agissant de la sorte a procédé de façon régulière dans le cadre de sa mission de service public.
25. L'Autorité de la concurrence est, en revanche, compétente pour apprécier les éventuelles pratiques anticoncurrentielles de la RTM puisque de tels comportements de l'entreprise publique sont détachables de l'appréciation de la légalité des actes administratifs.
26. Il est, en effet, de pratique décisionnelle et de jurisprudence constantes qu'en déposant des offres en réponse à un appel public à candidatures (ou à un appel d'offres dans le cadre d'un marché public), les entreprises exercent une activité qui, parce qu'elle relève du champ défini par l'article L. 410-1 du code de commerce, peut être qualifiée au regard des règles de concurrence par l'Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires qui la contrôlent (voir en ce sens les arrêts du 29 janvier 2002 « Saturg », et du 2 juillet 2003, Régie départementale de transport de l'Ain, de la cour d'appel de Paris) dès lors que « *les pratiques en cause ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et que leur examen n'a impliqué aucune appréciation de la validité des actes administratifs* ». Vont dans le même sens l'arrêt du 30 mars 2004 Semiacs, ainsi que les décisions du Conseil de la concurrence n° [02-D-23](#) et n° [07-D-49](#).

27. Ce n'est que dans le cas très particulier où les règles fixées par la puissance publique mettraient les opérateurs économiques dans l'obligation d'outrepasser les règles de la concurrence qui s'imposent à eux qu'il conviendrait de considérer que leurs pratiques ne sont pas détachables de l'action publique et ne peuvent être évaluées au regard des règles de la concurrence qui s'appliquent aux entreprises. Dans cette hypothèse, le droit communautaire considère que les entreprises ne peuvent être sanctionnées au titre de l'article 81 du traité CE, sous réserve qu'elles n'aient effectivement aucune autonomie de comportement. L'Etat membre pourrait en revanche être poursuivi. En effet, le traité CE impose aux Etats membres de ne pas prendre de mesures, y compris législatives ou réglementaires, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises.
28. L'Autorité de la concurrence est donc compétente pour statuer sur les pratiques qui sont reprochées à la RTM par le syndicat SNTU-CFDT, pratiques alléguées d'ententes et d'abus de position dominante qui auraient été mises en œuvre afin de répondre à l'appel public à candidatures lancé par la CUMPM. En outre, il n'est pas nécessaire d'étudier si ces pratiques seraient le résultat d'une demande contraignante formulée par la puissance publique à laquelle l'entreprise n'aurait pu éviter de répondre aussi longtemps que leur caractère anti-concurrentiel n'a pas été établi.

3. SUR L'ABSENCE D'OBJET DE LA SAISINE AU FOND

29. Compte tenu du fait qu'à la date à laquelle il est statué sur la présente affaire, la plupart des actes administratifs pris dans le cadre de l'appel public à candidatures dont la régularité de la procédure a été contestée par le syndicat SNTU-CFDT et par d'autres plaignants ont été annulés, y compris la décision de la CUMPM d'attribuer le contrat de délégation de service public au groupement RTM/Veolia, la question se pose de savoir si la saisine du syndicat ne se trouve pas privée d'objet.
30. On note à cet égard que le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion dans une décision n° [09-D-10](#) de tirer les enseignements de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 février 2007 disposant « *que le fait que l'offre n'existe plus au jour du recours a pour effet de rendre la saisine de la cour et partant les demandes de la SNCM sans objet* ». Il a indiqué dans cette décision que la solution retenue par la cour d'appel de Paris ne s'applique que dans le cas d'une demande de mesures conservatoires puisque, du fait de l'annulation des actes en question, le caractère d'urgence n'est plus établi.
31. Il s'ensuit que les annulations successives prononcées par le juge administratif des nombreux actes de la puissance publique ayant conduit à l'attribution du contrat de DSP ne sauraient avoir pour effet de priver d'objet la plainte au fond déposée par le syndicat SNTU-CFDT.

4. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

32. L'article 81 du traité CE dispose que « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché Commun* ». De même, l'article 82 du traité CE dispose qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le*

commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

33. En vertu de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, se fondant notamment sur les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité CE du 27 avril 2004, trois éléments doivent être démontrés pour établir que les pratiques sont susceptibles d'avoir sensiblement affecté le commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique (premier point), l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges (deuxième point) et le caractère sensible de cette affectation (troisième point).
34. S'agissant des deux premiers points, il faut principalement relever que le marché en cause (le marché de la DSP pour l'exploitation du tramway de la ville de Marseille) relève d'une procédure de consultation ouverte aux entreprises communautaires qui sont susceptibles de s'intéresser à ce marché, compte tenu de son importance. A titre d'élément d'appréciation, il convient de rappeler le contentieux engagé par la Deutsche Bahn contre la décision d'attribution du réseau de transports de la ville de Bordeaux, contentieux qui a conduit le juge administratif à annuler la décision en décembre 2008 pour défaut d'information suffisante sur l'appel d'offres au niveau européen. Par ailleurs, sur le marché des transports urbains de voyageurs de la ville de Marseille il convient de rappeler que Marseille est l'une des métropoles les plus importantes de France, avec plus de 800 000 habitants et qu'elle constitue un nœud de communications très importants sur la méditerranée : grand port européen, aéroport international de Marseille–Marignane, accès à un réseau ferroviaire européen (TGV). Marseille contribue sans nul doute à une partie substantielle du marché commun. Par conséquent, les échanges entre les Etats membres sont susceptibles d'être affectés par les pratiques en cause.
35. S'agissant du troisième point, l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position sur le marché des entreprises en cause.
36. En l'espèce, on retiendra que l'évaluation du coût de la prestation demandée aux opérateurs telle qu'elle résulte de l'offre de la RTM s'élève à une moyenne de 17,9 millions € annuels sur une période de 8 ans. Ce montant doit être rapproché du seuil de 422 000 € retenu pour que soit applicable la directive communautaire portant sur les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Si ce seuil n'est pas applicable à strictement parler aux DSP qui n'ont pas, à ce jour, fait l'objet de réglementation communautaire spécifique, il n'en demeure pas moins qu'il doit être considéré comme un indicateur pour identifier les marchés qui revêtent un intérêt communautaire. Or le montant du marché de la DSP pour l'exploitation du tramway de la ville de Marseille est environ 45 fois supérieur à ce seuil. De plus, le montant global du marché de l'exploitation du tramway de la ville de Marseille sur la période 2006-2014 est estimé à 143 629 070 euros. Or les lignes directrices de la commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (27/04/2004) précisent qu'il existe une présomption positive réfutable que l'affectation du commerce intracommunautaire est sensible dès lors que le chiffre d'affaires concerné par la pratique excède 40 millions d'euros. Les pratiques en cause concernent donc un appel d'offres dont le montant laisse présumer une affectation sensible du commerce intracommunautaire.

37. Il s'ensuit que les articles 81 et 82 du traité CE sont applicables aux pratiques en cause. Ces dernières relèvent donc à la fois du droit national et du droit communautaire de la concurrence.

B. SUR LES PRATIQUES ALLÉGUÉES

1. SUR L'ABUS DE POSITION DOMINANTE ALLÉGUÉ

a) Sur la position dominante de la RTM

Considérations générales

38. Dans le cas d'un appel public à candidatures ou d'un appel d'offres, l'évaluation de la position dominante d'un opérateur qui dépose une offre peut, au regard de la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence, s'appréhender d'un triple point de vue.
39. Il convient tout d'abord de rappeler qu'il est de pratique décisionnelle et de jurisprudence constantes qu'en matière de DSP ou de marché public, le marché pertinent aux fins de l'analyse concurrentielle est celui de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres. Ainsi, le Conseil de la concurrence précise dans sa décision n° [05-D-58](#) du 3 novembre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France : « *De jurisprudence constante, le marché de la délégation du service public de distribution d'eau sur lequel se rencontrent la demande des communes ou collectivités délégantes et l'offre des entreprises de distribution est un marché pertinent.* » De même, dans sa décision n° [08-D-24](#) du 22 octobre 2008 relative à une saisine concernant l'affermage de la distribution d'eau et de l'assainissement à Saint-Jean-d'Angély, le Conseil de la concurrence rappelle : « *Selon une jurisprudence constante, un marché public ou un appel d'offres pour une délégation de service public constituent un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande de la collectivité publique concernée et les offres des entreprises souhaitant y répondre.* »
40. Dans la mesure où il s'agit d'un marché pertinent par nature éphémère, la position dominante d'une entreprise candidate devra s'apprécier sur d'autres marchés où elle déploie ses activités de façon plus continue. Ces marchés seront en principe connexes de celui concerné par la DSP ou le marché public. L'entreprise dominante sur ces marchés pourra exercer son pouvoir de marché sur le marché ponctuel de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres et fausser la concurrence entre les concurrents qui s'affrontent sur ce marché.
41. Au fil de sa pratique décisionnelle, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de se prononcer sur un certain nombre de situations qui permettent de distinguer plusieurs cas de figure.
42. Dans la première situation, l'entreprise candidate à une DSP ou à un marché public qui fait l'objet d'un renouvellement est le titulaire « sortant ». Dans sa décision n° [08-D-24](#) précitée, le Conseil de la concurrence a précisé à cet égard : « *Le fait d'être le titulaire "sortant" d'un tel contrat public ne permet pas d'établir par lui-même une situation de dominance. Pour établir une telle situation, il faut démontrer le lien entre le marché mis en jeu et un autre marché sur lequel l'un des offreurs détiendrait une position dominante, suffisant pour considérer qu'un comportement observé sur le marché est susceptible de constituer un abus de la position dominante détenue sur le second (qui est alors connexe*

au premier). » L'avantage tiré de la qualité de sortant n'étant pas en principe suffisant « *pour qu'un comportement du sortant visant à tirer parti de son antériorité puisse être considéré comme un abus de la position qu'il détient* », « *il faut donc des circonstances particulières qui s'ajoutent à la situation de titulaire sortant pour qu'un comportement de celui-ci puisse constituer le cas échéant un abus de la position dominante détenue sur un autre marché. A cet égard, ce sont des facteurs susceptibles de déboucher sur un avantage très substantiel par rapport à la concurrence qui peuvent jouer.* »

43. Dans la deuxième situation, l'entreprise candidate à une DSP ou à un marché public, pour une activité nouvelle, est déjà dominante sur le secteur d'activité concerné par la délégation de service public ou le marché public. Au moment de sa candidature, elle pourrait user de cette position dominante pour commettre un abus sur le marché ponctuel de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres. Dans sa décision n° [04-D-32](#) du 8 juillet 2004, More Group/JC Decaux, le Conseil de la concurrence a ainsi considéré que la société JC Decaux SA avait abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché national du mobilier urbain après l'attribution du marché du mobilier urbain de la ville de Rennes à son concurrent, « *en augmentant artificiellement le coût du changement supporté par la collectivité de Rennes* ».
44. Dans la troisième situation, l'entreprise candidate à une DSP ou à un marché public, pour une activité nouvelle, détient une position dominante sur un marché connexe du secteur d'activité concerné par l'appel public à candidatures ou le marché public. Au moment de sa candidature, elle pourrait user de cette position dominante pour commettre un abus sur le marché de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres. Ainsi, dans sa décision n° [03-D-61](#) du 17 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la fourniture et de la location de chariots à déchets au CHU de Nantes, le Conseil de la concurrence a considéré que l'entreprise Valorena, en position dominante sur le marché de l'élimination externe des déchets hospitaliers sur quatre départements de l'Ouest de la France, avait abusé de cette position dominante, à l'occasion d'un appel d'offres lancé par le CHU de Nantes pour la fourniture et la location de chariots à déchets, marché reconnu connexe du précédent, en refusant d'accepter sur son site d'incinération des chariots de transport de déchets dont elle ne serait pas propriétaire, liant ainsi de manière artificielle sa prestation d'incinération à celle de location de chariots. De même, dans sa décision n° [05-D-58](#) du 3 novembre 2005 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'eau potable en Ile-de-France, le Conseil de la concurrence a constaté que la Lyonnaise des Eaux était en monopole de fait « *sur le marché de la production d'eau dans le bassin du sud de l'Essonne qui permet aux communes de la zone d'obtenir de l'eau "entrée de ville" avant de la faire distribuer par le délégataire de leur choix* ». Tout candidat à la gestion de la distribution de l'eau dans cette zone était donc contraint de s'approvisionner en gros auprès de cet opérateur en monopole. Le Conseil de la concurrence a considéré que la Lyonnaise des Eaux avait abusé de sa position de monopole en « *proposant une discrimination à son avantage sur le prix de la fourniture d'eau dans le cadre de son offre globale par rapport à celui de son offre dissociée de vente en gros* ». Cette pratique « *avait un objet et pouvait avoir un effet anticoncurrentiel car elle visait à handicaper l'offre concurrente sur la partie distribution.* » Le Conseil de la concurrence, commentant cette décision dans une décision ultérieure n° [06-MC-02](#) du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la commune de Bouc Bel Air, retient : « *l'abus qui a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence pour l'attribution d'un marché est rendu possible par la position monopole détenue sur un marché de gros connexe et différent de celui sur lequel les compétiteurs s'affrontaient* ».

Les marchés pertinents concernés

45. Les marchés pertinents susceptibles d'être concernés par les pratiques alléguées sont d'une part le marché constitué par l'appel public à candidatures de la CUMPM pour l'exploitation du tramway de la ville de Marseille et d'autre part le marché des services de transport de voyageurs de la ville de Marseille, ce dernier pouvant éventuellement se scinder en un marché distinct de l'exploitation du réseau de métro de la ville de Marseille et un marché distinct de l'exploitation du réseau d'autobus de la ville de Marseille.
46. Il n'est cependant pas nécessaire de trancher la question de la définition des marchés pertinents dans la mesure où aucun abus n'est établi au cas d'espèce.

L'appréciation de la position dominante de la RTM

La position du syndicat SNTU-CFDT

47. Le syndicat SNTU-CFDT soutient que la RTM détient une position dominante sur le (ou les) marché(s) des services de transport de voyageurs de la ville de Marseille constitués des réseaux marseillais de métro et d'autobus, le futur marché de l'exploitation du tramway, étant considéré comme connexe de celui de l'exploitation des réseaux métro-bus existants. Pour l'essentiel, il déduit cette position dominante de « la situation monopolistique » dans laquelle se trouve la RTM pour ce qui concerne les services de transport (bus et métro) de voyageurs de la ville de Marseille. Le syndicat SNTU-CFDT considère enfin que la position dominante acquise par la RTM lui confère un pouvoir de marché sur le marché ponctuel de l'appel public à candidatures de la CUMPM.
48. Le syndicat soutient en effet dans sa saisine que « *la situation monopolistique de la RTM sur les transports urbains bus et métro faisait d'elle un concurrent quasiment imbattable dans la procédure DSP tramway. Cela au regard des moyens matériels et humains dont cette dernière dispose déjà pour le réseau bus métro de la Ville de Marseille (infrastructure, billettique, expertise du réseau...) et qui ont impacté de manière certaine sur les coûts de l'offre DSP faite à la CUMPM. De par les moyens matériels nécessaires à l'exploitation du réseau de tramway, notamment en terme d'infrastructures destinées à la maintenance des rames, les offres des entreprises qui se seraient présentées seules à la DSP n'auraient pu que difficilement s'aligner sur l'offre de la RTM* » (cote 11).
49. Il souligne encore, comme cela avait été relevé par la RTM dans son analyse de la meilleure orientation pour répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM, qu'une mutualisation des coûts bus/tramway permettait de réduire les coûts d'exploitation du tramway et en conclut qu'une offre où figurerait la RTM pourrait « *difficilement être concurrencée* ».
50. Le syndicat SNTU-CFDT invoque enfin le fait que les liens étroits entre la CUMPM et la régie des transports dont la première détient 100 % du capital étaient les garants du fait que, si la RTM avait décidé de répondre à l'appel d'offres en partenariat avec une autre entreprise, cette formule du groupement avait certainement reçu l'accord implicite de la CUMPM.
51. Sur ce dernier point qui est présenté de façon purement factuelle, le syndicat SNTU-CFDT ne laisse entendre à aucun moment qu'un tel état de choses aurait été de nature à renforcer de façon irrégulière la position de la RTM sur le marché de l'appel public à candidatures. Il a d'ailleurs déclaré lors de son audition par le rapporteur, le 27 novembre 2008, que : « *La position de la CUMPM, par rapport à cet appel d'offres était [...] qu'il convenait de faire*

jouer la concurrence et que, la RTM ou pas la RTM, ce serait le meilleur opérateur qui l'emporterait » (cotes 522-527).

L'analyse de la position dominante

52. Étant en position monopolistique sur l'actuel réseau de transport de voyageurs de la ville de Marseille, constitué d'un réseau de métro et d'un réseau d'autobus, la RTM détient une position dominante sur le (ou les) marché(s) des services de transport de voyageurs de la ville de Marseille.
53. La position dominante de la RTM sur le (ou les) marché(s) des services de transport de voyageurs de la ville de Marseille semble en mesure de lui conférer un pouvoir de marché sur le marché ponctuel de l'appel public à candidatures de la CUMPM. En effet, son implantation de longue date dans ce secteur à Marseille, sa bonne connaissance du marché des transports publics acquise grâce à l'exploitation du métro et des bus de la ville, la disposition de personnels et d'équipement susceptibles de permettre la réalisation d'économies d'échelle dans la gestion du tramway et d'effectuer une gestion plus efficace des interfaces entre les différentes composantes du système de transport public de la ville pouvaient incontestablement donner à la RTM un avantage concurrentiel certain sur le marché ponctuel de l'appel public à candidatures de la CUMPM.
54. En ce qui concerne le marché même où se déroule la pratique, c'est-à-dire celui de l'appel d'offres pour la DSP, l'Autorité de la concurrence considère qu'« *il convient d'examiner non pas le marché particulier résultant du croisement de l'appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse, mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné* » (décision n° [01-D-66](#) du 10 octobre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1998).
55. A cet égard, il convient d'observer que la RTM était a priori en concurrence avec des sociétés aussi importantes que les sociétés Veolia, Transdev et Kéolis, qui détenaient ensemble en 2002 près de 80 % des réseaux urbains de transport public en France et opéraient de nombreux réseaux à l'étranger, sans compter les sociétés étrangères susceptibles de s'intéresser à ce marché ainsi que cela a été mentionné ci-dessus (cf. point 34).
56. La question de savoir si la RTM était en mesure d'exercer réellement un pouvoir de marché à l'occasion de l'appel public à candidatures de la CUMPM peut toutefois demeurer ouverte dans la mesure où l'examen des pratiques en cause ne conduit pas à circonscrire de pratique qui pourrait constituer un abus de position dominante de la RTM.

b) Sur l'abus de position dominante allégué de la RTM

La position du syndicat SNTU-CFDT

57. Selon le saisissant, la RTM aurait abusé de sa position dominante sur le marché des services de transport de voyageurs de la ville de Marseille en organisant une consultation afin de sélectionner un partenaire pour répondre à l'appel public à candidatures pour la gestion du tramway de Marseille.
58. La position dominante de la RTM aurait permis d'assurer le succès de cette opération de sélection à laquelle tous les candidats potentiels français à la DSP d'une certaine importance ont participé. La sélection préalable d'un partenaire pour constituer un groupement en vue de la réponse à l'appel public à candidatures aurait contribué à

décourager les candidats potentiels à la DSP de répondre seuls à l'appel public à candidatures de la CUMPM.

59. Le syndicat soutient que cette consultation a eu « *pour effet de mettre les candidats potentiels à la DSP dans la quasi-impossibilité de se positionner librement par la suite sur cette DSP* » et que cette consultation qui a été menée « *... en méconnaissance des règles de mises en concurrence et de concurrence, a eu pour conséquences d'annihiler le libre jeu de la mise en concurrence organisée par la CUMPM* ». Elle aurait fortement contribué à accréditer l'idée qu'un partenariat avec la RTM constituait un point de passage obligé pour toute entreprise.
60. Afin de répondre à cette question, il convient d'examiner successivement les raisons qui ont conduit à la recherche d'un partenaire et le contexte dans lequel la consultation lancée par la RTM s'est déroulée.

Analyse de l'abus allégué

Le principe de la sélection préalable d'un partenaire

61. Il ressort des pièces du dossier que la raison essentielle, qui a conduit la CUMPM à retenir le principe d'une délégation de service public pour assurer la gestion du nouveau tramway de la ville de Marseille, a été le partage des risques d'exploitation entre la collectivité publique responsable de la mise en place du service et le délégataire du service public.
62. Dans sa séance du 24 mars 2005, le conseil de la CUMPM a approuvé le principe d'une DSP sous la forme d'un affermage en vue de l'exploitation du réseau de tramway (cotes 25-53).
63. Le rapport de présentation de cette opération présenté au conseil de la CUMPM décrivait les différentes formules juridiques disponibles et concluait que « *L'affermage apparaît comme le type de délégation de service public le plus adéquat dans la mesure où il correspond à une véritable délégation de la gestion et du risque* » en précisant : « *Du fait qu'il assume le risque de l'exploitation et qu'il est directement intéressé par les résultats, le délégataire est incité à assurer la gestion dans des conditions optimales.* »
64. Dans le règlement particulier de la consultation daté de janvier 2006 (cotes 261-449) et distribué aux candidats à la DSP, il est indiqué que « *la gestion des services par le futur délégataire devra se faire sous l'empire d'une convention d'affermage dans laquelle la rémunération du délégataire variera substantiellement en fonction des résultats de l'exploitation du réseau de tramway ainsi que de la qualité du produit et de l'appréciation de celle-ci par la clientèle* ».
65. « *L'engagement des candidats devra porter notamment sur le paiement chaque année à MPM d'une redevance d'usage en contrepartie de la mise à disposition des infrastructures du réseau, de ses matériels roulants, de ses installations et équipements d'exploitation et de maintenance, sur le niveau des dépenses d'exploitation et sur les objectifs de fréquentation et de recettes, le tout pour chaque année d'exploitation* ».
66. « *Les candidats préciseront encore le montant de l'éventuelle contribution financière forfaitaire demandée à MPM pour assurer l'équilibre de l'opération* ».
67. A cet égard, l'annexe 1- E - 1 au document programme de la consultation daté aussi de janvier 2006 (cotes 373-386) indique que le délégataire assume seul « *à la fois le risque de variation de ses dépenses d'exploitation et celui des variations de la fréquentation* ».

68. Lorsque la RTM s'est posée la question de savoir comment elle allait répondre aux exigences de la CUMPM (réunion du conseil d'administration de cet organisme en date du 26 mai 2005), elle a recensé trois possibilités : soit se présenter seule, soit créer un groupement d'entreprises, soit créer avec un partenaire une filiale commune. Ainsi qu'il ressort de son document d'évaluation de ces trois possibilités, la RTM a bien perçu l'exigence de l'autorité organisatrice de la DSP concernant le partage du risque puisque seules les deuxième et troisième solutions ont été considérées comme satisfaisant à cette condition. La deuxième - créer un groupement d'entreprises - a été qualifiée de solution qui « *paraît présenter un meilleur équilibre entre les objectifs poursuivis et semble maximiser les chances de succès de la RTM en satisfaisant l'objectif de la CUMPM d'un véritable partage du risque* » (cotes 71-74).
69. La RTM note même explicitement dans le compte rendu de ce conseil d'administration que la première solution, « *tout en paraissant juridiquement possible, met la candidature de la RTM en position défavorable car le risque de l'exploitation devrait de fait être supporté intégralement par la (CU)MPM* ». La Régie avait donc bien présent à l'esprit le fait que, si la régie seule assumait le risque de l'exploitation, il ne pouvait y avoir de réel partage du risque puisque, en cas de déficit, ce serait de toute façon l'actionnaire de la RTM, c'est à dire la CUMPM, qui supporterait le risque de l'exploitant.
70. On note enfin que, dans le cadre de sa sélection préalable, la RTM a procédé à une évaluation précise des propositions de chaque candidat au partenariat et en particulier de la part de risque d'exploitation que chacun était prêt à prendre en charge, conformément à la volonté de l'autorité organisatrice de la DSP (cotes 64-69). Elle a retenu en définitive celui qui proposait le partage le plus avantageux pour la collectivité : 49 % pour Veolia contre 40 % pour Kéolis et 30 % pour Transdev.
71. La RTM soutient que la part de prise en charge du risque par Veolia, effectivement proposée dans l'offre qui a été remise à la CUMPM, était inférieure au pourcentage de 49 %. Cette assertion paraît vraisemblable au vu des documents versés au dossier qui sont fort peu explicites à cet égard : les rapports accompagnant les propositions de délibérations soumises à la CUMPM montrent, par exemple, que cette dernière n'a prêté en définitive aucune attention à la réalité de ce partage lors de l'acceptation de la proposition du groupement RTM/Veolia. On note en effet que ces rapports se contentent de mentionner les clauses mettant une part importante du risque à la charge du délégataire mais se gardent bien de préciser ce qui, du risque global, restait à la charge de Veolia ou, en définitive, revenait à la CUMPM, garante en dernier ressort des pertes de la RTM.
72. Toutefois, ces considérations portent sur la façon dont la CUMPM a pris en compte les critères qu'elle avait elle-même posés et font intervenir des constatations postérieures à la période de préparation des offres alors qu'il est indéniable que cette question du partage du risque a joué un rôle central pendant cette période. Elles ne sauraient donc influencer rétroactivement l'analyse des conditions de préparation de l'offre du groupement RTM/Veolia et l'appréciation en droit de la concurrence de la régularité d'une consultation préparatoire à la constitution d'un groupement d'entreprises pour répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM.
73. En conclusion, il apparaît que c'est l'exigence de partage du risque d'exploitation imposé par la CUMPM qui, de façon déterminante, a conduit la RTM à sélectionner un partenaire afin de concourir pour la DSP avec une chance réelle de l'emporter. Il n'est donc pas possible de considérer dans ces conditions que le principe même de la sélection d'un partenaire soit constitutif d'un abus.

Les conditions de la sélection du partenaire

74. Il convient tout d'abord de souligner que la RTM a consulté trois candidats parmi les mieux placés sur ce marché au lieu de se contenter d'une approche bilatérale impliquant une seule entreprise.
75. En outre, il apparaît que la RTM a organisé les opérations de sélection de son partenaire de façon transparente, équitable et non discriminatoire et qu'elle a approché les entreprises les plus susceptibles de répondre à la demande exprimée par la CUMPM. A cet égard, si le requérant soutient que cette consultation a eu lieu en méconnaissance des règles de mise en concurrence, il ressort au contraire des pièces du dossier qu'elle a permis une réelle confrontation des différentes offres et que, d'ailleurs, aucun des participants n'en a contesté les termes ou le résultat.
76. Enfin, le syndicat saisissant soutenant que la sélection préalable d'un partenaire aurait dissuadé les autres candidats de répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM, il convient d'examiner si la RTM n'a pas sensiblement contribué à accréditer l'idée qu'un partenariat avec elle constituait un point de passage obligé pour toute entreprise souhaitant participer à la gestion du tramway de Marseille.
77. En tout état de cause, il n'est pas contestable qu'avant même la consultation lancée par la RTM, il existait dans le contexte du marché local et de la position qu'y occupait la RTM de nombreux facteurs conduisant à penser que la solution qui serait en définitive retenue pour la gestion du tramway de Marseille devrait réserver une place à l'entreprise détenue par la CUMPM. Ces facteurs d'ordre économique et institutionnel ont été décrits plus haut dans le cadre de l'appréciation du pouvoir de marché de la RTM sur le secteur des transports de voyageurs de la ville de Marseille. La RTM bénéficiait donc de facto d'un avantage concurrentiel certain par rapport à tout autre candidat.
78. Cependant, il n'a été apporté aucun élément de nature à établir que la RTM aurait joué un rôle actif dans l'accréditation de l'idée selon laquelle elle était un acteur incontournable en vue de l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, tant à l'occasion de la procédure de sélection qu'à celle de l'appel public à candidatures de la CUMPM.
79. Il s'ensuit que les conditions de la sélection de Veolia par la RTM ne sont pas constitutives d'un abus de position dominante.

2. SUR LES PRATIQUES D'ENTENTES ALLEGUÉES

80. Le requérant soutient encore que les échanges d'informations qui ont eu lieu pendant la phase de sélection par la RTM d'un partenaire ont eu pour effet de fausser le déroulement de la procédure d'appel public à candidatures de la CUMPM et que la constitution du groupement qui, selon le requérant ne serait justifié ni techniquement ni économiquement, a entraîné un assèchement de la concurrence, aucune autre offre que celle du groupement n'ayant été soumise à la CUMPM.

a) Sur les échanges d'informations qui ont précédé la période de dépôt des offres

81. *« A de multiples reprises, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'en matière de marchés publics sur appel d'offres, il est établi que des entreprises ont conclu une entente dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles sont convenues de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de*

l'appel d'offres est connu ou peut l'être.» (décision du Conseil de la concurrence n° [06-D-08](#) du 24 mars 2006).

82. Toutefois, cette règle générale doit être adaptée au cas des groupements d'entreprises. En effet, les entreprises qui souhaitent répondre en groupement à un appel d'offres ou à un appel public à candidatures doivent échanger nécessairement un certain nombre d'informations en vue de la constitution du groupement. Le Conseil de la concurrence reconnaît que de tels échanges sont possibles pour autant qu'ils ne conduisent pas à fausser la concurrence dans l'hypothèse où le projet de groupement serait abandonné et où les entreprises ayant participé à ces échanges souhaiteraient déposer individuellement une offre.
83. Dans une décision n° [05-D-17](#) du 27 avril 2005, le Conseil de la concurrence a considéré que des entreprises qui avaient échangé des informations relatives aux prix dans le cadre d'une discussion en vue de constituer un groupement ne pouvaient déposer d'offres individuelles, dans l'hypothèse où le projet de groupement était abandonné, sans enfreindre l'article L. 420-1 du code de commerce. *« A supposer qu'un projet de groupement ait été envisagé entre les trois entreprises pour le lot 2, ce projet n'a pas abouti. De ce fait, dès lors que des informations portant sur les prix avaient été effectivement échangées au motif de ce prétendu projet, l'échange réalisé interdisait aux entreprises en cause, ayant finalement renoncé à se grouper, de présenter en concurrence apparente des offres sur le lot 2, car la concurrence entre ces offres était irrémédiablement faussée par l'échange initial. »* Le Conseil de la concurrence y explique que *« toute information privilégiée éclairant les choix opérés par les autres concurrents, spécialement les informations relatives aux prix que ces concurrents sont susceptibles d'avoir retenus, diminue artificiellement le risque pris par celui qui bénéficie de cette information au moment d'établir le prix de son offre, en réduisant ou supprimant l'incertitude dans laquelle il doit rester au regard du comportement des autres concurrents. Par suite, le seul fait de procéder à un échange d'informations avant le dépôt des offres, spécialement sur les prix, suffit à caractériser la volonté des entreprises de fausser la concurrence devant s'exercer entre elles »*.
84. De la même façon, le Conseil de la concurrence a considéré dans une décision n° [06-D-25](#) du 28 juillet 2006, que *« les échanges d'information effectués entre entreprises susceptibles de participer à un groupement ne doivent pas porter sur des éléments de l'appel d'offres tant que le groupement n'est pas constitué. Sinon, ces échanges faussent la concurrence entre entreprises toujours susceptibles de présenter des offres indépendantes »*.
85. Dans le cadre des groupements d'entreprises, il est donc déterminant de connaître la nature des informations échangées entre les entreprises partenaires et notamment si ces informations portent ou non sur des éléments de l'appel public à candidatures ou de l'appel d'offres, afin de déterminer si ces échanges sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du code de commerce.
86. En l'espèce, dans la mesure où la RTM a procédé à une consultation préalable avec Veolia, Transdev et Kéolis avant de constituer son groupement avec Veolia, il importe de connaître l'étendue des discussions qui ont été engagées à cette occasion entre les partenaires potentiels. Le dossier de consultation de la RTM remis aux candidats en vue de la recherche d'un partenaire permet de constater la nature et l'étendue des informations échangées entre la RTM et ses candidats au partenariat. Il s'agit tout d'abord d'informations relatives à l'entreprise et à son expérience en matière d'exploitation de tramway ; d'informations relatives aux moyens que cette entreprise pourrait affecter à

l'activité envisagée ; d'informations relatives à la nature des missions que le partenaire se propose d'assumer au sein du groupement ; d'informations relatives à la forme juridique du partenariat, d'informations relatives au transfert de savoir-faire ; d'informations relatives enfin à l'importance et aux modalités de leur engagement financier dans le cadre du groupement. L'examen des résultats de cette consultation permet d'observer que les informations transmises par les trois entreprises candidates au partenariat demeurent relativement générales, et notamment pour ce qui concerne le partage du risque d'exploitation. En effet, Veolia, Transdev et Kéolis n'ont proposé qu'un pourcentage de prise en charge du risque. En revanche, elles n'ont formulé aucune proposition relative au compte prévisionnel d'exploitation où figurent notamment les estimations du groupement en matière de charges et de recettes d'exploitation. Les échanges d'informations entre la RTM et ses partenaires potentiels n'ont donc pas porté sur les éléments que la collectivité publique avait annoncés comme devant départager les candidats à l'appel public à candidatures. Par conséquent, ils n'étaient pas de nature à fausser un éventuel dépôt d'offres concurrentes des candidats non retenus par la RTM, à savoir Kéolis et Transdev.

87. Un autre principe posé par le Conseil de la concurrence est que la rupture des négociations en vue d'un groupement rend immédiatement leur autonomie aux entreprises. Par conséquent, elles ne doivent pas continuer à échanger des informations commerciales sensibles, en particulier en matière de prix. Ainsi, le Conseil a considéré dans sa décision n° [01-D-59](#) qu'« *un échange d'informations portant notamment sur les prix, postérieur à la rupture des négociations (pour la constitution d'un éventuel groupement et antérieure à la date limite de réception des offres), est constitutif d'une entente anticoncurrentielle* ».
88. Dans la présente affaire, ni Transdev ni Kéolis n'ont continué à échanger des informations après le choix de Veolia par la RTM. En outre, elles n'ont déposé aucune offre.
89. En conclusion, on retiendra que les échanges d'informations mis en cause par le requérant ne peuvent être qualifiés de pratique anticoncurrentielle.

b) Sur la régularité du groupement formé par la RTM et Veolia

Sur les justifications de la constitution du groupement

90. Il est de jurisprudence constante que la constitution de groupements momentanés pour répondre à un appel public à candidatures ou à un appel d'offres n'a pas, en soi, un objet illicite (voir notamment en ce sens les décisions du Conseil n° [07-D-01](#) du 17 janvier 2007, n° [05-D-74](#) du 20 décembre 2005, n° [03-D-19](#) du 15 avril 2003, n° [04-D-17](#) du 15 avril 2004, n° [04-D-20](#) du 14 juin 2004 et les arrêts de la cour d'appel de Paris du 5 décembre 2000 et du 18 février 2003).
91. Le Conseil de la concurrence considère que « *de tels groupements peuvent avoir un effet pro-concurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, en revanche, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates, dissimulant une entente anticoncurrentielle ou de répartition des marchés. Si l'absence de nécessité technique et économique de nature à justifier ces groupements peut faire présumer leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère* » (décisions n° [04-D-57](#) du 16 novembre 2004 ; n° [03-D-19](#) du 15 avril 2003).
92. La cour d'appel de Paris a rappelé, dans un arrêt du 18 février 2003 (Syndicat intercommunal de l'eau de Dunkerque), que la formule du groupement pouvait avoir

plusieurs justifications pour une entreprise : l'aider à acquérir une compétence lui faisant défaut, s'assurer de meilleures chances de succès, répartir la charge de travail afin de gagner en souplesse, la mettre en situation de réaliser des travaux qu'il lui aurait été difficile de réaliser seule compte-tenu de leur importance. La pertinence de ces justifications techniques est appréciée au cas par cas, en évaluant leur effet sur l'intensité de la concurrence résiduelle une fois le groupement formé.

93. En l'espèce, le syndicat SNTU-CFDT soutient que le groupement n'était justifié ni techniquement ni économiquement dans la mesure où, selon lui, la RTM disposait seule de toutes les compétences techniques pour répondre dans de bonnes conditions à l'appel public à candidatures et assumait l'essentiel des coûts d'exploitation du tramway. Il limite l'apport technique de Veolia au détachement de trois cadres et son apport financier à une contribution aux coûts d'exploitation du tramway qui se trouve, en moyenne, pour la période allant de 2008 à 2014, dans un rapport de 1 à 15 avec celle de la RTM.

Sur la justification technique

94. L'accord de groupement mentionne que Veolia apportera « *son expérience dans l'exploitation et la mise en service de tramways modernes* ». La RTM n'a en effet qu'une expérience relativement limitée de l'exploitation d'un tramway puisqu'elle n'a exploité qu'une seule ligne à Marseille, la ligne 68. En revanche, Veolia est l'un des premiers opérateurs mondiaux de tramway en nombre de réseaux.
95. Même si l'expérience et la compétence de Veolia dans le domaine de l'exploitation du réseau de tramway ne sont pas déterminantes dans le choix de la RTM, elles ont sans doute aussi pesé. Le groupement est donc en partie justifié par certaines considérations techniques.

Sur la justification économique

96. Contrairement à ce qu'avance le requérant, le contrat de partenariat n'a pas à être justifié par l'importance de la contribution du partenaire aux coûts d'exploitation du réseau du tramway mais plutôt par l'engagement du partenaire à partager le risque financier lié à l'exploitation du tramway.
97. Comme il a été montré plus haut, la CUMPM a décidé d'adopter le principe d'une DSP pour l'exploitation du réseau de tramway sur le territoire de la ville de Marseille « *dans la mesure où il correspond à une véritable délégation de la gestion et du risque* » (délibération du 24 mars 2005). En revanche, la CUMPM n'a pas spécifié dans sa délibération qu'elle souhaitait que le délégataire se soit préalablement constitué en groupement.
98. C'est dans ce contexte que le conseil d'administration de la RTM a décidé de candidater à la DSP. Après avoir analysé les différentes solutions qui s'offraient à lui, il a considéré, comme il a été montré précédemment, que la formule du groupement d'entreprises avec un partenaire privé était la meilleure solution pour partager le risque d'exploitation.
99. Le choix du partenariat a donc été motivé, tant du côté de la CUMPM que de la RTM, par la volonté de partager le risque financier que pourrait présenter l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille, notamment en cas de recettes insuffisantes. La volonté de partager ce risque peut à bon droit justifier le recours au groupement.
100. Il convient donc d'examiner si, au regard du contrat de partenariat, ce risque là était effectivement partagé.

101. Dans sa délibération du 15 septembre 2005 relative au choix du partenaire, la RTM relève : « *Des simulations ont été faites de la part des risques prise par chaque partenaire potentiel sur la base d'un budget estimé avec diverses hypothèses d'aléas sur les recettes du trafic et sur les dépenses. Il apparaît que la part de risque global (recettes + dépenses) prise par Connex est de 49 %, alors que celle prise par Kéolis varie autour de 40 % selon les hypothèses, et celle prise par Transdev varie autour de 30 %.* ». Le choix s'est donc porté sur Veolia qui proposait une prise en charge du risque lié aux recettes d'exploitation supérieure à celle de ses concurrents.
102. Le souci de partager ce risque financier entre la RTM, c'est-à-dire son actionnaire unique la CUMPM, et un opérateur privé constitue une justification suffisante à la constitution du groupement.

Sur la clause d'exclusivité

103. L'article 6 du préaccord de groupement du 13 octobre 2006 précise que « *les parties conviennent de collaborer entre elles sur la base d'une exclusivité totale et réciproque* ». Le requérant en déduit que la RTM et Véolia « *s'interdisent de soumissionner seuls ou au moyen d'autres éventuels groupements* » et conclut que le fait d'interdire aux membres d'un groupement les soumissions individuelles, tout en empêchant les autres entreprises d'y adhérer est « *illicite* ».
104. Comme le Conseil de la concurrence l'a rappelé dans son rapport annuel pour l'année 2001, le fait de limiter l'accès à un groupement à ses seuls fondateurs ou à des entreprises acceptées par eux, n'est susceptible d'entraver le libre jeu de la concurrence que si la participation au groupement est la condition de l'accès au marché.
105. Au cas d'espèce, les parties à l'accord ont décidé de limiter l'accès au groupement à d'autres entreprises. Cependant, cette condition n'empêchait pas ces autres entreprises de se présenter à l'appel public à candidatures de la CUMPM. Les entreprises Kéolis ou Transdev avaient en effet les moyens techniques et financiers de répondre à l'appel public à candidatures. En dépit de l'avantage concurrentiel dont bénéficiait la RTM, la participation au groupement avec cette dernière ne peut donc être considérée comme la condition de l'accès au marché.
106. Plus généralement, une clause d'exclusivité dans ce type d'accord répond à la logique même du partenariat. En revanche, une situation dans laquelle cohabiteraient l'offre d'un groupement et l'offre d'une entreprise par ailleurs membre de ce groupement ne manquerait pas de soulever des interrogations quant à la régularité de cette situation.

Sur l'absence d'offres concurrentes

107. Il reste toutefois à expliquer pourquoi la formation d'un tel groupement a eu pour effet de détourner les autres candidats possibles de déposer une offre.
108. On peut se référer à cet égard à la prise de position du directeur de Kéolis déclarant au journal La Provence après le choix de Veolia par la RTM qu'il était désormais inutile pour lui de répondre seul à l'appel public à candidatures de la CUMPM. On note que, contrairement à ce que soutient le syndicat SNTU-CFDT, le choix de Veolia pour former le groupement n'a pas eu comme conséquence un assèchement de la capacité technique ou financière du secteur à répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM et que ni Kéolis ni Transdev n'avait besoin de s'appuyer sur les ressources techniques ou financières de la RTM pour présenter une offre. Cette capacité de chacune des entreprises à présenter une offre indépendante est attestée par les nombreux contrats ou DSP déjà gérées

tant par l'une comme par l'autre, sans alliance aucune, pour le compte d'autres collectivités locales en France et à l'étranger.

109. On en revient donc encore une fois à la constatation que si de telles entreprises ont décidé de ne pas déposer d'offres concurrentes, cette attitude relève moins de l'appréciation de leur position dans la concurrence que du jugement global qu'elles ont porté sur la situation complexe dont les éléments ont été rappelés ci-dessus.

CONCLUSION

110. Il ressort de l'analyse effectuée ci-dessus que la RTM - bien qu'en position dominante sur le marché des transports publics de passagers de la ville de Marseille - n'a pas commis d'abus en organisant une large opération de consultation pour sélectionner un partenaire en vue de répondre à l'appel public à candidatures de la CUMPM. Elle n'a pas non plus conclu d'entente anticoncurrentielle ni avec les entreprises consultées ni avec l'entreprise avec laquelle elle a formé un groupement.

DÉCISION

Article unique. - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Hubert Grandval et l'intervention de M. Eric Cuziat, rapporteur général adjoint, par M. Bruno Lasserre, président, et Mmes Françoise Aubert et Anne Perrot, vice-présidentes.

La secrétaire de séance,
Marie Lienafa

Le président,
Bruno Lasserre