III

(Autres actes)

ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN

DÉCISION DÉLÉGUÉE DE L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE

n° 42/19/COL

du 17 juin 2019

visant à exempter l'exploitation des services de transport public par autobus en Norvège de l'application de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil [2019/…]

L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE,

vu l'acte visé au point 4 de l'annexe XVI de l'accord sur l'Espace économique européen relatif aux procédures de passation des marchés publics dans le secteur des services publics [directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ([1])] (ci-après la «directive»), et notamment ses articles 34 et 35,

vu l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice (ci-après l'«accord Surveillance et Cour de justice»), et notamment les articles 1er et 3 de son protocole 1,

après consultation du comité des marchés publics de l'AELE,

considérant ce qui suit:

1. FAITS

(1) Le 27 novembre 2018, à la suite de discussions préalables à la notification, l'Autorité de surveillance AELE (ci-après l'«Autorité») a reçu une demande de Nettbuss AS, devenue Vy Buss AS (ci-après le «demandeur»), au titre de l'article 35, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE (ci-après «la demande») ([2]).

(2) La demande concerne l'exploitation de services de transport public par autobus en Norvège. Les activités de gestion des transports publics exercées, dans la pratique, par les autorités de transport public ne sont pas couvertes par la demande ([3]).

(3) Le demandeur est une «entreprise publique» au sens de la directive, le ministère norvégien des transports et des communications détenant indirectement 100 % de son capital souscrit, par l'intermédiaire du contrôle qu'il exerce sur NSB AS, devenue Vygruppen AS (un groupe de transporteurs dont le demandeur fait partie) ([4]).

(4) Le demandeur exerce l'une des activités couvertes par la directive et est donc une «entité adjudicatrice» au sens de celle-ci.

([1]) JO L 94 du 28.3.2014, p. 243. Intégrée dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte n° 97/2016 (JO L 300 du 16.11.2017, p. 49, et supplément EEE n° 73 du 16.11.2017, p. 53).

([2]) Document n° 1040381.

([3]) Ainsi, par exemple, l'attribution par une municipalité d'un marché pour l'exploitation de services d'autobus à un exploitant d'autobus ne serait pas couverte par la présente demande. En revanche, un marché attribué par cet exploitant à (par exemple) une entreprise de nettoyage qui serait chargée de nettoyer ses autobus ou à une entreprise lui fournissant des autobus relèverait du champ d'application de la demande. Cette distinction a été clarifiée par la CJUE dans l'affaire C-388/17, SJ, EU:C:2019:161, point 53 (voir considérant 31 ci-dessous). Dans la présente décision, l'Autorité se référera à la notion d'«activité» telle que définie par la directive 2014/25/UE.

([4]) Page 3 de la demande.

(5) Conformément à la section 2-9 du règlement norvégien du 12 août 2016 nº 975 relatif à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ([5]), les entités adjudicatrices peuvent présenter des demandes au titre de l'article 35 de la directive.

(6) La demande était accompagnée d'un avis motivé et justifié adopté par l'autorité norvégienne de la concurrence le 29 juin 2018, concluant que le demandeur était directement exposé à la concurrence dans son activité de prestation de services de transport public par autobus et que l'accès au marché pour l'attribution de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus n'était pas limité en Norvège ([6]).

(7) L'Autorité a informé la Norvège de la réception de la demande le 30 novembre 2018 ([7]).

(8) Conformément au point 1 de l'annexe IV de la directive 2014/25/UE, l'Autorité dispose de 130 jours ouvrables pour adopter une décision sur la demande, la date butoir étant fixée au 18 juin 2019 ([8]).

(9) Conformément à la décision déléguée nº 37/19/COL du 23 avril 2019 ([9]), l'Autorité a demandé au comité des marchés publics de l'AELE de rendre son avis conformément à la procédure consultative définie à l'article 2 de la décision nº 3/2012/CP du comité permanent ([10]).

(10) Le 22 mai 2019, le comité des marchés publics de l'AELE a rendu un avis favorable à l'unanimité sur le projet de décision de l'Autorité selon la procédure écrite ([11]).

2. **CADRE JURIDIQUE**

(11) La directive s'applique, entre autres, à la passation de marchés pour la poursuite d'activités visant la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant un service au public dans le domaine du transport par autobus ([12]).

(12) Conformément à l'article 11, deuxième alinéa, de la directive, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service.

(13) Dans l'arrêt SJ ([13]), interprétant l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil ([14]) (dont la formulation est identique à celle de l'article 11 de la directive) dans le contexte des réseaux ferroviaires, la Cour de justice a indiqué qu'«…il y a lieu de considérer que l'activité visant l'"exploitation de réseaux" fait référence à l'exercice du droit d'utilisation du réseau ferroviaire pour la fourniture des services de transport, tandis que l'activité visant la "mise à disposition de réseaux" renvoie à la gestion du réseau» ([15]). La Cour a conclu que «[l]'article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2004/17 doit être interprété en ce sens que l'activité exercée par une entreprise ferroviaire, qui consiste à fournir des services de transport au public en exerçant un droit d'utilisation du réseau ferroviaire, constitue une "exploitation de réseaux" aux fins de cette directive» ([16]). L'«exploitation de services de transport public par autobus» en Norvège équivaut, dans le domaine du transport par autobus, à l'activité exercée par une entreprise ferroviaire telle que visée dans l'affaire SJ dans le domaine du transport par chemin de fer, et constitue de ce fait une activité relevant du champ d'application de la directive.

([5]) Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975.
([6]) Document nº 1040380.
([7]) Document nº 935075.
([8]) Conformément au règlement (CEE, EURATOM) nº 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes (JO L 124 du 8.6.1971, p. 1), les jours fériés sont exclus de cette période. Voir les jours fériés pour les années 2018 et 2019: États de l'AELE membres de l'EEE et institutions de l'EEE, JO C 429 du 14.12.2017, p. 25, et supplément EEE nº 81 du 14.12.2017, p. 1, et JO C 422 du 22.11.2018, p. 7, et supplément EEE nº 77 du 22.11.2018, p. 1.
([9]) Document nº 1056012.
([10]) Conformément à l'article 4 du règlement (UE) nº 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (JO L 55 du 28.2.2011, p. 13), et ses modifications.
([11]) Voir le document nº 1070910 sur l'issue de la procédure écrite.
([12]) Article 11 de la directive.
([13]) Cité à la note 3 ci-dessus.
([14]) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30.4.2004, p. 1), intégrée dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte nº 68/2006 (JO L 245 du 7.9.2006, p. 22, et supplément EEE nº 44 du 7.9.2006, p. 18).
([15]) SJ, point 53 de l'arrêt.
([16]) SJ, point 54 et paragraphe 2 du dispositif de l'arrêt.

(14) L'article 34 de la directive prévoit que les marchés destinés à permettre la prestation d'une activité visée par la directive ne sont pas soumis à ladite directive, si, dans l'État où elle est exercée, l'activité est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. L'exposition directe à la concurrence est évaluée sur la base de critères objectifs prenant en considération les caractéristiques spécifiques du secteur concerné.

(15) L'article 35 de la directive définit la procédure pour déterminer si l'exemption prévue à l'article 34 est applicable. Dans son adaptation, il prévoit qu'un État ou, si la législation de l'État concerné le prévoit, une entité adjudicatrice peut soumettre à l'Autorité une demande visant à faire établir que la directive ne s'applique pas à la passation de marchés ou à l'organisation de concours pour la poursuite de l'activité en question. L'Autorité doit décider si l'activité est directement exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité (sur la base des critères énoncés à l'article 34).

(16) Cette décision est sans préjudice de l'application des règles en matière de concurrence ([17]) et d'autres dispositions du droit de l'EEE. En particulier, les critères et la méthodologie utilisés pour évaluer l'exposition directe à la concurrence en vertu de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont pas nécessairement identiques à ceux utilisés pour effectuer une évaluation en vertu des articles 53 ou 54 de l'accord EEE ou du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil ([18]), tel qu'adapté à l'accord EEE ([19]).

(17) L'objectif de la présente décision est de déterminer si l'activité concernée par la demande est exposée à un niveau de concurrence (sur des marchés dont l'accès n'est pas limité au sens de l'article 34 de la directive) susceptible de garantir que, même en l'absence de la discipline apportée par les règles détaillées de passation de marchés fixées par la directive, la passation de marchés pour la poursuite de l'activité concernée reposera sur des procédures transparentes et non discriminatoires et sur des critères permettant aux acheteurs de retenir la solution globalement la plus avantageuse sur le plan économique.

3. **ÉVALUATION**

3.1. **Libre accès au marché**

(18) Dans le cas d'espèce, l'activité concernée est l'exploitation de services de transport public par autobus. Cette activité est exercée dans le cadre de marchés attribués par des autorités de transport public. En Norvège, il existe différents types de services d'autobus (voir considérant 41 ci-dessous) et l'activité concernée est qualifiée au niveau national d'exploitation de services réguliers de transport par autobus.

(19) En ce qui concerne l'exploitation de services de transport public par autobus, il n'existe aucune législation pertinente de l'EEE sur la base de laquelle le libre accès au marché peut être présumé conformément à l'article 34, paragraphe 3, de la directive. Il est donc nécessaire de procéder à l'évaluation pertinente sur la base du cadre réglementaire et de la pratique des autorités de transport public, qui devrait démontrer que l'accès au marché est libre en fait et en droit.

(20) Il convient de garder à l'esprit que l'objectif de la présente décision est de déterminer si l'activité concernée par la demande est exposée à un niveau de concurrence (sur des marchés dont l'accès n'est pas limité au sens de l'article 34 de la directive) susceptible de garantir que, même en l'absence de la discipline apportée par les règles détaillées de passation de marchés fixées par la directive, la passation de marchés pour la poursuite de l'activité concernée reposera sur des procédures transparentes et non discriminatoires et sur des critères permettant aux acheteurs de retenir la solution globalement la plus avantageuse sur le plan économique. L'évaluation entreprise à cette fin n'implique pas d'examiner si chaque marché individuel d'exploitation de services de transport public par autobus a été attribué en pleine conformité avec le droit de l'EEE, mais plutôt si le cadre réglementaire et/ou la pratique des autorités de transport public restreignent l'accès au marché en fait ou en droit.

([17]) Article 34, paragraphe 1, de la directive. Voir également le considérant 44 de la directive.
([18]) Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises («le règlement CE sur les concentrations») (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1).
([19]) Voir l'arrêt dans l'affaire Österreichische Post AG/Commission, T-463/14, EU:T:2016:243, point 28.

(21) En ce qui concerne les éventuelles restrictions juridiques concernant l'accès au marché de l'exploitation de services de transport public par autobus, l'Autorité note qu'il existe des exigences en matière de licences et que les services sont fournis sous contrat. Toutefois, dans sa demande, le demandeur a estimé que les exigences de licence ne pouvaient pas équivaloir à une restriction de l'accès au marché ([20]) et, en outre, qu'aucun droit spécial ou exclusif n'était attaché aux licences ([21]). Le demandeur a par ailleurs déclaré que les appels d'offres étaient conformes au règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil ([22]) (ci-après le «règlement n° 1370/2007») et à la directive et ne restreignent donc l'accès au marché ni en droit, ni en fait ([23]).

(22) Il est de jurisprudence constante qu'un régime d'autorisation préalable ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions du droit de l'EEE de leur effet utile ([24]). Pour qu'un régime d'autorisation préalable soit justifié alors même qu'il déroge à la liberté fondamentale de fournir des services, il doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire ([25]).

(23) Les services réguliers de transport par autobus en Norvège sont régis par la loi n° 45 du 21 juin 2002 relative aux transports professionnels par véhicule ou bateau à moteur ([26]) (ci-après «la loi sur les transports professionnels») et par le règlement relatif aux transports professionnels adopté sur la base de cette loi ([27]).

(24) La section 4 de la loi sur les transports professionnels exige que les entreprises ayant l'intention d'exploiter des services de transport public par autobus obtiennent une licence générale («transportløyve») délivrée par l'administration norvégienne des routes publiques (Statens vegvesen) ([28]). Si la formulation de la loi sur les transports professionnels suggère un pouvoir discrétionnaire de la part de l'administration des routes publiques dans la mesure où elle utilise le terme «peut», il est courant en droit norvégien d'utiliser ce terme même si dans la pratique, ce pouvoir discrétionnaire est limité, voire inexistant. Il ressort des travaux préparatoires de la loi que le régime de licence est un outil de contrôle de la qualité des services fournis ([29]). La section 4 du règlement sur les transports professionnels précise que si aucune raison particulière ne s'y oppose, une licence peut être accordée à un candidat qui remplit les exigences. En outre, l'autorité norvégienne de la concurrence a déclaré que toute personne remplissant les conditions objectives se voyait accorder une telle licence ([30]). L'Autorité n'a reçu aucune information susceptible de contredire les conclusions ci-dessus.

(25) En outre, pour l'exploitation de services réguliers de transport par autobus, une licence conforme à la section 6, paragraphe 1, de la loi sur les transports professionnels, délivrée par les municipalités de comté concernées, est généralement exigée ([31]). Les sociétés de gestion sont exemptées de cette exigence, et lorsque l'autorité de transport public est une société de gestion et reste responsable vis-à-vis du public et que l'exploitant agit en tant que sous-traitant, aucune licence n'est requise, car l'exemption accordée à la société de gestion s'applique également à l'exploitant ([32]).

(26) La section 8 de la loi sur les transports professionnels dispose que les licences pour les services de transport soumis à indemnisation ou à un droit exclusif sont attribuées par voie d'appel d'offres si la loi sur les transports professionnels, la loi sur les marchés publics ou les règlements pertinents adoptés sur la base de l'une de ces lois le prévoient. Lorsqu'une licence au titre de la section 6 est requise, elle est accordée à l'adjudicataire du marché ([33]).

([20]) Voir, par exemple, page 40 de la demande.
([21]) Page 11 de la demande.
([22]) Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil (JO L 315 du 3.12.2007, p. 1). Règlement intégré dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte n° 85/2008 (JO L 280 du 23.10.2008, p. 20, et supplément EEE n° 64 du 23.10.2008, p. 13).
([23]) Page 30 de la demande.
([24]) Arrêts dans l'affaire Smits et Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, point 90; dans l'affaire Müller-Fauré et van Riet, C-385/99, EU:C:2003:270, point 84; dans l'affaire Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, point 115; et conclusions de l'avocat général dans l'affaire Watts, C-372/04, EU:C:2005:784, point 70.
([25]) Arrêts dans l'affaire Analir e.a., C-205/99, EU:C:2001:107, point 38; et dans l'affaire Watts, C-372/04, EU:C:2006:325, point 116.
([26]) Yrkestransportloven.
([27]) Règlement n° 401 relatif aux transports professionnels du 26 mars 2003 («yrkestransportforskriften»).
([28]) Section 4 de la loi sur les transports professionnels et section 3 du règlement sur les transports professionnels.
([29]) Ot.prp. n° 74 (2001-2002) chapitre 2.
([30]) Page 4 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.
([31]) Section 6 de la loi sur les transports professionnels et section 3 du règlement sur les transports professionnels.
([32]) Section 6, paragraphe 2, de la loi sur les transports professionnels.
([33]) Page 4 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

(27) Dans la pratique, les services de transport public par autobus couverts par la directive sont exécutés dans le cadre de marchés attribués par les autorités de transport public. Ces marchés sont soumis aux règles de l'EEE en matière de marchés publics, à savoir ([34]):

a) le règlement (CE) n° 1370/2007;

b) la directive 2014/25/UE; et/ou

c) la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil ([35]).

(28) Les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE sont entrées en vigueur dans l'EEE le 1er janvier 2017. Auparavant, la directive 2004/17/CE et la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil ([36]) s'appliquaient.

(29) Les trois instruments actuels exigent généralement un appel d'offres ouvert, transparent et non discriminatoire, à quelques exceptions près. Par conséquent, les marchés et les licences pour les services réguliers de transport public par autobus doivent être attribués par voie d'appel d'offres, à moins qu'une exemption au titre de l'acte de l'EEE pertinent ne s'applique ou que la valeur du marché ne soit inférieure aux valeurs seuils d'application de l'acte pertinent. Il en allait de même dans le cadre des directives précédentes.

(30) Selon la demande, les autorités de transport public ont de plus en plus recours à des appels d'offres pour la passation de marchés de services d'autobus. Alors que 43 % seulement des marchés de services réguliers d'autobus avaient été attribués par appel d'offres en 2010, cette part est passée à plus de 98 % en 2018 et atteindra près de 100 % au 3 décembre 2019 ([37]). Le demandeur a ajouté que le recours aux dérogations à l'appel d'offres est rare, aucune autorité de transport public ne fournissant elle-même des services de transport public par autobus relevant de l'exception prévue par l'article 5, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1370/2007 et les attributions directes d'une valeur inférieure aux seuils visés à l'article 5, paragraphe 4, du règlement nº 1370/2007 n'étant utilisées que dans une mesure très limitée.

(31) L'Autorité a comparé les informations fournies par le demandeur concernant la situation en 2018 aux informations qu'elle a reçues du gouvernement norvégien le 9 novembre 2018 ([38]) dans le cadre d'un examen général des contrats d'obligations de service public sur la base du règlement (CE) nº 1370/2007 ([39]). Cette évaluation a globalement confirmé les informations fournies par le demandeur. Le gouvernement norvégien a fourni des informations détaillées sur un total de 27 marchés attribués directement, dont 13 devaient être remplacés au cours de l'année 2019 par des marchés ayant déjà été soumis à appel d'offres. Il a été précisé que la valeur annuelle totale des marchés attribués directement s'élevait à environ 275 millions de NOK, ce qui ne représente qu'une fraction de la valeur totale des contrats d'obligations de service public dans le domaine des transports publics routiers en Norvège (estimée à 11,6 milliards de NOK en 2017). En outre, les seuls marchés attribués directement qui devraient rester en vigueur après le 10 août 2019 remplissent les conditions de l'article 5, paragraphe 4, du règlement (CE) nº 1370/2007 (qui permet l'attribution directe de marchés inférieurs à certains seuils de valeur ou de distance).

(32) L'examen des dispositions juridiques applicables à la passation de marchés et à la délivrance de licences pour l'exploitation de services de transport public par autobus en Norvège montre que ces marchés et licences sont actuellement accordés sur une base non discriminatoire. Les procédures d'octroi de licences et de passation de marchés, ainsi que les critères pertinents, sont les mêmes pour tous les opérateurs du marché, ce qui ne peut donc constituer une restriction de l'accès au marché aux fins de la présente décision.

(33) Le libre accès à cette activité a également été confirmé par l'autorité norvégienne de la concurrence ([40]).

([34]) Le choix de l'instrument applicable dépend, entre autres, de la nature du marché attribué et du respect des conditions de l'article 11 de la directive 2014/25/UE concernant la mise à disposition ou l'exploitation d'un réseau. Le demandeur a indiqué que, si les autorités de transport public suivent généralement la directive 2014/25/UE lorsqu'elles attribuent des marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus, certaines autorités ont attribué des marchés en vertu de la directive 2014/24/UE et les exigences du règlement (CE) nº 1370/2007 relatives aux appels d'offres peuvent s'appliquer à certains marchés.

([35]) Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 65), intégrée dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte nº 97/2016 (JO L 300 du 16.11.2017, p. 49, et supplément EEE nº 73 du 16.11.2017, p. 53).

([36]) Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114), intégrée dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte nº 68/2006 (JO L 245 du 7.9.2006, p. 22, et supplément EEE nº 44 du 7.9.2006, p. 18).

([37]) Page 6 de la demande.

([38]) Document nº 1037921, lettre du gouvernement norvégien du 9 novembre 2018.

([39]) Affaire nº 74680, examen des contrats d'obligations de service public sur la base du règlement (CE) nº 1370/2007.

([40]) Page 4 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

(34) L'Autorité conclut que l'activité d'exploitation de services de transport public par autobus en Norvège est très majoritairement organisée sur la base d'appels d'offres publics, dans le cadre desquels le nombre de soumissionnaires est suffisant, avec 3,8 soumissionnaires en moyenne ([41]). Il est possible de participer à ces appels d'offres de manière non discriminatoire.

(35) Compte tenu de ce qui précède, aux fins de l'évaluation des conditions fixées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence, de la capacité de l'Autorité à examiner le respect par la Norvège du règlement (CE) nº 1370/2007, de la directive 2014/24/UE, de la directive 2014/25/UE ou de toute autre disposition du droit des marchés publics de l'EEE dans le cadre de ses missions générales de surveillance, ou de l'application de tout autre domaine du droit de l'EEE, l'accès au marché pour l'activité d'exploitation de services de transport public par autobus peut être considéré libre en fait et en droit.

3.2. **Exposition directe à la concurrence**

(36) Afin de déterminer si la deuxième condition d'exemption est remplie, à savoir si l'activité visée par la demande, satisfaisant à la condition du libre accès au marché en droit et en fait, est directement exposée à la concurrence, il convient de définir le marché de produit et le marché géographique en cause et, sur cette base, d'effectuer une analyse de marché.

(37) L'exposition directe à la concurrence doit être évaluée sur la base de différents indicateurs dont aucun n'est déterminant en soi. Eu égard aux marchés concernés par la présente décision, la part de marché des principaux acteurs sur un marché donné constitue un critère à prendre en considération. Compte tenu des caractéristiques des marchés concernés en tant que marchés d'appels d'offres, d'autres critères devraient également être pris en compte, tels que les modalités de soumission aux d'appels d'offres ou la capacité et la volonté des acteurs du marché à présenter des offres dans le cadre de procédures d'appel d'offres actuelles et futures.

(38) L'objectif de la présente décision est de déterminer si les services concernés par la demande sont exposés (sur des marchés dont l'accès n'est pas limité au sens de l'article 34 de la directive) à un niveau de concurrence garantissant que, même en l'absence de la discipline apportée par les règles détaillées de passation de marchés fixées par la directive, la passation de marchés pour la poursuite des activités concernées reposera sur des procédures transparentes et non discriminatoires et sur des critères permettant aux acheteurs de retenir la solution globalement la plus avantageuse sur le plan économique.

(39) Dans ce contexte, il est important de garder à l'esprit que, sur le marché concerné, tous les acteurs du marché ne sont pas soumis aux règles en matière de marchés publics ([42]). Par conséquent, lorsqu'elles agissent sur ces marchés, les entreprises qui ne sont pas soumises à ces règles ont, en principe, la possibilité d'exercer une pression concurrentielle sur les autres acteurs soumis à ces règles.

(40) L'Autorité doit déterminer si les activités concernées sont directement exposées à la concurrence. À cette fin, elle a examiné les éléments de preuve fournis par le demandeur ainsi que les informations fournies par l'autorité norvégienne de la concurrence. L'Autorité s'est principalement fondée sur les données de marché fournies par le demandeur et l'autorité norvégienne de la concurrence pour évaluer les parts de marché et les niveaux de concentration. Outre les informations fournies par le demandeur, l'autorité norvégienne de la concurrence s'est également fondée sur des informations fournies par d'autres sociétés d'exploitation d'autobus en Norvège et par neuf autorités de transport public ([43]).

([41]) Voir page 14 de la demande.

([42]) Outre le demandeur, Unibuss AS est également soumise aux règles en matière de marchés publics. D'autres exploitants, tels que Torghatten ASA, Tide AS, Boreal Bus AS ou Nobina Norge AS, sont des exploitants privés qui ne semblent pas remplir les conditions pour être liés par les règles de l'EEE en matière de marchés publics.

([43]) Page 3 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.

3.2.1. *Définition du marché de produits*

(41) Dans sa demande, le demandeur a défini le marché de produits en cause comme celui de la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus ([44]). Le demandeur a également exposé son point de vue, selon lequel les services commerciaux de transport par autobus longue distance (tels que les services express d'autobus), les services commerciaux courte distance (tels que les services de navette express des aéroports) et les services de transport par autocar de tourisme diffèrent des services de transport public par autobus prestés à contrat ([45]). Les services commerciaux de transport par autobus ne sont régis que par les besoins du marché et ne sont pas financés par des ressources publiques. Tous les services commerciaux de transport par autobus sont en concurrence sur le marché au niveau des prix, de la capacité, de la fréquence ou d'autres caractéristiques de service. La concurrence entre les exploitants d'autobus de transport public s'exerce en revanche au niveau des procédures d'appel d'offres, à savoir sur le marché de la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus, et non par la suite sur le marché au niveau des prix, de la capacité, de la fréquence ou d'autres caractéristiques de service. Le demandeur a indiqué que, par conséquent, les exploitants d'autobus qui opèrent dans le cadre d'un marché conclu avec une autorité de transport public ont généralement très peu d'influence sur les paramètres fondamentaux de la concurrence pour les passagers, tels que la fréquence, y compris les horaires, les tarifs ou le confort, ces caractéristiques étant habituellement fixées par l'autorité de transport public qui attribue le marché ([46]).

(42) Pour le demandeur, les différentes exigences des autorités de transport public ne sont pas suffisamment spécifiques pour conclure à l'existence de marchés de produits distincts pour la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus ([47]). Pour obtenir un marché d'exploitation au niveau municipal ou régional, les sociétés d'exploitation d'autobus doivent en principe suivre le même cadre réglementaire et peuvent adapter leur offre aux exigences de l'autorité de transport public concernée. Selon le demandeur, les modalités réelles de soumission aux appels d'offres des grandes sociétés d'exploitation d'autobus démontrent la capacité et la volonté de ces sociétés d'adapter leurs offres aux exigences individuelles fixées par les différentes autorités de transport public, ces sociétés étant généralement en concurrence pour tous les marchés soumis à des appels d'offres publics en Norvège, quelles que soient leurs différences ([48]).

(43) L'autorité norvégienne de la concurrence a estimé que le marché de produits en cause tel que suggéré par le demandeur était conforme à la pratique sectorielle établie en Norvège et a procédé à son évaluation sur la base de cette définition proposée par le demandeur ([49]).

(44) Dans des décisions antérieures concernant les transports publics (y compris les services d'autobus), la Commission a estimé qu'il était possible d'identifier des marchés spécifiques pour la passation de marchés pour l'exploitation de services publics de transport par autobus ([50]). Elle a également estimé qu'au sein des services de transport public par autobus concédés (sous contrat), il était impossible de faire la distinction entre les services de transport urbain, interurbain et longue distance, étant donné qu'ils sont généralement régis par le même cadre réglementaire et que les exigences des autorités de transport public ne présentent que quelques caractéristiques distinctes liées à des spécifications techniques ([51]).

(45) La pratique de la Commission confirme également l'opinion selon laquelle les services commerciaux de transport par autobus et les services de transport public par autobus (sous contrat) font partie de marchés de produits différents en raison de la nature différente de la concurrence. La concurrence entre les exploitants d'autobus de transport public s'exerce au niveau des appels d'offres, à savoir sur le marché de la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus, et non par la suite sur le marché au niveau des prix, de la capacité, de la fréquence ou d'autres caractéristiques de service ([52]). Par rapport aux services commerciaux, les exploitants d'autobus de transport public (sous contrat) n'ont généralement qu'une influence très limitée sur les paramètres fondamentaux de la concurrence, telles que la fréquence, les tarifs ou le confort, étant donné que ces caractéristiques sont fixées par l'autorité de transport public qui attribue le marché de service. Les exploitants d'autobus sont tenus de fournir leurs services conformément au marché conclu avec l'autorité de transport public et ne peuvent pas les adapter en fonction des besoins des passagers, comme le feraient normalement des opérateurs commerciaux ([53]).

([44]) Page 25 de la demande.
([45]) Page 26 de la demande.
([46]) Ibid.
([47]) Ibid.
([48]) Ibid.
([49]) Page 3 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.
([50]) À cet égard, voir l'affaire COMP/M.1768 – Schoyens/Goldman Sachs/Swebus, points 10 et 14; l'affaire COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, points 16 à 23; l'affaire COMP/M.5855 – DB/Arriva, point 21; l'affaire COMP/M.6794 – Caisse des Dépôts et Consignations/Veolia Transdev, points 19 à 21; et l'affaire COMP/M.6818 – DB/Veolia, points 19 et 56.
([51]) Affaire COMP/M.6818 – DB/Veolia, points 19 à 21; et affaire COMP/M.5855 – DB/Arriva, points 23 à 24.
([52]) Affaire COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA, point 17; affaire COMP/M.6818 – DB/Veolia, points 22 et 58; et affaire COMP/M.5855 – DB/Arriva, point 22.
([53]) Affaire COMP/M.6818 – DB/Veolia, point 23; et affaire COMP/M.5855 – DB/Arriva, point 22.

(46) Compte tenu des spécificités du marché norvégien des autobus visées aux considérants 41 et 42, aux fins de l'évaluation des conditions fixées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE, et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence, le marché de produits en cause est défini comme celui de la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus. L'Autorité n'a pas relevé, dans ce cas particulier et aux fins susmentionnées, de circonstances qui justifieraient de considérer les appels d'offres distincts des autorités de transport public comme des marchés en cause distincts.

3.2.2. *Définition géographique du marché*

(47) En ce qui concerne le marché géographique, le demandeur a estimé que le marché en cause pour la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus a une portée au moins nationale, couvrant tous les services d'autobus sous contrat en Norvège ([54]). Le demandeur a fait valoir que la loi sur les transports professionnels fournit un cadre réglementaire commun pour les appels d'offres relatifs aux services d'autobus dans toute la Norvège ([55]). Le demandeur a également fait remarquer que presque tous les marchés en cours pour les services de transport public par autobus (98 %) ont été attribués à la suite d'un appel d'offres, et que la plupart sont exploités comme des marchés bruts, partageant les mêmes caractéristiques principales ([56]). Par conséquent, toute différence dans les procédures d'appel d'offres et les marchés des différentes autorités de transport public est mineure et facile à surmonter pour les sociétés d'exploitation d'autobus.

(48) Le demandeur a souligné que l'existence d'un cadre réglementaire commun pour les appels d'offres relatifs aux services d'autobus sur l'ensemble du territoire norvégien se reflète également dans les modalités réelles de soumission des sociétés d'exploitation d'autobus actuellement actives sur le marché ([57]). Les exploitants d'autobus Torghatten, Boreal et Nobina opèrent à l'échelle nationale, et rien ne s'oppose à ce que d'autres sociétés ne concourent pour tous les marchés. Le demandeur a affirmé qu'à quelques exceptions près, une concurrence considérable a été enregistrée pour tous les services d'autobus sous contrat attribués depuis le 1er janvier 2015, indépendamment de toute présence régionale existante ([58]).

(49) Toutefois, le demandeur a conclu qu'aux fins de la demande, la question de la définition précise du marché géographique pourrait en fin de compte rester ouverte ([59]). Selon lui, quelle que soit la définition du marché géographique, là où le demandeur a des marchés en cours et/ou a déposé une offre, l'accès au marché est libre et pleinement exposé à la concurrence.

(50) L'autorité norvégienne de la concurrence est parvenue à la conclusion que la question de la définition précise du marché géographique en cause pouvait être laissée ouverte, étant donné que le résultat de l'analyse reste le même, que celle-ci repose sur une définition étroite ou plus large du marché ([60]).

(51) La position du demandeur est conforme à la pratique de la Commission. Dans des décisions antérieures, la Commission, tout en laissant le plus souvent ouverte la question de la définition exacte du marché géographique, a considéré que le marché géographique en cause pour la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus était un domaine dans lequel il existe un cadre réglementaire commun pour les appels d'offres relatifs aux services d'autobus ([61]).

(52) En conclusion, aux fins de l'évaluation des conditions prévues à l'article 34 de la directive, et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence ou de tout autre domaine du droit de l'EEE, l'Autorité considère que la dimension géographique du marché de produits en cause a au moins une portée nationale. Cette conclusion repose sur l'existence d'un cadre réglementaire commun, sur des différences mineures dans les procédures d'appel d'offres des autorités de transport public et sur la capacité et la volonté des exploitants d'autobus de participer aux procédures de passation dans toute la Norvège.

([54]) Page 28 de la demande.
([55]) Ibid.
([56]) Ibid.
([57]) Ibid.
([58]) Ibid.
([59]) Page 29 de la demande.
([60]) Page 3 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.
([61]) Affaire COMP/M.6818 – DB/Veolia, point 29; affaire COMP/M.5855 – DB/Arriva, point 27. Voir également l'affaire COMP/M.5557 – SNCF-P/CDPQ/Keolis/EFFIA et l'affaire COMP/M.6794 – Caisse des Dépôts et Consignations/Veolia Transdev, point 31.

3.2.3 *Analyse du marché*

(53) En ce qui concerne le marché de la passation de marchés publics pour l'exploitation de services de transport public par autobus, on considère que l'un des indicateurs du niveau de concurrence est la part de marché du plus grand exploitant et la part de marché totale des exploitants les plus importants sur ce marché. D'après les données fournies par le demandeur dans sa demande, celui-ci détient la plus grande part de marché sur le marché en cause: [25-30 %] sur la base du chiffre d'affaires et 28 % sur la base du volume ([62]). Toutefois, plusieurs gros concurrents détiennent des parts de marché à deux chiffres sur la base du chiffre d'affaires, tels que Torghatten [15-20 %], Tide [15-20 %] ou Unibuss [12-17 %], suivis par des acteurs plus petits mais non négligeables, tels que Boreal [5-10 %] et Nobina [5-10 %] ([63]). Vingt-neuf exploitants d'autobus plus petits se partagent la part de marché restante. Les chiffres relatifs aux parts de marché fournis par le demandeur sont conformes aux calculs effectués par l'autorité norvégienne de la concurrence ([64]).

(54) Comme expliqué au considérant 45 ci-dessus, la nature de la concurrence est différente dans le cas des services de transport public par autobus, étant donné que les sociétés se font concurrence pour obtenir le marché, et non sur le marché sur la base des prix, des horaires ou de la qualité du service. Sur le marché norvégien de la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus, la concurrence pour la passation des marchés a lieu sous la forme d'appels d'offres publics organisés par les autorités de transport public. Selon le demandeur, 98 % de tous les marchés en cours ont été attribués par voie d'appels d'offres, et ce chiffre avoisinera les 100 % au 3 décembre 2019 ([65]). Dans ces circonstances, l'évaluation concurrentielle et l'analyse du marché doivent examiner les modalités de soumission et la capacité et la volonté des acteurs sur le marché à participer aux appels d'offres actuels et futurs.

(55) Les concurrents les plus importants du demandeur sont de grandes entreprises qui font souvent partie de sociétés de transport ayant des activités multinationales. Torghatten est l'une des plus grandes sociétés de transport en Norvège et le fournisseur de transport public par ferry, bateau express, autobus et avion. Elle exploite également des services commerciaux de transport par autobus et réalise un chiffre d'affaires consolidé global de plus de 9 milliards de NOK. Tide fait partie du groupe de transporteurs DSD, qui exploite des services de transport public et commercial par autobus en Norvège et est également présent au Danemark. Le chiffre d'affaires consolidé du groupe DSD s'élève à près de 6 milliards de NOK. Unibuss appartient à la municipalité d'Oslo. Le groupe Unibuss offre des services de transport public et commercial dans plusieurs villes norvégiennes. Boreal Buss fait partie du groupe Boreal, qui exerce de nombreuses activités d'exploitation de transport tant public que commercial. Le propriétaire final actuel de Boreal est un fonds de placement de Hong Kong qui cible les occasions d'investissement dans les infrastructures à l'échelle mondiale. Le chiffre d'affaires consolidé de Boreal s'élève à près de 3 milliards de NOK. Enfin, Nobina fait partie du groupe suédois Nobina qui fournit des services de transport public dans toute la Scandinavie. Ces entreprises participent à des procédures d'appel d'offres dans toute la Norvège et ont les capacités et l'expérience nécessaires pour soumettre des offres dans le cadre de toute procédure d'appel d'offres norvégienne.

(56) Le demandeur a fait observer que depuis le 1er janvier 2015, sur les 58 appels d'offres lancés en Norvège, 3,8 concurrents en moyenne ont soumis une offre ([66]). Ce chiffre a été confirmé par les estimations préparées par l'autorité norvégienne de la concurrence ([67]). Bien que le nombre de prestataires varie considérablement d'un marché à l'autre, à savoir de un à huit sur les 46 marchés examinés par l'autorité norvégienne de la concurrence, cette dernière a également constaté que les autorités de transport public sont généralement satisfaites du nombre de prestataires ([68]). Le demandeur a également fourni des informations détaillées sur les procédures d'appel d'offres dans les différentes régions des autorités de transport public norvégiennes, confirmant la nature concurrentielle générale de la passation des marchés de transport public par autobus en Norvège ([69]). Les données détaillées et les données internes du demandeur ont également montré qu'il y avait un changement d'exploitant dans environ 40 % des marchés soumis à appel d'offres ([70]). Cela confirme la capacité des différents exploitants à se livrer une concurrence efficace.

([62]) Page 30 de la demande.
([63]) Ibid.
([64]) Page 5 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.
([65]) Page 6 de la demande. Voir également la procédure de l'Autorité mentionnée au considérant 31 ci-dessus.
([66]) Page 14 de la demande.
([67]) Page 5 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.
([68]) Ibid.
([69]) Voir pages 14 à 24 de la demande.
([70]) Page 24 de la demande.

(57) Le demandeur a également fait valoir que le marché de la passation de services de transport public par autobus en Norvège se caractérise par de faibles barrières à l'entrée et à l'expansion, et l'évaluation de l'autorité norvégienne de la concurrence a confirmé cette conclusion ([71]). Celle-ci se fondait sur un revenu stable et prévisible dans le cadre des marchés conclus avec les autorités de transport public, ainsi que sur un accès facile aux informations et infrastructures nécessaires étant donné que les autorités de transport public fournissent toutes les infrastructures nécessaires, à l'exception des autobus ([72]). En outre, les employés de l'adjudicataire précédent du marché concerné ont le droit de passer chez le nouvel adjudicataire du marché. Par ailleurs, étant donné que les spécifications des appels d'offres des autorités de transport public imposent normalement un nouveau parc d'autobus, les nouveaux exploitants potentiels ne subissent pas un grand désavantage sur le plan des coûts liés à l'acquisition d'autobus ([73]).

(58) Aux fins de la présente décision et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence, les facteurs énumérés aux considérants 53 à 57 doivent être considérés comme une indication de l'exposition à la concurrence concernant l'activité d'exploitation de services de transport public par autobus en Norvège. Cette conclusion est également conforme à l'avis de l'autorité norvégienne de la concurrence. Il est probable que les entreprises exerçant leurs activités sur ce marché sont soumises à une pression concurrentielle suffisante. Rien ne semble indiquer que le secteur n'évolue pas selon la loi du marché. L'Autorité conclut par conséquent que le marché de la passation de marchés publics pour l'exploitation de services de transport public par autobus est directement exposé à la concurrence au sens de la directive.

(59) L'Autorité prend note du fait que la pression concurrentielle actuelle sur le marché de la passation de marchés pour l'exploitation de services de transport public par autobus est essentiellement due au cadre réglementaire en vigueur et aux autorités de transport public qui organisent des appels d'offres concurrentiels, plutôt que de fournir des services en interne ou de recourir aux exceptions prévues par les règles de l'EEE applicables à l'attribution directe des marchés publics, autres que le recours limité aux attributions directes pour les marchés inférieurs à certains seuils de valeur ou de distance. Des changements dans ces politiques ou pratiques peuvent par conséquent modifier la dynamique du marché et la pression concurrentielle globale sur les entités adjudicatrices exerçant l'activité d'exploitation de services de transport public par autobus concernées par la présente décision.

4. **CONCLUSION**

(60) Aux fins de la présente décision et sans préjudice de l'application du droit de la concurrence, les conclusions de l'analyse de marché énumérées aux considérants 53 à 57 doivent être considérées comme une indication de l'exposition à la concurrence au sens de l'article 34 de la directive concernant l'activité d'exploitation de services de transport public par autobus en Norvège. Par conséquent, étant donné que les conditions énoncées à l'article 34 de la directive 2014/25/UE sont remplies, il convient de constater que la directive 2014/25/UE ne s'applique pas aux marchés destinés à permettre la poursuite de cette activité en Norvège.

(61) La présente décision repose sur le droit applicable et la situation de fait entre janvier 2015 et juin 2019, telle qu'elle ressort des informations fournies par le demandeur et par l'autorité norvégienne de la concurrence. L'Autorité se réserve le droit de réviser la présente décision si les conditions d'applicabilité de l'article 34 de la directive 2014/25/UE ne sont plus remplies ou à la suite de changements significatifs dans la situation juridique ou factuelle,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

1. L'acte visé au point 4 de l'annexe XVI de l'accord sur l'Espace économique européen relatif aux procédures de passation des marchés publics dans le secteur des services publics (directive 2014/25/UE) ne s'applique pas aux marchés attribués ou aux concours organisés par des entités adjudicatrices dont l'une des activités est l'exploitation de services de transport public par autobus, lorsque ces marchés ou concours visent à leur permettre d'assurer l'exploitation de services de transport public par autobus en Norvège (activité relative à l'exploitation d'un réseau fournissant un service au public dans le domaine du transport par autobus).

2. Le Royaume de Norvège est destinataire de la présente décision.

3. Le texte en langue anglaise est le seul faisant foi.

([71]) Page 31 de la demande et page 5 de la position adoptée par l'autorité norvégienne de la concurrence sur les conditions d'applicabilité de l'article 34, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE.
([72]) Ibid.
([73]) Page 31 de la demande.

Fait à Bruxelles, le 17 juin 2019.

Par l'Autorité de surveillance AELE, habilitée en vertu de la décision de délégationn° 19/19/COL

Högni S. KRISTJÁNSSON
Membre du Collège competent

Carsten ZATSCHLER
Contreseing en qualité de directeur du département Affaires juridiques et administratives