FICHE 10

Exercice d’une activité économique par les personnes publiques

(Version 2022/2023)

Sommaire

1. Notion d’exercice d’une activité économique par les personnes publiques

2. Le principe de l’exercice d’activités économiques par les personnes publiques

2.1. La satisfaction de leurs propres besoins

2.2. L’exercice d’une activité économique sur un marché

2.2.1. *La distinction entre activité de service public et activité économique*

2.2.2. *Précisions sur la distinction*

2.3. Conditions de légalité de l’activité économique de la personne publique

2.3.1. *Compétence*

2.3.2. *Intérêt public*

2.4. Le cas particulier de la candidature à un contrat de la commande publique

3. Les modalités de l’exercice d’activités économiques

3.1. L’applicabilité de principe du droit de la concurrence

3.2. Les risques concurrentiels tenant à la situation particulière des personnes publiques

3.2.1. *Nature des risques*

3.2.2. *Prévention de ces risques*

- *Séparation comptable*
- *Séparation fonctionnelle*

1. Notion d'exercice d'une activité économique par les personnes publiques

Les personnes publiques peuvent conduire, par elles-mêmes, des activités économiques, comme la fourniture de biens ou la prestation de services sur un marché.

Ce type d'action est généralement distingué de celles que les personnes publiques exercent en tant que puissance publique, pour réglementer l'activité des opérateurs privés (v. fiche *« encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre »*).

La présente fiche examine les règles propres à l'exercice d'une activité économique par les personnes publiques indépendamment du mode de gestion qu'elles auront retenu pour cette activité et qui font l'objet de fiches particulières : régies, concessions, marchés publics, sociétés locales à statut spécifique, autres entreprises publiques.

2. Le principe de l'exercice d'activités économiques par les personnes publiques

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie implique que les personnes publiques ne puissent elles-mêmes prendre en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public. Le respect du droit de la concurrence par les personnes publiques suppose que, lorsqu'elles sont opérateurs, elles ne doivent pas se rendre coupables d'une pratique anti-concurrentielle et plus largement, elles ne perturbent pas le libre jeu de la concurrence.

2.1. La satisfaction de leurs propres besoins

Les personnes publiques peuvent directement répondre à la satisfaction de leurs propres besoins.

Dans sa décision d'assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres* (n°s 317827, 317952, 318013 et 318051), le Conseil d'État juge, dans la droite ligne de la jurisprudence *Société Unipain* (CE, 29 avril 1970, n° 77935) que les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens. Il leur appartient de déterminer si la satisfaction des besoins résultant de ces missions appelle le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci. Par conséquent, ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature.

De la même façon, les autorités concédantes sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques. L'article L. 1 du code de la commande publique a « codifié » la jurisprudence et dispose, de manière synthétique, que « les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique ».

2.2. L'exercice d'une activité économique sur un marché

2.2.1. La distinction entre activité de service public et activité économique

La jurisprudence du Conseil d'État (Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, dans la droite ligne de sa décision de sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, n°06781, et de son avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208) distingue **deux cas** :

- les activités de service public d'une part : « Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique » ;
- les activités économiques d'autre part : « Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. A cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

2.2.2. Précisions sur la distinction

Dans la première hypothèse retenue par la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*, il s'agit d'activités « consubstantielles à l'exercice de la puissance publique » (D. Casas, concl. sous la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*) qui sont exercées par les personnes publiques en dehors de toute logique économique et, dès lors, soustraites du marché. La jurisprudence y classe par exemple les activités de conseil juridique de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (décision précitée), la diffusion gratuite d'informations relatives aux structures d'accueil recueillies auprès des collectivités territoriales et des acteurs de la petite enfance (CE, 28 mai 2010, *Société Enfenconfiance*, n° 328731), la diffusion sur un site internet de l'information sur les prix de vente au détail des carburants (CE, 16 juillet 2014, *Société Sigmalis*, n° 368960), ou encore l'institution d'un « médiateur des entreprises », service du ministère de l'économie et des finances ayant pour objet de favoriser la résolution amiable de différends en matière de marchés publics (CE, 17 mars 2017, *M. Perez et Ordre des avocats de Paris*, n° 403768, 403817 ; v. pour des faits similaires : CE, 21 oct. 2019, *Conseil national des barreaux*, n° 430062).

Constitue en revanche, une activité économique emportant intervention sur un marché, par exemple, le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par un département dans le cadre de son action en matière d'aide sociale (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911), une mission de conception, de déploiement, de maintenance et de fonctionnement des systèmes d'informations et applications nécessaires notamment au traitement des alertes issues des numéros d'appels d'urgence 18 et 112, aux communications entre la population et les services de secours d'urgence ainsi qu'à la gestion opérationnelle assurées par les services d'incendie et de secours et la sécurité civile, confiée par l'Etat à un établissement public administratif (CE, 14 oct. 2020, *Association Qualis et autres*, n° 426119) ou encore une activité de gestion par une communauté d'agglomération d'un service de remise en forme par des activités aquatiques (CAA Lyon, 17 nov. 2020, Sté Centre Léman, n° 18LY00140) . Ce sont ces activités qui ont lieu sur un marché concurrentiel, qui doivent respecter tant la liberté du commerce et de l'industrie que le droit de la concurrence.

En droit de l'Union, la définition d'« activité économique » est plus large. La Commission européenne a ainsi estimé que, *« constitue une activité économique toute activité, même en dehors de la recherche de*

bénéfices, qui participe aux échanges économiques » (décision 92/521/CEE du 27 octobre 1992 relative à la procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990). La Cour de justice retient également une approche fonctionnelle, en considérant qu'une activité économique consiste à offrir des biens et des services sur un marché (CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, pts 7 et 8 ; CJCE, 21 septembre 1999*, Albany*, aff. C-67/96, pts 82 à 85 ; CJUE, 11 juin 2020, *Commission c/ Dôvera zdravotná poist'ovňa,* aff. C-262/18 P, pt. 29).

De plus, la distinction entre activités économiques et activités non économiques dépend des choix politiques et de l'évolution économique de l'Etat membre considéré. Dès lors, il est impossible de dresser une liste exhaustive d'activités qui ne seraient, a priori, jamais de nature économique. Une telle liste n'apporterait pas de véritable sécurité juridique et serait donc d'une utilité limitée (Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C/2016/2946, point 15). Le Tribunal a eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt *Brussels South Charleroi Airport* (BSCA c. Commission européenne, 25 janvier 2018, T-818/14) en relevant que l'objectif de renforcement de la sécurité ne permettait pas de qualifier de manière automatique l'activité visée d'activité non-économique.

2.3. Conditions de légalité de l'activité économique de la personne publique

Les personnes publiques peuvent, en principe, prendre en charge une activité économique à la double condition que l'activité s'inscrive dans le cadre de leurs compétences et qu'il existe un intérêt public résultant notamment de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée ou d'autres circonstances comme la satisfaction des besoins de la population.

2.3.1. Compétence

Les personnes publiques ne peuvent agir que dans le cadre de leurs missions (principe de spécialité). Elles ne peuvent exercer d'activités qui ne soient pas en lien suffisamment direct avec les compétences qui leur ont été expressément attribuées. Elles doivent « s'en tenir à l'exercice de la mission ou des missions connexes qui [leur] ont été attribuées et qui sont définies en des termes précis » (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrétien, 15ème éd. 2001, n° 519).

S'agissant des collectivités territoriales, elles ne peuvent ainsi agir que dans les limites de leurs compétences, soit que celles-ci soient mentionnées dans un texte, soit qu'elles s'inscrivent dans le cadre de la clause de compétence générale.

2.3.2. Intérêt public

Désormais, depuis la décision « Ordre des avocats au barreau de Paris » de 2006, l'intérêt public peut résulter notamment mais pas seulement, de l'absence ou de l'insuffisance de l'initiative privée. Présente par exemple, un tel intérêt, un service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes d'un département, indépendamment de leurs ressources, même si des sociétés privées offrent déjà des prestations de téléassistance (décision *département de la Corrèze*, préc.).

S'agissant des collectivités locales, l'intérêt public local justifiant leur intervention économique peut s'apprécier au regard des besoins futurs de développement de ces collectivités (CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, n° 254199, en l'espèce, les besoins futurs du développement touristique du territoire).

En outre, peut être d'intérêt public la prise en charge d'une activité économique lorsqu'elle constitue le complément ou l'accessoire d'un service public et qu'elle contribue à son équilibre financier ou permet d'amortir les investissements réalisés (v. CE, 4 juin 1954, *Dame Berthod*, au rec. p. 335 : activité de vente de fournitures funéraires, accessoires au monopole des pompes funèbres, *« tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population »* ; CE, 23 mai 2003, *communauté de commune Artois-Lys*, n°249995 : création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome, qui *« contribue à l'équilibre financier global du service d'assainissement non collectif assuré par cette collectivité »*).

2.4. Le cas particulier de la candidature à un contrat de la commande publique

Une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de concession pour répondre aux besoins d'une autre personne publique (avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc.). Doivent alors être respectés tant les exigences relatives à l'égal accès à la commande publique que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 (aujourd'hui codifiée au livre IV du code de commerce).

La candidature d'une collectivité locale et d'un EPCI à un contrat de commande publique doit répondre à un intérêt public, c'est-à-dire qu'elle doit constituer le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission (CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563 ; CE 14 juin 2019, n°411444, *Société Vinci construction maritime et fluvial*).

Le code de la commande publique codifie ce principe en prévoyant que tout opérateur économique est libre d'accéder aux contrats de la commande publique. Or « Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personne doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services » (Code de la commande publique, art. L. 1220-1).

La Cour de justice a, pour sa part, réservé dans les motifs d'un arrêt la possibilité d'exclure un soumissionnaire public au cours d'une procédure de sélection par appel d'offres s'il s'avère que celui-ci bénéficie d'une aide d'État incompatible avec le traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale est susceptible de mettre en danger sa situation financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises (CJCE, 7 décembre 2000, *Arge*, aff. C-94/99) ; mais en soi, le fait pour un candidat de bénéficier d'une aide d'État compatible avec le Traité ne l'empêche pas de soumissionner à un marché public (CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-universitaria du Careggi-Firenze*, aff. C-568/13).

3. Les modalités de l'exercice d'activités économiques

Une fois admise dans son principe, l'intervention d'une personne publique sur un marché concurrentiel ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle elle se trouverait par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci (décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.).

De même, s'agissant de la candidature d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public territorial de coopération à un contrat de la commande publique, une fois admise dans son principe

« *cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence : qu'en particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ;* » (CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC* préc.).

3.1. L'applicabilité de principe du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou nationale, s'applique aux personnes privées comme publiques.

En droit interne, les décisions de section du Conseil d'État *Fédération française des sociétés d'assurance* (8 novembre 1996, n° 122644) et *Société intermarbres* et *Million et Marais* (3 novembre 1997, n° 165260 et n° 169907) ont consacré l'application de ce droit à l'ensemble de l'action administrative, notamment lorsqu'une autorité publique intervient sur un marché concurrentiel.

L'article L. 410-1 du code de commerce, qui introduit le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose que : *« Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public »*.

Ainsi, les dispositions de l'article L. 420-2 du même code, notamment, s'appliquent également aux opérateurs publics : *« (…) Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme ».*

En droit de l'Union, les outils classiques du droit de la concurrence s'appliquent aux entités publiques, quels que soient leur statut et leur mode de financement. En effet, dès lors que celles-ci exercent une activité économique dans un secteur concurrentiel, elles constituent des entreprises pour l'exercice de cette activité (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff. C-41/90, pts 21 à 23). A ce titre, les entités publiques concernées sont soumises aux règles du traité en manière de concurrence, notamment celles relatives aux aides d'Etat figurant aux articles 107 et 108 du TFUE.

3.2. Les risques concurrentiels tenant à la situation particulière des personnes publiques

La présente fiche expose les éléments essentiels en ce domaine (v. pour des développements complets sur la question, *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs*, « Partie II. La pratique de l'Autorité en matière d'analyse concurrentielle des projets de textes normatifs », mis en ligne sur le site internet de l'Autorité de la concurrence).

3.2.1. Nature des risques

La notion de « situation particulière » fait référence à la nature publique de la personnalité morale qui emporte une série de conséquences spécifiques, tenant notamment au régime de la propriété publique, à l'inapplicabilité du droit des procédures collectives, voire à l'existence d'une garantie implicite. Ces

éléments ne disqualifient pas par eux-mêmes la démarche de la personne publique.Cependant, la légalité sera subordonnée à la condition qu'elle ne s'accompagne d'aucune pratique anticoncurrentielle. L'existence d'une telle pratique s'apprécie concrètement, au regard du comportement adopté par l'opérateur public et de son incidence sur le marché. L'autorité de la concurrence rappelle ainsi que si « le statut des personnes publiques ne fait pas obstacle par lui-même à ce qu'elles interviennent sur un marché, le libre jeu de la concurrence est en revanche susceptible d'être faussé lorsque ces personnes bénéficient de facilités ou d'avantages dont ne disposent pas leurs concurrents sur ce marché » (Aut. conc., avis 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international, § 69).

La principale difficulté provient de l'exécution simultanée de missions de services publics confiées à un opérateur public en situation concurrentielle. Il ne doit pas exploiter de façon abusive sa position dominante, par exemple en tirant des avantages particuliers de son statut, de sa position particulière ou de ses modalités de fonctionnement ou qui découleraient des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

A cet égard, les prix prédateurs et les subventions croisées constituent des pratiques prohibées qui sont susceptibles de concerner tout particulièrement les opérateurs publics (CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91 ; Aut. conc. avis n° 14-A-10, pt. 57, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international ; avis n° 14-A-11, pt. 60, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière ; avis n° 14-A-12, pt. 35, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement des entreprises).

L'interdiction des prix prédateurs constitue une infraction de droit commun des abus de position dominante. Les prix sont considérés comme prédateurs lorsqu'ils sont inférieurs à la moyenne des coûts variables ou, s'ils sont supérieurs à la moyenne des coûts variables mais inférieurs à la moyenne des coûts totaux, lorsqu'ils ont été fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo*, aff. C-62/86). Pour tenir compte des particularités de pratiques issues des opérateurs publics exerçant à la fois une activité de service public et une activité purement concurrentielle, ce test dit de « prédation », *« tient compte non plus de la moyenne des coûts variables mais de la moyenne des coûts incrémentaux, c'est-à-dire des coûts évitables dans l'hypothèse où l'activité concurrentielle serait abandonnée »* (avis n° 14-A-12, pt. 34, préc.).Cette approche est également validée par la Cour de justice (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10). Une telle grille d'analyse implique de pouvoir isoler les coûts liés à la réalisation de l'activité concurrentielle de ceux liés à la mission de service public (v. *infra, Séparation comptable*).

Doit être également proscrite par les personnes publiques la pratique des subventions croisées, qui constitue un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code du commerce (Aut. Conc. Avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004, relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise, §39). Elle consiste à utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources procurées par une activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque, même sans entraîner de prix prédateurs, la subvention a pour conséquence une perturbation durable du marché (Cons. Conc., décembre n° 00-D-47, 22 novembre 2000, relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public).

3.2.2. Prévention de ces risques

Séparation comptable

Dans l'hypothèse où la personne publique agit dans le secteur concurrentiel, l'autorité de la concurrence recommande aux personnes publiques de produire une comptabilité analytique fiable et transparente en assurant une séparation comptable de l'exercice des missions de service public ou sous monopole et des activités commerciales sur un marché concurrentiel (v. pour une régie directe, avis n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général ; v. également pour les activités de blanchisserie exercées pour des tiers par des établissements publics de santé : avis n° 14-A-11, 31 juill. 2014, pts 84 et suivants).

La mise en place d'une comptabilité analytique résulte dans certains cas d'une exigence textuelle. Ainsi, la directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000[1] modifiant la directive 80/723/CE du 25 juin 1980, transposée par l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 et son décret d'application n° 2004-1243 du 23 novembre 2004, généralise désormais l'obligation de séparation comptable à l'ensemble des entreprises du secteur dont les prestations de services sont susceptibles d'affecter sensiblement les échanges au sein de l'Union européenne (art. 2 de l'ordonnance). Elles doivent tenir des comptes séparés pour, d'une part, leurs activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et, d'autre part, leurs activités de service public pour lesquelles elles reçoivent une compensation. Certains organismes publics sont par ailleurs spécialement assujettis à cette exigence par des textes normatifs sectoriels (par ex. les chambres de commerce et d'industrie (CCI), en vertu de l'article L. 710-1 du code de commerce ; les établissements publics de santé, en vertu de l'article R. 6145-7 du code de la santé publique ; v. également pour les entreprises de transport ferroviaire et les gestionnaires d'infrastructures ferroviaires, les obligations de séparation comptables prévues par les articles L. 2122-4, L. 2123-1-1, L. 2144-1 et L. 2144-2 du code des transports).

La transparence comptable favorise l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts, susceptibles de protéger une régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, mais aussi de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs (CE, avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n°222208 préc., qui précise qu' « *(…) un établissement public [ne doit] pas bénéfici[er], pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et (…) qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* » (confirmation par la décision *Société Armor SNC*, préc.).

Par exemple, la distribution par les agents du Trésor de produits d'assurance et de prévoyance est légale dès lors qu'elle ne s'exerce que *« dans les conditions du droit commun, selon des modalités financières compatibles avec les règles normales de concurrence, sans utiliser les moyens dont le Trésor dispose dans l'exercice de ses fonctions régaliennes et sans confusion entre ces différentes activités »* (CE, 28 mars 2001, *Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance*, n° 155896).

De même, en matière de candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique, le Conseil d'Etat prévoit que, lorsque l'offre de la personne publique est inférieure aux offres proposées par les autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur et, en cas de recours, au juge, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris

[1] La directive 2000/52/CE a été « codifiée » dans la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JOCE L 318, 17 novembre 2006).

en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence (CE 14 juin 2019, n°411444, *Société Vinci construction maritime et fluvial)*.

De façon plus générale, la comptabilité analytique permet de vérifier que les tarifs pratiqués par les personnes publiques ne perturbent pas le jeu de la concurrence. Ainsi, s'il est admis que la personne publique puisse faire des profits, notamment en mettant à disposition d'opérateurs une base de données, ces droits ne doivent pas faire obstacle par leur caractère excessif à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou offrir une prestation sur un marché (CE, 24 juillet 2006, *Société Cegedim*, n° 247769).

Séparation fonctionnelle

La séparation fonctionnelle peut être également préconisée pour éviter l'utilisation des moyens matériels et humains, et non pas seulement financiers, mis à la disposition de l'activité de service public au profit de l'activité concurrentielle. Ainsi, le libre jeu de la concurrence ne doit pas être faussé par le cumul d'activités économiques et de fonctions de régulation sur le même marché (Aut. conc. n° 14-A-10, précité, qui concerne Ubifrance qui gérait à la fois une procédure de labellisation de certaines entreprises françaises et une procédure d'octroi de subvention à des opérateurs qui étaient ses concurrents sur le secteur de l'accompagnement à l'international).

La Cour de justice a également jugé contraire à l'article 106 du TFUE le fait de *« confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils »*, car cela *« revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents »* (CJCE, 13 décembre 1991, *RTT / GB-Inno-BM SA,* aff. C-18/88, point n° 25).