

**SERVICE PUBLIC – Gestion déléguée – Mise en concurrence périodique – Transports urbains de voyageurs – Entente entre opérateurs.**

COUR DE CASSATION (Ch. Com.) 9 octobre 2007  
Véolia Transport contre **Ministre de l'Economie et des Finances et a.**

(extraits)

Mais attendu qu'ayant constaté, par motifs propres et adoptés, un faisceau de sept indices graves, précis et concordants dont elle a souverainement apprécié la force probante et dont elle a déduit que la société Connex, la société Kéolis et la société Transdev s'étaient concertées deux par deux, de manière bilatérale, pour coordonner leurs comportements dans le cadre des procédures de délégation de service public auxquelles les collectivités publiques avaient recouru pour attribuer certains marchés du transport public urbain de voyageurs, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer les diverses recherches évoquées par le moyen que ses constatations rendaient inopérantes, a caractérisé l'existence d'une entente ayant pour objet de se répartir les marchés concernés ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; (...)

Mais attendu que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que les dirigeants des sociétés Connex et Kéolis se sont rencontrés à six reprises, en 1996 et 1997, pour échanger des informations sur vingt-deux marchés de transport urbain, répartis sur l'ensemble du territoire national, et définir ensemble, de manière centralisée, leur politique commune de soumission à l'égard de ces marchés lors du renouvellement des conventions de délégation de service public concernant ; qu'en l'état de ces constatations et de ces appréciations, de nature à caractériser la participation de la société Connex à une entente au niveau national, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ; (...)

Vu l'article L. 420-1 du Code de commerce et l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne ;

Attendu que pour retenir la participation de la société Connex à une entente à trois, tant avec la société Kéolis qu'avec la société Transdev, l'arrêt relève que la société Kéolis, la plus importante des trois, qui intervenait dans les deux niveaux d'échanges bilatéraux, servait de pivot naturel à l'entente et jouait le rôle d'interface entre ces deux sociétés pour coordonner leur stratégie d'ensemble ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (Anic, 8 juillet 1999, C-49/92P et Aalborg Portland e.a, 7 janvier 2004, C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, C-219/00P), que la participation d'une entreprise à une entente globale, impliquant d'autres entreprises que celles avec laquelle elle s'est directement concertée, n'est établie que s'il est démontré que l'entreprise en cause a entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et qu'elle avait connaissance des comportements matériels envisagés ou mis en œuvre par ces autres participants dans la poursuite des mêmes objectifs ou qu'elle pouvait raisonnablement les prévoir et qu'elle était prête à en accepter le risque, la Cour d'appel, faute d'avoir caractérisé les éléments lui permettant de retenir la participation de l'entreprise en cause à une entente à trois, n'a pas donné de base légale à sa décision (...)

(Mme Garnier, f.f. prés. - Mme Maitrepierre, rapp. - SCP Célice, Blanpain et Soltner, SCP Piwnica et Molinié, M<sup>es</sup> Le Prado, Ricard, av.)

## Note.

L'arrêt reproduit ci-dessus constitue une étape intermédiaire d'une affaire très médiatisée. Le Conseil de la concurrence avait été saisi par les pouvoirs publics d'une présomption d'entente sur la base des art. L 420-1 C. com. et 81 du Traité instituant la communauté européenne. Le code dispose : « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ».

Le Conseil de la concurrence a condamné au maximum des sanctions prévues trois groupes – dont deux à capitaux publics – qui s'étaient répartis le marché des transports urbains de voyageurs ; les conditions de l'entente étaient nettement caractérisées par la décision (1). Les opérateurs se concertaient régulièrement afin de se répartir les appels d'offre des collectivités territoriales, s'interdisant réciproquement de répondre aux sollicitations de celles-ci lorsqu'ils n'étaient pas en place. Cette condamnation a été laconiquement confirmée par l'instance d'appel (2) qui a renvoyé au « *pacte de non agression* », à la « *stratégie d'échange* », à des « *pratiques de concertation au plan national* », au « *cartel stable et pérenne* » (3).

La cassation partielle rapportée ci-dessus ne remet pas en cause l'intérêt de l'analyse des faits. Le Conseil a exposé son raisonnement dans son rapport annuel : « *Dans la décision 05-D-38 , le Conseil a sanctionné trois entreprises de transport pour s'être concertées au niveau national en vue de se répartir le marché national du transport public urbain de voyageurs. Avaient été constatées des rencontres bilatérales entre l'entreprise A et l'entreprise B d'une part, et entre l'entreprise A et l'entreprise C d'autre part. Malgré l'absence de rencontres réunissant les trois entreprises, le Conseil a considéré que l'entente tripartite était démontrée dès lors que, dans ces échanges bilatéraux, l'une des entreprises, la plus importante, servait de pivot de fait à l'entente, et constituait l'interface naturelle entre les deux autres pour coordonner leur stratégie d'ensemble* » (p. 227). La décision de la Cour de cassation juge insuffisamment caractérisée l'entente à trois (le rôle de pivot de l'un des protagonistes), sans remettre en cause la double entente bilatérale.

L'intérêt de cette affaire réside non dans l'entente existant dans certains marchés de ce secteur : elle est connue depuis longtemps (4) mais dans la systématisation de sa mise en œuvre qui porte une atteinte manifeste, certes au bon fonctionnement du marché, mais surtout à l'intérêt général (5).

Cette caractéristique est également présente dans d'autres secteurs. Comme le note Pierre Bauby, « *se développe un processus d'oligopolisation des opérateurs, à la fois dans chaque secteur et au plan multiservices, avec quelques acteurs dominants* » (6). Le phénomène n'est donc pas propre au transport de voyageurs et les déviations doivent servir d'enseignement. Ce dysfonctionnement est inhérent au marché, la tendance des entreprises allant nécessairement à la recherche d'un renforcement de leur position et à l'élimination des concurrents, quelle que soit l'intervention d'un régulateur : quel succès dans le secteur de l'eau ? quels effets dans les travaux publics ? Le marché, même vertébré par un droit de la concurrence, ne permet pas à lui seul un fonctionnement économique efficient c'est-à-dire prenant en compte l'intérêt général (7). L'insuffisance de l'approche purement fonctionnelle, notamment par l'Union européenne mais également par bien des acteurs nationaux, de la gestion des services d'intérêt généraux, au détriment d'une part d'approche organique montre toutes ses limites.

(1) déc. 05-D-38 du 5 juillet 2005, D. 2005 p. 2444 n. E. Chevrier ; disp. sur [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)

(2) CA Paris 7 février 2006, disp. id.

(3) Un dispositif de délation ("whistleblowing") a été admis par le Conseil de la concurrence en tant qu'engagement substantiel de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles (déc. 07-D-21 du 26 juin 2007). Le ridicule ne tue pas.

(4) CA Paris (1<sup>re</sup> ch. H) 30 mars 2004, BOCCRF 2004-06 du 15 juin 2004, confirmant déc. 03-D-46 du 30 septembre 2003 ; CA Paris (1<sup>re</sup> ch. H) 2 juillet 2003, Les Petites Affiches 2003,

n° 178, note P. Arhel, confirmant déc. 02-D-59 du 25 septembre 2002 ; CA Paris (1<sup>re</sup> ch. H) 18 décembre 2001, BOCCRF du 28 février 2002 confirmant déc. 01-D-13 du 19 avril 2001 ; on peut également se reporter au rapport d'avril 2005 de la Cour des comptes consacré aux transports publics urbains qui souligne la concentration du secteur et le renouvellement du "sortant".

(5) v. *supra* Avant-propos de A. Mazières p. 154.

(6) *supra* p. 158 spec. p. 165.

(7) cf. A. Gély p. 180.