

**Avis n° 10-A-20 du 29 septembre 2010
relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines
dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de
transport public du Grand Paris**

L'Autorité de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 18 février 2010 sous le numéro 10/0015 A, par laquelle le syndicat professionnel Syntec-Ingénierie a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur les problèmes de concurrence pouvant résulter des dispositions des articles 14 et 15 du projet de loi relatif au Grand Paris, devenus respectivement les articles 17 et 18 de la loi n° 2010-597, du 3 juin 2010, relative au Grand Paris ;

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu la loi n° 85-704, du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, les représentants de Syntec-Ingénierie, du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ainsi que le préfigurateur de la Société du Grand Paris, entendus au cours de la séance du 15 juillet 2010 ;

Les représentants de la Régie autonome des transports parisiens (RATP) et du Réseau ferré de France (RFF), entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. La saisine

1. Qualifié de *chantier du siècle* pour l'Île-de-France, en raison notamment de son ampleur, le projet du Grand Paris vise à susciter, par la création d'un réseau de transport public de voyageurs en double boucle croisée unissant les zones les plus attractives de la capitale et de la région Île-de-France, un développement économique et urbain structuré autour de territoires et de projets stratégiques identifiés, définis et réalisés conjointement par l'État et les collectivités territoriales.
2. Au cours de l'élaboration de la loi destinée à fixer le cadre juridique du projet, la fédération professionnelle Syntec-Ingénierie (ci-après « Syntec-Ingénierie ») a, par lettre du 18 février 2010, saisi pour avis l'Autorité de la concurrence des dispositions des articles 14 et 15 du projet de loi relatif au « Grand Paris » en lui demandant s'ils ne font pas naître un risque d'abus de position dominante en excluant dans certains cas toute mise en concurrence pour la passation de marchés au profit d'opérateurs désignés, la Régie autonome des transports parisiens (ci-après la « RATP »), la Société nationale des chemins de fer français (ci-après la « SNCF ») et Réseau ferré de France (ci-après « RFF »), contrairement aux prescriptions internes et communautaires de la concurrence. Elle demande en outre à l'Autorité de se prononcer sur tout autre risque concurrentiel susceptible de résulter de ces deux articles.
3. Les articles 14 et 15 du projet de loi qui traitent des modes de conclusion et d'exécution des marchés de maîtrise d'œuvre, d'étude, d'assistance, de mandats de maîtrise d'ouvrage et de maîtrise d'ouvrage déléguée nécessaires à la réalisation des infrastructures du réseau de transport public sont devenus les articles 17 et 18 de la loi n° 2010-597, relative au Grand Paris, adoptée le 3 juin 2010.
4. Cette loi prévoit de recourir à une procédure adaptée afin d'assurer la réalisation du réseau, sous forme de métro automatique, et définit des procédures de concertation spécifiques. Elle crée l'établissement public « Société du Grand Paris » (ci-après la « SGP ») chargé de réaliser des opérations d'aménagement ou de construction liées à ce réseau. Elle organise les relations entre ladite société et la RATP, la SNCF et RFF. Elle prévoit également les outils permettant l'élaboration de projets de territoires permettant de répondre à la fois aux enjeux d'urbanisme et d'infrastructures de transport. Elle permet, enfin, la mise en œuvre du projet de pôle de développement scientifique et technologique sur le plateau de Saclay.
5. Syntec-Ingénierie est un syndicat professionnel qui regroupe principalement des entreprises exerçant de façon habituelle une activité dans le domaine de l'ingénierie. Syntec-Ingénierie est membre de la fédération des syndicats de sociétés d'études et de conseils « Syntec ».
6. La saisine de Syntec-Ingénierie est recevable. En premier lieu, les dispositions du second alinéa de l'article L. 462-1 du code de commerce permettent aux personnes qui y sont visées de consulter l'Autorité de la concurrence, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge, sur toute question de concurrence. Cette faculté peut s'exercer y compris lorsque la question porte sur une matière traitée par un texte législatif en cours de préparation (voir avis n° [10-A-10](#), du 27 mai 2010, point 12). En l'espèce, cette faculté

n'est pas remise en cause par la circonstance que, entre la saisine de l'Autorité et le prononcé du présent avis, la loi relative au Grand Paris est entrée en vigueur.

7. En second lieu, conformément à ses statuts, déposés en annexe à sa saisine, Syntec-Ingénierie est un syndicat professionnel régi par les dispositions du livre I^{er} de la deuxième partie du code du travail et a notamment pour objet « *l'étude, la représentation, la promotion et la défense des intérêts collectifs professionnels, moraux et économiques des personnes morales exerçant d'une façon habituelle, dans leurs spécialités respectives, une activité dans le domaine de l'ingénierie* ». Ainsi, Syntec-Ingénierie constitue une organisation professionnelle au sens de l'article L. 462-1 du code de commerce. En outre, lesdits statuts prévoient que Syntec-Ingénierie est représenté par son président dans tous les actes de la vie civile et, par décision en date du 28 janvier 2010, le conseil d'administration du syndicat a mandaté son président pour saisir l'Autorité de la concurrence pour avis sur le projet de loi relatif au Grand Paris. L'Autorité de la concurrence a donc été valablement saisie par la lettre du président de Syntec-Ingénierie en date du 18 février 2010.
8. Eu égard à la question telle que formulée dans la demande d'avis, il convient d'emblée de rappeler que, dans le contexte de la présente saisine, il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'elle est définie à l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permettrait de porter une telle appréciation.
9. Il y a lieu de souligner également que, sur la base des dispositions de l'article L. 462-1 concernant les avis demandés à l'Autorité de la concurrence, il n'appartient à celle-ci ni de porter une appréciation sur l'opportunité des dispositions de la loi relative au Grand Paris, ni de statuer sur la compatibilité desdites dispositions avec le droit de l'Union européenne, qui relève *in fine* de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 260 TFUE ou des juridictions nationales. Le présent avis consiste à apprécier le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de l'ingénierie ferroviaire dans le dispositif institué par la loi relative au Grand Paris, tel qu'il découle désormais de ses articles 17 et 18.

II. Le contexte

A. LE CADRE JURIDIQUE

1. LES RÈGLES APPLICABLES À LA PASSATION DE MARCHÉS DE SERVICES DESTINÉS AUX ACTIVITÉS DE TRANSPORT

10. Lorsqu'ils sont destinés à l'exploitation d'activités de transport, les marchés de services passés par une entité adjudicatrice sont soumis à des règles spécifiques de publicité et de mise en concurrence. Ces règles découlent, d'une part, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et, d'autre part, des mesures nationales de transposition, à savoir

notamment l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et le décret n° 2005-1308, du 20 octobre 2005, relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649.

a) Le droit de l'Union

11. Il résulte des articles 2 et 5 de la directive 2004/17 que celle-ci s'applique aux entités adjudicatrices, qu'il s'agisse de pouvoirs adjudicateurs ou d'entreprises publiques, qui exercent notamment les activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport.
12. À cet égard, la RATP, la SNCF et RFF figurent dans les listes non exhaustives des entités adjudicatrices auxquelles la directive s'applique (voir article 8 et annexes IV et V de la directive 2004/17). Quant à la SGP, il apparaît qu'elle remplira les conditions pour être qualifiée d'entité adjudicatrice au sens de l'article 2 de cette directive.
13. En vertu de l'article 10 de la directive, lors de la passation des marchés publics de services d'une valeur estimée hors TVA égale ou supérieure à 387 000 euros et destinés à la poursuite de leur activité, les entités adjudicatrices « *traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence* ».
14. L'article 31 de la directive dispose ensuite que les marchés de services et notamment ceux qui concernent les « *services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie* », les « *services connexes de consultations scientifiques et techniques* » ainsi que les « *services d'essais et d'analyses techniques* » (voir annexe XVII A de la directive 2004/17) sont passés selon les procédures de mise en concurrence préalable définies aux articles 34 à 59 de celle-ci.
15. Toutefois, par exception, l'article 40, paragraphe 3, de cette même directive prévoit que les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable lorsque notamment :
 - « *c) en raison de sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique déterminé ;*
 - d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes et négociées avec mise en concurrence préalable* ».
16. En ce sens également, l'article 23, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/17 énonce que celle-ci ne s'applique pas aux marchés passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée, à la double condition que l'entité en question exerce, directement ou indirectement, une influence dominante, telle que définie à son article 2, sur ladite entreprise et que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise liée a réalisé au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entités auxquelles elle est liée.

b) Le droit national

17. La directive 2004/17 a été transposée dans le droit français notamment par l'ordonnance n° 2005-649 et le décret n° 2005-1308. Les dérogations de l'article 40, paragraphe 3,

sous c) et d), de la directive 2004/17 ont été reprises, en substance, à l'article 7, II, 3° et 4°, dudit décret :

« II.- *Les entités adjudicatrices peuvent également recourir à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants :*

[...]

3° Pour les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;

4° Dans la mesure strictement nécessaire, quand une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'entité adjudicatrice et n'étant pas de son fait n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec mise concurrence préalable ; ».

18. Quant à l'exception relative à l'entreprise liée, elle figure à l'article 29 de ladite ordonnance.

2. LES RÈGLES APPLICABLES À LA MAÎTRISE D'OUVRAGE PUBLIQUE

19. Les règles applicables à la maîtrise d'ouvrage publique découlent des dispositions de la loi n° 85-704, du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (ci-après la « loi MOP »). Cette loi, qui s'applique notamment aux établissements publics de l'État (article 1^{er}), définit les missions du maître d'ouvrage public (article 2), de son mandataire (article 3), du maître d'œuvre (article 7) et de l'entrepreneur. Spécificité du droit français, la loi MOP interdit, par principe, la confusion entre ces différentes missions afin de responsabiliser les différents acteurs.

B. LE MARCHÉ DE L'INGÉNIERIE FERROVIAIRE

20. L'ingénierie regroupe l'ensemble des activités liées à la conception, à l'étude et à la réalisation d'ouvrages, de systèmes ou d'équipements dans tous les domaines de la construction, de l'industrie, de l'environnement et de la technologie.
21. Les métiers de l'ingénierie sont exercés soit au sein de bureaux d'études, indépendants ou intégrés au sein d'une entreprise (services d'études internes), soit au sein de sociétés d'ingénierie qui rassemblent les bureaux d'études des spécialités nécessaires pour leurs domaines d'intervention. Lesdites sociétés coordonnent les interventions de ces bureaux pour les projets, généralement de grande ampleur, dont elles assurent le *management* de projet ou la maîtrise d'œuvre.
22. Il existe, au moins depuis 1997 et la création de RFF, un marché de l'ingénierie propre au secteur ferroviaire en France, eu égard à la spécificité des systèmes de transport ferroviaire, qui sont des ensembles complexes d'aménagements, d'ouvrages, d'équipements et de réseaux insérés et articulés avec des systèmes existants ou à créer.
23. En raison de cette complexité, la conception et la réalisation d'un tel système de transport font appel à un grand nombre de compétences et de spécialités techniques, parmi lesquelles on mentionne habituellement l'aménagement urbain ; le génie civil de la voie ferrée et des ouvrages d'art ; les études géotechniques ; la mécanique relative aux véhicules et voies ferrées et à leur interaction, leur fonctionnement et leur entretien ; la signalisation, les

automatismes et la télétransmission ; l'aménagement architectural et fonctionnel des stations, arrêts ou gares ; la transformation et la distribution de l'énergie électrique ; les ateliers d'entretien préventif et curatif ; l'interaction de ce système avec les autres systèmes existants ou, encore, le *management* de projet.

24. Afin de répondre à la présente demande d'avis et sans qu'il soit nécessaire d'opérer une analyse plus précise, il apparaît suffisant d'envisager l'existence d'un ou de plusieurs marchés dans le domaine des services d'ingénierie ferroviaire.
25. Compte tenu de l'ampleur et du coût des projets de systèmes de transport ferroviaire et des montants des marchés de services liés à la réalisation de ces projets (les services d'ingénierie représentent en moyenne 8 % en valeur du coût total d'un projet), ainsi que des éléments portés à la connaissance de l'Autorité, il apparaît que le ou les marchés de l'ingénierie ferroviaire sont au moins de dimension européenne. Il est même possible qu'ils aient une dimension mondiale si l'on considère que certaines missions d'ingénierie sont confiées à des sociétés françaises en dehors de l'Europe et que, inversement, des sociétés d'ingénierie internationales sont chargées de marchés de services pour des projets ferroviaires en Europe et notamment en France.
26. Pour la France, dans le secteur concurrentiel de l'ingénierie ferroviaire, on trouve soit des sociétés d'ingénierie françaises indépendantes (Artelia, Ingerop, Setec) ou filiales de groupes français ou internationaux (Egis, Inexia, Systra, Tractebel), soit des filiales françaises de sociétés d'ingénierie internationales (Arcadis, SNC-Lavalin).
27. En dehors de ce secteur concurrentiel, eu égard à leurs activités et depuis longtemps, la RATP et la SNCF ont développé en leur sein des services d'ingénierie qui leur permettent de satisfaire l'essentiel de leurs besoins en la matière. Si la RATP et la SNCF ne fournissent pas de manière générale directement des services d'ingénierie à d'autres entreprises, la réglementation fait néanmoins encore obligation à RFF de confier à la SNCF les missions de maîtrise d'œuvre en vue d'assurer la prise en compte des objectifs de sécurité de la circulation et des personnes sur le réseau ferré national lors de la conception et de la réalisation des travaux sur le réseau en exploitation (voir l'article 6 du décret n° 99-444, du 5 mai 1997, relatif aux missions et aux statuts de RFF).
28. Toutefois, tant la RATP que la SNCF ont diversifié leurs activités et ont constitué des filiales fournissant des services d'ingénierie, notamment dans le secteur ferroviaire. Ainsi, Systra est une filiale commune de la RATP et de la SNCF créée au début des années 1990 par la réunion des sociétés Sofretu, filiale de la RATP créée en 1961, et Sofrerail, filiale de la SNCF créée en 1957. En outre, en 2006, la RATP et la SNCF ont respectivement constitué Xelis et Inexia. Il ressort des éléments portés à la connaissance de l'Autorité de la concurrence que, à la différence d'Inexia, Xelis remplit les conditions de l'entreprise liée précisées à l'article 29 de l'ordonnance n° 2005-649.

C. LE GRAND PARIS

1. L'ÉTABLISSEMENT PUBLIC « SOCIÉTÉ DU GRAND PARIS »

29. Aux fins notamment de la mise en place du réseau de transport public du Grand Paris, la loi relative au Grand Paris crée, et ce jusqu'à épuisement de ses compétences, un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial dénommé « Société du Grand Paris » qui a pour principale mission de concevoir et d'élaborer le schéma

d'ensemble et les projets d'infrastructures composant ledit réseau et d'en assurer la réalisation, qui comprend la construction des lignes, ouvrages et installations fixes, la construction et l'aménagement des gares, y compris d'interconnexion. La SGP procède également à l'acquisition des matériels roulants conçus pour ces infrastructures ainsi qu'à leur entretien et leur renouvellement (article 7).

2. LES MOYENS RELATIFS A LA RÉALISATION DU RÉSEAU DE TRANSPORT PUBLIC DU GRAND PARIS

30. Les travaux du réseau de transport public du Grand Paris devraient engendrer, en l'état actuel des estimations, un investissement de plus de 20 milliards d'euros, à réaliser en 15 ans, soit, au taux moyen de 8 % d'honoraires d'ingénierie sur le montant d'investissement, un chiffre d'affaires d'au moins 100 millions d'euros de services d'ingénierie par an.
31. À cet égard, le titre III de la loi relative au Grand Paris, qui comprend les articles 15 à 20, vise à doter la SGP des prérogatives et des instruments juridiques nécessaires pour exercer ses missions. L'objectif affirmé par l'étude d'impact du projet de loi est de permettre à la SGP de concilier « *les trois impératifs de délais, d'efficacité dans le pilotage d'un programme d'une exceptionnelle complexité et de concertation avec les autres parties prenantes au projet et, en particulier, les collectivités territoriales franciliennes mais aussi le STIF* ». Outre l'octroi de prérogatives élargies en faveur de la SGP, la loi est présentée comme devant lui permettre de « *recourir aux compétences disponibles chez les grands opérateurs publics compétents en matière de transport en Île-de-France, à commencer par la RATP dont la situation, en tant que principal exploitant et gestionnaire du réseau de métro parisien, est directement affectée par la réalisation du métro du Grand Paris* » (Étude d'impact du projet de loi relatif au Grand Paris, octobre 2009, p. 35).
32. L'article 15 de la loi énonce que la SGP exerce la maîtrise d'ouvrage des opérations d'investissement liées à la réalisation des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris.
33. Les articles 17 et 18 sur lesquels porte la demande d'avis organisent les modalités de conclusion des marchés d'ingénierie et de délégation de maîtrise d'ouvrage.
34. D'une part, l'article 17 dispose en premier lieu que les marchés de maîtrise d'œuvre, d'études et d'assistance nécessaires à la réalisation desdites infrastructures et des matériels sont conclus conformément aux principes et procédures prévus par l'ordonnance n° 2005-649 (article 17, I).
35. En deuxième lieu, par exception, ledit article prévoit que « *des marchés peuvent être conclus selon une procédure négociée, sans publicité ni mise en concurrence, avec la [RATP], la [SNCF] ou [RFF], si des raisons techniques tenant aux exigences essentielles de sécurité, d'interopérabilité du système ferroviaire ou à l'impératif de continuité du service public l'exigent* ». Dans ce cas, une convention doit préciser notamment « *les motifs du recours à cette procédure dérogatoire* » (article 17, II).
36. En troisième lieu, cet article énonce que « *les mêmes raisons* » peuvent conduire la SGP à recourir à une procédure négociée, sans publicité ni mise en concurrence, pour confier au « *gestionnaire de l'infrastructure* » des mandats de maîtrise d'ouvrage, lorsque les opérations d'investissement prévues par la loi relative au Grand Paris, « *qui ont pour objet le développement, le prolongement ou l'extension de lignes, ouvrages ou installations existant* » à la date d'entrée en vigueur de ladite loi, ne peuvent « *techniquement* » être

confiées qu'audit gestionnaire. Ces mandats devront également faire l'objet d'une convention entre la SGP et le gestionnaire du réseau concerné (article 17, III).

37. En dernier lieu, ce même article précise que les rapports établis entre la SGP et ses cocontractants au titre de cette disposition ne sont pas régis par la loi MOP (article 17, IV).
38. D'autre part, l'article 18 de la loi prévoit que la SGP peut décider, pour la réalisation de certaines opérations, de déléguer la maîtrise d'ouvrage, dans les conditions fixées par cette disposition et par dérogation à la loi MOP. Pour chaque opération, une convention conclue entre la SGP et le maître d'ouvrage délégué précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage, la SGP assurant le suivi et le contrôle d'ensemble.
39. Dans ce cadre, le maître d'ouvrage délégué choisit le processus selon lequel l'infrastructure et les matériels seront réalisés ou acquis, en fait assurer la maîtrise d'œuvre et conclut pour son propre compte les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux. Il peut également assurer la maîtrise d'œuvre de ces opérations lorsque, selon l'alinéa 3 de l'article 18, *« en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le contrat de maîtrise d'œuvre ne peut être exécuté que par lui, ou lorsque ces opérations présentent un caractère d'urgence tel que tout retard serait préjudiciable à l'intérêt du projet du Grand Paris, quelles que soient les causes de ce retard, ou s'il s'agit de faire face à une situation imprévisible »*.

III. Discussion

40. Syntec-Ingénierie fait valoir que l'application des articles 17 et 18 du projet de loi relatif au Grand Paris est susceptible de nuire à la concurrence sur le marché de l'ingénierie ferroviaire en mettant la RATP, la SNCF et RFF en mesure d'abuser de leurs positions dominantes. En particulier, il critique le caractère dérogatoire de ces dispositions au regard des règles nationales et communautaires de mise en concurrence applicables aux marchés publics. Ainsi, Syntec-Ingénierie considère qu'en permettant à la SGP de confier aux trois opérateurs publics concernés, par procédure négociée et à certaines conditions, des marchés de maîtrise d'œuvre, d'études et d'assistance nécessaires à la réalisation des infrastructures et à l'acquisition des matériels prévus dans le cadre du projet du Grand Paris ainsi que des mandats de maîtrise d'ouvrage, lesdits opérateurs seront en mesure de contrôler le marché de l'ingénierie ferroviaire, notamment en recourant à la sous-traitance. En outre, un tel impact serait aggravé par l'importance du montant total des investissements prévus et la durée pendant laquelle ceux-ci seront réalisés.
41. Il convient d'examiner si les dispositions dérogatoires ci-dessus décrites comportent un risque pour la concurrence comme le craint Syntec-Ingénierie, si les marchés confiés à la RATP, à la SNCF et à RFF vont permettre à ces opérateurs d'exercer un contrôle sur le secteur de l'ingénierie, enfin de rappeler le rôle de la diversification des activités de la RATP et de la SNCF pour prévenir les distorsions de concurrence.

IV. Sur la situation découlant des articles 17 et 18 de la loi relative au Grand Paris

1. SUR LES PROCÉDURES NÉGOCIÉES SANS PUBLICITÉ NI MISE EN CONCURRENCE DE L'ARTICLE 17

42. Les exceptions à l'application des principes et procédures de mise en concurrence de l'ordonnance n° 2005-649 pour des raisons techniques tenant aux exigences essentielles de sécurité, d'interopérabilité du système ferroviaire ou à l'impératif de continuité du service public, prévues au II et III de l'article 17 de la loi relative au Grand Paris, prennent appui sur la dérogation prévue à l'article 7, II, 3°, du décret n° 2005-1308 qui a transposé l'article 40, paragraphe 3, sous c), de la directive 2004/17.
43. Il convient de rappeler que, prise sur le fondement de l'article 95 CE (devenu l'article 114 TFUE), la directive 2004/17 vise notamment à garantir dans une large mesure l'ouverture à la concurrence des marchés publics attribués par les entités opérant dans les secteurs dits spéciaux (voir neuvième considérant de la directive 2004/17) et que, en conséquence, la dérogation prévue à son article 40 est nécessairement présumée ne pas remettre en cause cet objectif général. Le caractère dérogatoire de l'article 17, II et III, de la loi relative au Grand Paris, rappelé par l'emploi des termes « par exception » au début du II, induit une interprétation stricte de ces dispositions.

a) Modalités de recours aux procédures négociées

44. Dans le cadre de l'application du II dudit article, il est prévu que la convention conclue entre la SGP et l'un des trois opérateurs y mentionnés expose les « *motifs du recours à cette procédure dérogatoire* ». Cette obligation tend à renforcer la garantie que le recours à ladite procédure sera limité aux seuls cas visés par cette disposition. De surcroît, en vertu de la loi n° 78-753, du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, notamment en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques, il serait possible, pour un tiers intéressé, d'avoir accès à cette convention conclue par un établissement public à caractère industriel et commercial, en l'occurrence la SGP, pour l'exécution d'une mission de service public. Cependant, il faut remarquer que cette obligation d'indiquer les motifs du recours à la procédure dérogatoire n'est pas prévue dans le cadre de la mise en œuvre du III de cet article, lorsque la SGP entend conclure un mandat de maîtrise d'ouvrage avec le « *gestionnaire de l'infrastructure* », c'est-à-dire avec la RATP, la SNCF ou RFF.
45. En dehors des trois cas mentionnés à l'article 17 (exigences essentielles de sécurité ou d'interopérabilité, impératif de continuité du service public, contrainte technique ne permettant que de recourir au gestionnaire de l'infrastructure), il peut être observé que, pourvu que la SGP puisse invoquer des « *raisons techniques* », comme par exemple des raisons tenant à la protection d'un brevet, elle conservera la faculté de déroger aux principes et procédures de droit commun prévus par l'ordonnance n° 2005-649 et le décret n° 2005-1308, dans les conditions prévues par ces textes. Aussi, les cas énoncés aux II et III de l'article 17 de la loi relative au Grand Paris, qui tiennent également à des raisons techniques ou à la nécessité de ne pas interrompre le service public ne sont pas a priori de nature à augmenter le nombre des situations dans lesquelles un recours à la procédure

négociée sans publicité et mise en concurrence préalable sera permis, à condition toutefois que ces dispositions soient appliquées dans le respect de l'article 40 de la directive 2004/17, notamment pour ce qui concerne la dérogation justifiée par la nécessité d'assurer la continuité du service public, qui ne peut jouer que pour faire face à des événements imprévisibles.

46. La latitude laissée à la SGP de recourir, ou non, à la procédure visée aux II et III de l'article 17 de la loi relative au Grand Paris au bénéfice de la RATP, de la SNCF ou de RFF dépendra finalement de l'appréciation qu'elle porte, dans chaque cas particulier, sur les motifs qui y sont mentionnés. C'est en ce sens que certains marchés « peuvent » être confiés, pour certaines raisons, par la SGP uniquement à la RATP, à la SNCF ou à RFF.

b) Appréciation

47. Ainsi, il apparaît que dans certaines circonstances, la SGP n'aurait pas la possibilité de confier certaines missions de maîtrise d'œuvre, d'études ou d'assistance ou certains mandats de maîtrise d'ouvrage à d'autres opérateurs que les trois opérateurs publics précités. Pourtant, tant Syntec-Ingénierie, en s'appuyant sur les éléments présentés au soutien de sa demande d'avis, que les représentants de la RATP et de RFF, lors de la séance, ont indiqué que certaines sociétés d'ingénierie privées ont déjà participé à la réalisation de systèmes ferroviaires de transport, y compris à la réalisation de systèmes de métro automatique, et qu'il ne saurait être exclu que ces sociétés sont en mesure de remplir ces missions ou ces mandats lorsque ceux-ci impliquent de satisfaire à des exigences essentielles de sécurité, d'interopérabilité du système ferroviaire ou à l'impératif de continuité du service public. Inversement, le recours aux procédures de mise en concurrence prévues par l'ordonnance n° 2005-649 n'empêcherait nullement la RATP, la SNCF ou RFF de se voir confier ces marchés en raison de leurs mérites.
48. Il peut également être envisagé que le dispositif mis en place, qui tend en substance à pouvoir confier certains marchés au « gestionnaire de l'infrastructure existante », qu'il s'agisse du réseau du métro parisien ou du réseau ferré national, n'ait à jouer que lorsque cette infrastructure sera directement concernée par les travaux nécessaires à la réalisation du futur réseau de transport public du Grand Paris. Les cas visés par ces dispositions pourraient donc ne concerner que les points d'interconnexion entre les réseaux de transport public existants et le réseau du futur métro automatique du Grand Paris, ce qui devrait limiter en nombre les marchés d'ingénierie susceptibles d'être concernés. C'est en ce sens que certaines interventions ont été faites en séance, bien que la « limite » n'ait pas été clairement définie.
49. Compte tenu de ce qui précède, il appartiendra au premier chef à la SGP de veiller aux différents intérêts publics en présence, et notamment de faire une application mesurée et dûment justifiée des dispositions dérogatoires de l'article 17 de la loi, pour préserver dans toute la mesure possible la concurrence.
50. À cet égard, la loi relative au Grand Paris ne donne bien entendu pas d'éléments sur les moyens propres d'expertise humains et techniques qui seront à la disposition de la SGP pour lui permettre d'identifier en connaissance de cause et de manière indépendante les cas qui justifieront la mise en œuvre des dispositions dérogatoires de l'article 17. L'Autorité souligne qu'en principe, dans l'hypothèse où la SGP souhaiterait faire appel à des compétences extérieures, dans le cadre par exemple d'une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage, il ne devrait pas être possible de solliciter l'assistance des opérateurs publics précités pour décider de la mise en œuvre dudit article, sauf à encourir le risque d'un

conflit d'intérêts pour le choix de la procédure et des prestataires en ce qui concerne la maîtrise d'ouvrage déléguée, la maîtrise d'œuvre et autres missions d'étude ou d'assistance. Pourtant, le III et le IV de l'article 17, en prévoyant notamment que les dispositions de la loi MOP ne s'appliquent pas, permettent précisément un tel cumul des rôles.

51. L'Autorité ne peut donc qu'inciter à ce que la SGP dispose des compétences et moyens d'expertise suffisants pour limiter au maximum les situations dans lesquelles elle n'assurerait pas elle-même les études visant à déterminer si le recours aux dispositions dérogatoires du II et du III de l'article 17 est nécessaire.
52. Pour résumer, l'Autorité de la concurrence recommande une application stricte des dispositions de l'article 17, II et III, de la loi relative au Grand Paris, compte tenu de leur caractère dérogatoire aux principes et procédures de mise en concurrence. En particulier, l'Autorité estime que lesdites dispositions ne sauraient être utilisées dans l'unique but de gagner du temps par la désignation systématique du gestionnaire de l'infrastructure à chaque fois qu'il s'agira de développer, prolonger ou étendre les lignes, ouvrages ou installations existants dont il a la responsabilité.

2. SUR LE CUMUL DE LA MAÎTRISE D'OUVRAGE DÉLÉGUÉE ET DE LA MAÎTRISE D'ŒUVRE PRÉVU PAR L'ARTICLE 18

53. L'article 18 de la loi relative au Grand Paris prévoit d'une manière générale, et sans en limiter le bénéfice aux trois opérateurs précités, la possibilité pour la SGP de procéder à des délégations de maîtrise d'ouvrage. Ces délégations devront résulter des procédures de publicité et de mise en concurrence de droit commun. Néanmoins, cet article prévoit une dérogation à la loi MOP et le cas échéant l'absence de mise en concurrence, au profit du délégataire, pour assurer la maîtrise d'œuvre. En effet, il précise les cas dans lesquels le maître d'ouvrage délégué pourra assurer lui-même une mission de maîtrise d'œuvre, alors que le cumul de ces deux missions est en principe interdit par la loi MOP. Les cas dans lesquels ce cumul est permis, mentionnés au paragraphe 39 du présent avis, ont été retenus en s'inspirant partiellement des motifs dérogatoires mentionnés à l'article 7, II, 3° et 4°, du décret n° 2005-1308 rappelés au paragraphe 17 de la présente demande d'avis, et sont donc étrangers à la loi MOP.
54. Le maître d'ouvrage délégué, certes choisi dans un cadre concurrentiel, pourra donc décider d'assumer lui-même la maîtrise d'œuvre, sans mise en concurrence, en particulier *« lorsque [les] opérations présentent un caractère d'urgence tel que tout retard serait préjudiciable à l'intérêt du projet du Grand Paris, quelles que soient les causes de ce retard, ou s'il s'agit de faire face à une situation imprévisible »* (alinéa 3 de l'article 18).
55. L'urgence ainsi définie l'est de façon extensive et peut amener le maître d'ouvrage délégué à assumer lui-même la maîtrise d'œuvre dans nombre de cas puisqu'il sera suffisant que le retard dans la réalisation des opérations qui font l'objet de la délégation puisse être préjudiciable à l'intérêt du projet Grand Paris, peu important les causes de ce retard.
56. Aussi, est-il probable qu'au moment de choisir le maître d'ouvrage délégué, la SGP prendra en considération notamment la capacité de ce dernier à assumer, le cas échéant, la maîtrise d'œuvre des opérations considérées, ce qui pourrait s'avérer être au bénéfice d'opérateurs ayant à la fois l'expérience de la maîtrise d'ouvrage et celle de la maîtrise d'œuvre. Dans ces circonstances, la situation de la RATP, qui a pour habitude d'assumer ces deux missions comme gestionnaire du réseau du métro en Île-de-France, pourrait lui

procurer un avantage sur d'autres prestataires de services d'ingénierie, notamment privés. Un tel avantage n'est pas en soi critiquable, la RATP étant en droit, comme d'autres, de faire valoir ses mérites pour être désignée comme maître d'ouvrage délégué des opérations liées à la réalisation des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris.

57. Par ailleurs, contrairement à la crainte exprimée par Syntec-Ingénierie, il semble qu'il faille écarter une application combinée des dispositions du III de l'article 17, et de l'article 18 de ladite loi, ce qui permettrait aux trois opérateurs mentionnés à l'article 17 d'être choisis comme mandataires du maître d'ouvrage sans mise en concurrence et de décider seuls d'assurer eux-mêmes la maîtrise d'œuvre. Ces deux dispositions n'ont pas la même finalité. En effet, ainsi qu'il est rappelé plus haut, l'application de l'article 17 n'est possible que dans les cas qui y sont limitativement mentionnés et qui justifient le caractère dérogatoire de cette disposition par rapport aux procédures de mise en concurrence prévues notamment par l'ordonnance n° 2005-649. En revanche, la délégation de maîtrise d'ouvrage permise par l'article 18 de cette loi a une portée plus générale puisqu'elle peut être mise en œuvre en toute hypothèse, selon les besoins de la SGP, et en faveur d'un délégataire qui, en conséquence, aura été choisi dans le respect desdites procédures. L'emploi de l'expression « délégation » à cet article, et non de celle de « mandat », comme à l'article 17, renforce cette idée qu'il faut distinguer entre les deux. En ce sens également, les dispositions du troisième alinéa de l'article 18, qui permettent, dans certaines circonstances, d'assumer à la fois la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre des opérations considérées, concernent uniquement le « maître d'ouvrage délégué » choisi après mise en concurrence et, inversement, le II de l'article 17 qui peut conduire à octroyer un marché de maîtrise d'œuvre sans mise en concurrence ne peut être utilisé que par la SGP elle-même et non par un mandataire de maîtrise d'ouvrage qui aurait été choisi sans mise en concurrence au titre du III de cette disposition. S'il y a lieu de confier à la fois des marchés de maîtrise d'œuvre et des mandats de maîtrise d'ouvrage à la RATP, la SNCF et RFF, sans mise en concurrence, c'est à la SGP elle-même qu'il reviendra de le faire sur le fondement de l'article 17 pour les raisons qui y sont précisées, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux dispositions dudit article 18.
58. Néanmoins, l'Autorité de la concurrence recommande une application mesurée des dispositions de l'article 18 de la loi relative au Grand Paris, eu égard à leur caractère dérogatoire à la loi MOP et à la notion d'urgence retenue à cet article, éléments qui conduisent à restreindre la concurrence sur les marchés concernés.

B. SUR LE RISQUE DE CONTRÔLE DU SECTEUR DE L'INGÉNIERIE FERROVIAIRE PAR LE RECOURS À LA SOUS-TRAITANCE À L'OCCASION DES MARCHÉS CONFIS À LA RATP, LA SNCF ET RFF EN APPLICATION DES ARTICLES 17 ET 18

59. Syntec-Ingénierie fait valoir un risque de "*structuration*" du marché de l'ingénierie ferroviaire, par la RATP, la SNCF ou RFF, au moyen du recours à la sous-traitance dans le cadre des marchés de maîtrise d'œuvre, d'études ou d'assistance et des marchés de mandats de maîtrise d'ouvrage qui leur seraient confiés en application des articles 17 et 18 de la loi relative au Grand Paris.
60. Néanmoins, selon les dispositions dérogatoires de ces articles, le recours à la sous-traitance pour ces marchés devrait logiquement rester limité à des aspects marginaux de la tâche demandée puisque la raison d'être des dispositions dérogatoires repose sur la prémisses d'après laquelle seuls les opérateurs bénéficiaires ont la capacité d'intervenir. En réalité, s'il apparaît que tant la RATP que la SNCF disposent des moyens humains, matériels et

techniques pour réaliser les tâches concernées, RFF ne dispose pas à ce jour d'un service d'ingénierie interne, rendant par conséquent peu probable l'attribution à celui-ci de marchés de ce type.

61. Ensuite, puisque la RATP et la SNCF sont des entités adjudicatrices au sens de l'ordonnance n° 2005-649, et, si elles y font appel, tout recours à la sous-traitance devra respecter les principes et procédures prévues par l'ordonnance.
62. Enfin, s'agissant de l'octroi de certains marchés de sous-traitance à une entreprise liée, comme dans le cas de la RATP en faveur de Xelis, il ne pose pas tant la question du respect des dispositions l'ordonnance n° 2005-649, qui en fixe précisément les conditions à son article 29, mais plutôt la question de la diversification des activités des entreprises publiques.

C. SUR LA DIVERSIFICATION DES ACTIVITÉS DE LA RATP ET DE LA SNCF SUR LE MARCHÉ DE L'INGÉNIERIE FERROVIAIRE

63. La RATP et la SNCF étant des entreprises qui bénéficient de droits spéciaux, il faut rappeler que *« le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article [106 TFUE] n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article [102 TFUE]. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits spéciaux ou exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus »* (voir notamment, arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, point 23).
64. La présence sur le marché de l'ingénierie ferroviaire de filiales de la RATP et de la SNCF oblige notamment à être vigilant sur les risques de distorsion de concurrence liés aux éventuelles *« subventions croisées »*. En effet, cette diversification peut poser des problèmes de concurrence au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE, applicables aux abus de position dominante (voir notamment, C. cass., com., 10 décembre 2003, 01-17.493, et arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 20 mars 2002, UPS/Commission, T-175/99, point 64), également sous l'angle de l'article de 107 TFUE relatif aux aides d'État (voir notamment arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 1^{er} juillet 2008, Deutsche Post/Commission, T-266/02).
65. Le Conseil de la concurrence et l'Autorité de la concurrence se sont prononcés à l'occasion de l'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications, de l'électricité, du gaz et des transports ferroviaires, à maintes reprises (voir notamment, avis n° [95-A-18](#); n° [96-A-10](#); n° [97-A-07](#); n° [97-A-10](#); n° [97-A-20](#); n° [98-A-05](#); n° [00-A-29](#), n° [02-A-06](#); n° [05-A-16](#) et n° [09-A-55](#)), et (décisions n° [00-D-47](#); n° [00-D-50](#); n° [05-D-53](#) et n° [09-MC-01](#)), sur la question de l'insertion des monopoles publics dans le libre jeu de la concurrence (voir également rapport annuel pour l'année 2003, *« Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel »*).
66. Leur pratique décisionnelle, qui ne méconnaît pas l'intérêt d'une diversification des activités des opérateurs historiques, susceptible, dans certaines circonstances, de stimuler la concurrence sur les marchés, a néanmoins et de manière constante recommandé que soit

effectué un suivi vigilant d'un tel processus et appelé à une appréciation concrète de ses conséquences en fonction de la structure des marchés concernés.

67. Pour prévenir les distorsions de concurrence, il y a lieu d'assurer, ainsi qu'exposé dans l'avis n° [94-A-15](#), du 10 mai 1994, relatif à une demande sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF, d'assurer la « *séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification* ». Plus spécifiquement, cette séparation doit être à la fois juridique, matérielle, comptable, financière et commerciale.
68. À cet égard, la filialisation garantit une véritable séparation, notamment comptable, et favorise une plus grande transparence des passerelles entre activités en monopole et activités concurrentielles, comme, par exemple, la facturation à son coût réel du réseau commercial de l'opérateur historique. En outre, la filialisation peut aussi permettre de rapprocher les conditions de fonctionnement des filiales concernées de celles d'une entreprise privée.
69. De manière générale, les remèdes « *structurels* », consistant à séparer les activités concurrentielles et monopolistiques, permettent de vérifier l'absence d'aide ou de subvention croisée, d'en estimer, le cas échéant, le montant (qui est un élément d'appréciation de leur effet sur le marché) et, plus généralement, de garantir des conditions de concurrence plus homogènes entre les filiales des entreprises publiques et les acteurs privés.
70. En l'espèce, la RATP et la SNCF ont diversifié leurs activités dans le domaine concurrentiel de l'ingénierie, notamment de l'ingénierie ferroviaire, par l'intermédiaire de leur filiale commune Systra et, respectivement, de leurs filiales Xelis et Inexia, ainsi qu'il est rappelé au paragraphe 28 du présent avis. Pour respecter les principes de séparation évoqués ci-dessus, il conviendrait que, tant qu'il n'est pas recouru aux dispositions dérogatoires des articles 17, II et III et 18, troisième alinéa, ce soient lesdites filiales et non les services de la RATP ou de la SNCF qui fournissent elles-mêmes, le cas échéant, des services d'ingénierie à la SGP.

CONCLUSION

71. Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, l'Autorité de la concurrence est d'avis que le dispositif découlant des articles 17 et 18 de la loi relative au Grand Paris peut, si la SGP fait une application stricte et mesurée des compétences qui lui sont dévolues, être mis en œuvre sans entraîner de graves restrictions de concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de M. Alexandre Lacresse et l'intervention de M. Jean-Marc Belorgey, rapporteur général adjoint, par Mme Françoise Aubert, vice-présidente, présidente de séance, M. Patrick Spilliaert, vice-président, et M. Noël Diricq, membre.

La secrétaire de séance,

Véronique Letrado

La vice-présidente,

Françoise Aubert