

Conseil de la concurrence

Avis n° 99-A-16 du 26 octobre 1999

**relatif à une demande d'avis du Conseil général du Nord
sur les procédures de mise en concurrence
relatives à l'attribution de la gestion déléguée
des services de transports interurbains et scolaires**

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 7 juin 1999 sous le numéro A 275 par laquelle le Conseil général du Nord 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 les procédures de mise en concurrence relatives à l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires ;

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,

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

Par lettre enregistrée le 7 juin 1999, le Conseil général du Nord 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 à la procédure mise en place par cette collectivité pour attribuer les contrats de gestion déléguée des services de transports publics interurbains et scolaires. Le Conseil général expose que le département du Nord a engagé une procédure en vue de l'attribution des contrats de gestion déléguée des services de transports publics interurbains et scolaires pour sept lots correspondant à sept " bassins de vie " définis dans une nouvelle approche territoriale de la politique des déplacements. Il précise que cette procédure a été conduite conformément aux dispositions 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. Compte tenu des conséquences économiques et sociales prévisibles d'une nouvelle répartition des services pour une durée de dix ans, le Conseil général indique que le département, sur le fondement de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relatif au progrès économique, a envisagé la possibilité pour le délégataire de subdéléguer, sous certaines conditions, une partie des services dont il serait attributaire à des entreprises autres que celles faisant partie des groupements d'entreprises retenus, mais qui auraient été sélectionnées lors de l'appel à candidatures.

Avant de conclure la procédure qui le liera pour dix ans, le Conseil général souhaite recueillir " l'avis du Conseil de la concurrence sur la légalité du dispositif engagé, au travers de trois points essentiels :

1) la qualification de la procédure : délégation de service public ou marché public ?

2) la régularité de la procédure menée à ce jour ;

3) le risque de qualification d'entente : introduction du mécanisme de subdélégation, suppression du seuil des 10 % de sous-traitance, négociation avec les groupements intéressés ".

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 81 et 82 du traité de Rome.

Par ailleurs, il n'appartient pas 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 conduire à 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.

I. - Les transports interurbains de voyageurs

A. - caractéristiques du secteur

1. 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. La loi d'orientation définit également la réglementation sociale ainsi que les règles de sécurité et de contrôle applicable aux transports. Une partie de ces règles découle de la mise en œuvre de la politique européenne des transports.

2. Un secteur diversifié dominé par un faible nombre de groupes de transports

En dehors de la région parisienne qui bénéficie d'un régime particulier, près de 8 000 exploitants sont inscrits au registre des transports et assurent des services de transports publics non urbains réguliers et/ou scolaires. 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.

En outre, des régies de transports coexistent dans plusieurs départements avec les transporteurs privés. Leur objet, défini par le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, 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.

On recensait en 1995 onze régies départementales de transport 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.

B. - Le département autorité organisatrice des transports interurbains

1. Modalités de l'organisation

Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs(LOTI), *" 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 routiers non urbains de personnes plus particulièrement visés par la présente demande d'avis.

La loi d'orientation des transports intérieurs, qui affirme la notion d'autorité organisatrice, a fixé la responsabilité de chaque niveau de collectivité pour l'ensemble des transports intérieurs. Le principe est que les services réguliers et les services à la demande sont organisés par le département, à l'exclusion des liaisons d'intérêt régional ou national, et qu'ils sont assurés par le département ou par les entreprises publiques ou privées qui ont passé avec lui une convention à durée déterminée. Ces services sont inscrits au plan départemental.

Le décret n° 85-891 du 16 août 1985 précité, 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 : *" à 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 "*.

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 réguliers et les services à la demande. Le décret du 16 août 1985 précité 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 comme étant *" 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 "*.

Par ailleurs, le décret n° 84-323 du 3 mai 1984 officialise le transfert de compétence aux départements en matière de transports scolaires. 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 susvisé.

2. Financement et tarification

Les contrats passés par les départements avec les entreprises de transport, en particulier ceux concernant les transports scolaires, font largement appel au financement public. Ils répondent notamment à des objectifs d'aménagement du territoire (desserte de zones non

rentables), des objectifs sociaux (tarification adaptée, voire gratuité pour des publics spécifiques, jeunes, personnes âgées, familles...), des demandes spécifiques d'organisation des transports.

En ce qui concerne le transport scolaire, la participation demandée aux familles est toujours faible, de l'ordre de 15 à 20 % du coût du transport. Il convient toutefois de souligner que le transport scolaire peut être associé aux lignes régulières.

La base du financement consacré par les départements aux transports scolaires est le transfert des crédits que l'Etat y consacrait avant la décentralisation et qui sont maintenant compris dans la dotation générale de décentralisation. Pour 1996, le coût total du transport des élèves s'élevait à 7,7 milliards de francs. Sur ce total, les départements en finançaient 6,8 milliards, soit 90 % dont 4,5 milliards provenaient de la dotation générale de décentralisation. Outre cette dotation, l'Etat peut également apporter des subventions dans le cadre de sa politique d'aide aux transports collectifs de province, notamment pour le renouvellement et la modernisation du parc, la construction de gares routières ainsi que les points d'arrêts et abribus.

L'article 7, paragraphe III, de la LOTI dispose que la tarification des transports publics réguliers de personnes est définie par l'autorité compétente qui, sous réserve des pouvoirs généraux des autorités de l'Etat en matière de prix, fixe ou homologue les tarifs. En dehors des tarifs scolaires qui sont fixés par le département, ce dernier, dans la plupart des cas, ne fait qu'homologuer les tarifs des transporteurs. Toutefois, le département est de plus en plus impliqué dans la recherche d'une harmonisation tarifaire, notamment entre réseaux urbains et interurbains et entre lignes routières et ferroviaires.

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.

II. - Les modalités d'exécution du service public des transports routiers de voyageurs

Comme il a été exposé en introduction, le Conseil de la concurrence n'a pas compétence pour 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 81 et 82 du traité de Rome. Au cas d'espèce, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la qualification de la procédure choisie par le Conseil général ni sur la régularité de cette procédure, une telle appréciation relevant de la compétence de la juridiction administrative.

Sur cette question de la qualification et de la régularité de la procédure, l'apport du présent avis se limite en conséquence à rappeler le dispositif juridique et la jurisprudence tant au plan national que communautaire.

A. - Le service public des transports routiers de voyageurs

L'article 7, paragraphe II, de la loi d'orientation fixe 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 parties 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 d'exécuter le service public de transport en régie sous forme de service public industriel et commercial, soit de passer une convention avec une entreprise publique ou privée.

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.

B. - La distinction entre délégation de service public et marché public

1. En droit national

Les délégations de service public ne sont pas définies par un texte, mais la notion est présente dans la loi du 29 janvier 1993 précitée. Plusieurs types de délégation de service public sont reconnus :

- la concession où le délégataire paie l'investissement, exploite à ses risques et périls et se rémunère sur l'utilisateur,
- l'affermage où l'investissement est réalisé par la collectivité publique, le délégataire se chargeant de l'exploitation et étant rémunéré par l'utilisateur,
- la régie intéressée où la collectivité publique se charge de l'exploitation et où le délégataire rémunère les personnels affectés au service, encaisse les recettes, les reverse à la collectivité en contrepartie d'une rémunération accordée par cette dernière,
- la gérance où le délégataire gère le service pour le compte de la collectivité.

Constatant, d'une part, que les secteurs d'activité donnant lieu à délégation étaient souvent dominés par des entreprises suffisamment puissantes pour imposer à la collectivité concédante des contrats déséquilibrés et, d'autre part, que la totale liberté de choix du délégataire était de nature à faciliter le détournement de l'argent public, le législateur a souhaité encadrer la passation de ces contrats.

La loi du 29 janvier 1993 précitée a ainsi prévu pour les délégations de service public une procédure de mise en concurrence. Aux termes de l'article 38 *" les délégations de service publiques des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes ... La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire "*.

Dans la pratique se pose souvent la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une délégation de service public soumise à cette loi ou en présence d'un marché soumis au code des marchés publics. Le choix, en fait, appartient à la collectivité publique concernée, sous réserve du contrôle de légalité.

Le Conseil d'Etat a précisé les critères permettant de distinguer les contrats relevant du code des marchés publics et ceux relevant des délégations de service public.

Dans un arrêt du 15 avril 1996, *" préfet des Bouches-du-Rhône "*, la Haute Assemblée a indiqué que : *" les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 (...) ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation "*.

S'appuyant sur cette décision, le Conseil d'Etat, dans un avis d'assemblée du 27 juin 1996, a confirmé que : *" les conventions passées entre les autorités compétentes et les entreprises de transports, pour l'exécution du service public des transports scolaires ou périscolaires (...) ne présentent le caractère de délégation de service public soumise aux dispositions susmentionnées de la loi du 29 janvier 1993, que dans les cas où la rémunération du cocontractant est, soit par la perception des contributions versées par les usagers, soit d'une autre manière, substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation "*.

Dans un arrêt du 7 juin 1999, le Conseil d'Etat a précisé que, dans une espèce où la rémunération prévue pour le cocontractant était composée, d'une part, d'un prix payé par le Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais et, d'autre part, d'une partie variable provenant des recettes d'exploitation pour un montant d'environ 30 % de l'ensemble des recettes, cette rémunération était substantiellement assurée par le résultat d'exploitation du service et que dès lors *" le contrat envisagé devait être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public "* (arrêt n° 198147 du 7 juin 1999 Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais).

La majorité des conventions passées en matière de transports routiers réguliers prévoient 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 :

Types de contrats	Pourcentages 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

2. Dispositions communautaires

Les concessions et les autres formes analogues de partenariat public-privé ne font pas l'objet d'un traitement spécifique dans le traité de Rome, mais elles apparaissent dans des directives ou dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

La directive 93/37 portant coordination des procédures de marchés publics de travaux définit, au d) de son article 1^{er}, la concession de travaux comme " *un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ". La directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et la directive 93/38 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ne contiennent aucune définition de la notion de concession de service. Toutefois, les concessions, qu'elles soient de travaux ou de services, présentent fondamentalement les mêmes caractéristiques. Aussi apparaît-il légitime d'étendre les principes dégagés pour la concession de travaux aux concessions de service, à l'instar de la Commission, et de s'inspirer de son projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics.

Même si la Cour de Justice, dans son arrêt rendu le 10 novembre 1998 dans l'affaire Gemeente Arnhem/BFI BV, n'a pas pris position sur la définition de la concession, l'avocat général, M^e La Pergola, a, dans ses conclusions, rappelé qu'en droit communautaire, en l'absence de définition spécifique ayant une valeur normative, la distinction entre marchés et concessions de services se fonde sur un ensemble de critères. Pour conclure à l'existence d'une concession, il faut notamment que le bénéficiaire du service soit un tiers étranger au rapport contractuel, que le service revête un intérêt général et que la rémunération soit en tout ou en partie tirée de la prestation de services que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires.

Dans son livre vert sur les marchés publics dans l'Union Européenne adopté le 27 novembre 1996, la Commission affirmait : " *les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les dispositions des traités CE, en particulier les règles régissant la libre circulation des biens et services, ainsi que les principes fondamentaux que sont la non discrimination, l'égalité de traitement, la transparence et la reconnaissance mutuelle* ". Elle ajoutait, dans une perspective future et en vue de renforcer l'ouverture à la concurrence, qu'il " *pourrait être envisagé des règles relatives à des formes de mise en concurrence pour l'attribution des droits exclusifs de prestations des services publics à travers un système de concessions. L'introduction de telles règles aurait pour objectif, tout en préservant la possibilité de recours à l'octroi de droits exclusifs lorsque ceux-ci sont nécessaires pour le maintien d'un service d'intérêt économique général, de faciliter l'accès aux marchés des services publics de nouveaux opérateurs publics ou privés, ainsi que d'introduire chez les opérateurs existants une dynamique d'entreprise plus proche des demandes des usagers* ".

Dans son projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics, la Commission souligne que le traité de Rome " *ne restreint pas la liberté d'un Etat membre d'avoir recours à la concession et aux autres formes analogues de partenariat public-privé pour autant que les modalités d'octroi soient compatibles avec le droit communautaire* ". Les principes dégagés par la Cour de Justice sont notamment ceux de non discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité. Pour la Commission, le principe d'égalité de traitement " *exige non seulement la fixation de conditions d'accès non discriminatoires à une activité économique, mais également que les autorités publiques prennent toutes les mesures susceptibles d'assurer l'exercice de cette activité* ".

III. - Les conditions de l'exercice de la concurrence

Il a été précisé dans l'introduction au présent avis qu'en application de la procédure prévue par l'article 5 de l'ordonnance, le Conseil ne peut se prononcer sur un cas particulier et, en tout état de cause, ne peut qualifier une pratique. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions posées lorsqu'elles présentent un caractère de généralité et qu'elles mettent en cause des principes de concurrence. C'est dans cet esprit que seront examinées les différentes questions du Conseil général du Nord, en se limitant à celles qui

concernent les principes de mise en concurrence dans le cadre des délégations de service public ou des marchés publics passés par les collectivités publiques en général.

Sur la distinction entre délégation de service public et marché public du point de vue du droit de la concurrence :

Il convient tout d'abord de rappeler qu'aux termes de son article 53, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégation de service public.

L'article 84 du traité de Rome prévoit, quant à lui, en son alinéa 1 que : *" les Etats membres en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus "* et en son alinéa 2 que : *" les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole, sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté "*.

Il ressort donc de l'ensemble de ce qui précède que les collectivités publiques ont l'obligation de se conformer à ces dispositions et de ne pas favoriser l'exercice de telles pratiques par les entreprises auxquelles elles font appel, quelle que soit la qualification juridique de la procédure retenue, délégation de service public ou marché public. Il leur appartient, certes, de choisir le type de procédure qu'elles souhaitent retenir, mais, après avoir opté pour l'une d'elles, elles ont pour obligation d'observer les règles qui lui sont applicables.

Il convient toutefois de rappeler la position de la Commission de l'Union Européenne, qui reconnaît une certaine spécificité aux concessions et autres formes de partenariat public-privé, mais pose, notamment dans son projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics, publié au Journal officiel des Communautés européennes C 94/4 du 7 avril 1999, la question de savoir dans quelle mesure les dispositions concernant les passations de marchés publics sont applicables à ces contrats. La Commission est d'avis que, même si la directive n° 93/38/CEE relative aux marchés passés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des communications, ne contient de règles spécifiques, ni sur les concessions de travaux, ni sur les concessions de services, il est possible pour examiner les concessions au regard de la concurrence de s'inspirer des dispositions contenues dans cette directive ainsi que de celles concernant les procédures de passation des marchés publics de services.

Sur la sous-traitance ou subdélégation au regard des règles de concurrence :

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance définit ce procédé comme *" l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître d'ouvrage "*. L'article 3 de la même loi précise *" l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande "*.

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique, le Conseil a rappelé que : *" les concertations entre entreprises en vue d'établir des liens de sous-traitance ou de co-traitance ne sont prohibées en elles-mêmes, ni en droit communautaire, ni en droit interne "* et a admis que : *" sous-traitance et co-traitance peuvent contribuer à l'efficacité économique, et donc être recherchées par le maître d'ouvrage "*.

Le Conseil a également constaté que les concertations et échanges d'informations entre entreprises qui se prévalaient de projets de sous-traitance non aboutis avaient parfois en réalité une fin anticoncurrentielle et que la sous-traitance pouvait constituer un moyen de mettre en oeuvre une entente préalable de répartition d'ensembles de marchés dans un secteur donné. Ainsi, dans sa décision n° 97-D-11 du 25 février 1997 relative aux pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine, le Conseil a considéré que *" lorsque plusieurs entreprises ont étudié la possibilité d'établir entre elles des liens de donneur d'ordre à sous-traitant à l'occasion d'un marché et qu'elles présentent ensuite des offres distinctes en s'abstenant de mentionner le fait qu'elles ont échangé des informations, de telles pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans la mesure où elles faussent le jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des opérateurs dans leurs décisions et en tentant d'induire ou en induisant en erreur le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de ses choix "*.

Les délégations de service public, à la différence des marchés publics, ne sont pas directement visées par la loi sur la sous-traitance. La loi n° 93-1222 du 29 janvier 1993, dans ses dispositions relatives aux délégations de service public, est muette sur les subdélégations. Il n'en reste pas moins que les règles de concurrence doivent trouver à s'appliquer dans ce domaine. En particulier, la subdélégation ne doit pas être un moyen de faire échec à la concurrence en réintroduisant dans le marché des entreprises qui en ont été écartées. La meilleure façon d'éviter que la subdélégation ne soit utilisée pour contourner les règles de concurrence serait, d'une part, d'obliger de porter à la connaissance et à l'approbation de l'autorité délégante les sous-traitants des délégataires et, d'autre part, d'exiger de ces derniers que le choix des sous-traitants fasse l'objet d'une mise en concurrence. La directive 93/38 du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, peut, selon la Commission de l'Union Européenne, servir de référence. Elle prévoit l'obligation d'une mise en concurrence pour les marchés des secteurs concernés et est applicable, selon son article 2, aux entités adjudicatrices qui exercent parmi leurs activités l'une des activités visées au paragraphe II, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs. Les transports interurbains de voyageurs entrent dans le champ d'application de cette directive. La mise en concurrence du choix des subdélégataires par l'entreprise ou le groupement bénéficiaire de la délégation de service public constituerait incontestablement un principe de précaution utile pour l'autorité délégante.

Sur les groupements d'entreprises :

A de nombreuses reprises, le Conseil de la concurrence a été conduit à examiner le comportement de groupements d'entreprises dans le cadre de marchés publics ou privés. La jurisprudence du Conseil en la matière est constante : la réunion d'entreprises indépendantes au sein d'un groupement d'intérêt économique, d'une association ou d'une société, ne constitue pas en soi une pratique prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou l'article 81 du traité de Rome. Elle peut même être favorable à l'exercice de la concurrence dans la mesure où elle permet à des petites entreprises de participer à une consultation et d'accroître ainsi le nombre des offreurs.

C'est sur la base de ce principe que, dans sa décision 99-D-16 du 24 février 1999, le Conseil a déclaré irrecevable une saisine qui se bornait à dénoncer la création d'un groupement d'entreprises de transports sanitaires pour répondre à un appel d'offres lancé par le centre hospitalier de Verdun. Il avait, préalablement, vérifié que le groupement en cause ne constituait pas l'unique moyen d'accéder au marché et qu'il ne disposait pas d'une position dominante.

Toutefois dans certains cas, le regroupement peut présenter un caractère anticoncurrentiel. Cette appréciation du caractère anticoncurrentiel ne pouvant être effectuée qu'au cas par cas en fonction des éléments d'espèce, il n'est pas possible d'établir une typologie a priori des groupements fondée sur leur caractère licite ou illicite au regard de l'article 7 de l'ordonnance.

Dans le cadre du présent avis, le Conseil se limitera, en conséquence, à rappeler quelques cas dans lesquels il a été conduit à sanctionner des groupements.

Dans sa décision n° 96-D-01 du 9 janvier 1996 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transport sanitaire d'Indre-et-Loire lors de la passation de marchés avec le centre hospitalier universitaire de Tours, le Conseil a fait valoir que : "*le Groupement départemental des ambulanciers agréés d'Indre-et-Loire doit être considéré comme ayant organisé entre ses membres une entente de prix et de répartition du marché des transports pour consultation au centre hospitalier des malades séjournant en maisons de repos et de convalescence localisées dans le ressort du centre hospitalier universitaire de Tours*".

Dans sa décision 96-D-68 du 6 novembre 1996 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transports sanitaires lors de la passation d'un marché avec le centre hospitalier régional de Metz-Thionville, le Conseil a sanctionné deux associations regroupant des entreprises de transports sanitaires qui avaient conclu une entente de prix et de répartition de marché.

Le Conseil a également condamné dans sa décision n° 98-D-55 en date du 9 septembre 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire de handicapés dans les Alpes-Maritimes, les regroupements d'offres réalisés sous l'égide d'une organisation syndicale et a considéré que : "*les exploitants de taxis dont l'offre a été regroupée ont renoncé à présenter des propositions de prix calculées de façon indépendante et adhéré au tarif établi en leur nom par leurs organisations professionnelles*".

Par ailleurs, dans sa décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998 relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy, le Conseil a considéré que le fait d'introduire dans un groupement une société qui avait dans un premier temps déposé une offre distincte, constituait une concertation prohibée dans la mesure où elle avait eu pour effet de restreindre la concurrence en limitant le nombre d'offres indépendantes. Le Conseil est d'avis qu'un effet similaire pourrait

également découler de la participation de l'ensemble des entreprises retenues par un maître d'ouvrage ou une autorité délégante à un ou plusieurs groupements.

S'agissant d'une éventuelle exemption de l'application de l'article 7 au titre d'un bilan économique favorable,

Dans sa demande le Conseil général du Nord explique que le principe d'une subdélégation a été envisagé sur le fondement de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relatif au progrès économique.

Selon les dispositions du 2 de l'article 10 de l'ordonnance, les pratiques d'ententes peuvent être exemptées lorsque *" les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause... Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès "*.

Le Conseil, qui s'en tient à une interprétation stricte de ces dispositions, considère que le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être démontré que le progrès est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies et qu'une partie équitable du profit qui en résulte est réservée aux utilisateurs. La preuve doit également être rapportée que ce progrès est suffisamment important pour compenser les atteintes à la concurrence observées.

L'application du 2 de l'article 10 ne peut, en conséquence, être étudiée que dans le cadre d'une procédure contentieuse. Elle suppose l'examen de la situation de chaque espèce et ne saurait donner lieu à une position de principe du Conseil. Dans le cadre du présent avis, le Conseil ne peut que rappeler la position qu'il a adoptée dans des dossiers dans lesquels le moyen de l'application du 2 de l'article 10 avait été soulevé. A titre d'exemple, il a écarté dans sa décision n° 98-D-55 l'argumentation développée par la Fédération départementale des taxis des Alpes-Maritimes, qui soutenait que la concertation qu'elle avait mise en place pour répondre à l'appel d'offres pour le transport des élèves handicapés avait permis grâce à une " organisation de l'offre " une meilleure gestion des transports et in fine une amélioration du service rendu. Il a, notamment, observé que la prétendue économie de gestion procurée au département ne constituerait pas une contribution au progrès économique de nature à justifier les surcoûts résultant pour la collectivité publique de la fixation à un prix artificiellement élevé des courses effectuées par les adhérents des organisations professionnelles impliquées dans la concertation anticoncurrentielle constatée.

En définitive, l'efficacité des procédures au regard de la concurrence, tant en matière d'achat ou de prestations de services qu'en matière de recherche d'un délégataire, dépend de la manière dont ces procédures sont conçues et mises en oeuvre. Elle dépend également du nombre de soumissionnaires réellement indépendants. Plus le nombre de concurrents est élevé et plus les risques d'ententes horizontales sont faibles et plus les entreprises puissantes peuvent être empêchées d'abuser de leur pouvoir de marché. Les pratiques anticoncurrentielles sont également favorisées par l'existence de barrières à l'entrée sur le marché. Il est donc souhaitable que le maître d'ouvrage ne réduise pas artificiellement le nombre de candidats potentiels par des exigences inutiles ou excessives.

Délibéré, sur le rapport de M. Poyer, par M. Cortesse, vice-président, M. Bidaud, Mmes Mader-Saussaye, Perrot, MM. Piot, Sloan, membres.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

Le vice-président,
présidant la séance,

Pierre Cortesse