

Concession de travaux et droit de la concurrence : implications de la libre négociation.

-----

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 janvier 2002 (BOCCRF, 27 mars 2002, p. 203) rejette le recours formé par le ministre de l'économie contre une décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-16 du 24 avril 2001 relative à des pratiques relevées à l'occasion de la construction du tramway de Grenoble (BOCCRF, n° 8 du 24 mai 2001). Il présente l'intérêt de statuer sur des griefs d'entente en matière de concessions, ce qui est, jusqu'à présent, resté exceptionnel.

Le Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération grenobloise (SMTC) a concédé en 1988 la réalisation de la ligne B du tramway de Grenoble à la société SATURG, constituée par quatorze sociétés appartenant au secteur des bâtiments et travaux publics, à celui des travaux d'équipements industriels et des bureaux d'études et d'ingénierie.

L'exploitation est assurée par la SEMITAG, dont le capital est détenu à 65 % par le SMTC, dans le cadre d'une convention d'affermage signée avec le syndicat.

Satisfait du résultat, le SMTC a prévu en 1990 d'attribuer à SATURG l'extension du réseau. Pour s'y préparer, les entreprises membres de SATURG ont conclu en 1990 un protocole d'accord qui répartit les interventions entre elles. En 1992, la concession a été attribuée à SATURG, dont les membres ont constitué une nouvelle société, SATURG 2000, à qui le contrat a été transféré. Puis, SATURG 2000 a confié les travaux à des groupements constitués parmi ses membres.

Le ministre a saisi le Conseil de la concurrence au motif que les entreprises auraient, de la sorte, conclu des ententes de répartition.

Le Conseil de la concurrence a considéré que les pratiques anticoncurrentielles n'étaient pas établies, ce que confirme la Cour d'appel, sur recours du ministre.

La Cour d'appel commence par rappeler, ce qui est aujourd'hui tout à fait clair, que

*« s'il est exact que la décision par laquelle une collectivité publique décide de recourir à une concession pour la réalisation d'un équipement collectif et choisit les entreprises auxquelles elle confie cette concession n'est pas un acte de production, de distribution ou de services relevant de la compétence du Conseil de la concurrence, des concertations entre entreprises en vue de répondre à une demande d'un maître d'ouvrage relative à la réalisation de travaux peuvent constituer des pratiques détachables de la décision administrative d'attribution et sont susceptibles de tomber sous le coup des dispositions du livre IV du code de commerce ».*

Le Conseil de la concurrence était donc compétent. Mais, comme l'a décidé le Conseil, il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure.

Selon le ministre, les entreprises avaient conclu et maintenu au-delà de la période prescrite, une répartition du marché qui aurait privé le SMTC de sa capacité de choix et entraîné, par la suite, le maintien de prix élevés. La Cour d'appel rejette cette qualification en posant en quelque sorte une présomption de légitimité des accords :

*« considérant en droit, que le contrat de concession est un contrat de gré à gré, librement négocié par la collectivité publique avec la personne physique ou morale de son choix ; que, dès lors, l'engagement de pourparlers entre la collectivité publique concédant et un groupement de sociétés pressenti pour être concessionnaire de même que les réunions entre les entreprises membres du groupement afin de préparer une offre destinée à la collectivité publique ne constituent pas en elles-mêmes des ententes anticoncurrentielles, en l'absence d'éléments de preuve établissant que ces sociétés se sont regroupées pour porter atteinte à la concurrence ».*

En l'espèce, il est jugé que les sociétés ne se sont pas regroupées pour porter atteinte à la concurrence et cela pour deux raisons :

- c'est le SMTC qui a demandé aux entreprises dont il avait apprécié la compétence de présenter des offres ensemble pour l'extension ;
- le SMTC avait la possibilité de solliciter des propositions alternatives, et, notamment, de lancer des appels d'offres portant sur les travaux et les équipements nécessaires à la réalisation de ses projets.

Bien que les faits remontent à une époque antérieure à la loi du 29 janvier 1993, la solution présente un intérêt actuel, dès lors que, ainsi que l'a relevé la décision du Conseil de la concurrence, qui faisait l'objet du recours :

*« le contrat de concession, qui se définit comme le contrat par lequel une personne physique ou morale s'engage à construire et à exploiter un ouvrage en contrepartie d'une rémunération substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service, est, à la différence du marché de travaux publics, un contrat conclu de gré à gré, librement négocié par la collectivité publique avec la personne physique ou morale de son choix ; qu'avant l'intervention de la loi du 29 janvier 1993, la procédure d'attribution d'un tel contrat n'était soumise à aucune publicité préalable ; que, si, depuis cette loi, elle y est soumise, les offres demeurent néanmoins librement négociées de gré à gré avec les entreprises ».*

Il convient, toutefois, de circonscrire la portée de l'arrêt commenté en tenant compte des règles de procédure posées par la loi du 29 janvier 1993 et les articles L.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. fen

effet, si la libre négociation avec les candidats est prévue par la loi, ce n'est qu'après une procédure formelle de sélection des candidats, qui doit respecter le principe d'égalité, ce qui ne laisse que peu d'espace aux pratiques admises au regard du droit de la concurrence .