

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999

relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 24 juin 1996 sous le numéro A 192, par laquelle la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

Vu le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la Fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV) et de l'Assemblée des départements de France entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée ;

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

Par lettre enregistrée le 24 juin 1996, la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis au titre de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relative aux conséquences sur la concurrence de l'aide financière accordée par le Conseil général de l'Isère à la régie de transport terrestre routier Voies Ferrées du Dauphiné (VFD). Il est plus particulièrement demandé au Conseil d'examiner si, compte tenu du soutien financier accordé par l'autorité organisatrice à cette régie qui effectue des prestations en dehors du service public, l'attribution, par le Conseil général de l'Isère et par les conseils généraux de départements limitrophes, de l'exploitation de lignes de transports de voyageurs, en dehors de toute mise en concurrence ainsi que l'attribution par les mêmes autorités de lignes de transport dans le cadre d'une mise en concurrence, mais sur la base de prix très inférieurs à ceux pratiqués par des entreprises privées du secteur, n'entraîne pas de distorsions de

concurrence. Le Conseil est également interrogé sur le point de savoir si la diversification des activités d'une régie départementale sur l'ensemble du territoire national sous la forme de services spéciaux, de location de cars ou d'excursions et d'exploitation de lignes internationales, est conforme aux règles et aux principes de concurrence.

A titre liminaire, il convient de rappeler que le Conseil dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'un autre texte que celui de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou des articles 85 et 86 du traité de Rome.

Par ailleurs, il n'appartient pas non plus au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles 7 et 8 de ladite ordonnance. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

Après avoir défini le contexte juridique et économique des activités de transport urbain et non urbain de voyageurs, le présent avis s'attache à décrire le secteur des transports publics de voyageurs, puis examine les conditions de l'exercice de la concurrence par les régies de transports sur les marchés en cause.

I. - Le contexte juridique et économique

A. - Le service public des transports

1. L'organisation du service public des transports

Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs " Le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens.

Ces missions sont les suivantes :

- a) La réalisation et la gestion d'infrastructures et d'équipements affectés au transport et leur mise à la disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ;*
- b) La réglementation des activités de transport et le contrôle de son application ainsi que l'organisation des transports pour la défense ;*
- c) Le développement de l'information sur le système de transport ;*
- d) Le développement de la recherche, des études et des statistiques de nature à faciliter la réalisation des objectifs assignés au système de transports ;*

e) *L'organisation du transport public ;*

.....

Sont considérés comme des services publics tous les transports de personnes ou de marchandises à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées ".

Au-delà de ces considérations d'ordre général concernant l'ensemble des transports, des dispositions particulières s'appliquent aux transports urbains et aux transports routiers non urbains de personnes, plus particulièrement visés par la présente demande d'avis.

Le règlement CEE n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, a prévu une dérogation à la suppression des obligations inhérentes à la notion de service public imposées dans le domaine des transports, au bénéfice des transports urbains et suburbains et des services régionaux.

Quant à la loi d'orientation précitée, elle comporte des dispositions particulières concernant les transports urbains de personnes et les transports routiers non urbains de personnes qui répartissent notamment les compétences d'organisation des activités de service public de transports entre les différentes collectivités territoriales en fonction principalement de critères géographiques.

Aux termes des articles 27 et 28 de la loi d'orientation, les transports urbains s'effectuent, conformément à un plan de déplacement urbain, dans un périmètre comprenant le territoire d'une commune ou le ressort territorial d'un établissement public ayant reçu mission d'organiser les transports publics de personnes. Ce périmètre peut également comprendre le territoire de plusieurs communes adjacentes ayant décidé d'organiser en commun un service de transports publics de personnes. Le plan de déplacements urbains définit les principes de l'organisation des transports de personnes et de marchandises, de la circulation et du stationnement. Il a pour objectif " *un usage coordonné de tous les modes de déplacement, notamment par une affectation appropriée de la voirie, ainsi que la promotion des modes les moins polluants et les moins consommateurs d'énergie* ".

En ce qui concerne les transports routiers non urbains de personnes, l'article 29 de la loi d'orientation définit quatre catégories : les services réguliers publics, les services à la demande, les services privés et les services occasionnels publics.

Relèvent seuls des collectivités territoriales, les services publics et les services à la demande. Le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes définit les services publics réguliers comme étant " *des services offerts à la place, dont le ou les itinéraires, les points d'arrêt, les fréquences, les horaires et les tarifs sont fixés et publiés à l'avance* " et les services publics à la demande " *des services collectifs offerts à la place, déterminés en partie en fonction de la demande des usagers et dont les règles générales de tarification sont établies à l'avance, et qui sont exécutés avec des véhicules dont la capacité minimale est fixée par décret* ".

La loi d'orientation prévoit qu'à l'exception des liaisons d'intérêt régional ou national ces services sont organisés par le département et qu'ils sont assurés par les départements ou par les entreprises publiques ou privées qui ont passé avec lui une convention à durée déterminée. Le décret précité du 16 août 1985 précise en son article 30 : " *Ont le caractère de service d'intérêt régional au sens de l'article 29 de la loi du 30 décembre 1982 susvisée, les services réguliers non urbains qui concernent au moins deux départements à l'intérieur d'une même région et qui sont inscrits au plan régional. A la demande des départements, la région peut leur faire assurer tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service d'intérêt régional* " et en son article 31 que : " *A la demande des régions, des départements, des communes ou de leurs regroupements, l'Etat peut leur faire assurer tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service d'intérêt national sous réserve, le cas échéant, de l'accord des régions ou des départements concernés* ".

Les transports scolaires sont des transports réguliers au sens de l'article 29 de la loi d'orientation précitée. La responsabilité de leur organisation et de leur fonctionnement incombe au département, et à l'intérieur des périmètres de transports urbains, à l'autorité compétente pour l'organisation de ces transports urbains (communes ou établissements publics de coopération locale). Les stipulations contenues dans les conventions relatives à l'exécution de services de transports scolaires sont définies par le décret n° 84-322 du 3 mai 1984.

Outre les services publics réguliers et à la demande, la loi d'orientation distingue deux autres catégories de transports routiers non urbains de personnes soumis à autorisation ou à simple déclaration.

Les services occasionnels sont, conformément à l'article 32 du décret du 16 août 1985, de la compétence de l'Etat. Sont soumis à autorisation les circuits à la place, services dont chaque place est vendue séparément et qui ramènent, sauf dispositions particulières, les voyageurs à leur point de départ, et les services collectifs qui comportent la mise d'un véhicule à la disposition exclusive d'un groupe ou de plusieurs groupes d'au moins dix personnes.

Quant aux " services privés ", définis par le décret n° 87-242 du 7 avril 1987 comme étant " les transports de leurs personnels, organisés pour leurs besoins normaux de fonctionnement par les collectivités publiques, y compris les établissements d'enseignement, les entreprises et les associations ", ils sont seulement soumis à déclaration auprès du représentant de l'Etat dans le département concerné.

2. L'exécution des services publics de transports routiers de voyageurs

L'article 7-II de la loi d'orientation fixe également les conditions dans lesquelles sont organisés les transports publics réguliers de personnes en ces termes : " *L'Etat et, dans la limite de leurs compétences, les collectivités territoriales ou leurs groupements, organisent les transports publics réguliers de personnes. L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. La convention fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service. Elle définit les actions à entreprendre par l'une et par l'autre partie afin de favoriser l'exercice effectif du droit au transport et de promouvoir le transport public de personnes. Elle est résiliée de plein droit en cas de radiation du registre* ".

Il résulte des termes mêmes de la loi que les autorités organisatrices ont le choix, soit de faire exécuter le service public de transport en régie par une personne publique sous forme de service public industriel et commercial, soit de passer une convention avec une entreprise.

Dans le premier cas, cette attribution se fera sans mise en concurrence, par exception aux dispositions du chapitre IV concernant les délégations de service public de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Dans le second cas, une convention à durée déterminée est établie entre l'autorité organisatrice et l'exploitant retenu, après mise en concurrence, soit dans le cadre de la loi du 29 janvier 1993 susvisée soit conformément aux dispositions du code des marchés publics. La distinction repose sur la nature économique de la rémunération du cocontractant. Dans un avis d'assemblée du 27 juin 1996 concernant les conventions de transports scolaires, le Conseil d'Etat a indiqué que ces conventions ne présentent le caractère de délégation de services publics que dans les cas où la rémunération du cocontractant est substantiellement assurée par les résultats d'exploitation, par la perception des contributions versées par les usagers ou d'une autre manière. La majorité des conventions passées en matière de transports routiers réguliers prévoit que la rémunération de l'exploitant est assurée par la perception d'un prix auprès de l'utilisateur. Dans son étude sur le transport par autocar, le Centre d'études sur les réseaux, les transports, l'urbanisme et les constructions publiques (CERTU) du ministère de l'équipement, des transports et du logement répartit comme suit les contrats non urbains en vigueur en 1997 :

Type de contrats	Pourcentage des contrats
Gestion aux risques et périls	56
Gestion avec compensation financière	21
Gestion à montant ou prix forfaitaire	22,5
Contrat de gérance	0,5

En ce qui concerne la fixation des prix, l'article 43 du décret du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes prévoit que : " *Les tarifs des transports urbains, des services publics réguliers et des services publics à la demande de transports routiers non urbains de personnes sont fixés ou homologués par l'autorité compétente conformément à la procédure définie par la convention passée entre celle-ci et l'entreprise* ". Dans une convention aux risques et périls, c'est le transporteur qui définit les tarifs soumis à autorisation des autorités compétentes. Si l'autorité organisatrice souhaite imposer sa politique tarifaire, elle doit donc prévoir des compensations financières.

B. - Le secteur des transports publics routiers de voyageurs

1. Généralités

Une profession réglementée :

Les entreprises, privées ou publiques, qui exercent une activité de transport public de personnes, sont soumises à l'obligation d'inscription à un registre tenu par les services de l'Etat compétents en matière de transports dans le département. Les exploitants doivent satisfaire à des conditions, notamment de capacité professionnelle, dont l'attestation est délivrée par le préfet. Par ailleurs, la loi d'orientation précise la réglementation sociale ainsi que les règles de sécurité et de contrôle applicables aux transports. Une partie de ces règles découle toutefois de la mise en œuvre de la politique européenne des transports.

Un secteur diversifié dominé par un petit nombre de groupes :

En dehors de la région parisienne qui bénéficie d'un régime particulier, l'étude précitée du CERTU recense près de 8 000 exploitants inscrits au registre des transports et assurant des services de transports publics non urbains réguliers. Parmi ces exploitants, seuls 2 000, qui réalisent 90 % de l'activité, ont la qualité de transporteur constitué en entreprise. La plupart de ces transporteurs sont de petites entreprises, puisque les trois quarts emploient moins de 20 salariés et que seuls 68 en emploient plus de 100.

La profession est toutefois dominée par cinq groupes regroupant 100 entreprises qui assurent 43 % des services réguliers et 15 % des services scolaires réalisés par les transporteurs, emploient 26 % des effectifs et détiennent 24 % du parc des véhicules de plus de 45 places.

Il s'agit des groupes nationaux Via GTI, Verney, la CGEA (pôle transport du groupe Vivendi), la société Cariane (filiale de la SCETA), et la société Transdev (dont le capital est détenu majoritairement par la Caisse des dépôts et consignations).

La structure de l'offre apparaît plus concentrée en ce qui concerne les transports urbains, secteur où l'INSEE recensait, en 1994, 162 entreprises employant plus de 5 salariés, qu'en ce qui concerne les transports routiers réguliers et non réguliers de voyageurs où cet institut recensait respectivement 999 et 553 entreprises.

2. Les régies de transports

Elles coexistent dans plusieurs départements avec les transporteurs privés. Leur objet, défini par le décret du 16 août 1985 précité, est : *" d'exploiter des services de transports publics de personnes et, à titre accessoire, toutes activités de transport ou connexes à celui-ci, effectuées à la demande ou avec l'accord de l'autorité organisatrice "*.

Le même décret distingue deux catégories de régies : les établissements publics à caractère industriel et commercial et les régies dotées de la seule autonomie financière.

En ce qui concerne les régies constituées en établissement public à caractère industriel et commercial, le décret susvisé précise qu'elles seront administrées par un conseil d'administration composé d'au moins neuf membres désignés par l'organe délibérant de l'autorité organisatrice.

L'article 16 du décret précité précise que les règles budgétaires applicables sont celles qui sont établies pour les collectivités locales et l'article 17 que : *" La comptabilité est tenue conformément au plan comptable applicable en la matière arrêté par instruction conjointe du ministre chargé des finances, du ministre chargé*

des transports et du ministre chargé des collectivités locales et soumise aux règles de la comptabilité publique ".

Les conditions dans lesquelles le budget d'une collectivité territoriale est considéré comme étant en équilibre, sont fixées par le Code général des collectivités territoriales.

On recensait, en 1995, onze régies départementales de transports qui assuraient 5 % des transports routiers de voyageurs et 3 % des transports scolaires.

Leur nombre diminue régulièrement du fait de leur privatisation mais elles peuvent jouer un rôle important dans les départements où elles sont implantées, comme dans le département de l'Isère.

3. Un exemple de régie de transport : la régie des Voies Ferrées du Dauphiné

a) Les activités

Les activités globales de la régie des Voies Ferrées du Dauphiné peuvent être résumées comme suit :

	1992	1993	1994	1995	1996
Nombre de km parcourus	10 750 000	10 470 000	10 668 000	10 416 034	10 860 153
Chiffre d'affaires en milliers de francs	116 394	116 611	119 875	125 493	124 152

Pour l'année 1996, la part des différentes activités de la Régie se répartit comme suit en pourcentage :

	Interurbain	Urbain	Scolaire	Occasionnels et spéciaux
Nombre de km	59	21,2	8,1	11,7
Recettes	49,7	28	9,9	12,3

L'évolution des différentes activités de la régie des Voies Ferrées du Dauphiné en chiffre d'affaires a été la suivante en milliers de francs :

	1994	1995	1996
Urbain	47 254	37 430	34 727
Interurbain	27 366	27 616	27 560
Périurbain	12 156	12 170	12 897
Montagne	17 133	17 929	18 247
Interdépartemental	3 126	3 477	3 054

Scolaire	10 826	11 815	12 351
Spéciaux réguliers	4 586	5 145	5 551
Occasionnel	10 626	9 912	9 763

b) Les réseaux exploités

La régie des Voies Ferrées du Dauphiné (VFD) exploite le réseau urbain de la ville nouvelle de l'Isle-d'Abeau ainsi que quatre lignes du réseau urbain de Grenoble pour le compte de la société d'économie mixte des transports de l'agglomération grenobloise (SEMITAG), ainsi qu'une ligne du réseau urbain de Lyon pour le compte du Syndicat des transports de l'agglomération lyonnaise (SYTRAL). Elle a perdu la concession du réseau de la ville de Bourgoin-Jallieu, ainsi que celle de la ville de Vienne qu'elle détenait auparavant.

La régie exploite également 22 lignes interurbaines ou périurbaines, ainsi que deux lignes interdépartementales. A ces chiffres, il convient d'ajouter les lignes de montagne, soit un total de 35 lignes exploitées.

L'activité scolaire s'effectue dans le cadre de 24 conventions scolaires, soit sur des lignes spécialement affrétées à cet effet, soit sur des lignes régulières.

En outre, la régie effectue des services spéciaux réguliers ou occasionnels, comme les transports de personnels d'entreprises, les transports périscolaires ou les voyages organisés.

c) Les moyens matériels et humains

La régie des VFD emploie environ 500 personnes. Elle gère un parc automobile de 300 véhicules dont 247 sont sa propriété, le solde appartenant aux collectivités pour le compte desquelles elle assure le service de transport de voyageurs.

Elle dispose de quatre centres principaux respectivement situés dans les agglomérations de Grenoble, Lyon, L'Isle-d'Abeau et Vienne, auxquels s'ajoutent des dépôts, des agences et des gares routières situées dans les principales villes desservies.

d) La comptabilité

A la demande de l'autorité organisatrice, les VFD ont mis en place en 1989 une comptabilité analytique par centre d'exploitation (St-Martin-d'Hères, Vénissieux, l'Isle-d'Abeau et Pont-Evêque), par ligne interurbaine, périurbaine, interdépartementale et par type d'activité.

Cette comptabilité permet de distinguer les recettes perçues auprès des voyageurs des recettes versées par les autorités organisatrices.

La comptabilité analytique des exercices 1994 et 1995 fait apparaître un déficit d'exploitation,

respectivement de 31 653 314 F et de 36 688 397 F.

e) La place des VFD sur les différents marchés de transport

Les VFD sont essentiellement présentes dans le département de l'Isère où elles se trouvent en concurrence pour l'attribution de lignes avec des entreprises d'envergure tant nationale que locale.

La Chambre syndicale des transporteurs routiers de l'Isère a recensé, dans ce département, 43 entreprises disposant de plus de deux cars et un total de 1332 véhicules. Sur ce total, la régie des Voies Ferrées du Dauphiné en détient 247, soit 18,5 %. Plusieurs entreprises, surtout présentes dans les transports interurbains scolaires et occasionnels, disposent d'un parc automobile comparable à celui des VFD.

Dans ce même département, 149 lignes interurbaines sont en activité dont 33, soit 22 %, sont exploitées par la régie des Voies Ferrées du Dauphiné.

II. - L'application des règles de concurrence

1. Principes d'analyse

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le droit de la concurrence s'applique aux activités de production, de distribution et de services qui sont le fait de personnes publiques comme de personnes privées.

La demande d'avis formulée par la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère porte sur le comportement d'un établissement particulier, la régie des Voies Ferrées du Dauphiné.

Le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue par l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il n'a pas à se prononcer sur les comportements d'une entreprise ou d'une organisation nommément désignée, mais que rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant, qu'elles mettent en cause des principes de concurrence et, qu'au cas d'espèce, les réponses qu'il est en mesure d'apporter sont applicables aux régies départementales de transport en général, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles interviennent.

Les questions posées au Conseil concernent, à titre principal, les conséquences sur la concurrence de l'importance, rapportée à son chiffre d'affaires annuel, de la subvention de fonctionnement que peut recevoir annuellement une régie de transport.

La loi d'orientation des transports intérieurs et son décret d'application relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes permettent expressément l'exécution des services de transports publics de personnes en régie par une personne publique, sous forme d'un service public industriel et commercial. Cette personne publique peut être soit dotée de la seule autonomie financière et disposer d'un budget annexe à celui de la collectivité territoriale concernée, soit constituée en établissement public à caractère industriel et commercial. Dans ce cas, les règles budgétaires applicables,

conformément aux dispositions de l'article 16 du décret n° 85-891 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, seront celles établies pour les collectivités territoriales. La subvention d'équilibre qu'un Conseil général peut accorder à sa régie de transport s'inscrit ainsi dans le dispositif du Code général des collectivités territoriales. Elle doit faire l'objet d'une délibération du Conseil général concerné, soumise au contrôle de légalité. En outre, l'article 17 du décret précité précise que la comptabilité d'une régie de transport est tenue conformément au plan comptable applicable à la matière, arrêté par instruction conjointe du ministre chargé des finances, du ministre chargé des transports et du ministre chargé des collectivités locales, et soumise aux règles de la comptabilité publique.

L'une des conséquences significatives des règles financières susdécrites est que les régies de transports, qu'elles soient ou non érigées en établissements publics, ont des budgets qui doivent obligatoirement être en équilibre, ce qui contraint les collectivités départementales à leur attribuer, en cas de déficit, une subvention d'équilibre dont la nature est fondamentalement différente de celle des subventions éventuellement accordées aux autres exploitants de lignes régulières ; ceux-ci, en effet, ne peuvent bénéficier que de subventions qui constituent la stricte compensation des charges de service public imposées par l'autorité organisatrice. Au contraire, le droit à une subvention d'équilibre, apportée sans contrepartie et non affectée, donne aux régies une grande latitude pour fixer leurs prix ou leurs conditions d'intervention sans mettre leur situation financière en péril.

Par ailleurs, l'objet d'une régie de transport, tel que défini par l'article 12 du même décret, est " d'exploiter des services de transports publics de personnes et, à titre accessoire, toutes activités de transport ou connexes à celui-ci, effectuées à la demande ou avec l'accord de l'autorité organisatrice ". En conséquence, s'il est permis à une régie de transport d'assurer des services qui excèdent la mission de service public qui peut lui être déléguée par une autorité organisatrice de transport, ces services sont limités aux activités de transport ou liés à ces activités. Ils doivent également être expressément prévus par les statuts de la régie.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les régies de transports se trouvent dans des conditions d'exploitation différentes de celles des transporteurs privés mais qu'elles peuvent se trouver en concurrence avec ceux-ci, soit pour l'attribution de marchés privés, soit pour l'attribution de lignes dans le cadre d'appels à la concurrence organisés en vue d'un marché public ou d'une délégation de service public, alors même que, par ailleurs, certains services de transport de voyageurs leur auront été attribués directement par une autorité organisatrice sans mise en concurrence.

Cette différence de situation ne constitue pas en soi une atteinte au droit de la concurrence. En effet, ainsi que le Conseil de la concurrence l'a déjà souligné, notamment dans son avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat, concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De tels avantages peuvent faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, limitant les perspectives de progression des autres opérateurs sur ce marché, quel que soit par ailleurs le niveau de leurs performances.

La Chambre syndicale saisissante fait valoir que l'aide financière accordée à une régie par un Conseil général conduit " *potentiellement à des distorsions de concurrence* ", notamment lorsque le département, en tant qu'autorité organisatrice des transports de voyageurs, concède à cette régie de transport, en dehors de toute mise en concurrence, l'exploitation de lignes de transports publics, lorsqu'une régie se livre à une diversification de ses activités sur des marchés concurrentiels et enfin lorsque, dans le cadre d'une mise en concurrence, un département attribue à une régie sur la base d'une offre de prix inférieure à celles des entreprises privées du secteur, l'exploitation de lignes régulières de transports publics de voyageurs. Chacune de ces situations doit être examinée séparément.

2. L'attribution directe de lignes par un département à sa régie

Le législateur, qui a voulu confier aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, l'organisation des services de transports routiers non urbains de personnes, réguliers ou à la demande, a lui-même organisé l'exercice de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées. Il a, en effet, laissé l'autorité organisatrice libre d'assurer elle-même l'exploitation de ses transports ou de la confier à une entreprise publique ou privée ayant passé avec elle une convention à durée déterminée ; il résulte donc de la loi elle-même que le département peut cumuler les fonctions d'autorité organisatrice et, s'il le souhaite, d'exploitant de services de transports.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, le choix entre l'exploitation directe et le recours à un exploitant extérieur est discrétionnaire et n'a à être précédé d'aucune mise en concurrence susceptible de démontrer, par exemple, que le recours à la régie directe serait la solution la moins onéreuse. Dans ces conditions, et dès lors que le service que le département se rend à lui-même ne fait pas l'objet d'une offre et d'une demande qui se rencontreraient sur un marché, la décision d'attribuer des services à la régie n'est pas susceptible d'être critiquée au regard des exigences du droit de la concurrence.

3. Les activités de diversification développées par les régies de transports

Le versement par une collectivité publique d'une subvention d'équilibre, soit à un budget annexe retraçant les activités d'une régie, soit à un établissement public, ne peut être considéré, en lui-même, comme contraire aux principes de la concurrence, dès lors que cette subvention contribue à financer une mission de service public qui incombe à cette collectivité.

En revanche, si le versement d'une telle subvention contribuait directement ou indirectement à équilibrer la gestion d'activités exercées sur des marchés concurrentiels, il pourrait être anticoncurrentiel s'il était démontré qu'il résulte d'une entente au sens de l'article 7 ou constitue un abus de position dominante au sens de l'article 8 de l'ordonnance.

L'utilisation d'une subvention d'équilibre pour financer des activités commerciales de manière à pratiquer des prix bas peut défavoriser des concurrents. Toutefois, une telle pratique ne pourra être appréhendée que s'il peut être démontré qu'elle est constitutive d'un abus de position dominante. Dans cette hypothèse, il faut que soit établi que la régie occupe une position dominante sur un ou des marchés, que les prix bas qui seraient pratiqués sur le marché des transports privés seraient rendus possibles par cette position dominante

et, enfin, que le prix soit prédateur, c'est-à-dire susceptible d'empêcher l'accès des concurrents au marché ou de les en exclure.

La pratique consistant pour une entreprise à accepter délibérément de supporter des pertes d'exploitation durables afin d'éliminer des concurrents et afin de bénéficier, ensuite, d'un pouvoir de marché lui permettant de fixer ses prix au dessus du niveau d'équilibre concurrentiel a été condamnée tant par la Cour de justice des Communautés européennes que par le Conseil de la concurrence en application des dispositions concernant la répression des abus de position dominante et des ententes anticoncurrentielles.

Dans l'affaire Akzo/Commission (C-62/86), la Cour de justice a précisé deux situations dans lesquelles la concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime en application de l'article 86 du traité de Rome :

" - des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites) et, une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite ;

par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent en effet, écarter du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ".

Une telle pratique, si elle était mise en œuvre par une régie de transport en situation de position dominante ou dans le cadre d'une entente anticoncurrentielle, pourrait aussi être éventuellement qualifiable au titre des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Par ailleurs, l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 précitée, prohibe " les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ... ".

Toutefois, le Conseil de la concurrence, saisi de pratiques de prix abusivement bas mis en œuvre par la régie des Voies Ferrées du Dauphiné a, dans sa décision n° 96-PB-01 du 27 novembre 1996, considéré que les offres de prix formulées par cette régie dans le cadre d'un marché lancé par le Commissariat à l'énergie atomique, dans la mesure où elles concernaient des transactions interentreprises, n'étaient pas visées par les dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui prohibe les seules offres ou pratiques de prix de vente aux consommateurs.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1998 rendu sur le recours formé contre la décision n° 97-PB-02 du Conseil de la concurrence, a précisé que l'article 10-1 ne pouvait pas s'appliquer à l'occasion de la passation des marchés publics au motif que : *" Le code des marchés publics fait obligation aux personnes responsables de la passation des marchés, lorsque le prix proposé leur paraît anormalement bas, de demander, avant de rejeter l'offre, des explications sur sa composition et de vérifier cette composition au vu des explications fournies "* et que : *" cette exigence qui pèse sur l'autorité dont émane l'offre, suppose une compétence technique dans le domaine où elle intervient présumée par la loi, qui est incompatible avec la notion de " consommateurs " au sens de l'article 10-1 de l'ordonnance susvisée ... "*

L'article 10-1 de l'ordonnance précitée pourrait néanmoins s'appliquer aux contrats de transport que passe une régie, lorsqu'elle offre directement ses prestations à des particuliers.

4. L'attribution de lignes à une régie à la suite d'un appel à la concurrence

Il arrive, en premier lieu, qu'une régie de transport réponde à un appel à la concurrence organisé par le département dont elle procède, en vue d'affecter à une entreprise une ou plusieurs lignes régulières. Il est possible, dans une telle situation, que la régie utilise la souplesse que lui donne la possibilité de bénéficier d'une subvention d'équilibre pour proposer des conditions plus avantageuses que celles de ses concurrents. Certes, il peut apparaître indifférent pour le département, considéré comme demandeur sur le marché créé par l'appel à la concurrence qu'il a organisé, que sa dépense prenne la forme du prix plus élevé exigé par les concurrents privés ou de la subvention d'équilibre requise du fait du prix bas proposé par la régie.

Cependant, si l'appel à la concurrence est motivé par le souci qu'aurait l'autorité organisatrice de choisir la solution la plus efficiente au plan économique, deux problèmes se posent. Si un concurrent privé supporte des coûts plus bas que la régie mais que celle-ci l'emporte parce qu'elle a proposé un prix inférieur à ses coûts, ce qui est rendu possible par la subvention d'équilibre, le département, dès lors qu'il aura choisi la régie, aura en fait retenu la solution pour lui la plus coûteuse. Il en va de même si, dans le cas d'une ligne déficitaire, la régie propose une subvention affectée plus basse que celle demandée par ses concurrents privés mais que, du fait de coûts plus élevés, l'exploitation en régie exigera en réalité qu'à la subvention affectée vienne s'ajouter une quote-part de la subvention d'équilibre.

Dans ces situations, le choix de la régie ne sera pas le plus efficient économiquement pour le département. Toutefois, le droit de la concurrence ne s'oppose pas à ce qu'un demandeur sur un marché privilégie une offre qui n'est pas, pour lui, la plus avantageuse. Les hypothèses précédentes, si elles peuvent poser problème au regard de l'aspiration à une gestion efficiente des deniers publics, n'impliquent donc pas un risque de violation de droit de la concurrence.

En second lieu, il peut arriver qu'une régie réponde à des appels à la concurrence organisés par des collectivités autres que le département qui l'a instituée. Le Conseil est d'avis que, dans une telle situation, et quelles que soient les règles particulières résultant du statut d'établissement public de la régie, le droit de la concurrence s'applique de la même façon aux opérateurs privés et aux régies. Des offres résultant d'une entente ou reposant sur des prix prédateurs rendus possibles par la détention, par ailleurs, d'une position dominante pourraient constituer des pratiques prohibées par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et par l'article 82 (ex-86) du traité de Rome.

En conclusion, le Conseil estime que la présence d'une régie de transport, dépendant directement d'une autorité organisatrice de transport, peut apporter un élément de souplesse dans l'organisation des transports interurbains, notamment lorsque l'offre privée est déficiente, et peut également servir de référence lors de la mise en concurrence pour l'attribution de lignes. Toutefois, cette situation ne peut être favorable à l'exercice de la concurrence qu'à la condition que l'autorité départementale, dès lors qu'elle cumule l'activité de régulateur des transports interurbains et celle d'exploitant, se soumette à des règles de transparence en ce qui concerne tant les conditions d'attribution de lignes à sa régie que la comptabilité afférente à cette activité. Cette transparence, en effet, rendrait possible l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts susceptibles de protéger la régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, ou de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs au sens de l'article 10-1 de l'ordonnance.

A cet égard, dans son avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, le Conseil a affirmé que : " La mise en place d'un système de comptabilité économique fiable et transparent et de comptes généraux séparés est pour la Poste (...) une impérieuse nécessité, dès lors que coexistent en son sein deux types d'activités de nature différente dont l'une d'elles est couverte par un monopole public " .

En conséquence, il convient que les régies de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectée à chacune de celle-ci, en distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par une autorité organisatrice de celles qui entrent en concurrence avec une entreprise privée ; il serait souhaitable, en outre, que les subventions versées par les autorités organisatrices puissent être affectées aux différentes lignes de transport interurbain.

Délibéré, sur le rapport de M. Poyer, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président, M. Rocca et M. Sloan, membres.

Le rapporteur général,

La présidente,

Patrick Hubert

Marie-Dominique Hagelsteen