

Considérations générales

Collectivités publiques et concurrence



Les considérations générales du Conseil d'État sur **les collectivités publiques et la concurrence** ont été rédigées par Marcel POCHARD, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours de Frédéric BEREYZIAT ; Béatrice BOURGEOIS ; Gaëlle DUMORTIER ; Mathieu HERONDART ; Claire LANDAIS ; Frédéric LENICA ; Philippe LOGAK ; Aurélie ROBINEAU ; Maud VIALETES ; Laurent WAUQUIEZ-MOTTE.



Sommaire

Introduction	219
Première partie	
Les conditions d'exercice par les personnes publiques d'une activité économique sur un marché	223
I-1. Les pratiques des personnes publiques qui exercent une activité économique sur un marché sont soumises aux exigences du droit de la concurrence	225
1.1. Droit communautaire et droit interne convergent pour soumettre les activités économiques des personnes publiques au droit de la concurrence	226
1.2. Il s'ensuit que les pratiques anticoncurrentielles des personnes publiques sont soumises en principe au contrôle des autorités de la concurrence dans les conditions de droit commun	234
1.3. Toutefois, en cas de pratiques indissociables d'un acte administratif, le droit français confie le contrôle au juge administratif, qui fait alors application du droit de la concurrence au même titre que des autres règles de droit	244
I-2. D'autres règles encadrent plus généralement l'exercice d'une activité économique par les personnes publiques	251
2.1. La neutralité du droit communautaire	251
2.2. En droit interne : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de spécialité	252
2.3. La portée actuelle de ces principes	262
I-3. En toute hypothèse les personnes publiques doivent pouvoir justifier clairement de leurs conditions d'intervention ...	266
3.1. Le régime juridique des personnes publiques n'est pas en principe incompatible avec la liberté de la concurrence	267
3.2. Le risque de méconnaissance des règles de la concurrence de la part des personnes publiques invite à des formules de séparation comptable ou même juridique entre activités de service public et activités économiques sur un marché	273
Deuxième partie	
La portée des obligations de publicité et de mise en concurrence dans le droit de la commande publique	281
II-1. Le poids des règles de publicité et de mise en concurrence s'est fortement accru au cours des quinze dernières années	283
1.1. L'évolution du droit interne	283
1.2. Les principes posés par les directives européennes	286



1.3.	L'application vigilante des règles de la commande publique par le juge national et par le juge communautaire	292
II-2.	Les limites incertaines du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence	298
2.1.	Les difficultés de qualification du contrat	300
2.2.	La voie étroite des prestations « <i>in house</i> »	307
2.3.	Le recours à un prestataire de services bénéficiaire d'un droit exclusif	312
2.4.	Le cas particulier des concours techniques des services de l'État aux collectivités locales	316
2.5.	Le partenariat entre personnes publiques et personnes privées ainsi qu'entre personnes publiques	318
II-3.	Le contenu du droit de la commande publique doit mieux concilier efficacité et régularité de l'achat public	328
Troisième partie		
La conciliation du fonctionnement concurrentiel des marchés et de l'exercice, par les personnes publiques, de leurs prérogatives		
		333
III-1.	Prérogatives des autorités publiques en matière de services publics industriels et commerciaux et concurrence	337
1.1.	La création de services publics industriels et commerciaux ...	340
1.2.	Le choix du mode de gestion	341
1.3.	L'attribution de droits exclusifs ou spéciaux	343
1.4.	Le financement du service public	350
III-2.	Intervention des autorités publiques dans le fonctionnement du marché et concurrence	356
2.1.	Les prérogatives des autorités publiques en matière de réglementation des activités économiques	356
2.2.	Les aides d'État	365
2.3.	Le contrôle des concentrations et la régulation	371
III-3.	Police administrative, gestion du domaine public et concurrence	374
	Conclusion	383



En ratifiant le Traité de Rome du 25 mars 1957, la France s'est engagée sur le principe explicité en 1992 par le traité de Maastricht d'une politique économique « *conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* », dont le traité a prévu la mise en œuvre, notamment par le pouvoir conféré à la Commission européenne de veiller à l'application des règles de concurrence applicables à toutes les entreprises et d'un régime des aides d'État.

Cet engagement à promouvoir le jeu de la concurrence a été confirmé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a tout d'abord posé le principe que les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, ensuite défini, pour toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, des pratiques anticoncurrentielles prohibées que le Conseil de la Concurrence, autorité administrative indépendante, a le pouvoir de sanctionner pécuniairement, et enfin fixé un régime de contrôle par le ministre chargé de l'économie, des concentrations de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante, régime qui vient d'ailleurs d'être renforcé par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Ce double socle juridique exprime un large consensus sur l'idée qu'il appartient à la puissance publique, à la fois au niveau communautaire et au niveau national, d'assurer une « *police des marchés* », que le libre jeu de l'offre et de la demande ne permet pas toujours d'assurer de façon naturelle et stable. La concurrence apparaît ainsi, en tant que garantie de la meilleure efficacité dans l'utilisation des ressources, être un élément de l'intérêt général.

Cependant, au-delà de ce consensus de principe sur la promotion d'une économie de marché ouverte à la concurrence et sur la légitimité d'une organisation et d'une régulation de cette concurrence par la puissance publique au niveau institutionnel approprié, sont apparus depuis une dizaine d'années divers problèmes liés non seulement aux décisions et propositions de la Commission européenne de faire un large usage des dispositions du traité relatives à la concurrence notamment aux fins de procéder à la libéralisation des services dans le secteur des monopoles publics en réseau, mais plus généralement à l'utilisation du droit de la concurrence par les entreprises privées comme arme dans la compétition économique et au développement de la jurisprudence communautaire et nationale sur ce sujet.

L'idée de concurrence, porteuse des valeurs sociales de liberté et de rationalité économique, s'est en fait propagée comme une onde et a heurté d'autres valeurs telles que l'égalité, la solidarité et la sécurité portées par les collectivités publiques dans tous les pays de la Communauté européenne, fût-ce de façon non homogène, et traditionnellement résumées en France dans l'idée de service public. Il s'en est suivi diverses prises de position qui ont conduit à un approfondissement de la réflexion collective.

Ainsi, à la suite tant d'une évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés que des positions prises par le Conseil européen à Cannes en juin 1995, par le Parlement européen dans des résolutions de mai 1996 et par la Commission dans une communication du 11 septembre 1996 sur « *les services d'intérêt général en Europe*¹ », le nouvel article 16 du traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité d'Amsterdam de 1997, dispose que « ... eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États-membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui lui permettent d'accomplir leurs missions ».

L'ancrage aujourd'hui acquis du concept de service d'intérêt économique général dans les principes du traité est sans aucun doute de nature à dépassionner le débat et à éviter les crispations sur des positions idéologiques. Il n'en dispense pas moins de constater que les administrations publiques – services de l'État, collectivités territoriales, établissements publics – doivent déjà et devront de plus en plus intégrer dans leur réflexion la question de savoir si leur action, dans son principe ou ses modalités, affecte la concurrence entre entreprises privées ou entre elles et celles-ci et, dans l'affirmative, s'il est légitime et pour quels motifs qu'il en soit ainsi.

À cette fin, il est aujourd'hui utile de poser quelques repères forts pour éviter que la dominance d'une pensée qui confère un rôle central à la notion de concurrence dans le développement économique conduise à destabiliser les collectivités publiques sans pour autant mettre fin aux critiques dont elles peuvent être l'objet de la part des entreprises privées et sans faire évoluer positivement la culture administrative.

Telle est l'ambition de ces considérations générales sur le thème « *collectivités publiques et concurrence* », qui visent à prendre un peu de recul par rapport aux jurisprudences récentes, communautaire et nationales, à cerner les problèmes déjà résolus et à identifier les risques de blocage ou d'impasse.

L'analyse et la réflexion peuvent gagner en clarté et en pertinence à s'ordonner à partir des trois situations dans lesquelles les collectivités publiques sont amenées à se trouver.

1 - JOCE n° C 281, 26 septembre 1996, p. 3.



La première situation est celle dans laquelle les collectivités publiques interviennent ou souhaitent intervenir sur un marché en exerçant une activité économique, c'est-à-dire en fournissant des biens ou des services. La mission première des collectivités publiques n'est, pas de développer des activités marchandes et, on peut légitimement craindre que, par leur poids, par les moyens dont elles disposent, par le régime qui leur est applicable, et notamment l'absence de risque de mise en liquidation judiciaire suite à une cessation de paiement, elles n'altèrent le libre jeu de la concurrence. La question se pose donc de savoir dans quelles conditions une personne publique peut exercer une activité économique sur un marché.

La deuxième situation est celle où les collectivités publiques sont demandeurs de biens et de services, pour faire face à leurs propres besoins, ou pour répondre aux besoins de la population. C'est tout le domaine de la commande publique, c'est-à-dire des marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que des délégations de services publics. Dans ce domaine, les collectivités publiques sont de plus en plus soumises à une obligation de publicité et mise en concurrence qui répond à un double objectif : protéger les deniers publics et permettre le fonctionnement concurrentiel des marchés. Pour les collectivités publiques, toutefois, cette réglementation constitue une contrainte qui peut être lourde et elle est source d'interrogations de leur part sur les marges dont elles disposent pour travailler avec les structures qu'elles ont créées pour faire face à leurs missions. La question est donc de déterminer jusqu'à quel point les collectivités publiques sont tenues de respecter les règles de publicité et de mise en concurrence pour se procurer les biens et services dont elles ont besoin.

La troisième situation est celle où les personnes publiques agissent comme autorités publiques dotées de prérogatives de puissance publique inhérentes à leur mission spécifique de détermination et de mise en œuvre de l'intérêt général ; ainsi lorsqu'elles procèdent à l'organisation de services publics, lorsqu'elles réglementent une activité économique, lorsqu'elles utilisent leur pouvoir de police administrative ou gèrent le domaine public. On perçoit bien que l'intérêt général, s'il est vrai qu'il intègre la concurrence comme un de ses éléments, se réfère à d'autres valeurs de société, non marchandes, et à un champ d'application sensiblement plus étendu. La question est dès lors de savoir dans quelle mesure l'objectif d'un fonctionnement concurrentiel des marchés affecte les conditions d'exercice par les personnes publiques de leurs prérogatives.



Première partie

Les conditions d'exercice par les personnes publiques d'une activité économique sur un marché

La pratique d'activités qualifiables d'économiques par les collectivités publiques², sous forme de production de biens ou de services, est ancienne et multiforme, dans tous les pays. Dans de nombreux cas, elle correspond à la mission même de ces collectivités, par exemple lorsque celles-ci fournissent des services de base à la population : transports publics, distribution d'eau, d'électricité ou de gaz, collecte et traitement des déchets, desserte postale, téléphonique... ; dans d'autres cas, l'exercice de l'activité économique résulte davantage du poids de l'histoire ou de circonstances qui conduisent telle collectivité territoriale ou tel établissement public à s'engager dans la fourniture d'un bien ou d'un service, dans ce que l'on a qualifié d'« *attrait du marché* »³.

Parmi les nombreux aspects de cet appel du marché, celui qui retient le plus l'attention est la création de filiales : les établissements publics à caractère industriel et commercial comme EDF, la SNCF ou La Poste sont aujourd'hui, en vertu d'une logique à la fois de diversification, de sous-traitance et d'internationalisation de leurs activités qui a une dynamique propre très forte, actionnaires de nombreuses filiales, très largement régies par le droit privé et se trouvent parfois à la tête de véritables groupes industriels⁴.

L'État lui-même et les collectivités territoriales n'échappent pas à ce phénomène au travers notamment des sociétés d'économie mixte au nombre d'environ 1 300, qui interviennent dans de multiples domaines : équipement, maîtrise d'œuvre, transports urbains, gestion d'équipements aussi lourds que des palais des congrès, des ports de plaisance, des parcs de loisirs, des remontées mécaniques... Même les établissements publics administratifs sont concernés : le CNRS, les universités, les hôpitaux... peuvent créer avec des entreprises privées des filiales, par exemple pour exploiter des brevets.

2 - Sur la notion de collectivités publiques et d'administrations publiques, voir Pierre-Laurent Frier, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2001, p. 1 à 12.

3 - Didier Truchet « Les personnes publiques disposent-elles en droit français de la liberté d'entreprendre ? » Dalloz Affaires n° 24-1996, p. 731

4 - Voir « les entreprises publiques deviennent des groupes internationaux », La lettre du Groupe d'intérêt économique Mutations des industries et des services (GIPMS), septembre 2001.

La diversité des activités de production de biens ou de services au-delà des grands services publics ainsi exercées par les collectivités publiques est mise en évidence par les cas sur lesquels les juridictions ou le Conseil de la concurrence ont été amenés à se prononcer au cours des dernières années : construction de navires civils par la Direction des chantiers navals ⁵, organisation d'un système d'informations géographiques pour un district urbain par l'Institut géographique national (IGN) ⁶, fourniture de renseignements météorologiques destinés à la navigation aérienne pour la Météorologie nationale ⁷, fourniture de prestations complémentaires au service extérieur des pompes funèbres par une commune ⁸, édition d'une publication à destination des consommateurs par l'Institut national de la consommation ⁹, organisation de l'éclairage public des villes par EDF ¹⁰, fourniture d'éléments de mobilier par la Société française des jeux, ¹¹ développement d'une activité de messagerie par la SNCF au travers de sa filiale SERNAM, offre de services financiers par La Poste, ¹² édition d'ouvrages nautiques par le service hydrographique et océanographique de la Marine ¹³, intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production du bitume et des travaux routiers ¹⁴, intervention dans le secteur de la formation professionnelle de plusieurs services ou organismes publics ¹⁵... Si l'on remonte plus loin dans le temps on peut citer l'exercice d'activités de réparation et d'entretien des installations et de location d'appareils ménagers par GDF ¹⁶ ou la fabrication et la vente de cartouches de chasse par une poudrière ¹⁷.

Cette simple énumération ne donne pas une idée du poids réel de l'interventionnisme économique des collectivités publiques sous forme de production de biens et de fourniture de services ; on sait que ce poids est important ; elle

5 - Cass. Com, 14 décembre 1993, *SARL Guy Couach Plascoa*, Bull. civ. IV, n° 412, p. 352.

6 - CE., 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard consultants*, n° 222208, à paraître au recueil. RFDA, 1^{er} février 2001, p. 112, conclusions Bergeal ; AJDA, 1^{er} décembre 2000, chr. Guyomar-Collin ; CJCE, 1^{er} février 2001, p. 58, Comm. Degoffe et Dreyfus.

7 - Cons. Conc, 13 mai 1992, *Météorologie nationale*, n° 92D35, BOCCRF 4 juillet 1992, p. 987.

8 - Cons. Conc, 16 décembre 1997, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille, n° 97D92.

9 - Cons. Conc, 28 novembre 2000, décision relative au comportement de l'Institut national de la consommation, n° 00D54.

10 - Cons. Conc, 22 novembre 2000, décision relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public, n° 00D47.

11 - Cons. Conc, 5 mars 2001, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la Société française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et de mobilier de comptoir, n° 00D50.

12 - Cons. Conc, 25 juin 1996, avis relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence, n° 96A10.

13 - Cons. Conc, 25 février 1997, avis n° 97A10, BOCCRF 18 novembre 1997.

14 - Cons. Conc, 8 décembre 1999, avis relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers, n° 99A21, BOCCRF 31 mars 1999, p. 172.

15 - Cons. Conc, 12 décembre 2000, avis relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la Formation professionnelle, n° 00A31.

16 - Trib. Com., Nice, 28 mai 1954, *Syndicat des négociants en quincaillerie c/ Gaz de France*, D. 1955.297, note L'Huillier.

17 - CE, 13 novembre 1953, *Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, munitions et articles de chasse*, Rec., p. 487, D. 195.553, note Reuter.



permet du moins de mesurer la variété des situations possibles et, par-delà, la réalité des problèmes concrets de concurrence que cet interventionnisme peut poser et donc l'importance du régime applicable aux collectivités publiques, lorsqu'elles pratiquent une telle forme d'interventionnisme économique¹⁸.

S'agissant de ce régime, une règle de base doit être rappelée : dès lors que les collectivités publiques exercent une activité économique, sur un marché, leurs pratiques sont soumises aux exigences du droit de la concurrence (I-1). Cette règle de base du droit communautaire et national ne résume toutefois pas tout le droit applicable, en ce cas, aux collectivités publiques. Un ensemble d'autres règles, d'ordre essentiellement interne, encadre plus généralement cet interventionnisme économique des collectivités publiques (I-2). Règles tirées du droit des pratiques anticoncurrentielles et règles plus générales applicables aux personnes publiques intervenant sur un marché doivent conduire celles-ci à pouvoir justifier clairement de leurs conditions d'intervention (I-3).

I-1. Les pratiques des personnes publiques qui exercent une activité économique sur un marché sont soumises aux exigences du droit de la concurrence

Dès lors que les personnes publiques exercent une activité économique sur un marché en fournissant des biens ou des services, il leur est fait application, comme à tout opérateur économique, des règles du droit de la concurrence, c'est-à-dire essentiellement, de la prohibition des ententes anticoncurrentielles et des abus de position dominante. Et si dérogation il y a, eu égard au fait que l'entreprise est chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général, ces dérogations sont strictement limitées, comme on le verra plus précisément dans la troisième partie, à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de cette mission particulière. Cette soumission des personnes publiques pratiquant une activité économique au droit de la concurrence résulte à la fois du droit communautaire, qui en la matière est prééminent, et du droit interne. Il s'ensuit que les pratiques des personnes publiques dans leurs activités économiques sont soumises au contrôle des autorités de la concurrence dans les conditions de droit commun, sous la seule particularité, qu'en cas de pratiques indissociables de l'exercice de prérogatives de puissance publique, le droit interne français en confie le contrôle au juge

18 - Sur les relations entre le droit public et la concurrence, voir Bernard Stirn « Droit public et concurrence », *Mélanges Claude Champaud*, Dalloz 1997, p. 2.

administratif, qui fait alors application du droit de la concurrence, au même titre que des autres règles du droit.¹⁹

1.1. Droit communautaire et droit interne²⁰ convergent pour soumettre les activités économiques des personnes publiques au droit de la concurrence

a) Le droit communautaire

Le traité instituant la Communauté européenne, dans ses articles 81 et 82 CE²¹ prohibant les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante et 86 CE (article 90 du traité CE) relatif aux droits exclusifs ou spéciaux, vise la situation et les pratiques d'entreprises, sans toutefois définir la notion d' « entreprise ».

La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) est venue combler ce vide, affirmant le caractère fonctionnel et extensif de la notion d'entreprise.²² Pour la Cour, constitue une entreprise toute « entité qui exerce une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement²³ ». La CJCE a également jugé que la notion d'activité économique s'appliquait à toute activité qui consiste à offrir des biens et des services sur un marché donné et, plus encore qu'en règle générale, une activité présente un caractère économique lorsqu'elle est susceptible d'être exercée, du moins en principe, par un opérateur privé dans un but lucratif²⁴. Le droit de la concurrence s'applique dès lors aux cas dans lesquels une personne publique (État, collectivités territoriales, établissements publics ...) se comporte comme une entreprise, en exerçant une activité économique et, à plus forte raison, à une entreprise publique, qu'elle ait le statut d'établissement public industriel et commercial ou de société à capitaux publics majoritaires, ou à une entreprise privée gérant un service public.

Ainsi, la Cour a-t-elle qualifié d' « entreprise », dans l'affaire *Höfner* précitée, un bureau public de placement de main-d'œuvre, l'office allemand pour l'emploi. Elle a, de même, qualifié d' « entreprise » « un organisme à but non lucratif gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi, à titre facultatif et fonctionnant

19 - Sur tout ce sujet, voir Nicolas Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, thèse de doctorat, Université de Paris I, juin 2001, à paraître aux éditions L'Harmattan ; Stéphane Destours, *La soumission des personnes publiques au droit interne, de la concurrence*, thèse de doctorat, Litec 2000.

20 - Par droit communautaire et droit interne, il convient d'entendre droit d'origine communautaire et droit d'origine nationale.

21 - Conformément à la méthode de citation des articles du traité instituant la Communauté européenne (CE), à la suite de leur renumérotation par le traité d'Amsterdam, lorsqu'il est fait référence à un article du traité tel qu'en vigueur après le 1^{er} mai 1999, le numéro de l'article est immédiatement suivi des deux lettres CE ; lorsqu'il est fait référence à un article tel qu'en vigueur avant le 1^{er} mai 1999, ce numéro de l'article est suivi de l'indication « du traité CE ».

22 - Voir Sylvie Hennion-Moreau « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 11 novembre 2001, p. 957.

23 - CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elner c/Macrotron*, C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, point 21.

24 - CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, C-118/85, Rec. 1987, p. 2599.



*dans le respect de règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation*²⁵ ». Le Conseil d'État a tiré toutes les conséquences de cet arrêt²⁶. La Cour a repris la même jurisprudence à propos des fonds professionnels de pensions ou, pour reprendre ses termes, à propos « *d'un fonds de pensions chargé de la gestion d'un régime de pension complémentaire, instauré par une convention collective conclue entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur déterminé et auquel l'affiliation a été rendue obligatoire, par les pouvoirs publics, pour tous les travailleurs de ce secteur* »²⁷. La Cour a également jugé que l'exercice par un organisme public d'un pouvoir normatif de droit public, dès lors qu'il « *est strictement limité à la fixation de tarifs et des modalités des prestations fournies aux usagers* », ne faisait pas perdre à « *l'entité* » son caractère d'« *entreprise* »²⁸.

L'absence de but lucratif n'exonère pas du respect des règles de la concurrence et ne permet pas d'écarter le qualificatif d'entreprise. La Cour l'a affirmé avec beaucoup de vigueur à propos des fédérations sportives en relevant que « *constitue une activité économique toute activité, même en dehors de la recherche de bénéfices, qui participe aux échanges économiques* », dans une affaire concernant la distribution de forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football, en 1990²⁹.

La circonstance que l'entité en cause se soit vu confier la gestion d'un service public ne change pas la situation. En effet, le traité CE prend soin de préciser, dans son article 86-2, que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence* ». Cet article stipule seulement que, pour ces entreprises, cette soumission aux règles du traité intervient « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». Ces limites seront plus particulièrement analysées dans la 3^e partie des présentes considérations.

La CJCE a cependant, dans les dix dernières années, explicitement reconnu deux limites à la notion d'entreprise : la première concerne les organismes publics qui exercent une activité relevant de prérogatives de puissance publique ; la seconde concerne les organismes exerçant des missions dans le champ social. Tous ces organismes ne sont pas regardés comme des entreprises au sens des articles 81, 82 et 86 CE et ne sont donc

25 - CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a. c/ministre de l'agriculture et de la pêche*, C-244/94, Rec. 1995, p. I-4015.

26 - CE, Section, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441 ; CJEG, juin 1997, p. 232, concl. Bonichot.

27 - CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751 ; CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98, Rec. 2000, p. I-6451.

28 - CJCE, 20 mars 1985, *Italie/Commission*, 41/83, Rec. 1985, p. 873, concl. Darmon.

29 - Commission européenne, décision 92/521/CEE du 27 octobre 1992 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CE, distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990, JOCE 1992 L326, p. 31 ; voir sur le sujet Bernard Geneste : « Les fédérations sportives face au droit de la concurrence », RAE -LEA. 1999, p. 147.

pas soumis au droit communautaire de la concurrence parce qu'ils ne peuvent être regardés comme exerçant une activité « économique », autrement dit une activité marchande.

Pour ce qui est des organismes exerçant une activité de puissance publique, le principe de l'exclusion du champ d'application du droit communautaire de la concurrence et les critères correspondants ont été posés par une décision concernant *Eurocontrol*, organisation internationale chargée du contrôle aérien en Europe et, plus particulièrement, de la formation du personnel, de la perception des redevances de route auxquelles sont assujettis les usagers de l'espace aérien et de l'activité opérationnelle de contrôle de la navigation aérienne dans l'espace européen. La Cour de justice des Communautés européennes a relevé que cet organisme public international assure « pour le compte des États contractants, des missions d'intérêt général dont l'objet est de contribuer au maintien et à l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne. Contrairement à ce que soutient SAT, l'activité d'Eurocontrol relative à la perception des redevances de route, qui est à l'origine du litige au principal, n'est pas détachable des autres activités de l'organisation. Ces redevances ne sont que la contrepartie, exigée des usagers, pour l'utilisation obligatoire et exclusive des installations et services de contrôle de la navigation intérieure ».

En conséquence, « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, se rattachent à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elles ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité ³⁰ ».

Cette jurisprudence relative au service du contrôle et de la police de l'espace aérien a été étendue au service public de lutte contre la pollution marine. À propos d'une entreprise bénéficiant d'une délégation de la part d'une autorité portuaire publique, afin de remplir le service obligatoire de surveillance et d'intervention rapide destiné à protéger le domaine maritime contre d'éventuelles pollutions dues aux déversements accidentels d'hydrocarbures dans la mer, la CJCE a relevé ³¹ qu'une telle activité de surveillance, parce qu'elle se rattache par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement, « qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique », ne présente pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité, même dans l'hypothèse où les usagers du port doivent acquitter une redevance destinée à financer cette activité. Dans le domaine sportif, la constitution d'équipes sportives nationales est considérée comme étrangère à l'activité économique et donc exclue du champ du droit de la concurrence ³². En revanche, un service de lamanage, chargé des opérations d'amarrage des

30 - CJCE, 19 janv. 1994, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec. 1994, p. I-43.

31 - CJCE, 18 mars 1997, *Calì & Figli c/ Servizi ecologici Porto di Genova*, C-343/95, Rec. 1997, p. I-1547.

32 - CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, 36/74, Rec. p. 1405.



navires dans les ports, présente les caractéristiques d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 CE ³³.

C'est à la même approche qu'il faut rattacher l'analyse faite par le Conseil d'État, sur la base du droit communautaire, à propos des agences financières de bassin, établissements publics administratifs dont la mission consiste, en vertu de la loi, à veiller à l'équilibre des ressources et des besoins en eau dans un bassin ou groupe de bassins déterminé ³⁴ : « *Considérant [...] que les règles fixées à l'article 90 du traité de Rome ne concernent que les « entreprises », qu'elles soient publiques, chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, dotées par l'État de droits spéciaux ou exclusifs [...]; qu'en jugeant que la mission des agences financières de bassin ne consiste pas à intervenir sur un marché de biens ou de services et que ces agences ne constituent ainsi pas des « entreprises » et échappent dès lors aux règles fixées par l'article 90 susmentionné, la Cour [administrative d'appel] n'a pas commis d'erreur de droit* ».

Pour ce qui est des organismes exerçant des missions dans le champ social, on peut d'abord se référer à l'arrêt du 27 septembre 1988 ³⁵ *État belge c/ Humbel*, par lequel la Cour a estimé qu'en établissant et en maintenant un système d'éducation nationale, l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées mais accomplir sa mission dans le domaine social, culturel et éducatif envers sa population et que la nature de cette activité n'est pas affectée par le fait que parfois les élèves ou leurs parents sont obligés de payer des redevances ou des frais de scolarité en vue de contribuer dans une certaine mesure au fonctionnement du système qui est, en règle générale, financé par le budget public. Elle en a déduit que ne pouvaient être qualifiés de services au sens de l'article 59 du traité des cours dispensés dans un institut technique relevant de l'enseignement secondaire dans le cadre du système d'éducation nationale faute de rémunération constituant la contrepartie économique de la prestation en cause. Elle en a jugé de même plus récemment à propos des cours dispensés dans un institut d'enseignement supérieur, dont le financement est assuré pour l'essentiel sur fonds publics ³⁶.

Ce mode de raisonnement a été repris à propos des organismes chargés des régimes légaux et obligatoires de sécurité sociale, dans l'affaire *Poucet et Pistre* du 17 janvier 1993. La Cour a ainsi jugé que : « *Les caisses de maladie ou les organismes du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations. Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique et que, dès lors, les organismes qui en sont chargés ne constituent pas des*

33 - CJCE, 18 juin 1998, *Corsica Ferries France c/Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova e.a.*, C 266/96, Rec. 1998, p. I-4971, PA 12 mars 1999, p. 5, note Arbel et DA 1998 n° 167.

34 - CE, 1^{er} juin 1994, *Letierce*, n° 129727, Rec. p. 278, AJDA 1994 p. 633, conclusions J. Arrighi de Casanova.

35 - CJCE, 27 septembre 1988, *État belge c/Humbel*, 263/86, Rec. 1988, p. 5365.

36 - CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, 263/26, Rec. p. I-6447.



entreprises au sens des articles 85 et 86 du Traité CE ³⁷ ». Telle est également l'analyse du Conseil d'État s'agissant des organismes gérant un régime de sécurité sociale, fondé sur le principe de la solidarité nationale dans le cadre d'une affiliation obligatoire ³⁸.

Mais il n'en résulte pas, comme il a été dit plus haut, que tout organisme de protection sociale échapperait à l'application du droit communautaire de la concurrence. Un tel organisme peut se voir reconnaître la qualité d'entreprise, notamment lorsque le régime qu'il gère est seulement complémentaire ³⁹ et qu'il dispose d'une véritable autonomie de comportement. De même et contrairement aux conclusions de l'avocat général, la Cour a jugé que la circonstance qu'un traitement médical hospitalier soit financé par les caisses d'assurance maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est pas de nature à soustraire un tel traitement du domaine des services au sens de l'article 60 CE, ce qui ne préjuge pas du caractère d'activité économique de l'activité des hôpitaux, publics ou privés ⁴⁰, mais peut en faire craindre les prémices.

b) Le droit interne

L'application aux personnes publiques pratiquant une activité marchande du droit interne de la concurrence résulte très directement des dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ⁴¹, aujourd'hui codifiées à l'article L. 410-1 du Code de commerce, aux termes desquelles « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques, notamment dans le cadre des conventions de délégations de services publics* ». L'État, les collectivités locales et les établissements publics peuvent donc faire l'objet de sanctions pour leurs pratiques anticoncurrentielles et leurs contrats se rapportant à de telles pratiques se trouveraient entachés de nullité. On a cité plus haut de nombreux exemples de cette application du droit de la concurrence à des personnes publiques.

37 - CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre c/AGF et Cancava*, C-159/91, Rec. 1993, p. I-637, voir aussi CJCE, 22 janvier 2002, *Instituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, C-218/00, à paraître.

38 - CE, Section, 12 février 1997, *Fédération des mutuelles de France*, Rec. T p. 728. CE, 21 octobre 1998, *Syndicat SOS Action santé*, n° 188682. CE, 10 novembre 1999, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 203779.

39 - Sur l'ensemble de la question, voir L. Idot, « Droit social et droit de la concurrence », Europe, novembre 1999, p. 4.

40 - CJCE, 12 juillet 2001, *B.S.M. Smits*, C- 157/99.

41 - L'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique, modifiée à plusieurs reprises jusqu'à son abrogation par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, avait progressivement institué un contrôle des pratiques anticoncurrentielles, en sus de la répression des pratiques frauduleuses par le juge pénal. Ainsi, en 1953 a été créée une Commission technique des ententes et positions dominantes, chargée de donner un avis au ministre pour éventuelle transmission du dossier au Parquet. Puis en 1977 a été créée la Commission de la concurrence, appelée également à donner un avis au ministre sur les comportements anticoncurrentiels des opérateurs économiques, le ministre se voyant doté d'un pouvoir de sanction et d'injonction.



En droit interne, comme en droit communautaire, le critère utilisé est d'ordre fonctionnel et non organique, celui de l'exercice d'une activité économique en dehors de toute référence « à la qualité de l'opérateur ou à la forme selon laquelle il intervient »⁴² et, comme en droit communautaire, la poussée est forte pour considérer les prestations publiques comme des valeurs marchandes et pour appréhender sous l'angle du droit de la concurrence toute activité, fût-elle d'une collectivité publique, dès lors qu'elle s'exerce dans un cadre où se rencontrent une offre et une demande pour un produit ou un service déterminé.

Les règles de la concurrence s'appliquent ainsi :

- aux activités des personnes publiques dont la mission est, par nature, celle d'un opérateur économique, comme une régie municipale des sports, un établissement public industriel et commercial exploitant un service de remontées mécaniques⁴³, une chambre de commerce et d'industrie gérant un aéroport⁴⁴, l'établissement public national SNCF⁴⁵ ;
- aux activités accessoires de nature économique, exercées par des personnes publiques dont l'activité principale est de nature administrative, ainsi la fourniture d'un bien par un service de l'État⁴⁶ ;
- aux activités des personnes privées chargées d'une mission de service public telles que les fédérations sportives : ainsi à la fédération française de football, lorsqu'elle cède des droits de retransmission sur les manifestations sportives⁴⁷ ou à la fédération française de ski lorsqu'elle commercialise des produits d'assurance destinés à couvrir les risques occasionnés par la pratique du ski⁴⁸.

Il est toutefois, en droit interne comme en droit communautaire, des limites à la qualification d'activité économique et d'entreprise au sens du droit de la concurrence. Ces limites ont donné lieu à débat, à propos de décisions de diverses collectivités publiques, pour lesquelles se posait la question de savoir si ces décisions pouvaient être regardées comme se rattachant à une activité de production, de distribution ou de services, au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce ou devaient être analysées comme des actes administratifs de mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou relatifs à l'organisation d'un service public. Cette question était d'autant plus sensible qu'elle entraîne une différence quant aux modalités de contrôle pesant sur la décision en cause : si l'on est en présence d'une simple activité économique, le contrôle relève, comme nous allons le voir, des autorités dites de la concurrence, Conseil de la concurrence, et sur recours, la Cour d'appel de Paris, puis la Cour de cassation ; si l'on est en présence d'un acte administratif, le contrôle est effectué par la juridiction administrative. Cette différence dans l'organe de contrôle a toutefois vu ses incidences fortement atténuées depuis

42 - CA Paris, *Académie d'Architecture*, 8 février 2000, D. 2000, n° 13.

43 - CA Paris, 26 sept. 1991, *Syndicat local des moniteurs de l'École de ski français de la vallée de Méribel*, BOCCRF 1991, p. 22.

44 - Cons. Conc n° 91-D-51, 19 nov. 1991, ODA, BOCCRF 1991, p. 388.

45 - CA Paris, 21 déc. 1998, BOCCRF 1991, p. 292.

46 - Cass. com. 14 déc. 1993, *SARL Guy Couach Pascoa*, Bull. civ. IV, n° 412, p. 352.

47 - Cass. Com. 1^{er} mars 1994, Bull. civ. IV, n° 91, p. 71.

48 - Cons. Conc., décision n° 94D40 du 28 juin 1994, BOCCRF 16 septembre 1994, confirmée par la Cour d'appel de Paris, 1^{er} juin 1995, *Association des maires des stations de sports d'hiver et d'été et autres c/ Ministère de l'Économie*.



que le juge administratif a fait du droit de la concurrence un élément du contrôle qu'il exerce.

Mais, en dehors de cette question, les autorités de la concurrence et le Conseil d'État n'ont eu que peu l'occasion de se prononcer sur le point de savoir si l'activité de certains organismes devait, en tant que telle, être regardée comme échappant aux règles de la concurrence. Lorsqu'ils ont été amenés à se prononcer, ils l'ont fait selon une ligne très proche de celle du juge communautaire. Ainsi, comme on l'a déjà indiqué, le Conseil d'État a dénié le caractère d'entreprise exerçant une activité économique aux agences de bassins agissant dans le cadre de leur mission et aux organismes gérant un régime de sécurité sociale fondé sur le principe de la solidarité nationale dans le cadre d'une affiliation obligatoire, et inversement a reconnu à un organisme d'HLM le caractère d'entreprise au sens de l'article 82 CE ⁴⁹.

Pour ce qui est des autorités de la concurrence, la question s'est posée devant elles, comme devant le juge communautaire, du caractère d'activité économique ou non, des activités des organismes chargés de la gestion des régimes de sécurité sociale. La Cour de cassation a retenu une solution qui se situe dans le droit fil de celle de la CJCE, en se fondant sur la finalité sociale des régimes de sécurité sociale, pour les exclure du champ du droit de la concurrence ⁵⁰.

En pratique, il n'est pas toujours évident, pour une entité publique, de prendre conscience du fait qu'une partie de l'activité à laquelle elle se livre constitue une activité de production de biens et de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce. Deux exemples peuvent en être donnés, relatifs à la diffusion de données publiques et à la gestion du domaine.

Pour ce qui est de la diffusion de données publiques, c'est-à-dire la communication extérieure de données résultant de l'activité d'une personne publique, la question est de savoir à partir de quel moment on quitte le domaine de la diffusion de données brutes (données élémentaires, sans mise en forme originale), pour passer à celui de diffusion de données élaborées (ayant fait l'objet d'un traitement et d'une valeur ajoutée). La diffusion de données brutes est, en effet, du seul ressort de l'administration ; elle constitue souvent une obligation pour celle-ci, quand il s'agit d'une mission de service public ou de son prolongement ; la diffusion doit souvent même être gratuite quand il s'agit de données essentielles. La diffusion de données élaborées revêt, par contre, un aspect commercial et, la commercialisation de données publiques ne s'inscrivant pas dans la vocation première d'une collectivité publique, la prise en charge d'une telle diffusion par l'administration ne peut dès lors intervenir que dans le cadre des conditions d'ensemble applicables aux personnes publiques pratiquant une activité économique et notamment la condition de ne pas fausser la concurrence. Or, il n'est pas toujours aisé de déterminer la frontière entre les deux types de données ; c'est particulièrement vrai pour l'INSEE, où

49 - CE, 24 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'HLM*, Rec. p. 191.

50 - Cass. Com. *Leduc/CANCAVA*, 6 avril 1993, bull.IV, n°127 ; Cass. Com. *Bonet c/ CANCAVA*, 12 juillet 1993.



les données de base n'ont de sens que regroupées en « *ensembles structurés de documents d'information ayant subi des traitements spécifiques afin de les rendre facilement utilisables et afin que soient respectées les règles du secret et de confidentialité imposées par les textes législatifs et réglementaires en vigueur* »⁵¹. La question est importante, les informations collectées par l'administration représentant une valeur considérable et les conditions de fixation du prix de la diffusion étant évidemment très différentes selon que l'on est en présence de données brutes ou de données élaborées. Le sujet est dans l'ensemble si sensible qu'il a donné lieu en 1994 à une circulaire signée du Premier ministre⁵².

On peut citer le cas analogue de la diffusion, par la Direction de la météorologie nationale (DMN), des informations météorologiques à destination de l'aéronautique. Saisi d'une plainte en abus de position dominante de la part de la DMN, qui avait refusé de vendre lesdites informations à un prestataire de services privé, le Conseil de la concurrence avait estimé que la diffusion de ces informations revêtait un caractère commercial, mais la Cour de cassation a pour sa part jugé que, s'agissant des informations en cause dans le cas d'espèce, qui ne faisaient pas l'objet d'une commercialisation au grand public, il fallait regarder l'activité de DMN comme un service public, ce qui pouvait éventuellement autoriser cette administration à en refuser la vente pour des raisons de sécurité⁵³. La Commission européenne a été confrontée au même problème pour ce qui est d'*Ecomet*, groupement d'intérêt économique constitué d'une vingtaine d'instituts météorologiques nationaux européens. Elle a veillé à une égalité de traitement entre prestataires de services indépendants et branches commerciales de ces instituts en matière d'accès aux informations météorologiques et de facturation de ces informations. Le problème se pose dans des termes très proches de ceux relevés en matière de diffusion, pour ce qui est de l'activité éditoriale des personnes publiques⁵⁴.

Pour ce qui est de la gestion du domaine public, la difficulté est de faire la part entre ce qui relève de l'usage par la personne publique de ses prérogatives de puissance publique et ce qui est simple activité commerciale exercée par elle sur le domaine public. Il convient par exemple de distinguer dans les activités d'un établissement public gérant un aéroport, le service d'assistance en escale aux compagnies aériennes, activité de caractère commercial et l'autorisation donnée à une compagnie d'utiliser l'aéroport pour telle liaison, activité de service public.

51 - Arrêté du 10 octobre 2000 relatif à la mise à disposition du public, pour un usage de rediffusion, des bases de données électroniques de l'INSEE, J.O. du 14 nov. 2000, p. 17959.

52 - Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques.

53 - Conc. conc. Décision n° 92D35 du 4 juillet 1992.

54 - Voir circulaire du 20 mars 1998 relative à l'activité éditoriale des administrations et des établissements publics de l'État.

1.2. Il s'ensuit que les pratiques anticoncurrentielles des personnes publiques sont soumises en principe au contrôle des autorités de la concurrence dans les conditions de droit commun

Dès lors que les personnes publiques peuvent être regardées comme exerçant une activité de production, de distribution ou services, sur un marché, leurs pratiques sont fort naturellement soumises au contrôle des autorités de la concurrence⁵⁵, dans les mêmes conditions que les pratiques des personnes privées, dans la logique illustrée par l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain*⁵⁶, de « l'industriel ordinaire » : lorsqu'une personne publique agit sur le marché comme un « industriel ordinaire », elle doit être assimilée à une entreprise privée et soumise au droit et au juge de ce dernier sous la réserve des pratiques anticoncurrentielles non détachables d'un acte administratif, dans laquelle comme on le verra au point 3, le contrôle se fait au travers de l'acte administratif et est effectué par le juge administratif.

a) Le droit de la concurrence vise, tout particulièrement, en droit interne comme en droit communautaire, deux catégories de pratiques anticoncurrentielles⁵⁷ : les ententes et les abus de position dominante. La signification profonde de ces prohibitions est bien explicitée par le Conseil de la concurrence, dans son rapport de 1989⁵⁸. Le Conseil expose que « *la réalisation du processus concurrentiel suppose que les agents économiques soient dans l'incertitude quant aux décisions que prennent leurs concurrents réels ou potentiels, et prennent des décisions indépendantes les unes des autres* ».

Les ententes sont prohibées par les dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce et par celles de l'article 81 CE qui ont une rédaction proche et donnent lieu à application identique⁵⁹.

L'entente est un concours de volontés entre parties suffisamment indépendantes pour pouvoir décider de manière autonome de leur comportement sur le marché.

55 - Conseil de la concurrence et, sur recours, Cour d'appel de Paris et Cour de cassation, ou le cas échéant Commission européenne et, sur recours, TPI et CJCE.

56 - TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91.

57 - La réglementation de la concurrence ne se limite pas au seul droit des pratiques anticoncurrentielles ; comme il a été dit en introduction, elle comporte également le droit des concentrations et, pour ce qui est du droit européen, le droit des aides d'État ; il faut y ajouter également toute une série de dispositions spécifiques qui sont intervenues dans divers secteurs, à l'initiative des institutions communautaires, notamment dans le cadre de la libéralisation des monopoles publics ; voir sur la question, Michel Bazex « Existe-t-il des règles de concurrence en dehors de l'ordonnance de 1986 ? », *Gaz. Pal.*, n° spécial du 10^e anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986, 12 et 13 fév. 1997, p. 47.

58 - Page XXI.

59 - Article L.420-1 du Code de commerce : « *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...* ». Article 81 CE : « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun...* ».



Il convient de préciser que si certaines ententes sont interdites par elles-mêmes en ce qu'elles portent atteinte au bon fonctionnement de l'économie (accords de boycott ou ententes horizontales sur les prix), il y a des ententes ou accords qui tout en comportant des modalités restrictives de concurrence (filiales communes, groupements d'intérêt économique, contrats de sous-traitance...) ne sont pas prohibés par eux-mêmes, mais peuvent l'être s'ils vont au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'objectif légitime visé par l'accord et s'ils portent une atteinte au jeu de la concurrence sur le marché. C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence des autorités françaises de la concurrence ; le juge communautaire n'admet ce système, dit de la « *règle de raison* », que dans le cadre de la démarche d'exemption, qui exige une notification préalable et une autorisation en vertu des articles 81 et 88-3 CE.

L'accord de volontés peut être exprès ou tacite, résulter d'une structure contractuelle ou organique. L'accord peut être horizontal (il s'agit d'accords entre partenaires économiques situés au même stade de la filière, entre producteurs par exemple) ou vertical (partenaires économiques situés à des stades différents, entre fournisseurs et distributeurs par exemple). Il peut porter sur des obligations formelles (contrat, conditions générales de vente acceptées, convention collective conclue par des syndicats professionnels) ou sur des engagements dépourvus de ce caractère (décision collective de suivre une certaine politique commerciale, recommandations ou avis émanant d'un organisme syndical ou ordinal). L'entente peut être mise en œuvre au moyen d'une structure existante régulière telle une organisation professionnelle, une association, un groupement d'intérêt économique, une coopérative. Enfin, l'entente prohibée peut émaner de toute personne privée ou publique du moment que l'activité en cause entre dans le champ d'application de l'article L 410-1 du Code de commerce.

Pour ce qui est des personnes publiques, les ententes relevées concernent rarement des accords entre personnes publiques, et davantage des accords entre une personne publique et des partenaires privés, auxquels sont consentis, souvent pour de simples contreparties financières, des avantages ou des droits exclusifs. Ainsi, par exemple, de l'accord entre une régie municipale des sports et certains moniteurs, qui garantit une priorité d'accès aux remontées mécaniques pour ces moniteurs et conduit la régie à refuser cet accès public à d'autres moniteurs ; un tel accord constitue, pour le Conseil de la concurrence, une entente irrégulière ⁶⁰.

De nombreux exemples d'ententes ont été relevés dans le secteur du sport :

- cas de la Fédération internationale de football (FIFA) pour avoir confié à un partenaire l'exclusivité de la vente de forfaits touristiques comprenant à la fois le transport, l'hébergement et les billets d'entrée pour une coupe du monde ⁶¹ ;
- cas de la Fédération française de ski, pour avoir mis en place des produits d'assurance destinés à couvrir les risques occasionnés par la pratique du ski et adressés des

60 - Cons. Conc. 12 décembre 1990, *décision conservatoire relative à l'Ecole de ski Snow fun*, n° 90MC12, BOCCRF 29 décembre 1990 et CA Paris, 29 septembre 1994, BOCCRF, 27 octobre 1994, p. 483.

61 - Commission européenne, décision 92/521/CEE du 27 octobre 1992 relative à une procédure au titre de l'article 85 du traité CE, Distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990, JOCE 1992 L326, p. 31.



injonctions à ses comités régionaux pour que ceux-ci prêtent leur concours à l'éviction des produits concurrents. Le Conseil de la concurrence y a vu une pratique concertée entre la Fédération française de ski et ses comités régionaux ⁶² ;

- cas de la Ligue nationale du football (LNF), pour avoir conclu un accord d'exclusivité pour cinq ans avec la société Adidas pour la fourniture des équipements de football aux clubs professionnels participant au championnat de France de première et de deuxième division ⁶³. Le Conseil d'État a été amené, pour sa part, sur le même sujet, à annuler purement et simplement les dispositions du règlement de la LNF contraignant les clubs à faire porter à leurs joueurs les équipements fournis exclusivement par la LNF ⁶⁴ ;
- cas encore de la Fédération française d'escrime, pour avoir confié à un fournisseur de matériels et d'équipements d'escrime un contrat d'exclusivité d'assistance technique, certes après appel à la concurrence, mais comportant une durée et une clause de tacite reconduction ayant un objet anticoncurrentiel et pouvant avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence sur le marché du matériel et de l'équipement d'escrime ⁶⁵.

Un autre domaine où peuvent se trouver directement en cause des personnes publiques est celui des accords professionnels. Les personnes publiques étant le plus souvent mises en cause en qualité d'autorités publiques intervenant pour favoriser l'accord ou l'étendre, ce point sera examiné en troisième partie, mais il peut arriver que l'accord interprofessionnel, conclu au sein d'une organisation interprofessionnelle ayant en droit interne un statut de droit public, soit qualifié d'accord entre entreprises. Ainsi d'un accord conclu dans le cadre du bureau national interprofessionnel du cognac, lequel a été directement condamné par la Commission européenne et par la CJCE ⁶⁶.

C'est cependant au titre des **abus de position dominante**, prohibés par les articles L 420-2 du Code de commerce et 82 CE ⁶⁷, que les personnes publiques sont le plus souvent mises en cause au titre de pratiques anticoncurrentielles. L'abus de position dominante suppose à la fois qu'une position dominante puisse être constatée sur un marché et que, d'autre part, un abus de cette position puisse être relevé. Selon la jurisprudence, *« la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cours, en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des*

62 - Cons. conc., 28 juin 1994, décision relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski, n° 94D40 ; CA Paris, 14 juin 1995, BOCCRF 1995 p. 279.

63 - Cons. conc., décision n° 97D71 du 7 octobre 1997.

64 - CE, 19 novembre 1997, *Société Nike France et Autres*, n° 170660, Rec. Tp. 1094.

65 - Cons. conc., 13 mai 1998, décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'escrime, n° 98D31, BOCCRF 1998 p. 490.

66 - CJCE, 30 janvier 1985, *BNIC c/Clair*, 123/83, Rec. 1985, p. 391.

67 - Article L420-2 du Code de commerce : *« est prohibée ... l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci... 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... »*.



consommateurs⁶⁸ ». Pour qualifier l'abus, les autorités de la concurrence ont développé une conception que l'on peut qualifier d'objective, en ce qu'elle s'attache aux effets du comportement litigieux. Les comportements abusifs sont ceux « *de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en position dominante, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle ... au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence*⁶⁹ ».

L'abus de position dominante constitue le « *risque majeur* »⁷⁰, que courent les collectivités publiques intervenant sur un marché, en raison même de leur poids, de leurs moyens et de leur régime juridique. C'est particulièrement vrai pour les entreprises en situation de monopole ou de quasi-monopole, de droit ou de fait.

Deux situations peuvent alors se rencontrer. Soit le monopole n'est plus de droit mais subsiste en fait : la position dominante peut être alors exploitée dans des conditions qui ont pour objet ou simplement pour effet de gêner les entrants sur le marché ou même de les évincer. Soit les personnes publiques, à partir de leur activité de monopole légal, développent des activités de diversification tournées vers un marché concurrentiel : il peut se faire alors que la position dominante détenue sur le premier marché soit utilisée pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles sur le second.

Ces situations à risque se présentent tout particulièrement du côté des grandes entreprises de service public en réseau pratiquant des activités marchandes en complément du service public, comme EDF ou GDF, la SNCF, La Poste ou France Télécom. Toutes ces entreprises sont suivies avec une vigilance scrupuleuse, dès qu'elles sortent de leur stricte activité de service public, tant par les entreprises concurrentes qui ne manquent pas de saisir les autorités de la concurrence que par celles-ci agissant de leur propre initiative, ou par les pouvoirs publics eux-mêmes. Ceux-ci ont choisi à plusieurs reprises de saisir pour avis le Conseil de la concurrence sur les conditions d'intervention sur le marché s'imposant à ces entreprises ; ainsi, par exemple, de la diversification des activités d'EDF et de GDF⁷¹, des activités exercées par la SNCF dans le secteur de la messagerie, au travers du service national des messageries SERNAM⁷², du fonctionnement des services financiers de La Poste⁷³.

Le principal risque d'abus de position dominante réside dans l'utilisation d'un réseau commercial amorti par l'activité de monopole ou plus largement l'activité de service public, en vue de développer des activités concurrentielles ou dans ce qu'on appelle les « *subventions croisées* »

69 - CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/Commission*, 27/76, Rec. 1978, p. 207 ; 9 novembre 1983, *Michelin c/Commission*, 322/81, Rec. 1983, p. 3461.

70 - Patrick Hubert, « L'administration et le droit de la concurrence », Cahiers de la Fonction publique, novembre 1999, p. 3.

71 - Avis n° 94A15 du 10 mai 1994, BOCCRF 2 octobre 1994.

72 - Avis n° 95A18, 17 octobre 1995, BOCCRF 28 juin 1996.

73 - Cons. Conc., 25 juin 1996, avis relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la poste au regard du droit de la concurrence, n° 96A10.



permettant une pratique de prix dits prédateurs : les ressources de l'activité de service public sont utilisées pour financer des activités concurrentielles, dont les productions ou services peuvent alors être vendus à un prix si bas (un prix « *prédateur* ») que les autres concurrents, ne pouvant s'aligner, courent le risque d'être éliminés, ce qui, à terme, réduit l'intensité de la concurrence sur le marché. Mais il existe bien d'autres modalités d'abus de position dominante, d'ailleurs énumérées en partie à l'article L. 420-2 du Code de commerce, que l'on peut retrouver de façon plus ou moins caractérisée de la part de collectivités publiques, comme le refus de vente, les ventes liées, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées...

S'agissant du financement des activités concurrentielles au travers de l'activité de service public, la question a été tout particulièrement rencontrée à propos des grandes entreprises publiques. Et si à chaque fois qu'elle a été mise en cause, La Poste a pu apporter des éléments lui permettant de justifier ses pratiques, plusieurs procédures ont abouti en ce qui concerne EDF ou France Telecom, ce qui peut permettre d'illustrer des cas concrets de subventions croisées. Ainsi, EDF a été regardée comme ayant abusé de sa position dominante en proposant à une ville une offre concernant l'éclairage public à un prix particulièrement bas, ce qui a dissuadé la ville de procéder à un appel d'offres pour cette prestation et a permis à EDF d'emporter le marché, ainsi qu'en concluant avec des communes, pour l'entretien et la maintenance de leur éclairage public, des conventions d'une durée excessive et en insérant des clauses de dénonciation qui rendent plus difficile le recours à un autre prestataire ⁷³.

Le problème des subventions croisées se rencontre aussi fréquemment en matière de valorisation commerciale par les personnes publiques des informations qu'elles ont la charge de collecter, d'une richesse considérable et qu'elles sont tentées d'exploiter au-delà même des exigences de service public. Le risque d'abuser d'une position dominante est particulièrement élevé lorsque d'autres opérateurs ont recours à l'information administrative brute pour alimenter leurs propres activités de vente d'informations enrichies. De telles situations ont été rencontrées pour des entreprises publiques, comme France Telecom, dans le cas de la commercialisation de certaines listes d'abonnés au téléphone, vendues à un prix trop élevé à des fabricants de listes de prospects, concurrents de l'opérateur public qui se livraient également à de telles activités d'aval ⁷⁴.

Mais des administrations au sens le plus classique du terme peuvent aisément se trouver dans la même situation : tel est le cas du Service hydrographique et cartographique de la marine (SHOM) à propos duquel, saisi pour avis, le

73 - Cons. Conc., 22 novembre 2000, décision relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public, n° 00D47.

74 - Par exemple, Cons. conc., 29 septembre 1998, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la Société France Telecom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, n° 98D60, BOCCRF 29 janvier 1999, annulée mais confirmée quant à la solution de fond par CA Paris, 29 juin 1999.



Conseil de la concurrence écrit : « *L'intervention du SHOM sur le marché des ouvrages nautiques destinés à la navigation de plaisance, qui constitue un prolongement de sa mission de service public de diffusion de l'information en direction des plaisanciers, est donc susceptible de relever de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* ». Et le Conseil de s'interroger sur les conditions de cession des droits de reproduction des instructions nautiques officielles, indispensables aux éditeurs privés d'ouvrages nautiques, sur le prix de vente au public des ouvrages édités par le service ⁷⁵.

Tel est également le cas de l'INSEE, pour ce qui est de la mise à disposition du public des bases de données qu'il détient. Certaines dispositions de l'arrêté du 11 août 1998 fixant les tarifs de cette mise à disposition ont d'ailleurs fait l'objet d'une requête en annulation devant le Conseil d'État de la part de concurrents qui ont au surplus saisi directement le Conseil de la concurrence pour abus de position dominante. Le Conseil d'État a pris soin, sur cette affaire, de saisir le Conseil de la concurrence pour avis ⁷⁶. Il en va de même pour l'Institut géographique national (IGN) qui, comme l'INSEE, vend à des utilisateurs privés les bases de données numériques ou cartographiques qu'il établit et qu'il utilise lui-même pour l'élaboration de certains produits vendus au grand public.

Dans la circulaire précitée du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques, le Premier ministre rappelle aux diffuseurs publics que « *lorsque la diffusion ne relève pas d'une mission de service public, le droit de la concurrence devra être respecté dans les conditions de droit commun. Ainsi, la maîtrise de la production de données publiques par l'administration ne devra pas conduire celle-ci à des pratiques abusives, consistant par exemple à faire obstacle à l'arrivée d'une entreprise privée concurrente sur le marché* ». La circulaire du 20 mars 1998 relative à l'activité éditoriale des administrations et des établissements de l'État, qui vise en particulier la direction des *Journaux officiels*, la direction de la Documentation française, la Réunion des musées nationaux, la Caisse nationale des monuments nationaux, le Centre national de la recherche scientifique, le Centre national et les centres régionaux de documentations pédagogiques et l'IGN, procède au même rappel.

Hors des subventions croisées, des abus de position dominante ont pu être relevés dans des cas les plus divers qui témoignent des multiples voies par lesquelles de tels abus peuvent intervenir :

– ainsi, en matière de service municipal des pompes funèbres, dans le cas d'une régie municipale d'une ville, déclarée avoir favorisé abusivement son service de prestations funéraires au détriment des entreprises concurrentes en entretenant une confusion avec les prestations d'état civil, en n'informant pas suffisamment le consommateur de la distinction entre prestations libres et prestations sous monopole et en fournissant des prestations d'État civil en dehors des heures d'ouverture de bureau, ce que les entreprises privées ne pouvaient faire ⁷⁷. Cette affaire est significative de ce que les comportements abusifs ne consistent pas

75 - Cons. Conc., avis n° 97A10 du 25 février 1997, BO du 18 novembre 1997.

76 - CE, 15 mars 2000, *Société CEGEDIM*, n° 200886, à paraître au recueil.

77 - Cons. Conc., 16 décembre 1997, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille, n° 97D92.



seulement à utiliser les ressources du service sous monopole mais aussi en l'utilisation d'autres prérogatives de la puissance publique, comme en l'espèce, l'utilisation des compétences, pourtant purement régaliennes, en matière d'état civil ;

– ainsi de la Fédération française d'escrime déclarée avoir abusé de sa position dominante, pour avoir refusé aux concurrents de son fournisseur exclusif d'assistance technique, de mettre à leur disposition des stands commerciaux lors des compétitions organisées par ladite fédération et d'inscrire leur nom sur son serveur minitel, alors que cette fédération était le seul opérateur sur le marché des stands commerciaux et sur le marché des espaces publicitaires par voie télématique ⁷⁸ ;

– ainsi de la Société « La Française des Jeux », qui subordonnait l'agrément de ses détaillants à l'acquisition de deux éléments de mobiliers dont elle était le fournisseur exclusif et exerçait des pressions sur plusieurs revendeurs pour les inciter à faire l'acquisition de ce mobilier ⁷⁹.

Une place à part dans ces abus de position dominante doit être faite au régime dit des « infrastructures essentielles »⁸⁰. L'infrastructure essentielle est celle qui, gérée par un opérateur, en général à titre exclusif, conditionne l'accès au marché aval de cette infrastructure. Le gestionnaire d'une telle infrastructure ne doit pas s'en servir pour abuser de sa position dominante sur ce marché aval, en excluant ou en tentant d'exclure toute concurrence sur ledit marché. La Cour d'appel de Paris affirme que : *« lorsque l'exploitant monopolistique d'une structure essentielle est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son concurrent à son égard en établissant un prix d'accès à cette facilité injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs »*. C'est le cas d'une hélistation dont l'exploitation a été confiée à titre exclusif à une société de transports sanitaires. Cette société commet un abus de sa position dominante et de la situation de dépendance, dans laquelle se trouve à son égard une société concurrente de fourniture de transports héliportés, si elle lui impose une tarification injustifiée et discriminatoire pour l'accès à l'hélistation ⁸¹. Il a été fait application de cette notion en matière de délégation de service de l'eau potable. Une entreprise distributrice d'eau potable est propriétaire d'usines de traitement qui lui permettent, selon la Cour d'appel, de fournir l'eau à des conditions exclusives

78 - Cons. Conc., 13 mai 1998, décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'escrime, n° 98D31, BOCCRF 1998 p. 490.

79 - Cons. Conc., 5 mars 2001, décision relative à des pratiques mises en œuvre par la Société française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, n° 00D50.

80 - Marie-Anne Frison-Roche, « Libres propos sur le service public marchand dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle », RJDA, oct 1995, p. 847.

81 - Cons. Conc., 3 septembre 1996, décision *Hélistation de Narbonne*, n° 96D51, BOCCRF 8 janvier 1997 p. 3, confirmée par CA Paris, 9 septembre 1997, BOCCRF 7 octobre 1997 p. 691.



des solutions alternatives ; de ce fait l'entreprise doit, à l'occasion de procédures de passation de conventions d'affermage du service, communiquer à ses concurrents un prix de vente en gros de l'eau potable établi de manière objective, transparente et non discriminatoire en écartant de ce prix tout coût étranger à la production⁸². Cette utilisation limite de la notion d'infrastructure essentielle a entraîné de vives réactions doctrinales⁸³.

Ce régime dit « *des infrastructures essentielles* » trouve un domaine naturel d'application dans les services publics en réseaux où l'interconnexion au réseau (et le tarif de l'interconnexion) constitue la clé de l'ouverture à la concurrence. C'est pour l'essentiel la difficulté de l'organisation de cette interconnexion et de la fixation de son prix qui a justifié la création d'autorités de régulation dans le domaine des télécommunications et de l'électricité et du gaz. On peut s'attendre à ce que, les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'accès par des concurrents de la SNCF au réseau ferroviaire et à divers services gérés par l'entreprise nationale, du fait de l'ouverture à la concurrence du fret international dès le 1^{er} avril 2003, conduise à la création d'une autorité de régulation dans ce secteur. Il est certain en effet que le risque est grand que les opérateurs historiques ne soient tentés d'utiliser leur position dominante pour retarder le plus possible le développement de la concurrence.

Pour terminer cette brève présentation des pratiques anticoncurrentielles prohibées, il convient de préciser d'une part, qu'il résulte tant du droit interne que du droit communautaire que les engagements, conventions, clauses contractuelles se rapportant à une pratique prohibée, doivent être déclarés nuls, d'autre part, que des exceptions sont expressément prévues, par le droit interne⁸⁴, à ces prohibitions.

Sont notamment exemptées les pratiques qui ont pour effet d'assurer le progrès économique à la condition que le progrès bénéficie aux utilisateurs, c'est-à-dire à la collectivité, que l'atteinte à la concurrence soit nécessaire pour parvenir à ce progrès et qu'elle soit proportionnée à l'objectif recherché et n'élimine pas la concurrence sur une partie substantielle du marché en cause. La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 est venue spécifier que cette exemption pouvait en particulier concerner l'organisation des marchés agricoles ; la loi parle d'organisation « *pour les mêmes produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, des volumes ou de la qualité de la production ainsi que de la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun* ».

Le droit français⁸⁵ exempte également « *les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application* ». Encore doit-on relever qu'il est procédé par le juge à une interprétation stricte du champ de cette exemption, qui n'est admise que pour autant que la

82 - CA Paris, 29 juin 1998, BOCCRF, 16 juillet 1998, p. 393.

83 - L. Richer « Le droit à la paresse ? : Essential facilities, version française », D. 1999, chr. 523.

84 - Art. L. 420-4 du Code de commerce.

85 - Art. L. 420-4 du Code de commerce.

pratique anticoncurrentielle résulte du texte lui-même de façon directe et nécessaire. Ainsi, dans l'affaire relative aux volailles sous label, le Conseil de la concurrence a pu rejeter la justification fondée sur l'existence d'un arrêté ministériel ayant homologué un label, dans la mesure où le texte était pris sur le fondement d'un décret et non pour l'application d'un texte de loi⁸⁶. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont procédé à la même interprétation restrictive⁸⁷. Et le texte ne doit bien sûr pas méconnaître les dispositions du droit communautaire.

b) Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles auxquelles sont susceptibles de se livrer les collectivités publiques relève en principe, comme il a été indiqué plus haut, des autorités de droit commun de la concurrence.

En France, il s'agit du Conseil de la concurrence, créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui applique tant le droit communautaire que le droit interne⁸⁸.

Le Conseil peut prononcer à l'égard des personnes publiques, comme il peut le faire à l'égard des personnes privées, des sanctions pécuniaires⁸⁹, adresser des injonctions contraignant les intéressés à modifier leur comportement, ordonner la publication de la décision dans la presse. La circonstance que des autorités sectorielles de régulation aient été créées n'affecte pas les compétences du Conseil de la concurrence qui peut, au contraire, s'appuyer sur l'expertise de ces autorités, en les saisissant pour avis, ce qu'il pratique régulièrement. Le contrôle juridictionnel sur les décisions du Conseil est assuré par la Cour d'appel de Paris, juge de plein contentieux, elle-même placée sous le contrôle de la Cour de cassation. Il est notable que la quasi-totalité des décisions prononçant des sanctions a fait l'objet de recours, mais le taux de confirmation est particulièrement élevé.

En droit communautaire, le contrôle des pratiques anticoncurrentielles relève directement de la Commission des communautés européennes, qui peut se saisir d'office ou se trouve saisie d'une plainte par un État ou une entreprise, ou encore par le biais d'une demande d'attestation négative ou d'exemption, par laquelle les entreprises intéressées l'invitent à constater l'absence d'infraction. La Commission peut adresser des injonctions et prononcer des amendes (dans la limite de 10 % du chiffre d'affaires de l'entreprise). Les décisions de la Commission peuvent être déférées au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPI) et à la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE).

Dans nombre de cas, lorsque les pratiques anticoncurrentielles ont un impact communautaire, les plaignants ont le choix de saisir, soit le Conseil de la concurrence qui, comme il a été dit, peut infliger des sanctions pour mécon-

86 - Cons. conc., Décision n° 94D41, 5 juillet 1994.

87 - CE, 10 novembre 1999, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 203779 ; Cass. com, 6 mai 1996, *CMS/France Telecom*, Bull. civ. IV, n° 25, p. 109 et AJDA 1996, p. 1034, note M. Bazex.

88 - Voir J.L. Cherot : « L'application du droit communautaire de la concurrence par le juge national. Aspect du droit public » dans « Ententes et abus de position dominante devant le juge de droit commun » PUAM, 1994, p. 137.

89 - Le montant maximum de la sanction qui était pour une entreprise, de 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France, a été porté à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe par la loi NRE ; il est de 1 500 000 millions euros si le contrevenant n'est pas une entreprise.

naissance des articles 81 et 82 CE, soit la Commission. Encore doit-on relever que les autorités nationales de la concurrence devraient, à l'avenir, devoir traiter plus fréquemment les infractions au droit européen, compte tenu de la volonté de la Commission de concentrer ses moyens, en ce qui concerne les articles 81 et 82 CE, sur le traitement des seules affaires présentant un intérêt communautaire renforcé ⁹⁰.

S'agissant des modalités de ce contrôle, on se bornera à ce stade à insister sur deux éléments marquants du droit de la concurrence, tels que mis en œuvre par les autorités de la concurrence, communautaires et nationales :

– la part importante qu'il accorde à l'analyse économique. Le droit de la concurrence s'appuie principalement sur une branche de la micro-économie dénommée « *économie industrielle* ». Elle fait appel en permanence à des concepts économiques souvent sophistiqués, qu'il s'agisse de la détermination des marchés pertinents (le droit de la concurrence s'applique toujours sur un marché déterminé, lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services substituables ; et toute analyse d'une pratique commence par une détermination du marché à prendre en compte), qu'il s'agisse d'apprécier les effets réels ou potentiels des comportements ou des structures des opérateurs agissant sur un marché et du recours qu'il convient de faire alors à la méthode dite « *hypothético-déductive* » qui est au cœur du raisonnement économique, qu'il s'agisse de la portée à donner à des notions comme « *prix prédateur* », « *effet de portefeuille* », « *abus de position dominante* ». Il en résulte pour le juge, notamment pour ce qui est des méthodes de preuve, la nécessité de recourir à une méthodologie qui ne lui est pas nécessairement familière ;

– le souci d'aboutir à des résultats concrets. Il s'agit là d'une caractéristique classique du droit de la régulation, mais qui est particulièrement marquée ici. En témoigne le poids donné aux éléments de fait et de contexte ainsi qu'aux pratiques concrètes constatées. En témoigne également une approche strictement fonctionnelle des pratiques examinées, les autorités de la concurrence ne se laissant pas arrêter par des éléments dits « *organiques* ». En témoigne enfin le caractère spontanément hégémonique du droit de la concurrence qui, dans sa volonté d'être efficace, semble ne vouloir ne connaître ni limite ni frein, notamment dans la mise en évidence de marchés, là où le sens commun n'en voit pas nécessairement.

90 - Voir F. Jenny : « L'environnement économique international et les autorités de concurrence », EDCE, n° 52, la Documentation française, p. 441.

1.3. Toutefois, en cas de pratiques indissociables d'un acte administratif, le droit français confie le contrôle au juge administratif, qui fait alors application du droit de la concurrence au même titre que des autres règles de droit et qui procède à la conciliation entre celles-ci et les autres impératifs de l'action publique

Dans de nombreux cas, les pratiques anticoncurrentielles reprochées aux personnes publiques sont indissociablement liées à des actes administratifs pris par la personne publique dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique ou de l'organisation du service public. C'est particulièrement vrai en matière de gestion du domaine public, par exemple s'agissant des autorisations données à des opérateurs d'occuper et d'exploiter le domaine public, pour y exercer une activité privée. Mais c'est aussi le cas des nombreuses décisions par lesquelles les collectivités publiques choisissent ou écartent les entreprises chargées d'exécuter un marché ou de gérer une délégation de service public, ou encore des décisions multiples par lesquelles des organismes en charge de la gestion d'un service public, par exemple les fédérations sportives, imposent à leurs membres des obligations ayant une incidence sur le jeu de la concurrence, telles que l'obligation faite aux clubs d'utiliser des équipements déterminés.

La question s'est alors posée de savoir si, en matière de contrôle, une distinction pouvait être faite entre les décisions administratives de la personne publique, soumises au juge administratif en raison du principe fondamental qui réserve à ce dernier le contrôle des actes des autorités administratives, et son comportement, soumis au contrôle des autorités de la concurrence, ou si, compte tenu des termes de l'article L. 410-1 du Code de commerce (*« les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public »*) et du transfert de compétence opéré au profit du juge judiciaire pour connaître des litiges relatifs à l'application de ces règles, les autorités de la concurrence n'avaient pas reçu pleine compétence pour se prononcer sur des litiges mettant en cause des personnes publiques, y compris lorsque celles-ci exercent leurs prérogatives de puissance publique ⁹¹.

Cette dernière éventualité a été rapidement écartée. Saisi de la question de savoir quelle était la juridiction compétente pour connaître du litige relatif à la conformité au droit de la concurrence de la décision d'un conseil municipal de substituer, pour l'exploitation du service public de distribution de l'eau, un mode d'exploitation à un autre, en résiliant le contrat de gérance liant la ville à une société et en concluant un contrat d'affermage avec une autre société, le Tribunal des conflits devait répondre dans sa décision du 6 juin 1989 connue sous le nom de décision

91 - Sur toute cette problématique et sur les choix jurisprudentiels, voir l'étude de Jean Leonnet, Conseiller à la Cour de cassation, *Application des règles du droit de la concurrence aux personnes publiques*, Rapport annuel de la Cour de cassation 1996, p. 157.



Ville de Pamiers ⁹² qu'il résultait de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services et que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité et que, dès lors, les autorités de la concurrence étaient incompétentes pour en connaître. La Cour de cassation fera pleine application de ce principe à chaque fois que sera en cause devant elle directement un acte administratif ⁹³.

Par contre, les autorités de la concurrence se sont résolument engagées, sur la base du concept de « *détachabilité* », dans la voie de la distinction entre l'acte administratif lui-même et les pratiques de la personne publique qui accompagnent l'acte, ce qui permettait de soumettre, même en présence d'un acte administratif, le comportement de la personne publique au contrôle classique des pratiques anticoncurrentielles.

Cette solution a été retenue par le Conseil de la concurrence dès 1990 dans une décision relative au comité interprofessionnel de la banane dans laquelle le Conseil, tout en constatant que le comité bénéficiait de prérogatives de puissance publique, relève que « *cette circonstance est sans portée pour l'appréciation des pratiques mises en œuvre par cet organisme... non susceptibles de se rattacher à la mise en œuvre de ces prérogatives* » ⁹⁴.

La Cour d'appel de Paris reprendra la même approche pour contrôler le contrat passé entre la Ligue nationale de football et Adidas en vue de la fourniture exclusive d'équipements de cette marque aux joueurs professionnels, en déclarant le contrat « *détachable de toute prérogative de puissance publique...* », ou pour contrôler les pratiques d'EDF ayant pour but de rendre plus difficile la production et la vente d'électricité par des producteurs indépendants, en déclarant ce comportement détachable des contrats administratifs conclus par EDF ⁹⁵.

92 - TC, 6 juin 1989, *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/Cour d'appel de Paris, SAEDE c/SA « Lyonnaise des Eaux » et ville de Pamiers*, Rec. p. 293, RFDA 1989, p. 459, conclusions B. Stirn ; AJDA 1989, p. 432, chron. Honorat et Baptiste et p. 467, note M. Bazex ; RDP 1989, p. 1 780, note Gaudemet ; JCP 1990, II, n° 21395, note Terneyre ; voir en ce sens CJCE, 4 mai 1998, *Bodson*, 30/87 Rec. p. 2479.

93 - Voir en particulier la décision *Guy Couach Plascoa* du 14 décembre 1993, Bulletin n° 482, p.352, à propos de la décision du ministre de la mer de choisir, à la suite d'un appel d'offres, pour la construction d'un navire civil, la Direction des constructions navales de Lorient, émanation du ministère de la Défense et n'ayant pas de personnalité juridique, et ce bien que la construction d'une vedette maritime constitue à l'évidence un acte de production économique. Pour que les autorités de la concurrence soient compétentes, il faut que la décision attaquée elle-même puisse s'analyser comme un acte de production économique.

94 - Cons. conc., 12 juillet 1990, décision relative aux pratiques relevées sur le marché de la banane, n° 90D20, Rapport annuel 1990, p. 68.

95 - CA Paris, 27 janvier 1998, *EDF c/ Société Auxiliaire de Chauffage*, BOCCRF, 17 février 1998, p. 54, confirmant Cons. conc., 10 décembre 1996, décision n° 96D80, BOCCRF, 6 mars 1997, p. 146 : « *ne se trouvent pas en cause... les contrats conclus par EDF, ni même les refus individuels de contracter de l'établissement public, mais un comportement global caractérisé par un ensemble de pratiques générales détachables des contrats administratifs et des litiges individuels entre EDF et les producteurs autonomes, indépendants des modalités d'organisation du service public* ».



La Cour de cassation confirmera à son tour la voie retenue. Ainsi, s'agissant du contrat litigieux sus-évoqué entre la Ligue nationale de football (LNF) et Adidas, la Cour de cassation relève que la disposition litigieuse du règlement de la LNF « *ne peut être caractérisée comme une mesure mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique et concerne seulement des activités commerciales de distribution de produits qui ne se rattachent pas à la mission de service public* »⁹⁶. Déjà auparavant, dans une affaire *La Cinq*⁹⁷, la Cour de cassation avait jugé que si la Fédération française de football participait à l'exécution d'une mission de service public, il n'en était pas ainsi pour les contrats de droit privé qu'elle passait avec les chaînes de télévision et qu'il en résultait que les prérogatives de puissance publique n'avaient pas à s'appliquer en l'espèce.

Puis, allant encore au-delà, le Conseil de la concurrence a même affirmé son indifférence envers la présence d'un acte administratif : « *alors même que la décision par laquelle Aéroports de Paris refuse une autorisation d'occupation de domaine public ou un service dont la prestation implique l'utilisation d'une partie du domaine public, revêt le caractère d'un acte administratif dont l'appréciation de la légalité ne relève que de la juridiction administrative, cette décision n'en est pas moins prise en l'espèce par Aéroports de Paris, en vue d'exercer une activité de production, de distribution et de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il s'ensuit que le Conseil de la concurrence est compétent pour apprécier, au regard des dispositions du titre III de cette ordonnance, les décisions par lesquelles Aéroports de Paris a écarté la candidature de la société EDA* »⁹⁸.

Il devenait dès lors important de déterminer dans quelle mesure cette jurisprudence pouvait se combiner avec l'arrêt du Tribunal des Conflits *Ville de Pamiers* et jusqu'où la réserve de la détachabilité pouvait aller. L'occasion en a été fournie par un litige mettant en cause à nouveau la gestion du domaine public et des décisions d'*Aéroports de Paris* par lesquelles cet établissement public procédait à la réorganisation des aéroports d'Orly et imposait certaines obligations d'utilisation de ses services d'assistance en escale. **Par une décision du 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris et Air-France c/ TAT***⁹⁹, le Tribunal des Conflits a rappelé le principe posé dans son arrêt *Ville de Pamiers* selon lequel « *si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de*

96 - Cass. com., 2 décembre 1997, *Adidas*, BOCCRF, 31 décembre 1997, p. 82.

97 - Cass. Com., *la Cinq c/ Fédération Française de Football*, 1^{er} mars 1994, BOCCRF, 29 mars 1994, p. 120 ; voir également Cour de cassation, 6 mai 1995, *France Telecom c/ Société CMS*, AJDA, 1996, p. 1033.

98 - Cons. Conc., 2 décembre 1998, décision relative à la situation de la concurrence sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des sociétés de location de véhicules sans chauffeur mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur les aéroports d'Orly et de Roissy-Charles-de-Gaulle, n°98MC13.

99 - T.C. 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris et Air-France c/TAT*, p. 469 avec les conclusions de R. Schwartz. ; AJDA, 20 décembre 1999, p. 1030 note Bazex.



puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques ». Le Tribunal des Conflits a par ailleurs entériné la référence à la détachabilité, tout en en retenant une conception restrictive. Il a distingué « *pratiques indissociables de l'exercice des prérogatives de puissance publique* », à propos de la réorganisation des aéroports et « *pratiques pouvant être regardées comme détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif* », à propos de l'utilisation des services d'assistance en escale. Une pratique n'est donc détachable que si elle est vraiment étrangère à l'exercice d'une prérogative de puissance publique. La Cour de cassation s'est alignée sur cette position ¹⁰⁰, mais la Cour d'appel de Paris paraît réticente ¹⁰¹.

Cette solution a pu être critiquée ¹⁰² : elle découle pourtant très directement de l'organisation juridictionnelle française en deux ordres de juridictions et on voit mal, sauf à remettre en cause cette organisation, quelle aurait pu être l'alternative. Elle prend en compte « *le fait que le droit de la concurrence, ou à tout le moins les principes qui l'inspirent, sont devenus « transversaux », communs au droit public et au droit privé, d'une part, aux droits international, communautaire et français d'autre part. Il est devenu un corps de règles générales du droit français, à l'instar du droit constitutionnel ou du droit pénal ; il n'est pas moins – ou pas plus – de droit administratif que de droit privé* ¹⁰³ ». Elle n'a au demeurant pas l'inconvénient qui lui a été reproché de soustraire les personnes publiques, dès lors qu'elles font usage de leurs prérogatives de puissance publique, au respect du droit de la concurrence. Elle se justifie pleinement en raison de la nécessité, face à un acte administratif, de concilier les différents impératifs d'intérêt général à prendre en compte, dont le droit de la concurrence n'est qu'un élément.

Certes, jusqu'à récemment les décisions administratives aboutissant à fausser le jeu de la concurrence étaient contestées essentiellement par le biais du détournement de pouvoir : modification par un maire de l'itinéraire d'un autobus à seule fin de favoriser un commerçant ¹⁰⁴, réglementation de l'activité d'un plagiste dans le seul but de favoriser un concurrent ¹⁰⁵, restriction par voie réglementaire de l'activité des commerçants ambulants dans le but de favoriser l'activité de commerçants sédentaires de la commune ¹⁰⁶...

Mais progressivement des moyens tirés de la violation du droit de la concurrence ont été soulevés à l'encontre d'actes administratifs et le Conseil d'État les regarde aujourd'hui comme opérants.

100 - Cass. com., 16 mai 2000, *Chambre syndicale de vente et services automatiques*, D. 2000.

101 - C.A. Paris, 17 octobre 2000, LPA, 27 décembre 2000, p. 258.

102 - Pierre Sargos, « Le droit de la concurrence gravement malmené », *le Monde*, 15 décembre 1999, p. 17.

103 - D. Truchet, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », *Mélanges Jean-neau*, à paraître.

104 - CE, 23 mars 1931, *Société des transports Citroën*, Rec. p. 304.

105 - CE, 20 octobre 1971, *Estayreou*, Rec. p. 614.

106 - CE, Section, 25 janvier 1991, *Brasseur*, Rec. p. 22, avec les conclusions du Président Stirn.



L'arrêt considéré comme fondateur de cette évolution est la décision *Million et Marais* du 3 novembre 1997¹⁰⁷ par laquelle le Conseil d'État a accepté d'examiner au regard des dispositions du droit interne de la concurrence (l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) le contenu des clauses d'un contrat de concession. Encore doit-on relever que la voie vers cette décision avait été ouverte par diverses décisions par lesquelles le Conseil d'État, saisi de la conformité d'un acte administratif aux dispositions du droit communautaire de la concurrence, avait, dans la ligne de la jurisprudence *Nicolo*, procédé à l'examen de cette conformité¹⁰⁸.

De nouveaux pas ont été ensuite franchis avec l'examen au regard du droit de la concurrence d'actes de gestion du domaine public¹⁰⁹ et d'actes de police administrative¹¹⁰.

Ainsi, aujourd'hui, il est possible d'affirmer que l'ensemble des actes administratifs de la puissance publique sont susceptibles d'examen au regard du droit de la concurrence, qu'il s'agisse d'actes approuvant ou étendant des accords professionnels, l'illégalité de l'acte pouvant résulter du caractère anticoncurrentiel des pratiques qu'il ratifie¹¹¹, qu'il s'agisse d'actes susceptibles d'avoir pour effet de placer une entreprise en position d'abuser de sa position dominante ou de mettre en œuvre une autre pratique prohibée¹¹² ou qu'il s'agisse d'actes administratifs pouvant présenter, en eux-mêmes, un caractère anticoncurrentiel¹¹³.

Ainsi, après une période où le droit de la concurrence n'était en aucun cas une source de la légalité administrative, le juge administratif, en s'appuyant sur les articles 81 et 82 CE et L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, fait aujourd'hui de la liberté de la concurrence, un principe régulateur de l'action des collectivités publiques, quel que soit leur mode d'action.

Il reste bien sûr que le contrôle du respect des règles de la concurrence par les personnes publiques, effectué par le juge administratif, intervient en dehors de tout examen préalable par le Conseil de la concurrence et dans des condi-

107 - CE, Section, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec. p. 406 avec conclusions J.H. Stahl.

108 - Voir notamment la décision de Section du 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441, concl. Bonichot, CJEG, juin 1997, p. 5327 ; voir également 7 décembre 1992, *Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison*, Rec. T p. 692.

109 - CE, Section, 29 mars 1999, *Société EDA*, Rec. p. 95, avec les conclusions de J.H. Stahl ; BJCP, n° 5-1999, p. 462, note C. Maugué, P. Terneyre.

110 - CE, Section, 22 novembre 2000, *Société L & P Publicité SARL*, n° 223645, à paraître au recueil ; RFDA, août 2001, p. 872, concl. Austry.

111 - CE, 12 juin 1996, *Société Christ et fils*, Rec. p. 223, pour une décision rendant obligatoire un accord professionnel fixant un prix minimal ; CE, 19 mars 1997, *Société autocars Blanc*, Rec. Tp. 642 pour un arrêté portant extension d'une convention collective ; CE, 10 novembre 1999, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, n° 203779, pour un arrêté intercommunal approuvant la convention nationale des médecins généralistes.

112 - CE, 26 mars 1997, *Association française des banques*, n° 163098, Rec. p. 110, à propos d'un arrêté attribuant à plusieurs organismes financiers le droit exclusif de recevoir en dépôt certains fonds ; et CE, 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité SARL*, préc., à propos d'un arrêté municipal réglementant l'exercice de la publicité dans la concurrence.

113 - CE, Section, 26 mars 1999, *Société EDA*, Rec. p. 95 et CE, 15 mars 2000, *Société CEGEDIM*, n° 200886, à paraître au recueil.



tions distinctes du contrôle effectué par ce dernier. Le juge administratif n'a pas en la matière le pouvoir de prononcer des sanctions. Au surplus, le contrôle de légalité implique de se placer à la date à laquelle l'acte contrôlé a été pris, alors que les autorités de la concurrence, lorsqu'elles se prononcent, prennent en compte l'ensemble des pratiques mises en cause jusqu'à la date où elles prennent leur décision ; elles ont en effet pour mission d'examiner si les pratiques ont soit un objet, soit un effet anticoncurrentiel, lequel n'est vérifié que si les conséquences se sont manifestées.

Ces inconvénients sont en large partie exacts en théorie. Encore convient-il de noter, s'agissant de l'examen préalable par le Conseil de la concurrence, que rien n'interdit au juge administratif de saisir ce dernier pour avis, ce qu'il ne manque pas de faire ¹¹⁴. Rien n'interdit non plus au juge de la légalité, bien qu'il doive apprécier celle-ci à la date à laquelle l'acte a été pris, de prendre en compte pour apprécier la portée de celui-ci, des éléments de fait postérieurs qui en éclairent les effets. Il lui est également possible, s'il est saisi de conclusions à cette fin, de suspendre l'acte attaqué ou d'enjoindre à l'administration un comportement déterminé.

Ensuite, et dans la pratique, les litiges pourtant nombreux déjà portés devant le Conseil d'État, et dans lesquels ont été invoqués des manquements au droit de la concurrence, ne permettent pas de vérifier ces inconvénients. Très souvent, au demeurant, l'appréciation à porter sur l'acte administratif consiste à vérifier l'effet automatique de cet acte sur le fonctionnement concurrentiel des marchés ou la pratique des entreprises. L'acte ne peut être mis en cause que lorsque son intervention est à l'origine même de l'atteinte à la concurrence, ce que l'on appelle en doctrine « *l'abus automatique* », et le juge administratif ne rencontre pas de difficultés particulières pour assurer cette vérification ¹¹⁵.

Enfin et surtout, on doit relever qu'en droit communautaire également, l'application des règles de la concurrence aux personnes publiques, agissant dans le cadre de leurs prérogatives, n'intervient pas dans les mêmes conditions que l'application de ces règles aux entreprises. Dès un arrêt du 18 juin 1975, *IGAV/ENCC*, la Cour de justice des Communautés européennes ¹¹⁶ a noté que les autorités publiques ne sont pas placées vis-à-vis de la norme de concurrence dans la même situation que les entreprises. Saisi par le juge national de la question de savoir si un mécanisme public de redistribution des charges et avantages entre opérateurs sur un marché relevait des articles 85 et 86 CE, le juge communautaire devait répondre que « *le traité CEE comporte, en plus des règles de concurrence applicables aux entreprises, dont les articles 85 et 86..., un ensemble diversifié de dispositions relatives aux atteintes portées au fonctionnement normal du régime de la concurrence par l'action des États ; tel est l'objet notamment de l'article 90, dans la mesure où il fixe un régime particulier en faveur des entreprises chargées de la gestion des*

114 - CE, Section, *Société EDA* et CE, *Société CEGEDIM* précités.

115 - CE, Section, 26 mars 1997, *Association Française des Banques*, Rec. p. 110 ; CE, 28 février 2000, *Nataf*, n° 193122 à paraître au recueil ; CE, Section, 8 novembre 1996, *Fédération Française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441, CE 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067, à paraître au Rec. 116 - CJCE, 18 juin 1975, *IGAV/ENCC*, Rec. p. 699.



services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal, des articles 92 et 94 concernant le régime des aides publiques, des articles 101 et 102 relatifs aux distorsions résultant des dispositions de droit public susceptibles de fausser les conditions de la concurrence sur le marché... ; les activités d'un organisme de caractère public, même autonome, si tant est que ses interventions ont lieu dans l'intérêt public et sont dépourvues de caractère commercial, relèvent des dispositions citées ci-dessus et non des articles 85 et 86... ».

La circonstance qu'en droit communautaire, ce sont les mêmes autorités qui se prononcent sur les pratiques des entreprises et sur les actes des personnes publiques ne doit donc pas conduire à penser que les personnes publiques, agissant dans le cadre de leurs prérogatives, sont traitées comme les entreprises. Loin de là. Dans ce cas, les personnes publiques ne sont concernées, comme le relève la doctrine ¹¹⁷, que par voie réflexe, par le biais non seulement de l'article 86 CE en vertu duquel « *les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus* », mais aussi de l'article 10 selon lequel : « *les États s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ».

Sur cette base, la Cour de justice des Communautés européenne a en particulier développé une jurisprudence sur l'abus automatique de position dominante ; selon elle un État enfreint le droit de la concurrence lorsque, du fait des décisions de la personne publique, l'entreprise concernée est amenée, notamment par le simple exercice de droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ses droits sont susceptibles de créer une situation telle qu'elle est amenée à commettre de tels abus ¹¹⁸.

De même, la Cour de justice considère-t-elle que les articles 81 et 82 CE, lus en combinaison avec l'article 10, imposent aux États membres de ne pas prendre ou de ne pas maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Elle a ainsi censuré des mesures étatiques aussi diverses que celle incitant les entreprises à conclure une entente, renforçant les effets de celle-ci, déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention économique, ou encore favorisant un abus de position dominante par des entreprises au détriment de leurs concurrents ¹¹⁹.

Mais, tout en reconnaissant que l'autorité publique est tenue de respecter les droits et obligations que les tiers tirent du fonctionnement concurrentiel du

117 - Michel Bazex : « Le droit public de la concurrence », RFDA, juillet-août 1998, p. 781.

118 - CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova c/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. 1991, p. I-5889.

119 - CJCE, 21 septembre 1988 *Van Eycke*, 267/86 Rec. p. 4769 ; 17 novembre 1993, *Ohra*, C - 245/91, Rec. p. I-5851 et *Meng*, C. 2/91, Rec. p. I 5759.



marché, la Cour de justice des Communautés européennes souligne la nécessité de concilier les exigences du droit de la concurrence avec les autres nécessités de l'action publique, notamment celles propres au service public.

C'est à la même tâche que se trouve confronté aujourd'hui le Conseil d'État, auquel il appartient de préciser les éléments d'une conciliation entre règles de la concurrence et autres impératifs de l'action publique, point sur lequel on reviendra dans la troisième partie. On se bornera, à ce stade, à souligner que dès lors qu'il doit examiner la situation concurrentielle sur un marché, le Conseil d'État veille à retenir une approche, et notamment une analyse économique, qui ne s'éloigne pas de celle développée par le Conseil de la concurrence et par les autorités judiciaires¹²⁰. Le Conseil d'État procède d'ailleurs de même lorsqu'il doit se prononcer sur des décisions du ministre en charge de l'économie, relatives aux opérations de concentration.

On peut conclure des observations qui précèdent qu'en droit il n'y a ni soustraction des activités économiques des personnes publiques au droit de la concurrence, ni écartèlement dans l'application de ce droit entre le juge communautaire et les deux ordres de juridiction qui existent en France ou entre ces deux ordres, même si, dans certains cas, des difficultés de répartition de compétences peuvent subsister.

I-2. D'autres règles encadrent plus généralement l'exercice d'une activité économique par les personnes publiques

La circonstance que lorsqu'elles pratiquent une activité économique sur le marché, les personnes publiques soient tenues au même titre que les personnes privées, au respect du droit communautaire et interne de la concurrence, ne saurait faire du droit des pratiques anti-concurrentielles le seul droit applicable, en ce cas, aux personnes publiques. Un ensemble d'autres règles encadre plus généralement l'intervention économique des collectivités publiques et régit notamment les conditions dans lesquelles celles-ci peuvent être admises à prendre en charge une activité économique.

2.1. La neutralité du droit communautaire

Ces règles sont essentiellement d'ordre interne. Le droit communautaire est en effet neutre, s'agissant de la nature juridique des opérateurs économiques intervenant sur le marché, même si les autorités communautaires se montrent particulièrement sourcilieuses sur les atteintes à la concurrence susceptibles de résulter de l'intervention d'opérateurs publics sur le marché.

120 - Voir en ce sens les conclusions de J.H. Stahl sous CE, Section, 26 mars 1999, *Société EDA*, Rec. p. 95.

Quelle que soit leur nature juridique, les opérateurs économiques sont libres, au regard du droit communautaire, de développer une activité industrielle et commerciale. Cela résulte très directement des dispositions de l'article 295 CE aux termes desquelles « *le présent traité ne présume en rien le régime de propriété dans les États membres* ». Les autorités communautaires traitent dès lors les opérateurs publics et les opérateurs privés dans les mêmes conditions et veillent, d'une égale façon, à ce que les uns et les autres respectent les exigences tirées du droit de la concurrence.

Si la question de la possibilité pour un organisme public, en l'espèce un centre de recherches et d'essais, de participer à un appel d'offres organisé dans le cadre de la passation d'un marché public a pu toutefois être soulevé devant la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire *Arge*¹²¹, c'était moins en raison de la nature juridique du soumissionnaire, que du fait que celui-ci bénéficiait de subventions, sous forme de prise en charge par l'État d'une partie de ses coûts, ce qui lui permettait de présenter des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de ses concurrents. La CJCE a répondu très fermement que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ne s'opposait pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur admette un tel organisme à répondre à un appel d'offres. Elle a seulement réservé, dans ses motifs, une possibilité d'exclure le soumissionnaire public au cours de la procédure de sélection, s'il s'avérait que l'aide reçue n'était pas conforme au traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale puisse mettre en danger sa situation financière, de sorte que ce soumissionnaire puisse être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises.

De même, comme on le développera dans la troisième partie, le droit communautaire laisse les États libres de créer des services d'intérêt économique général et de les confier, à leur convenance, à des personnes publiques ou à des personnes privées. Simplement, le traité impose aux entreprises chargées de la gestion de tels services de respecter les règles de la concurrence, avec pour seule limite, le cas où ces règles feraient obstacle à l'accomplissement de la mission qui leur est impartie. Et les autorités communautaires se montrent très rigoureuses sur la portée à donner à ces dérogations permises par le traité, ainsi que sur la justification de l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux ou sur la compensation du surcoût lié à l'exercice de cette mission.

Enfin le droit communautaire laisse libre les opérateurs publics en charge d'activités sous monopole de créer des filiales en charge d'activités purement concurrentielles, y compris le cas échéant en leur donnant accès au réseau justifié par l'activité de service public. Mais, en ce cas, les autorités communautaires de la concurrence manifestent la même vigilance scrupuleuse pour éviter que le prix payé pour l'usage de ce réseau ne se traduise en une aide d'État, qui serait dès lors irrégulière, comme il sera précisé plus loin.

121 - CJCE, 7 décembre 2000, *Arge*, C 94/99, Rec. 2000, p. I-11037.



En droit interne, l'intervention économique des collectivités publiques est encadrée par des règles spécifiques, au demeurant beaucoup plus anciennement enracinées dans notre culture juridique et économique.

2.2. En droit interne : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de spécialité

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été proclamé par la loi des 2-17 mars 1791, dite « *loi d'Allarde* », portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissements de patentes en vigueur sous l'Ancien Régime ¹²² ; cette loi dispose que : « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue... aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

Bien que cela ne ressorte pas directement du texte de la loi et qu'une interprétation différente de celle-ci eût été envisageable, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est compris depuis toujours comme s'appliquant à la seule initiative privée et comme ayant pour objet la protection de celle-ci. Il en a été notamment déduit que les collectivités locales ne pouvaient ériger une activité commerciale en service public, sans autorisation législative, en l'absence, comme nous le verrons, de circonstances particulières de temps et de lieu, résultant notamment de l'insuffisance de l'initiative privée.

Le principe de la liberté de commerce et de l'industrie n'est pas considéré comme un principe constitutionnel à part entière par le Conseil Constitutionnel. En revanche, celui-ci a hissé au rang de principe constitutionnel la liberté d'entreprendre ¹²³ ; la place de ce principe dans la hiérarchie des normes ne fait toutefois pas obstacle à son aménagement par la loi ¹²⁴, à la condition que ce soit justifié par l'intérêt général ou des exigences constitutionnelles ¹²⁵.

Le principe de spécialité est un principe d'organisation administrative, qui s'applique de façon constante et incontestée aux établissements publics ; cette spécialité qui est essentiellement fonctionnelle, mais peut être également territoriale, est déterminée dans les textes constitutifs de l'établissement. Une règle de spécialisation a été également invoquée dans le passé à propos des concessions de service public, faisant obligation au concessionnaire de se cantonner dans les limites strictes prévues au contrat ; mais elle est moins fermement établie, on le verra. Si le principe n'existe pas pour les collectivités territoriales, encore faut-il noter que leurs attributions aussi largement

122 - Sur la genèse de la loi, Ducouloux-Favart : « La loi Le Chapelier et la liberté du commerce » ; PA, 9 juin 1989.

123 - CC., 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, n° 81-132 DC, Rec. p. 18, J.O 17 janvier 1982, p. 299 ; C.C., 12 janvier 2002, n° 2001-455DC, Loi de modernisation sociale, J. O. 18 janvier 2002, p. 1053.

124 - CC., 20 mars 1997, Loi créant les plans d'épargne-retraite, n° 97-388 DC, Rec. p. 31, J.O 26 mars 1997, p. 4661.

125 - CC., 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail, n° 98-401 DC, Rec. p. 258, J.O 14 juin 1998, p. 9033.



qu'elles soient définies par la loi, ne peuvent être exercées que dans l'intérêt de la population de leur territoire.

La portée donnée à ces principes a évolué du cantonnement strict de l'activité économique des personnes publiques à son encadrement inspiré de considérations tirées du libre jeu de la concurrence.

Au départ, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de spécialité ont été interprétés dans une logique de séparation stricte entre activités ressortissant à l'initiative privée et tâches incombant à l'administration.

C'est particulièrement vrai pour ce qui est de l'interventionnisme économique des communes, comme il ressort des décisions *Decroix* du 1^{er} février 1901¹²⁶ et *Casanova* du 29 mars 1901¹²⁷. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Decroix*, le commissaire du gouvernement Romieu précise le fondement de la position très restrictive adoptée par le Conseil d'État, empreinte d'un respect marqué des principes du libéralisme économique : les conseils municipaux, expose-t-il, ne peuvent en principe exercer un commerce ou une industrie, parce que cela constituerait une dérogation au régime de la liberté du commerce et de la libre concurrence auquel seul le législateur peut porter atteinte. On a pu parler alors, à propos des communes, pour le déplorer d'ailleurs, « *d'incapacité commerciale* », ou encore « *d'excommunication majeure* »¹²⁸. On notera toutefois que la jurisprudence administrative admet sans difficulté l'intervention des communes dans les entreprises qui mettent en jeu soit un monopole de fait, soit un intérêt de police ou de voirie et qui pour l'un de ces motifs revêt à peu près forcément la forme du service public ; sont notamment licites de plano, les distributions d'eau, de gaz ou d'électricité et les transports en commun, exploités sous forme de concession ou en régie.

Les établissements publics voient, de leur côté, leur spécialité interprétée strictement. La référence au principe de spécialité apparaît au demeurant dans la jurisprudence préalablement à toute autre recherche de la part du juge, lorsqu'un établissement public est en cause. Si le principe de spécialité a été violé, le juge administratif n'a pas à s'interroger sur l'atteinte éventuelle que l'établissement a pu porter à l'initiative privée¹²⁹.

Même les personnes en charge d'un service public sous le régime de la concession sont – en raison de leurs prérogatives (utilisation du domaine public, monopole ou privilèges d'exploitation) et afin de protéger les entreprises privées contre un concurrent inégalitaire – cantonnées dans les activités prévues à leur cahier des charges. Le juge judiciaire fait prévaloir le principe selon lequel « *les compagnies qui jouissent d'un monopole ne peuvent exercer d'autres industries que celle pour laquelle elles ont été créées* »¹³⁰.

126 - Sirey 1901.3.41, note Hauriou.

127 - Sirey 1901.3.73, note Hauriou.

128 - R. Alibert, Sirey. 1933. *Jurisprudence administrative*, p. 11.

129 - CE, 13 décembre 1939, *Seguinaud*, Rec. p. 588, D.H. 1940.79.

130 - CA Paris, 2 août 1900, *Chambre syndicale des Grands Hôtels de Paris*, D. 1900.II.484.



Les positions vont cependant évoluer dans l'entre-deux guerres avec la crise économique et surtout après la seconde guerre mondiale.

La décision du 30 mai 1930, *Chambre Syndicale du Commerce en Détail de Nevers*¹³¹ marque l'abandon de l'interdiction quasi-absolue faite aux collectivités publiques d'intervenir dans le champ des entreprises industrielles et commerciales, même si elle rappelle que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée* ».

Cette évolution de la jurisprudence répond à une forte attente des responsables politiques et administratifs de l'époque, qui transparaît bien dans le décret-loi du 5 novembre 1926 qui prévoit que « *les communes et les syndicats de communes peuvent être autorisés à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial* » et que « *sont considérées comme industrielles et commerciales les exploitations susceptibles d'être gérées par des entreprises privées...* ».

On peut considérer ce texte comme l'acte de naissance du socialisme municipal, le Conseil d'État a préféré en être le tuteur plutôt que le censeur¹³². Le principe univoque des origines est ainsi abandonné en 1930 au profit d'une approche plus équilibrée, qui constitue depuis lors la jurisprudence et se trouve ramassée dans la formule qui déclare licite l'intervention publique lorsqu'« *en raison des circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public la justifie* ».

Et la jurisprudence va manifester une grande souplesse en ce qui concerne l'une et l'autre des conditions posées par la décision *Chambre de Commerce de Nevers* pour justifier l'intervention économique des collectivités publiques : les circonstances de temps et de lieu et l'intérêt public.

Les circonstances de temps et de lieu sont regardées comme réunies lorsque l'on observe une carence ou une insuffisance de l'initiative privée.

Si l'initiative privée est absente, cette première condition est automatiquement remplie ; c'est le cas lorsqu'un conseil municipal projette la création d'un service médical dans une commune dépourvue de tout médecin¹³³. La jurisprudence reconnaît toutefois que l'intervention publique est justifiée dès lors que la satisfaction du besoin public serait seulement mal ou insuffisamment réalisée par l'initiative privée. L'appréciation de la qualité du service disponible, et plus encore de l'adaptation de celui-ci aux besoins ou aux moyens de la population, n'est donc pas absente du raisonnement mené par le Conseil d'État¹³⁴.

131 - Sirey 1931, 3, 73, concl. Josse.

132 - Si le Conseil d'État avait reconnu au décret une portée novatrice par rapport à la jurisprudence antérieure, son illégalité devenait évidente : le gouvernement ne tenait le pouvoir de prendre ces décrets que de la loi du 3 août 1926 qui subordonnait la délégation consentie au pouvoir exécutif à l'édition de mesures d'économie.

133 - CE, 17 février 1956, *Siméon*, Rec. p. 74.

134 - CE, Sect. 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, p. 563 ; AJDA 1964, p. 686, chron. Puybasset et Puissochet et Revue Administrative 1965, p. 31, note Liet-Vaux.

De plus, la condition de l'insuffisance de l'initiative privée ne s'applique pas lorsqu'est en jeu, non pas la création d'un service public mais un acte de gestion du domaine public ou privé. Une commune ne peut certainement pas créer un service public local de cinéma, là où l'initiative privée est suffisante¹³⁵, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle loue, dans les conditions de droit privé, une salle communale à un entrepreneur de spectacles¹³⁶. Le même raisonnement s'applique aux actes de gestion du domaine public, réalisés quant à eux dans les conditions de droit public. Au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, il n'y a donc création d'un service public que si la personne publique gère directement l'activité litigieuse ou si elle a manifesté l'intention de créer un véritable service public dont elle se réserve l'organisation, même si elle le concède¹³⁷.

La deuxième condition, tirée de l'intérêt public, a fait preuve au cours du temps d'une plasticité de même ordre.

Dans ses conclusions sur la décision du 24 novembre 1933, *La Solidarité Ternoise*¹³⁸, le commissaire du gouvernement invitait la juridiction administrative à tenir compte de l'importance pour le public de l'activité envisagée dans chaque espèce : « la notion d'intérêt public ne doit pas être... la même selon qu'il s'agit de la vente d'une denrée de première nécessité ou de l'exploitation d'un cinématographe ; la liberté du commerce et de l'industrie ne saurait être aussi largement comprise pour le pain que pour les jeux ». Comme le souligne la note de commentaire de la décision du 12 juin 1959, *Syndicat des Exploitants de Cinématographe de l'Oranie*¹³⁹, le Conseil d'État avait, en faisant sien le raisonnement de son commissaire du gouvernement, dessiné dès l'origine l'ébauche d'une sorte de répartition des activités entre celles, vitales pour la population, auxquelles il faudrait très largement reconnaître le caractère d'intérêt public, et celles, moins fondamentales, dont la qualification demanderait un examen plus attentif et plus strict.

C'est sur cette base que la jurisprudence a toujours admis la création de bains-douches et de lavoirs municipaux, liée à la police de l'hygiène¹⁴⁰. La même solution est admise pour l'édification de logements¹⁴¹ ou la construction de piscines municipales, que l'on peut rattacher à la mission d'éducation publique qui leur est conférée par la loi et qui comprend la pratique du sport¹⁴².

Certes, la position adoptée par le juge exclut que l'intervention projetée soit destinée uniquement à procurer des ressources financières à l'autorité publique. Ce raisonnement a été initié par la décision du 19 mai 1933, *Blanc*¹⁴³

135 - CE, 11 juin 1926, *Raynaud*, Rec. Tp. 591-639-1037.

136 - CE, 24 février 1933, *Ville de Narbonne*, Rec. p. 236.

137 - CE, 27 février 1931, *Giaccardi*, p. 225.

138 - CE, Assemblée, 24 novembre 1933, *La Solidarité Ternoise*, Rec. p. 1099, concl. Detton.

139 - Dalloz 1960.402, Com. Robert.

140 - CE, 2 février 1906, *Chambre Syndicale des Propriétaires de Bains*, Rec. p. 91 ; CE, 12 juillet 1939, *Chambre syndicale des maîtres buandiers de Saint-Etienne*, Rec. p. 478.

141 - CE, 22 novembre 1935, *Chouard*, Rec. p. 1080.

142 - CE, Section, 23 juin 1972, *Société « la Plage de la Forêt »* ; Rec. p. 477 ; AJDA 1972, p. 462 et RDP 1972, p. 1259, concl. Bernard.

143 - CE, 19 mai 1933, *Blanc*, Rec., p. 540.



puis par la décision du 12 juillet 1939, *Chambre Syndicale des Maîtres Buan-diers de Saint-Etienne* précitée, qui a déclaré illégale la création d'une buanderie mécanique « *qui a pour but essentiel de compenser le déficit probable de la gestion des installations précitées, et spécialement des piscines, et n'est pas fondée sur un intérêt public local de nature à la justifier* ».

À cette réserve de principe près, la notion d'intérêt public a été interprétée très largement, ce qui a permis l'intervention dans des domaines aussi variés que l'animation culturelle ¹⁴⁴, la création d'un camping municipal ¹⁴⁵, d'un café-hôtel-restaurant ¹⁴⁶.

Mais c'est dans les possibilités reconnues aux services publics déjà créés (régies, concessions, établissements publics, sociétés d'économie mixte), de se développer dans la sphère industrielle et commerciale, traditionnellement réservée à l'initiative privée, que le changement a été le plus important et le plus significatif.

L'extension de cette possibilité s'est faite au travers de l'admission d'activités accessoires ou annexes. Le juge a en effet accepté, avec de plus en plus de compréhension, la légalité d'activités concurrençant l'initiative privée, dès lors qu'elles constituaient un complément nécessaire de services publics, et sans que ni le principe de spécialité, ni l'absence d'autorisation législative expresse, ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne puisse y faire obstacle. Les activités accessoires ont été d'abord justifiées par le souci d'améliorer les prestations fournies, mais progressivement des considérations relatives à la rentabilité financière des services publics ont été prises en compte.

Les juridictions judiciaires ont très tôt admis que les concessionnaires de chemin de fer pouvaient construire et exploiter des hôtels dans les gares en vue d'améliorer le service rendu aux voyageurs, activité considérée comme le prolongement naturel du service. Cette solution a été ensuite étendue à l'organisation dans l'un des hôtels ainsi créés, de bals, soirées, banquets et réunions, parce que ceux-ci rendent « *plus faciles et plus agréables les séjours des voyageurs* » ¹⁴⁷. Plus tard, les juridictions judiciaires ont encore admis le droit, pour des compagnies concessionnaires de transports sur rail, d'employer des autocars ou des autobus pour renforcer les lignes qu'ils exploitent, dès lors que ces services ont pour objet d'améliorer l'exécution du service public concédé, en faisant face à l'affluence des voyageurs ¹⁴⁸.

Cette conception extensive n'a toutefois pas été l'apanage des juridictions judiciaires. Le juge administratif a admis lui aussi la légalité d'une extension du service public, quand bien même elle ferait concurrence aux entreprises privées, lorsqu'elle constitue le complément utile du service public, sans qu'il

144 - CE, 21 janvier 1944, *Léoni*, Rec. p. 25-26 pour un théâtre municipal ; CE, Section, 12 juin 1959, *Syndicat des Exploitants de Cinématographe de l'Oranie*, Rec. p. 363, pour un théâtre de verdure ; CE, 2 novembre 1938, *Goldberg*, Rec. p. 822, pour le cinéma.

145 - CE, 17 avril 1964, *Commune de Marville-Franceville*, Rec. p. 231.

146 - CE, 25 juillet 1986, *Commune de Mercoeur*, Droit Administratif 1986, p. 489.

147 - CA Paris, 18 février 1903, *Chemin de Fer d'Orléans c/ Société du Grand Hôtel du Quai d'Orsay*, DP 1903, 2, p. 486 ; Cass. civ., 13 juin 1906, *Dalloz* 1909, 1, p. 63.

148 - CA Lyon, 5 novembre 1930, *Compagnie des Omnibus et Tramways de Lyon c/ Bon*, Gaz Pal. 1931, 2, p. 367.



y ait lieu de rechercher si l'initiative privée est ici défailante. C'est ainsi qu'a été reconnue la légalité de la création d'une fabrique de glaces, activité complémentaire du service de l'abattoir public de Toulouse, parce qu'elle permettait à ce dernier de fonctionner dans les meilleures conditions d'hygiène et de salubrité ¹⁴⁹.

D'une façon générale, l'intérêt des usagers du service justifie lui-même l'extension des activités d'un service public. C'est pourquoi la création de la Cité universitaire de Paris a été jugée légale, en dépit du préjudice qu'elle a pu faire subir aux hôteliers et restaurateurs du Quartier Latin, car elle constituait un complément du service public de l'enseignement ¹⁵⁰. Ce même motif a pu également justifier légalement l'adjonction d'une station-service à un parc de stationnement ¹⁵¹.

Quant au souci d'assurer l'intérêt financier du service public, il n'a jamais été ignoré par la jurisprudence administrative, sensible aux préoccupations de rentabilité des collectivités publiques. Il a ainsi été admis dès 1936 que « *la mise en vente par la Régie du Gaz d'appareils de chauffage et de cuisine à ses seuls abonnés, ainsi que les travaux d'installation desdits appareils... ont uniquement pour but de développer dans l'intérêt de la ville, la consommation du gaz distribué par elle, et constituent des activités purement accessoires du service public en cause* » ¹⁵².

Un pas supplémentaire a été franchi, dans la même direction, lorsqu'a été jugée légale la vente de fournitures funéraires organisée par un service de pompes funèbres municipales, parce que cette activité constituait l'accessoire du service et qu'elle avait été créée « *tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population* » ¹⁵³. L'intérêt financier n'est plus seulement sous-entendu ou masqué par l'intérêt public ; il apparaît plus explicitement. On notera que l'on retrouvera une approche voisine dans certains pays européens les plus proches ¹⁵⁴.

Enfin, il convient de signaler que la conception extensive de la notion de spécialité a été encouragée par le législateur qui, pour la SNCF, par la loi du 30 décembre 1982, comme pour la Poste, par la loi du 2 juillet 1990, a autorisé ces établissements à exercer « *toutes les activités qui se rattachent directement ou indirectement à (leur) objet* ».

149 - CE, 12 avril 1935, *Société Anonyme des Glacières Toulousaines*, Rec. p. 511.

150 - CE, 27 février 1942, *Mollet*, Rec. p. 64.

151 - CE, 18 décembre 1959, *Delansorne*, Rec. p. 592.

152 - CE, 29 mai 1936, *Syndicat des Entrepreneurs de Couvertures c/ Ville de Bordeaux*, Rec. p. 622.

153 - CE, 4 juin 1954, *Dame Berthod*, Rec. p. 335.

154 - En Allemagne, et depuis une loi du 30 janvier 1935, maintenue en vigueur après la guerre et dont le dispositif a été repris pour l'essentiel dans l'ordre juridique actuel, les règles applicables sont de même nature : une commune ne peut créer ou étendre une activité économique que si un intérêt le justifie et à condition que cette activité soit en rapport avec les capacités de la commune, réponde à un besoin prévisible et que cet intérêt public ne puisse être mieux satisfait et de manière plus économique par une autre entreprise. Certaines activités lucratives peuvent se justifier par l'intérêt financier de service, mais la commodité du public ne suffit pas à justifier qu'un service administratif développe une activité purement commerciale (vente et pose de plaques d'immatriculation par le service des immatriculations, Cour suprême fédérale – BGH – 1974).



Cette extension du champ ouvert à l'activité économique des personnes publiques n'a toutefois pas été sans limites.

S'agissant de la liberté du commerce et de l'industrie, le Conseil d'État a eu l'occasion de manifester dans les années récentes sa vigilance quant à son respect par l'administration, notamment par trois décisions qui méritent d'être citées :

- Une première décision est relative à l'instauration de monopoles par l'administration. Dans cette décision *Territoire de Polynésie française c/Compagnie tahitienne maritime* ¹⁵⁵, le Conseil d'État a jugé que le fait, pour une autorité administrative, de réserver à une société le monopole de l'importation des ciments en Polynésie française portait une atteinte excessive au principe de liberté de l'industrie et du commerce, sans que la circonstance que des procédures analogues aient existé pour l'importation du sucre ou du riz puisse constituer un motif d'intérêt général de nature à justifier l'atteinte au principe ;
- Une deuxième décision rappelle que si l'administration ne doit pas méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la même obligation pèse sur l'entreprise à qui elle a délégué son service public. Par cette décision *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris* ¹⁵⁶, le Conseil d'État a jugé que le décret par lequel l'État avait délégué la gestion du service public des bases de données juridiques ne portait pas atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où il ne faisait pas obstacle à ce que des tiers aient librement accès aux documents juridiques, contre rémunération versée au délégataire, constituent des bases de données à partir de ces documents et en fassent commerce, entrant ainsi en concurrence avec les produits conçus et vendus directement par le délégataire du service. Ainsi, si le délégataire du service public perçoit nécessairement une redevance de la part de ses concurrents potentiels, cette rémunération doit être équitable et ne fait que compenser les contraintes d'intérêt général pesant sur lui. La légalité du système n'est admise que parce que le délégataire du service public, dans la mesure où il ne bénéficie d'aucun droit exclusif, ne peut entraver l'initiative privée, donc porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ;
- Enfin, le seul fait de poser des limites à l'exercice d'une activité ne constitue pas nécessairement une violation de la liberté du commerce et de l'industrie. C'est ce que juge le Conseil d'État dans sa décision *Union hospitalière privée* ¹⁵⁷. Le régime d'hospitalisation dit de « *la clinique ouverte* », qui permet à des patients d'être admis sur leur demande dans des structures qui, bien que situées dans un hôpital public, font appel à des praticiens n'exerçant pas à titre exclusif dans l'établissement, porte en lui-même atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie car il crée une offre de soins hospitaliers alors

155 - CE, 9 novembre 1988, Rec. p. 406.

156 - CE, 17 décembre 1997, Rec. p. 491. Cette affaire porte sur le service public des bases de données juridiques qui consiste en la mise à disposition du public, sous forme électronique, des conventions internationales, lois, décrets, circulaires, arrêts et jugements de diverses juridictions, et autres sources de droit.

157 - CE, 1^{er} avril 1998, *Union hospitalière privée*, Rec. p. 114.



qu'il n'y a pas carence de l'initiative privée en cette matière. C'est pourquoi, lorsque le Gouvernement limite la portée de ce régime en instaurant d'une part un quota de lits et d'autre part une redevance dont l'effet est de minorer les honoraires des praticiens intervenant sous ce régime, il ne méconnaît pas le principe de liberté du commerce et de l'industrie, mais au contraire, réduit l'atteinte qui lui est portée.

De même, s'agissant du principe de spécialité, et quelle que soit la compréhension manifestée tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État à l'égard des établissements publics, notamment ceux exerçant une activité industrielle et commerciale, de mener une politique de développement et de diversification comparable à celle des opérateurs privés¹⁵⁸, les principes à respecter dans cette politique de diversification ont été fermement rappelés. Ainsi s'agissant d'EDF, le Conseil d'État rappelle dans l'avis qu'il a émis à la demande du Gouvernement¹⁵⁹ que si « *le principe de spécialité ne s'oppose pas, par lui-même, à ce qu'un établissement public, surtout s'il a le caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques* », c'est à deux conditions : que les activités soient le complément normal de la mission statutaire de l'établissement public, ou à tout le moins, entretiennent avec elle un lien de connexité ; et qu'elles soient d'intérêt général et utiles à l'établissement (en termes, par exemple, de bonne gestion, de valorisation de la recherche ou d'adaptation à l'évolution technique).

Le principe de spécialité est également appliqué avec rigueur s'agissant des établissements publics territoriaux ; le champ de compétence d'une structure de coopération institutionnelle entre collectivités locales se limite aux attributions qui lui sont limitativement attribuées par les textes et par ses propres statuts. Un syndicat de communes créé pour alimenter en eau potable les seules communes membres ne peut intervenir au profit de tiers¹⁶⁰. Et si l'article L. 511-2 du Code général des collectivités territoriales autorise les établissements publics de coopération intercommunale à créer des services publics aux lieux et places des collectivités qui les composent, c'est nécessairement dans les limites des compétences territoriales de celles-ci.

En outre, l'extension du champ ouvert à l'activité économique des collectivités publiques ne s'est pas faite sans l'émergence d'un nouvel encadrement : dès lors qu'il admettait que, pour des motifs de qualité et de rentabilité, le service public vienne concurrencer l'initiative privée, le juge a été amené à se préoccuper que cette concurrence n'intervienne pas dans des conditions qui la faussent.

158 - Possibilité reconnue à GDF de commercialiser les sous-produits de ses exploitations gazières résultant d'activités antérieures à la nationalisation de 1946, Cass.com., 28 mai 1973, Bull. civ. IV, n° 146 ; possibilité reconnue à l'Institut géographique national de louer sa flotte aérienne à des sociétés de prospection aéroportée, CE, 23 juin 1985, *Société aérienne de recherches minières*, Rec. p. 380.

159 - CE, Section des travaux publics, avis n° 356.089, 7 juillet 1994, Rapport public 1994, p. 409, EDCE n°46, La documentation française.

160 - CE, 25 mai 1994, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la Vallée de l'Orne SIEGVO*, n° 106876.



Le juge judiciaire pose cette exigence, s'agissant des entreprises concessionnaires de service public, dès 1936, par deux arrêts de cassation intervenus à la suite d'assignations de telles entreprises devant le juge civil pour concurrence illicite. Ces arrêts comportent l'affirmation du principe selon lequel « *on ne saurait interdire au concessionnaire d'un service public une activité industrielle ou commerciale étrangère à l'objet de sa concession qu'autant qu'il est établi que les avantages que sa concession lui procurent ont pour effet de rompre en sa faveur, dans l'exercice de son industrie, l'égalité qui doit présider au libre jeu de la concurrence* »¹⁶¹.

Le juge administratif, de son côté, a veillé dans son contrôle du développement des activités accessoires des services publics à prendre en compte des considérations, certes secondaires au départ, mais progressivement plus nettement évoquées, tenant aux conditions de la concurrence faite au secteur privé. Dans l'affaire précitée *Delansorme*, le commissaire du gouvernement faisait remarquer que la station-service dont l'adjonction à un parc de stationnement était critiquée, était tenue de pratiquer des prix comparables à ceux établis par la chambre syndicale des commerçants et réparateurs d'automobiles. De même, dans un arrêt relatif à l'Institut géographique national, le Conseil d'État relève que celui-ci, en louant du matériel destiné à l'exécution des missions de photographies aériennes à des tarifs qui ne sont pas inférieurs à ceux des entreprises privées similaires, n'a pu faire à ces derniers une concurrence illégale¹⁶².

Par la suite, comme il a été dit, sera posé avec la *décision Million et Marais* du 3 novembre 1997, le principe de l'intégration du droit de la concurrence dans le bloc de légalité auquel sont soumis les actes administratifs.

Puis, par un avis contentieux *Société Jean-louis Bernard Consultants* rendu le 8 novembre 2000, à propos de la candidature d'un établissement public à un appel d'offres organisé par une personne publique, en vue de la réalisation de prestations de services d'ingénierie¹⁶³, le Conseil d'État exige que le prix proposé par l'établissement public prenne en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, que l'établissement public n'ait pas bénéficié 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 enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

Il s'appuie pour ce faire, non seulement sur les « *exigences de l'égal accès aux marchés publics* » mais aussi sur « *le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* ». On doit déduire de cette motivation, qui marque une certaine évolution par rapport à la jurisprudence antérieure¹⁶⁴, et donne plus d'autonomie à la

161 - Cass. Civ. 15 janvier 1936, *Compagnie des Omnibus et Tramways de Lyon c/Bon*, Gaz. Pal. 1936.1.477. On rappellera que jusqu'à l'ordonnance de 1945 sur les prix, les atteintes irrégulières à la concurrence ne pouvaient être sanctionnées que sur la base des articles 1382 et 1134 du Code civil.

162 - CE, 23 juin 1965, *Société Aérienne de Recherche Minière*, Rec. p. 380.

163 - *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, préc.

164 - CE, 1^{er} avril 1998, *Union hospitalière privée et autres*, Rec. p. 114.



notion de liberté de la concurrence par rapport au droit de la concurrence, que le respect de la liberté de la concurrence qui s'impose aux collectivités publiques intervenant sur le marché va au-delà du seul respect du droit des pratiques anticoncurrentielles¹⁶⁵. On pense en particulier à la nécessité pour elles d'assurer « *la préservation des structures concurrentielles* »¹⁶⁶. C'est la reprise d'une préoccupation que l'on retrouve dans les avis rendus par le Conseil de la concurrence, lorsqu'il rappelle que si « *le bon fonctionnement de la concurrence n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans les conditions d'exploitation identiques, il suppose qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir ou d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général* »¹⁶⁷.

On doit également déduire de la motivation de l'avis contentieux que même s'il a été rendu dans le cas particulier d'une procédure d'attribution d'un marché public, les obligations, sur lesquelles on reviendra plus loin, qu'il impose aux collectivités publiques pratiquant des activités marchandes en matière de détermination des prix qu'elles proposent ont une portée générale et procèdent de l'idée que les personnes publiques intervenant sur le marché doivent respecter un principe « *d'égalité concurrence* ».

L'exigence d'égalité concurrence ne saurait toutefois affranchir les collectivités publiques du respect des principes de liberté du commerce et de l'industrie et de spécialité.

2.3. La portée actuelle de ces principes

L'avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants* du 8 novembre 2000 affirmant d'emblée qu'« *aucun texte, ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* », la majorité de la doctrine a pensé que le Conseil d'État avait abandonné le principe traditionnel, certes très aménagé, de non concurrence au profit de celui de libre et égale concurrence¹⁶⁸.

S'il a pu en être ainsi, c'est que le débat avait été ouvert, sur le sujet, bien avant le développement du droit actuel de la concurrence¹⁶⁹, avec le constat de la

165 - On trouve certes une référence à un « *principe de libre concurrence* » bien antérieurement, dans un arrêt du 20 février 1920, *Dubouch*, Rec. p. 175, mais pris dans un sens équivalent à celui de liberté du commerce et de l'industrie.

166 - Selon les termes de L. Idot : « *La liberté de concurrence en France* », PA, 23 mars 2000, n° 59, p. 4.

167 - Avis n° 97A10 du 25 février 1997, précité.

168 - Voir en particulier l'article G. Eckeret : « *De la candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public* », *Contrats et marchés publics*, février 2001, p. 4.

169 - Danielle Loschak : « *Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées* », *AJDA* 1971, doctrine, p. 261.



diversification des activités des personnes publiques. Ce constat a en effet généré l'opinion que mieux valait être plus strict sur les conditions de la concurrence, quitte à accepter que des personnes publiques puissent répondre librement à l'appel du marché, sur la base de l'analyse que, plus les concurrents sont nombreux, plus le consommateur a des chances d'en tirer profit. C'est ce contexte d'ensemble qui a conduit à l'interprétation assez tranchée sus-évoquée de l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, plus fondée sur les conclusions du commissaire du gouvernement, que sur le contenu même de l'avis.

En effet, la question posée par le tribunal administratif était de déterminer si « *le principe de la liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 fait obstacle à ce qu'un marché soit attribué à un établissement public administratif qui, du fait de son statut, n'est pas soumis aux mêmes obligations fiscales et sociales que ces concurrents* ». Elle faisait ainsi écho à l'opinion de l'ancienne Commission centrale des marchés selon laquelle la candidature d'une personne publique à l'attribution d'un marché public doit « *être analysée comme portant atteinte au principe d'égalité entre les candidats et de sincérité de la concurrence, (dès lors que) les structures publiques bénéficient de fonds publics et ne supportent pas les mêmes charges que les sociétés privées* »¹⁷⁰.

En répondant qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à un établissement public de répondre à un appel d'offres, l'avis se borne à rappeler qu'il n'y a pas d'incapacité commerciale par principe ou par nature des personnes publiques. Et c'est bien pourquoi il prend soin ensuite de préciser, avec une motivation appropriée, que ni le statut fiscal de l'établissement public, ni le statut social de ses personnels ne sont de nature à fausser les conditions de la concurrence. À la même époque, la Cour de justice des Communautés européennes a une position analogue en jugeant que la décision d'un pouvoir adjudicateur d'admettre un organisme subventionné à une procédure de passation de marché ne méconnaissait pas le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires posé par la directive « services »¹⁷¹.

Il paraît donc difficile de déduire de cet avis qu'il prend au surplus parti sur des questions de principe d'une autre ampleur, telle que l'éventuel abandon du principe de spécialité ou la portée du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Pour ce qui est au demeurant du principe de spécialité, on rappellera qu'en vertu de la jurisprudence *Seguinaud* précitée¹⁷², si le problème avait dû se poser pour l'Institut géographique national en cause dans le litige qui a donné lieu à la demande d'avis contentieux, il aurait dû être tranché en amont par le tribunal administratif, avant l'examen de l'éventuelle atteinte à la liberté de la concurrence.

Et pour ce qui est du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, en explicitant les conditions d'une concurrence égale entre personnes publiques et personnes privées, l'avis paraît avoir davantage pour résultat d'en garantir

170 - Revue Marché Public, 1998, n° 3, p. 5.

171 - CJCE, 7 décembre 2000, *Arge*, C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037, points 29 à 32.

172 - CE, 13 décembre 1939, *Seguinaud*, Rec. p. 588, DH 1940.79.



de manière plus exigeante et plus durable le respect que de le remettre en cause.

Compte tenu tant de la sensibilité du sujet que des problèmes bien réels que pose la concurrence des personnes publiques aux personnes privées, le temps ne paraît d'ailleurs pas venu d'une remise en cause des principes de spécialité et de liberté du commerce et de l'industrie, tels qu'interprétés avec beaucoup de souplesse par la jurisprudence et toujours appliqués jusque dans les années les plus récentes, comme il a été indiqué plus haut, et il ne paraît pas souhaitable de laisser se développer une sorte de banalisation pure et simple de l'intervention publique marchande.

Au demeurant, ce n'est ni le sens de la législation ni le souhait des pouvoirs publics. Les articles L. 2 251-1 et L. 3 231-1 du Code général des collectivités territoriales continuent de soumettre l'intervention des communes et des départements en matière économique et sociale au « *respect de la liberté du commerce et de l'industrie* ». On a pu vérifier, lors des débats récents devant le Parlement sur le principe de l'intervention des collectivités publiques en matière d'infrastructures locales de télécommunications, que le Parlement était hésitant sur l'interventionnisme des communes, prenant dans un premier temps une position très restrictive avec l'article 17 de la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, pour l'infléchir quelque peu, une année plus tard, dans le cadre de la loi sur les nouvelles régulations économiques de juillet 2001, non sans que refasse surface tout le débat sur le rôle économique des collectivités territoriales¹⁷³. Si la récente loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain du 13 décembre 2000 élargit la possibilité pour les organismes HLM d'intervenir en matière d'accession à la propriété¹⁷⁴, elle pose des limites à cette activité et exige, soit qu'une collectivité territoriale en fasse la demande, soit qu'« *une offre satisfaisante de ces logements ne soit pas assurée* ».

On rappellera également que le Premier ministre, dans ses circulaires du 14 février 1994 sur la diffusion des données publiques, et du 20 mars 1998 sur l'activité éditoriale des administrations et des établissements publics de l'État, précise que « *le choix pour une institution publique de faire publier ou de diffuser sous une forme commerciale... n'est justifié que si cette diffusion répond à un besoin collectif qui n'est pas satisfait par l'initiative privée ou qui n'est pas couvert dans de bonnes conditions du point de vue de l'intérêt général* ». Cette approche qui repose sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, telle qu'interprétée traditionnellement par le Conseil d'État, ne paraît pas devoir être remise en cause.

L'intervention économique des personnes publiques sur un marché ne peut donc être régie par le seul principe de libre concurrence. Elle doit répondre à une réelle légitimité, comme tendent à le faire prévaloir les principes traditionnels, notamment celui de liberté du commerce et de l'industrie. On peut

173 - Voir le commentaire de Gabriel Eckert après le vote de la loi de 1999, RFDA, janvier-février 2000, page 139.

174 - Articles L. 411-2 et L.422-2 modifiés du Code de la construction et de l'habitation.



avoir une conception ouverte de cette légitimité et admettre, dans la ligne d'une jurisprudence bien établie et que le Conseil de la concurrence a reprise à son compte, que l'intervention peut se justifier par la volonté « *d'améliorer la rentabilité des investissements et la productivité des services* »¹⁷⁵. Il n'est effectivement pas illégitime, loin de là, que si une administration a développé des capacités dans un domaine, dans le cadre de sa mission de service public, elle en fasse bénéficier les consommateurs en mettant sur le marché des sous-produits de son activité. C'est le contraire qui serait difficilement compréhensible, en termes d'efficacité économique ; il paraît que dès lors que la personne publique est en mesure d'offrir, grâce aux investissements effectués, à la compétence acquise et à la capacité d'innovation, une intervention plus avantageuse que celle offerte par les entreprises déjà existantes, elle doit être regardée comme légitime à développer cette intervention sur le marché.

Mais il ne paraît pas possible de considérer qu'est légal et donc légitime tout ce qui respecte une égale concurrence, d'autant, comme il va être indiqué, que l'égalité concurrence reste une notion qui ne se vérifie pas aisément et qui est dès lors davantage de l'objectif que de la réalité objective¹⁷⁶.

On a pu considérer que la référence à la liberté du commerce et de l'industrie était devenue obsolète. C'est faire litigieux bien rapidement d'un principe qui a constitué un bon guide de l'intervention économique des collectivités publiques depuis plus d'un siècle dans des conditions d'équilibre dont personne ne demande la remise en cause et qui est certainement appelé à le rester pendant longtemps.

Et s'agissant du principe de spécialité, l'importance qui lui a toujours été accordée doit être rappelée, quels que soient les assouplissements admis par ailleurs et comme il ressort de l'avis relatif à EDF rendu par le Conseil d'État en 1994¹⁷⁷. Les orientations retenues par cet avis demeurent d'actualité pour l'ensemble des établissements publics. Le même raisonnement paraît s'imposer pour ce qui est des collectivités territoriales. Celles-ci ne peuvent intervenir que pour répondre à un intérêt public local. Il ne paraît donc pas légitime, sans circonstances particulières, qu'une commune gère le service public d'une autre commune même si une telle intervention est susceptible d'avoir des conséquences financières favorables sur ses deniers publics. Il en va de même pour les établissements de coopération intercommunale dont on voit mal en quoi il pourrait être justifié qu'ils développent des prestations au bénéfice des tiers¹⁷⁸. On notera qu'un débat a eu lieu sur le sujet devant le Parlement à l'occasion du vote de la loi du 11 décembre 2001¹⁷⁹ portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ; le Sénat¹⁸⁰ avait proposé que « *les services des communes et des établissements*

175 - Avis n° 99A21 du 8 décembre 1999, BOCCRF, 31 mars 2000.

176 - On peut penser que ce sont ces considérations qui ont conduit le ministre chargé de l'économie et des finances à mettre fin, par un arrêté du 2 février 2001, à compter du 31 décembre 2001 à l'activité de service de dépôts de fonds particuliers exercée par les trésoriers-payeurs généraux.

177 - CE, Section des travaux publics, avis n° 356089, 7 juillet 1994, Rapport public 1994, p. 409, EDCE n° 46, La Documentation française.

178 - Voir sur le sujet, Jean-Marc Peyricol, « Les contrats de prestations entre collectivités publiques », AJDA 2000, p. 581.

179 - Loi n° 2001-1168 du 22 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, J.O. 12 décembre 2001, p. 19703.

publics de coopération intercommunale auxquels elles appartiennent, puisent, dans les conditions prévues par le Code des marchés publics, apporter leur concours technique à d'autres communes et aux établissements publics de coopération intercommunale auxquels elles appartiennent, pour l'exercice de leurs compétences, à la condition que leurs territoires soient situés à l'intérieur du périmètre d'un même établissement public de coopération locale » ; cet amendement a été écarté par l'Assemblée nationale.

Plus généralement, il ne doit pas être perdu de vue que la responsabilité des personnes publiques n'est pas d'ordre marchand et que ces collectivités doivent se consacrer en priorité à la bonne exécution de leurs missions naturelles de service public et de réglementation.

I-3. En toute hypothèse les personnes publiques doivent pouvoir justifier clairement de leurs conditions d'intervention

Par-delà les principes, toute la difficulté, s'agissant de la pratique d'activités sur un marché concurrentiel par les collectivités publiques est dans la possibilité de garantir que cette pratique ne fausse pas irrégulièrement la concurrence.

Sur le sujet, les collectivités publiques font l'objet de multiples suspicions :

- certaines s tiennent à leur nature même et mettent en cause leur régime juridique et fiscal ou les prérogatives de puissance publiques dont elles disposent ;
- d'autres ont trait aux libertés qu'elles prendraient au regard des exigences de performance et pour ne pas dire à leur indifférence à l'éventuelle médiocrité de leurs résultats ou même aux pertes accumulées, toujours épongées par « l'actionnaire » public ;
- d'autres encore touchent plus directement à leurs pratiques de prix qui ne révéleraient pas la réalité des coûts ;
- enfin, on ne manque pas de relever le bénéfice que les collectivités publiques peuvent tirer de leur image de gestionnaire d'un service public. Il y aurait – bel hommage rendu au service public – comme une « ombre portée du service public », qui avantagerait de façon décisive les personnes publiques par rapport aux personnes privées aux yeux des consommateurs.

Éléments fondés et simples manifestations de méfiance s'entremêlent dans chacun de ces points. La réalité est que chaque cas d'intervention d'une personne publique appelle une appréciation spécifique, comme il est d'ailleurs habituel en droit de la concurrence. Il ne faut au surplus pas oublier que les contraintes spécifiques liées à la personnalité publique et à la gestion d'un service public peuvent venir contrebalancer certains avantages précités.

180 - J.O., séances 5 juin 2001, p. 2651.



Cette situation doit conduire les collectivités publiques pratiquant une activité marchande à une grande vigilance quant aux conditions de leur intervention, en particulier pour ce qui est de la détermination des prix proposés. Si en effet il peut être tenu pour acquis que le régime juridique de la personne publique ne lui confère pas par principe un avantage sur les concurrents privés, incompatible avec la liberté de la concurrence, il ne faut pas sous-estimer le risque de la part de cette personne publique de pratiques anticoncurrentielles, sous forme de ce qui est qualifié de prix prédateur, notamment grâce aux subventions croisées, entre activités de service public et activités concurrentielles. Ce risque invite à des formules de séparation comptable ou physique, sinon juridique et organisationnelle, des activités et à la mise en place des outils permettant de justifier les prix pratiqués.

On notera que sont particulièrement « visées » par les entreprises privées les interventions des personnes publiques dans les secteurs de la banque, de l'assurance, de la formation professionnelle continue, du service aux entreprises, du chauffage, de la restauration collective, du logement hors secteur social...

3.1. Le régime juridique des personnes publiques n'est pas en principe incompatible avec la liberté de la concurrence

a) Une observation de base ne doit pas être perdue de vue : l'égalité absolue entre les candidats n'est pas une condition nécessaire au respect de la libre concurrence.

« Le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques » rappelle le Conseil de la concurrence, dans son avis 96-A-12 du 17 septembre 1996, ni davantage qu'ils aient le même statut juridique¹⁸¹. Antérieurement, le Conseil d'État avait précisé qu'en droit des marchés publics, la libre concurrence a pour objet de garantir les meilleures conditions d'achat possibles et non de s'assurer, par exemple, que l'attribution des marchés soit également répartie entre petites, moyennes et grandes entreprises¹⁸². S'agissant de droit de la concurrence, on a pu remarquer¹⁸³ que *« le principe est la liberté et seuls les abus sont interdits. Le principe de libre concurrence n'impose nullement que toutes les entreprises soumissionnaires se trouvent dans une situation financière ou juridique identique et les différences peuvent être grandes entre la petite entreprise artisanale et la filiale d'un grand groupe international, soumissionnaires au même marché et dont les obligations sociales et fiscales peuvent être différentes »*.

181 - Cons. Conc., 10 février 1998, avis relatif à une demande du Syndicat national des professionnels du chien sur divers problèmes rencontrés par ses adhérents face à la concurrence des associations sur le marché de la gestion des fourrières animales pour les collectivités, n° 98A02.

182 - CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi Isolation*, Rec. p. 171.

183 - C. Brechon-Moulènes, « Les groupements momentanés d'entreprises condamnés à rester les mal aimés du droit public ? », *Le moniteur*, octobre 2000.



La situation des opérateurs sur le marché est inévitablement différenciée ; l'efficacité de la compétition économique en dépend d'ailleurs très directement.

Il en résulte que les opérateurs à statut public ne sauraient être astreints à justifier d'une sorte d'identité ou de comparabilité de leurs conditions d'intervention, notamment tarifaires, avec les autres opérateurs économiques. Dès lors que leur intervention sur le marché peut être regardée comme régulière au regard des critères précédemment examinés, ils doivent pouvoir tirer profit de leurs propres atouts, pour autant que ceux-ci découlent de leur capacité d'innovation ou de productivité ; et comme tout autre opérateur, ils doivent pouvoir démontrer qu'ils ne pratiquent pas de prix anormalement bas.

C'est compte tenu de ces observations qu'il peut être relevé que le régime juridique des personnes publiques ne leur confère pas, par lui-même, un avantage anticoncurrentiel, même s'il convient que ces collectivités ne puissent faire un usage de leurs prérogatives ayant pour objet ou pour effet de rompre « l'égalité qui doit présider au libre jeu de la concurrence »¹⁸⁴.

b) Le régime fiscal et social des personnes publiques ne constitue pas, en soi, par principe, un obstacle à ce qu'elles interviennent sur un marché concurrentiel.

S'agissant des charges fiscales, l'article 1654 du Code général des impôts pose le principe que les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'État ou des collectivités locales, les entreprises bénéficiant de statuts, de privilèges d'avances directes ou indirectes ou de garanties accordées par l'État ou les collectivités locales, les entreprises dans lesquelles l'État ou les collectivités locales ont des participations doivent acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations. Ces dispositions, ainsi que celles de l'article 256 B du Code général des impôts¹⁸⁵, visent à assurer une véritable neutralité fiscale à l'égard de l'ensemble des opérateurs exerçant une activité concurrentielle sur un même marché. Il en résulte que le régime fiscal applicable aux personnes publiques n'est en principe pas, par lui-même, de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence.

En ce qui concerne les charges sociales, la situation est évidemment plus complexe puisque selon les cas, le personnel employé par la personne publique a le statut de fonctionnaire, de contractuel, de droit public ou de droit privé, seul le personnel des établissements publics à caractère industriel et commercial étant – sous réserve d'ailleurs d'exceptions non négligeables – soumis en matière de droit du travail et de droit social au même régime que les entreprises privées. Toutefois, selon le Conseil d'État, ces disparités n'ont ni pour objet ni pour effet de rompre de manière générale l'équilibre entre

184 - Cass. Civ. 15 janvier 1936, *Cie des omnibus et tramways de Lyon*, Gaz. Pal. 1936. 1. 477.

185 - « *Les personnes morales de droit public ne sont pas assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée pour l'activité de leurs services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs lorsque leur non-assujettissement n'entraîne pas de distorsions dans les conditions de la concurrence* ».



opérateurs privés et publics à l'avantage de ces derniers. Ce faisant, le Conseil d'État confirme la position du Conseil de la concurrence sur cette même question ¹⁸⁶.

c) Les prérogatives ou privilèges de la personne publique ne paraissent pas davantage établir de manière générale une atteinte à la libre concurrence.

Certains auteurs ¹⁸⁷ ont pu relever que la personnalité publique confère d'autres prérogatives, privilèges ou spécificités susceptibles de porter atteinte au respect du libre jeu de la concurrence. Les privilèges doivent toutefois être appréciés de manière nuancée ; le droit de la concurrence est un droit pragmatique qui appelle à porter sur des comportements d'entreprise des appréciations d'espèce.

Certains privilèges peuvent être contrebalancés par les règles propres applicables à l'opérateur public.

Il en est ainsi s'agissant de l'impossibilité de recourir aux voies d'exécution forcée contre les personnes publiques. Si le bénéfice de cette immunité n'a jamais été discuté pour l'État ¹⁸⁸ et a été étendu aux collectivités locales ¹⁸⁹, il a fait l'objet, s'agissant des établissements publics à caractère industriel et commercial, d'hésitations jurisprudentielles devant les juridictions judiciaires ¹⁹⁰, auxquelles a mis fin la décision du 21 décembre 1987 de la chambre civile de la Cour de cassation, *Bureau des recherches géologiques et minières c/ Société Lloyd Continental* ¹⁹¹.

Cette règle d'immunité des personnes publiques résulte de dispositions expresses, dont celles de portée la plus générale sont issues de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, visé par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1987, qui interdit aux juges de « *troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs* ». Cette immunité résulte également du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, qui compte parmi les principes généraux du droit. Il est exclusivement lié à la personnalité publique et les organismes privés investis d'une mission de service public ne peuvent s'en prévaloir ¹⁹².

186 - Par exemple, Cons. conc., 25 juin 1996, avis relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le financement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence, n° 96A10 : « *Aucune étude ne permet actuellement de dire de façon indiscutable si l'emploi d'un personnel fonctionnaire plutôt que salarié de droit privé représente sur avantage ou un handicap du point de vue des coûts globaux* ».

187 - Notamment Martine Lombard, *À propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés*, Recueil Dalloz 1994, chroniques p. 163.

188 - Tribunal de cassation, 16 thermidor an X, S. 1791 - an XII p. 677 puis Cour de cassation, 31 mars 1819, Enregistrement c/Jousselin, S. 1819-1821.51.

189 - Par exemple Cass. 2^e Civ., 16 décembre 1965, *Commune d'Azay-le-Rideau c/Lepert*, Bull. Civ. II, n° 1038, p. 734.

190 - Après s'être appliquée à ces établissements (Cass. Civ. 9 juillet 1951, *SNEP* ; S. 1952.1.125, note R. Drago), cette immunité n'a bénéficié qu'aux établissements publics dotés d'un comptable public (CA Paris, 11 juillet 1984, *GARP c/ SNCF*, AJDA 1984.625, note M. Bazex ; note R. Denoix de Saint Marc, RFDA 1985, p. 85).

191 - Bull. Civ., I, n° 348, p. 249.

192 - Cass. Civ. 2^e 15 novembre 1995, *Cusset c/ Caisse régionale d'assurance-vieillesse d'Alsace-Moselle*, Bull. Civ. 11, n° 284, p. 168.

Il ne saurait toutefois être admis que les personnes publiques puissent ne pas honorer leurs dettes. À l'égard des collectivités locales et des établissements publics, la procédure d'inscription d'office a été admise depuis longtemps, même sans texte¹⁹³. En outre, la loi du 16 juillet 1980 a permis au Conseil d'État de prononcer des astreintes contre une autorité administrative en cas d'inexécution d'une décision d'une juridiction administrative et à tout justiciable d'obtenir effectivement les sommes d'argent qu'une personne publique a été condamnée à lui payer. Ainsi, si les voies d'exécution de droit commun restent exclues contre les personnes publiques, celles-ci sont néanmoins soumises à des procédures particulières qui aboutissent à l'exécution de leurs obligations pécuniaires. L'existence de « *voies d'exécution administratives* »¹⁹⁴ distinctes des voies d'exécution de droit commun conduit, selon un raisonnement emprunté à celui développé dans l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, à estimer que les personnes publiques ne sont pas placées dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées.

Certains privilèges ne sont que de simples facultés auxquelles les personnes publiques ne recourent pas habituellement.

Doit être ainsi relevée la possibilité de recouvrer leurs créances par la technique de l'état exécutoire. À supposer que ce privilège, conféré aux personnes publiques dotées d'un comptable public, soit susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels, les établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent s'abstenir d'y recourir pour le recouvrement des créances, conformément aux dispositions de l'article 201 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique¹⁹⁵ qui fait du recouvrement selon les usages du commerce, le régime de droit commun et le seul régime effectivement pratiqué.

Il en est de même s'agissant de la prescription quadriennale, aujourd'hui régie par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics. Son article 1^{er} dispose que « *sont prescrites, au profit de l'État, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis* ». En vertu de ce même article, « *sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public* ». Cependant, la prescription quadriennale n'étant pas d'ordre public¹⁹⁶, l'opérateur public n'est pas tenu de l'opposer à ses créanciers.

193 - CE, 20 novembre 1908, *Chambre de commerce de Rennes*, Rec. p. 941 ; S ; 1910. 3. 12, Note Hauriou ; 27 mai 1909 ; Delalande, p. 533, S. 1911. 3. 165

194 - Selon la formule du commissaire du gouvernement Teissier sans ses conclusions sous CE 17 juin 1904, *Hospice du Saint-Esprit*, S. 1906.3.119.

195 - « *Lorsque les créances de l'établissement n'ont pu être recouvrées à l'amiable, les poursuites sont conduites conformément aux usages du commerce. Les poursuites peuvent également être conduites, selon la procédure de l'état exécutoire [...]* ».

196 - CE, 6 juin 1984, *Commune de Bandol et de Sanary-sur-Mer*, n° 45876, DA 1985 n° 133.



On peut également citer la faculté de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, dévolue y compris aux établissements publics, même industriels et commerciaux ¹⁹⁷.

Certaines prérogatives, a priori plus « avantageuses » au regard de la concurrence, peuvent n'être que provisoires.

Ainsi, les opérateurs publics échappent aux procédures « collectives », en vertu de l'article L. 620-2 du Code de commerce issu de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, qui prévoit que « le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé ». La Cour d'appel de Paris en a ainsi déduit que les établissements publics et commerciaux échappent de plein droit au champ d'application de ces dispositions ¹⁹⁸.

La Cour de cassation a également étendu cette exemption à certaines entreprises publiques organisées sous la forme de sociétés. Elle a en effet jugé que les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 étaient incompatibles avec les textes régissant l'organisation de la SNCF et de la compagnie Air France ¹⁹⁹.

Mais cet « avantage » reste incertain. La CJCE a déjà considéré qu'une prise de participation dans une entreprise en difficulté, visant à éviter sa liquidation, constituait une aide de nature à porter atteinte aux conditions de concurrence puisqu'étaient ainsi maintenues des surcapacités de production dans le secteur concerné ²⁰⁰. Le Conseil de la concurrence a également préconisé, s'agissant de la diversification d'EDF-GDF, la filialisation des activités concurrentielles réalisées par ces opérateurs publics, afin qu'en cas de difficultés financières les mesures appliquées à ces filiales ne diffèrent pas de celles du secteur ²⁰¹.

C'est donc au premier chef au regard de la jurisprudence sur les aides d'État illégales que cette immunité des personnes publiques paraît susceptible d'être contestée. Certains ont pu également relever qu'en raison de ce privilège, les opérateurs publics ne sont pas assujettis à l'assurance insolvabilité instituée par la loi du 27 décembre 1973 ²⁰². En réalité, cet « avantage » aurait comme contrepartie l'absence de protection des personnels de ces établissements si la liquidation de l'opérateur public devenait envisageable sous l'influence de la jurisprudence communautaire relative aux aides d'État.

197 - CE Assemblée, 17 mars 1972, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale c/Levesque*, Rec. p. 230.

198 - Voir CA Paris 15 février 1991, DA 1991 n° 184.

199 - Cass. Soc. 25 février 1981, Bull. Civ. V n° 158, D 1983.658 note Y. Laurin ; 16 décembre 1987 Bull. Civ. V, n° 731 ; 17 avril 1991, Bull. Civ. V, n° 199.

200 - CJCE, 15 janvier 1986, *Commission c/ Belgique*, 52/84, Rec. 1986, p. 89.

201 - Cons. conc., 10 mai 1994, avis relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et GDF au regard de la concurrence, n° 94A15.

202 - Voir article précité de Martine Lombard.

d) Au regard des prérogatives dont bénéficient les personnes publiques au titre de leur statut, il y a lieu de relever les contraintes nombreuses qu'elles supportent :

- contraintes quant aux obligations pesant sur elles en matière de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services, et qui seront examinées dans la deuxième partie. Ainsi, un établissement public industriel et commercial, tel que la SNCF, ne peut, en application de la directive communautaire dite « *secteurs spéciaux* » n° 93/98 du 14 juin 1993, passer un marché de services avec une filiale, pour un montant dépassant un certain seuil, sans respect préalable d'une procédure d'appel d'offres et sans que cette filiale ne soit le mieux disant. Cela limite singulièrement la possibilité pour un tel établissement d'avoir une stratégie de groupe efficace ;
- contraintes liées à l'application des principes de service public : égalité (il n'est pas possible de favoriser les bons risques ou les bons clients), continuité et mutabilité. Dans son avis relatif aux parcs départementaux de l'équipement, le Conseil de la concurrence relève « *la situation structurelle de surinvestissement* » qui pèse sur les parcs pour faire face aux situations de crise ²⁰³ ;
- contraintes liées à l'interdiction dans certains cas de démarchage direct ou indirect de la clientèle (ainsi pour les parcs départementaux de l'équipement) ;
- contraintes liées à une « *moindre flexibilité dans l'adaptation de leurs effectifs* », également relevées par le Conseil de la concurrence dans son avis relatif aux parcs départementaux de l'équipement.

e) La concurrence est par contre faussée entre opérateurs publics et opérateurs privés lorsque les premiers sont à la fois compétiteurs et arbitres au titre de la même activité ²⁰⁴.

Cette règle qui prohibe la confusion des genres est bien connue ²⁰⁵ et elle est à l'origine de l'effort de séparation entre les fonctions de régulateur et d'opérateur, en particulier pour ce qui est de la gestion des grands services publics nationaux.

Ainsi, à la suite d'une procédure engagée fin 1998 à la demande d'un syndicat professionnel regroupant la majorité des entreprises de routage françaises, la Commission européenne a pris le 23 octobre 2001 une décision donnant à l'État français un délai de deux mois pour l'informer des mesures qu'il compte prendre pour mettre fin au conflit d'intérêts résultant de ce que La Poste est à la fois concurrente de ces entreprises de routage et leur partenaire obligé en raison du monopole postal.

Mais des problèmes de même type peuvent se retrouver dans de nombreux autres cas, peut-être plus difficiles à régler. Ainsi, s'agissant de l'intervention des services techniques déconcentrés de l'État au bénéfice des collectivités territoriales. Ces services interviennent de trois façons : – comme prestataires

203 - Cons. Conc., 8 décembre 1999, avis relatif à une demande d'avis de l'Union des Syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers, n° 99A21, BOCCRF, 31 mars 1999, p. 172.

204 - CJCE, 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, Rec. 1991, p. I-1223.

205 - Voir CJCE, 19 mars 1991, *France/Commission*, C-202/88, Rec ; 1991, p. I-1223.



de services, pour offrir des prestations d'ingénierie publique ; ils sont alors soumis, comme cela sera développé dans la deuxième partie, au respect du Code des marchés ; – comme partenaires ou conseils dans la conduite d'opérations, par exemple en participant aux commissions d'appels d'offres ; – comme contrôleurs au titre de leur activité régaliennne.

Deux types de conflit d'intérêts peuvent être relevés liés à l'exercice conjoint de ces missions :

– l'un est lié au cumul d'une fonction de conseil ou de prescription avec la candidature à un appel d'offres ; cette situation peut être réglée en s'interdisant le cumul. Encore faut-il y veiller ;

– l'autre est lié à l'exercice du contrôle de légalité sur des marchés auxquels les services techniques ont soumissionné. Le préfet signe en effet les offres des services techniques en réponse à une consultation, offres que ses services vont devoir vérifier ensuite lors du contrôle de légalité. Il y a là une difficulté plus difficile à régler. Une circulaire interministérielle du 1^{er} octobre 2001 adressée aux préfets, sur les procédures d'engagement de l'État pour les marchés d'ingénierie, entend régler la difficulté en exigeant que les services ou parties de service qui instruisent le contrôle de légalité des marchés des collectivités locales ou qui sont membres des commissions d'appels d'offres ne participent ni à l'élaboration de l'offre de l'État, ni à la mise au point des marchés. Cette réorganisation pour isoler dans des cellules distinctes les prestations de bureau d'études, de conseil et de contrôle est effectivement indispensable, même si elle n'est pas aisée.

Il convient d'ajouter que les services de l'État peuvent par ailleurs, du fait même de leurs responsabilités régaliennes, se trouver en position concurrentielle avantageuse par rapport aux opérateurs privés, ne serait-ce que par leur accès privilégié à certaines informations. La décision *Jean-Louis Bernard Consultants* vise directement cette situation lorsqu'elle évoque les avantages découlant des moyens attribués aux services au titre de leur mission de service public.

3.2. Le risque de méconnaissance des règles de la concurrence de la part des personnes publiques invite à des formules de séparation comptable ou même juridique entre activités de service public et activités économiques sur un marché

a) Il y a un risque pour les personnes publiques d'abuser de leur position dominante par la pratique de subventions croisées et de prix prédateurs.

Le recours aux subventions croisées, par lesquelles une entreprise fait supporter tout ou partie des coûts de son activité sur un marché par des ressources tirées d'une activité sur un autre marché ne saurait être prohibé par principe. Il constitue un ressort essentiel du développement et de la diversification des entreprises.

Toutefois, dans l'hypothèse où l'un des opérateurs dispose d'une position dominante sur un marché, il peut être tenté d'utiliser la force que lui confère cette position pour mettre en œuvre, au moyen des techniques de subventions



croisées, des pratiques de prix dites de prédation destinées à éliminer ces concurrents sur ce marché ou sur un autre marché²⁰⁶. Ces pratiques sont prohibées, comme on l'a vu, sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce relatif à l'abus de position dominante.

La coexistence au sein d'une même personne publique d'activités sous monopole et d'activités concurrentielles peut générer ce type de pratiques de subventions croisées de nature à faciliter des pratiques de prix prédateurs, à destination des clients du marché concurrentiel, compensés par des surcoûts pesant sur les clients captifs et à interdire l'accès au marché de compétiteurs potentiels²⁰⁷. L'abus peut être également relevé lorsque la subvention croisée a provoqué une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné ou est de nature à entraîner une perturbation durable du marché²⁰⁸.

En termes de modes de détermination des prix, cela signifie qu'est prohibée, et la jurisprudence communautaire est très rigoureuse sur ce point²⁰⁹, la pratique consistant pour un opérateur à vendre, sur le marché sur lequel il dispose d'une position dominante, à un prix durablement inférieur à ses coûts moyens variables, accumulant ainsi délibérément des pertes qu'il pourrait éviter. Le raisonnement sous-jacent à cette prohibition est que l'opérateur considéré ne peut avoir intérêt à mettre en oeuvre une telle pratique, compte tenu de sa contrainte de rentabilité, que dans la mesure où il espère récupérer les pertes qu'il s'inflige volontairement dans un premier temps, en bénéficiant ultérieurement de la situation créée par l'élimination du marché de ses concurrents. Cette pratique implique nécessairement un objet anticoncurrentiel.

Il est également admis que peut constituer un abus de position dominante le fait, pour une entreprise disposant d'une telle position, de pratiquer des prix supérieurs à ses coûts moyens variables²¹⁰, mais inférieurs à ses coûts moyens totaux, lorsqu'il est établi qu'une telle stratégie est fixée dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

b) Ce risque conduit à préconiser le développement des formules de séparation comptable ou même juridique entre activités de service public et activités économiques sur un marché²¹¹.

206 - Sur la possibilité d'abuser de la position dominante sur un autre marché que celui sur lequel est détenue la position dominante, voir notamment la décision du Conseil de la concurrence n° 87D08 du 28 avril 1987 sur les nouvelles messageries de la presse parisienne.

207 - Cons. Conc., 28 avril 1998, avis relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE, n° 98A05. Les notions développées dans cet avis relatif à la libéralisation du secteur de l'électricité peuvent être aisément transposées au cas des opérations de diversification.

208 - Cons. conc., 5 mars 2001, décision relative à des pratiques mises en oeuvre par la Société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoirs, n° 00D50.

209 - CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO /Commission*, Rec. 1991, p. I-3359.

210 - Par coûts variables, il faut entendre, selon la définition donnée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 97A10 du 25 février 1997 précité, ceux qui varient en fonction des quantités produites ; les coûts totaux comprennent les coûts fixes et les coûts variables.

211 - Cette séparation peut être exigée par la loi elle-même ; voir par exemple l'article L. 33-1 du Code des postes et télécommunications, qui impose aux opérateurs autorisés à établir et à exploiter



La séparation comptable destinée à permettre de s'assurer de la réalité des coûts et d'éventuelles distorsions de concurrence constitue le minimum exigible, comme l'a rappelé à maintes reprises le Conseil de la concurrence, aussi bien s'agissant des grands opérateurs à caractère industriel ou commercial comme La Poste ²¹², qu'à l'égard des services de l'État, comme les parcs départementaux de l'équipement ou le service hydrographique et océanographique de la marine. C'est également ce que demande le Conseil d'État dans son avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants* aux établissements publics administratifs et c'est la solution retenue par les services de l'État intervenant comme prestataires d'ingénierie ²¹³. Cette séparation suppose l'établissement et la tenue d'une comptabilité analytique claire et opératoire. Il y a là au demeurant un élément clé de la transparence que doivent pouvoir afficher les services de l'État, auprès des différents organismes de contrôle, pour éviter de donner prise à la suspicion. La Commission européenne attend quant à elle des États membres qu'« ils disposent de données détaillées sur la structure financière et organisationnelle interne des entreprises publiques ou privées auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs sont accordés, en particulier des comptes séparés et fiables concernant les différentes activités exercées par une même entreprise ²¹⁴ ».

Il ne faut pas se dissimuler qu'il n'existe pas de méthodes objectives et non contestables de ventilation des coûts fixes et communs à plusieurs activités ou de répartition des frais d'un réseau comme celui de La Poste. La difficulté de cette ventilation est accrue s'il n'y a pas séparation physique des activités. En outre, la séparation entre coûts fixes et coûts variables soulève des difficultés qui peuvent être importantes. Le Conseil de la concurrence l'a relevé à propos de la Poste. Enfin, la détermination des coûts variables suppose elle-même des évaluations qui peuvent s'avérer délicates ²¹⁵.

Pour autant, le recours à la comptabilité analytique doit permettre aux personnes publiques de procéder ensuite à une détermination suffisamment rationnelle de leurs prix. L'avis contentieux *Société Jean-Louis Bernard Consultants* dispose que « le prix proposé (doit être) déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat et que l'établissement public ne doit pas avoir « bénéficié pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources et des moyens qui lui sont attribués au titre de la mission de service public ».

les réseaux ouverts au public, à individualiser les activités autorisées sur le plan comptable et dans certains cas sur le plan juridique.

212 - Cons. Conc., 25 juin 1996, avis relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence, n° 96A10.

213 - Voir circulaire du 1^{er} octobre 2001 précitée.

214 - Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, JOCE, 29 juillet 2000, p. 75.

215 - Par exemple, Cons. Conc., 5 mars 2001, n° 00D50, BOCCRF 24 avril 2001.



Cette formule d'une sorte de vérité des prix part d'une approche très rigoureuse, indispensable de la part d'un établissement public ; encore comporte-t-elle une incertitude sur ce que recouvrent « *les coûts indirects concourant à la formation du prix de la prestation* ». Cette prise en compte des coûts indirects a en effet une limite, s'agissant en particulier des coûts déjà amortis et qui n'ont pas lieu d'être repris. Si en effet des activités non économiques ont permis de créer un bien (une base de données, un équipement, un savoir-faire) qui n'est pas exploité à 100 % par l'activité non économique, il est tout à fait rentable pour la collectivité qu'un usage plus intensif en soit fait par une utilisation commerciale. Il n'y a donc pas de contre-indication, y compris en terme de concurrence, à ce que des prix bas soient pratiqués grâce à l'usage marginal des moyens mis en place pour un but principalement administratif (des coûts éventuellement élevés ayant été amortis par ailleurs), à la seule condition, bien sûr, que ces prix soient pratiqués de manière durable. Simplement, convient-il toutefois, compte tenu de l'interdiction des aides d'État prévue par le droit communautaire, de rechercher une « *juste rémunération, par l'activité économique de l'administration* » des moyens mis en place pour les activités purement administratives, à hauteur, par exemple, de l'usage qui en est fait. La question est complexe, mais la simple rémunération des coûts variables dûs à l'usage économique de l'investissement apparaît acceptable économiquement si la taille de l'investissement se trouve totalement déterminée par l'usage administratif principal qui en est fait.

On notera, s'agissant des services techniques d'ingénierie de l'État, qu'à la prise en compte des coûts complets propres à chaque opération (directs et indirects, y compris les charges dues à l'intervention des services centraux dans les opérations importantes, ce qui est effectivement indispensable), il a été prévu d'ajouter une sorte de « *profit* », qualifié de « *marge* », ce qui, aux yeux des administrations concernées, offrira le double avantage d'écarter, par construction même, le risque d'un prix prédateur et plus généralement d'ôter un argument sur la prétendue concurrence déloyale de l'État résultant d'un régime fiscal et social différent des opérateurs privés. La méthode retenue par les services techniques de l'État est également intéressante par l'établissement au niveau national d'un prix de journée par agent, servant de base à la facturation de chaque niveau de qualification, ce qui doit éviter une trop forte disparité des tarifs sur le territoire et notamment des tarifs trop élevés dans les zones de faible activité comme les départements ruraux.²¹⁶ Cela témoigne de la façon très active dont les services de l'État ont pris en compte les exigences pesant sur eux et il doit leur en être donné acte, même s'il doit être conseillé d'éviter tout systématisme, source de rigidité et aboutissant à une sorte d'affichage à l'avance du prix des offres des opérateurs publics, néfaste à la libre concurrence.

S'agissant d'*Ecomet* sus-évoqué, la Commission européenne a non seulement exigé des météorologies nationales qu'elle tiennent une comptabilité analytique de leurs activités commerciales permettant de s'assurer de l'absence de subventions croisées, mais a également prévu une procédure d'arbitrage, pour

216 - Voir par exemple le barème des prix de journée retenu pour les services de l'équipement, par la circulaire n° 01-399 du 14 août 2001.

le règlement des litiges, ce qui est de plus en plus demandé par les partenaires privés de l'administration.

Une séparation plus complète, juridique, financière et organisationnelle entre activités de service public et activités ouvertes à la concurrence s'avère, chaque fois que cela est possible, une solution plus claire et sûre.

Cette séparation peut être utile dans deux cas notamment :

- Premier cas, celui des services de l'État se livrant directement à des activités industrielles lourdes et où une dissociation des fonctions étatiques et des fonctions industrielles paraît seule de nature à donner à l'activité industrielle la souplesse dont elle a besoin.

À titre d'exemple d'un processus de dissociation progressive indispensable des fonctions étatiques et des fonctions industrielles, on peut rappeler que si dès 1970 ont été progressivement créées des sociétés à capitaux publics ayant pour objet de prendre en compte les aspects financiers et commerciaux de la politique d'exportation en matière de construction navale, ce n'est qu'en 1997 que deux entités distinctes ont été chargées, au sein de la délégation générale à l'armement (DGA), respectivement des programmes navals et des constructions industrielles. En 2000, la direction des constructions navales (DCN), qui était déjà dotée d'une comptabilité distincte, a été transformée en service à compétence nationale détaché de la DGA et placé sous l'autorité directe du ministre de la défense et le 6 juillet 2001 a été annoncée la décision du gouvernement de transformer la DCN en société détenue par l'État, avec maintien de leurs statuts pour les personnels travaillant aujourd'hui pour DCN, des contrats d'entreprise fixant sur une base pluriannuelle les relations entre la société et l'État. Il est clair que DCN pouvait difficilement rester le seul constructeur naval en Europe qui soit encore un arsenal d'État en prenant ainsi le risque de ne pouvoir participer directement aux restructurations en cours au niveau européen dans l'industrie navale militaire ;

- Second cas, celui de la diversification des entreprises en charge d'un monopole. En ce cas, la formule la plus aisément praticable est celle de la filialisation. Cette formule a le triple avantage de répondre à une logique de responsabilité (une activité productive, une individualisation des comptes, un centre de profits), de basculer complètement dans le droit commun juridique, social et financier et de permettre de s'associer à des partenaires privés.

Cette solution n'est pas toujours possible et peut soulever de réels problèmes, ce qui incite à ne pas avoir d'approche systématique. Le Conseil de la concurrence donne l'exemple de cette attitude prudente, s'agissant de la filialisation des activités financières de La Poste dans l'avis qu'il a rendu à propos de celle-ci en 1996.

Et si elle constitue une condition majeure pour permettre un meilleur respect des règles de la concurrence par les grands groupes publics, la filialisation est loin d'être suffisante pour garantir ensuite contre les pratiques anticoncurrentielles ou les subventions croisées, comme le montre abondamment l'avis du Conseil de la concurrence au sujet d'EDF. Un problème particulièrement délicat se trouve en effet souvent posé alors, qui concerne les conditions dans lesquelles la filiale en charge d'activités concurrentielles peut avoir accès, le



cas échéant, au réseau justifié par l'activité de service public. Le prix payé par l'utilisateur du réseau ne doit en effet pas se traduire par une aide d'État.

Les conditions de détermination de ce prix font actuellement l'objet d'un important contentieux devant la Cour de justice des Communautés européennes, à propos des rapports entre La Poste et sa filiale Chronopost. Dans cette affaire, la Commission avait estimé que si le prix payé pour l'usage du réseau couvrait les coûts complets encourus pour la fourniture de l'assistance logistique et commerciale correspondante (c'est-à-dire les coûts totaux, plus la rémunération des capitaux propres), il n'y avait pas d'aide d'État. La Commission avait ainsi interprété la position de la Cour, dans son arrêt du 11 juillet 1996, *SFEI*²¹⁷, selon laquelle « *la fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence, est susceptible de constituer une aide d'État... si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché* ». La Cour avait précisé « *afin d'apprécier si une mesure étatique constitue une aide, il convient... de déterminer si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans les conditions normales du marché et une telle approche suppose une analyse économique qui tienne compte de tous les facteurs que l'entreprise, agissant dans des conditions normales de marché, aurait dû prendre en considérations lors de la fixation de la rémunération pour les services fournis* ». Or, si la Commission s'est placée, pour porter l'appréciation en cause, du point de vue du fournisseur de l'assistance logistique et commerciale, en estimant que La Poste s'était comportée en opérateur privé, en demandant la couverture de ses coûts complets, le Tribunal de première instance a, dans un arrêt de 14 décembre 2000, *UFEX/Commission*²¹⁸, considéré qu'il fallait se placer du point de vue du bénéficiaire de l'assistance, c'est-à-dire, en substance, se mettre à la place d'une entreprise qui devait accéder à un réseau similaire, sans que celui-ci résulte d'une situation de monopole de service public.

Il est permis de se demander si la solution du Tribunal ne risque pas de conduire à empêcher largement l'utilisation de structures de service public déjà mises en place, pour la distribution de certains produits ou services librement commercialisés et d'empêcher les établissements publics industriels et commerciaux d'offrir une gamme diversifiée de produits, souvent garante de la qualité même du service public. Ce serait très dommageable. Le coût d'accès au réseau risque en effet d'être prohibitif, car effectivement, comme l'a noté en substance le Tribunal, dans la plupart des cas, ces réseaux ne seraient ni si denses ni si étendus, s'ils n'étaient pas justifiés par des raisons de service public, et aucune entreprise privée sans mission de service public ne mettrait en place un tel réseau. La couverture des coûts complets, sinon l'obligation de donner accès au réseau dans les mêmes conditions à tout prestataire du domaine concurrentiel ne suffisent-elles pas à assurer l'égalité des conditions de concurrence, tout en permettant de mieux rentabiliser les réseaux de service public et d'en faire profiter les opérateurs du secteur

217 - CJCE, 11 juillet 1996, C-39/94, Rec. pI-3 547.

218 - TPI, n° T-613/97, Rec. p. II-4 055.

concurrentiel ? La réponse devrait être donnée prochainement par la Cour de justice des Communautés européennes ; elle est importante pour l'avenir du secteur public.

Cette question tranchée, restera ensuite, bien sûr, ce qui a été dit de « *l'ombre portée* » de la grande entreprise publique qui est considérable : – son image, dont le Conseil de la concurrence relève à propos d'EDF et GDF qu'elle est « *en l'espèce un avantage immatériel important pour les filiales qui leur sont rattachées, puisque souvent cette notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d'universalité et de continuité* » ; – son réseau ; – sa solidité financière qui permet aux filiales de s'abstraire le plus souvent des soucis de trésorerie ; – et surtout sa relative indifférence à la rentabilité, aspect le plus souvent souligné et celui sur la base duquel les groupes publics sont le plus souvent mis en cause. La critique sur ce point part de l'idée que dès lors qu'un intervenant sur le marché n'est pas soumis comme les autres à une contrainte de rentabilité financière, la situation est foncièrement faussée ou, en tout cas, appelle une vigilance particulière. Ce dernier raisonnement est souvent sous-jacent à l'approche du dossier des grandes entreprises publiques en charge d'un service public pratiquant des activités concurrentielles, par la Direction générale de la concurrence à Bruxelles, en dépit du principe de neutralité à l'égard du statut public ou privé des entreprises, consacré à l'article 295 CE et dont on trouve écho dans certains arrêts de la Cour et du Tribunal ²¹⁹. Sans vouloir reprendre ici un débat complexe et, pour partie, idéologique, on relèvera du moins que s'il est exact que la pression en matière de rentabilité financière est moins forte dans un groupe public que dans un groupe privé, cette situation a ses contreparties et compte aussi des contraintes. L'État actionnaire n'aime pas, de façon générale, les risques ; cela handicape la souplesse de manœuvre des groupes publics. Il convient enfin de souligner que ces conditions d'intervention de ces groupes publics, qui permettent d'éviter la fuite en avant pour l'amélioration des ratios et de privilégier les stratégies à long terme, sont précisément au cœur de la justification du recours à des personnes publiques, pour réaliser certaines missions.

219 - TPI, 27 février 1997, *FFSA (La Poste)*, T 106/95, attendus 108 et 192 ; confirmé en appel par la CJCE, C-174/97, du 25 mars 1998.

Deuxième partie

La portée des obligations de publicité et de mise en concurrence dans le droit de la commande publique

Historiquement, c'est dans le cadre de ce que l'on qualifie aujourd'hui de commande publique, pour la passation des marchés de travaux ou de fournitures et des contrats de concessions, que les collectivités publiques ont été confrontées à la notion de concurrence et plus exactement de mise en concurrence.

Depuis le Moyen-Âge, tant pour les « *contrats d'achats de travaux et de fournitures* » que bien souvent pour les contrats de concessions, l'État et les communes sont tenus de procéder par la voie de l'adjudication, dans l'objectif d'obtenir le prix d'achat le moins coûteux, en faisant jouer ce que l'on appelle aujourd'hui la concurrence, et d'éviter « *les fraudes et les malices* », selon les termes d'une ordonnance royale du 4 juillet 1376.

C'est en matière de contrats ou marchés de travaux que les textes sont les plus anciens et les plus exigeants, imposant de contracter avec les « *moins disant* », selon une procédure combinant un devis initial, la publication d'un appel d'offres et l'adjudication. La réglementation la plus ancienne semble être une ordonnance de Saint-Louis de 1256²²⁰. On peut citer ensuite, parmi de nombreux autres textes, et avant la refonte opérée par le décret du 16 frimaire an II de la Convention nationale : – le règlement du 13 janvier 1605 qui réaffirme la règle du moins disant déjà contestée²²¹ ; – une directive de Colbert, sous forme d'une circulaire aux intendants en date du 10 décembre 1669 ; – la déclaration du 7 juin 1708 « *sur les formes à suivre pour les travaux à faire aux bâtiments du roi* » et qui est la première à présenter une réglementation complète par article. L'État est essentiellement concerné, mais les directives tendent à imposer les mêmes règles aux « *bonnes villes* », comme il résulte dès 1256 d'une ordonnance sur l'administration municipale de ces bonnes villes.

À partir de la Révolution, la réglementation ne fait que s'accroître et se préciser, du côté de l'État (décret du 16 frimaire an II, ordonnance du 4 décembre 1836, décret du 31 mai 1862 portant règlement général de la comptabilité publique²²² et décret du 18 novembre 1882 relatif aux adju-

220 - Voir sur tout ce volet historique : Jean-Louis Mestre, *Introduction au droit administratif français*, PUF, 1985 ; Xavier Besançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, préface de Marceau Long, LGDJ, 1999.

221 - Et elle le sera régulièrement. Par une lettre bien connue de 1685, Vauban adjure Louvois de mettre fin à cette procédure dont il passe en revue les inconvénients.

222 - Dalloz périodique 1862, IV, p. 871.

dications et aux marchés passés par l'État²²³), comme du côté des collectivités locales (ordonnance du 14 novembre 1837²²⁴, dont les dispositions sont reprises par la loi municipale du 5 avril 1884 et qui régira les marchés locaux jusqu'en 1960).

Tous ces textes convergent vers une obligation généralisée et transversale de « concurrence et de publicité », formule communément retenue à compter des années 1880. Le Code des marchés créé par le décret du 25 juillet 1964 qui met en place un ensemble de règles communes à l'État et aux collectivités locales et le nouveau code résultant du décret du 7 mars 2001 sont venus consacrer toute cette évolution.

Pour ce qui est des concessions, ou plus généralement, comme on dit alors, des contrats comportant délégation de mission publique, on trouve au départ, comme pour les marchés, la règle de l'adjudication. Mais on admet rapidement, à coté des concessions dites « indirectes », par voie d'adjudication, les concessions dites « directes », sans mise en concurrence, sur la base de « l'intuitu personae ». Au XIX^e siècle, le débat sera vif entre partisans des concessions directes et partisans des concessions indirectes. Les concessions de chemins de fer se feront quasi exclusivement sous le régime des concessions directes, bien que, dans la plupart des cas, le Gouvernement ait eu à choisir entre plusieurs offres concurrentes, souvent âprement défendues. La loi de 1884 consacra, pour les communes, la règle de la concession directe des « services municipaux publics industriels et commerciaux », sous réserve de l'approbation des autorités de tutelle. Et il faudra attendre la loi Sapin du 29 janvier 1993 pour que les règles de publicité et de mise en concurrence soient réintroduites dans ce domaine.

Aujourd'hui, ces règles de publicité et de mise en concurrence sont au cœur du droit de la commande publique ; elles ont connu, au cours des années récentes, un champ d'application extensif sous l'effet du droit communautaire et du droit interne, et une effectivité accrue du fait de la jurisprudence du juge administratif qui a en charge d'en faire assurer le respect. Le problème se pose des limites de cette extension et des marges de manœuvre dont disposent les collectivités publiques d'avoir recours librement aux organismes qu'elles ont créés pour faire face à leurs besoins et pour développer des partenariats avec d'autres personnes publiques ou des personnes privées. Par-delà se trouve soulevée la question du bon usage de ces règles de publicité et de mise en concurrence, qui doivent pouvoir être mises au service d'un droit de la commande publique conciliant mieux les exigences et avantages du droit de la concurrence et la bonne utilisation des deniers publics.

223 - Dalloz périodique 1883, IV, p. 56.

224 - L'ordonnance du 4 décembre 1836 relative aux marchés de l'État et l'ordonnance du 14 novembre 1837 concernant les marchés des communes ont été prises sur la base de la loi du 31 janvier 1833 portant règlement du budget de 1829 dont l'article 12 prévoyait que seraient fixées par ordonnance « les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du Gouvernement ».



II-1. Le poids des règles de publicité et de mise en concurrence s'est fortement accru au cours des quinze dernières années

1.1. L'évolution du droit interne

Les règles de publicité et de mise en concurrence, telles qu'applicables traditionnellement en matière de commande publique, consistent à exiger, avant toute passation d'un marché, un « *avis d'appel public* » à concurrence permettant à tous les candidats intéressés de se manifester. Cette publicité, qui informe de l'objet du marché proposé (ou de la délégation de service public), et des conditions auxquelles l'administration envisage de conclure, est destinée à susciter la concurrence, dans des conditions d'égalité, entre tous les intéressés ; ceux-ci répondent aux propositions de l'administration en lui adressant une offre (longtemps appelée soumission), écrite, contenant notamment tous renseignements sur leur entreprise et leurs exigences en matière de prix.

L'obligation de publicité et de mise en concurrence est fonction du type et de l'importance du marché et quelquefois des collectivités concernées (État ou collectivités territoriales). Ainsi, actuellement, pour l'ensemble des marchés, la procédure d'appel d'offre avec obligation de publicité et de mise en concurrence est applicable à partir du seuil de 130 000 euros pour l'État et 200 000 euros pour les collectivités locales ; la publicité est effectuée normalement au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ; au-dessus de certains montants prévus par les directives (5 millions d'euros pour les travaux et 750 000 euros pour les fournitures et services), la publicité doit être faite au Journal officiel des Communautés européennes (JOCE).

L'importance donnée à ces règles, que le Conseil d'État qualifie à l'occasion de principe²²⁵, résulte bien du « *statut* » particulier qui leur est reconnu dans le contentieux des marchés publics par la jurisprudence. Les règles de passation des contrats y ont un caractère d'ordre public. Le juge peut en effet constater la nullité du contrat qui a méconnu les règles de passation des marchés fixées par le Code des marchés publics²²⁶, dans les mêmes conditions que pour les vices affectant la volonté de contracter ; il en est de même des clauses de tacite reconduction²²⁷ des marchés pour lesquels les formalités de publicité et de mise en concurrence s'appliquent.

C'est dans le but de donner toute sa portée à cette mise en concurrence que le juge administratif se montre particulièrement rigoureux sur le respect du libre accès des opérateurs à la commande publique. Le juge contrôle ainsi que

225 - CE, 8 novembre 2000, *Commune de Baie-Mahault c/ Société Rhoddlams*, n° 149404, à paraître au recueil.

226 - CE, Section, 26 mars 1975, *Moulinet*, Rec. p. 209 et Section, 29 janvier 1982, *Martin*, Rec. p. 44.

227 - CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, à paraître au recueil.

l'appel à candidature n'est pas de nature à dissuader certains opérateurs de soumissionner²²⁸. Il exige de même que la mise en compétition ne soit pas uniquement formelle²²⁹. Il vérifie enfin que les critères techniques fixés par la collectivité publique sont justifiés par les nécessités de l'exécution du contrat²³⁰. L'égalité concurrence implique également une égalité de traitement entre les candidats. Les candidats doivent donc être traités sans discrimination par la personne publique qui passe le marché.

Les modes traditionnels de conclusion du marché (adjudication et appel d'offres notamment) ont été conçus pour donner sa pleine portée à cette mise en concurrence en encadrant la liberté de choix des décideurs publics.

Ces règles de base se sont fortement étoffées au cours des quinze dernières années, pour des raisons se situant dans la droite ligne de celles qui ont toujours fondé notre droit des marchés publics : assurer le meilleur usage des deniers publics en contraignant les demandeurs à se montrer rationnels dans leur comportement d'acheteur et plus encore prévenir les fraudes et la corruption.

La manifestation la plus significative de cette dernière préoccupation apparaît bien dans l'élaboration **d'un droit de la délégation des services publics**, à la suite de la révélation d'affaires de corruption durant les années 1980, mais le droit des marchés publics en porte également la trace.

Pour ce qui est des délégations de service public, leur encadrement résulte des dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, qui en modifient profondément le régime, aujourd'hui codifiées, s'agissant des collectivités territoriales, aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

Sans revenir sur le principe de liberté du choix du délégataire par l'autorité délégante, la loi Sapin va mettre en place des procédures de passation permettant une sélection transparente du candidat et assurant une égalité de traitement entre les soumissionnaires potentiels.

Les délégations de service sont soumises à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes²³¹. Des informations minimales sont portées à la connaissance des opérateurs économiques²³². Les candidats admis à présenter une offre sont sélectionnés au vu de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité ne peut ni fixer par avance le nombre maximal de candidats susceptibles d'être retenus ni, après avoir procédé à l'examen de ces garanties et aptitudes, décider de n'inscrire sur la liste qu'une partie seulement de candidats ayant satisfait à cet examen²³³. Les offres sont ensuite dépouillées par une commis-

228 - CE, 10 février 1997, *OPAC du Puy-de-Dôme et du Massif central*, Rec. T.p. 941

229 - CE, 27 septembre 1989, *Ville de Vallauris c/Bartoli*, Rec. T. p. 778.

230 - CE, Section, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, Rec. p. 391.

231 - Article L. 1411-1 du Code général de collectivités territoriales.

232 - Elles sont fixées par le décret n° 93-471 du 24 mars 1993.

233 - CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais*, n° 198147, Rec. p. 230.

sion spécialisée, mais la négociation appartient à la collectivité publique²³⁴. Ne sont exclues de cette obligation que les délégations consenties à une entreprise qui bénéficie d'un monopole légal, les services confiés à un établissement public dont c'est l'activité statutaire et les délégations dont la rémunération est inférieure à un certain montant.

Il convient de souligner que cette évolution ne répondait pas à une exigence communautaire de mise en concurrence, puisque seules les concessions de travaux publics étaient à l'époque et sont encore soumises à une obligation formelle de mise en concurrence au niveau communautaire²³⁵. Le Conseil d'État a d'ailleurs été amené à appliquer cette directive pour une concession de travaux²³⁶. Les concessions de services avaient en revanche été volontairement exclues du champ d'application de la directive n° 92/50 relative aux marchés de services, avec le soutien de la délégation française.

S'agissant du droit des marchés publics, les années récentes sont marquées également par une évolution profonde : – transposition des directives communautaires, – instauration d'un contrôle précontractuel du respect des règles de publicité et de mise en concurrence, – renforcement des instruments destinés à assurer la « *transparence* » et la « *régularité* » des procédures de passation de marchés publics, avec l'instauration, par la loi du 3 janvier 1991, d'une « *mission interministérielle d'enquête sur les marchés* », chargée d'enquêter sur « *les conditions de régularité et d'impartialité* », dans lesquelles sont préparés et passés les marchés publics et dont la compétence sera élargie par la loi Sapin aux délégations de service public, – et enfin élaboration et publication, par le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, d'un nouveau Code des marchés publics.

Ce code comporte une nouvelle approche de la commande publique qui vise à mieux concilier la bonne gestion des deniers publics et le souci de mieux tirer bénéfice du marché concurrentiel. Dans ces conditions, il est amené à alléger certaines contraintes, pour les marchés inférieurs à certains seuils. Mais en même temps, il étend le champ proprement dit du code, en y soumettant l'ensemble des marchés publics, y compris ceux qui se situent en dessous du seuil des formalités préalables, ainsi que les contrats à titre onéreux conclus pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services, par les personnes publiques entre elles ; il a ainsi mis fin, sur ce dernier point, à un débat récurrent et a prolongé une jurisprudence de peu antérieure, soumettant aux règles de la mise en concurrence de tels contrats entre personnes publiques²³⁷.

On relèvera enfin, en droit interne, que la législation récente est marquée par une **répression pénale accrue** de la méconnaissance des principales règles de la commande publique, avec l'instauration du délit de favoritisme. L'article

234 - Article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales.

235 - En application de la directive n° 93/37/CEE.

236 - CE, Assemblée, 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'ouest lyonnais*, Rec. p. 30.

237 - CE, Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et Service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, Rec. p. 201, avec conclusions H. Savoie.



432-14 du nouveau Code pénal punit d'une peine de deux années d'emprisonnement et d'une amende de 30 000 euros le fait de procurer ou de tenter de procurer un avantage injustifié par un acte contraire aux lois et règlements visant à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public²³⁸. Cette sanction pénale vise les décideurs publics²³⁹. Elle a permis la sanction de pratiques graves. La France serait toutefois²⁴⁰ le seul des grands pays de l'OCDE à avoir décidé de répondre au risque de corruption par l'introduction d'une sanction pénale de la violation des règles des marchés publics, ce qui peut conduire les acheteurs à se concentrer sur le respect des règles formelles au détriment de la recherche de l'efficacité économique des achats publics. Cette pénalisation peut, au demeurant, poser problème au regard des incertitudes qui marquent le champ d'application de la réglementation, comme il sera indiqué plus loin.

1.2. Les principes posés par les directives européennes

En droit communautaire, l'intervention de règles, en matière d'achats publics, est relativement récente. Elle s'inscrit dans une volonté d'ouverture à la concurrence des marchés nationaux cloisonnés. Ces règles portent essentiellement sur les procédures de passation des marchés et le règlement des litiges. Elles ne couvrent pas en totalité le processus d'achat.

Il s'agit pour les instances communautaires de donner plein effet aux objectifs du traité et aux règles qui découlent de ce traité : principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle..., principes mis en oeuvre pour l'instant sous forme de directives pour les seuls marchés publics, mais qui ont vocation à l'être également pour les concessions, comme il ressort de la communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire.

La Cour de justice des Communautés européennes précise ainsi que les directives relatives aux marchés publics visent, d'une part, « à faciliter la réalisation à l'intérieur de la Communauté de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services » et, d'autre part, « à garantir l'effectivité des droits reconnus par le Traité²⁴¹ ».

238 - L'article 432-14 du nouveau Code pénal a été introduit par la loi n° 95-127 du 8 février 1995.

239 - La disposition est applicable à toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locale ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées.

240 - C'est ce que relève un rapport de l'Inspection générale des finances : *Mission d'analyse comparative des pratiques de l'achat public*, juillet 2001.

241 - CJCE, 10 mars 1987, *Commission c/ Italie*, 199/85, Rec. 1987, p. 1039 ; CJCE, 17 novembre 1993, *Commission c/ Espagne*, C-71/92, Rec. 1993, p. I-5923.



Sur ces bases, à partir de 1970, le droit européen des marchés connaît un développement important sous forme d'une série de directives dont la première « salve » sera achevée en juin 1993²⁴². La Commission se propose aujourd'hui de regrouper et de moderniser ces directives. Elle a élaboré en ce sens une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures de services et de travaux, qui a été présentée le 10 mai 2000.

En dépit des différences qui existent entre elles, les directives mettent en place un système de transparence des procédures d'attribution. Celles-ci peuvent être ouvertes, restreintes ou négociées. Pour permettre à tout soumissionnaire de présenter une offre, l'ensemble de la procédure est enfermé dans des délais et doit faire l'objet, à différents stades, de publicité. Les acheteurs publics sont tenus d'énoncer préalablement les critères d'attribution des marchés. Ces règles communes ne sont applicables qu'aux achats publics dont le montant est supérieur à certains seuils communautaires.

On notera que la conclusion au niveau international de l'accord sur les marchés publics (AMP), signé en 1994 dans le cadre du GATT²⁴³ et destiné à garantir le libre accès des entreprises étrangères aux marchés nationaux, n'a pas entraîné de réécriture d'ensemble des directives, les principes retenus pour la passation des marchés internationaux et européens se révélant très comparables. Toutefois les directives communautaires ont dû être modifiées sur quelques points et notamment sur la liste des informations qu'une soumission doit contenir.

L'intervention des directives communautaires, bien que celles-ci se soient situées largement dans la ligne du droit français des marchés publics, a eu un impact profond sur celui-ci.

Tout d'abord, en ce qu'elles fixent de nouvelles obligations pour les appels d'offres en imposant qu'un avis comportant un nombre important d'informations soit publié dans le *Journal officiel des Communautés européennes*

242 - Directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des **marchés publics de fournitures**, modifiée par la directive 97/52/CEE du Conseil du 13 octobre 1997 ; - directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des **marchés publics de travaux** modifiée par la directive 97/52/CEE ; - directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des **marchés de services**, modifiée par la directive 97/52/CEE ; - directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les **secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications**, modifiée par la directive 98/4/CEE du Conseil du 16 février 1998 ; - directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des **procédures de recours** en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

243 - Cet accord a été signé par 22 États, dont les 15 États membres de l'Union européenne, les États-Unis, le Canada, le Japon... le 15 avril 1994 à Marrakech et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 ; en vertu d'une décision du 22 décembre 1994 de l'Union européenne, ni l'accord instituant l'OMC, ni ses annexes, dont l'AMP, ne sont susceptibles d'être invoqués directement devant les juridictions communautaires ou celles des États membres.

(JOCE), pour les marchés supérieurs au seuil prévu, sur ce point, par les directives ; l'insertion de cet avis dans une publication nationale ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications officielles des Communautés européennes ²⁴⁴.

Ensuite et surtout, le champ d'application des directives est plus large que celui du Code des marchés publics qui est limité à l'État et à ses établissements publics, autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, et aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics ²⁴⁵.

En effet, les directives font entrer dans le champ du droit de la commande publique, sous la qualification de « *pouvoirs adjudicateurs* », non seulement l'État et les collectivités territoriales, mais aussi « *les organismes de droit public* », ces derniers étant définis comme des « *organismes créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ayant la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public* ».

Selon la jurisprudence communautaire, un organisme est « *pouvoir adjudicateur* », dès lors qu'il a la personnalité juridique, qu'il est soumis au contrôle de l'État ou d'autres collectivités publiques et qu'il a été spécifiquement créé pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. La Cour de justice des Communautés européennes a déjà eu de nombreuses occasions de préciser ce qu'elle entendait par besoins d'intérêt général. Ont été par exemple considérées comme couvrant des besoins d'intérêt général les activités suivantes : la fabrication d'imprimés officiels comme les passeports, les permis de conduire et les cartes d'identité ²⁴⁶, l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères ²⁴⁷, l'entretien des forêts nationales et de l'industrie forestière ²⁴⁸, ainsi que la gestion d'une

244 - CE, 27 juillet 2001, *Société Degremont*, n° 232820, BJCP n° 19, p. 512 ; 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229565, à paraître.

245 - Le Code des marchés est un code réglementaire. Il couvre les collectivités territoriales sur la base du décret-loi du 12 novembre 1938 pris sur le fondement de la loi du 5 octobre 1938, ainsi que, s'agissant des marchés de travaux, de la loi du 7 avril 1957 tendant à favoriser les constructions de logements et des équipements collectifs. Ces textes ont été certes abrogés, mais par la voie de décrets (art 2 du décret du 28 novembre 1966 et art 94 du décret du 25 juillet 1960), et donc en méconnaissance de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil d'État estime donc que les lois précitées peuvent toujours servir de fondement à l'application aux collectivités territoriales des dispositions du Code des marchés, CE, Assemblée, 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. p. 197 et CE, 30 juin 1999, *Département de l'Orne et Société GESPAC France*, Rec. p. 227. La question lui est toutefois à nouveau soumise dans le cadre de requêtes tendant à l'annulation de tout ou partie du décret du 7 mars 2001 relatif au Code des marchés publics.

246 - CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, Rec. 1998, p. I-73.

247 - CJCE, 10 novembre 1998, *Gerneente Arnhem et Gemeente Rheden/BFI Holding*, C-360/96, Rec. 1998, p. I-6821.

248 - CJCE, 17 décembre 1998, *Commission/Irlande*, C-353/96, Rec. 1998, p. I-8565.



université ²⁴⁹, la gestion de réseaux publics de télécommunications et la fourniture de services publics de communications ²⁵⁰, des activités de construction de logement social par les offices publics d'aménagement et de construction (OPAC) et les sociétés anonymes d'HLM ²⁵¹.

S'agissant du critère du contrôle, la Cour a développé sa conception à propos du cas des sociétés HLM, dans l'affaire *Commission/France* précitée. Le Gouvernement français soutenait que le contrôle exercé en l'espèce par la puissance publique correspondait à un contrôle de type administratif et non pas à un contrôle de gestion ou d'investissement et que l'État n'avait donc pas d'influence sur les décisions concernant la bonne marche des sociétés anonymes HLM.

La Cour relève tout d'abord que le critère du contrôle de gestion « *doit créer une dépendance à l'égard des pouvoirs publics équivalente à celle qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli, à savoir le financement provenant majoritairement des pouvoirs publics ou la nomination par ces derniers de plus de la moitié des membres composant les organes dirigeants de la société anonyme HLM* ».

La Cour constate ensuite que si les sociétés anonymes HLM sont des sociétés commerciales, leur activité est toutefois très étroitement encadrée par les dispositions du livre IV du Code de la construction et de l'habitation et du décret n° 93-236 du 22 février 1993 créant une mission interministérielle d'inspection du logement social.

Après un examen détaillé des différents contrôles prévus en droit interne, la Cour conclut que la gestion des sociétés anonymes HLM est soumise à un contrôle des pouvoirs publics qui permet à ceux-ci d'influencer les décisions de ces sociétés en matière de marchés publics.

S'agissant de la distinction entre les besoins d'intérêt général « *à caractère industriel et commercial* » et ceux qui n'ont pas ce caractère, la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion de la préciser dans une affaire récente *Agora et Excelsior* ²⁵². Elle a jugé qu'un organisme qui, bien qu'ayant une activité satisfaisant à des besoins d'intérêt général et sans but lucratif, « *mais dont la gestion repose sur des critères de rendement, d'efficacité ainsi que de rentabilité et qui opère dans un environnement concurrentiel* » n'est pas un organisme adjudicateur ; ainsi par exemple s'agissant d'un organisme organisant des foires, des expositions et d'autres initiatives semblables, dans de telles conditions.

Le champ d'application de la directive englobe donc, dès lors qu'ils ont été créés « *pour satisfaire* » spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, certains établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), certaines sociétés d'économie mixte

249 - CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. 2000, p. I-803.

250 - CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. 2000, p. I.

251 - CJCE, 15 février 2001, *Commission/France*, C-230/99, Rec. 2001, p. I-1169.

252 - CJCE, 10 mai 2001, *Agorà Srl et Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C./Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, C-223/99 et C-260/99, Rec. 2001, p. I-3605.



(SEM), certaines sociétés anonymes HLM et certains groupements d'intérêt économique (GIE) ²⁵³.

La directive n° 93/98 du 14 juin 1993, relative aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, va encore plus loin et couvre, outre les pouvoirs adjudicateurs, « *les entreprises publiques* » et les « *entreprises liées* ».

Pour transposer les directives en droit interne, il convenait donc soit de renoncer au champ traditionnel du Code des marchés publics en concevant un nouveau Code de la commande publique ayant le même champ que les directives, soit de régler l'application des directives aux entités n'entrant pas dans le champ du code par des dispositions législatives et réglementaires spécifiques gravitant autour de ce code. C'est cette seconde solution qui a été choisie comme étant plus simple à mettre en œuvre juridiquement. Elle a néanmoins l'inconvénient de ne pas rendre facilement perceptible le champ d'application réel du droit de la commande publique et de favoriser ainsi des malentendus ou des incohérences dans son évolution, comme le Conseil d'État l'avait souligné dans son rapport public 1998 ²⁵⁴.

Il convient en effet d'être attentif au fait que la Cour de justice des Communautés européennes a donné une définition extensive de la notion d'organismes de droit public. Ainsi, un organisme créé pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial qui s'est diversifié dans des activités commerciales demeure un organisme de droit public, y compris si la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante de l'activité réellement entreprise par cet organisme ²⁵⁵.

Le droit communautaire a également renforcé le contrôle du droit de la mise en concurrence en entraînant la création d'une procédure d'urgence spécifique.

Les directives « *recours* » ont entraîné la création du juge des référés précontractuels, prévue aux articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative ²⁵⁶. Il en résulte que dès avant la signature du marché public ou d'une convention de délégation de service public, le juge administratif peut être saisi des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont tenues les personnes responsables de la passation de ces

253 - On peut penser qu'il en va ainsi, notamment, du Centre national d'études spatiales (CNES), établissement public à caractère industriel et commercial, au moins pour la partie recherche développement de son activité, ce qui, pour les marchés qu'il passe sur crédits délégués par l'Agence spatiale européenne, pose la question de la conciliation difficile des règles communautaires avec la clause de « *retour géographique des contrats* » prévue par le statut de cette agence.

254 - Rapport public 1998 du Conseil d'État, EDCE n° 49, La Documentation française.

255 - CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e. a. c/Strohal Rotationsdruck*, C-44/96, Rec. 1998, p. I-73.

256 - La loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 a transposé la directive recours secteurs classiques 89/665 en introduisant l'article L. 22 du Code des TA et CAA, depuis codifié à l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. La loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 a transposé la directive recours secteurs exclus 92/13 en introduisant l'article L. 23 du Code des TA et CAA, depuis codifié à l'article L. 551-2 du Code de justice administrative.



contrats. Il s'agit d'une procédure d'urgence, qui se veut préventive. Le juge doit être saisi avant la signature du contrat. Le juge du référé précontractuel possède des pouvoirs particulièrement larges puisqu'il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours, ce qui doit permettre d'éviter que le juge du référé ne se trouve dessaisi et mis devant le fait accompli, par une signature accélérée du contrat. Il intervient à la demande de toute personne intéressée à conclure le contrat et susceptible d'être lésée²⁵⁷. Ces conditions apparaissent adaptées aux enjeux de la commande publique. Ainsi, le droit de la mise en concurrence bénéficie d'un juge spécifique doté de pouvoirs particulièrement larges. L'efficacité de ce juge est renforcée par les dispositions prises pour que les décisions interviennent dans des délais brefs. Ainsi le Conseil d'État statue-t-il sur les recours en cassation, en moyenne, dans un délai de l'ordre de trois mois, grâce au dispositif adopté en concertation avec l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, d'accélération de l'instruction et de fixation de la date de l'audience dès l'admission de la requête.

Pour illustration, il peut être indiqué que sont contrôlés, au titre des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, des contradictions entre les documents de consultation ne permettant pas aux candidats de connaître l'objet et l'étendue de la mission dont ils seraient chargés²⁵⁸, la définition dans l'avis d'appel d'offres de spécifications techniques ayant pour effet de limiter la variété des produits qui y répondent²⁵⁹, les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution d'un marché²⁶⁰, les conditions dans lesquelles une offre est écartée ou retenue par la commission d'appel d'offres²⁶¹, la violation de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence²⁶², en tant que cette violation a porté atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats, l'irrégularité de la composition de la commission d'appel d'offres²⁶³.

Cependant le référé précontractuel n'a pas pour objet de se substituer au recours pour excès de pouvoir ou au déféré préfectoral. Il ne permet donc pas le contrôle de la validité de la signature apposée sur le contrat²⁶⁴, le juge qui statue dans l'urgence ne pouvant s'en tenir qu'à l'apparence, le contrôle de la compétence de la collectivité publique dans la matière objet du contrat²⁶⁵, le

257 - CE, 29 mars 2000, *Syndicat central des transporteurs automobiles professionnels de la Guadeloupe*, Rec. p. 143.

258 - CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, Rec. p. 127.

259 - CE, Section, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, Rec. p. 391.

260 - CE, 29 juillet 1998, *Garde des Sceaux, ministre de la justice c/Société GENICORP*, n° 177952.

261 - CE, 10 février 1997, *Société Révillon*, Rec. T. p. 941.

262 - CE, 28 juillet 1999, *Société anonyme Bouygues et autres*, Rec. p. 265.

263 - CE, 27 juillet 2001, *Société Dégremont.*, prec.

264 - CE, 8 février 1999, *Société Campenon Bernard SGE*, n° 188100.

265 - CE, 30 juin 1999, *S.A. Demathieu et Bard*, n° 198993, à paraître au Rec.



contrôle du respect par le candidat de son objet social ou, lorsqu'il s'agit d'un établissement public, du principe de spécialité²⁶⁶, l'appréciation des mérites respectifs des offres²⁶⁷, la conformité de certaines clauses du contrat envisagé avec prescriptions du règlement communautaire relatif aux restrictions de concurrence qui peuvent être justifiées par les nécessités de service²⁶⁸.

1.3. L'application vigilante des règles de la commande publique par le juge national et par le juge communautaire

a) **Le juge national** se montre particulièrement rigoureux dans l'effet à donner aux directives et dans la qualification soit de marché public, soit de délégation de service public, de divers types de contrats qui pouvaient sembler devoir échapper à une telle qualification.

Le plein effet donné aux directives communautaires par le juge administratif résulte des décisions, et notamment de l'arrêt d'Assemblée *Tête* du 6 juin 1998, par lesquelles le Conseil d'État a posé comme principe que l'absence de transposition d'une directive ne permet pas au pouvoir adjudicateur de s'exonérer de ses obligations résultant de cette directive en matière de règles de passation des marchés²⁶⁹.

Le juge français vérifie ainsi que les obligations liées à la publicité des appels d'offres fixées par les directives ont bien été respectées par le pouvoir adjudicateur, tout en distinguant les obligations substantielles imposées par les directives et les autres. Si l'avis d'un appel d'offres ouvert publié au *Journal Officiel des Communautés européennes* en application de la directive « services » n'est pas tenu de comporter de précisions relatives aux personnes autorisées à assister à l'ouverture des offres, il doit, sous peine d'entacher la procédure de passation du marché d'irrégularité, comporter des précisions relatives aux langues dans lesquelles peuvent être présentées les offres et des indications sur les modalités essentielles de paiement et de financement du marché²⁷⁰.

De même, le juge administratif définit la situation du contrat au regard du droit communautaire. Ainsi, un contrat non soumis au Code des marchés publics sera qualifié de marché public, au sens du droit communautaire, s'il entre dans le champ d'application d'une directive, comme l'a jugé le Conseil d'État pour un marché relevant de la directive « services »²⁷¹.

266 - CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054, à paraître au Rec.

267 - CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412 et n° 194418.

268 - CE, 24 octobre 2001, *Collectivité territoriale de Corse et office des transports de la Corse*, n° 236293, à paraître au Rec.

269 - CE, Assemblée, 6 février 1998, *Tête et Association de Sauvegarde de l'Ouest Lyonnais*, Rec. p. 30 avec les conclusions de Henri Savoie.

270 - CE, 27 juillet 2001, *Compagnie Générale des Eaux*, n° 229566, à paraître au recueil.

271 - CE, Section, 20 mai 1998, *Communauté des Communes du Piémont de Barr*, Rec. p. 201, conc. Henri Savoie et 19 octobre 2001, *Société Alstom Transport SA*, n° 233173, à paraître au Rec.



Pour ce qui est de la **qualification de marchés publics** de contrats de divers types pouvant paraître pouvoir y échapper, on prendra comme exemple, parmi de nombreuses illustrations possibles, les contrats utilisés quelquefois dans des opérations complexes, que sont le bail emphytéotique et la vente en état futur d'achèvement.

Le bail emphytéotique est un contrat de louage d'immeuble, dont la durée exceptionnellement longue (18 à 99 ans) confère au locataire un droit réel sur le bien et auquel les collectivités publiques ²⁷² peuvent avoir recours pour obtenir un financement privé de leurs équipements publics.

Les dispositions du Code des marchés ne sont en principe pas applicables à la passation des baux emphytéotiques ²⁷³. Peu importe qu'une partie de l'ouvrage soit destinée à être utilisée par la collectivité publique elle-même, qu'elle réponde à ses besoins ou ait été conçue en fonction de ceux-ci.

Mais dès lors que le bail est conclu en combinaison avec une convention dont l'objet porte sur la conception, la réalisation, et l'exploitation d'un ouvrage public, le Conseil d'État a jugé qu'il doit être regardé comme un marché d'entreprise de travaux publics ²⁷⁴, soumis au Code des marchés publics. Et si le bail a pour objet la construction d'un bâtiment par une société rémunérée par l'exploitation de l'ouvrage pendant la durée du bail, ce bail doit être regardé comme une concession de travaux publics, relevant du champ de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 et de la directive communautaire n° 93/37 CEE sur les travaux ²⁷⁵. Il entre également de ce fait dans le champ de compétence du juge de référé précontractuel.

La vente en état futur d'achèvement constitue une forme de vente ; elle n'est donc pas soumise au Code des marchés et ce d'autant qu'en ce cas la collectivité publique n'est pas maître d'ouvrage. Toutefois, le Conseil d'État a, de façon prétorienne d'ailleurs, posé des conditions strictes pour le recours à la formule ²⁷⁶. Ce recours est illégal lorsque l'objet de l'opération est la construction d'un immeuble pour la collectivité en cause, et que l'immeuble est destiné à devenir entièrement propriété de celle-ci et a été conçu en fonction de ses besoins propres, ces conditions étant cumulatives ²⁷⁷. En somme, ce n'est que si la collectivité se borne à s'insérer dans un projet immobilier privé qu'elle peut utiliser le procédé de la vente en l'état d'achèvement.

De même, **le Conseil d'État requalifie systématiquement en marchés** des contrats passés sous la forme de la délégation de service public, dès lors que la rémunération du cocontractant ne résulte pas « *substantiellement des résul-*

272 - Collectivités territoriales et leurs établissements publics et leurs groupements, en vertu de l'art. 13 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, codifiée aux art. L. 1 311-2 à L. 1 311-4 du CGCT ; État, en vertu de la loi du 25 juillet 1994.

273 - CE, Section, 25 février 1994, *S.A. Sofap-Marignan Immobilier et Autres*, Rec. p. 94.

274 - CE, 9 décembre 1996, *Préfet du Gard*, n° 172800, *Revue de Droit Immobilier* 1997, p. 224.

275 - CE, Assemblée, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, p. 300, conc. Lasvignes.

276 - CE, Section, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l'architecture de Haute-Garonne et autres*, Rec. p. 41.

277 - CE, 31 janvier 1995, avis Section de l'intérieur et Section des travaux publics réunies, n° 356960, Rapport public 1995 du Conseil d'État, EDCE n° 47 p. 407 et AJDA 1997, p. 139.



tats de l'exploitation »²⁷⁸, étant toutefois observé que « *substantiellement* » ne veut pas dire « *majoritairement* » et « *résultats de l'exploitation* » ne signifie pas nécessairement redevances perçues sur les usagers²⁷⁹.

Enfin, le juge administratif veille à ce que, dès lors qu'une collectivité publique a recours à une procédure de mise en concurrence, bien qu'elle n'y soit pas tenue, elle respecte les obligations qu'elle s'est librement assignée²⁸⁰.

b) S'agissant du juge communautaire, de nombreuses illustrations peuvent être données de sa tendance à comprendre largement le champ des directives ou plus globalement des règles posées par le traité. Ainsi en va-t-il de son interprétation de la notion de marché public, de ses réticences à retenir la qualification de concession au détriment de celle de marché, de sa vigilance à détecter, au sein de conventions plus larges, l'existence de marchés publics ou encore, et c'est là une évolution de jurisprudence d'une portée qui ne peut être encore complètement mesurée, des premières exigences qu'il pose en matière de passation des concessions.

La définition de la notion de marché public résulte des articles 1^{er}, sous a) des directives 92/50 CEE sur les marchés publics de services, 93/36 CEE sur les marchés publics de fournitures et 93/37 CEE sur les marchés publics de travaux, et de l'article 1^{er}, paragraphe IV de la directive 93/38 CEE sur les marchés dans les secteurs spéciaux.

Le marché public y est invariablement défini comme un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un pouvoir adjudicateur d'une part et un prestataire de services, un fournisseur ou un entrepreneur d'autre part.

La question de l'applicabilité des directives marchés publics ne peut donc en principe se poser que si on se trouve en présence d'un contrat, ce que confirment expressément les textes mêmes des directives services (considérant n° 8) et secteurs spéciaux (considérant n° 24) en disposant que « *la prestation de service n'est couverte par la présente directive que dans la mesure où elle est fondée sur des marchés ; la prestation de service sur d'autres bases, telles que des dispositions législatives ou réglementaires ou des contrats d'emploi, n'est pas couverte* ».

Cela revient à exclure du champ des directives la désignation unilatérale de fournisseurs ou d'entrepreneurs, sur la base de dispositions législatives ou réglementaires le permettant.

Dans une telle situation, la Cour de justice des Communautés européennes regarde pourtant si les liens qui unissent la collectivité adjudicatrice et l'opérateur ne peuvent être qualifiés de contractuels, bien qu'un acte unilatéral soit à l'origine de la relation.

278 - CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Rec. p. 137.

279 - CE, 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais*, Rec. p. 230 ; conc. C. Bergeal, AJDA 1999, p. 714.

280 - CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze c/ SARL Alpha ambulances*, Rec. p. 1105.



Ainsi dans l'affaire *Teckal*²⁸¹, qui sera évoquée sur un autre point plus loin, la CJCE devait déterminer si les dispositions de la directive 93/36 étaient applicables à la décision du conseil municipal de la commune de Viano, en Italie, par laquelle celui-ci avait confié à l'AGAC (groupement constitué par plusieurs communes), la gestion du service du chauffage de certains bâtiments communaux et la fourniture de combustibles. Dans cet arrêt, la Cour précise que c'est une décision du conseil municipal, et donc d'un acte unilatéral, qui confie la gestion du service au groupement de communes. Or la Cour ne s'est pas fondée sur le caractère unilatéral de la décision pour exclure d'emblée l'applicabilité de la directive. Ce qui revient à dire que pour la Cour, il est possible de « *contrarier* » la qualification résultant du droit national, en se basant sur la réalité de la relation et en recherchant si, au-delà d'une mesure apparemment unilatérale, d'autres éléments sont de nature à qualifier de contractuelle la relation existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services ou un fournisseur. Les conclusions de l'avocat général sur l'affaire sont éclairantes qui invitent le juge national à vérifier si un contrat a été conclu « *en plus de la décision du conseil municipal de Viano attribuant le marché* ».

La Commission, dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000, a adopté un raisonnement assez similaire. Elle considère que le champ d'application de sa communication recouvre « *les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers, que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers, la gestion totale ou partielle des services relevant normalement de cette responsabilité* ».

La Cour de justice se montre également très stricte pour retenir la qualification de concession par rapport à celle de marché. La qualification de concession fait en effet, comme il a été dit, échapper le contrat au champ des directives, à la seule exception des concessions de travaux publics prises en compte dans la directive marchés publics n° 93/37 CEE à l'article 1^{er}, sous d)²⁸² et qui ne sont au demeurant soumises qu'à des obligations de publicité et de transparence.

En l'absence d'une définition précise de la concession de service dans un texte communautaire normatif, la Cour a retenu des critères stricts de distinction entre marché public et concession, en s'inspirant de la notion de concession de travaux.

Dans l'arrêt *Commission/Italie*²⁸³, la CJCE s'est refusée à qualifier de concession un contrat qui n'entraînait aucun transfert de responsabilité au concessionnaire. De même dans l'affaire *BFI Holding*²⁸⁴, la Cour a refusé la

281 - CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121.

282 - La concession y est définie comme « *un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au a), c'est-à-dire des marchés publics, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

283 - CJCE, 26 avril 1994, *Commission c/Italie*, C-272/91, Rec. 1994, p. I-1409.

284 - CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/BFI Holding*, C-360/96, Rec. 1998,



qualification de concession à un contrat, au motif que celui-ci ne prévoyait pas une rémunération liée au droit d'exploiter le service, mais un simple prix, ce qui contribue à éliminer tout risque d'exploitation à la charge de l'opérateur.

Dans le même esprit, la Cour examine si dans le cadre d'une opération de lotissement, la réalisation d'ouvrages d'équipement par l'aménageur-lotisseur à la demande de la collectivité publique, en contrepartie de l'autorisation de construire ne devrait pas être qualifiée de marchés publics. Ainsi en a-t-elle décidé dans une affaire *Ordre des Architectes de la Province de Milan et de Lodi* ²⁸⁵. En l'espèce, la société Milano Centrale Servizi (MCS), mandataire des promoteurs d'un vaste projet d'initiative privée tendant à la reconversion urbanistique d'une ancienne zone industrielle et prévoyant l'aménagement d'un vaste ensemble de constructions, s'était engagée par convention avec la commune de Milan à réaliser dans la zone concernée par le lotissement et sur le terrain prévu à cet effet qu'ils avaient pris l'engagement de céder gratuitement à la commune, la construction d'un théâtre municipal, ainsi que l'aire de stationnement annexée, en déduction du montant des contributions aux charges d'équipement dues à la ville de Milan en vertu de la législation italienne nationale et régionale ; il était précisé que l'engagement de MCS se limitait à la réalisation de l'enveloppe extérieure du bâtiment en pourvoyant à la mise en place de toutes les installations. La Cour a jugé : « *la directive 934/37 CEE du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, s'oppose à une législation nationale en matière d'urbanisme lorsque celle-ci permet, en dehors des procédures prévues à cette directive, la réalisation directe par le titulaire d'un permis de construire et d'un plan de lotissement approuvé d'un ouvrage d'équipement, en déduction de tout ou partie de la contribution due au titre de l'octroi du permis et que la valeur de cet ouvrage égale ou dépasse le seuil fixé par ladite directive* ». Dans sa motivation, elle a précisé qu'il n'en résultait pas qu'en cas de réalisation, dans ces conditions, d'un ouvrage d'équipement, la collectivité publique devait passer elle-même le marché ; « *l'effet utile de la directive serait tout aussi observé si la législation nationale permettait à l'administration communale d'obliger le lotisseur titulaire du permis, par les accords qu'elle conclut avec lui, de réaliser les ouvrages convenus en recourant aux procédures prévues par la directive...* ».

Il est intéressant de noter que, selon des commentateurs autorisés ²⁸⁶, l'un des fondements juridiques du raisonnement qui a permis à la Cour de qualifier cette opération de marché public de travaux, soumis à la directive, a été de considérer que la convention passée par le Conseil municipal de Milan, confiant au lotisseur la construction du théâtre de la Bicocca, a nécessairement donné au lotisseur, maître d'ouvrage privé, le mandat de réaliser cet équipement public pour le compte de la collectivité. Ils font un rapprochement avec le raisonnement tenu par la Section du contentieux du Conseil

285 - CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, C-399/98, à paraître.

286 - Chronique de droit communautaire, J.M. Belorgey, S Gervasoni et C. Lambert, AJDA, 20 novembre 2001, p. 948.

d'État dans l'arrêt du 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région mont-pelliéraine* ²⁸⁷. Le lotisseur peut, par conséquence, être regardé, en vertu de ce mandat, et pour la réalisation des équipements publics, comme un véritable pouvoir adjudicateur au sens de la directive.

Enfin une place à part doit être donnée à la décision *Telaustria* ²⁸⁸, par laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a affirmé, bien qu'il n'existe pas actuellement de réglementation des conditions de passation des contrats de concession, à l'exception des concessions de travaux, que l'obligation de transparence s'impose, sans texte spécifique, aux concessions, en application les règles fondamentales du traité. L'arrêt dispose que « *les entités adjudicatrices concluant des contrats de concession sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ; ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ».

Des conclusions de l'avocat général, dans cette affaire, on déduit toutefois que la publicité ne doit pas nécessairement être assimilée à la publication et que l'obligation peut être remplie en s'adressant directement à un certain nombre de soumissionnaires potentiels. Il apparaît donc que l'application du principe de transparence peut laisser place à une assez grande marge d'interprétation, notamment quant au niveau de publicité adéquat ou quant au choix du support de publication. Encore ne peut-on ignorer l'impact de cette jurisprudence, applicable *a priori* bien au-delà des concessions.

La Commission se trouve ainsi encouragée et confortée dans ses orientations tendant à l'encadrement des conditions de passation des conventions de délégation de service public qu'elle a précisées et rendues publiques, sans attendre l'arrêt *Telaustria*, par sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, du 12 avril 2000 déjà évoquée. Dans cette communication, la Commission rappelle les règles pertinentes du traité applicables, selon elle, aux concessions, comme elles le sont aux marchés publics, bien que le traité ne mentionne expressément ni les concessions ni les marchés publics. Il s'agit, dit la Commission, « *des règles qui instaurent et garantissent le bon fonctionnement du marché unique* ».

La Commission énumère ensuite les « *règles et principes* », que la Cour a déjà déduits de ces normes posées par le traité, tout en faisant observer que : « *il est vrai que la jurisprudence citée concerne en partie des marchés publics. Cependant, il n'en demeure pas moins que les principes qui s'en*

287 - CE, Sect. 30 mai 1975, Rec. p. 326 ; AJDA 1975, p. 345, Chr. Michel Franc et Michel Boyon.

288 - CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. 2000, p. I-10745, points 60, 61 et 62 ; AJDA 2001, p. 106 note Richer.

dégagent ont souvent une portée qui dépasse le Code des marchés publics. Ils sont également applicables à d'autres situations, telles que les concessions ».

Ces règles et principes rappelés par la Commission, applicables aux concessions, mais certainement, par-delà, à bien d'autres contrats ou actes des collectivités publiques, sont les suivants :

- l'égalité de traitement, dont il découle selon la Commission que « *le principe de mise en concurrence doit être respecté* », que « *le choix du ou des candidats doit être opéré sur la base de critères objectifs* » et que « *la procédure doit se dérouler dans le respect des règles et des exigences fondamentales... fixées au départ* » ;
- la transparence, qui a pour objet de « *garantir des conditions de concurrence non faussées* » et peut être assurée « *par tous moyens appropriés, y compris la publicité...* » ;
- la proportionnalité qui, « *appliquée aux concessions* », exige que « *toute mesure choisie* » (par exemple pour ce qui est des critères de sélection des candidats ou de la durée de la concession) « *soit à la fois nécessaire et appropriée au regard de l'objectif fixé* » ;
- la reconnaissance mutuelle, qui implique que l'État membre où la prestation est fournie accepte les spécifications ou qualifications exigées dans un autre État membre ;
- la protection des droits des particuliers, notamment de ceux qui estiment avoir été lésés lors de l'attribution de la concession.

Il pourrait sembler résulter de l'ensemble des observations qui précèdent que les règles de la publicité et de mise en concurrence sont progressivement devenues une sorte de droit commun incontournable de la passation de l'ensemble des contrats publics. Une telle conclusion serait excessive, car le principe posé comporte de nombreuses exceptions, aussi bien en droit interne que communautaire ; le nouveau Code des marchés publics a notamment aménagé le dispositif applicable en matière d'obligations de publicité et de mise en concurrence. Mais il existe des incertitudes fortes sur le champ de ces obligations et, par-delà, sur les marges de manœuvre dont disposent les collectivités publiques. Une clarification paraît donc indispensable.

II-2. Les limites incertaines du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence

Les collectivités territoriales se sont dotées, de façon assez systématique au cours des années, d'outils jugés par elles nécessaires pour mener à bonne fin leurs missions : dans les domaines des équipements publics (avec les sociétés d'équipement et de développement), de l'urbanisme (avec les agences d'urbanisme), du logement social (avec les organismes HLM), du tourisme (avec les offices du tourisme), des politiques sociales (avec les entreprises d'insertion...), de l'achat public (avec les groupements d'achat)... Ces outils revêtent



des formes et ont des statuts divers : établissements publics, associations de la loi de 1901, mais surtout sociétés d'économie mixte locales.

L'État lui-même a créé de nombreux établissements publics susceptibles de fournir des prestations techniques. Dans le domaine de l'environnement, par exemple, les acheteurs publics (État, établissements publics de l'État, collectivités territoriales) peuvent faire appel à une variété complète d'établissements publics : établissements à caractère scientifique, culturel et professionnel (université), établissements à caractère scientifique et technologique (CNRS, CEMAGREF...), établissements administratifs (agences de l'eau, conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, IGN,...), établissements publics industriels ou commerciaux (IFREMER, ONF, BRGM, ...). Dans tous ces cas, il est plus fréquemment procédé par des conventions de gré à gré que par recours à la mise en concurrence.

Les collectivités publiques multiplient par ailleurs les partenariats entre personnes publiques, ou entre personnes publiques et personnes privées. En témoigne la montée de la contractualisation de l'action publique, qui concrétise ces partenariats. La plupart de ces contrats organisent des prestations réciproques dont le régime est fixé directement entre partenaires sans formalisme particulier.

Enfin, les collectivités publiques sont amenées dans leur action à procéder à des montages complexes, combinant procédés de droit public et procédés de droit privé, dans le but de tirer tout le profit des opportunités permises par le droit moderne : baux emphytéotiques, ventes en l'état futur d'achèvement, locations avec promesse d'achat, contrats dits de mobiliers urbains, contrats d'aménagement... Souvent ces montages échappent aux catégories traditionnelles et le régime qui leur est applicable, notamment au regard des règles de la commande publique, n'est pas toujours aisé à déterminer.

Toutes ces façons de procéder ne soulevaient guère de difficultés dans un passé encore récent. Les exigences actuelles de transparence ont beaucoup modifié la situation et l'inquiétude ressentie par les décideurs publics sur la régularité des conditions dans lesquelles ils ont recours à ces procédés est accrue par la répression pénale susceptible d'intervenir. Il y a dès lors de la part des décideurs publics une demande de sécurité juridique sur ce qu'ils peuvent ou doivent faire, et notamment une demande de meilleure détermination des cas où ils doivent ou non procéder par publicité et mise en concurrence.

Il est donc nécessaire à la fois de faire apparaître les différentes marges de manœuvre qui appartiennent aux décideurs publics, telles qu'elles sont explicitement précisées dans le Code des marchés publics ou les directives communautaires ou telles qu'elles peuvent être déduites des jurisprudences du juge administratif français ou du juge communautaire et de signaler les zones d'ombres.

Parmi les incertitudes qui peuvent être relevées, et les plus sensibles aux collectivités publiques, les unes tiennent à la difficulté de qualifier le contrat en raison des particularités de son contenu ou de son objet ; d'autres tiennent à la difficulté de savoir si l'obligation de publicité et de mise en concurrence peut ou non être écartée en raison de la qualité ou des caractéristiques du



cocontractant, soit qu'il existe entre ce dernier et la personne publique une sorte de délégation inter-organique, qui fait que l'on ne sort pas de la sphère de la collectivité publique (prestation « *in house* »), soit que le cocontractant bénéficie de droits exclusifs ; d'autres encore tiennent à la marge de liberté dont les cocontractants bénéficient pour agir en partenariat.

2.1. Les difficultés de qualification du contrat

La première incertitude à laquelle se trouvent confrontés, les gestionnaires qui veulent confier à un cocontractant la réalisation d'une opération ou d'une mission tient à la qualification du contrat qu'ils sont amenés à passer : délégation de service public, marché public, et si c'est un tel marché, de quel type (de travaux, de services, ...) ; concession de travaux au sens du droit communautaire ; simple convention d'occupation du domaine public ; contrat de mandat ; contrat *sui generis*. La procédure de passation de ces divers types de contrats n'est évidemment pas la même selon la qualification retenue. Or, l'important contentieux qui s'est développé à la suite de l'instauration du référé précontractuel, et posant notamment la question de savoir si les contrats en cause devaient être qualifiés de marchés publics ou de délégations de service public, suffit à montrer la difficulté de cet exercice de qualification, au point que l'on a pu parler à propos de ce référé, de « *machine à classer les contrats* ».

Trois critères ont été dégagés par la jurisprudence²⁸⁹ et confirmés dans la définition de la délégation de service public effectuée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi MURCEF²⁹⁰, pour caractériser une délégation de service public :

- l'existence d'un service public. Il n'y a en effet de délégation du service public que s'il y a service public en cause. L'identification du service public constitue un exercice traditionnel, quoique toujours délicat, auquel est amené à procéder le juge administratif²⁹¹ ; ce dernier procède davantage d'ailleurs, comme il a pu être relevé²⁹², à une telle identification du service public qu'à sa définition. Il se réfère au but assigné au cocontractant ainsi qu'à la nature des procédés de droit public mis en œuvre pour atteindre ces objectifs.
- la réalité d'une délégation par la personne publique de la charge de la gestion du service public, ce qui suppose que le délégataire dispose d'une réelle autonomie dans l'organisation et la mise en œuvre de la tâche qui lui est confiée²⁹³.

289 - Bruno Genevois « La distinction entre concession de service public et marché de travaux publics », CJEG n° 576, mai 2001.

290 - « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confère la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

291 - Michel Gentot : « L'identification du service public par le juge administratif », AJDA, 20 juin 1997, numéro spécial, Le service public.

292 - Jean-Louis de Corail, « L'identification du service public dans la jurisprudence administrative », *Mélanges Burdeau*, LGDJ 1977, p. 789.

293 - Jean-Bernard Auby, « Délégation de service public, comment reconnaître ces conventions ? », *Le Moniteur*, 8 novembre 1996, n° 4 850.



Cette autonomie dans le pouvoir de décision permet notamment de distinguer le contrat qui délègue la gestion du service public du contrat qui fait seulement participer au service public²⁹⁴ ; comme il en est, par exemple, dans de nombreux cas de contrats de mobilier urbain, où le service public de signalisation et d'information des usagers est exécuté par la commune qui fixe les emplacements, détermine le contenu de la signalisation ou des informations, l'entreprise publicitaire se limitant à participer à ce service public en construisant et en installant les dispositifs de support et en y ajoutant les messages ; le tribunal administratif de Paris a de même jugé qu'un contrat par lequel l'État concède à un établissement d'hospitalisation privé la participation à l'exécution du service public hospitalier n'est pas un contrat portant délégation de service public²⁹⁵.

– l'existence d'une responsabilité financière du cocontractant dans la gestion de l'activité ; ce troisième critère constitue l'élément essentiel permettant de caractériser la délégation de service public²⁹⁶. Il n'y a délégation de service public que si le cocontractant supporte le véritable risque financier de l'exploitation, lié à l'organisation de sa gestion ou aux aléas économiques ; c'est le signe que la collectivité a entendu déléguer pleinement la gestion de l'activité. Sous ce rapport, le mode de rémunération du cocontractant constitue « l'indicateur » d'une délégation de service public et permet de distinguer celle-ci du marché public. Le cocontractant qui est rémunéré au moyen du prix versé par la collectivité, en contrepartie du bien fourni ou du service rendu, est titulaire d'un marché passé avec cette collectivité conformément à la définition du marché public effectué tant par le droit interne que par le droit communautaire : en droit interne, selon l'article 1^{er} du Code des marchés publics, est un marché public « un contrat conclu à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes publiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux de fournitures et de services ... » ; en droit communautaire, les marchés publics sont également définis comme des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services, un fournisseur de biens et un entrepreneur de travaux. Tandis que le cocontractant dont la rémunération est, selon la formule de la loi, « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service » est le délégataire de la gestion du service public²⁹⁷.

Ainsi une rémunération « indifférente à la performance de l'exploitation » et « indépendante des résultats financiers de l'exploitation » permet d'identifier l'existence d'un prix, élément caractéristique du marché public et d'écarter la qualification de délégation de service public²⁹⁸.

294 - V. CE, 8 juin 1994, *Société Codiam*, Rec. p. 294 ; TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, Droit Administratif, n° 517 ; CE, 10 juillet 1996, *Coisne*, RFDA 1996, p. 1 027.

295 - TA Paris, 27 juin 2000, *Centre cardiologique du Nord*, BJCP n°14, p. 43, avec les conclusions Célérier et note RS.

296 - V. Catherine Bergeal, concl. sous *Syndicat mixte des ordures ménagères Centre-Ouest Marnais* du 30 juin 1999 : « ce qui est déterminant pour s'assurer de l'existence d'une responsabilité réelle du délégataire dans la gestion du service public, c'est en fin de compte, que l'équilibre financier du contrat dépende des recettes engendrées par l'exploitation du service ».

297 - CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Rec. p. 137 ; 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre ouest Seine et marnais*, n° 198147, Rec. p. 230.

298 - Concl. Catherine Bergeal, 7 avril 1999, sous *Commune de Guilherand Granges*, AJDA, 20 juin 1999, p. 517.



La circonstance que le contrat passé soit une convention d'occupation du domaine public n'empêche pas qu'il puisse être qualifié également de délégation de service public²⁹⁹. On notera d'ailleurs une tendance extensive à reconnaître³⁰⁰ l'existence de délégations de service public dans les actes portant concession d'occupation du domaine public. Les collectivités publiques imposent en effet de plus en plus à l'occupant de leur domaine public des obligations qui peuvent conduire le juge à détecter la présence d'un véritable service public et peuvent au fil du temps transformer la concession originelle en délégation de service public ; c'est ainsi que le Conseil d'État a qualifié de concession de service public le contrat par lequel la ville de Paris avait confié à une société privée deux bâtiments d'entrepôts pour gérer sous son contrôle, dans le cadre d'une mission d'intérêt général, l'animation culturelle et l'accueil d'activités artistiques et artisanales³⁰¹. Cette conception extensive peut conduire les collectivités publiques, dans le doute sur la nature juridique véritable du contrat d'occupation du domaine public qu'elles s'approprient à passer, à l'analyser par précaution comme une délégation de service public, bien que la procédure assez lourde de la délégation de service public soit peu appropriée à l'attribution d'une simple concession d'occupation domaniale.

Toutefois, nombreuses autorisations d'occupation du domaine public constituent de simples concessions domaniales, et de ce fait exonérées de toutes formalités de mise en concurrence, dès lors qu'elles sont accordées sans que soit confiée la gestion d'un service public, même s'il y a certaines obligations de service public. Ainsi, dans les affaires *Ville de Paris/Société Stella Maillot-Orée du Bois*³⁰² du 12 mars 1999, s'agissant de l'exploitation d'un café-restaurant et plus encore *Société des Transports pétroliers par pipe-line* du 13 juin 1997³⁰³ ; dans ces deux arrêts, le Conseil d'État a considéré que les conventions en cause n'étaient pas constitutives de délégation de service public, lors même que dans le cas de l'exploitation de l'oléoduc Donges-Metz, existaient à la charge de la société à laquelle était confiée cette exploitation, des obligations liées à la défense nationale en cas de crise.

Plus délicates sont certainement les distinctions entre simple convention d'occupation du domaine public et marché public et entre marché public et autres types de contrats.

En la matière également, un élément central de la distinction est à rechercher dans le caractère onéreux ou non du contrat, dès lors que ce caractère onéreux constitue une condition de la qualification de marché public, comme indiqué plus haut.

299 - CE, 20 déc. 2000, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, n° 217639, à paraître au Rec., pour une concession d'outillages publics portuaires ; 21 juin 2000, *SARL Plage « Chez Joseph » et Fédération nationale des plages restaurants*, n° 212100, à paraître au Rec., pour une concession de plage.

300 - V. concl. de Catherine Bergeal dans l'affaire *Jean-Paul Lacombe*, 28 décembre 2001, n° 223 042.

301 - CE, 11 décembre 2000, *Mme Agofroy*, n° 202971, à paraître au Rec.

302 - CE, 12 mars 1999, *Ville de Paris*, n° 186085, à paraître au Rec.

303 - CE, 13 juin 1997, *Société des transports pétroliers par pipe-line*, Rec. p. 230 ; AJDA 1997, p. 796, conclusions C. Bergeal.

Dès lors qu'il y a prix payé par la personne publique elle-même, il n'y a pas matière à hésitation : le contrat est un marché public. Ainsi de ceux des contrats dits de mobilier urbain, dans lesquels l'entreprise construit de tels équipements et loue les emplacements correspondants à la collectivité contre une rémunération versée par elle ³⁰⁴. Ainsi des contrats de rénovation et d'entretien des lycées de la Région Ile-de-France, bien que le prix couvre à la fois les travaux et l'entretien et soit étalé sur plusieurs années ³⁰⁵.

Ce caractère onéreux est plus douteux, lorsque le prix payé n'est qu'indirectement le fait de la personne publique ; lorsque la personne publique verse une subvention et non un prix ; lorsque le cocontractant se rémunère par une facilité offerte par la personne publique ou sur la base de prestations qu'elle fournit, mais conditionnées par une intervention de la personne publique.

Ce caractère onéreux peut également poser problème, s'il ne peut être prédéterminé ; ainsi en droit communautaire, est-il exigé que « *le montant auquel l'adjudicateur a droit puisse être déterminé concrètement au préalable* ³⁰⁶ » ; cette condition est remplie, selon la jurisprudence communautaire, lorsque le prix de la prestation fournie « *est constitué par une rétribution annuelle proportionnelle au volume des recettes* ³⁰⁷ ».

Le problème s'est plus particulièrement posé à propos de certains contrats de mobilier urbain où le cocontractant de l'administration ne perçoit aucune rémunération de la collectivité locale, mais seulement des recettes liées à la location des emplacements correspondants à des annonceurs publicitaires. Il a pu être estimé que ces contrats devaient être qualifiés de marchés publics, du fait que l'entreprise bénéficie d'un avantage lié à la mise à disposition gratuite des emplacements par la commune, le montant du marché pouvant dès lors être évalué à la hauteur des recettes publicitaires dont la collectivité serait ainsi indûment privée.

Mais ce raisonnement paraît méconnaître le service fourni par l'entreprise (constructions des installations, recherche des annonceurs, gestion commerciale du dispositif ...) et sa généralisation aboutirait à qualifier de marché public tout contrat conclu avec une entreprise occupant le domaine public en vue de s'y livrer à une activité commerciale. Le contrat ne comportant par ailleurs pas de délégation de la gestion d'un service public, il ne saurait dès lors être qualifié en droit interne, ni de marché public, ni de délégation de service public, mais de simple convention d'occupation du domaine public.

À titre d'illustration encore de la difficulté de qualifier certains contrats, on notera celle fournie dans l'espèce qui a fait l'objet de la décision du Conseil d'État *SCP d'architectes Legleye* du 29 mai 2001 ³⁰⁸. Dans cette affaire, la

304 - CE, Section, 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron et autres et Société Jean-Claude Decaux*, Rec. p. 428 ; 19 février 1996, *S.A Aubettes*, Rec. p. 45.

305 - ICE, Section des finances, 18 juin 1991, *Avis n° 349740*, Rapport public 1991, p. 385, EDCE n° 43, La Documentation française.

306 - Conclusions de l'avocat général La Pergola, dans l'affaire *BFI Holding* précitée.

307 - CJCE, 26 avril 1994, *Commission/Italie*, C-272/91.

308 - CE, 29 mai 2001, *SCP d'architectes Legleye*, à paraître, *Revue adm*, n° 316, chr. Pdt Fouquet, Pierre Collin, p. 364.



commune de Fontainebleau, souhaitant aménager un terrain de 2,6 ha situé en face du château et détenu pour partie par elle-même, pour partie par l'École des mines, a conclu avec l'Agence foncière et technique de la région parisienne, une convention aux termes de laquelle elle mandatait l'agence pour une triple mission : foncière, d'aménagement et d'assistance technique ; sur cette base l'agence a elle-même lancé une consultation « *sur esquisses de faisabilité financière* ». Trois lectures du contrat que préfigurait la consultation étaient possibles : convention d'aménagement, contrat de services de prestations intellectuelles, cession de droits à construire. Le Conseil d'État a relevé que le seul contrat auquel la consultation, si elle devait déboucher sur la réalisation effective de l'opération envisagée, était susceptible de conduire était un contrat de cession de terrain ou de droits à bâtir, ce qui le faisait échapper au Code des marchés publics et au juge du référé précontractuel. Les commentateurs autorisés de la décision notent que « *si le politique estimait opportun d'introduire un contrôle juridictionnel du déroulement d'une telle procédure, il devrait raisonner non par rapport aux articles L 551-1 et L 551-2 du Code de la juridiction administrative, mais en fonction des caractères spécifiques de la concession d'aménagement urbain* », ce qui est une façon d'inviter le législateur à intervenir.

De façon générale, les incertitudes de la qualification au regard du droit interne – que la jurisprudence administrative permet progressivement de résorber – se trouvent en fait renforcées par la réglementation européenne, qui n'utilise pas les mêmes concepts (on pense en particulier à celui de « *pouvoir adjudicateur* ») et dont la portée est loin d'avoir pu être pleinement explicitée par la Cour de justice européenne, en particulier s'agissant de la distinction entre marchés de travaux et concessions de travaux et entre marchés de services et concessions de services.

Seule la concession de travaux est définie par la directrice 93/37 CEE relative aux marchés publics de travaux ; il y est disposé que la concession de travaux est un contrat présentant les mêmes caractéristiques que les marchés publics de travaux « *à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

Les critères permettant de distinguer la concession de travaux par rapport au marché de travaux se rapprochent ainsi des critères retenus en droit interne : existence d'une délégation du droit d'exploiter l'ouvrage, transfert de la responsabilité à l'exploitant sur les plans technique, financier et de gestion et prise de risques dans une proportion significative par le concessionnaire.

Ces critères sont aussi ceux que la Cour de justice des Communautés européennes a retenus pour distinguer la concession de services du marché de services.

Ces critères ont été récemment repris par la Commission européenne, dans sa communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire. La Commission y précise que « *le critère de l'exploitation constitue une caractéristique essentielle pour déterminer si l'on est en présence d'une concession de service. En application de ce critère, une concession existe lorsque l'opérateur supporte les risques liés au service en*



cause (établissement du service et son exploitation) en se rémunérant sur l'usager, notamment par la perception de redevances, sous quelque forme que ce soit. Le mode de rémunération de l'opérateur est, de même que pour la concession de travaux, un élément permettant de déterminer la prise en charge du risque d'exploitation ». La Commission fait rentrer dans ce champ les concessions comportant un péage fictif, bien que celui-ci soit pris en charge par le concédant, car calculé sur la base du trafic enregistré, ce qui permet de continuer à faire peser le risque d'exploitation sur le concessionnaire ³⁰⁹.

Par ailleurs, l'avocat général qui a conclu sous l'affaire *Telaustria* ³¹⁰ précise que l'élément le plus important est « *de savoir si la supposée concession consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service particulier ainsi qu'en un transfert simultané au concessionnaire d'une proportion significative du risque associé à ce transfert* ».

Cette définition prétorienne ne peut toutefois être considérée comme étant entièrement stabilisée. En effet, à l'occasion des différentes affaires précitées, d'autres critères de définition des concessions de service ont été discutés. C'est en particulier le cas du critère concernant le caractère d'intérêt général du service concédé. Selon l'avocat général qui a conclu dans l'affaire *BFI Holding* ³¹¹, la concession de service en droit communautaire exige aussi que le service en question revête un intérêt général, du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique. À l'inverse, l'avocat général concluant dans l'affaire *Telaustria* précise qu'« *il ne devrait selon nous, exister aucun obstacle d'ordre qualitatif, s'agissant des types de services qu'une entité adjudicatrice peut légitimement vouloir confier par l'intermédiaire d'une concession, même si, très probablement, la plupart des services concédés dans ce cas sont d'intérêt général* ». Au-delà de ces différences d'appréciation, il est clair que la Cour n'a encore jamais érigé le critère lié à l'intérêt général de l'activité concédée, comme condition de l'existence d'une concession de service. Il peut en résulter que ce que l'on refuse de qualifier de délégation de service public en droit interne puisse être qualifié de concession de services en droit communautaire.

La définition de la délégation de service public, que vient de donner l'article 3 de la loi *MURCEF* du 11 décembre 2001, implique en tout cas que l'objet du contrat soit un véritable service public et pas seulement une activité d'intérêt général.

Une autre difficulté tient à ce que ni les directives actuellement en vigueur relatives aux marchés publics, ni la communication interprétative sur les concessions en droit communautaire ne paraissent avoir réellement pris en compte les hypothèses où le partenaire de la collectivité publique agit en

309 - Didier Linotte et Bruno Cantier : « Shadow Tolls, Le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, 20 novembre 2000, p. 863.

310 - CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. 2000, p. I, conclusions Fennely.

311 - CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding*, C-360/96, Rec. 1998 p. I – 6821, conclusions La Pergola.



qualité de mandataire de cette collectivité, c'est-à-dire en son nom et pour son compte, avec les conséquences juridiques qui en découlent sur la nature même des contrats qu'il conclut avec des tiers.

Les divergences entre les autorités françaises et la Commission européenne sur la nature du contrat de délégation de maître d'ouvrage prévu par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec le maîtrise d'œuvre privée, en témoignent particulièrement. L'article 3 de la loi prévoit que le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire, dans des conditions définies par une convention, l'exercice en son nom et pour son compte, de tout ou partie d'attributions qu'il énumère limitativement, tandis que l'article 4 énumère également limitativement les organismes susceptibles de bénéficier d'une telle délégation de maîtrise d'ouvrage.

La Commission européenne considère que la convention de délégation de maîtrise d'ouvrage est un marché public de services au sens de la définition donnée par l'article 1^{er} a) de la directive, à savoir « *un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur* ». Elle fait valoir que les tâches susceptibles de délégation – qu'elle estime être des missions d'assistance et de conseil – correspondent à des prestations de services expressément prévues dans l'annexe I A de la directive et que la délégation présente un caractère onéreux. Et elle en conclut que la convention doit être passée dans le respect des dispositions prévues par la directive ; elle écarte, au surplus au passage les exceptions prévues par celle-ci, en cas d'octroi de droits exclusifs, qui seront présentées plus loin.

Les autorités françaises considèrent que la délégation de maîtrise d'ouvrage ne charge pas le délégataire d'une mission entrant dans le champ des prestations de services couvertes par la directive communautaire et ne constitue dès lors pas un marché public de services. Elles font valoir en ce sens que les attributions du maître d'ouvrage délégué consistent, non à apporter une assistance technique au pouvoir adjudicateur, mais à prendre des décisions en son nom et pour son compte et à accomplir des actes juridiques engageant pleinement sa responsabilité. Elles indiquent que de tels services ne relèvent d'aucune catégorie de l'annexe I A de la directive et que dès lors les maîtres d'ouvrage souhaitant conclure une convention de mandat ne sont pas tenus, pour choisir un mandataire, de mettre en œuvre les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues par la directive.

Il est effectivement incontestable que le législateur a entendu faire produire au mandat ainsi institué et réglementé tous les effets du principe de représentation du mandant par le mandataire, dans l'exercice et dans la limite des attributions confiées à ce dernier par la convention de mandat et qu'ainsi le mandant reste soumis, à travers les actes de ce mandataire, aux contrôles qui s'exerceraient normalement sur ses propres actes en l'absence de mandat³¹², les règles de passation des contrats signés par le mandataire étant d'ailleurs les règles applicables au maître de l'ouvrage³¹³ ainsi que le précise l'article 4

312 - Sous réserve des adaptations éventuelles nécessaires auxquelles il est procédé par décret.

313 - CE, 22 janvier 1998, avis n° 361 425, publié dans le rapport public annuel 1999, p. 226, EDCE, n° 50, la Documentation française.



de la loi du 12 juillet 1985 et que le rappelle l'article 2 du Code des marchés publics dans sa rédaction résultant du décret du 7 mars 2001. Il y a là un enjeu important et il paraît souhaitable que les échanges engagés avec la Commission européenne permettent de déboucher sur une meilleure prise en compte par celle-ci de la nature spécifique du mandat.

À ce type d'incertitudes concernant la qualification des contrats s'ajoutent celles relatives à la détermination des situations où la collectivité peut se trouver exonérée de toute formalité particulière de publicité et de mise en concurrence du fait des caractéristiques de son cocontractant, c'est-à-dire des cas où celui-ci peut être regardé comme relevant du champ des prestations dites « *in house* » ou bénéficie de droits exclusifs. Dans les deux cas, les conditions de l'exonération sont particulièrement strictes.

2.2. La voie étroite des prestations « *in house* »

Le premier cas où les personnes publiques se trouvent dispensées du respect des procédures de publicité et de mise en concurrence et peuvent recourir librement aux outils qu'elles se sont dotées est celui que la doctrine a qualifié de prestations « *in house* », à la suite notamment de l'arrêt *Teckal* de la CJCE du 18 novembre 1999³¹⁴, dont les principes sont repris dans le nouveau Code des marchés publics.

Dans cet arrêt, la Cour a posé pour principe que « *la directive 93/36 CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel, et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non* ».

En l'espèce, le contrat en cause avait été conclu entre une commune et un groupement de collectivités territoriales, dont la commune était membre, constitué pour la fourniture d'énergie et l'entretien de systèmes de chauffage. La question était de savoir si pour pouvoir s'approvisionner auprès de ce groupement, la commune était tenue de procéder selon les formalités prévues par la directive communautaire relative aux marchés de fournitures. La Cour répond donc que par principe un tel contrat, quoique conclu entre une collectivité et un groupement dont elle fait partie, entre dans le champ de la directive, sous la seule réserve de la dépendance d'une entité envers l'autre.

La Cour a ainsi posé deux conditions au jeu de l'exception de la prestation « *in house* » :

- l'entité adjudicatrice « *exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* ;
- la personne morale prestataire « *réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ».

314 - CJCE, 18 novembre 1998, *Teckal*, C-107/98, Rec. 1999, p. I-8121.

Cette position de la Cour permet en principe au droit communautaire d'être neutre quant au choix d'une collectivité « *d'internaliser* » une prestation ou de « *l'externaliser* », par création d'un outil propre.

Une collectivité publique a en effet toute latitude de « produire » en interne l'ensemble des prestations dont elle a besoin et un service d'une personne publique peut, sans qu'il y ait lieu de procéder à une mise en concurrence, demander des prestations à un autre service de la même personne ; y compris si la personne publique en cause est l'État, avec ses multiples composantes et quelle que soit l'autonomie entre ces différentes composantes. Ainsi le Conseil d'État en a-t-il jugé en 1970, dans l'affaire *Unipain*³¹⁵ s'agissant de la fourniture du pain, par les boulangeries militaires de Lille, aux prisons de la région. La question à trancher était celle du respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mais la philosophie est la même. Le Conseil d'État, suivant en cela son commissaire du Gouvernement qui faisait valoir que « *l'État n'a jamais été tenu d'acheter ses armes aux industriels ; il ne peut être tenu aujourd'hui d'acheter son pain aux boulangers* », a jugé que « *le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'État satisfasse, par ses propres moyens, aux besoins de ses services* ». On peut ajouter aujourd'hui que le droit des marchés publics n'y fait pas obstacle non plus.

Il est intéressant toutefois de relever que le commissaire du Gouvernement n'avait pas caché, dans l'affaire *Unipain*, les problèmes de concurrence à l'initiative privée que pouvaient poser de tels échanges de prestations entre services de l'État : « *les activités industrielles exercées par l'État pour lui-même ont une importance beaucoup plus grande, en fait, que les ventes faites au public par une collectivité locale ; elles font une concurrence beaucoup plus sérieuse au secteur privé, en raison des dimensions de l'État, et surtout lorsque celui-ci utilise le domaine public et une main d'œuvre gratuite. D'autre part, les relations entre les services de l'État s'apparentent en fait à des rapports marchands ; c'est ainsi qu'en l'espèce, le pain est cédé à l'administration pénitentiaire moyennant une redevance qui, si elle n'a pas le caractère juridique d'un prix, s'en rapproche beaucoup en fait ; la première se trouve dans une situation de client ; le droit fiscal connaît d'ailleurs les « ventes à soi-même ». Il est assez fictif de distinguer selon que ce genre de transaction s'exerce à l'intérieur d'une même personne morale ou entre des personnes distinctes, selon que les boulangeries militaires, par exemple, font partie intégrante de l'État ou sont rattachées à un établissement public : la réalité économique est la même dans les deux cas. Il faut enfin remarquer que la généralisation de ce procédé pourrait, à la limite, mettre en cause l'existence même du secteur privé, dans les domaines où l'État constitue le client exclusif ou dominant, il peut en effet se substituer à ses fournisseurs, sans nationalisation, pour leur interdire d'atteindre une taille conforme aux exigences de la concurrence internationale* ».

315 - CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec. p. 280 ; conc. G. Braibant, AJDA 1970, p. 430.



Cette argumentation conserve évidemment toute sa pertinence. Mais l'arrêt *Teckal* de la CJCE est venu conforter la jurisprudence *Unipain* du Conseil d'État et celle-ci apparaît en conséquence d'une grande actualité.

Si l'arrêt *Teckal* permet ainsi d'assimiler prestations en interne et certaines prestations externes, encore ne doit-on pas surestimer cette ouverture, compte tenu des conditions mises par la jurisprudence à la reconnaissance des prestations « *in house* » et que vient d'expliquer, dans un sens très strict, l'avocat général dans ses conclusions dans l'affaire *Arge*³¹⁶ : selon lui, la capacité de la collectivité publique à peser sur le fonctionnement du prestataire et l'absence d'autonomie de ce dernier doivent être telles que puisse être déniée toute réalité au contrat passé entre la collectivité et le prestataire de services et l'opérateur doit réaliser la « *quasi-exclusivité* » de son activité avec la ou les collectivités qui le détiennent ; ce qui revient au total à dire que l'opérateur juridique autonome doit être pratiquement assimilable à un service interne agissant pour son institution. C'est certainement le cas par exemple de l'Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice, créée par décret n° 2001-798 du 31 août 2001 pour assurer, à la demande et pour le compte de l'État, tout ou partie des attributions définies par les articles 3 et 6 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, ou de « *l'Économat de l'armée* », établissement public industriel et commercial, chargé initialement de l'approvisionnement de l'armée de terre et au sein duquel viennent d'être transférés les différents services chargés de l'approvisionnement des ordinaires de la marine et qui intervient exclusivement au bénéfice de l'État.

La jurisprudence *Teckal* a déjà eu pour conséquence concrète d'entraîner une modification des conditions juridiques d'intervention de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) établissement public industriel et commercial, créé par le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985³¹⁷ avec pour objet « *d'acheter et de céder des produits et services destinés aux personnes publiques et aux organismes de statut privé assurant une mission de service public, d'apporter à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et d'apporter son concours à des opérations d'exportation d'intérêt général* ». Ce décret prévoyait dans son article 17 que les achats effectués par l'UGAP étaient soumis aux règles édictées par le Code des marchés publics, sous réserve d'aménagements relativement mineurs mais qu'en revanche les commandes passées à l'établissement public par les personnes publiques ou les organismes de statut privé assurant une mission de service public étaient dispensées de marché, au sens du Code des marchés publics (article 25). L'idée directrice de ce système était donc de faire profiter les collectivités publiques de deux avantages : économies d'échelle sur les prix des produits résultant du groupement de commandes par l'UGAP et de son pouvoir de négociation auprès des fournisseurs, économie de coûts de

316 - CJCE, 7 décembre 2000, *Arge Gewässerschutz*, C-94/99, Rec. 2000, p. I-11037 ; conclusions de l'avocat général Léger présentées le 15 juin 2000.

317 - À l'origine l'UGAP, créée par le décret n° 68-54 du 17 janvier 1968, était un établissement public administratif né de la fusion d'une partie du service des domaines avec le service d'achat du ministère de l'Éducation nationale.



fonctionnement résultant de la concentration sur l'UGAP des procédures de passation des marchés. Le rôle de l'UGAP était donc d'anticiper les besoins connus des personnes publiques en passant des marchés publics, en général à bons de commande pour un certain nombre de matériels qu'elle propose sur catalogue, les bons de commandes étant émis au fur et à mesure que des personnes publiques faisaient, sans formalités, appel à elle.

Ce système a fait l'objet de contestations récurrentes de la Coopérative d'achat mutualiste des instituteurs de France (CAMIF), qui est dans une situation inverse de celle de l'UGAP, en ce sens qu'elle n'est pas elle-même soumise au Code des marchés publics, mais que les personnes publiques ne peuvent faire appel à elle sans la mettre en concurrence avec d'autres fournisseurs dans le cadre de procédures de passation de marchés publics.

Un arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1994 avait considéré que tant l'article 34 du Code des marchés publics, en ce qu'il faisait obligation aux services civils de l'État et aux établissements publics de l'État autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial de faire appel à l'UGAP pour les achats de véhicules et engins automobiles (à la différence des autres achats), que le décret du 30 juillet 1985 constituaient des mesures d'organisation prises par l'État « afin de permettre, selon les modalités paraissant les plus appropriées, l'approvisionnement dans de bonnes conditions de qualité et de coût des services publics », à l'égard desquelles le moyen tiré d'une méconnaissance des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 était inopérant, dès lors que l'organisation, par le pouvoir réglementaire, du service des achats publics n'est pas constitutive d'une activité de production, de distribution et de services, et qu'ils ne contenaient aucune disposition susceptible de comporter par elle-même une méconnaissance des articles 85 et 86 du traité de Rome.

La CAMIF a alors demandé au juge judiciaire de faire cesser des pratiques jugées anticoncurrentielles de l'UGAP et, par un arrêt du 13 janvier 1998, la Cour d'appel de Paris a jugé, conformément à l'avis du Conseil de la concurrence qu'elle avait consulté³¹⁸, que si l'UGAP ne dispose pas d'une position dominante sur le marché global des fournitures publiques, sur le marché du « service accessoire à l'approvisionnement en mobilier et matériel collectif et consistant en la prise en charge des procédures obligatoires de mise en concurrence instaurées par le Code des marchés publics », certaines de ses pratiques révèlent un abus de la position dominante dont elle dispose par l'effet de l'article 25 du décret du 30 juillet 1985.

Saisi à nouveau d'une requête de la CAMIF tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur sa demande d'abrogation du décret du 30 juillet 1985 et de l'article 34 du Code des marchés publics, le Conseil d'État statuant au contentieux lui a, par un arrêt n° 218067 du 27 juillet 2001, donné partiellement satisfaction sur le terrain de la méconnaissance de l'article 6 de la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993, en vertu duquel lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de passer un marché public de fournitures avec une entité

318 - Cons. Conc., 17 janvier 1996, avis n° 96A13.



distincte de lui, ce marché, si son montant hors taxe sur la valeur ajoutée est égal ou supérieur aux seuils communautaires, doit faire l'objet de procédures de publicité et de mise en concurrence. Par application de la jurisprudence *Teckal* de la CJCE ³¹⁹, il a en effet considéré que les dispositions de la directive étaient applicables aux contrats que l'UGAP passe avec ses clients dès lors que l'UGAP est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial sur lequel l'État n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qu'en outre, aucun des clients de l'UGAP, et notamment l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP.

Par ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que même dans le cas où la jurisprudence *Unipain* est applicable, des considérations tirées d'un souci d'optimisation de l'ensemble d'un tissu industriel peuvent conduire à y renoncer. C'est ainsi que la Cour des comptes ³²⁰ constatant que les établissements relevant du service de la maintenance aéronautique (SMA) créé en 1997 sous l'autorité du délégué général à l'armement ne sont évidemment pas soumis au Code des marchés publics pour les commandes qu'ils reçoivent du ministère de la défense et bénéficient d'un avantage compétitif par rapport aux industriels de la réparation aéronautique du fait de charges de structure moins élevées et de l'exemption de taxe sur la valeur ajoutée dont ils bénéficient, a estimé que cette situation paraissait difficilement pouvoir se prolonger, notamment en raison de la concurrence faite par cet établissement à des filiales de maintenance et de réparation d'entreprises publiques et a insisté sur l'urgence de la définition d'orientations à donner au secteur d'État de la réparation aéronautique en prenant en compte l'existence de capacités analogues dans l'industrie française publique ou privée.

En définitive, la notion de prestation « *in house* » n'est elle vouée qu'à jouer un rôle marginal ? Ce serait en pratique à craindre si on en restait à une exigence extrême en matière de contrôle du cocontractant.

L'article 3 du décret du 7 mars 2001 relatif au nouveau Code des marchés prévoit que ce dernier ne s'applique pas : « 1° aux contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, avec un contractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle, à condition que, même si ce co-contractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés publics prévues par ce présent code ».

Cette rédaction a pour effet d'exclure en tout état de cause la qualification des prestations « *in house* » lorsque le prestataire n'applique pas, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés publics prévues par le code.

319 - À noter que par l'arrêt de Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piemont de Barr et service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, Rec. p. 201, le Conseil d'État avait déjà jugé que devait être regardé comme un marché public de services au sens de la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 un contrat entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent de l'autre, envisagé en vue de la gestion d'un service d'assainissement, même si, à l'époque, le Code des marchés publics ne s'appliquait pas à un tel contrat.

320 - *Les industries d'armement de l'État*, Cour des comptes, rapport public particulier, octobre 2001, les éditions des Journaux officiels.

On peut soutenir que tel devrait être le verrou fondamental, justifiant une acception un peu plus souple du critère de contrôle du cocontractant par le pouvoir adjudicateur.

Autrement dit, il y aurait lieu de s'interroger sur les conséquences à attacher à l'élargissement du champ d'application du droit de la commande publique résultant des directives communautaires : si le cocontractant est lui-même soumis à ce droit dans ses rapports avec le marché et s'il est sous la dépendance juridique et économique de l'État ou des collectivités territoriales, ne pourrait-on considérer que ses rapports contractuels avec l'État ou ces collectivités territoriales relèvent en réalité du pouvoir régalien d'organisation des structures nécessaires à l'action publique et ne sont que des actes préparatoires à la commande publique qu'il n'est pas indispensable, pour le jeu de la concurrence, de soumettre aux règles de passation des marchés publics ?

On conçoit assez mal que la notion de « *contrôle* » utilisée comme condition de qualification d'une prestation de prestation « *in house* » puisse différer des critères utilisés par les directives pour définir l'organisme de droit public soumis au droit communautaire de la commande publique et qui permettent de qualifier ainsi « *toute personne morale créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public* ».

Cet assouplissement de la notion de contrôle devrait tout particulièrement jouer en faveur des cocontractants n'ayant pas le caractère d'opérateurs et essentiellement créés par l'État ou les collectivités territoriales pour assumer en leur nom et en leur lieu et place, certaines missions leur incombant et faisant systématiquement appel, pour ce faire, dans le respect des règles de passation des marchés publics, à des intervenants ayant ce caractère d'opérateurs. Dans ce cas, au surplus, les règles exigeant que le cocontractant réalise l'essentiel de ses activités pour ce pouvoir adjudicateur, pourraient être elles-mêmes atténuées.

2.3. Le recours à un prestataire de services bénéficiaire d'un droit exclusif

Le deuxième cas, beaucoup plus important dans sa portée pratique, de dispense d'application des règles de la commande publique est celui des contrats de services passés par une personne publique avec un opérateur bénéficiant d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité.

Cette exception est prévue à l'article 3 du décret du 7 mars 2001 relatif au Code des marchés publics qui a transposé les articles 6 de la directive



communautaire du 18 juin 1992 relative aux marchés publics de services et 11 de la directive communautaire du 14 juin 1993 relative aux secteurs spéciaux.

Encore cette exception est-elle soumise à deux conditions :

- la première est que le bénéficiaire d'un droit exclusif soit lui-même un pouvoir adjudicateur au sens du traité CEE ou une personne publique soumise au Code des marchés ;
- la seconde est que l'octroi d'un droit exclusif soit intervenu « *sur le fondement d'une disposition légalement prise* » selon le texte français, « *de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées... compatibles avec le traité* », selon les directives communautaires. Cette référence à la légalité du fondement du droit exclusif renvoie à l'encadrement communautaire, très strict, des possibilités reconnues aux autorités publiques d'accorder des droits exclusifs à des entreprises.

Cet encadrement, qui résulte des dispositions de l'article 86 CE, sera plus particulièrement présenté dans la troisième partie, à propos des droits conférés aux gestionnaires des services publics.

On relèvera toutefois d'emblée ici :

- que la justification de l'octroi de droits exclusifs exige de démontrer le caractère nécessaire et proportionné de ces droits ³²¹. Il doit en fait être prouvé que l'objectif d'intérêt général poursuivi par les collectivités publiques ne peut être atteint, pour des raisons techniques, économiques ou juridiques, que par l'octroi de droits exclusifs ;
- que l'attribution de droits exclusifs ne doit pas conduire à une situation dans laquelle le bénéficiaire de ces droits serait nécessairement amené à abuser de sa position dominante ³²² ;
- que les modalités d'attribution de ces droits ne doivent pas méconnaître les règles générales du traité, comme il a été indiqué plus haut à propos des concessions : égalité de traitement, transparence, reconnaissance mutuelle ³²³...

Tout ceci encadre fortement les hypothèses où des droits exclusifs peuvent être conférés et où, par voie de conséquence, des contrats de prestations de services peuvent être passés, en dehors du respect des obligations de mise en concurrence, avec des entités bénéficiant légalement de tels droits.

Il s'en suit des hésitations ³²⁴ sur le point de savoir si la réglementation encadrant la passation de marchés publics doit ou non être appliquée dans de nombreux cas où la loi a, souvent sans le dire, mis en place des dispositifs revenant à conférer de tels droits exclusifs à certains organismes, notamment de droit public ; par exemple en ouvrant la possibilité aux collectivités publiques de créer tel ou tel type d'organisme, dont la mission générale est définie par la loi et qu'elles chargent, au coup à coup, par voie de conventions, de

321 - CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993, p. I-2533 ; CJCE, 23 octobre 1997, *Commission c/France*, C-159/94, Rec. 1997, p. I-5815.

322 - CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elner c/Macrotron*, C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751.

323 - CJCE, 28 mars 1996, *Procédure pénale contre Guiot*, C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905.

324 - Voir. E. Fatôme : « L'influence des évolutions européennes sur l'établissement public en France », *Cahiers du GRIDAUH*, novembre 2000, p. 53.



telles opérations précises en dehors de toute mise en concurrence. C'est ce qui se passe traditionnellement s'agissant des opérations confiées par les communes à leurs organismes HLM ou à leurs offices du tourisme ³²⁵.

Puisque les organismes HLM et les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux sont soumis eux-mêmes dans leur activité, en vertu des articles L. 433-1 et L. 481-4 du Code de la construction et de l'habitation, aux règles de publicité, de mise en concurrence et d'exécution des marchés prévues par le Code des marchés, la possibilité de faire appel à eux, sans mise en concurrence, dépend de la question de savoir si ces entités disposent légalement d'un droit exclusif ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une activité. On peut soutenir qu'il en va ainsi en faisant valoir que le droit exclusif d'un organisme HLM résulte des impératifs mêmes de la politique de logement social, qui va bien au-delà des seules opérations de construction ou de gestion de logements et comporte des volets aussi divers que la mise en œuvre du droit au logement des plus démunis, la recherche de la mixité sociale, l'aménagement urbain ³²⁶...

La question de la justification de l'attribution d'un droit exclusif est susceptible de se poser dans d'autres hypothèses ; elle est ainsi soulevée à propos du droit exclusif conféré à un établissement public national, appelé à succéder à l'Association française pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN), en matière d'exécution des opérations de diagnostic et de fouille archéologique préventive, par la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. La Commission européenne est en effet saisie d'une plainte pour méconnaissance du droit communautaire par la loi française. Ce problème a été amplement débattu lors des travaux qui ont précédé l'élaboration du projet de loi. Dans un premier temps, le Conseil de la concurrence, saisi pour avis par le ministère de la Culture, avait conclu en septembre 1997, à la soumission des travaux de fouille aux règles de concurrence, l'exécution de ces travaux étant avalisée par lui comme une activité économique. Mais la mission de réflexion confiée alors par le même ministre à trois rapporteurs ³²⁷, avait estimé pour sa part que les trois volets de l'archéologie préventive (diagnostic, travaux de fouille et diffusion des découvertes) constituaient un ensemble indissociable et que dès lors l'octroi d'un droit exclusif confié à l'organisme chargé de l'archéologie préventive pour l'ensemble de ces activités se justifiait. Cette dernière position a inspiré directement le projet de loi déposé sur le bureau des assemblées. Et le Conseil constitutionnel a validé

325 - En vertu des art. L. 2 231-I et suivants du Code général des collectivités territoriales, un office du tourisme peut être créé, sous le régime de l'établissement public industriel et commercial, dans les stations classées et les communes littorales ; cet office « est chargé de promouvoir le tourisme dans la station » ; « il peut être chargé de l'exploitation d'installations touristiques et sportives, d'organisation des fêtes et de manifestations artistiques ».

326 - Ces caractéristiques de la politique sociale ont pu conduire à s'interroger sur le point de savoir si le logement social ne devrait pas être regardé, non comme un service d'intérêt économique général, mais comme une fonction sociale, au même titre que la sécurité sociale obligatoire, faisant échapper les organismes en charge de cette fonction, dans leurs rapports avec la puissance publique, au jeu du droit de la commande publique ; mais tant le Conseil d'État que la CJCE ont clairement jugé que les organismes HLM étaient en charge d'un service d'intérêt économique général.

327 - MM. Pêcheur, conseiller d'État, Poignant, maire de Quimper, et Demoule, professeur des Universités.



cette interprétation, en appréciant la validité de la loi au regard de la liberté d'entreprendre. Il a relevé, sur la base de critères non éloignés de ceux de la jurisprudence communautaire, que le droit exclusif confié à l'établissement public était justifié par l'intérêt général en cause (la conservation du patrimoine archéologique français) et que les restrictions apportées à la liberté d'entreprendre n'étaient pas disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ³²⁸.

Un autre cas, qui a été débattu, est celui du régime prévu en matière de création de services de transports en région parisienne, en dehors des réseaux en ligne de transports en commun confiés à la RATP et à la SNCF, sur la base de l'ordonnance du 7 janvier 1959 ³²⁹. En vertu de ces dispositions de nature législative, le choix des transporteurs résulte d'un acte unilatéral, par inscription au plan de transport défini par le Syndicat des transports parisiens (STP), aujourd'hui le Syndicat des transports de l'Ile-de-France (STIF). Cet acte unilatéral est complété par la conclusion de conventions entre le syndicat et les transporteurs, qui ont pour objet de définir les conditions de compensation des pertes de recettes que subit le transporteur en véhiculant des titulaires de la carte orange. Dans un avis d'assemblée générale du 9 mars 1995 ³³⁰, le Conseil d'État a estimé que ce choix des transporteurs échappait, en raison de l'acte unilatéral qui le fondait, au champ d'application des dispositions législatives relatives aux délégations de service public et donc à l'obligation de publicité et de mise en concurrence. La question de savoir si le système prévu par l'ordonnance du 7 janvier 1959 reste compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes est sans doute plus délicate.

Il y a lieu également de signaler le droit exclusif susceptible d'être confié, en vertu de la loi du 3 janvier 2001 ³³¹, par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, à des organismes à but non lucratif ou à des associations de la loi de 1901, pour « *la gestion de tout ou partie des prestations dont bénéficient les agents* ». Ce dispositif législatif donne une base légale aux conventions passées par différents ministères, en dehors de toute procédure de publicité ou de mise en concurrence, pour la gestion d'une large partie de leur action sociale, avec des organismes mutualistes, associatifs ou des fondations, conventions sur la régularité desquelles la Cour des comptes avait été amenée à s'interroger et à propos desquelles elle avait saisi diverses autorités administratives. On peut s'interroger sur la nature de ces conventions qui ont toutes les apparences d'un marché de services, relevant à ce titre de la directive « *services* » et sans que la jurisprudence *Teckal* ne soit en mesure de jouer nécessairement, compte tenu de l'autonomie de nombre des organismes en cause. On peut s'interroger aussi, à supposer même qu'elles ne puissent être ainsi qualifiées, si la jurisprudence *Telaustria* ne serait pas susceptible de leur être appliquée. Au demeurant, il paraît discutable de régler

328 - CC, 16 janvier 2001, Loi relative à l'archéologie préventive, n° 2000-439 DC, JO du 18 janvier 2001, p. 931 ; P. A. 12 février 2001, p. 20, note J.E. Schoettl.

329 - Ordonnance n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne.

330 - CE, Assemblée générale (Section des travaux publics), 9 mars 1995, avis n° 356931, Rapport public 1995 du Conseil d'État, EDCE n° 47, p. 399.

331 - Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique.

par la loi des pratiques contractuelles qui ont pu avoir leur justification, mais qui n'ont certainement rien à perdre à s'effectuer dans le cadre d'une transparence utile et somme toute protectrice des deniers publics ³³².

2.4. Le cas particulier des concours techniques des services de l'État aux collectivités locales

Les conditions dans lesquelles certains services de l'État apportent, moyennant rémunération, leur concours aux collectivités locales ont connu une histoire mouvementée et ont suscité commentaires et contentieux ³³³. À une moindre échelle, les mêmes difficultés ont pu se poser quant aux conditions dans lesquelles, en vertu de l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 de répartition de compétences, les services des régions et des départements ont été autorisés à apporter leur concours aux communes.

Pendant très longtemps, trop longtemps, ces conventions ont pu être passées en méconnaissance des principes traditionnels relatifs à l'intervention des collectivités publiques dans la sphère marchande, la loi ³³⁴ faisant écran à toute sanction contentieuse directe ³³⁵ ; c'est par le biais des arrêtés fixant les modalités de rémunération que le juge administratif pouvait être saisi utilement, sur la base d'une atteinte au principe d'égalité ou à la règle du libre choix des prestataires de services par les collectivités locales. Et le juge n'a jamais été en mesure, au vu des éléments qui lui étaient fournis, de caractériser une telle atteinte, compte tenu des situations très différentes dans lesquelles se trouvaient les fonctionnaires intéressés et les intervenants privés ³³⁶.

Aujourd'hui la question peut être regardée comme réglée pour l'essentiel ; relèvent de l'actuel Code des marchés publics les prestations d'ingénierie intervenant dans le champ concurrentiel réalisées par les collectivités publiques pour d'autres collectivités publiques et, comme on l'a vu, les services techniques de l'État concernés se sont attachés à déterminer des modalités de calcul des coûts et donc de leur prix, respectant les critères d'égalité de concurrence fixés par l'avis contentieux *Jean-Louis Bernard Consultants*. Le Conseil d'État a par ailleurs jugé que la responsabilité contractuelle de l'État était susceptible d'être engagée du fait de cette intervention ³³⁷. Enfin, la loi

332 - Voir en ce sens cet éloge de la publicité par Gaston Jèze, dans ses *Principes généraux du Droit administratif*, p. 75 : « ... Cette face, composée de plus d'yeux, de plus d'oreilles, de plus de têtes que celles de tous les monstres et géants des poètes, a plus de forces, plus d'énergie pour pénétrer jusqu'aux consciences ».

333 - Franck Moderne, *Les conventions de prestations de services entre l'État et les collectivités locales*, EFE, 1996.

334 - Loi du 29 septembre 1948 et du 25 juillet 1955 pour ce qui est des prestations des services de l'État et loi du 7 janvier 1983 pour les prestations des régions et départements.

335 - Voir, par exemple CE, Section, 22 novembre 1978, *Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de l'équipement*, Rec. p. 451.

336 - CE, 11 février 1981, *Chambre syndicale des Sociétés d'Etudes et de Conseils et Autres*, n° 12540.

337 - CE, 14 mars 1997, *Hôpital départemental des Petits-Prés*, Rec. p. 85 ; note F. Moderne, RFDA, janvier 1998, p. 1 ; et CE, 2 octobre 1968, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Commune de la Chapelle-Vieille-Forêt*, Rec. p. 471.



n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite loi MURCEF, précise aux I et II de son article 1^{er} que c'est « *dans les conditions prévues par le Code des marchés publics* » que les services de l'État, des régions et des départements, peuvent apporter leur concours technique aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, tel que prévu aux articles 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 et 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992.

Il reste toutefois deux incertitudes :

– l'une concerne la possibilité ouverte par le III de l'article 1^{er} de la loi MURCEF à certains services de l'État, essentiellement les DDE et les DDA, d'exécuter en dehors des règles du Code des marchés certaines prestations d'assistance technique au profit des petites communes et de groupements de communes qui, du fait de leur petite taille et de la faiblesse de leurs services, n'ont pas toujours les moyens humains et matériels d'exercer leur compétence dans les domaines de la voirie, de l'aménagement et de l'habitation. Il semble qu'un motif d'intérêt général suffisant justifie cette atteinte, au demeurant fort limitée ³³⁸, aux principes régissant la commande publique ;

– l'autre concerne la mise à disposition de services de l'État au profit des collectivités locales.

Le processus de décentralisation engagé par les lois n° 82-213 du 2 mars 1982 et n° 83-8 du 7 janvier 1983 s'est accompagné d'une procédure de transfert de services mais également d'un régime légal de mise à disposition de services de l'État ou de parties de ces services à disposition des départements et des communes, prévu respectivement par les articles L. 3 141-1 et L. 4 151-1 du Code général des collectivités territoriales, régime mis en œuvre par voie de convention conclue entre le représentant de l'État et le représentant de la collectivité territoriale avec des mécanismes de compensation financière.

Notamment, la loi n° 92-1255 du 2 décembre 1992, relative à la mise à disposition des départements des services déconcentrés du ministère de l'équipement et à la prise en charge des dépenses de ces services, a prévu que les prestations que le parc de l'équipement, « *élément du service public de la direction départementale de l'équipement* », ainsi que les services ou parties de services déconcentrés du ministère de l'équipement autres que le parc, peuvent effectuer pour le département, pourraient être définies par une convention conclue, pour une durée de trois années civiles, entre le préfet et le président du conseil général et prorogée annuellement par avenant, cette convention fixant pour chaque année le volume et la nature des prestations à réaliser pour le département et, en contrepartie, les montants et modalités de la participation des départements aux dépenses de fonctionnement et d'équipement de ces services.

338 - Les rémunérations perçues par les services de l'État en contrepartie des prestations d'assistance technique à la gestion communale s'élevant à environ 17 millions d'euros par an acquittés par environ 34 000 communes et 1 350 structures de coopération intercommunale (Rapport au nom de la Commission des finances du Sénat sur le projet de loi MURCEF n° 336 annexé au procès-verbal de la séance du 23 mai 2001).

La question se pose de la combinaison de ce régime avec le droit de la commande publique : doit-on admettre qu'il ne peut avoir pour effet de soustraire un département ayant conclu une telle convention avec l'État aux obligations résultant du Code des marchés publics en matière de contrats à titre onéreux conclus par une personne publique pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ? Autrement dit, doit-on admettre que, dès lors que le seuil de 90 000 euros HT en-dessous duquel les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables est franchi, le département est tenu de respecter selon les cas, la procédure d'appel d'offres, la procédure de mise en concurrence simplifiée ou les procédures négociées, avant de pouvoir recourir, le cas échéant, au vu des résultats de cette procédure, au parc départemental de l'équipement ou à un autre service déconcentré du ministère de l'équipement ?

Doit-on, au contraire, faire l'effort d'admettre que, d'une manière générale, la notion de mise à disposition de services telle qu'elle a été conçue par le législateur pour favoriser un partenariat entre le préfet et le conseil général dans la recherche d'un calibrage sur le moyen terme des ressources humaines et des moyens matériels relève exclusivement de l'organisation interne de la sphère publique et que, dès lors, toutes les prestations, qu'elles aient pour objet des fournitures, des travaux ou des services entrant dans le champ des conventions conclues sur le fondement de la loi du 2 décembre 1992, échappent par nature au Code des marchés publics ?

La réponse à apporter à cette question n'est pas évidente, même si l'on perçoit intuitivement que l'approche de la loi du 2 décembre 1992 est difficilement conciliable avec l'approche actuelle du Code des marchés publics. On peut noter en tout cas que si, dans son avis du 8 décembre 1999³³⁹, le Conseil de la concurrence a considéré que « *les conventions triennales passées entre les départements et les parcs ne dispensaient pas les cocontractants de respecter les règles de la concurrence* » et estimé que ces conventions ne devraient « *comporter aucune clause, en termes de tarifs proposés ou d'engagement sur le long terme qui serait de nature à limiter le département dans son choix éventuel de sortie progressive de la convention* », cet avis n'implique pas nécessairement que les interventions des parcs pour le compte des départements ne puissent être effectuées que dans le cadre de marchés publics, point d'ailleurs étranger à la compétence du Conseil de la concurrence.

2.5. Le partenariat entre personnes publiques et personnes privées ainsi qu'entre personnes publiques

La réalité de la conduite de l'action publique montre le développement de formes, non entièrement nouvelles, mais certainement plus fréquentes que par le passé, de partenariat entre personnes publiques, ainsi qu'entre personnes publiques et personnes privées³⁴⁰. Ces partenariats soulèvent, quant à leur traduction juridique, diverses questions qui doivent être examinées.

339 - Cons. Conc., 8 décembre 1999, Avis relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers, n° 99A21.

340 - Voir Jacques Moreau, « Les matières contractuelles », AJDA, 20 octobre 1998, p. 747.

a) Le partenariat public-privé bénéficie en France d'une longue tradition et son modèle en est incontestablement le régime de la concession et plus généralement de la délégation de service public. Si ce modèle ne résume pas toute la vitalité du partenariat public-privé, il en est la manifestation la plus solide.

Quel que soit l'encadrement de la procédure de passation des conventions correspondantes, le régime de la délégation de service public permet de préserver le libre choix des collectivités publiques.

Pour autant des craintes ont pu s'exprimer dans les années récentes sur la marge de liberté contractuelle préservée réellement en la matière, du fait des exigences procédurales (« *la processualisation* ») destinées à préserver l'égalité de traitement ou d'accès³⁴¹.

Est relevée une évolution du droit de la délégation de service public, d'un régime de contrats dits « relationnels », c'est-à-dire évolutifs, vers un régime de contrats dits « transactionnels », c'est-à-dire réglant une fois pour toutes, lors de la conclusion, les relations entre les parties.

Il est mis en avant en ce sens deux contraintes principales :

- La première concerne la phase de passation de la délégation de service public. Celle-ci étant précédée d'une publicité, il en est déduit, en dépit de la liberté de négociation reconnue par la loi, que les données relatives au contenu de la délégation envisagée et ayant fait l'objet d'une publication ne peuvent être modifiées par la négociation ou, à tout le moins, que les modifications possibles en cours de passation doivent être strictement entendues. Encore doit-on noter que le Conseil d'État admet des adaptations qui peuvent être d'une certaine importance, dès lors qu'elles répondent à des besoins d'intérêt général inhérents aux services publics et apparaissant en cours de procédure, qu'elle n'ont pas pour but d'avantager des candidats en présence et ne bouleversent pas l'économie générale du contrat³⁴².

Cet encadrement de la modification du règlement de la consultation ne résulte pas du seul droit interne, mais aussi communautaire ; dans sa communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, du 12 avril 2000, la Commission insiste sur le fait que le principe d'égalité de traitement implique que « *les règles du jeu doivent être connues de tous les concessionnaires potentiels et doivent s'appliquer à tous de la même manière...* », ce qui est une façon de réduire fortement le contenu possible de la négociation.

- La seconde concerne la possibilité de conclure des avenants. La liberté contractuelle, comme la conception même de la délégation de service public, laquelle est conclue pour une longue durée, supposent de réelles marges d'adaptation et de vie du contrat. Il est traditionnellement admis en droit français que la concession doit pouvoir évoluer par avenant, notamment en cas de

341 - Voir Laurent Richer, *La transcription des exigences du partenariat public-privé dans le droit*, à paraître.

342 - CE, 29 juillet 1998, Editions Dalloz, BJCP, n° 1, p. 71, conclusions Savoie ; 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, BJCP, n° 12, p. 36, conclusions Bergeal.



changement de circonstances. Mais la réalité n'est plus aussi simple. D'une part, le contenu même du contrat est de plus en plus précisé au départ (nature des ouvrages, modalités de fonctionnement du service, prix...), ce qui prive de matière une négociation postérieure. D'autre part, la possibilité de conclure des avenants est de plus en plus encadrée. Certes, la jurisprudence admet la liberté de passer de tels avenants, alors même que le contrat initial a été conclu après publicité et mise en concurrence. Cependant la doctrine relève une tendance de la part du juge administratif à transposer purement et simplement à la délégation de service public la jurisprudence développée à propos des marchés publics, notamment s'agissant du bouleversement de l'économie des contrats ; la possibilité de conclure un avenant se trouve écartée au motif de « *modifications substantielles* »³⁴³.

Certes, la jurisprudence administrative n'émane-t-elle pour l'instant que des seuls tribunaux administratifs ; mais ceux-ci peuvent se référer à l'avis donné par le Conseil d'État, dans ses fonctions consultatives, à propos de la question de la réalisation de nouveaux tronçons d'autoroute par voie « *d'adossement* »³⁴⁴. Le Conseil d'État, se référant aux dispositions très strictes de l'article 40 de la loi Sapin, quant aux possibilités de prolonger la durée des délégations de service public³⁴⁵, invite à une interprétation restrictive de l'exception ainsi apportée aux règles du droit commun limitant la prolongation et recommande « *une démarche s'inspirant de celle qui commande l'interprétation de l'article 45 bis du Code des marchés publics relatif aux avenants* » ; cet article 45 bis de l'ancien code, devenu l'article 19 du nouveau code, rappelle que les avenants ne peuvent bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.

Du moins doit-on relever que pour autant le Conseil d'État, dans son avis, et s'agissant de la question qui lui était posée des conditions de prolongation de la durée d'une concession autoroutière, a admis la possibilité d'une telle prolongation dans l'hypothèse d'investissements matériels non prévus au contrat initial et qui auraient pour effet de modifier l'économie générale de ce contrat, à la condition que les investissements supplémentaires non prévus consistent en travaux d'amélioration de l'ouvrage concédé ou « *constituent un accessoire de l'ouvrage initial, cet aspect accessoire résultant notamment de leurs dimensions et de leurs coûts limités en comparaison avec ceux de l'ouvrage principal, et de leur absence d'autonomie fonctionnelle propre* », cas par exemple d'une extension limitée de l'ouvrage.

343 - T.A. Grenoble, 7 août 1998, *Betto*, BJCP 1999 n° 2, p. 181, concl. Cau ; T.A. Lille, 2 juillet 1998, *Préfet du Nord*, BJCP 1998, n° 1, p. 72, concl. Célérier ; T.A. Dijon, 5 janvier 1999, *Roycourt et Association Auxerre Ecologie*, BJCP 1999, n°3, p. 295, concl. Lointier.

344 - CE, Assemblée générale (Section des travaux publics), 16 septembre 1999, avis n° 362908, Rapport public 2000 du Conseil d'État, EDCE n° 51, p. 230.

345 - Une délégation ne peut être prolongée que : a) pour des motifs d'intérêt général... b) lorsque la délégataire est contraint, pour la bonne exécution du service public ou l'extension de son champ géographique et à la demande du délégant de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial, de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à couvrir que par une augmentation du prix manifestement excessive.

Ceci démontre suffisamment que le Conseil d'État veille à préserver, dans les limites permises par la loi, une marge de négociation au bénéfice des partenaires. Mais compte tenu du texte même de la loi, il ne paraît guère envisageable, en l'état, de pouvoir aller au-delà ; il appartient au législateur, s'il entend desserrer les règles pesant sur les partenaires, d'y procéder.

Enfin il y a lieu de rappeler que dans un avis du 8 juin 2000³⁴⁶, le Conseil d'État a indiqué qu'en vertu d'une jurisprudence constante, d'une part la cession d'un marché ou d'une délégation de service public ne peut avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique cocontractant mais que, d'autre part, lorsque l'autorisation de cession peut-être légalement accordée parce qu'elle s'entend de la reprise pure et simple par le cessionnaire des droits et obligations résultant du précédent contrat, le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant n'est soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence.

Une autre crainte en matière de partenariat public-privé concerne le cas où une entité privée ou, le cas échéant, une société d'économie mixte a conçu un projet d'intérêt général innovant susceptible d'intéresser la collectivité et qui suppose, pour sa mise en œuvre, un partenariat avec celle-ci. Si la collectivité ne peut contracter avec ce partenaire qu'après mise en concurrence, il y a un risque que ce partenaire hésite à dévoiler son projet, de peur de se le faire ravir par un concurrent. Il ne semble pas que cette hypothèse soit purement théorique³⁴⁷. Cette préoccupation a d'ailleurs été reprise par le Comité économique et social européen, dans son avis sur « *le renforcement du droit des concessions et des contrats de partenariat public-privé* » du 19 octobre 2000. Cette instance préconise un « *respect de l'innovation* » et indique qu'« *il faut impérativement éviter* » que les propositions originales contenues dans un projet innovant ne soient mises à disposition des autres concurrents.

Dans le même ordre d'idées, il est souvent fait état de la difficulté, liée à la nécessité de distinguer entre les marchés, de développer un vrai partenariat public-privé, pour la réalisation de produits innovants. En effet, l'entreprise qui, sur la base d'un marché d'études, a aidé la collectivité publique à définir les spécifications du produit recherché, par un « *dialogue technique* », ne peut participer à la procédure de soumission ultérieure basée sur de telles spécifications dans la mesure où ce serait contraire à la concurrence. Si, en effet, le droit des marchés permet la passation de certains marchés sans mise en concurrence préalable pour des marchés passés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement », encore faut-il être dans le cadre d'une expérimentation pure (sans retour sur investissement ou recherche de rentabilité) et veiller à ce que les dits « *marchés ne portent pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts* ».

346 - Avis Section des finances, n° 364803, Rapport public du Conseil d'État 2001, p. 230, EDCE n° 52, la Documentation française.

347 - Voir Albert Mahé, vice-président de la Fédération nationale des sociétés d'économie mixte, in « Les entreprises publiques locales », Dexia, 1999, p. 13.

Il y a là un problème de fond qui ne peut être regardé comme susceptible d'être réglé, comme la doctrine a pu l'envisager, sans trop y croire d'ailleurs, par la décision, très ponctuelle, par laquelle le Conseil d'État ³⁴⁸ a admis que l'entreprise qui a participé aux études n'est pas éliminée d'office et ne l'est que si elle a bénéficié d'informations susceptibles de l'avantager ; ce dont il résulte qu'il est possible de ne pas éliminer l'auteur des études à condition de veiller avec une attention particulière au respect de l'égalité dans la procédure de passation. Ceci ne saurait suffire à résoudre le problème. Un motif d'intérêt général justifie en la matière, à l'évidence, une évolution de la réglementation pour qu'il soit renoncé dans ce cas aux exigences de mises en concurrence successives, sous réserve d'un encadrement juridique spécifique à prévoir. Il paraît indispensable d'introduire les dispositions nécessaires dans le droit de la commande publique ; il semble que la Commission européenne en soit maintenant convaincue, comme il résulte de sa proposition du 10 mai 2000 sus-évoquée pour la refonte des directives communautaires ; la Commission propose une procédure de soumission unique facilitant la réalisation de l'opération ; cette procédure comporterait une phase pendant laquelle les spécifications seraient établies sur la base d'une négociation avec les participants sélectionnés, suivie d'une remise des offres par les participants à la négociation, puis par l'attribution du contrat à la meilleure offre.

Enfin, des préoccupations sont souvent exprimées quant aux conditions de mise en œuvre d'opérations dites complexes conduites en matière d'aménagement urbain ³⁴⁹. Dans ce domaine, le partenariat public-privé combine aujourd'hui des opérations d'intérêt général diversifiées et intégrées (logement social, notamment des plus démunis, équipements socio-culturels, espaces de loisirs, dispositifs d'insertion professionnelle...) et des opérations relevant du secteur marchand, en particulier de promotion immobilière. Ces montages sont conclus entre des collectivités publiques qui peuvent être multiples (communautés d'agglomération, communes, départements...) et des opérateurs de statut privé ou semi-public, comme les sociétés d'économie mixte, ou public. Ils ont fait l'objet d'encadrements juridiques nombreux et évolutifs, auxquels les pouvoirs publics s'efforcent de conserver un caractère spécifique, en dérogation aux règles de droit commun.

Ainsi, en est-il de la formule des conventions publiques d'aménagement urbain, créée par la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain dite SRU du 13 décembre 2000 ³⁵⁰, sous forme d'un article L. 300-4 inséré dans le Code de l'urbanisme et se substituant aux anciennes concessions d'aménagement. Ces conventions sont explicitement soustraites, par la loi, aux dispositions de la loi Sapin relatives à la mise en concurrence. Il résulte des travaux préparatoires de la loi qu'il s'agirait surtout d'un changement de terminologie. Cette disposition ne figurant pas dans le projet du Gouverne-

348 - CE, 29 juillet 1998, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ société Genicorp*, n° 177 952 ; DA, n° 304.

349 - Rapport public 2001 de la Cour des comptes : « Les collectivités locales et la gestion des opérations d'aménagement urbain », p. 775.

350 - Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO, 14 décembre 2000, p. 19777.



ment, le Conseil d'État n'a donc pas eu à se prononcer sur la compatibilité de cette exclusion avec les directives communautaires.

La réalité est que le changement va bien au-delà de la terminologie³⁵¹. Jusque-là, la pratique distinguait les conventions d'aménagement, ayant pour objet l'étude et la réalisation d'une opération d'aménagement³⁵², conclues aux risques et périls de l'aménageur dont la rémunération ne pouvait provenir que des résultats de l'opération, et les concessions d'aménagement, ayant la même finalité, mais où le concessionnaire pouvait bénéficier d'une participation de la collectivité publique, et de prérogatives de puissance publique, telles que le droit d'exproprier et de préempter ; seules les sociétés d'économie mixte de la loi du 7 juillet 1983, les sociétés d'économie mixte d'aménagement dont le capital est détenu à plus de la moitié par une ou plusieurs collectivités publiques et les établissements publics pouvaient, en raison de leur lien de dépendance avec les collectivités de rattachement et de leur régime juridique, être concessionnaires.

Il est apparu souhaitable aux pouvoirs publics de supprimer la référence au terme de concession, susceptible de permettre l'assimilation de ce type de contrats à toute forme de concession, entendue davantage au sens communautaire du terme, notamment de concession de travaux et d'entraîner de ce fait la remise en cause du régime traditionnellement appliqué de non mise en concurrence des titulaires de l'ensemble des contrats d'aménagement. Pour aboutir à ce résultat, le premier projet déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale supprimait purement et simplement toute référence à la concession d'aménagement, semblant ainsi anéantir toute forme de distinction entre aménageurs publics (SEM et établissements publics) et aménageurs privés. À la demande pressante de la Fédération nationale des SEM, le projet de loi a donc prévu un nouveau concept, la convention publique d'aménagement, explicitement soustraite du champ de la loi Sapin. La distinction entre convention ordinaire et convention publique réside toujours dans le fait que dans cette dernière, l'aménageur – qui ne peut être qu'un établissement public, une SEM de la loi du 7 juillet 1983 ou une SEM détenue à plus de la moitié par l'État, les régions, les départements, les communes ou leurs groupements – peut se voir confier les acquisitions par voie d'expropriation ou de préemption et que les collectivités qui décident de mener l'opération peuvent prendre en charge une partie du financement ; le nouvel article L. 300-4 ouvre au surplus la possibilité de confier à l'aménageur « *la réalisation de toute opération et action d'aménagement et d'équipement concourant à l'opération globale faisant l'objet de la convention publique d'aménagement* ».

Le code ne précise pas dans quelles hypothèses il peut être recouru à l'une ou l'autre formule, ce qui est paradoxal, compte tenu de leurs conséquences respectives. En fait, la seconde formule, celle des conventions publiques, est

351 - Voir sur ce sujet E. Fatôme et L. Richer : « Les conventions d'aménagement après la loi SRU, Actualités de la Commande et des Contrats publics, n° 5, novembre 2000, p. 17 ; J.F. Bizet : « La convention publique d'aménagement : nature et régime juridique », Bulletin juridique des contrats publics, n° 18, p. 374.

352 - Sur la notion d'opération d'aménagement, v. CE, 28 juillet 1993, *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, RDP 1993, p. 1452, concl. S. Lasvignes : nécessité d'incidences urbaines importantes, combinaison de différents types d'actions, comme la réalisation d'équipements, la restauration d'immeubles, l'aménagement de terrains, une intervention à caractère foncier...



essentiellement destinée, sans que cela ne soit dit, aux opérations lourdes d'aménagement urbain, à caractère structurellement déficitaire et exigeant la mise en œuvre conjointe et coordonnée de multiples actions, de prestations de services, sous forme d'études, d'audits, de maîtrise d'œuvre, de relogement, et de travaux notamment d'infrastructures, de réhabilitation, d'équipements.

Un problème très délicat se trouve posé quant au régime de passation de ces conventions d'aménagement, qu'elles soient ordinaires ou publiques.

La loi SRU a écarté la passation des conventions publiques du champ d'application de la loi Sapin ; l'article L. 300-4 du code dispose que « *les dispositions du chapitre IV du titre II de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993... ne sont pas applicables aux conventions publiques d'aménagement établies en application du présent article* ». Cela pourrait laisser sous-entendre que de telles conventions procèdent à une délégation de service public, ce qui est loin d'être évident et en tout cas généralisable, car les conventions d'aménagement ne délèguent pas l'exploitation d'un service public d'aménagement ou d'équipement ; elles doivent bien plutôt être regardées comme faisant participer l'aménageur à l'exécution d'une mission de service public relevant de la commune. Cette analyse conduit à considérer que, même si le législateur n'a rien dit sur ce point, les conventions ordinaires ne doivent pas davantage être passées dans le respect des dispositions de la loi « *Sapin* », solution d'ailleurs retenue par le ministre de l'équipement, dans une circulaire de janvier 2001, mais sur le terrain juridique moins solide de l'absence de prérogatives de puissance publique détenues par l'aménageur en cas de convention ordinaire. En effet, il faut rappeler qu'une délégation de service public n'implique pas nécessairement de telles prérogatives³⁵³.

Les conventions d'aménagement paraissent difficilement pouvoir par ailleurs être regardées comme des marchés publics au sens du Code des marchés publics. D'une part, la qualification de marché public de travaux, au sens de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, est exclue, même lorsque la convention prévoit des travaux, si ces travaux portent sur des ouvrages d'infrastructure d'une ZAC ou d'un lotissement, ouvrages que la loi « *maîtrise d'ouvrage publique* » du 12 juillet 1985 exclut de son champ d'application et qui, de ce fait, sont réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de l'aménageur. D'autre part, et s'agissant des autres travaux, la qualification de marché public ne pourrait être retenue que si les éléments caractéristiques des marchés publics pouvaient être relevés et notamment le caractère onéreux du marché et le fait que les travaux soient réalisés sous la maîtrise d'ouvrage de la collectivité et répondent à des besoins propres de celle-ci. Or, même si la collectivité publique participe au financement de l'opération d'aménagement, dans le cadre de la convention publique, il est difficile de faire entrer les conventions d'aménagement dans un tel cadre, la collectivité répondant à des objectifs qui vont au-delà de la simple construction d'ouvrages. Les conventions d'aménagement paraissent bien, comme l'estime la majorité de la doctrine, des conventions *sui generis*, qui ne sont ni des délégations de service public, ni des marchés publics au sens du Code des marchés et qui, de ce fait,

353 - CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, Rec. p. 220.



ne font l'objet d'aucun encadrement particulier pour ce qui est de leur régime de passation en droit interne.

Par ailleurs, en droit communautaire, il résulte de l'arrêt *Ordre des architectes de la Province de Milan et de Lodi* du 12 juillet 2001 précité qualifiant de marché public la réalisation par un lotisseur-aménageur d'ouvrages d'équipement, lorsque celle-ci intervient en déduction de la participation financière due par lui, que même lorsque le cocontractant de l'administration n'est pas un pouvoir adjudicateur, les marchés correspondants doivent être passés dans le respect des directives communautaires. Cet arrêt ne prend toutefois pas parti sur les obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de devoir être respectées par la collectivité publique pour la désignation de l'aménageur lorsque, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, elle a le choix de celui-ci.

Les observations qui précèdent soulignent la complexité de ce dispositif de conventions d'aménagement et les incertitudes qui marquent leur régime et notamment leur régime de passation. En ce sens, il eût peut-être été plus utile, pour ce qui est de la réglementation interne, au lieu de se borner à écarter les conventions publiques du champ de la loi Sapin, de définir plus précisément les conditions du recours à l'une ou l'autre formule et de préciser le régime de passation des conventions. Sur ce dernier point, une distinction pourrait être utilement faite entre conventions ordinaires et conventions publiques. Autant, en effet, il paraît légitime pour ces dernières, si du moins elles sont bien réservées aux opérations lourdes de renouvellement urbain, nécessitant un engagement fort de la collectivité, que celle-ci puisse avoir recours, sans mise en concurrence ou selon un régime très allégé, aux partenaires de son choix et notamment à un partenaire dont elle est très proche, dans le cadre de droits exclusifs, autant il s'avère possible et souhaitable que le choix du partenaire pour les conventions ordinaires, lorsque ce choix existe, intervienne selon un minimum de règles de publicité et de mise en concurrence, comme cela est d'ailleurs assez souvent pratiqué. Une distinction plus fondamentale pourrait d'ailleurs être faite entre deux situations dans lesquelles l'aménageur est susceptible de se trouver, celle d'intervenant pour le compte de la collectivité et celle d'opérateur ; si l'aménageur s'avère être essentiellement un opérateur, il est normal qu'il soit soumis aux règles de la mise en concurrence ; s'il s'avère être essentiellement le bras armé de la collectivité, il ne peut qu'être choisi selon une procédure spécifique, sans que la circonstance que la collectivité participe financièrement à l'opération ne fasse retomber le contrat dans une catégorie préétablie, de toute façon peu pertinente ³⁵⁴.

b) Le partenariat entre personnes publiques est peut-être plus caractéristique encore de la période récente que le partenariat public-privé. Il se traduit par un phénomène de contractualisation entre personnes publiques qui, pour être ancien, a été relancé avec les lois dites de « décentralisation » de 1982-1983 et suivantes et s'est amplifié depuis : conventions de mise à disposition « *des services de l'État dans les régions et les départements, qui sont*

354 - On regrettera que la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales soit encore venue compliquer la situation en prévoyant, en dehors du Code de l'urbanisme et par modification de l'article L. 1523-2 du Code général des collectivités territoriales, des règles spécifiques pour les conventions publiques d'aménagement conclues avec les seules SEM locales.



nécessaires à l'exercice des compétences transférées aux collectivités », prévues par l'article 10 de la loi du 7 janvier 1983 et qui ont été plus précisément évoquées plus haut ; chartes intercommunales prévues par l'article 29 de la même loi, servant de fondement à des conventions conclues avec les autres collectivités « *pour la réalisation de projets et programmes qu'elles ont définis* » ; contrats État-régions prévus par la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, susceptibles d'être repris avec les autres collectivités territoriales ; contrats locaux de sécurité mis en œuvre plus récemment ; chartes culturelles et conventions de développement culturel...

La politique d'aménagement du territoire, de l'urbanisme et de l'environnement constitue une « *terre d'élection* »³⁵⁵ de ce partenariat entre collectivités publiques. Il trouve d'ailleurs son fondement dans l'article L. 110 du Code de l'urbanisme issu de la loi du 7 janvier 1983 de répartition des compétences, qui pose le principe que « *le territoire français est le patrimoine commun de la Nation. Chaque collectivité en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences... Les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs pouvoirs et leurs décisions d'utilisation de l'espace* ».

À ce titre, on peut évoquer les conventions de développement social des quartiers, conclues entre l'État et la collectivité territoriale ; les conventions ville-habitat associant l'État aux communes ; les contrats de ville destinés à devenir « *l'unique cadre contractuel de la politique de la ville* » et à s'intégrer aux contrats de plan, les contrats des stations littorales, les contrats d'aménagement³⁵⁶.

Cette exigence de coopération entre collectivités publiques en matière d'aménagement a trouvé de nombreux points d'ancrage concrets :

- l'urbanisme, qui constitue, notamment au travers des agences d'urbanisme, un domaine type de partenariat entre l'État et les collectivités locales, sous forme de financement commun d'enquêtes, ou de bases de données, d'apport conjoint de prestations intellectuelles de la part des services de la commune, des DDE, des centres d'études techniques de l'équipement, du département,...
- l'organisation des déplacements urbains, avec là aussi, mise en commun d'enquêtes, de bases données, de modèles de simulation, d'outils d'évaluation ;
- le logement des plus démunis, selon des modalités proches.

Dans tous ces cas, il y a apport réciproque de compétences et de moyens et la question a pu se poser des conditions dans lesquelles de tels contrats peuvent être conclus, point sur lequel le Conseil d'État, au contentieux, n'a jamais eu à se prononcer. Il est possible toutefois de relever que ces conventions sont conclues entre partenaires publics engagés conjointement dans la réalisation d'une même politique publique, sur un pied de stricte égalité, et le plus souvent sans échanges financiers. Il n'y a pas d'un côté une collectivité pres-

355 - Nadine Poulet-Gibot Leclerc « La contractualisation des relations entre personnes publiques », RFDA, mai-juin 1999, p. 551. V. aussi Franck Moderne, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », RFDA 1984, p. 1. V. également Jean-Marie Pontier, « Contractualisation et planification », RFDP 1993, p. 644.

356 - V.E. Fatôme, « L'urbanisme contractuel », AJDA, 1993, numéro spécial, *Droit de l'urbanisme, bilan et perspectives*, p. 63.

cripteur et une collectivité prestataire de services et il n'y a pas rémunération par une collectivité de services précis fournis par l'autre. Bien souvent on peut même se demander s'il y a bien engagements réciproques et donc contrats. On ne voit dès lors pas sur quel fondement il pourrait y avoir exigence de respect d'une règle tirée du droit de la commande publique.

Tout ce qui précède montre à l'évidence l'impérieuse nécessité d'apporter aux collectivités publiques, comme aux opérateurs, la clarification et la sécurité juridique dont ils ont besoin et qu'ils sont en droit de revendiquer. La réponse à ces exigences peut en partie être apportée par les différentes juridictions, tant nationales que communautaires ; mais une réglementation complémentaire s'avère indispensable, qui ne peut être d'ordre uniquement interne, s'agissant notamment de nombreux types de relations contractuelles sus-évoquées, que les directives actuelles ne prennent pas suffisamment en compte. L'objectif recherché est au demeurant moins de soustraire les collectivités publiques aux obligations de publicité et de mise en concurrence, qui garantissent le libre accès aux contrats, que de définir un régime de passation de ces contrats adapté et qui soit notamment attentif à la souplesse nécessaire dans l'organisation interne de la sphère publique.

L'absence de réglementation adaptée ne peut qu'être source de difficultés, soit qu'elle conduise à chercher à faire entrer les contrats en cause dans une des catégories réglementées, pour éviter un pouvoir purement discrétionnaire de choix de la part de la collectivité publique, mais dans des conditions insatisfaisantes, soit qu'elle incite à chercher des expédients pour échapper à tout prix à un cadre réglementaire inapproprié, soit enfin qu'elle incite à l'élaboration de dérogations législatives, qui ne constituent que des palliatifs provisoires.

Une réglementation adaptée, c'est-à-dire suffisamment souple et proche de leurs besoins constitue aujourd'hui le gage d'un droit de la commande publique pleinement respecté et utile aux collectivités publiques. Le rapport de la Mission d'analyse comparative des pratiques de l'achat public, réalisé par l'Inspection générale des finances (IGF), insiste en ce sens fortement sur le mode d'élaboration des règles relatives aux marchés publics et sur la nécessité de l'adaptation constante de ces règles³⁵⁷. Il y a là un élément essentiel de l'enjeu du droit de la commande publique, de conciliation entre l'efficacité économique et la régularité juridique de l'achat public.

357 - Inspection générale des Finances, *Mission d'analyse comparative des pratiques de l'achat public*, juillet 2001. L'inspection note que **les États-Unis** disposent d'un Code des marchés très étoffé : Les Federal Acquisition Regulations (FAR), qui comptent plus de 1 600 pages. Ces règles sont également complétées par les dispositions adoptées par chaque agence fédérale en vertu d'un pouvoir réglementaire propre, qui totalisent près de 3 000 pages. Mais le mode d'élaboration de ces normes garantit souplesse et proximité avec les acheteurs publics. Un conseil est chargé de l'émission et de la révision des FAR en matière d'achats civils, sous la présidence de *l'Office of Governmentwide Policy*. Cet organe regroupe l'ensemble des ministères et agences civiles... **Au Royaume-Uni**, le ministère du Trésor et l'Office of Government Commerce (OGC) élaborent, après avoir recensé les meilleures pratiques, des codes de bonne conduite destinés aux acheteurs publics, qui se dotent ensuite eux-mêmes de règles internes très détaillées en vue de la passation de leurs marchés. L'OGC est chargé à la fois de proposer une politique globale des marchés publics, de recenser les meilleures pratiques relevées en matière de recherche de la « *best value for money* », et d'établir des guides de bonne conduite destinés à l'ensemble des personnels intervenant dans le processus d'achat.



II-3. Le contenu du droit de la commande publique doit mieux concilier efficacité et régularité de l'achat public

L'enjeu principal du droit de la commande publique est en effet de concilier efficacité et régularité et de permettre aux acheteurs publics d'utiliser pleinement toutes les opportunités que leur offre un marché concurrentiel.

Mais si le droit de la concurrence apparaît incontestablement comme l'allié objectif de l'acheteur public et donc du droit de la commande publique, la réciproque n'est pas nécessairement vraie ³⁵⁸.

• Il ne fait guère de doute que le droit de la concurrence ne puisse que servir à l'acheteur public. Pour que ce dernier puisse en effet acheter au meilleur rapport qualité-prix sur un marché, encore faut-il que ce marché fonctionne de façon concurrentielle du côté des offreurs. Le droit de la concurrence y contribue par la contrainte qu'il fait peser sur ces offreurs, notamment en permettant la répression des dysfonctionnements les plus à craindre sur le marché, c'est-à-dire les ententes, sur les prix comme sur le partage du marché ³⁵⁹. On relèvera que pour parvenir, en ce sens, à une répression efficace, le Conseil de la concurrence a développé une jurisprudence originale qui consiste à considérer que chaque marché public est un « marché » au sens économique du terme : « la rencontre entre une demande spécifique et des offres destinées à lui répondre et substituables entre elles, constitue bien un marché au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » ³⁶⁰. Cette même décision montre que le Conseil peut sanctionner les ententes sans avoir besoin de vérifier si le prix effectivement payé est supérieur au prix concurrentiel théorique ³⁶¹. De même, lorsque l'entente n'a réuni que certains des opérateurs ayant déposé des offres ou bien lorsqu'une entreprise n'ayant pas répondu à l'appel à la concurrence en fait partie, le Conseil ne s'attache pas à démontrer l'existence d'une perturbation du marché : l'entente sur les prix, dans le cas d'un marché public, est sanctionnée *per se*, au motif qu'elle est « de nature... à tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et sur l'étendue de la concurrence ».

La difficulté en la matière est que pour que le Conseil puisse intervenir, et le cas échéant sanctionner, encore faut-il qu'il soit saisi. Les acheteurs publics sont bien placés pour ce faire. Il leur suffit, soit d'informer des éléments dont

358 - Patrick Hubert, « La concurrence et les services publics », Les cahiers de la fonction publique, novembre 1999 ; Caroline Montalcino, « Concurrence et commande publique », in *Enchères et gestion publique*, La Documentation française, 2001.

359 - Dans son avis du 2 juillet 1996, n° 96A08 sur le projet de réforme du droit de la commande publique, le Conseil de la concurrence relève qu'il a été amené à constater à une cinquantaine de reprises, depuis la promulgation de l'ordonnance de 1986, des dysfonctionnements du libre jeu de la concurrence dans les marchés publics.

360 - Décision n° 93D47 du 3 novembre 1993, BOCCRF du 31 décembre 1993, partiellement réformée, mais pas sur ce point, par Cour d'appel de Paris, 5 juillet 1994.

361 - L'article L. 410-1 du code permet la répression de comportements ayant seulement un objet anticoncurrentiel, ce qui est à distinguer d'un effet réel.

ils disposent la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), qui peut proposer au ministre chargé de l'économie, de saisir le Conseil, soit, pour les collectivités locales, de saisir directement ce dernier. La DGCCRF constitue, par son implantation sur tout le territoire et son savoir-faire, un relais particulièrement précieux. Mais il s'avère que cette saisine, soit de cette direction, soit du Conseil de la concurrence, par les collectivités publiques, n'est pas vraiment entrée dans les mœurs et si le Conseil de la concurrence est malgré tout, saisi d'un nombre substantiel d'affaires, c'est par des concurrents mécontents. Les collectivités publiques doivent être incitées à mieux utiliser le levier ainsi mis à leur disposition.

- Le droit de la commande publique ne permet pas aussi incontestablement de tirer tout le profit possible du droit de la concurrence. *A priori*, bien sûr, ce devrait être le cas, dès lors que le droit de la commande publique a pour objet de faire peser une contrainte sur l'acheteur public pour qu'il achète au meilleur rapport qualité-prix.

Mais certaines règles de ce droit peuvent, par elles-mêmes, se révéler à double-tranchant ou même entraîner des effets pervers, comme a pu le relever le Conseil de la concurrence dans son avis précité sur le projet de réforme du droit de la commande publique. Le Conseil de la concurrence indique que la simplification des critères d'attribution (comme celui du moins-disant) ou la transparence excessive des mécanismes de comparaison des offres ou encore une conception trop simpliste de la notion d'offre anormalement basse peuvent favoriser les conditions d'une atteinte à la concurrence. Il précise que l'administration peut, par son comportement, renforcer les risques d'effets pervers de la réglementation ; ainsi lorsqu'elle multiplie des petits marchés mettant face à face les mêmes entreprises, pouvant relever au demeurant des mêmes grands groupes, peu nombreux, présents sur tout le territoire, qui apprennent rapidement à se connaître et à travailler en bon entendement ; ainsi, lorsqu'elle prévoit des durées excessives de concession...

De façon générale, il convient d'être conscient que la seule transparence formelle dans la passation des marchés publics ou la seule mise en concurrence ne peuvent suffire, par elles-mêmes, à créer les conditions d'une réelle concurrence et d'obtenir les retombées que celle-ci peut entraîner.

Le formalisme du droit des marchés peut au surplus conduire à soumettre les personnes publiques à des exigences disproportionnées et coûteuses, sans que l'efficacité de la commande publique n'y gagne. Il est souvent relevé que ce formalisme, qui tend à généraliser les garanties d'objectivité, sinon les apparences de l'objectivité, peut être source de délais, de retards, de frais de gestion et de surcoûts.

Un des défis essentiels qui se pose dès lors aux décideurs publics en matière de commande publique est donc de mieux pouvoir prendre en compte le contexte dans lequel ils interviennent et de tirer un plus grand parti du fonctionnement concurrentiel des marchés.

Le nouveau code leur en offre incontestablement une plus grande possibilité, de même que les orientations qui se dégagent de la proposition de règlement destinée à refondre le droit communautaire de la concurrence.



Ce nouveau code n'a certes peut-être pas l'ampleur que certains espéraient. Du moins, il remédie largement à un défaut majeur de l'ancien code, lié au fait que celui-ci constituait en réalité un agrégat de textes, commencé en 1964 et complété au gré des transpositions des directives ou des évolutions juridiques et techniques. Dorénavant quatre procédures principales seulement sont prévues (marchés sans formalités préalables, appels d'offres, marchés négociés et mise en concurrence simplifiée). La place donnée à la procédure de marché négocié, que la commission européenne propose également de renforcer, se trouve accrue et la procédure d'appel d'offres est elle-même assouplie pour élargir les marges de manœuvres de l'acheteur public. C'est particulièrement vrai pour ce qui est des critères de choix, pour permettre de passer plus sûrement du moins-disant au mieux-disant.

L'ancien Code des marchés avait établi des critères³⁶² pouvant, le cas échéant, seulement être complétés par des critères additionnels destinés à permettre de choisir librement l'offre jugée la plus intéressante. Cependant, en pratique, le choix se résumait à la primauté systématique du moins disant, qui avait l'avantage de constituer un critère transparent, mais au détriment de la qualité des offres et de l'innovation.

Ainsi, le nouveau Code des marchés fait-il le choix très clair d'une orientation en faveur de l'offre la plus avantageuse économiquement (art. 53-II du code). L'évolution ne consiste pas à promouvoir une notion nouvelle, puisque la recherche du mieux disant était déjà une des préoccupations de l'ancien code, mais à aller plus loin en relativisant le critère du prix et en incitant les acheteurs à utiliser le plus de critères possibles. L'article 53-II prévoit ainsi la possibilité, pour l'autorité adjudicatrice, de choisir parmi une batterie de critères comme le coût d'utilisation, la valeur technique, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, le prix n'apparaissant qu'en dernier lieu. De plus, la liste n'est pas limitative puisque le code prévoit la possibilité de recourir à d'autres critères, à condition que leur utilisation n'ait pas d'effet discriminatoire à l'égard de certains candidats³⁶³.

Faut-il regretter que le Code des marchés publics n'ait pas introduit une pondération obligatoire des critères dans les documents de consultation alors que la proposition de directive du 30 août 2000 est, sur ce point, tout à fait claire puisqu'elle prévoit que : « ...la directive doit être modifiée afin d'imposer l'obligation de mentionner, dès l'avis de marché, la pondération relative des critères. Celle-ci peut prendre différentes formes et pour préserver une certaine souplesse, peut être exprimée en terme de fourchette à l'intérieur de laquelle se situera la valeur conférée à chaque critère » ? On peut en discuter en faisant remarquer qu'une trop grande transparence dans le mode de comparaison des offres risque de favoriser des ententes³⁶⁴ ; ce qui ne signifie pas qu'il faille renoncer à ce que les critères d'attribution ne soient ni arbitraires ni opaques.

362 - Il s'agissait principalement du prix des prestations, du coût d'utilisation, de la valeur technique et du délai d'exécution.

363 - Le nouveau code précise en effet que « d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ».



On relèvera également, dans le sens de la modernisation de la commande publique, l'entrée, quoique encore prudente, des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les marchés publics, avec une amorce de dématérialisation de l'achat public. À cet égard, l'innovation essentielle du nouveau code (art. 56) réside dans la possibilité d'une transmission électronique lorsqu'est exigé un écrit, dans l'adaptation du formalisme aux exigences des nouvelles technologies et dans la généralisation, à partir du 1^{er} janvier 2005, de la dématérialisation de la passation. À partir de cette date, aucun appel à la concurrence ne pourra plus contenir d'interdiction relative à la transmission par voie électronique des candidatures à des offres. Cela étant, on ne va pas jusqu'à la dématérialisation de l'achat public.

Sans attendre ce texte, les acteurs publics ont commencé à prendre des initiatives significatives. C'est ainsi que certaines techniques issues de la pratique commerciale ont été appliquées à la commande publique par certaines collectivités de façon à profiter au plus tôt des apports de la dématérialisation. À cet égard, un département semble avoir été précurseur et a mis en œuvre une procédure « *d'enchères électroniques inversées* » pour des fournitures (des imprimantes essentiellement) dans le cadre d'un marché négocié précédé d'une mise en concurrence. Cette expérience a permis, selon le département, de faire des économies substantielles et d'ouvrir plus largement à la concurrence ³⁶⁵.

Le nouveau code témoigne ainsi d'une approche plus réfléchie des règles de la mise en concurrence et d'une volonté de mieux prendre en compte l'apport du droit de la concurrence dans cette commande publique.

Pour autant, des ambiguïtés subsistent. Une première réside dans l'esprit même de la mise en concurrence en matière de marchés publics. La réglementation est encore trop conçue comme si les risques à prévenir ne pouvaient surgir que du côté des collectivités publiques. Une seconde réside dans les hésitations entre exigence de transparence et souci de souplesse et d'efficacité. Il est en effet frappant de voir à quel point pèsent encore des contraintes très fortes sur la commande publique limitant considérablement la marge de manœuvre des décideurs et en définitive l'efficacité de l'achat public. C'est un peu comme si on faisait expier aux décideurs publics le péché originel supposé d'une incapacité à négocier, voire d'une malhonnêteté foncière.

Comme le rappelle l'Inspection générale des finances dans son rapport d'analyse comparative des pratiques de l'achat public, « *la place de la négociation reste encore à définir en matière d'achat public* ». L'Inspection générale ajoute que « *la négociation est en effet souvent conçue comme exclusive d'une procédure formalisée de marché et les soupçons qu'elle fait naître en réduisent pour l'essentiel l'utilisation aux achats de montant modeste. Or pour la conception des projets les plus complexes ou les plus innovants, ou pour obtenir les meilleures conditions de la part d'un fournisseur, elle peut s'avérer un outil irremplaçable ; contrairement à une opinion répandue, négoc-*

364 - Cons. Conc. Avis 00A23 du 24 octobre 2000.

365 - Voir de façon générale sur le sujet H. Haenel : « La mise en concurrence électronique sera accessible à tous », *MTPB*, 11 août 2000, p. 44 ; « Marché : des enchères sur internet », *Gaz. des Comm.*, 29 janvier 2001, p. 28.

ciation n'est pas synonyme d'absence de règles et de corruption. La recherche de l'efficacité, qui s'accommode mal du risque de tels dérapages, l'encadre au contraire de manière très stricte, dans un double objectif de transparence et de contrôle ». Le rapport observe encore que « si les procédures de marché public ont longtemps reposé sur la fiction d'une mise en concurrence de fournisseurs potentiels sur la base d'une commande prédéfinie, tous les acheteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître le caractère obsolète et irréaliste de la conception selon laquelle la puissance publique connaît toujours, d'emblée, ses besoins et la solution qui y répond le mieux ».

Le point d'équilibre n'a donc toujours pas été vraiment trouvé entre la réglementation nécessaire pour encadrer la gestion de l'achat public et la souplesse indispensable pour permettre à la commande publique de jouer son rôle de stimulant de la concurrence. Le droit de la commande publique n'est pas encore ce vêtement ample et souple permettant aux décideurs publics de se mouvoir utilement et dans la sécurité pour obtenir la meilleure efficacité économique de l'achat public, mais demeure pour partie une armature passablement lourde et paralysante. On a relevé au demeurant qu'il permettait encore mal d'appréhender les différentes situations rencontrées par les décideurs publics dans leurs relations avec leurs partenaires publics et privés. C'est pourtant un domaine clef de la réforme de l'État. La refonte des directives européennes sera une occasion pour la France de remettre l'ouvrage sur le chantier dans cet objectif.

Il paraît souhaitable, en outre, de donner suite à la proposition d'aménagement du régime du délit de favoritisme, formulée dans le rapport remis au Garde des Sceaux en 1999, par le groupe de travail constitué à la demande de ce dernier, au sujet de la responsabilité pénale des décideurs publics³⁶⁶. Le rapport a en effet relevé qu'a été développée une conception quasiment objective de ce délit, l'absence d'intention frauduleuse étant regardée comme sans incidence sur la commission du délit, si bien que la seule violation d'une règle dépourvue d'ambiguïté suffit à établir les manquements et que les décideurs publics peuvent dès lors se trouver incriminés en cas de simple erreur matérielle. Il a dès lors proposé que les sanctions soient atténuées à l'égard des décideurs de bonne foi dont les services ont commis une simple erreur et même que soient déclassés en contraventions les manquements relatifs à des marchés restés en-deçà d'un certain seuil. Cette proposition reste d'actualité, car le régime actuel du délit de favoritisme peut conduire les décideurs publics à se préoccuper bien davantage d'éviter toute irrégularité de procédure que de l'efficacité économique de leur politique d'achat public.

366 - Rapport du groupe de travail présidé par Jean Massot, *La responsabilité pénale des décideurs publics*, rapport au Garde des Sceaux, coll. « Rapports officiels », La Documentation française, 2000.



Troisième partie

La conciliation du fonctionnement concurrentiel des marchés et de l'exercice, par les personnes publiques, de leurs prérogatives

Il est clair que ni les règles du traité instituant la Communauté européenne relatives à la concurrence et au marché intérieur, ni les dispositions du Code de commerce issues de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'ont pour objet de restreindre les compétences propres de l'État et des collectivités territoriales. La notion de puissance publique, avec les prérogatives et les sujétions qu'elle implique, reste, aujourd'hui comme hier, indispensable à la structuration de la vie économique et sociale. Elle en est le fondement même.

Cela signifie d'abord que, comme on l'a déjà vu, les missions régaliennes (de justice, de sécurité publique, de protection de l'environnement...) et les missions d'organisation de la solidarité nationale sont hors du champ d'application du droit communautaire et interne de la concurrence ; ces missions ne sont pas, par nature, des activités économiques et les collectivités qui les assument ne sont en aucun cas qualifiables d'entreprises au titre de l'accomplissement de ces missions. Si, en droit interne, le Conseil d'État a admis, allant en cela au-delà des exigences du droit communautaire, d'intégrer les règles de la concurrence dans le bloc de légalité qui lui sert de base pour apprécier la légalité de tout acte administratif, c'est en raison de l'unité du droit et non pour donner une quelconque portée illimitée à ces règles.

Cela signifie aussi que lorsque la personne publique agit, non pas en qualité d'opérateur économique, mais de puissance publique et que son intervention, à ce titre, est susceptible d'affecter des activités entrant dans le champ d'application du droit de la concurrence, l'objectif du fonctionnement concurrentiel des marchés ne saurait être le seul qu'elle ait à prendre en compte, parce que l'intérêt général ne s'y réduit pas. Si l'autorité publique doit tenir compte de l'impact de ses décisions sur la concurrence et notamment du point de savoir si elles risquent de compromettre le fonctionnement concurrentiel de tel ou tel marché, pour adapter le contenu et la portée de ses décisions, il est indispensable de lui laisser, en droit, une marge d'appréciation à opérer entre impératif de la concurrence et autres impératifs.

Le fondement de l'opposabilité aux autorités publiques des règles de la concurrence résulte désormais clairement ³⁶⁷ des dispositions de l'article 4 CE

367 - Avant l'entrée en vigueur de cette définition qui résulte du traité de Maastricht, c'est sur le fondement des articles 3 sus f), 5, 85 et 86 que la Cour affirmait cette opposabilité. Voir CJCE, 16 novembre 1997, *Inno/atab*, 13 /17, Rec. p. 2115.

aux termes duquel « ... l'action des États membres et de la Communauté comporte... l'instauration d'une politique économique fondée... sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie ouverte où la concurrence est libre ». Cette opposabilité résulte également des dispositions de l'article 86 § 1 CE aux termes desquelles : « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues aux articles 12 [relatif à l'interdiction des discriminations selon la nationalité] et 81 à 89 inclus [relatifs aux règles de la concurrence] ». Encore a-t-il fallu, comme il a été déjà indiqué, l'arrêt de la CJCE, *IGAV*³⁶⁸, pour bien préciser les dispositions du traité applicables aux États au regard de celles applicables aux entreprises, ainsi que l'articulation entre les unes et les autres.

Au niveau législatif, il n'existe aucun texte de principe du même type³⁶⁹ ; l'arrêt du Conseil d'État *Million et Marais* du 23 novembre 1997 qui a décidé d'intégrer le droit interne de la concurrence dans le bloc de légalité sur la base duquel sont contrôlés les actes des autorités publiques, s'est borné, après s'être référé aux articles 7, 8 et 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, applicable encore une fois aux seules entreprises, à relever qu'il résulte de ces dispositions que les clauses d'un contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des pompes funèbres « ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 ».

C'est dans la décision postérieure du 1^{er} avril 1998, *Union hospitalière privée*³⁷⁰ que le Conseil d'État explicite le fondement de son raisonnement qui est à rechercher dans « le principe de liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986³⁷¹ ».

Cependant, le contenu de l'impératif de concurrence opposable aux autorités publiques lorsqu'elles font usage de leurs prérogatives de puissance publique est largement indéterminé ; comme on l'a écrit³⁷², « il n'existe pas... de définition de l'atteinte à la concurrence imputable à l'autorité publique, à l'encontre de la solution adoptée pour les pratiques interdites aux entreprises ».

La doctrine³⁷³ s'est efforcée, au vu d'une jurisprudence abondante, au moins en droit communautaire, d'inventorier les principales hypothèses dans

368 - CJCE, 18 juin 1975, *IGAV c/ ENCC*, Rec. p. 714.

369 - Il existe seulement diverses dispositions ponctuelles concernant tel ou tel secteur réglementé. Voir S. Blazy, *Les actes normatifs des autorités publiques et les règles de la concurrence*, n° spécial de la Gazette du Palais, consacré au 10^e anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, p. 49 et « La libre concurrence, nouvelle source de l'action administrative », Gazette du Palais, Spécial Cahier du droit de la concurrence interne et communautaire, 25 et 26 juillet 2001, p. 3.

370 - CE, 1^{er} avril 1998, *Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée*, Rec. p.114.

371 - Voir Jean-Yves Chérot, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », *AJDA*, 20 septembre 2000, p. 687.

372 - Michel Bazex, « Le droit public de la concurrence », *RFDA* juillet-août 1998, p. 781.

373 - Voir Michel Bazex, article précité.

lesquelles l'intervention de l'autorité publique est susceptible d'entraver le bon fonctionnement du marché, étant observé que si certaines sont en rapport avec le droit des pratiques anticoncurrentielles, d'autres sont plus spécifiques aux autorités publiques :

- la première est celle où l'exercice de l'autorité publique est génératrice d'une discrimination entre les entreprises opérant sur un marché, par exemple dans l'octroi de concours financiers ;
- la deuxième hypothèse est celle où l'exercice de l'autorité publique met en cause la liberté de décision des entreprises d'une manière incompatible avec le jeu de la concurrence : établissement de barrières à l'entrée sur un marché, réglementation conduisant à une « *homogénéisation* » des comportements, notamment en matière de prix... ;
- enfin, il y a tous les cas où l'exercice de l'autorité publique entraîne ou comporte violation des règles de la concurrence directement applicables aux entreprises.

L'autorité publique ne peut, en effet, méconnaître les prohibitions formulées par le droit communautaire et interne de la concurrence à l'égard des entreprises intervenant sur le marché et elle ne peut donc être la cause d'atteintes à la concurrence *a priori* imputables à l'entreprise. Ainsi lorsque l'autorité publique met l'entreprise dans une situation qui l'amène à abuser de sa position dominante (ce que l'on qualifie d'abus automatique)³⁷⁴.

Plus généralement, il est possible de dire que l'autorité publique est tenue de ne pas porter atteinte aux droits et obligations que le droit de la concurrence crée à l'égard des opérateurs sur le marché. La formule classiquement utilisée par la CJCE, en ce sens, consiste à indiquer que les règles communautaires « *imposent aux États membres de ne pas prendre ou de ne pas maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises* »³⁷⁵, par exemple des mesures incitant les entreprises à conclure une entente, en renforçant les effets, déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions et interventions économiques, ou encore favorisant un abus de position dominante.

À propos de ces règles opposables aux États, au titre de leurs obligations de ne pas porter atteinte au fonctionnement concurrentiel des marchés, un débat doctrinal s'est ouvert sur le point de savoir si l'on devait, en conséquence, qualifier ces règles de « *droit public de la concurrence* », à distinguer des règles de droit privé applicables aux entreprises. Il n'est pas question ici de rentrer dans ce débat, tout exercice de classification comportant ses limites³⁷⁶.

On notera seulement le souci du juge administratif français, que traduisent toutes les décisions qu'il a été amené à prendre sur ce sujet depuis l'arrêt

374 - CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. 1991, p. 5889 ; CE, Section, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441.

375 - CJCE, 18 juin 1998, *Commission /Italie*.

376 - Voir Georges Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », in *Mélanges Vigreux*, p 767 ; D. Truchet « Reflexions sur le droit économique public ». RDP 1980, p. 1009.



Million et Marais, d'éviter, dans son raisonnement relatif aux atteintes à la concurrence résultant de l'acte de l'autorité administrative, de développer une conception autonome des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'être mises en cause, et au contraire de procéder à une analyse économique reprenant les outils et approches habituels de la part des autorités de la concurrence³⁷⁷. Il agit de même lorsqu'il est amené à se prononcer sur les décisions prises par le ministre en matière de contrôle des concentrations. Si droit public de la concurrence il y a, c'est donc dans ces strictes limites.

L'originalité de l'intervention du juge administratif, lorsqu'il est saisi d'atteintes à la concurrence qui pourraient résulter de l'intervention de l'autorité publique, résulte davantage, par rapport à l'intervention des autorités de la concurrence saisies de pratiques anticoncurrentielles, dans la conciliation qu'il est amené à faire entre impératif de la concurrence et autres nécessités de l'activité publique. La circonstance qu'une mesure administrative ait des incidences anticoncurrentielles ne saurait en effet à elle seule entraîner son annulation, dès lors que cette mesure répond à d'autres impératifs publics.

L'exigence de conciliation entre impératif de fonctionnement concurrentiel des marchés et autres nécessités de l'action publique est, en réalité, au cœur de la problématique de l'application du droit de la concurrence aux autorités publiques. Toute la question est de savoir quel est le bon équilibre entre ces diverses exigences pesant ainsi sur l'autorité publique, comment l'atteindre et plus encore quelle est la liberté des différentes autorités publiques pour le définir. On notera que le problème ne se pose pas dans des termes foncièrement différents en application du droit communautaire ou du droit interne ; la réglementation communautaire qui vise « *une économie de marché où la concurrence est libre* » inclut également des objectifs non marchands, comme le renforcement et la cohésion économique et sociale ou la défense de l'environnement ; on verra que la Commission des Communautés européennes propose elle-même d'inclure parmi les objectifs de l'Union européenne « *la promotion du service public* ».

Le débat en France sur le sujet s'est surtout développé à propos des services publics, s'agissant de leur création, de leur financement ou de leur mode de gestion. Mais la question se pose aussi à propos d'autres prérogatives des autorités publiques susceptibles d'être affectées par l'objectif de fonctionnement concurrentiel des marchés, au titre de la réglementation économique et des aides publiques, de l'exercice du pouvoir de police ou encore de la gestion du domaine. Ces différents domaines d'intervention des autorités publiques seront examinés tour à tour.

377 - Voir conclusions Jacques-Henri Stahl sous CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, AJDA 1999, p.427 : « nous croyons qu'il nous faut prendre garde à ne pas développer en jurisprudence administrative une conception par trop autonome des notions du droit de la concurrence. S'il faut concilier la prise en considération du droit de la concurrence avec les autres intérêts publics dont l'administration à la charge, nous pensons que cette conciliation doit avoir lieu en aval et ne doit pas emprunter la voie d'une traduction administrative des concepts du droit de la concurrence... Nous vous invitons à une stricte orthodoxie dans le maniement des concepts de la concurrence... »



III-1. Prérogatives des autorités publiques en matière de services publics industriels et commerciaux et concurrence

C'est en tant qu'elles créent, organisent et financent des services publics que les collectivités publiques sont les plus fréquemment confrontées à la notion de concurrence. Et c'est en ce domaine que leurs prérogatives se sont trouvées durant les quinze dernières années, et se trouvent encore aujourd'hui, les plus affectées par les exigences de la concurrence, sous l'effet essentiellement du droit communautaire.

Il n'est besoin pour l'illustrer que d'évoquer l'obligation dans laquelle les différents États, et en particulier la France, ont été d'ouvrir à la concurrence, l'ensemble des grands services publics en réseau et d'engager un vaste mouvement de libéralisation des grands monopoles publics qui est loin d'ailleurs d'être arrivé à son terme : réseaux et services de télécommunications, transports aériens, maritimes, routiers et ferroviaires, distribution de l'électricité et du gaz, services postaux...

Les grands services publics en réseau n'ont pas été les seuls à être affectés par ce mouvement d'ouverture à la concurrence. Il n'est que de se référer aux cas soumis à la CJCE pour mesurer la variété des situations où l'exigence de concurrence a été opposée au fonctionnement d'un service public : services portuaires, centres d'insémination, services de récupération et de traitements des déchets, services des pompes funèbres...

Cette poussée des exigences de concurrence et la remise en cause qui en est résultée pour de nombreux services publics traditionnels a suscité la crainte que progressivement toute la structure sociale, largement organisée à partir d'un vaste réseau de services publics ne soit fragilisée. Le spectre d'une Europe se construisant sur la base du seul marché et ignorant les valeurs de la culture européenne a été évoqué. Il en est résulté une forte réaction des promoteurs du service public, quelquefois dit « à la française ». Ce puissant mouvement en retour ne s'est pas limité à la France et il a connu un réel impact.

Les arguments présentés alors « l'indifférence du marché à l'égard d'objectifs de solidarité et d'équité, la nécessité d'organiser des péréquations tarifaires pour assurer l'égalité devant le service public, la réponse à donner à des impératifs d'intérêt général tels que la protection de l'environnement ou l'aménagement du territoire » semblent avoir gagné, au cours des dix dernières années, l'adhésion d'une majorité de nos partenaires. Ils paraissent également avoir convaincu les instances communautaires de rechercher une conciliation plus équilibrée des objectifs de fonctionnement concurrentiel des marchés et de protection de la spécificité des missions d'intérêt général.³⁷⁸

L'avancée des positions des promoteurs d'une prise en compte des spécificités du service public, en particulier de la France, heureusement soutenues

378 - Jacques Biancarelli « Europe, services publics et intérêt général », *Cahiers de la fonction publique*, février 1999.

par certains de nos partenaires ³⁷⁹, s'est traduite d'abord par l'infléchissement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Tentée antérieurement de traiter les entreprises de services publics comme des entreprises comme les autres, la Cour de justice a, au début des années 1990, reconnu leurs spécificités ainsi que la nécessité de concilier les règles relatives à la concurrence avec les particularités de leurs missions ³⁸⁰.

Elle s'est traduite aussi par l'insertion dans le traité CE, par le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, d'un article 16, premier article de portée générale à faire référence aux services publics, ou, plus précisément, aux services d'intérêt économique général. Cet article dispose que « sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ³⁸¹ ».

La formulation de cet article procède donc du constat que la conjonction de l'article 73 qui, en matière de transports, déclare compatibles avec le traité notamment les aides qui « correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public », de l'article 86 qui prévoit que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie » et de l'article 87 relatif au régime des aides d'État ne suffisait plus à permettre la définition d'une ligne directrice générale en matière de services d'intérêt économique général. Certes, la formulation retenue est-elle particulièrement prudente voire ambiguë. Ce texte a néanmoins une portée potentielle considérable dans la mesure où il relie explicitement le bon fonctionnement de services d'intérêt général aux valeurs communes et à la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union européenne et où, par voie de conséquence, il en fait « un élément clé du modèle européen de société », comme la Commission l'a reconnu dans sa communication du 20 septembre 2000 ³⁸².

379 - L'Allemagne est actuellement très en pointe pour la défense des services publics et notamment des services publics locaux : la Commission cherche en effet à remettre en cause les privilèges dont jouissent les landesbanken, établissements publics de crédit gérés par les länder et qui bénéficient d'apports financiers et de garanties illimitées de ceux-ci. En juillet 1998, la Commission européenne a engagé des procédures contre six Landesbanken et demande à celle contrôlée par la Rhénanie du Nord-Westphalie de rembourser à son land de tutelle la somme de 808 millions d'euros au titre d'apports d'actifs regardés comme des aides d'État. L'affaire a été portée devant la CJCE en mai 2000. Le 17 juillet 2001, les autorités allemandes ont décidé d'éliminer le régime de garanties.

380 - CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Corbeau*, C- 320/91, Rec. 1993, p. I-2533 et CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente d'Almelo e.a./Energiebedrijf I. Jsselmij*, C-393/92, Rec. 1994, p. I-147.

381 - La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose à l'article 36 que « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général, tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

382 - Communication de la Commission du 20 septembre 2000, « Les services d'intérêt général en Europe », Com (2000) 580 final – JOCE , 19 janvier 2001, n° C 17, p. 4.



Cette communication est également intéressante en ce qu'elle consacre les principes de liberté des autorités publiques pour la création, l'organisation et le financement des services publics. En effet, la communication de la Commission rappelle :

– que les États membres sont les « *premiers responsables de la définition de ce qu'ils considèrent comme étant des services d'intérêt économique général* » (point 22) ;

– qu'elle « *ne s'occupe pas de savoir si les entreprises responsables de la prestation de services d'intérêt économique général devraient être publiques ou privées* » ; la neutralité, pour ce qui est de la propriété, publique ou privée, des sociétés est en effet garantie par l'article 295 CE (point 21) ;

– que le paragraphe 2 de l'article 86 CE permet que des restrictions soient imposées aux règles du traité CE, et notamment aux règles de la concurrence, afin de permettre aux services d'intérêt économique général d'accomplir les missions qui leur sont imparties (point 23).

Ces orientations ont été complétées par la Commission, à la suite de l'invitation qui lui a été faite par le Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000, « *d'assurer une plus grande prévisibilité et une sécurité juridique accrue de l'application du droit de la concurrence relatif aux services d'intérêt général* », par un rapport en date du 17 octobre 2001³⁸³ à l'intention du Conseil européen de Laeken, sur les « *services d'intérêt général* ». Ce rapport s'efforce plus particulièrement d'apporter aux pouvoirs publics des États membres « *des garanties quant à l'application des règles relatives aux aides d'État versées en compensation des obligations de service public confiées aux prestataires des services d'intérêt général* ». Plus symboliquement, il propose, dans une vision clairement positive du service public, de modifier l'article 3 du traité CE qui traite des actions que la Communauté doit conduire, en ajoutant à celles-ci, « *une contribution à la promotion des services d'intérêt général* ».

Ainsi exposée, la situation pourrait donner le sentiment que l'objectif de fonctionnement concurrentiel des marchés est en passe d'être enfin concilié avec les spécificités du service public voulues par les autorités publiques. La réalité est plus complexe³⁸⁴.

Le climat a été effectivement dépassionné grâce, comme il a été dit, à l'évolution de l'approche des autorités communautaires et grâce aussi aux travaux conduits dans les différents États, en particulier en France, pour mieux faire apparaître, par-delà les éléments polémiques, la réalité des enjeux³⁸⁵.

Mais les points sur lesquels les autorités publiques, en France, comme dans plusieurs autres États européens, continuent à nourrir des interrogations sur la réalité de leurs prérogatives en matière de services publics, restent nombreux.

383 - Com (2001) 598 et 598 final.

384 - Michele Voisset, « Les entreprises publiques en Europe », Cahiers des sciences morales et politiques, sous la direction de Roland Drago, PUF, mars 2001, p. 5.

385 - Voir en France, entre autres, le rapport au Premier ministre de la mission présidée par Renaud Denoix de Saint Marc, *Le service public*, la Documentation française, mars 1996 et le rapport d'information 2000-2001 de la délégation du Sénat pour l'Union européenne.

Ils ne concernent d'ailleurs plus majoritairement les seuls grands services publics en réseaux, pour lesquels la politique communautaire a donné lieu, secteur par secteur, à l'édiction de multiples directives très précises et dont les implications commencent maintenant à être bien comprises, à défaut d'être toujours mises en œuvre et même si se pose toujours la question de savoir jusqu'où va pouvoir conduire l'impératif de concurrence.

Ils concernent de plus en plus les services publics locaux et donc les autorités publiques locales, l'inquiétude de celles-ci ayant tout particulièrement été avivée par la proposition de règlement relatif aux transports de voyageurs, présentée par la Commission le 26 juillet 2000³⁸⁶ et qui sera évoquée plus loin.

Les préoccupations portent sur les différents volets des exigences européennes, exprimées tant par la Cour de justice des Communautés européennes que par la Commission, quant aux implications des règles de la concurrence en matière de services publics, qu'il s'agisse de leur création, de leurs modes de gestion, des droits exclusifs susceptibles d'être octroyés aux gestionnaires ou encore de leur financement³⁸⁷.

1.1. La création de services publics industriels et commerciaux

Ainsi qu'on l'a vu dans la première partie, le droit interne a depuis longtemps cherché à identifier les cas dans lesquels le principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'était pas de nature à faire obstacle à la création de services publics, et notamment de services publics industriels et commerciaux.

En droit communautaire, l'encadrement porte en particulier sur l'intérêt général justifiant la création du service public. Pour qualifier une activité d'intérêt général, la CJCE exige qu'elle corresponde à une mission spécifique. Elle se réfère à plusieurs critères : le bénéficiaire doit être la collectivité prise dans son ensemble de façon indéterminée ; l'activité doit avoir été confiée de manière expresse, par un acte juridique, à l'organisme concerné, ce qui témoigne de l'intention de l'autorité publique que l'activité soit gérée en service public³⁸⁸ ; les mécanismes du marché ne permettent pas d'assurer une fourniture aussi satisfaisante des services attendus, notamment s'agissant de garantir un service ininterrompu sur l'intégralité du territoire concédé à tous les consommateurs ; l'universalité et la continuité de l'offre apparaissent ainsi comme des caractéristiques essentielles des services d'intérêt économique général. La circonstance qui déclenche l'applicabilité de l'article 86 § 2 ne se

386 - Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, Com (2000) 7 final du 26 juillet 2000.

387 - Voir Koen Lenaerts, *Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire*.
388 - CJCE, 21 mars 1974, *BRT/SABAM*, 127/73, Rec. 1974, p. 51 ; 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen e.a./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren wettbewerbs*, 66/86, Rec. 1989, p. 803 ; 23 octobre 1997, *Commission/ France*, C- 159/94, Rec. 1997, p I-5815.

rapporte donc pas aux spécificités propres de l'entreprise en cause, mais à celles du service que celle-ci est obligée de fournir dans l'intérêt public.

La Commission, dans sa communication du 20 septembre 2000 précitée sur les services d'intérêt général raisonne par secteurs. Elle énumère ainsi des secteurs où se justifie pleinement selon elle des services d'intérêt général (protection de l'environnement, certaines politiques sociales, telles que la prise en charge des personnes handicapées ou à bas revenus ou encore la couverture territoriale par les services essentiels). On regrettera que la vocation du service public y soit aussi strictement sectorisée. Il résulte en effet clairement de la lecture des articles 86 et 295 du traité qu'il appartient aux seuls États membres de définir le périmètre de leur secteur public et de choisir le mode d'exercice approprié des missions de service public, qu'ils considèrent essentielles pour la conduite de leur action. Bien évidemment, une fois ce choix effectué, il incombe aux services en cause de respecter les règles pertinentes du traité.

L'ambiguïté apparente du discours tient sans doute en partie au fait qu'au sein des services d'intérêt général, seuls les services d'intérêt économique général, c'est-à-dire, « *les activités des services marchands remplissant des missions d'intérêt général et soumises, de ce fait par les États membres à des obligations de service public* » sont actuellement encore visés explicitement par le traité CE.

1.2. Le choix du mode de gestion

Le droit communautaire pose un principe de liberté de la personne publique pour choisir le mode d'organisation, internalisé ou non, du service public, comme il résulte de l'article 295 CE, déjà cité, dont les dispositions ont été interprétées comme laissant à la discrétion de la personne publique le choix de fournir elle-même le service d'intérêt général ou de confier à une personne privée le soin de délivrer ce service. Aucun mode d'exercice du service d'intérêt économique général n'est donc imposé par le traité.

En cela le droit communautaire rejoint le droit national, qui laisse toute latitude à la personne publique quant au choix du mode de gestion d'un service public industriel et commercial : régie, gestion par un établissement public (si du moins la catégorie a été créée par la loi) ou délégation du service public à une personne privée. Il faut noter qu'en revanche, s'agissant de services publics administratifs, la liberté de choix du mode de gestion est restreinte par le droit interne ; certaines missions ne peuvent en effet être déléguées à des opérateurs privés. Tel est le cas, par exemple, de la police administrative³⁸⁹.

En droit communautaire, la restriction risque de porter plutôt sur la possibilité, pour les personnes publiques, d'assurer elles-mêmes la prestation de certains services marchands. En effet, la communication interprétative

389 - CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, Rec. p.595 ; 29 décembre 1991, *Commune d'Ostrécourt*, n° 170606.

précitée de la Commission laisse assez clairement entendre que les entreprises privées sont, par nature, mieux à même que les collectivités publiques de satisfaire certains besoins. Le recours à la délégation de service public semble donc encouragé par les instances communautaires parce que cette externalisation permet une mise en concurrence des opérateurs potentiels.

Cette orientation s'est concrétisée le 26 juillet 2000 avec la proposition de la Commission de règlement relatif aux transports de voyageurs³⁹⁰, qui a soulevé une grande émotion de la part de toutes les autorités publiques, dont beaucoup sont gestionnaires de réseaux de transports de voyageurs, notamment urbains.

Il est notable que la Commission s'intéresse ici à un secteur qui était jusqu'à présent, sauf exception, considéré comme insusceptible d'affecter les échanges intra-communautaires et qui était donc exclu du champ d'application du droit communautaire de la concurrence. L'initiative est justifiée par le fait que *« l'émergence d'opérateurs internationaux fait que l'organisation des marchés de fourniture de transports publics – et, en particulier, ses répercussions potentielles sur les échanges entre États membres – intéresse directement la Communauté »*. Après cette justification, la Commission suggère, dans l'article 5 de la proposition, que le transport public urbain soit exercé sous la forme de contrats de service public ; le recours à la régie est donc en principe écarté. L'article 6 prévoit ensuite que le mode d'attribution normal doit être l'appel d'offres (sauf exception, la liberté du concédant quant au mode d'attribution disparaît). Enfin, l'article 10 indique les conditions dans lesquelles une indemnisation des dépenses engagées pour satisfaire aux exigences de service public peut être accordée (l'aide publique est strictement encadrée).

Cette préconisation du mode de gestion de ce type de service public ne devrait en réalité affecter les autorités publiques françaises que de façon limitée, car en la matière le mode de gestion dominant est d'ores et déjà la concession. Elle est par ailleurs porteuse, pour les entreprises publiques françaises, d'intéressantes perspectives d'implantations complémentaires à l'étranger. C'est dire qu'elle appelle une appréciation dénuée de tout *a priori* négatif. Tel est le sens de l'avis adopté en avril 2001 par le Conseil économique et social sur le thème plus général de la *« maîtrise des réseaux urbains »*³⁹¹. Cette haute instance aborde le sujet en relevant qu'il y a lieu de *« prendre en compte l'émergence en matière de services urbains en réseaux d'un véritable marché concurrentiel des services urbains à l'échelon européen et mondial »*.

Certes aussi, et les plus fervents adeptes du service public *« à la française »* le reconnaissent, la régie a des limites, en termes de productivité (elle bénéd-

390 - Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, Com (2000) 7 final du 26 juillet 2000.

391 - *« La maîtrise des services publics urbains organisés en réseau »*, avis du Conseil économique et social, présenté par Claude Martinand, rapporteur, au nom de la Section du Cadre de vie, J.O. 3 mai 2001.



ficie plus difficilement d'effets d'échelle), de capacité de recherche, de souplesse de gestion du personnel ou simplement de changements de dirigeants...

Pour autant, les autorités publiques locales ne peuvent que relever que, pour la première fois, il est fait entorse à leur liberté de choix du mode de gestion, alors que jusqu'ici seuls les grands services publics en réseaux avaient fait l'objet d'obligations en la matière. Le Conseil économique et social souligne au surplus, dans le même sens, « *l'unité de la problématique* » relative aux services publics urbains en réseaux (eau, déchets, énergie, déplacements, communication). Il est de ce fait délicat de promouvoir une approche sectorisée. Le Conseil économique et social a pour sa part formulé dix propositions pour une maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux tendant, notamment, à réunir les conditions effectives du libre choix par les élus du mode de gestion de leurs services publics et de la réversibilité de ce choix en soutenant des réseaux de compétence et d'expertise, tant pour les élus que pour leurs services administratifs et techniques, en vue de compenser l'asymétrie d'information et le déséquilibre du rapport de forces avec les grands opérateurs publics et privés. Cette approche mérite, d'autant plus d'être soutenue que la gestion déléguée atteint déjà 80 % pour l'eau, 60 % pour l'assainissement et 50 % pour les déchets. La nouvelle géométrie de l'action publique locale doit donc intégrer les grandes entreprises de services urbains.

1.3. L'attribution de droits exclusifs ou spéciaux

L'article 86 CE dispose que : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité [...]. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté* ³⁹² ».

Même si cet article du traité ne concerne pas que les services d'intérêt économique général ³⁹³, il est certainement un de ceux qui ont entraîné le plus de débats, le plus de contentieux et celui sur lequel se concentre le plus l'atten-

392 - Le paragraphe 3 de l'article 86 donne une compétence spécifique à la Commission européenne pour veiller à l'application de cet article en adoptant au besoin des directives ou des décisions.

393 - Des droits exclusifs peuvent être octroyés pour d'autres interventions que la gestion des services d'intérêt économique ; ainsi des licences de recherche minière ou de la détermination limitative des établissements bancaires habilités à bonifier certains prêts ; par ailleurs la création de monopoles pour des services publics de nature non économique est toujours possible ; CJCE, 17 février 1993, *Poncet et Pistre/AGF et Cancava*, C-159/91 et C-160/91, Rec. 1993, p I-637, même si dans l'exercice de leurs missions ces monopoles doivent respecter les grandes libertés consacrées par le traité ; CJCE, 28 avril 1998, *Kohll/Union des caisses de maladie*, C-158/96, Rec. 1998 p I-1931.

tion des spécialistes et des autorités publiques³⁹⁴. Il y a en effet un lien très fort entre service public et droits exclusifs et, à tout le moins droits spéciaux.

La notion de droits exclusifs recouvre en partie celle de monopole, sans lui être nécessairement assimilable, selon les caractéristiques du marché en cause. L'atteinte aux règles de la concurrence est alors flagrante. Les droits spéciaux, pour leur part, constituent des avantages conférés à une ou plusieurs entreprises qui, sans les placer en situation de droits exclusifs, leur permet de limiter la capacité concurrentielle des autres opérateurs intervenant sur le même marché. L'atteinte à la concurrence, moins visible que dans le cas des droits exclusifs, n'en est pas moins caractérisée.

Le traité, tel qu'interprété par la Cour de justice, autorise pourtant de telles atteintes³⁹⁵. Mais ces dernières ne sont permises qu'en dernier recours et sous certaines conditions très strictes, de nécessité, de proportionnalité, de mode d'attribution...

1.3.1. Les principes de nécessité et de proportionnalité

L'attribution de droits exclusifs et spéciaux doit d'abord être **nécessaire** au regard de la mission confiée et limitée à ce qui est nécessaire selon le **principe de proportionnalité**.

Ces règles ressortent de l'article 86 CE dont le paragraphe 2 prévoit que les règles du traité, et notamment celles relatives à la concurrence, ne peuvent être écartées que dans la limite où ces règles font obstacle à l'accomplissement de la mission de service d'intérêt économique général.

Dans sa communication du 20 septembre 2000 précitée, la Commission souligne que l'exécution d'un service d'intérêt économique général peut être réalisée sans recours aux droits exclusifs ou spéciaux. Elle suggère ainsi que les pouvoirs publics imposent des obligations de service public à l'ensemble des opérateurs d'un marché donné. À défaut, elle indique que ces obligations de service public pourraient être prises en charge par un ou du moins un nombre limité d'opérateurs, mais financées par l'ensemble des intervenants sur le marché par l'intermédiaire d'un fonds pour le service public (fonds abondé par l'ensemble des opérateurs à proportion de leur activité sur le marché). Ces deux solutions permettent qu'un service public soit rendu aux usagers, sans que le fonctionnement concurrentiel des marchés en soit pour autant affecté. Toutefois, il faut se demander si le « *service universel* » que certains opérateurs seraient tenus de fournir ne se réduit pas à un service public « *au rabais* ».

Certes, en définissant le service universel comme un ensemble de services indispensables au lien social ou au respect des libertés fondamentales qu'il est nécessaire de fournir à tous à un prix abordable, la notion communautaire de

394 - Voir Pierre Delvolvé, *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence, quel avenir pour les entreprises publiques ?* PUF, précité.

395 - CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, 155/73, Rec. 1974 p. 409 ; 18 juin 1991, *ERT/DEP*, C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925.



service universel prend en compte le fait que le marché ne peut à lui seul créer ce lien et ces libertés.

Toutefois la communication de la Commission européenne du 20 septembre 2000 reste fondamentalement ambiguë sur la portée de cette notion de service universel : s'agit-il d'inviter les États membres à réduire le champ des prestations de service marchandes, qu'il entrerait dans leur mission d'organiser selon les principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité ? S'agit-il seulement de garantir que l'ouverture à la concurrence des monopoles publics n'aboutisse pas à la disparition de toute offre à un prix abordable dans certaines zones géographiques pour certains types de services, autrement dit de protéger les « *clients privés* » par rapport aux « *clients professionnels* » ?

Il convient à cet égard de rappeler deux données économiques essentielles : d'une part, la nécessité de lourds investissements dans les services de base comme les transports, l'énergie ou les communications qui sont générateurs d'économies d'échelle, mais n'ont de rentabilité qu'à long terme, peut justifier l'existence de monopoles ou, en tout cas de droits spéciaux ou exclusifs d'une durée significative ; d'autre part, l'objectif de solidarité ne peut être atteint que par une obligation de péréquation tarifaire ou un mécanisme d'aide d'État.

Qu'ils soient gérés par des entreprises privées ou publiques, les services d'intérêt économique général sont nécessairement confrontés à cette réalité qui est la raison d'être même de leur existence.

Dans sa vigilance à l'égard de l'attribution de droits exclusifs, la Commission indique aussi, dans la même communication, que le recours au monopole se justifie lorsque le service ne peut être fourni par une pluralité de prestataires. Elle semble reprendre ainsi à son compte la théorie économique du monopole « *naturel* », qui veut que certaines activités, notamment quand elles nécessitent de très lourds investissements initiaux qu'il serait anti-économique de dupliquer, ne peuvent être gérées rationnellement que si elles sont réservées à un unique opérateur. *A contrario*, les autorités publiques peuvent logiquement en déduire que la Commission considère comme *a priori* d'une légitimité douteuse tout monopole qui ne répond pas à cette définition économique du monopole naturel.

La jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice des Communautés européennes est également exigeante en matière de droits exclusifs. La Cour vérifie en effet que l'existence de tels droits est justifiée par les spécificités de la mission d'intérêt général. Lorsque cette mission peut être réalisée sans recours à l'attribution de droits exclusifs, celle-ci est considérée comme non indispensable, ou, en tout cas, comme disproportionnée. Le paragraphe 2 de l'article 86 CE ne peut donc être invoqué pour justifier l'octroi de droits exclusifs à une « *entreprise* » que « *dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits [...]* »³⁹⁶. Dans l'affaire *Corbeau* du 19 mai 1993, déjà citée, la Cour de justice a ainsi admis, compte tenu des nécessités de la

396 - CJCE, 23 octobre 1997, *Commission /France*, C-159/94, Rec. 1997, p. I-5815.

mission de service d'intérêt général, et notamment de l'importance d'un maillage fin du territoire, que la Régie des postes belges jouisse d'un monopole pour la distribution du courrier ordinaire afin d'assurer la satisfaction de tous les usagers, y compris ceux habitant dans les « *écarts* » et s'opposer ainsi à « *l'écremage* » du service public par des entreprises privées. En revanche, elle a considéré que les services spéciaux (messagerie, services rapides) ne justifiaient pas l'existence d'un monopole. De la même façon, c'est après avoir énuméré les spécificités de la mission – exigence de continuité et d'universalité du service, fourniture de ce service à bas prix – que la Cour a admis que l'activité de production d'énergie pouvait justifier certaines atteintes aux règles de la concurrence³⁹⁷. Il faut noter enfin que la Cour de justice pourra considérer comme non proportionnée l'attribution d'un droit exclusif pendant une période trop longue : « *la durée de la concession doit être fixée de manière à ne pas restreindre la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis* »³⁹⁸.

Une certaine évolution de la position de la Cour peut toutefois être relevée quant à l'appréciation de la nécessité d'écarter les règles de la concurrence par l'octroi de droits exclusifs pour permettre l'exercice de la mission :

– d'une part, elle a substitué, à une approche de nécessité quasi absolue de la dérogation, une simple nécessité relative. Dans un arrêt *Commission/France* du 23 octobre 1997³⁹⁹, concernant les anciens monopoles d'importation et d'exportation de GDF et EDF, la Cour a jugé que la dérogation aux règles de la concurrence est possible lorsque l'application des règles de la concurrence empêche l'entreprise d'accomplir sa mission dans des « *conditions économiquement acceptables* » ; dans son attendu 59, la Cour précise « *que, pour que les règles ne soient pas applicables à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général, en vertu de l'article 86 § 2 du traité, il suffit que l'application de ces règles fasse échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent à cette entreprise. Il n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée*⁴⁰⁰ ». La Cour est allée encore plus loin dans sa décision *FFAD*⁴⁰¹ du 23 mai 2000 sus-évoquée, en admettant qu'afin de résoudre un problème d'environnement résultant de l'absence de capacité de traitement des déchets de chantier non dangereux destinés à être valorisés, un commune pouvait juger nécessaire d'intéresser un nombre limité d'entreprises spécialement choisies à la création d'un centre de grande capacité et, afin d'assurer la rentabilité de ce centre, leur octroyer l'exclusivité du traitement desdits déchets dans la zone concernée. Cette décision récente de la CJCE, dans la ligne de l'assouplissement de la juris-

397 - CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente d'Almelo e.a./Energiebedrijf I.Jsselmij*, C-393/92, Rec. 1994, p I-147.

398 - CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, 15/83, Rec. 1984, p. 2171.

399 - CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/France*, C-159/94, Rec. 1997, p. I-5815 ; CJEG, 1998, p. 43 avec note P. Lombard, p. 55.

400 - Voir dans le même sens, CJCE, 17 mai 2001, *TNT-Traco*, C-340/99, Rec. 2001, p. I-4109 : « *il n'est pas nécessaire que l'équilibre financier ou la viabilité de l'entreprise soit menacé* ».

401 - CJCE, 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten Grus (FFAD)*, C-209/91, Rec. 2000, p I-3743, concl. P. Léger.



prudence antérieure sur les services d'intérêt économique général, est particulièrement intéressante car elle est, sur ce point précis, contraire aux conclusions de l'avocat général qui estimait que des raisons strictement économiques ne pouvaient justifier une restriction à la concurrence ;

– d'autre part, elle a équilibré les obligations relatives à la charge de la preuve, en précisant que s'il incombe à l'État membre ou à l'entreprise qui en invoque le bénéfice de prouver que les conditions d'application de l'article 86 § 2 sont remplies, il appartient cependant à la Commission, lorsqu'elle allègue un manquement, d'apporter tous les éléments nécessaires à la vérification de l'existence de ce manquement⁴⁰². De même, la Cour a écarté une demande de la Commission tendant à ce que l'autorité qui a octroyé un droit exclusif « *démontre de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable[...] ne puisse permettre d'assurer l'accomplissement des missions dans les mêmes conditions* »⁴⁰³.

1.3.2. L'obligation de ne pas placer les entreprises auxquelles sont octroyés des droits exclusifs ou spéciaux dans une situation où elles méconnaîtraient le droit de la concurrence

Lorsqu'elles octroient des droits exclusifs ou spéciaux, sur la base de l'article 86 CE, les autorités publiques doivent s'interdire toute mesure qui, par voie de « *conséquence directe* », entraînerait pour les entreprises bénéficiaires la méconnaissance du droit des pratiques anticoncurrentielles : entente ou abus de position dominante. C'est une illustration de ce qui a été indiqué plus haut, sur le fait que, bien que le droit de la concurrence ne s'applique qu'aux entreprises, ce droit est opposable aux autorités publiques par le biais de l'article 86. En pratique, le cas de l'acte induisant un abus de position dominante est le plus souvent évoqué.

Certes, le simple fait de créer une position dominante par l'octroi d'un droit exclusif n'est normalement pas incompatible avec l'article 86 CE, il n'y a infraction que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante. Ce principe a été particulièrement explicité dans l'arrêt *Centre d'insémination de la Crespelle*⁴⁰⁴, à propos du monopole détenu en France par les centres d'insémination.

Trois grands types de monopoles constitutifs d'abus de position dominante résultant directement de l'octroi de droits exclusifs ont pu être identifiés⁴⁰⁵ :
– monopoles en situation de conflit d'intérêts ; il s'agit de cas correspondants à la jurisprudence dite *ERT*⁴⁰⁶, où l'octroi de droits exclusifs, cumulé avec d'autres prérogatives du bénéficiaire, débouche sur un conflit d'intérêts : cumul

402 - CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/ Pays-Bas*, C-157/94, Rec. 1997, p. I-5699.

403 - CJCE, 23 octobre 1997, *Commission/ Italie*, C-158/94, Rec. 1997, p. I-5789.

404 - CJCE, 5 octobre 1994, *Centre d'insémination de la Crespelle/Coopérative de la Mayenne*, C-323/93, Rec. 1994, p. I-5077.

405 - Conclusions de l'avocat général Jacobs, présentées le 21 janvier 1999 dans l'affaire *Albany*, C-67-96, Rec. 1999 p. I-5751.

406 - CJCE, 18 juin 1991, *ERT/DEP*, C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925 ; 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. 1991 p. 5889 ; 12 février 1998, *Procédure pénale contre Raso e.a.* C-163/96, Rec. 1998, p. I-533.



du droit de diffuser des programmes propres à l'entreprise et du droit exclusif de retransmettre les émissions en provenance d'autres États membres dans l'affaire *ERT* ; cumul du droit exclusif de fournir de la main d'œuvre temporaire à certaines entreprises et de concurrencer les entreprises dépendant de ces services, dans l'affaire *Raso* ; le cumul du droit exclusif d'exploiter un réseau public de télécommunications et du pouvoir d'édicter des normes relatives aux appareils téléphoniques s'imposant à tous les opérateurs du marché⁴⁰⁷. On sait que, plus généralement, le fait de confier à un opérateur le soin d'être également régulateur du marché est regardé comme une attribution de droit exclusif plaçant nécessairement l'opérateur en situation d'abuser de sa position dominante ;

– monopoles incapables de répondre convenablement à la demande de produits ou de services pour lesquels ils disposent de droits exclusifs ; il s'agit des cas correspondants aux arrêts *Höfner et Elser*⁴⁰⁸ ou *Job Centre*⁴⁰⁹, où des droits exclusifs sont confiés à des organismes qui ne sont « manifestement » pas en mesure de satisfaire la demande. Tel est le cas d'un bureau de placement de cadres et de dirigeants d'entreprises manifestement sous-équipé au regard du caractère étendu et différencié du marché ;

– monopoles abusant nécessairement de leur position dominante, compte tenu de leurs règles de fonctionnement, leur permettant par exemple de facturer des services non rendus, de procéder à une facturation discriminatoire ou fonctionnant sur la base de règles contraires aux règles fondamentales du traité ou encore bénéficiant de droits exclusifs allant bien au-delà de ce qui est nécessaire. Il s'agit des cas correspondants à la jurisprudence *Merci Convenzionali Porto di Genova*⁴¹⁰ déjà citée, *Corsica Ferries*⁴¹¹ ou encore *Corbeau*⁴¹² où l'abus de position dominante peut résulter de l'octroi de droits exclusifs au-delà de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission.

C'est sur ce terrain que la jurisprudence communautaire a eu l'influence la plus visible sur la juridiction administrative française. Pendant longtemps en effet, le Conseil d'État, comme il a été indiqué dans la première partie, s'est refusé à contrôler l'activité normative des personnes publiques au regard des règles de la concurrence interdisant les ententes et les abus de position dominante. Il estimait en effet que de telles règles, s'adressant aux seules « entreprises » (champ d'application des articles 81 et 82 CE) ou du moins aux seules « activités de production, de distribution ou de services » (champ d'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce) étaient inopérantes, dirigées contre l'activité normative des personnes publiques⁴¹³.

407 - CJCE, 13 décembre 1991, *RTT/GB-Inmo-BM*, C-18/88, Rec. 1991, p I-59.

408 - CJCE, 13 décembre 1991, *Höfner et Elser/Macroton*, C-41/90, Rec. 1991, p I-1979.

409 - CJCE, 11 décembre 1997, *Job Centre*, C-55/96, Rec. 1997, p I-7119.

410 - CJCE, 10 novembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli*, C-179/90, Rec. 1991, p 5889.

411 - CJCE, 17 mai 1993, *Corsica Ferries/Corpo dei piloti del porto di Genova*, C-18/93, Rec. 1994, p I-1783.

412 - CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993, p I-2533.

413 - Voir CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, Rec. p. 225 s'agissant de la décision de déléguer un service public ou 29 juillet 1994, *CAMIF*, Rec. p. 365, s'agissant d'un décret organisant le statut et le fonctionnement du service des achats publics.

Mais le Conseil d'État a accepté à partir des années 1996 et 1997 de reconnaître le caractère opérant des moyens tirés de la violation du droit de la concurrence, national et communautaire, à l'encontre d'actes pris par les personnes publiques dans leur activité normative. Le premier pas a été franchi avec la décision *Fédération française des sociétés d'assurance* ⁴¹⁴. Par cette décision, qui faisait suite à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes, le Conseil d'État a en effet jugé qu'un décret confiant à la caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole l'exclusivité de la gestion d'un régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse bénéficiant d'un avantage fiscal était contraire aux dispositions combinées des articles 82 et 86 CE en ce qu'il conduit nécessairement la caisse à abuser de la position dominante qui lui est conférée ⁴¹⁵. L'intégration au bloc de légalité du droit national de la concurrence résultant de l'ordonnance de 1986 a rapidement suivi : par la décision *Million et Marais* du 3 novembre 1997 précitée, le Conseil d'État a en effet considéré qu'était opérant le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce relatif aux abus de position dominante dirigé contre un contrat de concession de service extérieur des pompes funèbres.

Le droit de la concurrence *stricto sensu* – interdiction des pratiques anti-concurrentielles – est donc désormais opposable aux actes des personnes publiques. Tout acte d'organisation du service public ou tout octroi de droit exclusif est désormais susceptible d'être censuré par le juge administratif non seulement au motif qu'il serait contraire à la liberté du commerce et de l'industrie mais également en ce qu'il placerait l'opérateur chargé de la gestion d'un service public en situation d'adopter nécessairement des pratiques anti-concurrentielles.

L'article L. 420-4 du Code de commerce, qui dispose que sont exclues des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 dudit code « *les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application* », aurait pu être un moyen de limiter la soumission des actes de la personne publique aux règles nationales de la concurrence. Mais cet article, comme on l'a déjà indiqué, a été interprété de façon très restrictive par le Conseil de la concurrence et il ne semble pas que le Conseil d'État ait cherché à en faire un usage plus audacieux. En outre, il n'existe pas d'équivalent de cet article en droit communautaire. Dans l'arrêt *Bodson* du 4 mai 1988 ⁴¹⁶, la Cour de justice des Communautés européennes a en effet jugé que « *l'application de l'article 86 n'est pas exclue par le fait que l'absence ou la limitation de la concurrence est favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Conférer une large portée à l'article L.420-4 du Code de commerce ne serait donc pas de nature à régler la question des effets du droit communautaire de la concurrence.

414 - CE, 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec. p. 441.

415 - Pour des cas où les moyens tirés de la violation des articles 81 et 82 du TCE ont été reconnus opérants mais non fondés : 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, Rec. p. 491 ou 26 mars 1997, *Association française des banques*, Rec. p. 110.

416 - CJCE, 4 mai 1988, *Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*, 30/87, Rec. 1988, p. 2479.

1.3.3 – Les modalités d’attribution de ces droits exclusifs et spéciaux

Il convient enfin de rappeler, ce qui a été traité dans la deuxième partie, que dans les modalités d’octroi de droits exclusifs ou spéciaux, les autorités publiques sont tenues de respecter certaines règles, que ce soit en vertu du droit interne régissant les délégations de services publics, ou au regard du droit communautaire, dans la ligne des principes énumérés par la Commission dans sa communication interprétative sur les concessions du 12 avril 2000 : égalité de traitement, transparence et publicité, reconnaissance mutuelle ...

1.4. Le financement du service public

Le problème le plus crucial de l’équilibre concurrence-service public est peut-être aujourd’hui celui du financement du service public, tant la Commission est vigilante à cet égard et tant elle craint un « *sur-financement* » par les autorités publiques des services d’intérêt économique général, permettant aux entreprises qui en ont la charge une concurrence irrégulière sur d’autres marchés, notamment au travers d’aides aux activités concurrentielles qualifiées alors d’aides d’État. Ce thème est en tout cas au centre du rapport du 17 octobre 2001 de la Commission sur les services d’intérêt général ⁴¹⁷, à l’intention du Conseil européen de Laeken, lequel, dans sa déclaration finale a encouragé la Commission à établir le cadre d’orientation annoncé dans sa communication.

En l’état actuel du droit communautaire, le principe de la compensation, au bénéfice du gestionnaire d’un service d’intérêt économique général, des surcoûts liés à l’accomplissement de la mission de service public ne soulève pas débat : la compensation est regardée comme allant de soi. Encore faut-il que « *l’aide s’avère nécessaire pour que l’entreprise (en cause) puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d’équilibre financier* ⁴¹⁸ ». La jurisprudence précise que « *l’appréciation quant à la nécessité de l’aide, implique une évaluation globale des conditions économiques dans lesquelles l’entreprise en question accomplit les activités relevant du secteur réservé, sans tenir compte des éventuels bénéfices qu’elle peut tirer des secteurs ouverts à la concurrence* ⁴¹⁹ ».

La Commission ne manque toutefois pas de souligner que souvent « *les services d’intérêt général devraient être capables de remplir leur mission dans des conditions d’équilibre financier* », donc sans compensation.

En principe également, il y a une certaine liberté pour les autorités publiques, quant au moyen d’assurer la compensation des surcoûts dûs au service public.

417 - Com (2001) 598 et 598 final.

418 - TPI, 27 février 1997, *Fédération française des sociétés d’assurance (FFSA) e.a./ Commission*, T-106/95, Rec. 1997, p II-229 ; confirmée par la CJCE, ordonnance du 25 mars 1998, *FFSA e.a./Commission*, C-174/97, Rec. 1998, p I-1303.

419 - TPI, 27 février 1997, *FFSA* précitée.



Ce peut être l'octroi de droits exclusifs suffisamment larges, pour qu'il y ait compensation entre des activités bénéficiaires et des activités déficitaires ; c'est l'hypothèse de l'arrêt *Corbeau*⁴²⁰ par lequel la Cour de justice des Communautés européennes admet « une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables » et justifie dès lors « une limitation de la concurrence de la part des entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables ».

Ce peut être des subventions, un traitement fiscal préférentiel, l'allègement de cotisations sociales... Le financement peut être budgétaire ou provenir d'une compensation entre les opérateurs intervenant sur le marché concerné, dans le cadre par exemple d'un fonds de financement du service public ; c'est la solution retenue en France en matière de télécommunications ; la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications a créé un Fonds de service universel des télécommunications, auquel contribuent toutes les entreprises exploitant des réseaux publics de télécommunications. La même solution a été retenue en matière d'électricité : la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a créé un Fonds du service public de l'électricité, alimenté par l'ensemble des producteurs d'électricité. Dans le domaine postal, la directive du 15 décembre 1997⁴²¹ prévoit la possibilité d'imposer aux opérateurs commerciaux de contribuer à un fonds de compensation, mais cette faculté n'a pas été mise à profit par la France. Le financement des obligations de service public peut également provenir des usagers ; c'est la formule retenue en matière de transports aériens avec le fonds de péréquation des transports aériens, prévu par le règlement communautaire n°2408/92 du Conseil du 23 juillet 1992⁴²² et mis en oeuvre par la loi n° 95-116 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

Dans l'affaire *TNT-Traco* du 17 mai 2001⁴²³, la Cour de justice des Communautés européennes a admis le financement du service universel postal assumé par la poste italienne, par un droit postal mis à la charge des entreprises fournissant des services de courrier ne relevant pas du service universel, équivalent à la taxe d'affranchissement normalement due pour le service de base, sans que la poste italienne ne fournisse un service quelconque à ces entreprises. La Cour a toutefois précisé que la poste italienne devait elle-même payer ce droit lorsqu'elle fournissait un service courrier ne relevant pas du service universel.

Les orientations récentes de la Commission semblent toutefois manifester une évidente préférence pour un système de compensation à caractère financier, plutôt que pour un élargissement des activités sous monopole. Plus encore, la compensation sera d'autant plus aisément admise, est-il précisé par la

420 - CJCE, 19 mai 1993, *Procédure pénale contre Corbeau*, C-320/91, Rec. 1993, p I -2533.

421 - Directive n° 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service – JOCE n° L 15 du 21 janvier 1998, p. 14.

422 - Concernant l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons aériennes intra communautaires – JOCE n° L 240 du 24 août 1992, p. 8.

423 - CJCE, 17 mai 2001, *TNT-Traco SpA/ Poste italienne*, précité.

Commission, que le service d'intérêt économique général aura été « attribué à l'issue d'une procédure équitable, transparente et non discriminatoire, en ce qui concerne les services à fournir et le montant de la compensation... dès lors que la procédure aura été réellement concurrentielle ⁴²⁴ », ce qui revient à retenir par préférence, dans la ligne de ce qui a été dit plus haut, des systèmes de délégation de service public par contrat, avec choix de l'entreprise selon une procédure se rapprochant de l'appel d'offres.

Dans tous les cas, le montant de la compensation ne doit pas dépasser celui des surcoûts.

Une question particulièrement délicate s'est trouvée soulevée à propos de ces compensations ; elle était de savoir si, même si elles ne dépassaient pas ce qui est nécessaire à la couverture des surcoûts du service public, elles devaient ou non être qualifiées d'aides d'État et si, étant ainsi qualifiées, elles devaient être préalablement notifiées à la Commission en application de l'article 88 CE. Il est rappelé que toute aide non notifiée est illégale et peut donner lieu à reversement de la part du bénéficiaire.

Pendant longtemps, la Commission a estimé que les avantages financiers accordés par les États membres, pour compenser des charges de service public, ne constituaient pas des aides d'État. La pratique de la Commission a été démentie par le TPI, dans ses arrêts du 27 février 1997, *FFSA* ⁴²⁵ et surtout du 10 mai 2000, *SIC* ⁴²⁶. Dans ce dernier arrêt relatif au financement de la télévision portugaise, le tribunal a déclaré que « la circonstance que l'avantage financier soit octroyé à une entreprise par les autorités publiques pour compenser le coût des obligations de service public prétendument assumées par ladite entreprise est sans incidence sur la qualification de cette mesure d'aide au sens de l'article 88, paragraphe 1 du traité ».

Cette jurisprudence a d'abord été confirmée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *CELF* ⁴²⁷, du 22 juin 2000, la Cour précisant que les aides couvertes par la dérogation de l'article 86, paragraphe 2 doivent faire l'objet d'une notification préalable.

Mais cette jurisprudence vient maintenant d'être profondément modifiée par la CJCE dans une décision *Ferring SA/Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)* ⁴²⁸, à propos de la taxe instituée en France par l'article 12 de la loi n° 97-1164 du 19 décembre 1997 de financement de la sécurité sociale pour 1998, sur les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques aux pharmacies, à l'exclusion des ventes effectuées par les grossistes

424 - Rapport présenté à l'intention du Conseil européen de Laeken, point 19, Com (2001) 598 et 598 final.

425 - TPI, 27 février 1997, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) e.a./ Commission*, T-106/95, Rec. 1997, p II-229 ; confirmée par la CJCE, ordonnance du 25 mars 1998, *FFSA e.a./Commission*, C-174/97, Rec. 1998, p I-1303.

426 - TPI, 10 mai 2000, *SIC / Commission*, T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125.

427 - CJCE, 22 juin 2000, *Commission / France (Coopérative d'exportation de livres français CELF)*, C-332/98, Rec. 2000, p I-4833.

428 - CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring SA/ACOSS*, C-53/00, concl. Tizzano.



répartiteurs, dans le but de rééquilibrer les conditions de concurrence entre les différents circuits de distribution du médicament.

Dans cette affaire, l'avocat général proposait à la Cour de faire une distinction intéressante entre les aides couvertes par l'article 87 qui ne peuvent être déclarées compatibles avec le traité que par la Commission, et celles qui compensent une charge de service public dans des conditions permises par l'article 86, paragraphe 2.

Il expliquait que c'est parce que la Commission a une compétence exclusive pour déclarer une aide compatible sur le fondement de l'article 87 que l'absence de notification entraîne l'illégalité de l'aide. Puisque l'article 87 n'a pas d'effet direct, le juge national ne peut pas déclarer que l'aide est compatible avec le traité. Il ne peut que constater que, puisqu'elle n'a pas été notifiée, elle n'a pas été déclarée compatible par la Commission et est donc illégale.

En revanche, l'article 86, paragraphe 2 est, lui, directement applicable. Le juge national peut donc apprécier la légalité d'une aide qui vise à compenser des charges de service public, en vérifiant que les critères fixés par la jurisprudence sont respectés. Il n'y a donc pas de raison que l'absence de notification entraîne automatiquement l'illégalité de l'aide. L'absence de notification constituerait un manquement, mais n'aurait pas de conséquences automatiques sur la légalité de l'aide.

La Cour a suivi les conclusions de son avocat général, limitant considérablement les conséquences de l'arrêt *CELF* et réduisant l'insécurité juridique qui pèse sur le financement des services d'intérêt général. Elle a expressément jugé que l'article 87 doit être interprété en ce sens qu'une mesure telle que celle prise par le Gouvernement français ... « *ne constitue une aide d'État aux grossistes répartiteurs que dans la mesure où l'avantage qu'ils tirent du non-assujettissement à la taxe ... excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations du service public qui leur sont imposées par la réglementation* ».

La Commission, dans son rapport au Conseil européen de Laeken, rappelle pour sa part les deux exceptions actuelles à l'obligation de notification : lorsque l'aide accordée est une aide « *de minimis* » satisfaisant aux conditions du règlement n° 69/2001 de la Commission du 12 janvier 2001⁴²⁹ et lorsque l'aide concerne les compensations accordées selon le régime particulier prévu en matière de transport par le règlement n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969⁴³⁰.

Pour l'avenir, la Commission entend, dans un premier temps, établir un « *cadre communautaire* » pour les aides d'État octroyées aux entreprises chargées d'assurer des services d'intérêt économique général, destiné à mieux informer les États membres sur les conditions d'autorisation de ces aides. La Commission envisage, dans un second temps, « *d'adopter un règlement exemptant certaines aides du domaine des services d'intérêt économique* ».

429 - Concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides de minimis – JOCE, n° L 10 du 13 janvier 2001, p. 30.

430 - Règlement relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de services publics dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable – JOCE, n° L 156, 28 juin 1969, p. 1.

général de l'obligation de notification préalable ». Ce pourrait être le cas, est-il indiqué, dès lors que « *l'attribution de la prestation de service d'intérêt économique général est intervenue par le biais d'une procédure d'appel d'offres équitable, transparente, non discriminatoire et concurrentielle* », ce qui est une nouvelle fois une façon pour la Commission d'essayer d'orienter vers un mode précis de gestion des services d'intérêt économique général. L'idée sous-jacente paraît être que si la procédure d'appel d'offres a porté à la fois sur les services à fournir et sur le montant de la compensation, ce montant est normalement jugé compatible avec les exigences de l'article 86 § 2 dès lors que la procédure a été réellement concurrentielle comme étant, en quelque sorte le résultat d'enchères négatives⁴³¹.

Au total, on doit relever l'importance de l'encadrement qui pèse sur les autorités publiques en matière de service public, du fait de la nécessité pour elles de ne porter atteinte à la concurrence que dans les limites strictement nécessaires à la mission de service public à assurer.

Cet encadrement s'inscrit très directement dans la ligne de l'objectif que les États membres de l'Union européenne se sont assignés de développer une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.

Diverses observations ou interrogations sur le sujet ont pu être formulées au fur et à mesure de sa présentation. L'élément critique essentiel réside certainement dans la conception du contenu même du service public. Ce dernier ne se laisse pas uniquement appréhender, comme peuvent avoir tendance à le faire les autorités européennes, au travers de prestations techniques, fussent-elles largement conçues. Il comporte également une dimension humaine majeure : ainsi, s'agissant du service postal, rien ne remplace le passage régulier, jour après jour, dans chaque localité et auprès de chaque usager, d'un agent bien identifié et appartenant à un service bien implanté sur tout le territoire. Cette seule présence est plus porteuse en elle-même de service public et de la solidarité que celui-ci exprime, que les prestations proprement dites confiées au préposé et qui seules servent à définir le service universel. C'est bien pourquoi toute approche trop technicienne du service public peut s'avérer réductrice. Il est, dès lors, souhaitable que la liberté reconnue aux États dans la définition, l'organisation et le mode de gestion des services publics soit particulièrement réaffirmée, comme la Commission en reconnaît la nécessité dans ses dernières communications interprétatives.

Le poids et l'intérêt des récentes prises de position de la Commission ne doivent en ce sens pas être sous-estimés, même si le sentiment peut apparaître quelquefois d'un tropisme majeur en faveur de la concurrence et du marché et non du service public. Encore dans ce tropisme, convient-il de faire la part de ce qui peut relever d'une sorte de jeu de rôle qui a fini par s'instituer entre les autorités communautaires et les États membres, dont la France ; les premières se sentent, plus particulièrement, pour mission de promouvoir, au nom de la construction du grand marché, la libre concurrence, tandis que les États

431 - Dans une communication publiée au JOCE du 15 novembre 2001, la Commission a exprimé sa doctrine en matière d'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État.

membres ont une tendance naturelle à défendre leur organisation et leurs conceptions traditionnelles.

En ce sens, les autorités françaises seraient certainement plus crédibles dans leur défense du service public si elles ne donnaient pas l'impression de tergiverser dans la transcription des directives qu'elles ont pourtant acceptées. Il est regrettable que le retard à transposer les directives d'ouverture des grands services publics semble s'accroître ; en matière de télécommunications pour une directive dite « *pleine concurrence* » en date du 13 mars 1996 ⁴³² la loi de transposition est intervenue dès le 26 juillet 1996 ⁴³³ ; dans le domaine de l'électricité, la date limite de transposition de la directive du 19 décembre 1996 ⁴³⁴ était le 19 février 1999, et la loi de transposition est intervenue le 10 février 2000 ⁴³⁵ ; dans le domaine du gaz, la directive est du 22 juin 1998 ⁴³⁶, la date limite de transposition est fixée au 10 août 2000 et si un projet de loi a été déposé devant l'Assemblée nationale le 17 mai 2000 ⁴³⁷, ce projet n'est pas encore inscrit à l'ordre du jour.

Dans le domaine postal, la directive est du 15 décembre 1997 ⁴³⁸ et la France avait jusqu'au 10 février 1999 pour mettre en œuvre de la directive. Diverses mesures ont été prises en ce sens. Toutefois, depuis 1999, la Commission européenne attire l'attention du Gouvernement français sur la mise en œuvre des obligations relatives à la séparation de la fonction de régulation et de l'exploitation de l'activité postale, exigée par l'article 22 de la directive. La Commission a instruit la procédure préalable à une action en manquement – c'est-à-dire de condamnation de la France pour non respect de certaines stipulations des traités communautaires – qui s'est traduite par une décision de ladite Commission, en date du 23 octobre 2001 donnant deux mois à la France pour mettre fin aux infractions constatées ⁴³⁹.

Le Gouvernement a finalement institué par décret du 21 décembre 2001 un Médiateur du service universel postal qui dispose d'un pouvoir d'avis. Cette instance constitue un vrai progrès, mais elle ne peut être que l'ébauche d'une véritable autorité de régulation, qui devra être créée par la loi.

La promotion du service public commence dans une pleine reconnaissance du cadre d'ensemble de libre concurrence dans lequel il est appelé à intervenir ; il est temps de le reconnaître.

432 - Directive n° 96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996, modifiant la directive n° 90/388/CEE en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications – JOCE, n° L 74 du 22 mars 1996, p. 13.

433 - Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, JO 27 juillet 1996, p. 11384.

434 - Directive n° 96/92/CE du Parlement et du Conseil, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité – JOCE, n° L 27, 30 janvier 1997, p. 20.

435 - Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JO 11 février 2000, p. 2143.

436 - Directive n° 98/30/CE du Parlement et du Conseil, concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel – JOCE, n° L 204, 21 juillet 1998, p. 1.

437 - Projet de loi relatif à la modernisation du service public du gaz naturel et au développement des entreprises gazières, AN n° 2396 déposé le 17 mai 2000 ; non inscrit au calendrier prévisionnel de l'ordre du jour prioritaire, établi au 15 novembre 2001.

438 - Directive n° 97/67 CE précitée.

439 - Bulletin quotidien Europe n° 8078, 25 octobre 2001.



III-2. Intervention des autorités publiques dans le fonctionnement du marché et concurrence

On a pu caractériser l'évolution qui a marqué les quinze ou vingt dernières années en matière d'intervention des autorités publiques dans l'économie, comme le passage d'une « *économie administrée* » à une « *économie régulée* » ; ces expressions ne peuvent suffire à elles seules à qualifier des situations et transformations loin d'être aussi simples⁴⁴⁰. Elles permettent toutefois de faire apparaître les principaux changements qui, du fait essentiellement de l'impératif de libre concurrence, ont affecté les prérogatives des autorités publiques en matière économique, changements qui ne sont au demeurant pas univoques : si ces prérogatives ont été étroitement encadrées en matière de réglementation des activités économiques et d'aides d'État, elles se sont trouvées affirmées en d'autres domaines, notamment par le contrôle des concentrations et plus généralement la régulation.

2.1. Les prérogatives des autorités publiques en matière de réglementation des activités économiques

Par nature, toute réglementation économique, qu'elle porte sur les modalités d'exercice des professions, le régime des prix, les caractéristiques de certains produits ou services, a une incidence sur la concurrence.

Pour autant, une telle réglementation n'est prohibée ni par le droit communautaire, ni par le droit interne de la concurrence. Le traité de Rome, comme le Code de commerce, ne comportent aucune disposition interdisant directement la réglementation des activités économiques. Les articles 81 et 82 CE ne permettent pas d'appréhender l'activité du législateur en tant que telle, mais uniquement celle des entreprises ; il en est de même des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce. Comme il a déjà été indiqué, c'est par une voie indirecte que les dispositions relatives aux pratiques anti-concurrentielles peuvent être rendues opposables aux autorités publiques, dans l'exercice de leurs prérogatives.

C'est dès lors, au regard des principes généraux et des « grandes libertés » instituées par le traité communautaire, en ce qu'ils permettent de créer les conditions d'une libre concurrence entre les opérateurs, que la réglementation économique définie par les autorités publiques se trouve contrôlée et encadrée tant en droit national que communautaire. Les contraintes nées du droit de la concurrence proprement dit n'interviennent en fait que complémentirement et de façon spécifique à certaines situations.

En droit interne, les principes généraux dont il est fait application à l'égard de la réglementation économique sont essentiellement ceux de liberté du

440 - Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 1999, Dalloz.



commerce et de l'industrie, de liberté d'entreprendre et de liberté des prix ⁴⁴¹, ainsi que celui d'égalité. C'est sur la base de ces principes que, depuis le développement de l'interventionnisme économique, le Conseil d'État contrôle les décisions de l'administration ⁴⁴² en la matière : contrôle des différences de situation pouvant justifier une inégalité de traitement ⁴⁴³ ; contrôle des raisons d'intérêt général pouvant justifier cette inégalité ⁴⁴⁴ ; contrôle des raisons justifiant le refus d'un avantage fiscal ⁴⁴⁵...

En droit communautaire, il s'agit des principes de base posés par le traité, tels que la non discrimination selon la nationalité, ainsi que des quatre grandes libertés fondatrices du marché intérieur : liberté de circulation des marchandises, liberté de circulation des travailleurs, liberté de prestations de services, liberté de circulation des capitaux.

C'est sur la base de ces principes qu'il a été jugé par la Cour de justice des Communautés européennes :

– qu'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre peut être librement commercialisé dans les autres États membres, même s'il ne répond pas à la réglementation nationale de ces derniers ⁴⁴⁶ et qu'en revanche une réglementation nationale peut toujours comporter des exigences pour les produits nationaux ⁴⁴⁷ ;

– qu'une réglementation des prix est possible, si elle est indistinctement applicable aux produits et services nationaux et à ceux en provenance des autres États membres et qu'en pratique elle ne défavorise pas l'importation de ces derniers, étant observé qu'il existe sur ce point une jurisprudence assez subtile au cas par cas ⁴⁴⁸ ;

– que les dispositions qui limitent, interdisent ou imposent certaines modalités de vente ou d'exercice d'une profession sont compatibles avec le droit communautaire, si elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et si elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits ou services nationaux et de ceux en provenance des autres États membres ⁴⁴⁹ ;

441 - Cette liberté est prévue à l'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; toutefois elle n'est pas absolue ; le Gouvernement peut réglementer des prix dans un secteur donné à la condition que la concurrence par les prix dans ce secteur soit limitée en raison, soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives et réglementaires.

442 - Voir sur ce point : Jean de Soto, « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique ». EDCE 1951 p. 64 ; J. Delmas-Marsalet, « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'État », EDCE, 1969, p. 146.

443 - CE, Assemblée, 21 octobre 1966, *Société Graciet et Cie*, Rec. p. 560 ; CE, 26 octobre 1960, *Société auxiliaire française des pétroles*, Rec. p. 557.

444 - CE, 12 novembre 1958, *Syndicat de la raffinerie de soufre française et autres*, Rec. p. 544 ; CE, 18 décembre 1985, *Legendre*, Rec. p. 380.

445 - CE, Section, 26 janvier 1968, *Société « Maison Genestal »*, Rec. p. 62 avec conclusions M. Bertrand.

446 - CJCE, 20 février 1979, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein dit Cassis de Dijon*, 120/78, Rec. 1979, p. 649.

447 - CJCE, 7 février 1984, *Jongeneel Kaas*, 237/82, Rec. 1984, p. 483.

448 - CJCE, 16 novembre 1977, *Inno/Atab*, 13/77, Rec. 1977, p. 2115 ; CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc/Au blé vert*, 229/83, Rec. 1985, p. 1 ;

449 - CJCE, 30 avril 1986, *Commission/France*, 96/85, Rec. 1986, p. 1475 ; CJCE, 24 novembre 1993, *Procédures pénales contre Keck et Mithouard*, C-267/91 et C-268/91, Rec. 1993, p. I-6097.

- que les États membres peuvent soumettre l'accès d'une profession à la possession de connaissances et qualifications particulières, sanctionnées le plus souvent par des diplômes ; toutefois, ils doivent prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres que les ressortissants d'autres États membres peuvent produire, en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et, dans certains cas, par l'expérience professionnelle des intéressés, et les connaissances et qualifications exigées par les règles nationales ; autrement dit le diplôme national ne peut être exigé, s'il y a équivalence des diplômes délivrés dans les États membres ou à défaut si des examens complémentaires ou d'autres éléments permettent de vérifier le niveau de connaissance ou de qualification requis ;
- que l'exigence d'une autorisation administrative est considérée comme *a priori* contraire aux différentes libertés, à moins qu'elle ne soit justifiée par l'une des exceptions qui vont être présentées plus loin ⁴⁵⁰.

Il convient toutefois de relever que les règles explicitées plus haut s'entendent dans les situations où un règlement ou une directive d'harmonisation communautaire ne définissent pas eux-mêmes les conditions d'exercice de l'activité en cause. Si tel est au contraire le cas, ces textes épuisent en quelque sorte la matière et les États membres n'ont plus de marges de manœuvre, sauf à ce que lesdits textes prévoient eux-mêmes de telles marges. Ainsi en est-il par exemple en matière de transports, où des obligations particulières de service public peuvent être imposées qui justifient par exemple un système d'autorisation préalable.

La CJCE a eu précisément à en juger à propos d'une activité de prestations de services de transports de cabotage maritime à l'intérieur d'un État membre. L'article 4 du règlement n° 3577/92 prévoit la possibilité d'imposer des obligations de service public pour le cabotage maritime avec des îles et entre des îles en vue d'assurer un niveau suffisant de services de transport régulier. Cela suppose d'abord de pouvoir démontrer l'existence d'un besoin réel de service public pour des trajets bien déterminés, c'est-à-dire l'insuffisance des services réguliers de transport dans les cas où la prestation de ceux-ci serait laissée aux seules forces du marché. Il convient ensuite de prouver, selon les règles habituelles en matière de services d'intérêt économique général, qu'un tel régime est nécessaire pour pouvoir imposer des obligations de service public et qu'il est proportionnel au but poursuivi, en ce sens que le même objectif ne saurait être atteint par des mesures moins restrictives de la libre prestation de services, notamment par un système de déclarations *a posteriori*. On peut l'admettre en relevant qu'il permet de contrôler préalablement l'aptitude d'un armateur à exécuter de telles obligations et de concilier leur contenu en tenant compte de sa situation particulière. Encore, faut-il qu'un tel régime ne conduise pas à un

450 - CJCE, 7 mai 1992, *Procédure pénale contre Aguirre Borell e.a.*, C-104/9, Rec. 1992, Rec. 1992, p. I-3003 ; CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou/Ministerium für Justiz, Bundes-u. Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, C-340/89, Rec. 1991, p. I-2357 ; CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, 279/80, Rec. 1981, p. 3305.



comportement discrétionnaire de l'administration, ce qui implique, d'une part, que la nature et la portée des obligations de service public à imposer au moyen d'un tel régime soient précisées à l'avance et d'autre part, que toute personne se voyant opposer un refus, dispose d'une voie de recours ⁴⁵¹.

Il paraît possible d'inférer de cet arrêt que, dans les cas où il est établi que le jeu du marché ne garantit pas qu'une prestation de services correspondant à un besoin social évident sera offerte de manière continue, les autorités nationales peuvent décider de soumettre les prestataires à un régime d'autorisation préalable conditionnée par l'acceptation d'obligations ayant pour objet de contribuer dans des conditions objectives et non discriminatoires à pallier cette carence.

Autrement dit, un régime d'autorisation préalable à l'exercice d'une activité économique peut, le cas échéant, être une technique permettant de concilier la concurrence entre opérateurs et la couverture de besoins sociaux.

Par-delà ces règles de base à caractère général, les règles tirées du droit de la concurrence peuvent, dans certaines situations, imposer aux autorités publiques des contraintes supplémentaires.

Certes, en principe, lorsque les réglementations économiques résultent de l'action régulatrice des pouvoirs publics, les règles de concurrence stricto sensu ne trouvent pas à s'appliquer. Ainsi la Cour a jugé qu'en adoptant une disposition économique qui a le même effet qu'aurait une entente anti-concurrentielle entre opérateurs économiques prohibée par l'article 81 CE, les autorités publiques n'enfreignent pas leurs obligations de préserver l'effet utile de ces dispositions, en tant qu'elles s'adressent aux entreprises ⁴⁵².

Néanmoins, si ces réglementations économiques sont élaborées avec le concours des professionnels concernés, les États membres sont susceptibles d'enfreindre les règles de la concurrence.

La première hypothèse est celle où l'État délègue à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des mesures de réglementation ⁴⁵³, retirant ainsi à celle-ci son caractère étatique.

451 - CJCE, 20 février 2001, *Analir e.a.*, C-205/89, Rec. 2001, p. I-1271.

452 - CJCE, 17 novembre 1993, *Procédure pénale contre Meng*, C-2/91, Rec. 1993, p. I-5751 ; CJCE, 17 novembre 1993, *Procédure pénale contre Ohra Schadeverzekering*, C-245/91, Rec. 1993, p. I-5851.

453 - CJCE, 30 janvier 1985, *BNIC/Clair*, C-123/83, Rec. 1985, p. 391 ; CJCE, 1^{er} octobre 1987, *V.V.R./Sociale Dienst Van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, 311/85, Rec. 1987, p. 3801 ; CJCE, 3 décembre 1987, *BNIC/Aubert*, 136/86, Rec. 1987, p. 4789 ; CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke/ASPA*, 267/86, Rec. 1988, p. 4769 ; CJCE, 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr/Reiff*, C-185/91, Rec. 1993, p. I-5801 ; CJCE, 9 juin 1994, *Allemagne/Delta Schifffahrts- und Speditions gesellschaft*, C-153/93, Rec. 1994, p. I-2517 ; CJCE, 17 octobre 1995, *DIP e.a./Comune di Bassano del Grappa e.a.*, C-140/94, Rec. 1995, p. I-3257 ; CJCE, 6 juin 2000, *Commission/Italie*, 35/99, affaires pendantes : *Arduino*, C-35/99, relative aux tarifs des honoraires d'avocat en Italie ; *Wouters*, C-309/89, sur l'interdiction faite par l'ordre des avocats néerlandais aux avocats de s'associer avec des experts-comptables.



Il s'agit d'éviter que l'élaboration de la norme applicable à une activité ne soit le fruit d'une entente entre certains opérateurs de cette activité. Ainsi, dans l'affaire *Centro Servizi Spediporto*⁴⁵⁴, la Cour de justice des Communautés européennes était interrogée sur la compatibilité avec le traité d'une loi italienne qui prévoyait que les tarifs du transport routier de marchandises pour compte d'autrui seraient fixés sur proposition d'un comité où siégeaient des représentants de la profession des transporteurs. Pour répondre à cette question, la Cour a vérifié que ledit comité était majoritairement composé de représentants de la puissance publique, qu'il devait, pour faire ses propositions de tarifs, respecter des critères d'intérêt public précisément définis et que le ministre pouvait rejeter les propositions ou modifier les tarifs proposés avant de les approuver. Ces points étant acquis, la Cour a estimé que la loi qui prévoyait un tel mode d'élaboration des tarifs d'une activité ne pouvait être regardée comme contraire à la législation sur les ententes. Cette position de la Cour de justice des Communautés européennes ne disqualifie évidemment pas toute procédure d'élaboration concertée de la norme. Cependant, en la matière, la jurisprudence est particulièrement subtile et les situations délicates à apprécier, lorsque les pouvoirs publics consultent les professions avant d'arrêter leur réglementation ou bien délèguent, sous un contrôle plus ou moins étroit, une fonction de régulation auxdites professions.

La seconde hypothèse concerne les actes par lesquels l'autorité publique rend applicable à l'ensemble des entreprises, ou à l'ensemble d'une branche professionnelle ou d'une profession, un accord conclu entre représentants des partenaires sociaux ou une décision prise par des instances professionnelles.

De tels actes, qui peuvent prendre la forme de décisions d'extension d'accords collectifs ou d'approbation ou homologation de décisions prises par des organismes professionnels, sont en effet de nature à rendre possibles des pratiques anti-concurrentielles, ou au moins, à renforcer les effets de telles pratiques. Ce constat ne les rend pas systématiquement suspects : en droit interne comme en droit communautaire, la négociation entre partenaires économiques et sociaux est fortement encouragée dans certains domaines et il semble normal que les résultats de cette négociation puissent être étendus⁴⁵⁵. Ces actes font néanmoins l'objet d'une surveillance particulière au regard des règles de concurrence.⁴⁵⁶

S'agissant des accords collectifs, il faut constater que les décisions de l'autorité publique qui procèdent à leur extension (au niveau national ou à celui

454 - CJCE, 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto/Spedizioni Marittima del golfo*, C-96-94, Rec. 1995, p. I-2883.

455 - La possibilité de renvoi à des accords entre partenaires économiques a été introduite dans les domaines de compétence communautaire suivants : politique agricole commune et marché intérieur. Quant à la procédure de mise en œuvre des accords entre partenaires sociaux, elle peut prendre la forme de directives (exemple : directive n° 96/34 du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CÉS) mais également de décisions ou de règlements.

456 - Il a été vu plus haut que le mode d'élaboration de la norme fait l'objet d'un contrôle en soi. Or, s'agissant d'extension ou d'approbation d'accords négociés entre partenaires économiques ou sociaux, il existe forcément une sorte de présomption d'entente.

d'une branche professionnelle) peuvent renforcer un abus de position dominante. Ainsi par exemple d'une convention collective dans laquelle un syndicat d'employeurs s'engage à verser des cotisations à une entreprise d'assurance afin de financer un régime de couverture maladie complémentaire pour les salariés. Une telle convention permet éventuellement à la société d'assurance d'occuper une position dominante et, le cas échéant, l'autorise même à en abuser. Or la décision d'extension de la convention renforce évidemment le risque d'abus de position dominante puisqu'elle soumet un grand nombre d'entreprises (toutes celles d'une branche professionnelle par exemple) à l'obligation de s'inscrire à un régime complémentaire de couverture des risques maladie auprès d'une unique entreprise d'assurance.

Il est dès lors assez logique que la Cour de justice des Communautés européennes contrôle les actes d'extension d'accords collectifs au regard des dispositions de l'article 82 CE interdisant l'abus de position dominante. Le Conseil d'État fait d'ailleurs de même. Ainsi, dans une affaire *Fédération française des sociétés d'assurance*⁴⁵⁷, la Haute assemblée a considéré qu'étaient opérants les moyens tirés de la violation des articles du 82 CE et L. 420-2 du Code de commerce, à l'encontre d'un arrêté d'extension d'un accord collectif instituant un régime de prévoyance obligatoire pour les salariés de la branche de l'expertise en automobiles.

En revanche, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que l'acte d'extension d'un accord collectif créant un régime de retraite complémentaire ne pouvait être contrôlé au regard de l'article 81 CE interdisant « tous accords entre entreprise, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ». Il pouvait pourtant être soutenu que l'accord collectif, en égalisant certains des coûts sociaux pesant sur les entreprises et en limitant leurs capacités de décision (le financement d'un régime de prévoyance pour leurs salariés devient en effet obligatoire), constituait une pratique concertée entre entreprises ou un « accord d'entreprises ». Mais la Cour de justice a considéré, compte tenu de l'objet d'un tel accord – organiser un régime de protection sociale complémentaire pour les salariés – et du cadre dans lequel il avait été conclu – la négociation collective entre partenaires sociaux –, que l'accord ne pouvait être regardé comme contraire aux dispositions relatives aux ententes. Par conséquent, la décision de l'autorité publique d'étendre l'accord, en rendant l'affiliation à ce régime obligatoire pour tous les salariés d'un secteur, ne pouvait être regardée comme un acte renforçant les effets de pratiques anti-concurrentielles ou comme un acte plaçant les entreprises en situation d'enfreindre nécessairement la législation sur les ententes⁴⁵⁸.

457 - CE, 7 juillet 2000, *Fédération française des sociétés d'assurance*, n° 198564.

458 - CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. 1999, p. I-5751 ; et du même jour : *Brentjens*, C-115/97 et C-117/97, Rec. 1999, p. I-6025.

Les décisions par lesquelles les autorités publiques décident d'étendre ou de rendre obligatoire un accord collectif sont donc en partie protégées de l'application des règles de la concurrence⁴⁵⁹. Mais il faut noter que la non application de la législation sur les ententes résulte, en droit communautaire, de la double considération de la nature de l'accord (fruit d'une négociation entre partenaires sociaux) et de sa finalité sociale, et, en droit interne, de la protection garantie par l'article L. 420-4 du Code de commerce.

En cas d'impossibilité d'invoquer l'article L. 420-4, le Conseil d'État serait-il prêt à contrôler un acte d'extension d'un accord collectif au regard de l'article L. 420-1 ? Il est fort probable que tel serait le cas. En effet, la seule circonstance qu'un accord soit adopté dans le cadre de la négociation collective entre partenaires sociaux ne suffit pas à exclure l'arrêté d'extension de cet accord du champ d'application de la législation nationale relative à l'interdiction des ententes. Encore faut-il que le contenu de l'accord ne révèle pas lui-même une volonté d'entente dont l'objet serait de fermer l'accès à un marché ou d'évincer certains opérateurs⁴⁶⁰.

Parce qu'elles ne sont pas prises dans le cadre d'une négociation collective entre partenaires sociaux, les décisions adoptées par des organismes professionnels, y compris lorsqu'elles ont une finalité sociale, ne bénéficient pas de la même protection au regard des règles régissant la concurrence.

Par un arrêt *Pavel Pavlov* du 12 septembre 2000⁴⁶¹, la Cour de justice des Communautés européennes a en effet estimé qu'une décision d'une organisation représentative de médecins spécialistes instituant un régime complémentaire de pension n'était *a priori* pas exclue du champ d'application de l'article 81 CE. En dépit de sa finalité sociale, la mesure prise unilatéralement par une organisation professionnelle de médecins est soumise au respect des règles prohibant les ententes. En effet, l'organisation professionnelle est regardée comme une association d'entreprises au sens de cet article. Toutefois, et compte tenu du caractère restreint de l'atteinte au jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, la Cour n'a censuré en l'espèce ni la décision de l'organisation professionnelle elle-même, ni la décision des pouvoirs publics de rendre l'affiliation au régime de pension complémentaire obligatoire pour tous les membres de la profession concernée.

Les règles du traité CE et les principes du droit interne sus-évoqués n'interdisent toutefois pas, par voie dérogatoire, toute intervention des États. L'objectif de fonctionnement concurrentiel des marchés doit par voie dérogatoire pouvoir être concilié avec d'autres impératifs d'intérêt général. Cette idée de conciliation de divers impératifs d'intérêt général est, comme il a été dit plus haut, classique en droit administratif national. Mais elle a également

459 - Dans les affaires *Albany et Brentjens*, précitées, l'octroi de droits exclusifs aux fonds de pension a toutefois été appréhendé au titre des articles 82 et 86.

460 - Cette question est actuellement pendante devant le Conseil d'État : n° 223859 concernant un arrêté d'extension d'un accord collectif dans le domaine de la coiffure.

461 - CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, C-180/98, Rec. 2000, p. I-6451 ; et même jour, C-181/98, *Van der Schaaf* ; C-182/98, *Kooyman* ; C-183/98, *Weber* ; C-184/98, *Stappendel*.

fait son chemin en droit communautaire. Deux catégories d'exceptions sont ainsi, en droit communautaire, susceptibles de justifier les atteintes aux principes posés par le traité ; essentiellement appliquées en cas d'atteinte aux libertés de circulation et d'établissement, ces dérogations sont en passe d'être étendues aux atteintes aux prohibitions posées par les articles 81 et 82 CE. 11.

La première catégorie d'exceptions est directement prévue par des articles spécifiques du traité, les articles 30, 45, 46, 58 et suivants, et concerne la protection de l'ordre public, de la santé publique, de la moralité publique ; ces dernières exigences peuvent, le cas échéant, justifier des réglementations non indistinctement applicables aux produits ou services nationaux et à ceux des autres États membres ⁴⁶².

• La seconde exception a été définie de façon prétorienne par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a admis de telles atteintes pour des « *raisons impérieuses d'intérêt général* ». Ces raisons ont été définies dans l'arrêt *Cassis de Dijon* déjà cité, qui précise les conditions dans lesquelles des mesures nationales sont susceptibles de gêner l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité sans toutefois être censurées au regard du droit communautaire. Ces conditions sont les suivantes :

– les mesures nationales ne doivent pas s'appliquer de façon discriminatoire ;
– elles doivent être justifiées par un intérêt général particulièrement caractérisé. Comme l'a souligné le rapport public du Conseil d'État pour 1999, consacré à l'intérêt général, la jurisprudence européenne, longtemps restrictive sur la notion d'intérêt général susceptible de justifier ainsi des dérogations au droit commun de la concurrence, a très sensiblement évolué ces dernières années en se rapprochant du droit interne français ⁴⁶³. Figurent parmi les motifs impérieux d'intérêt général déjà reconnus : les règles professionnelles destinées à protéger les prestataires de services, la protection de la propriété industrielle et commerciale ⁴⁶⁴ ; la protection des travailleurs, la protection des consommateurs ⁴⁶⁵ ; la conservation et la valorisation du patrimoine historique et artistique national ; des objectifs de politique culturelle, de politique de contrôle fiscal ⁴⁶⁶ ; ou encore la nécessité de maintenir la bonne réputation du secteur financier national ;
– elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ⁴⁶⁷.

462 - CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.*, C-159/90, Rec. 1991, p.I-4685 ; CJCE, 24 mars 1994, *H.M. Customs and Excise/Schindler*, C-275/92, Rec. 1994, p. I-1039 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99.

463 - Rapport public du Conseil d'État 1999, EDCE n°50, p. 340 et E. Honorat : « La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la CJCE », p. 387.

464 - CJCE, 18 mars 1980, *Coditel/Ciné Vog films*, 62/79, Rec. 1980, p. 881 ; CJCE, 11 mai 1999, *Pfeiffer*, C-255/97, Rec. 1999, p. I-2835.

465 - CJCE, 4 décembre 1986, *Commission/France* ; CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*.

466 - CJCE, 15 mai 1997, *Futura Participations et Singer/Administration des contributions*, C-250/95, Rec. 1997, p. I-2471.

467 - CJCE, 31 mars 1993, *Kraus/Land Baden-Württemberg*, C-19/92, Rec. 1993, p. I-1663.



Le Conseil d'État a fait application de cette jurisprudence dans deux importantes décisions, *Société SERC Fun Radio* du 8 avril 1998 ⁴⁶⁸ et *Union Générale des syndicats de grossistes du marché d'intérêt national de Paris-Rungis* du 15 décembre 2000 ⁴⁶⁹. La première décision juge que les restrictions quantitatives à l'importation et les atteintes à la liberté de prestation résultant du quota de chansons d'expression française imposé aux radios répondent à l'objectif d'assurer la défense et la promotion de langue française et le renouvellement du patrimoine musical francophone et que « *l'intérêt général lié à la valorisation de ce patrimoine constitue une raison impérieuse...justifiant une limitation à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation de services* ». La seconde décision juge que les dispositions de l'ordonnance du 22 septembre 1967 portant modification et codification des règles relatives aux marchés d'intérêt national, qui limitent la liberté d'établissement, sont néanmoins justifiées dès lors que l'institution des marchés d'intérêt national a pour objet d'assurer l'approvisionnement des grandes villes et répond à des considérations d'ordre public, d'urbanisme et d'environnement qui constituent des « *raisons impérieuses d'intérêt général* ».

• Ce dispositif d'exceptions, essentiellement appliqué en cas d'atteinte aux libertés de circulation et d'établissement, est, comme il a été indiqué, susceptible d'être explicitement retenu pour justifier, dans certaines conditions, des réglementations qui ont pour effet de renforcer des ententes contraires à l'article 81 CE et de les déclarer compatibles avec ce dernier ; c'est ce qui ressort des conclusions de l'avocat général dans l'affaire pendante *Arduino* ⁴⁷⁰. Ces conditions seraient les suivantes : les autorités publiques exercent un contrôle effectif sur le contenu de l'entente, la mesure étatique poursuit un but légitime d'intérêt général et est proportionnée au but qu'elle poursuit. Dans cette affaire, l'avocat général propose à la Cour d'inviter les autorités juridictionnelles italiennes à vérifier que ces trois conditions sont remplies et, dans l'affirmative, à juger qu'un décret du Gouvernement italien qui prévoit une fourchette obligatoire de tarifs pour les prestations des avocats, sur proposition d'un comité professionnel, n'est pas contraire aux dispositions combinées des articles 10 et 81 CE. Une telle position, si elle était retenue par la Cour de justice des Communautés européennes, permettrait de regarder certains actes des autorités publiques comme compatibles avec le traité, alors même qu'ils renforceraient les effets de pratiques contraires aux règles de la concurrence. La Cour transposerait en ce qui concerne la portée de l'article 81 CE le raisonnement qu'elle tient, s'agissant des principes de libre circulation et de liberté d'établissement, en s'appuyant sur la théorie des « *raisons impérieuses d'intérêt général* ».

Il y a lieu enfin, s'agissant des marges de manœuvre conservées par les autorités publiques, au regard des règles et principes sus-rappelés, de faire référence à la portée donnée aux dispositions de l'article 295 du traité relatif à la neutralité du droit communautaire au regard du régime de propriété dans les États membres. En effet, dans ses conclusions du 3 juillet 2001 sous les

468 - CE, Ass. 8 avril 1998, *Société SERC Fun Radio*, Rec. p. 138, avec les concl. S. Hubac.

469 - n° 195054, à paraître au Rec.

470 - CJCE, Affaire pendante, *Arduino*, C-35/99, conclusions P. Léger présentées le 10 juillet 2001.



affaires C-367/98, C-483/99 et C-503/99⁴⁷¹, l'avocat général indique qu'il considère que cet article du traité permet à l'autorité publique d'organiser un contrôle de la propriété et de la gestion de certaines entreprises ; seraient regardées comme acceptables toutes les mesures que l'autorité publique aurait pu prendre, si elle avait maintenu l'entreprise sous le régime de la propriété publique. L'avocat général estime en conséquence qu'un décret du Premier ministre français qui institue une action « *spécifique* » de l'État dans la société Elf-aquitaine et qui prévoit que le ministre de l'économie agréé toute prise de participation au-delà des seuils d'un dixième, un cinquième et un tiers des actions, doit être regardé comme bénéficiant d'une présomption de validité conférée par l'article 295 CE. Il faut désormais attendre la position de la Cour. Si l'avocat général était suivi, l'intervention de l'État dans le fonctionnement des entreprises trouverait un nouveau fondement juridique dans l'application du principe de neutralité du droit communautaire au regard du régime de propriété.

In fine, il paraît possible de constater, au vu de l'ensemble des dispositions applicables aux autorités publiques, en premier lieu l'État, en matière de réglementation économique et de la jurisprudence, que si les autorités publiques sont effectivement fortement contraintes, la jurisprudence la plus récente de la Cour contribue indubitablement à restaurer des marges de manœuvre plus importantes au profit de ces autorités.

2.2. Les aides d'État

Le contrôle des aides d'État tend à s'affirmer, de la part des autorités communautaires, comme l'un des éléments décisifs des pouvoirs dont elles disposent pour assurer la libre concurrence, d'importance en tout cas comparable au contrôle des fusions entre entreprises.

Un reflet de l'importance du droit des aides d'État apparaît dans le fait que dans plusieurs États, Grande Bretagne, France, Allemagne, notamment, il a été intégré à l'arsenal juridique que l'industrie privée utilise couramment pour combattre les subventions dont bénéficient les entreprises publiques.

C'est en raison de cette extrême vigilance de la Commission européenne vis-à-vis de ce qui ressemble à une aide d'État que, par exemple, le projet de rapprochement entre les caisses d'épargne et la Caisse des dépôts, sous forme de création d'une holding commune de droit public, appelée *Eulia* qui regroupera les activités de banque de la CDC et des caisses d'épargne, a été soumis à l'avis de la Commission. Ce projet ne relève pas du droit communautaire des concentrations ; *Eulia* doit en effet réaliser plus des deux tiers de son chiffre d'affaires en France, ce qui la fait ressortir du droit national des concentrations. Pour autant, les auteurs du projet ont estimé devoir solliciter l'avis de la commission, pour des raisons touchant à la réglementation des aides d'État, du fait du rattachement de la holding à des organismes chargés

471 - CJCE, *Commission/Portugal*, C-367/98 ; *Commission/France*, C-483/99 ; et *Commission/Belgique*, C-503/99 ; conclusions Damaso Ruiz-Jarabo Colonier.

par ailleurs d'activités d'intérêt général et du problème de la ligne de démarcation entre activités d'intérêt général et activités de banque commerciale.

L'article 87 CE déclare par principe les aides d'État incompatibles avec le marché commun en disposant, dans son alinéa 1, que : « *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

Sans pouvoir développer tous les aspects de ce thème des aides d'État, compte tenu de son ampleur⁴⁷², on relèvera tout d'abord que **la notion d'aide d'État est largement comprise**. Il faut entendre par là « *les aides accordées par les autorités centrales, régionales ou locales d'un État membre ou par organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de les gérer*⁴⁷³ ».

L'aide peut indifféremment prendre la forme d'une subvention proprement dite, d'une bonification d'intérêt, d'une garantie de prêt à des conditions plus favorables que celles du marché⁴⁷⁴ ou d'un taux de réescompte préférentiel à l'exportation. Elle peut aussi consister en une exonération fiscale⁴⁷⁵, un allègement des charges sociales dues par l'entreprise⁴⁷⁶, un tarif préférentiel consenti pour une fourniture déterminée⁴⁷⁷ ou des facilités de paiement octroyées par un organisme public⁴⁷⁸. Il peut enfin s'agir de la fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence, si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché⁴⁷⁹.

472 - On peut se référer utilement sur ce sujet aux ouvrages de Jean-Yves Cherot, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Economica, 1998, de Gérard Druesne, *Droit de l'Union européenne et politique communautaire*, septembre 2001, 6^e édition et Jean-Paul Keppenne, *Guide des aides d'État en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

473 - CJCE, 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, 78/7, Rec. 1977, p. 595 ; CJCE, 18 juillet 2001, aide à la formation mise à exécution par la Belgique en faveur de *Sabena*, C-23/50.

474 - V. une communication de la Commission du 24 novembre 1999 sur les aides accordées sous forme de garanties d'État.

475 - CJCE, 15 janvier 1987, *GAEC de la Ségaude/Conseil et Commission*, 253/84, Rec. 1987, p. 123. V. une communication du 11 novembre 1998 sur les mesures à caractère fiscal (réduction d'impôt, réduction de l'assiette imposable, amortissement accéléré, annulation d'une dette fiscale).

476 - CJCE, 14 février 1990, *France /Commission*, 301/87, Rec. 1990, p. I-307.

477 - CJCE, 2 février 1988, *Van der Kooy/Commission*, 67/85, Rec. 1988, p. 219. On peut y rattacher la vente d'un terrain à un prix réduit, comme celui vendu par le Sénat de Berlin à la société Sony pour le transfert de son siège européen de Cologne à Berlin. En l'espèce, la Commission a considéré le 24 mars 1993 que la différence entre le prix de vente effectif et l'évaluation - 5 % - restait dans la marge de fluctuation acceptable et qu'il n'y avait donc pas d'éléments d'aide dans cette transaction.

478 - CJCE, 29 juin 1999, *DM Transports*, C-256/97, Rec. 1999, p. I-3913 (facilités de paiement de cotisations de sécurité sociale) ; aide d'État si l'entreprise n'avait manifestement pas obtenu des facilités comparables d'un créancier privé se trouvant à son égard dans la même situation que l'organisme collecteur.

479 - CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, Rec. 1996, p. I-3547.



Les interventions à caractère social n'échappent pas à la qualification d'aide d'État : ainsi de la participation financière, en France, du Fonds national de l'emploi à la mise en œuvre d'un plan social par une entreprise⁴⁸⁰. Les gains non réclamés des sociétés de course, que la législation française leur permet de conserver au lieu de les verser à l'État à condition de les affecter à certaines dépenses de nature sociale (faire face notamment aux charges sociales du PMU), s'analysent en un transfert de ressources étatiques au profit de ces sociétés, et donc en aides d'État⁴⁸¹. Le plan mis en œuvre en France en 1996 pour lutter contre les suppressions d'emplois dans les secteurs du textile, de l'habillement, du cuir et de la chaussure, consistant en une réduction des charges sociales des entreprises sur les bas salaires, est pareillement condamné, la Cour indiquant expressément que le caractère social des interventions étatiques ne suffit pas à les faire échapper d'emblée à la qualification d'aides⁴⁸².

Le développement des prises de participation des autorités publiques dans le capital des entreprises, a conduit la Commission à adresser, dès septembre 1984 un document aux États membres, dans lequel elle indique sa position générale en la matière. Tout en rappelant la neutralité du traité vis-à-vis du régime de propriété des entreprises, elle considère qu'une appréciation au titre de l'article 87 s'impose lorsque la prise de participation révèle un comportement qui n'est pas celui d'un apporteur de capital à risque dans les conditions normales d'une économie de marché. L'intervention publique doit être en particulier qualifiée d'aide d'État si la situation financière de l'entreprise, et notamment la structure et la forme de l'endettement sont telles qu'il ne paraît pas justifié d'escompter un rendement normal des capitaux investis dans un délai raisonnable. Il en va de même lorsque l'entreprise, du seul fait de l'insuffisance de sa marge brute d'autofinancement, ne serait pas en mesure d'obtenir sur le marché des capitaux les moyens financiers nécessaires pour effectuer un programme d'investissements, ou dans le cas d'une participation temporaire dont la durée et le prix de cession sont fixés d'avance, de sorte que le rendement qui en résulte pour l'apporteur de capital est sensiblement inférieur à la rétribution qu'il aurait été en droit d'attendre d'un placement pour une durée comparable sur le marché des capitaux.

L'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun n'est ni absolue ni inconditionnelle, comme le rappelle la Cour de justice. Elle est tempérée par un large éventail de dérogations : des dérogations de plein droit prévues par l'article 87, paragraphe 2, mais qui sont devenues d'application rare ; il s'agit des aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ; des aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ; et enfin des aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République Fédérale d'Allemagne affectée par la division de l'Allemagne, dans la mesure

480 - CJCE, 26 septembre 1996, *France/Commission*, C-241/94, Rec. 1996, p. I-4551 (la participation du FNE avait permis à la société *Kimberley-Clark* de diminuer le nombre de licenciements auxquels elle procédait).

481 - TPI, 27 janvier 1998, *Ladbroke Racing /Commission*, T-67/94, Rec. 1998, p. II-1 .

482 - CJCE, 5 octobre 1999, *France /Commission*, C-251/97, Rec. 1999 p. I-6639.



où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette décision ; et il y a ensuite des dérogations à caractère facultatif énumérées au troisième paragraphe et dont la formulation confère à la Commission un large pouvoir d'appréciation, au cas par cas, préalablement à leur octroi.

Au titre des dérogations à caractère facultatif, quatre types d'aides peuvent être ainsi déclarées compatibles avec le marché commun : des aides destinées à favoriser le développement économique des régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ; des aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen ; des aides dont le but est de faciliter le développement de certaines activités ou certaines régions économiques quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; et les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine. En pratique, la troisième dérogation, qui recouvre certaines aides sectorielles et les aides à vocation régionale est la plus utilisée.

La quatrième dérogation, introduite par le traité de Maastricht sous l'article 87 d) CE, n'a pas encore donné lieu à une réflexion d'ensemble, voire à un règlement, permettant d'offrir aux acteurs publics et privés du secteur culturel la sécurité juridique à laquelle ils ont le droit de s'attendre ⁴⁸³.

La Commission joue un rôle central dans la mise en œuvre des dispositions du traité. Elle dispose à cette fin des procédures prévues à l'article 88 du traité qui reposent sur la distinction entre l'examen permanent des régimes d'aides déjà instaurés et le contrôle préventif de la compatibilité des projets tendant à instituer ou modifier des aides. L'obligation d'informer la Commission des projets d'aides nouvelles est assortie de l'interdiction de mettre en œuvre l'aide avant l'intervention de la décision de la Commission ou l'expiration d'un délai de deux mois courant à compter de la notification du projet d'aide. Le cas échéant, la Commission peut demander le remboursement des aides accordées en violation du traité ⁴⁸⁴.

Ce rappel des textes et de la jurisprudence communautaire montre le très fort encadrement des aides publiques dans la communauté européenne.

Encore doit-on relever que la mise en œuvre des règles peut s'avérer moins contraignante qu'il n'y paraît, notamment s'agissant des aides accordées par les collectivités territoriales ⁴⁸⁵.

En premier lieu, la Cour de justice des Communautés européennes a admis que l'obligation de notifier ne s'applique qu'aux projets instituant un régime

483 - L'interprétation de l'article 87 d) soulève de nombreuses difficultés d'application, en dépit des efforts d'interprétation faits par la Commission récemment. L'édiction d'un règlement permettrait de préciser les marges dont disposent les États ainsi que les collectivités territoriales pour mettre en œuvre les mécanismes de soutien indispensables notamment dans le domaine de l'audiovisuel et du cinéma.

484 - CJCE, 12 juillet 1972, *Commission/Allemagne*.

485 - Chr. Maugüe et J.H. Stahl « Le cadre juridique des relations financières entre les SEM et les collectivités locales », AJDA 29 juillet – 20 juillet 1996, p. 475.



d'aide. Dès lors qu'une aide individuelle entre dans le cadre d'un régime général approuvé par la Commission, les mesures individuelles d'exécution ne doivent pas lui être notifiées, sauf si des réserves ont été émises en ce sens par la Commission dans la décision d'approbation⁴⁸⁶. Selon la Cour de justice, si elle ne procédait pas de la sorte, la Commission pourrait elle-même, lors de l'examen de chaque aide individuelle, revenir sur sa décision d'approbation du régime d'aide, ce qui mettrait en péril les principes de confiance légitime et de sécurité juridique.

En second lieu, la règle de minimis dégagée par la Commission au début des années 1990 et confirmée par le règlement n° 69/2001 du 12 janvier 2001, conduit à relativiser le poids des obligations résultant du droit communautaire pour les collectivités locales. Aucune objection n'est formulée à l'égard d'aides dites d'importance mineure qui, cumulées, ne dépassent pas 100 000 euros, pour une même entreprise sur une période de trois ans.

De ce fait, la situation est relativement claire : ou l'aide octroyée par une collectivité territoriale rentre dans le cadre d'un régime d'aide dont la compatibilité a été admise et alors il n'est pas nécessaire de notifier cette aide⁴⁸⁷, ou bien l'aide sort du cadre approuvé, et la décision devrait être notifiée, mais comme elle restera souvent en-deçà du seuil, la notification ne sera pas nécessaire.

En tout état de cause, c'est au regard du droit interne, que cette aide pourra le plus souvent soulever des difficultés. Il convient en effet de souligner qu'en droit interne toute aide non expressément prévue par le législateur est prohibée et le seul régime permis est celui résultant des dispositions des lois du 7 janvier 1982 et 2 mars 1982, codifiées aux articles L. 1511-1 et suivants, L. 2251-1 et suivants et L. 3231-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, qui définissent les conditions d'octroi d'aides directes et indirectes, de garanties d'emprunt et de participation au capital de sociétés. Le Conseil d'État a été amené à préciser notamment ce qu'il fallait entendre par aide indirecte ou aide directe ; il a retenu une ligne jurisprudentielle qui revient à définir les aides directes comme des aides qui se traduisent par un apport financier s'inscrivant directement dans les comptes de l'entreprise⁴⁸⁸.

Au regard de ces différentes règles ou contraintes, un problème particulier a pu se poser quant aux relations financières entre les collectivités locales et les SEM, dont les collectivités locales sont les principaux actionnaires. Une application trop rigide de l'encadrement des aides directes résultant des lois des 7 janvier et 2 mars 1982 et de la réglementation communautaire, aurait pu conduire à interdire pratiquement de telles relations financières, ce qui aurait compromis le développement de l'économie mixte. Mais par une décision du

486 - CJCE, 5 octobre 1994, *Italie/Commission*.

487 - Cependant, dans les cas significatifs de cumul d'aide issues de plus d'un régime d'aides à un investissemnet donné, la Commission demande dans la plupart des cas une notification ; JOCE n° C-3 du 5 janvier 1985.

488 - CE, 9 novembre 1991, *Département des Alpes-Maritimes*, Rec. p. 395 ; 15 février 1993, *Région Nord-Pas-de-Calais*, n° 82 320 ; 6 juin 1986, *Département de la Côte-d'Or*, Rec. p. 156.



17 janvier 1994, *Préfet du Département des Alpes de Haute-Provence* ⁴⁸⁹, le Conseil d'État a admis en principe la légalité des apports en capital consentis par les collectivités publiques au profit des SEM dont elles sont actionnaires, bien qu'un apport en capital constitue une aide directe non prévue par la loi du 7 janvier 1982, en se fondant sur la loi du 7 juillet 1983.

Dans le même esprit, le Conseil d'État a admis la légalité des avances de trésorerie accordées par les collectivités publiques actionnaires à leurs sociétés d'économie mixte, à condition que l'objet de l'aide ne soit pas la réalisation de prestations de service ⁴⁹⁰ et que l'apport soit consenti dans le cadre d'une convention. De même, les sociétés d'économie mixte peuvent, dans le cadre de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, lorsqu'il leur est confié une mission de maîtrise d'ouvrage et qu'elles interviennent ainsi au nom et pour le compte de la collectivité publique, bénéficier d'avances des fonds nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Enfin la loi précitée du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, a permis aux collectivités locales et leurs groupements d'allouer aux SEM locales des apports en compte courant d'associés.

Par-delà les seules interventions des collectivités territoriales, s'il existe une grande diversité de régimes élaborés par la Commission pour admettre la compatibilité d'aides au traité (régimes des aides à finalité régionale, des aides à portée « *horizontale* », des aides sectorielles...), des principes communs à ces régimes ont été dégagés : – principe de l'intérêt communautaire qui veut que seules soient admises les aides qui assurent la satisfaction d'objectifs d'intérêt commun ⁴⁹¹ ; – principe de nécessité, selon lequel l'intervention publique ne peut être que subsidiaire au jeu des forces du marché, les aides ne pouvant être accordées lorsque les forces en présence sur le marché sont suffisantes pour assurer la réalisation des objectifs énoncés à l'article 87 ⁴⁹² ; – principe de proportionnalité, en vertu duquel le montant et l'intensité de l'aide ne doivent pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis et être proportionnés aux difficultés à surmonter ; – principe de transparence, en vertu duquel une aide doit être mesurable et quantifiable avec précision.

Pour permettre à l'ensemble des acteurs concernés d'avoir une vision plus claire de leurs droits et obligations et leur assurer une plus grande sécurité juridique, deux règlements du Parlement et du Conseil ont été élaborés dans les dernières années : un règlement d'exemption du 7 mai 1998 ⁴⁹³ relatif à l'application des articles 87 et 88 CE à certaines catégories d'aides horizontales et règlement de procédure du 22 mars 1999 ⁴⁹⁴ portant modalités d'application de l'article 88 CE.

489 - CE, 17 janvier 1994, *Préfet du département des Alpes de Haute-Provence*, Rec. p. 18, AJDA 1994, 470 note Deves ; RFDA 1994, 900, note Douence.

490 - CE, 20 octobre 1995, *M. Lefevre, Association « Vivre ensemble à Sanary »*, n° 152 126.

491 - TPI, 24 octobre 1997, *EISA /Commission*, T-239/94, Rec. 1997, p. II-1839.

492 - 14^e rapport sur la politique de la concurrence, p. 143.

493 - Règlement n° 994/98 du 7 mai 1998.

494 - Règlement n° 659/99 du 22 mars 1999.



Ces nouveaux textes ont pour caractéristique⁴⁹⁵ de renforcer clairement les pouvoirs de contrôle et de sanction de la Commission européenne. Il devraient donc permettre d'assurer un meilleur respect des règles communautaires en la matière⁴⁹⁶.

À ce titre, ces textes contribuent à resserrer la marge de manœuvre des États et pourraient apparaître comme contraires aux intérêts de ceux-ci. Encore convient-il de souligner qu'il était devenu juridiquement illusoire d'imaginer pouvoir tirer profit de la faible efficacité du contrôle de la Commission européenne ; compte tenu du rôle important reconnu au juge national pour faire assurer le respect des règles de procédure⁴⁹⁷ et des pouvoirs de sanction *a posteriori* dont disposait la Commission, l'octroi d'une aide dans des conditions douteuses au regard des aides communautaires s'avérait une décision risquée. Ces textes doivent dès lors être appréciés au regard de la sécurité juridique renforcée qu'ils apportent, particulièrement bienvenue.

Par ailleurs, il convient de rappeler que la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a, dans son article 10, prévu un dispositif destiné à accroître la transparence des aides octroyées par les personnes publiques aux organismes de droit privé. En vertu du décret n° 2001-495 du 6 juin 2001 pris pour l'application de cet article, toute attribution de subvention supérieure à 23 000 euros implique la conclusion d'une convention définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée et tout organisme de droit privé ayant reçu annuellement de l'ensemble des autorités administratives un montant total de subventions supérieur à 153 000 euros doit déposer à la préfecture du département où se trouve son siège social son budget, ses comptes, les conventions passées et les comptes rendus financiers des subventions affectées à une dépense déterminée « *pour y être consultés* ».

2.3. Le contrôle des concentrations et la régulation

Si les autorités publiques ont vu leurs prérogatives incontestablement réduites, de façon générale, en matière d'intervention économique, du fait de l'impératif de concurrence, il est un domaine du moins où, au contraire, ces prérogatives se sont accrues, du moins pour l'État ; c'est celui du contrôle des concentrations. Ces prérogatives ont été au demeurant renforcées par la loi

495 - V. en ce sens, Marie Adeline-Peix, « *Stick to your guns* », ou « Les nouvelles règles applicables au contrôle des aides par la Commission européenne », Le courrier juridique des finances, novembre 1999.

496 - Dans un arrêt du 22 mars 2001, Commission c/France, C-261/99, la CJCE a jugé qu'un État membre ne saurait utilement, en l'absence d'une disposition du traité l'y autorisant expressément, invoquer l'existence d'un recours parallèle en annulation d'une décision de la Commission dont il est destinataire comme moyen de défense à l'encontre d'un recours en manquement formé à son encontre par la Commission pour inexécution d'une décision prescrivant la récupération d'aides incompatibles avec le marché comme le seul moyen susceptible d'être invoqué étant celui tiré d'une impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision, dont il doit d'ailleurs être fait état préalablement à la Commission en application du principe de coopération loyale.

497 - Yves Chérot, *Le juge national est le gardien du principe d'incompatibilité et des garanties essentielles du système de contrôle des aides*, op. précité p. 298.

n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Plus généralement, un certain pouvoir de régulation de l'État s'est développé.

Ces responsabilités considérables confiées aux autorités publiques, comme garantes de la libre concurrence, ne sont qu'à peine évoquées dans les présentes considérations, compte tenu du choix d'aborder le thème « *collectivités publiques et concurrence* » sous le seul angle des contraintes pesant sur les collectivités publiques au titre de la concurrence. Elles ne doivent évidemment pas être sous-estimées, car elles montrent bien que si la puissance publique peut se trouver le cas échéant en position de « *sujet* » de la concurrence, elle a également, et c'est autrement plus décisif, la charge de définir les règles de cette concurrence et d'en contrôler la bonne application.

S'agissant du contrôle des concentrations, le pouvoir conféré à l'État résulte des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce ; ces articles prévoient que les opérations de concentration, dès lors qu'elles présentent certaines caractéristiques précisées par la loi, doivent être notifiées au ministre chargé de l'économie.

La réalisation effective de l'opération ne peut intervenir qu'après accord du ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, du ministre chargé du secteur économique concentré.

Ce contrôle a pour objet de maîtriser les atteintes à la concurrence résultant de telles concentrations. La formule consistant à confier au ministre le soin d'assurer ce contrôle, qui est retenue dans la plupart des grands pays à économie de marché, correspond à l'idée que les opérations de concentration ne sont pas à apprécier sur la base du seul critère de leur incidence sur la concurrence, mais aussi au regard d'autres exigences, qu'il appartient à l'État de faire prévaloir, en termes de progrès économique, d'aménagement du territoire ou de protection de l'emploi. Le non respect de l'obligation de notification ainsi que les déclarations inexactes ou incomplètes peuvent être lourdement sanctionnés par des sanctions pécuniaires et des injonctions sous astreinte.

Ce régime ne comporte qu'une exception, d'ailleurs non explicite, s'agissant des opérations de concentration dans le secteur bancaire. Si en effet, en vertu de l'article 89 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée dite « loi bancaire » les dispositions des articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de commerce, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque et des opérations connexes à leur activité et si les infractions à ces dispositions sont poursuivies, sauf consultation de la Commission bancaire, selon les règles de droit commun, il n'est rien dit ici du contrôle de concentrations. Il est communément admis qu'il appartient au seul Conseil des établissements de crédit et des entreprises d'investissements (CECEI), sur le fondement de la loi bancaire, d'autoriser les opérations de concentration bancaire. Et la question s'est trouvée posée, notamment à l'occasion de l'affaire dite « *BNP-Paribas* » survenue en 1999, du bien-fondé de ce régime particulier, dès lors que le droit commun, en matière de concentration, est que c'est le ministre chargé de l'économie qui, après consultation du Conseil de la concurrence, peut refuser ou modifier des conditions de l'opération envisagée.



Le juge administratif, saisi par voie de recours pour excès de pouvoir contre des décisions du ministre, est à son tour amené à vérifier si l'appréciation de l'administration sur les atteintes ou non à la concurrence est erronée et, au cas où l'atteinte à la concurrence est relevée, si la contribution de l'opération au progrès économique est de nature à compenser cette atteinte ⁴⁹⁸.

Il opère ce contrôle en vérifiant le bien-fondé de l'analyse économique qui sous-tend la décision du ministre : détermination du marché pertinent retenu, ce qui implique de prendre en compte les caractéristiques intrinsèques des produits concernés, leur prix et le comportement des consommateurs, selon qu'ils considèrent les produits proposés comme substituables à d'autres ou non ; réalité des atteintes à la concurrence, ce qui peut conduire à faire usage de notions délicates comme « *l'effet de gamme* » pouvant exister entre des produits offerts sur le marché et à tirer les conséquences en termes de concurrence de la détention, par une entreprise, d'une telle gamme de produits ; adéquation ou non entre les engagements proposés par les entreprises parties à la concentration pour établir une concurrence suffisante et l'ampleur des atteintes anticoncurrentielles relevées.

S'agissant du pouvoir de régulation détenu par les autorités de l'État dans une économie de marché, il a fait l'objet de développements importants dans les *Considérations générales* du rapport 2001 du Conseil d'État, consacrées aux autorités administratives indépendantes ⁴⁹⁹. Ce pouvoir de régulation est en effet en large partie confié à des autorités administratives indépendantes qui, pour ne pas relever de l'autorité du Premier ministre, appartiennent à l'État et agissent en son nom. Ces autorités ne reçoivent certes de prérogatives qu'en substitution d'une certaine réduction, dans le secteur dont elles ont la charge, du pouvoir détenu jusque-là par les administrations centrales. Pour autant, souvent les pouvoirs conférés aux autorités administratives indépendantes correspondent bien à une intervention nouvelle de l'État dans un secteur peu ou pas réglementé et peu soumis dès lors au pouvoir d'État.

Ainsi en est-il, par exemple, dans le secteur financier, où avant la mise en place d'une autorité administrative indépendante, la Commission des opérations de bourse (COB), agissant au plus près du marché et réagissant rapidement aux initiatives des opérateurs sur ce marché, celui-ci était davantage autorégulé que régulé par l'État. La même chose peut être dite plus globalement à propos du Conseil de la concurrence, véritable gardien, au nom de l'État, de la concurrence et dont les prérogatives constituent une forme d'intervention de l'État totalement nouvelle.

Au total, on ne peut que relever que les prérogatives des autorités publiques d'intervention dans l'économie ont été assez profondément affectées par la place renforcée donnée à l'exigence de respect d'une libre et égale concurrence. Mais il s'agit davantage d'une transformation de ces prérogatives que de leur pure et simple réduction. C'est en effet un nouveau

498 - CE, Section, 9 avril 1999, *Société Interbrew France*, Rec. p. 117 et *Société The Coca-Cola company*, Rec. p. 119 ; RFDA, juillet-août 1999, p. 769, conclusions J.-H. Stahl ; CE, Section, 6 octobre 2000, *Société Pernod-Ricard*, n° 216645 à paraître au Rec. avec conclusions L. Touvet.
499 - EDCE n° 52, La Documentation française.

rôle qui se trouve confié aux autorités publiques, consistant à la fois à garantir le bon fonctionnement des mécanismes de l'économie de marché et à faire prévaloir, chaque fois que cela est nécessaire, quitte à devoir le justifier, les impératifs plus larges de l'intérêt général. Le rôle des autorités publiques y gagne en clarté et probablement en efficacité.

III-3. Police administrative, gestion du domaine public et concurrence

Par deux décisions intervenues, la première le 26 mars 1999, *Société EDA* et la seconde le 22 novembre 2000, *Société L&P Publicité*, le Conseil d'État a, dans la ligne de sa jurisprudence *Million et Marais* du 23 novembre 1997 précitée, décidé, pour apprécier la légalité d'actes relatifs respectivement à la gestion du domaine public et à l'exercice du pouvoir de police administrative, d'intégrer le droit de la concurrence dans le bloc de légalité applicable.

Par la première décision, rendue à la suite d'une requête dirigée contre une décision d'Aéroport de Paris autorisant certains loueurs de voitures à occuper le domaine public aéroportuaire et refusant cette autorisation à d'autres, il a jugé que « *s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de service, de prendre en considération les diverses règles, tels que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application* ».

Par la seconde décision, rendue dans le cadre d'une demande d'avis portant sur le point de savoir « *si lorsque l'administration prend une décision de police affectant directement les activités économiques dans un secteur concurrentiel, elle doit, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, tenir compte des règles de la concurrence* », le Conseil d'État a estimé que : « *dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de service, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir, n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. Il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité de ces mesures de police administrative en recherchant si elles ont été prises, compte tenu de l'ensemble de ces objectifs et de ces règles et si elles en ont fait, en les combinant, une exacte application.* »



La parenté entre ces deux décisions est étroite, notamment s'agissant de la formulation de l'obligation pesant sur l'administration de concilier les différents impératifs à prendre en compte.

On ne s'en étonnera pas ; police administrative et gestion du domaine public ressortissent traditionnellement du même régime de prérogatives de puissance publique ⁵⁰⁰.

Pendant longtemps d'ailleurs, toute distinction entre les pouvoirs attachés à la gestion et à la conservation du domaine public d'une part et les compétences de police d'autre part est apparue inutile ou dépourvue de conséquences pratiques. La protection de l'intégrité du domaine public était regardée en réalité comme une composante de l'ordre public.

Certes, avec l'importance accrue, sinon devenue prépondérante, que revêt aujourd'hui l'aspect patrimonial et économique du domaine public, des distinctions s'imposent de plus en plus, sur de nombreux points ; la doctrine ⁵⁰¹ s'interroge ainsi sur la nature juridique d'actes tels que l'occupation privative, sa révocation ou son retrait ; les motifs financiers qui par exemple justifient pleinement, à côté des motifs d'ordre public, les décisions relatives à l'octroi, au renouvellement ou au retrait des autorisations d'occupation du domaine ⁵⁰² ne constituent pas des « motifs de police » ⁵⁰³.

Pour autant, gestion du domaine public et police administrative continuent à avoir plus qu'une parenté. De nombreuses opérations juridiques se situent aux confins de la police administrative et des activités domaniales : parcs de stationnement ou places de parking payant ⁵⁰⁴, concessions d'affichage sur les palissades ⁵⁰⁵, concessions d'emplacement de halles et marché ou de fête foraine ⁵⁰⁶, police des plages.

De plus, police administrative et gestion du domaine public ont en commun, s'agissant des prérogatives de puissance publique des autorités publiques concernées, le caractère discrétionnaire du pouvoir détenu par ces autorités ; certes, ce caractère discrétionnaire est loin d'être total, notamment s'agissant de l'obligation ou non d'agir ; il reste que l'autorité publique dispose d'une large marge de manœuvre.

Et il y a longtemps que, dans les deux cas, l'autorité administrative est tenue, sous le contrôle du juge, de procéder à la conciliation entre impératifs à

500 - V. sur ce point J. Moreau, « Théorie générale des polices administratives », *Jurisclassseur administratif*, fasc. 200.

501 - E. Picard, « La notion de police administrative », thèse, Bibliothèque de droit public, *L.G.D.J.*, 1984.

502 - CE, 8 janvier 1960, *Sieur Lafon*, Rec. p. 15 ; CE, 18 mars 1963, *Ministre des Finances c/Sieur Sellier*, Rec. p. 185 ; CE, 23 juin 1986, *Thomas*, Rec. p. 167.

503 - CE, Section, 9 avril 1993, *Ministre délégué chargé de la mer c/SA Compagnie Malouine de pêche (S.A. Comapêche)*, Rec. p. 106.

504 - CE, 16 février 1972, *Sieur Bernard*, Rec. p. 140 ; 22 février 1974, *Sieur Idée et autres*, Rec. p. 141.

505 - CE, 2 mai 1969, *Société d'affichages Giraudy*, Rec. p. 238.

506 - CE, Section, 18 novembre 1966, *Sieur Froment et Dame Veuve Clément*, Rec. p. 607, conclusions du Président Galabert, RDP 1968, p. 5905.

prendre en compte demandée par le Conseil d'État dans ses décisions *EDA* et *L&P Publicité* et que le juge n'hésite pas à censurer l'administration en s'inspirant de préoccupations liées au maintien de la concurrence, soit au titre du principe de liberté du commerce et de l'industrie, soit au titre du principe d'égalité, soit au titre du détournement de pouvoir⁵⁰⁷. Déjà dans une décision du 7 juin 1865, le Conseil d'État a ainsi estimé qu'un préfet ne peut utiliser son pouvoir de police « pour intervenir dans les conditions de la concurrence » entre les diverses entreprises qui assurent la correspondance entre une station de chemin de fer et une ville⁵⁰⁸. De la même façon, un maire ne peut modifier l'itinéraire d'un autobus à seule fin de favoriser un commerçant⁵⁰⁹ ou réglementer l'activité d'un plagiste dans le seul but de favoriser son concurrent⁵¹⁰. Le Conseil d'État a également jugé illégales des réglementations restreignant l'activité des commerçants ambulants parce qu'elles avaient pour objet de favoriser l'activité des commerçants sédentaires de la commune⁵¹¹ ou parce qu'elles portaient atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie⁵¹².

En ce sens, la portée des décisions *EDA* et *L&P Publicité*, quelle qu'en soit l'importance, ne saurait être sur-estimée quant aux modalités du contrôle qu'exercera le juge sur les actes de gestion du domaine public et les actes de police administrative. Pour l'essentiel, point ne sera besoin pour lui de recourir au dispositif, somme toute passablement sophistiqué, des atteintes au droit de la concurrence, même s'il pourra et devra le faire dans un certain nombre d'hypothèses comme il sera indiqué plus loin ; il ne saurait en effet renoncer à faire usage, selon l'expression du Commissaire du Gouvernement, dans ses conclusions sous la décision *EDA*, « d'outils d'analyse économique plus fins, plus précis et plus en harmonie avec ceux qui ont cours dans d'autres branches du droit ». Mais dans de nombreux cas, l'invocation des règles de la concurrence ne pourra que présenter un « caractère subsidiaire », selon la formule de S. Austray dans ses conclusions sur l'affaire *L&P Publicité*, par rapport à l'invocation des principes généraux à l'application desquels le Conseil d'État, comme il a été indiqué, veille en matière de police et de gestion du domaine public.

Ce sera très certainement le cas pour ce qui est des actes à caractère réglementaire. S'agissant de ces actes, il y a tout lieu de penser que les contraintes liées à la concurrence et susceptibles de venir contrebalancer d'autres impératifs de l'action publique, peuvent être appréciées, dans la majorité des cas, selon le schéma classique en matière de police administrative en vertu duquel les atteintes à une liberté publique ou à un droit ne sont sanctionnées que s'il y a disproportion entre cette atteinte et l'objectif de protection de l'ordre public.

507 - Voir également CJCE, 18 juin 1985, P. *Steinhauser/ Ville de Biarritz*, 197/84, Rec. p. 1819.

508 - CE, 7 juin 1865, *Lesbats*, Rec. p. 624, Sirey 1865, p. 218.

509 - CE, 23 mars 1938, *Société des Transports Citroën*, Rec. p. 304.

510 - CE, 20 octobre 1971, *Estaynou*, Rec. p. 614.

511 - CE, Section, 25 janvier 1991, *Brasseur*, Rec. p. 23, avec conclusions du Président B. Stirn.

512 - CE, 26 avril 1993, *Commune de Méribel- Les-Allues c/ Société Banan' Alp*, n° 101146, Rec. Tp 654 ; Cf, CE, Section, 25 janvier 1980, *Gadiaga*, Rec. p. 44.

D'une manière générale, le juge dispose, avec ses armes traditionnelles, des moyens nécessaires pour sanctionner les plus graves irrégularités, sans devoir recourir à l'analyse économique souvent délicate exigée par le droit de la concurrence. Ainsi, encore tout récemment, le Conseil d'État a-t-il annulé un arrêté municipal interdisant à des taxis extérieurs à la commune de stationner sur les emplacements réservés aux taxis devant la gare, sans se livrer explicitement à l'analyse du marché pertinent en cause⁵¹³, en relevant à la fois l'importance de la restriction ainsi apportée à l'exercice de cette activité professionnelle et la fonction de desserte régionale de la gare en question. C'est ainsi en fait une rupture de l'égalité de traitement qui a été sanctionnée.

Il n'en résulte pas pour autant que le recours au droit de la concurrence soit toujours inutile au juge administratif dans le contrôle d'actes réglementaires. La décision *L&P Publicité* le montre suffisamment, où la question était de savoir si la réglementation locale de l'affichage en zone de publicité restreinte conduisait nécessairement à l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché de la location d'emplacements publicitaires visibles de la voie publique, notamment par la limitation et la localisation des emplacements d'affichage.

Pour ce qui est des décisions individuelles, la prise en compte spécifique des exigences tirées du droit de la concurrence s'impose plus strictement et directement. C'est particulièrement vrai en matière de gestion du domaine public. Celui-ci est devenu le siège d'enjeux économiques qui peuvent être considérables et les décisions prises par le gestionnaire sont susceptibles d'avoir de fortes incidences en matière de concurrence ; ainsi, lorsque la SNCF choisit tel ou tel partenaire en vue d'offrir un service couplé transports ferroviaires-voitures de location ou transports ferroviaires-hébergement ; lorsque, dans les conditions strictes où cela est possible, l'administration confie à un partenaire privé le soin de construire dans le cadre d'un bail emphytéotique un bâtiment destiné à répondre à ses besoins ; lorsque un gestionnaire de domaine public confie à un partenaire privé une concession d'endiguage...

Dans tous ces cas, l'exigence de bonne gestion et l'exigence de ne pas porter atteinte au fonctionnement concurrentiel du marché se rejoignent ; la situation n'est pas éloignée de celle qui prévaut en matière de commande publique.

C'est le poids économique des décisions des gestionnaires du domaine public et les incidences de ces décisions en termes de concurrence, qui ont pu conduire aux difficultés rencontrées en droit français pour préciser les critères de répartition de compétences entre autorités de la concurrence et juge administratif en matière de contrôle des actes de gestion du domaine, les autorités de la concurrence faisant valoir que la gestion du domaine public constituait une activité de production, de distribution et de services, au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce et se déclarant dès lors compétentes pour connaître des actes, fussent-ils administratifs, relatifs à cette gestion.

L'arrêt sus-évoqué du Tribunal des Conflits du 18 octobre 1999, *Préfet de la région Île-de-France*, est venu régler la situation : un acte autorisant l'occu-

513 - CE, 6 juin 2001, *Commune de Vannes*, n° 199 674, à paraître au Rec.

pation du domaine public ne constitue pas, en tant que tel, une activité économique et la gestion du domaine public ne peut être assimilée à une entreprise. Ce n'est qu'en cas de pratiques détachables des prérogatives relatives à la gestion du domaine public que certains actes du gestionnaire du domaine public peuvent relever des autorités de la concurrence.

L'intégration par le Conseil d'État des règles de la concurrence dans le bloc de légalité au regard duquel il examine la régularité des actes administratifs de gestion du domaine public, doit permettre d'assurer un contrôle de ces actes par le juge dans des conditions pertinentes, tout en évitant une atteinte directe au principe de répartition des compétences juridictionnelles ainsi qu'une banalisation de la gestion du domaine public, laquelle, aujourd'hui comme hier, doit prendre en compte d'autres impératifs que celui tiré de la prohibition des pratiques anti-concurrentielles. On sait aussi que le juge administratif à tout loisir en ce cas, comme il l'a fait, s'agissant de la décision *EDA*, de solliciter l'avis du Conseil de la concurrence.

Au surplus, cette soumission des actes administratifs de gestion du domaine public au seul contrôle du juge administratif peut permettre d'éviter, pour en apprécier la régularité, de devoir procéder par les détours de raisonnement exigés par le droit de la concurrence, qui ne sont pas nécessairement les plus adaptés.

Par un arrêt du 8 février 2000, la Cour d'appel de Paris a ainsi jugé⁵¹⁴ que le refus d'*ADP*, en position dominante sur « *le marché des installations aéroportuaires destinées à l'information des passagers* », de consentir aux hôtels de la périphérie l'accès aux signalisations de l'aéroport au profit des hôtels de la plate-forme constituait un abus anti-concurrentiel, la gravité de l'abus étant caractérisée par le fait que l'accès aux signalisations de l'aéroport était un élément déterminant pour l'exercice de l'activité des hôtels de la zone et que la majorité de la clientèle des passagers de Roissy était ainsi conduite à s'adresser à l'un des six hôtels de la plate-forme.

Cependant, d'une part, permettre à un hôtel de signaler son existence par un affichage dans l'enceinte de l'aéroport implique nécessairement l'octroi d'une autorisation d'occupation du domaine public. D'autre part, affirmer que « *la mise à disposition des moyens de signalisation à proximité d'un aéroport constitue une activité de prestation de services à laquelle l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'applique* » occulte le fait que l'activité d'*ADP* n'est pas de fournir des espaces publicitaires et que l'affectation de certaines portions de son domaine public à un tel usage ne peut être que subsidiaire et limitée à ce qui est compatible avec son affectation principale.

En conséquence, on peut se demander si ce type de problèmes ne doit pas être posé autrement. L'information des passagers sur les possibilités hôtelières existant à proximité de l'aéroport entre incontestablement dans la mission de service public d'*ADP*. Cette information doit être assurée de manière normale, c'est-à-dire objective et non discriminatoire, quel qu'en soit le support, autrement dit que l'information soit faite directement par l'aéroport sur des supports qu'il conçoit et gère lui-même, ou par les hôtels par location

514 - CA Paris, 8 février 2000.



d'espace publicitaire. Cette analyse conduirait à l'idée qu'*a priori* l'obligation de l'aéroport est de traiter de manière égale toutes demandes de publicité correspondant aux besoins d'hébergement des passagers de l'aéroport et qu'*a posteriori*, le moyen de faire sanctionner par le juge administratif la violation de cette obligation est, outre l'annulation d'un refus et l'injonction de prendre la mesure contraire, la mise en jeu de la responsabilité de l'aéroport.

Dans ces conditions, si l'on peut comprendre que successivement le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris aient entendu sanctionner le fait qu'*Aéroport de Paris* ne permette pas aux passagers de Roissy d'être informés sur l'existence d'hôtels autres que ceux existant sur la plate-forme de l'aéroport (sanction qui a consisté en une amende de 76.225 euros), il est plus difficile d'admettre que, pour aboutir à ce résultat, il faille passer par l'idée qu'*ADP* a abusé de sa position dominante sur le marché des installations aéroportuaires destinées à l'information des passagers. On voit mal en effet quel est, en l'espèce, le sens réel de la notion de marché utilisée dans le raisonnement et il serait probablement plus simple d'en rester à l'idée classique que le gestionnaire du domaine public ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire illimité parce que ce domaine est affecté à un service public et qu'ainsi les droits privatifs qui sont consentis sur des dépendances de ce domaine sont conditionnés par les besoins du service public ⁵¹⁵.

En d'autres termes, cet arrêt est un bon révélateur de la difficulté à distinguer le cas où la personne publique intervient comme opérateur économique et le cas où elle agit dans le prolongement direct de sa mission de service public en utilisant ses prérogatives de gestion du domaine public. Que les modalités de gestion du domaine public puissent être source de distorsions de concurrence qu'il convient de prévenir est une évidence. Que la responsabilité de la personne publique puisse être engagée en cas de décision de gestion de ce domaine portant une atteinte excessive au principe de libre concurrence est également nécessaire. Il n'est en revanche pas certain que pour parvenir à ce résultat, il soit toujours indispensable de passer par une analyse formelle propre à faire entrer le litige dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence.

Ces considérations doivent conduire au respect scrupuleux de la décision du Tribunal des conflits de 1999, nonobstant la circonstance que, dans l'approche extensive qui est la sienne de la notion d'activité économique, le juge communautaire ait pu, pour sa part, par une décision du Tribunal de première instance du 12 décembre 2000 ⁵¹⁶, juger que lorsqu'il gère les infrastructures aéroportuaires et notamment lorsqu'il détermine les conditions d'activité des prestataires d'assistance en escale, l'établissement public *Aéroport de Paris (ADP)* doit être qualifié d'entreprise au sens du traité CE, ce qui l'a conduit à contrôler les actes pris dans le cadre de cette activité au regard des règles de la concurrence, en écartant comme inopérante « *la circonstance que les conventions entre ADP et les prestataires de services aient été*

515 - Dans un arrêt du 6 juin 2000, *Société auxiliaire de l'Atlantique*, la Cour d'appel de Paris a d'ailleurs jugé que l'attribution d'une concession d'exploitation du domaine public ne constituait pas une activité de production, de distribution ou de services.

516 - TPI, 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris (ADP)/Commission*, T-128/98, Rec. 2000, p II-3929.

conclues dans le cadre du droit public français des conventions d'occupation du domaine public, à la supposer établie, n'est pas de nature à remettre en cause le raisonnement sur lequel repose la décision attaquée ».

Par-delà ces considérations relatives aux autorités juridictionnelles de contrôle, l'ensemble des éléments qui précèdent doivent conduire les autorités administratives à renforcer leur vigilance quant à la façon dont elles gèrent leur domaine public. Elles doivent savoir s'astreindre à des obligations permettant de s'assurer qu'elles agissent dans la transparence souhaitée.

D'ores et déjà, elles sont tenues de respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'elles procèdent en même temps qu'à une autorisation d'occupation du domaine public, à une délégation de service public.

Il paraît souhaitable que les mêmes obligations soient respectées en dehors des délégations de service public, pour toutes les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public. D'ailleurs de nombreux gestionnaires du domaine public s'y soumettent spontanément. Cette formalité devrait être mise en œuvre plus systématiquement, sans pour autant restreindre le pouvoir du gestionnaire du domaine public de choisir le bénéficiaire de sa décision. Il lui appartient, après avoir fait jouer la concurrence, de choisir la formule qui lui paraît la meilleure dans l'intérêt du domaine y compris, dans certains cas, en se liant avec un seul partenaire comme a pu le faire dans le passé la SNCF, sans que le Conseil d'État n'estime qu'il y ait lieu de retenir une atteinte à l'égalité de traitement.

Ainsi, dans une décision du 5 mai 1993, *Association Liberté dans les Gares*, le Conseil d'État, statuant au contentieux⁵¹⁷ a rappelé que « *ni les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence, ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne font obstacle à l'exercice du pouvoir qui appartient à la SNCF, chargée de la gestion du domaine public ferroviaire, de fixer tant dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles doit satisfaire la location de véhicules automobiles sans chauffeur sur ce domaine public* ». Il en a déduit qu'avait pu être légalement refusée à une société une autorisation d'occupation du domaine public ferroviaire pour y exercer une activité de location de voitures automobiles sans chauffeur, au motif qu'avait été précédemment accordée à une société exerçant cette activité, par contrat, l'exclusivité de l'occupation, à cette fin, du domaine public ferroviaire. L'arrêt relève que la décision de refus attaquée n'a ni pour objet ni pour effet de créer un monopole en faveur de la société précédemment choisie « *dès lors que la location de véhicules automobiles sans chauffeur reste libre en dehors du domaine public ferroviaire* ».

Il n'est guère contestable qu'un traitement global au niveau national par le gestionnaire du domaine public ferroviaire de la question en cause peut être justifié par le souci d'un meilleur équilibre économique pour le partenaire choisi et d'une couverture territoriale étendue des besoins des voyageurs. Il reste que l'appel à la concurrence en vue du choix de l'entreprise destinée à bénéficier d'un tel droit exclusif apparaît souhaitable.

517 - n° 91772.



Une telle façon de procéder est au demeurant de nature à éviter des difficultés en matière de tarification, comme le montre *a contrario* la procédure retenue en matière d'attribution du droit d'usage des fréquences hertziennes.

La question de la procédure d'attribution du droit d'usage des fréquences hertziennes s'est posée en des termes nouveaux ces dernières années à l'occasion de l'attribution des licences de téléphonie mobile de norme UMTS permettant de transmettre voix, textes, images et d'accéder à internet. À la différence de ses principaux voisins (Allemagne, Royaume-Uni, Pays-Bas, Suisse, Italie...) qui, suivant l'exemple des États-Unis, ont alloué ce droit par un mécanisme d'enchères, la France a opté au printemps 2000 pour un système de soumission comparative et de sélection sur dossier. Concrètement, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a proposé au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le 28 juillet 2000, les modalités d'octroi de quatre licences UMTS que le Gouvernement avait décidé d'attribuer. Ces modalités ont été publiées au *Journal Officiel* le 18 août suivant. Les candidats avaient jusqu'au 31 janvier 2001 pour déposer un dossier. Finalement, du fait du désistement de *Bouygues Telecom* et de *Suez Telefonica*, deux licences seulement ont pu être accordées à *France Telecom Orange* et à *SFR/CEGETEL (Vivendi Universal)*, au prix qui avait été fixé un an auparavant à 4,95 milliards d'euros lors du lancement de l'appel d'offres. On sait que la dégradation du marché des télécommunications a conduit le Gouvernement à décider le 16 octobre 2001 de modifier la donne économique pour permettre l'attribution des deux licences restantes, en portant la durée des licences de 15 à 20 ans et en prévoyant que le prix se composera désormais d'un ticket d'entrée fixe et d'une partie variable en fonction du chiffre d'affaires généré par l'activité UMTS de chaque opérateur. Le principe d'égalité du traitement d'opérateurs concurrents sur un même marché devrait conduire à ce que ces nouvelles conditions s'appliquent tant aux candidats déjà retenus à l'issue du premier appel d'offres qu'à ceux qui le seront à l'issue du second.

La réflexion de certains économistes sur les mérites comparés des procédures d'attribution des licences de téléphonie mobile semble plutôt privilégier la technique de l'enchère. « *Le grand intérêt de celle-ci est de faire annoncer les profits qu'ils espèrent par les acteurs eux-mêmes et leur faire payer la redevance dès l'attribution de la licence...* »⁵¹⁸.

L'idée est avancée que le propre d'une économie de marché est de laisser les investisseurs évaluer eux-mêmes le risque qu'ils prennent et que le prix payé par le candidat remportant l'enchère constituant un coût fixe que l'entreprise doit couvrir avant de pouvoir produire ne crée par la suite que peu ou pas de distorsions dans le fonctionnement du marché.

Il ne saurait évidemment être question de trancher ici un débat économique aussi complexe⁵¹⁹. Il est toutefois intéressant de noter que ce débat interpelle le juriste. Dans le régime de l'occupation privative du domaine public, tel qu'il résulte du Code du domaine de l'État et de la jurisprudence, la contrepartie financière n'est pas en effet conçue comme le prix déterminé par le jeu

518 - J. Cremer et J.-J. Laffont « Quelle procédure d'attribution pour les licences de téléphonie mobile ? », *Problèmes économiques*, octobre 2001.

du marché, à payer au départ pour disposer pendant une certaine durée d'un droit sur un bien constituant une dépendance du domaine public, mais comme une redevance d'usage due périodiquement pendant tout le cours de l'occupation privative, qui « *doit tenir compte des avantages de toute nature procurés aux concessionnaires* »⁵²⁰. La jurisprudence admet des tarifs forfaitaires ou proportionnels au chiffre d'affaires et le juge n'exerce qu'un contrôle restreint sur le choix et la pondération des critères retenus pour le calcul de la redevance et sur la détermination du taux de la redevance⁵²¹. Dans l'hypothèse où un consensus se dégagerait sur le fait que, pour certaines activités économiques dont la condition d'exercice est l'occupation privative d'une dépendance du domaine public, la valorisation économique la plus rationnelle de ce droit est celle résultant de sa mise aux enchères entre des opérateurs concurrents répondant à des critères objectifs définis préalablement par l'autorité publique gestionnaire du domaine, il serait donc à tout le moins nécessaire de concevoir un cadre juridique général approprié à cette fin, ce que n'offre pas le code du domaine de l'État, dans son état actuel.

La procédure d'enchères repose en effet sur l'idée que le droit d'occupation privative d'une dépendance du domaine public pendant une durée fixée à l'avance est un élément d'actif qui doit pouvoir, au même titre que d'autres éléments d'actif, être acquis pour le prix irrévocable et incontestable qui résulte du jeu de la concurrence entre opérateurs économiques à un moment donné et de leurs anticipations respectives sur les profits qu'ils pourront tirer dans l'avenir de l'exploitation de cet élément d'actif.

Or cette idée n'est pas conciliable avec les principes, posés par les articles L. 30 et L. 33 du Code du domaine de l'État, de fixation administrative des prix de locations et concessions relatives au domaine national et de possibilité de révision administrative des conditions financières des autorisations et concessions, nonobstant toute disposition contraire de l'acte d'autorisation ou de concession, à l'expiration de chaque période stipulée pour le paiement de la redevance.

Au-delà des débats suscités par les conditions dans lesquelles ont été accordées en France, et dans les autres pays de l'Union européenne, les licences UMTS⁵²², mériterait donc de retenir l'attention des gestionnaires de dépendances du domaine public la question générale de savoir si l'encadrement législatif et réglementaire relatif aux « *redevances pour occupation privative du domaine public* » n'est pas devenu inadapté aux exigences actuelles de transparence et de rationalité économique dans la détermination de la valeur des droits incorporels cédés par les personnes publiques.

519 - Voir notamment, pour une analyse critique des effets spéculatifs de la procédure d'enchères, Bertrand du Marais, « UMTS : l'idée de régulation est-elle encore soutenable ? » PA, 15 mars 2001 n° 53 et *Enchères et gestion publique* Rapport Elie Cohen et Michel Mongeot, Conseil d'analyse économique, La Documentation française Paris 2001.

520 - Art. 56 du Code du domaine de l'État.

521 - CE, 28 juillet 1999, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*, Rec. p. 256

522 - E. Guillaume : « Les principes d'égalité et de proportionnalité à l'épreuve des licences UMTS », Les Petites Affiches, 12 octobre 2001, n° 20.



Les développements qui précèdent autorisent à s'inscrire en faux contre deux opinions qui ont encore largement cours :

- La première est que les administrations publiques en France seraient foncièrement rétives à la notion de concurrence et mèneraient, sous la bannière du service public, une sorte de combat d'arrière-garde contre un mode d'organisation sociale où l'État, sinon ne régent plus tout, du moins n'est plus le seul détenteur de la définition de l'intérêt général ;
- La seconde est que la construction européenne serait, à l'inverse, exclusivement organisée dans l'optique de promouvoir la concurrence et que les autorités communautaires, arc-boutées sur l'idée de construire envers et contre tout le grand marché, seraient imperméables à d'autres finalités de l'organisation sociale et notamment au rôle des services publics, au point de mettre ceux-ci en péril...

La réalité n'est pas aussi simple. Les collectivités publiques, dans leur grande majorité, ont pris en compte leur ancrage dans un système d'économie de marché. Lorsqu'elles interviennent sur le marché, elles se soumettent aux lois de celui-ci. Lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques, en offre ou en demande de biens ou services, elles se savent soumises au principe de libre concurrence. Comme autorités publiques, elles n'ignorent pas devoir prendre en compte les conséquences de leurs actes sur le jeu de la concurrence. Bien plus, l'État a pris la mesure de ses responsabilités dans l'organisation et la régulation de la concurrence sur l'ensemble des marchés, y compris ceux où interviennent à titre principal des opérateurs publics, notamment par le biais d'autorités administratives indépendantes, en particulier le Conseil de la concurrence, qui n'ont rien à envier à leurs homologues étrangères, en efficacité et en confiance de la part des opérateurs concernés.

Inversement, les autorités communautaires sont devenues de plus en plus conscientes des exigences d'un intérêt général qui ne saurait toujours trouver son compte dans le libre jeu de la concurrence sur le marché. Les orientations actuelles de la politique communautaire donnent une large place à des objectifs généraux appelés à faire contrepoids à la seule exigence de la concurrence. En témoignent les dernières communications de la Commission sur les services d'intérêt économique général. En témoignent surtout les dernières décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, en particulier sur le poids à donner aux impératifs supérieurs d'intérêt général.

De ce point de vue, il convient d'éviter une tendance facile et fâcheuse à assimiler positions de la Commission et décisions de la Cour de justice des Communautés européennes. Cette dernière développe une jurisprudence qui sait faire la part entre les points de vue de la Commission et la prise en compte au fond des objectifs généraux du traité.

On peut se demander dès lors d'où peut venir la permanence des idées préconçues relevées plus haut.

Pour ce qui est de l'appréciation portée sur l'attitude des collectivités publiques en France à l'égard de la concurrence, deux explications peuvent être avancées :

- La première est que si les collectivités publiques sont conscientes du contexte concurrentiel dans lequel elles agissent et doivent agir, elles n'en ont pas tiré tous les enseignements dans leur fonctionnement interne. Les exigences de performance, qui pourtant sont au cœur de la dynamique de la concurrence et s'imposent au reste de la société, y jouent encore un faible rôle. Quels que soient les efforts fournis dans plusieurs secteurs, loin d'être négligeables, la réalité est que de nombreuses administrations ont réussi, au cours des années passées, à s'exonérer de l'effort de productivité demandé par ailleurs et que l'efficacité du secteur public n'est pas toujours à la mesure de ce que l'on pourrait en attendre.

Cette situation est d'autant préoccupante que l'efficacité de la « *sphère publique* » constitue un élément de la compétitivité des entreprises agissant sur le marché. En outre, ce secteur public se trouve lui-même confronté à une sorte de concurrence plus ou moins avouée et dont il convient d'apprécier toute la portée. Ainsi dans le domaine de l'éducation, domaine qu'il ne viendrait à l'esprit de personne de ne pas regarder comme une activité nécessitant une importante intervention publique faisant prévaloir les valeurs d'intérêt général, une évidente concurrence est perceptible au sein des structures existantes dans un même pays, y compris en France, mais surtout d'un pays à l'autre, au moins dans l'enseignement supérieur⁵²³. L'Union européenne vient au demeurant, pour faire pièce aux multiples initiatives qui se développent aux États-Unis et devant l'amorce d'un « *marché mondial de l'éducation* »⁵²⁴, de proposer aux États membres de faire en sorte de

523 - Voir sur le sujet le dossier de Globeco, *Vers un marché mondial de l'éducation*, sous la direction de Pierre Leroy, n° 22, juin 2001, p.21.

524 - À titre d'illustration de ce marché mondial de l'éducation et de la compétition qui s'y joue, Globeco cite : - la compétition que se livrent les pays pour attirer les étudiants étrangers, étant observé que sur les 1,7 millions d'étudiants qui en 1999 poursuivaient leurs études hors de leur pays d'origine, 560 000 étaient aux États-Unis, 200 000 en Grande-Bretagne et 130 000 en France ; - La tenue du premier salon mondial de l'éducation à Vancouver au Canada en mai 2000, en présence de 3 000 professionnels venus de 56 pays ; où les ministères et les universités côtoyaient les concepteurs et les fournisseurs de produits en ligne, les entreprises audiovisuelles et les organismes de téléenseignement ; et auquel la France participait par l'intermédiaire de Edufrance, groupement d'intérêt public créé par le ministère de l'éducation nationale en novembre 1998 pour attirer en France des étudiants étrangers et pour vendre dans le monde entier des contenus éducatifs en langue française dispensés par des organismes français ; - La décision du MIT (Massachusetts Institute of Technology) de mettre gratuitement à la disposition du monde entier la totalité de ses logiciels comprenant l'intégralité de ses 2 000 cours, avec les notes de professeurs, les photocopiés, les simu-



« devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et dynamique du monde ⁵²⁵ ». La Commission fait valoir en ce sens que : « Les pays (de l'Union) ne peuvent plus se permettre de se recroqueviller sur eux-mêmes et doivent au contraire regarder vers l'extérieur, afin de comparer leurs prestations avec celles de leurs voisins ».

- La seconde explication de l'image brouillée des administrations publiques françaises au regard de la concurrence, réside dans les difficultés de tous ordres rencontrées pour passer du modèle classique, où la puissance publique prend en charge elle-même la gestion de très nombreux services, quelquefois au détriment du bon exercice de ses missions essentielles, à une organisation étatique, pourtant largement prônée, dans laquelle l'autorité publique se concentre précisément sur ses missions, notamment de régulation, et délègue à des entreprises privées, choisies après appel à la concurrence, l'exécution de prestations de service précisément définies, voire abandonne totalement au jeu du marché la production de certains biens ou services.

Pour ce qui est de la façon dont est perçue la politique européenne, l'explication est certainement à rechercher au moins en partie dans le jeu de rôles précédemment évoqué qui incite la Commission à se concentrer sur ce qu'elle finit par regarder comme sa véritable mission historique, qui est de briser les conservatismes sous-jacents dans tous les États membres et qui freinent la construction de l'Europe. Il faut y ajouter la vocation hégémonique de la notion de concurrence qui tend à prétendre s'appliquer à toutes les situations, alors même que la notion de partenariat doit également être prise en compte.

Tous ces éléments d'incompréhension et toutes ces sources d'ambiguïté sont bien évidemment loin d'être levés, mais ils ne sauraient masquer la profonde évolution qui a marqué les perceptions tant des collectivités publiques françaises que des autorités communautaires à l'égard de ce qui est finalement la question centrale, **celle de la bonne conciliation entre l'impératif de la concurrence et les autres impératifs d'intérêt général dont les collectivités publiques ont la charge**. Les récents déboires d'une libéralisation débridée, notamment aux États-Unis, s'agissant plus particulièrement du marché de l'électricité, en montrent suffisamment la nécessité.

On a mis en évidence la diversité des cas dans lesquels l'action des collectivités publiques a ou peut avoir, dans son principe ou ses modalités, une incidence sur la concurrence.

Non seulement les initiatives et les pratiques des administrations centrales, des collectivités territoriales et des établissements publics, mais les choix du pouvoir réglementaire ou du législateur doivent fréquemment pouvoir être

lations d'examen et même certaines vidéos de cours, ce qui prendra dix ans et coûtera 100 millions de dollars ; – l'estimation de la banque Merrill Lynch selon laquelle le marché mondial de l'éducation sur internet représente déjà près de 10 milliards de dollars et pourrait s'élever à 50 milliards de dollars en 2003. On peut rappeler sur ce dernier point le développement de campus numériques dans les établissements d'enseignement supérieur et le fort engagement du Centre national d'enseignement à distance (CNED).

525 - Voir conclusions de la Présidence du Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000, reprises dans les conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001.



fondés sur une analyse économique de leurs répercussions sur le marché, propre à répondre aux critiques éventuelles d'atteinte au principe de la libre concurrence.

Les institutions publiques nationales et communautaires ne peuvent toutefois se dissimuler que si le développement des marchés concurrentiels est un stimulant indispensable de l'efficacité des collectivités publiques comme des entreprises, ces deux types de structures ne sont pas soumises aux mêmes contraintes. Les secondes doivent s'adapter aux conséquences de la mondialisation des marchés sur la nature et la localisation de leurs activités. Les premières doivent s'adapter à l'évolution des caractéristiques et des attentes de la population résidant sur un territoire donné, façonné par la géographie et l'histoire, attentes qui ne sont pas que celles de consommateurs mais aussi celles de contribuables et de citoyens titulaires de droits.

Si l'on veut bien admettre que relève de l'intérêt général un développement économique et social équilibré et durable, il est clair que cela implique de la part des autorités publiques à la fois un respect du marché et une distance par rapport au marché.

C'est ce qu'exprimait le principe classique du droit français de liberté du commerce et de l'industrie avec sa double implication : il n'entre pas dans le rôle de l'État et des collectivités territoriales de faire concurrence à des entreprises privées ; en revanche, il leur appartient, dans le but de garantir des droits fondamentaux et les intérêts supérieurs de la nation d'équilibrer le jeu du marché, non seulement par l'exercice des fonctions régaliennes, mais aussi par la prestation continue de services d'accès universel à un coût abordable par toute la population.

Il est nécessaire d'insister sur le fait que la différence, classique en droit français, entre service public administratif et service public industriel et commercial est, en réalité, moins significative que la différence entre service public et libre entreprise. Certes, en principe, le service public industriel et commercial est financé par l'utilisateur tandis que le service public administratif l'est par le contribuable, et la place du droit privé est prépondérante dans le fonctionnement du premier tandis que le second est, en principe, régi par le droit public.

Cependant, au-delà de cette différence largement liée à l'histoire économique et juridique de la France, il y a une unité fondamentale du concept de service public qui ne doit pas être perdue de vue. La personne morale chargée de ce service, qu'elle soit une personne publique ou une entité de droit privé, est tenue par les principes de continuité et d'égalité de traitement des usagers du service. À la différence d'une entreprise ordinaire, elle ne peut décider librement ni du contenu de son activité ni de sa politique tarifaire. Ce n'est pas une libre entreprise.

Ce constat conduit d'abord à penser que l'idée d'égalité de concurrence entre personnes publiques et personnes privées, dans le champ de l'économie, n'a qu'une portée relative. Elle est en quelque sorte le sous-produit du principe de neutralité en ce qui concerne la propriété publique ou privée des entreprises, prudemment posé par le droit communautaire dès l'origine. Elle a sans doute



comme vertu de protéger la libre entreprise et de favoriser, au sein de l'État et des collectivités publiques, à la fois le plein emploi du potentiel de compétences disponibles et une approche de comptabilité analytique. Elle risque néanmoins d'être mal comprise et, à terme, d'entraîner une perte de repères consensuels sur les fonctions et les modes d'action normaux de l'État et des collectivités territoriales.

On peut en outre, de manière plus fondamentale, se demander si le champ d'application du droit de la commande publique, imposé par les directives communautaires actuellement en vigueur à partir d'une définition extensive de la notion de pouvoir adjudicateur, ne devrait pas conduire à une conception plus souple des relations « in house » dans le souci de ne pas entraver les aménagements institutionnels dans la sphère publique et de prendre en compte la notion de partenariat dans les relations entre l'État et les collectivités territoriales notamment.

On peut aussi s'interroger sur les conséquences à tirer à terme de ce que, comme l'affirme la Commission européenne dans sa communication du 20 septembre 2000, « *les services d'intérêt général sont un élément clé du modèle européen de société* ». Force est en effet de constater que l'article 16 CE, dans sa rédaction résultant du traité d'Amsterdam, ne concerne que les services d'intérêt économique général, en conséquence du fait que les règles relatives au marché intérieur et à la concurrence ne s'appliquent pas aux activités non économiques et donc ne s'appliquent pas non plus aux services d'intérêt général relatifs à ce type d'activités.

On se trouve donc actuellement dans une situation quelque peu paradoxale où ni le traité instituant la Communauté européenne, ni d'ailleurs le traité sur l'Union européenne ne traitent de façon globale des services d'intérêt général et où seuls ceux d'entre eux qui concernent les secteurs de l'énergie, du transport, et de la communication se sont vus assigner l'obligation de fonctionner sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission.

Cette situation s'explique, certes, par le choix initial de parier sur l'économie marchande comme ressort de la construction de l'Europe, avec son corollaire de libéralisation des services publics nationaux en réseaux fournisseurs de services marchands, en vue de créer un marché intérieur ouvert et concurrentiel, choix lié à la nécessité de contourner les obstacles résultant des différences de tradition juridique, politique et sociale des États membres.

Il reste, si l'on prend un peu de recul, que la distinction au sein des services d'intérêt général entre services marchands et services non marchands est en partie artificielle et cela pour deux raisons. Sur un plan global, la compétitivité de l'économie européenne est autant tributaire de la performance des services régaliens ou sociaux, dans le domaine notamment de l'éducation, de la santé ou de la protection sociale, lesquels sont hors champ du traité, que de celle des services dits d'intérêt économique général, la frontière entre les deux secteurs étant au surplus susceptible d'évolution. Par ailleurs, que le service d'intérêt général soit principalement financé par les usagers ou par les contribuables, il est dominé par des principes identiques.



On ne saurait donc affirmer que les services d'intérêt général sont un élément clé du modèle européen de société sans prendre en compte cette réalité. Cela signifie que le chantier d'une politique européenne appréhendant tous les services d'intérêt général devrait être ouvert dans une perspective plus large que celle de la protection des consommateurs par la promotion de la concurrence.

Certes, le principe de subsidiarité reste une nécessité dans le traitement de ce qui est au cœur des traditions nationales. Cependant, l'adoption, acquise en 2000, d'une Charte des droits fondamentaux pourrait sans doute servir de point de départ à un inventaire commun de ceux de ces droits fondamentaux dont l'effectivité est suffisamment garantie par l'édition de normes et l'exercice d'un pouvoir de police du marché et de ceux pour lesquels ce résultat ne peut être atteint que par l'existence, au niveau adéquat, de services d'intérêt général, sinon assurés directement par des autorités publiques, du moins relevant de leur responsabilité juridique et politique.

En définitive, au-delà de la technicité des questions qu'elle a conduit à évoquer, la confrontation des concepts de concurrence et de collectivités publiques amène à un constat simple : la concurrence est une composante de l'intérêt général qu'il appartient aux collectivités publiques de protéger, et le cas échéant de cantonner, dans l'exercice de leur mission de mise en œuvre des droits fondamentaux.



Contributions



Interventionnisme et droit commun

Esquisse d'une histoire

*François Burdeau,
professeur à l'université
Panthéon-Assas (Paris II)*

Les incertitudes des temps présents invitent souvent à un retour vers le passé. Face aux interrogations que suscitent les récents développements de la jurisprudence administrative à propos de la révérence due par tous au jeu de la concurrence dans notre société marchande, ce genre d'attitude peut paraître légitime. L'Histoire, en effet, permet d'entrevoir comment se sont inscrites dans l'ordre juridique, au fil du temps, les interventions économiques des personnes publiques, par rapport à quoi les orientations jurisprudentielles actuelles peuvent être appréciées. Sans doute, dans cette perspective, la référence à un droit commun peut-elle paraître équivoque. Le brouillage des frontières séparant traditionnellement droit privé et droit public n'est-il pas particulièrement achevé dans la sphère de la production, des échanges et des services, depuis les nouvelles directions données au régime des interventions publiques, au point d'autoriser l'identification d'un « *droit économique* » commun à tous les opérateurs, quelle que soit leur nature ? Sans même prendre en considération les réticences de ceux qui choisissent de ne point abandonner le vieux clivage, compte tenu de l'autonomie et des singularités du droit public de l'économie¹, le droit commun dont il s'agit ici ne renvoie pas à des règles de cette nature, mais désigne selon le sens usuel celles qui encadrent et disciplinent les opérations des entreprises privées.

À la recherche du traitement que leur ont réservé les autorités publiques, un premier constat s'impose, qui touche aux principes : ceux que postulait la doctrine libérale, pour avoir été plus ou moins gravement malmenés par les politiques publiques successives, sont toujours demeurés assez résistants pour servir de bornes à l'extension des pouvoirs administratifs dans une sphère communément laissée à la libre compétition de chacun, aussi « *administrée* » et orientée qu'elle ait été. En conséquence de la pérennité de cette appréciation fondamentale, le modèle de l'entrepreneur privé resta doté d'une dynamique telle qu'il devait s'imposer et constamment rejaillir sur le statut juridique des opérations publiques. Pour peu que l'on admette la réalité de cette double composante d'une tradition, les voies empruntées depuis peu par le juge administratif paraîtront peut-être moins révolutionnaires qu'on serait porté à le croire.

1 - Parmi une abondante bibliographie, citons seulement : G. Farjat, *La notion de droit économique*, Arch. de philos. du droit, 1992, 27 s. et M. Bazex, « Le droit public de la concurrence », *RFDA*, 1998, 781 s.

*
* *

Dans le contexte français, le laisser-faire, laisser-passer, slogan emblématique du libéralisme économique, n'a jamais pu fonder une politique d'abstention des pouvoirs. Tout un héritage de blocages, une accoutumance aux privilèges, redoublés par une tradition étatiste dont il est banal de rappeler la profondeur de l'ancrage historique, antérieur même au siècle de Louis XIV et au colbertisme, incitaient à la multiplication des immixtions publiques dans la vie économique. La présence constante parmi les structures de l'État et le renforcement des services administratifs à compétence économique en offrent une première illustration. Deux grands principes libéraux n'en persistent pas moins à servir d'assise à une large part des règles reçues : la liberté et l'égalité dans son usage.

En proclamant la liberté du commerce et de l'industrie, ce n'est pas une technique optimale de développement qu'ont consacrée les Révolutionnaires, mais un droit de l'homme. Si la Déclaration de 1789 l'ignore, ce n'est pas faute pour certains Constituants d'en avoir proposé la reconnaissance. Cette lacune fut comblée par le fameux décret d'Allarde – la loi du 2-17 mars 1791 – dont la disposition trouva bientôt place dans la constitution de 1791, puis dans toutes les constitutions républicaines, jusques et y compris celle de la deuxième République. Aucun texte, depuis lors, ne l'a abrogée ; la loi révolutionnaire continue à être visée et la liberté qu'elle fonde devait être érigée, comme on sait, au rang de principe général du droit, et pour une de ses composantes -la liberté d'entreprendre – à celui de principe à valeur constitutionnelle.

Cependant, en-dehors même des périodes exceptionnelles - Gouvernement révolutionnaire à la fin du XVIII^e siècle, guerres, parmi lesquelles surtout les deux conflits mondiaux – il n'y a sans doute pas de liberté à avoir subi autant d'atteintes. À toute époque, l'État l'a entravée ou méconnue, tantôt pour la conjuguer avec d'autres droits non moins sacrés, tantôt au nom d'intérêts supérieurs. Evoquons d'un mot les longues restrictions dont elle fut l'objet pour les échanges extérieurs, en raison des pressions protectionnistes exercées sur l'État, avec de rares et brèves périodes de libre-échange, jusqu'au milieu du siècle dernier. À l'intérieur, le grand principe libéral postulait la liberté d'entreprendre. L'existence constante de monopoles publics hérités de l'Ancien régime, qui en connaissait de nombreux - postes et ménageries, tabac, arsenaux, entreprises d'armes et de munitions - ou bien apparus au XIX^e siècle en matière de transports ferroviaires, d'adduction d'eau, de distribution d'éclairage au gaz et à l'électricité - sous la forme de monopoles de fait en ce qui les concerne – de télégraphe puis de téléphone... a pour de longues décennies fermé à l'initiative privée des pans entiers de l'industrie et du commerce. Au siècle suivant, le gonflement du secteur public produit par le solidarisme, l'engouement pour les Offices créés sous la forme d'établissements publics, les vagues successives de nationalisation, ainsi que l'essor des sociétés d'économie mixte, ont encore restreint le champ laissé à l'initiative privée. Cette pente expansionniste ne devait être inversée que tout récemment par les politiques successives de privatisation. D'autre part, la réglementation de diverses professions, le régime propre aux établissements dangereux, le



système des autorisations et des concessions, ont toujours entamé la liberté des opérateurs privés. Elle impliquait en outre d'abandonner au marché la détermination des prix. Ce mécanisme fut contrarié, pour des raisons d'ordre public, en ce qui concerne les commerces d'alimentation de base, jusqu'à ce que le Second Empire n'en libéralise le régime, avant d'être l'objet de restrictions plus générales au lendemain de la deuxième guerre mondiale, qui ont été depuis lors levées.

Certes, l'interventionnisme, à la différence du dirigisme dont la France fit l'expérience dans les moments les plus critiques de son histoire, n'est pas en lui-même destructeur de la liberté. Il peut au contraire viser à son enrichissement. Les pratiques de l'ancienne monarchie en témoignent : les manufactures privilégiées par l'État royal, à l'instar de celles qu'il gérait, se trouvaient soustraites au régime contraignant des corporations, assurant l'existence d'une liberté introuvable le plus souvent ailleurs. De la même façon, loin de l'entraver, les politiques suivies depuis le XIX^e siècle, pour propager les innovations, promouvoir la concertation et l'information des producteurs et surtout développer les circuits publics de crédit, lui ont offert les voies et moyens d'un épanouissement fructueux. L'économie libérale devait encore tirer profit, dans la seconde moitié du XX^e siècle, de la planification et des mesures incitatives, d'autant plus qu'une politique de « *contractualisation* » tendait à se substituer à des méthodes autoritaires.

La liberté de créer son entreprise, la gérer, produire, échanger, est restée en tout cas un droit opposable, sinon au législateur avant notre République, du moins à l'autorité administrative. Dès les premiers développements du recours pour excès de pouvoir, à la fin des années 1850, les règlements de police ne peuvent régulièrement contrarier l'exercice de cette liberté que dans la mesure requise par les nécessités de l'ordre public². C'est encore, rappelons-le d'un mot, pour la sauvegarde de ce droit, que la jurisprudence, longtemps marquée par l'orthodoxie libérale que le Conseil d'État partageait avec les autres grands corps, a conditionné la légalité de la création de services publics locaux marchands à la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée, ou en tout cas, à l'existence d'un intérêt public.

L'égalité, second droit à être consacré par la Déclaration de 1789, est l'autre valeur qui fonde le régime des opérations économiques. En se combinant avec la liberté, elle assure la formation et le fonctionnement d'un marché où les intervenants entrent en compétition, sans que son jeu ne puisse être faussé par des pratiques déloyales que sanctionnent les codes. Toutes les interventions publiques de caractère inégalitaire n'ont pas eu pour résultat de paralyser ou d'entraver l'action de ce mécanisme concurrentiel, puisque les mesures discriminatoires d'inspiration compensatrice au profit de certaines entreprises, d'un usage courant depuis des siècles et qui se sont multipliées, sous un contrôle de leur octroi plus strict du juge depuis la fin des années 1960, leur permettent de demeurer dans la compétition. Il reste que nombre d'entre elles eurent des effets inverses. Sous l'Ancien régime déjà, l'existence d'entreprises publiques ou semi-publiques dotées de droits exclusifs - le plus célèbre exemple en est fourni par la Compagnie des Indes orientales, dont le capital était formé à

2 - CE 30 juin 1859, *Bouchers de Lyon*, R. 451 et même jour, *Tripiers de Lyon*, R. 454.



parts quasi égales de fonds publics et privés - eut des effets perturbateurs. Il arriva encore aux gouvernements, durant le XIX^e siècle, d'encourager en sous-main la constitution d'ententes entre producteurs, là où elles paraissaient bénéfiques, alors même qu'ils combattaient les monopoles privés menaçant les intérêts publics³. Plus tard, pendant l'entre-deux-guerres, la crise financière dont souffrent les collectivités territoriales a conduit à accorder des avantages aux effets anti-concurrentiels aux services publics locaux industriels et commerciaux. Longtemps aussi, les interventions publiques au sein du secteur concurrentiel ont été soutenues par l'octroi de privilèges divers.

Pour avoir été si souvent perturbé, tantôt dans le dessein de soutenir une économie capitaliste habituée à l'assistance étatique, devenue de surcroît vitale dans les périodes où elle est en grand péril, tantôt par volonté de limiter le jeu de la loi du profit dans les secteurs les plus sensibles de l'économie nationale, le principe de l'égale concurrence n'a jamais été relégué au rang d'accessoire désuet. À l'occasion de nombre de ses incursions dans le marché, l'Administration a été constamment invitée à ne pas le transgresser. C'est vrai déjà dans l'intérêt des finances publiques. La mise en concurrence des candidats par le recours à l'adjudication est ainsi une règle de la formation des marchés de travaux publics depuis au moins le XVII^e siècle. Elle s'est étendue aux ventes nationales sous la Révolution, puis aux marchés de fournitures de quelque importance au cours des premières décennies du XIX^e siècle. Et si, longtemps, les concessions ont pu faire l'économie de ces formes, en matière d'exploitation des mines, depuis le milieu de ce même siècle, l'administration est tenue à une publicité qui vise aux mêmes résultats. C'est encore le souci de ne pas rendre la concurrence inégale qui a conduit les auteurs de la loi du 13 juillet 1906, instituant le repos hebdomadaire, à subordonner la validité des dérogations préfectorales à leur octroi à l'ensemble des établissements de même nature et du même lieu.

Une jurisprudence ancienne, due aux initiatives des magistrats judiciaires, est particulièrement révélatrice de la puissance de cette préoccupation. Son fondement, depuis le milieu du XIX^e siècle, n'a jamais été remis en question : en l'absence de dispositions contractuelles contraires, ne peut être interdite de façon générale à des concessionnaires toute activité autre que celle constituée par le service même qui leur a été confié⁴. Encore faut-il cependant que ces opérations, du fait de leur nature « accessoire », assurent l'amélioration du service et ne constituent pas, de la part des compagnies, un « *abus du monopole* » qui leur a été confié, se traduisant par des « *actes de concurrence déloyale* », compte tenu de leurs privilèges⁵. Inaugurée à propos des pratiques développées par les concessionnaires de chemins de fer, cette jurisprudence

3 - Voir, par exemple, les pratiques révélées par M. Gillet dans son ouvrage *Les charbonnages du Nord de la France au XIX^e siècle*, cit. par G. Thuillier et J. Tulard, « L'État et le contrôle de l'économie en France au XIX^e siècle », *Revue internationale sciences administratives*, 1986, 339, n.11.

4 - Principe posé pour la première fois par Cass. civ. 7 juillet 1852, cassant un arrêt de CA Colmar, S. 1852.1.713.

5 - Cass. civ., 5 juillet 1865, *Chemins de fer de l'Est*, S. 1865.1.441 ; Cas. req. 19 décembre 1882, confirmant CA Aix, 15 février 1882, S. 1884.1.433. Voir aussi CA Paris 2 août 1900, *Chambre syndicale des grands hôtels*, D. 1900.2.484. Nous ne suivons pas exactement dans l'analyse de cette jurisprudence, comme dans celle qui suit, la présentation qu'en donne D. Loschak, dans un article essentiel : Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées, *AJDA*, 1971, 261s.

fut bientôt étendue aux sociétés concessionnaires de services locaux marchands. Dans la ligne, en effet, des solutions finalement retenues pour clore « *la longue querelle du gaz et de l'électricité* », les tribunaux ont entendu veiller à ce qu'elles ne commettent pas non plus d'« *abus du monopole* »⁶. Au cours des années trente, cette doctrine fondée sur la nécessité de préserver « l'équale concurrence » entre intervenants publics et privés gagna les activités de transport⁷, au moment où s'exacerbe la rivalité entre sociétés de transports concédés et transporteurs privés, que tenta d'apaiser le décret-loi du 19 août 1934 sur la coordination du rail et de la route. Elle reçut l'aval du Conseil d'État⁸. Après guerre, la prise en considération d'une éventuelle inégale concurrence due à des organismes privilégiés, tels qu'une entreprise municipale ou un établissement public, se livrant à des activités annexes, n'est pas absente de quelques décisions, tant administratives que judiciaires⁹. Un tel processus pourtant, tendant à interdire tout déséquilibre engendré dans le fonctionnement du marché par les avantages dont disposent les personnes publiques, est resté, avant les ultimes décennies du siècle dernier, inachevé.

En faisant du marché, tout aménagé qu'il ait été, un lieu privilégié pour l'exercice par chacun de sa liberté, avec une chance égale à celle des autres d'affronter la concurrence, notre droit a inscrit profondément les opérations économiques dans une sphère marquée par la protection des droits des particuliers. Il fallait rappeler ces faits, aussi connus soient-ils, pour comprendre la force d'attraction qu' a exercée sur la configuration des entreprises assurées ou assumées par les autorités publiques, la logique à l'œuvre dans le secteur privé. Or, l'on n'a peut-être pas toujours pris la mesure exacte du processus à l'origine de ce phénomène de contamination.

*
* *

La pente spontanée qu'étaient portés à suivre les pouvoirs publics n'allait sans doute pas dans ce sens. Comme en font foi les pratiques développées par l'État royal, lorsqu'il pénétrait dans le secteur marchand, il était prompt à écarter les contraintes usuelles et à s'octroyer une condition privilégiée. La Révolution fut impuissante à inverser cette tendance. Au milieu du XIX^e siècle, l'économiste G. de Molinari n'avait pas tort de remarquer qu' »*on s'était accoutumé à croire que les gouvernements, ayant à remplir une mission de caractère sublime, ne pouvait rien avoir de commun, dans leur mode d'établissement et de fonctionnement, avec la multitude des entreprises et l'on n'eut même pas l'idée que les règles qui s'appliquent à celles-ci*

6 - CA Dijon, 17 mars 1913, *Bouzereau*, S. 1917.2.105, n. A. Mestre.

7 - T. com. 1^{er} juin 1931, 2 jugements : *Gendrault et autres* ; *Gendrault et Govres*, en partie confirmés par Cass. civ. 20 juin 1934, *Cie des voies ferrées écon. du Poitou*, Gaz. Pal., 1934.2.328 ; Cass. civ. 15 janvier 1936, *Cie des omnibus et tramways de Lyon*, Gaz. Pal., 1936.1.477, cassant l'arrêt de CA Lyon du 5 novembre 1930, *Gazette du Palais*, 1931.2.367.

8 - CE 26 juin 1931, *Chambre syndicale des loueurs propriétaires d'autocars*, R.707. Dans CE 24 novembre 1933, *Zénard*, R.1100, le juge prend en considération une amélioration des conditions de la concurrence pour admettre la légalité d'une mesure municipale interventionniste.⁸

9 - Voir les références dans l'article cité de D. Loschak, et M. Bazex, « La concurrence réglée : secteur public et privé », dans : J.-M. Rainaud, R. Cristini (s. dir. de), *Droit public de la concurrence*, 1987, 231 s.



pouvaient également leur être applicables »¹⁰. Ce constat, effectué au spectacle des services administratifs, est valable encore pour les établissements industriels et commerciaux de l'époque. Exploitant le plus souvent en régie des monopoles, ils étaient des instruments de la puissance publique, où les règles de droit privé se trouvaient écartées¹¹. Avec la multiplication des interventions de l'État industriel et commerçant, cette condition dérogatoire fut l'objet de contestations particulièrement virulentes de la part des magistrats de l'ordre judiciaire, au nom de la sauvegarde des droits dont ils se voulaient les garants. Leur combativité sans éclipse fut telle qu'ils réussirent d'abord à imposer un principe d'assimilation, que le droit administratif consacrait, mais en en dilatant le champ d'application, appelé à se métamorphoser au siècle suivant en critère de similitude.

Depuis qu'un droit administratif existe, nul ne conteste que son domaine exclut les propriétés de l'État et des collectivités locales, comme les contrats qui s'y rapportent. Celles-ci, comme celui-là, sont censés être des personnes civiles, régies à ce titre par le droit commun. « *Cette assimilation, écrit Locré au temps du premier Empire, vient de ce que les biens et les droits que les sociétés politiques possèdent, sont leurs propriétés, constituent leur patrimoine et que, pour cette raison, ils sont de la même nature que ceux des particuliers et régis par les mêmes principes* »¹². Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, et au-delà encore, le doctrine comme la jurisprudence ne dévièrent pas de cette voie¹³. Elle invitait à des extensions que ne manquèrent pas d'opérer les tribunaux et les cours. Car, pourquoi n'assimilerait-on pas de la même façon l'État ou les communes à des personnes privées, lorsqu'ils usent pour la gestion de leurs services des actes que le Code civil met à la disposition de tous ? Telle fut bien la démarche des juges à propos des baux de passage sur les rivières ou ceux relatifs aux services communaux, en considération de ce que, là aussi, c'est la personnalité civile de l'État ou celle des collectivités locales qui transparait¹⁴.

Un raisonnement de cette nature trouva ultérieurement son terrain d'élection dans le domaine des services commerciaux assumés par l'État. On en découvre la première expression, sous la deuxième République, dans un litige mettant en cause un service de paquebots sur la Méditerranée pris en charge par l'État¹⁵. Mais c'est l'établissement de grandes compagnies concessionnaires de chemins de fer qui lança réellement l'offensive des magistrats. Depuis le début des années 1860, la Cour de cassation exclut ainsi de la sphère du service public, donc de la puissance publique selon la conception de ce temps, tout « *fait particulier* » d'un concessionnaire se livrant à son « *exploitation industrielle* »¹⁶. La même jurisprudence s'appliqua au réseau des chemins de fer de l'État, depuis son organisation en 1878, et gagna des

10 - *Cours d'Économie politique*, 2^e éd., II, 1863, 515.

11 - Voir E. Gombeaux, *La condition juridique de l'État commerçant et industriel*, Th. droit, Caen, 1904.

12 - Conseil d'État, Contentieux, Propriété, Rec. Sirey, 1809, 2, 161.

13 - En matière de baux, écrit par ex. F. Laferrière, « *l'État, dans ce cas, est assimilé à la personne individuelle* » : *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, 3^e éd., II, 1850, 54.

14 - Voir G. Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration - Vicissitudes d'une ambition*, 1999, 294 s.

15 - TC 26 juin 1850, *Asnif-Loutfyane*, R. 614.

16 - Cass. civ. 1er août 1860, *Chemins de fer de l'Est*, S. 1860.1.853.

établissements communaux, tels que les abattoirs, et les concessionnaires de canaux et de mines¹⁷. Ainsi prend corps une idée qui aura la vie longue : l'incompatibilité absolue du service public, ou si l'on préfère, de la puissance publique puisque les deux expressions sont alors synonymes, avec toute activité marchande, autre que celle ayant un monopole public pour objet. Considéré sous cet aspect, le concessionnaire n'est qu'un propriétaire privé comme les autres, qui fait valoir son affaire, et les agents de l'État, dans cet office, sont les représentants d'une personne privée, à laquelle il est assimilé¹⁸. En revanche, dès lors que cette assimilation est écartée, le service est nécessairement administratif¹⁹. Dans cette mesure, l'application des règles du droit commun ne doit rien à l'identification d'une gestion privée d'un service public, les deux termes étant, selon les idées reçues, rigoureusement antinomiques.

Alors qu'avant même la fin de la monarchie de Juillet, il avait écarté la prétention des juges à se saisir du contentieux des baux non domaniaux²⁰, et que le premier Tribunal des conflits lui avait emboîté le pas en matière d'établissement commercial étatique, en considérant qu'« *un service essentiellement d'intérêt public* » ne peut être qu'un service public²¹, le Conseil d'État, suivi encore une fois par le nouveau Tribunal des conflits, adhéra à la thèse judiciaire, excluant de la sphère de la puissance publique tout fait d'exploitation²². E. Laferrière le reconnaissait sans ambages à propos du réseau des chemins de fer de l'État : « *Si l'exploitation d'un chemin de fer, écrit-il dans son Traité, est un service d'intérêt général, elle n'est pas un service public au sens juridique du mot ; ce qui domine en elle, c'est une entreprise de transports, une exploitation commerciale* »²³. Simplement, la juridiction administrative se sépare de sa rivale judiciaire dans sa définition des faits d'exploitation, en refusant d'en retenir l'existence dès lors que l'ouvrage public, que sont la voie ferrée et ses annexes, est impliqué²⁴.

Dans cet état du droit, puisque les actes de puissance publique, entraînant un régime juridique dérogatoire, sont, comme l'écrit encore E. Laferrière, ceux-là même « *qui excèdent les facultés des citoyens* »²⁵, dès qu'une opération sort de cette catégorie, en l'absence de dispositions légales contraires, elle identifie celui qui l'accomplit à un particulier et entraîne l'application des règles communes. On comprend qu'ainsi, pour la majorité des juristes du temps, seules les exploitations gérées en régie sous forme de monopole aient

17 - Voir pour la période antérieure à 1870 : G. Bigot, *ouv. cit.*, 407s. ; et pour celle qui lui est postérieure : C. Auzanneau, *La troisième République et le droit administratif impérial*, Th. droit Rennes, multigr., 2001, 125 s. ; 168 s.

18 - Dans l'aff. cit. *Asnif-Loutfy* de 1850, Cornudet concluait à propos de l'établissement de paquebots : « *si c'est là un service public [...] l'État ne peut l'accomplir à titre privé* ».

19 - Pour le service des colis postaux : Cass. civ. 11 février 1884, *Gerbaud*, S. 1884.1.386 ; pour la condition du personnel des chemins de fer de l'État : CE, 10 juillet 1885, *Charvet*, R. 664 ; Cass. civ. 18 novembre 1895, S. 1895.1.385. Voir aussi les remarques du commentateur de la jurisprudence dans RGA, 1898, II, 397.

20 - Cf. G. Bigot, *ouv. cit.*, 312s.

21 - Voir affaire *Asnif-Loutfy*, précitée.

22 - CE 28 juin 1864, *Martin et autres*, S. 1864.2.176 ; TC 22 juin 1889, Vergnioux, R. 772.

23 - Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1888, II, 179.

24 - Le Conseil d'État est là aussi suivi par le Tribunal des conflits : 2 mars 1901, *Dame veuve Varin, Champagne*, R. 254.

25 - Ouvrage cité, I, 1887, 429.



une nature publique, puisque, réservées à la puissance publique, les activités dont elles sont le cadre sont par définition fermées aux particuliers²⁶.

Pour les autres entreprises, qu'elles soient gérées directement par les autorités publiques ou par l'entremise de concessions, ce n'est pas leur éventuelle ressemblance avec des établissements privés qui leur vaut d'être gouvernées par le même droit qu'eux²⁷. C'est parce que leurs opérations industrielles ou commerciales, étant de la nature de celles que tout entrepreneur accomplit, ne peuvent être censées exprimer la puissance publique, ou s'inscrire dans le cadre de l'exécution d'un service public, mais être effectuées par des personnes privées, ou assimilées à elles, agissant pour leur propre compte.

Un glissement, cependant, s'opéra qui conduisit de l'assimilation à une entreprise ordinaire à la prise en compte des similitudes que présentent, dans leur organisation et leur fonctionnement, les établissements des collectivités publiques avec ceux du secteur privé. Ainsi put s'imposer l'idée d'une gestion privée des services publics. Tout, de fait, invitait à cet infléchissement dès le début du siècle dernier : la disqualification de la puissance publique comme élément indissociable du service public, soutenue par une partie de la doctrine universitaire et de celle des commissaires du gouvernement²⁸ ; surtout, la consécration par la jurisprudence d'actes de gestion privée pris pour l'exécution des services publics. Avant la grande guerre, on découvre dans de rares arrêts l'amorce d'une évolution des esprits dans cette direction²⁹. Cependant, le mouvement n'a pas encore atteint son terme.

Ce n'est pas le célèbre arrêt *Bac d'Eloka*, du Tribunal des conflits, qui le fit réellement aboutir après guerre³⁰. C'est sûr à considérer d'abord le raisonnement du commissaire du gouvernement Matter. Car, lorsque ce magistrat de la Cour de cassation revendique la compétence judiciaire, pour connaître des dommages causés par le service des transports de la colonie de Côte d'Ivoire, il reste parfaitement tributaire des conceptions traditionnelles. En relevant que cette entreprise, parce qu'elle est étrangère aux « *fonctions normales de l'État* », ne saurait être « *par essence d'administration* », il exprime sous une autre forme ce que ses collègues ont toujours affirmé : l'impossibilité de découvrir la présence d'un service public, là où l'État sort de son domaine réservé pour offrir des prestations telles que quiconque peut le faire, et pour cette raison son inévitable dégradation au rang de personne privée. Vingt ans auparavant, Laferrière, dans ses fonctions de procureur général à la Cour de cassation, concluant dans l'affaire *Dessauer*, affirmait déjà qu'eu égard à ce

26 - Voir M. Hauriou, note s. CE 20 février 1891, *Chemins de fer du midi*, S. 1893.3.19 ; les conclusions du com. du gouv. Romieu s. CE 1^{er} février 1901, *Descroix et autres boulangers de Paris*, S. 1901.3.41 ; la note d'A. Mestre s. Cass. Req. 18 avril 1910, *Cie des tramways élect. de Lille*, S. 1911.1.33. Cette opinion était repoussée par H. Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1901, 72.

27 - *A fortiori*, le critère de la similitude est sans pertinence à propos des monopoles publics. Rappelons-nous les propos de David, dans la fameuse affaire *Blanco*, pour qui le fait qu'une manufacture de tabac présente « *une grande ressemblance avec une entreprise privée* » est inopérant à écarter la compétence administrative (TC 8 février 1873, S. 1873.3.153).

28 - On songe évidemment à Duguit et à Romieu.

29 - CA Paris 21 juin 1898, *Dessauer*, D. 1899.2.289 : l'opéra comique est envisagé comme un service public ; CA Dijon 17 mars 1913, *Bouzereau*, cit. Pour l'annotateur de cet arrêt, A. Mestre, une société d'éclairage est bien « *associée* » au fonctionnement d'un « *service public* ».

30 - TC 22 janvier 1921, S. 1924.3.34.

que l'offre de représentations théâtrales est étrangère à « *la fonction de l'État* », il ne saurait s'agir d'un service public justifiant un régime de droit public³¹. En revanche, l'argumentation retenue par le Tribunal des conflits peut paraître à première vue plus ambiguë. Elle prend en effet fond sur ce que la colonie exploite « *un service de transports dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* », pour écarter, conformément aux conclusions de Matter, la compétence administrative. Dans la mesure, cependant, où il prend bien soin de ne pas parler à son propos de « *service public commercial* », c'est qu'il considère l'entreprise comme un service privé, donc imputable à la colonie assimilée à une personne civile.

Une fois l'existence explicitement reconnue par le Conseil d'État, soucieux de ne pas être exclu du contrôle d'une part croissante des activités prises en charge par l'Administration, de « *services publics industriels* »³², la démarche assimilatrice devenait inutilisable. Si service public il y a, c'est nécessairement d'une personne publique qu'il relève, en un temps où la jurisprudence ne pouvait concevoir qu'un organisme privé fût, compte tenu de son activité, investi d'une mission de service public. De fait, ce n'est plus la nature de l'entrepreneur - l'État identifié ou non à une personne civile - mais uniquement « *la nature propre* » du service qui importe, pour ouvrir ou exclure l'application du droit commun³³. Ainsi, au terme d'une longue histoire, les organismes industriels et commerciaux dépendant de personnes publiques furent régis, pour une large part, par le droit commun, en raison de l'analogie que leur aménagement et leur fonctionnement présentaient avec ceux des établissements privés. Et cette ressemblance est restée un des critères d'identification de cette catégorie de services publics³⁴.

Maîtresses de ce secteur, tout particulièrement dans les rapports de ces services avec les usagers et les tiers, les règles du droit commun avaient une vocation naturelle, depuis l'entre-deux-guerres, à régir non seulement les sociétés d'économie mixte et, comme il se doit, les sociétés anonymes du secteur public, étrangères au service public, mais encore les établissements publics industriels et commerciaux dépourvus de toute mission de cette nature, quand bien même le transport de ces règles en dehors de leur champ d'origine leur valut de sérieuses altérations³⁵.

31 - Cass. civ. 12 juin 1901, D. 1902.1.372. Dans l'affaire *Mélinette*, la cour d'appel de Paris, dans le dessein de fonder la compétence judiciaire, affirmait encore que « *l'exploitation directe par la ville de Paris du service d'enlèvement des ordures ménagères fait partie des actes qui ne sont pas par essence des actes d'administration* » : TC 11 juillet 1933, *Dame Mélinette*, RDP, 1933, 426. Et non seulement G. Jèze excluait, comme tout le monde ou presque avant 1914, qu'un service industriel fût un service public (2ème édition de ses *Principes généraux du droit administratif*, 1914, 247), mais il soutient encore dans la 3e édition (III, 1926, 439 s.) qu'un service de cette nature n'est pas « *un service public proprement dit* ».

32 - CE 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, RDP, 1922, 74.

33 - CE, 5 mars 1924, *Société des Affréteurs réunis*, RDP, 1924, 387. Le commentateur de CE 6 mai 1931, Tondut, S. 1931.3.81, remarque que les SPIC, dans leurs rapports avec les usagers « *se présentent sous le même aspect qu'une entreprise commerciale ordinaire* ».

34 - CE 29 janvier 1932, *Kuhn*, S. 1932.3.97, n. J. Delvolvé. Dans sa note s. TC 22 janvier 1955, *Naliato*, M. Waline remarque : « *c'est cette similitude qui s'affirme de plus en plus comme le véritable critère des compétences contentieuses* ». V. à ce propos : C. Laviolle, « *Réflexion sur un critère méconnu du contentieux administratif : la dissemblance* ». *Les Petites Affiches*, 9 décembre 1989, 6 s.

35 - Pour un bilan à ce sujet, une décennie après les nationalisations de la Libération : J.-D. Bredin, *L'entreprise publique et semi-publique et le droit privé*, 1957.



Dans le jeu de ce processus, dont le droit de la régulation économique resta normalement exclu, les magistrats de l'ordre judiciaire ont tenu les premiers rôles. C'est de leur ambition que procède la soumission à un même droit d'une large partie des activités des intervenants sur le marché, qu'ils relèvent du secteur public ou privé. Et s'il n'avait tenu qu'aux juges judiciaires, sans doute la liberté laissée aux opérateurs publics de proposer leurs services aurait-elle été assortie, depuis longtemps, d'une obligation plus stricte de ne pas pervertir la loyauté de la compétition. Leurs efforts, en tout cas, périodiquement redoublés par les invitations faites aux services publics marchands, avant même le rapport Nora, de développer un « *esprit commercial* », afin d'être plus « *concurrentiels* », ont aidé à une évolution contraire au maintien de leurs singularités.

*
* *

Sur ce que l'avenir leur réserve, ainsi d'ailleurs qu'au champ appelé à demeurer celui du service public, l'Histoire n'a rien à dire. Elle autorise en revanche une mesure des apports récents de la jurisprudence à une longue tradition. À divers titres, ils se situent dans le prolongement d'un mouvement lancé il y a un siècle et demi. C'est sans doute, en effet, en fausser par trop le sens que de nier toute continuité et d'y voir la succession de deux phases bien distinctes : la première, dominée d'abord par la réticence à admettre la création de services marchands dans le secteur concurrentiel, puis par la reconnaissance d'une très large liberté d'action ; la seconde, conditionnée par le droit communautaire et les dispositions arrêtées sous son inspiration par l'ordonnance du 1er décembre 1986, caractérisée par la subordination de leur accès à ce secteur au respect de l'égalité concurrence. À vrai dire, ces diverses attitudes se combinent depuis longtemps, même s'il faut convenir de ce que la dernière a connu de longues éclipses. La reconnaissance récente du droit d'un établissement public à être candidat à un marché public ou une délégation de service public, d'autre part, n'est qu'une conséquence du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui, en l'absence de tout texte les en écartant, fondait aux yeux des magistrats de l'ordre judiciaire, depuis le milieu du XIX^e siècle, le droit des concessionnaires de services marchands à compléter leurs activités par des opérations non prévues expressément par leur traité³⁶. Et les juges, alors, ont affronté des difficultés analogues à celles auxquelles se heurtent leurs homologues administratifs dans l'appréciation des conditions matérielles où se trouvent des opérateurs publics, en sorte que puisse être établie l'existence ou non d'éventuels privilèges venant fausser le jeu de l'égalité concurrence³⁷.

36 - Avant C. Bergeal (CE sect. avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean Louis Bernard Consultants*, RFDA, 2001, 112), la Cour de cassation avançait dans l'entre-deux-guerres, qu' « *aucun texte de loi ne limite la liberté commerciale* », à propos des sociétés concessionnaires de services publics (Cas. civ. 15 janvier 1936, cit. n°7).

37 - Cf. les références données à la note 7, on voit les magistrats de l'ordre judiciaire rechercher dans les modes de financement, par des sociétés concessionnaires, d'activités étrangères à leur traité, ainsi que par les formes de leur comptabilité, la présence éventuelle d'une situation privilégiée.



Certes, en introduisant cette règle de l'égalité concurrence dans le bloc de légalité qui gouverne les actes administratifs, le Conseil d'État a indiscutablement innové. Sa démarche est pourtant loin d'être sans précédent. Elle est exactement celle qui l'avait amené, aux lendemains de la grande guerre, à introduire les services industriels et commerciaux dans le cercle du service public. Hier comme aujourd'hui, ainsi que le reconnaît d'ailleurs expressément le commissaire du gouvernement, J.-H. Stahl³⁸, dans l'affaire désormais célèbre *Million et Marais*, il s'agit de permettre à la haute assemblée de ne pas être exclue du contrôle d'activités publiques qui, sans cela, relèverait exclusivement en dernière instance du juge judiciaire. Plus que l'expression d'un choix qui a pu surprendre, cette jurisprudence, à l'instar de celle du début des années 1920, est le produit d'une nécessité, dès lors que le Conseil n'entendait pas faillir à la mission dont il est traditionnellement investi. On sait bien, enfin, qu'en cherchant à équilibrer, avec l'aval du droit communautaire, les contraintes plus fortes de la règle de concurrence par la prise en considération des obligations inhérentes au service public, le Conseil d'État demeure dans un rôle qui fut toujours le sien : concilier les intérêts publics les mieux établis avec le respect dû aux droits de chacun.

38 - AJDA, 1997, 945.



Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence

*Michel Glais,
professeur à l'université de Rennes I*

Évoquée pour la première fois aux États-Unis dans le cadre d'un contentieux impliquant une association de sociétés de chemin de fer contrôlant les accès à la ville de Saint Louis ¹, sollicitée de nombreuses fois par les tribunaux américains, la notion de « facilité essentielle » est tombée, au fil des années, dans une relative désuétude. Aux dires de nombreux observateurs de la jurisprudence concurrentielle américaine, ce concept aurait en effet été sollicité de façon tout à fait abusive pour décrire des situations sans réels rapports avec le seul souci de protection de l'accès à un marché aval où le propriétaire de la facilité supposée essentielle serait en concurrence avec des tiers. La plupart des économistes américains se sont alors accordés pour tempérer les ardeurs des partisans d'un élargissement du champ d'application de la section 2 du Sherman Act aux situations où des monopoles licitement constitués ne font qu'utiliser les attributs que leur confèrent leurs droits de propriété pour refuser à des tiers la possibilité de partager leur monopole.

C'est dans le cadre de la mise en place de cadres juridiques destinés à rendre opérationnelle la politique d'ouverture à la concurrence de marchés jusqu'alors gérés par des monopoles publics, que le concept de facilité (ou ressources ²) essentielle a été activé en Europe.

Bien que n'ayant pas donné lieu à des définitions totalement identiques ³, la notion de facilité essentielle peut être établie de façon précise sur la base de

1 - L'association en cause ne regroupant qu'une partie des sociétés de chemin de fer transitant par Saint Louis, la Cour Suprême des États Unis en conclut que les risques d'exclusion ou de discrimination des autres sociétés étaient indiscutables. Qualifiant l'infrastructure en question « d'essentielle » au libre exercice de l'activité des autres opérateurs, la Cour imposa l'obligation d'accueillir ces autres compagnies de chemin de fer au sein du consortium considéré. US/Terminal RR. 224 U.S. 383-1912.

2 - Ces deux termes seront considérés comme identiques dans la suite de l'exposé.

3 - Exemples de définitions :

- « installations ou équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et (ou) permettre à des concurrents d'assurer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables » (com. CE. Doc. 96. 649).

- « une infrastructure, un produit ou un service « indispensable » ou essentiel pour l'accès au marché pertinent se caractérisant par le fait qu'ils ne sont pas interchangeables et que, en raison de leurs caractéristiques particulières et, notamment du coût prohibitif de leur reproduction et (ou) du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché » (TPI. CE 15/09/98 Affaires jointes T 374/94, T 375/94, T 389/94, T 388/94).



critères économiques robustes (section 1). La justification de rendre libre l'accès à une telle ressource peut alors être prouvée grâce à des analyses économiques relevant de la théorie des relations verticales entre le titulaire, en amont, d'une position de force sur l'offre d'une ressource donnée et ses concurrents sur un marché aval, utilisateurs obligés de la ressource en cause (section 2). Décréter le principe de libre accès à une facilité essentielle ne suffit cependant pas à protéger le jeu de la concurrence sur des marchés où le monopoleur historique demeure le gestionnaire de ladite ressource. Encore faut-il que cet accès soit concrètement bien assuré et que soient également contrôlées les stratégies du gestionnaire unique sur les marchés aval au sein desquels il fait face à une nouvelle concurrence. La jurisprudence développée (en particulier dans le domaine des télécommunications) par les autorités de la concurrence se révèle à cet égard riche d'enseignements (section 3). La réactivation du concept de facilité essentielle ne s'est toutefois pas limitée au seul cas des marchés anciennement confiés à des monopoles publics. Elle s'est étendue à d'autres domaines de l'activité économique et s'est en particulier attaquée au principe de protection absolue de certains droits de propriété intellectuelle ou industrielle. Les limites d'extension de l'application de ce concept méritent donc d'être précisées avec suffisamment de soin pour ne pas tomber dans les travers dénoncés dans le passé par les économistes américains (section 4).

I – Définition et implications

Des différentes approches ou définitions d'une « facilité » (ou ressource) essentielle, il ressort tout d'abord que cette dénomination peut être attribuée aussi bien à une infrastructure ou un équipement qu'à un produit voire à un service.

En second lieu, pour prétendre au qualificatif « d'essentielle », la ressource en cause doit présenter au moins deux caractéristiques conjointement réunies. Preuve doit en effet être apportée :

- du caractère indispensable et incontournable de son utilisation pour un opérateur offreur d'un produit ou service déterminé ;
- de l'impossibilité ou, pour le moins, des considérables difficultés pour la dupliquer, rendant donc très probable le risque de la voir demeurer unique sur le marché.

a) Le caractère incontournable de son utilisation implique, par définition, qu'il n'existe aucune autre solution susceptible de la remplacer techniquement et économiquement. Cette exigence fait donc de la ressource en cause un marché en soi, au sens de la méthodologie adoptée par les autorités de la concurrence et basée sur le développement d'un raisonnement en trois étapes : – analyse de l'interchangeabilité fonctionnelle fondée sur la comparaison des caractéristiques pertinentes des produits susceptibles d'appartenir à un même marché, – mesure de l'interchangeabilité réactive, basée sur l'étude chiffrée des réactions des acheteurs à l'apparition d'écarts de prix entre les produits « rescapés » du test de l'interchangeabilité fonctionnelle, – vérifica-



tion de ce qu'aucune barrière ne puisse empêcher les opérations de substitution entre les produits véritablement interchangeables.

Pour se voir qualifier « d'essentielle » une facilité ou ressource quelconque doit donc présenter des caractéristiques à ce point spécifiques qu'elle ne puisse être remplacée par une autre ressource. Le critère d'absence d'interchangeabilité fonctionnelle s'avère donc le plus déterminant. À supposer toutefois que l'on ne puisse définitivement trancher sur la base de ce premier test, celui de l'interchangeabilité réactive doit pouvoir permettre de répondre objectivement à la question posée.

L'absence d'interchangeabilité peut toutefois s'avérer limitée dans le temps. Ainsi, la boucle locale filaire détenue par France Télécom a été jusqu'à présent considérée comme une infrastructure essentielle. Elle est encore peu susceptible d'être remplacée par la boucle radio, utilisatrice de la technologie hertzienne, pour des raisons techniques et de coûts. À terme, la substituabilité devrait toutefois apparaître objectivement ⁴.

Enfin, même s'il existe d'autres solutions techniquement interchangeables, le caractère essentiel d'une infrastructure peut découler de son simple positionnement géographique.

Telle peut être la situation d'un port ou d'un tunnel ⁵.

b) La démonstration de la pertinence de la seconde caractéristique : « impossibilité ou considérable difficulté » de dupliquer la ressource en cause peut être apportée en utilisant plusieurs critères économiques. L'impossibilité de duplication s'explique souvent par le caractère fortement indivisible de l'infrastructure en cause.

Au regard de la demande existante, la taille de la nouvelle infrastructure à créer peut être, de ce fait, trop importante pour permettre à l'investisseur de couvrir ses coûts d'équipement dans des conditions normales de marché. À supposer que la demande puisse augmenter dans le futur, preuve doit être alors apportée que l'importance du décalage temporel entre dépenses immédiates et recettes à venir est telle qu'une entreprise agissant rationnellement renonce à supporter le risque et les pertes accompagnant pendant plusieurs années la réalisation de l'investissement nécessaire. Le caractère déficitaire de l'exploitation d'une infrastructure unique sur un marché peut d'ailleurs constituer un élément de preuve particulièrement objectif de l'impossibilité de la dupliquer rentablement ⁶.

4 - Grâce aux recherches menées par certains équipementiers, on assiste en effet à des progrès rapides dans le domaine de cette technologie alternative. Il semble acquis qu'à terme, la boucle locale radio devrait s'avérer moins coûteuse.

5 - Voir, par exemple :

– les décisions communautaires : Port de Rodby, JOCE L55 du 26/02/1994 ; Sea Containers/Stena Sealink, JOCE L15 du 18/01/1994 ;

– la décision française : pratiques de la SARL Héli-Inter Assistance, rapport du Conseil de la Concurrence 1996.

6 - Voir décision n°99-MC-01 du Conseil de la Concurrence. Rapport 1994 annexe 93 p 724.



Dans le cas d'un réseau filaire de télécommunication, de celui de l'acheminement de l'énergie électrique des producteurs d'électricité jusqu'aux consommateurs finals, d'un équipement tel que le tunnel sous la Manche etc..., l'impossibilité de duplication peut être établie d'un trait de plume ⁷. Par contre, tel n'a pas été l'avis du Conseil français de la Concurrence en réponse à la demande des futurs concurrents de GDF d'un droit d'accès aux installations de stockage du gaz : « *les installations de stockage sont certes des infrastructures lourdes et difficilement duplicables, à cause de leur coût, de la rareté des sites géologiques et des préoccupations environnementales ; il n'en résulte pas pour autant une impossibilité totale d'en construire de nouvelles. Il existe, notamment sur le territoire national, quelques sites « déplétés » anciens gisements qui pourraient être reconvertis en installations de stockage* ⁸ ».

De la même façon, ce n'est pas sans raison que la Cour de Justice des Communautés a pu considérer que ne présentait pas un caractère abusif le refus, par une entreprise de presse, détentrice d'une position dominante sur le territoire d'un État membre, d'intégrer la distribution d'un quotidien concurrent dans son propre système de portage à domicile. L'existence d'autres modes de distribution (voie postale, kiosques à journaux...) même moins avantageux, ainsi que la possibilité objective et à coûts non insurmontables de créer un service de même nature (seul ou en collaboration) suffisaient à démontrer le caractère non essentiel du système de distribution en cause. ⁹.

Dès lors que la ressource en cause répond au critère d'essentialité et qu'elle appartient à une entreprise en situation de monopole (ou à un groupe d'entreprises agissant comme tel), son libre accès doit donc être ouvert et offert dans des conditions non discriminatoires aux entreprises pour lesquelles cet accès revêt un caractère incontournable.

Au regard des objectifs de protection et de promotion de l'efficacité économique, fondements d'une politique moderne de la concurrence, le caractère légitime de ces injonctions peut alors être apprécié sur la base des enseignements de la théorie économique des relations verticales. Le plus souvent en effet, le titulaire de la ressource essentielle se trouve en concurrence sur un ou plusieurs marchés aval avec les entreprises revendiquant l'accès à cette ressource ¹⁰.

7 - « L'activité d'acheminement de l'énergie électrique [...], qui reste placée sous le régime du monopole, implique l'utilisation des lignes de haute tension (réseau de transport) et des lignes de moyennes et basses tensions (réseau de distribution) lignes qui ne peuvent être facilement dupliquées en raison de leurs coûts et des contraintes environnementales et qui constituent, selon la théorie économique, *des facilités essentielles* » (souligné par nos soins). Avis n°-A-21. Rapport du Conseil de la concurrence pour l'année 2000 Annexe 133 p 1293.

« La duplication du réseau fixe de France Télécom peut difficilement être envisagée par les opérateurs concurrents en raison du coût initial élevé du fait de la nécessité de travaux de génie civil ainsi qu'en raison de coûts unitaires par ligne trop élevés par rapport à ceux de l'opérateur historique ». Avis n°98-A-21. Rapport du Conseil de la Concurrence pour 1998 Annexe 132 p127.

8 - Avis n°99-A-15 Rapport pour l'année 2000 annexe 119 p 1046.

9 - Affaire C-7/97 Oscar Bronner GmbH & C°C/Mediat Zeitung.

10 - Ce n'est pas pour autant qu'un refus d'accès puisse s'avérer licite lorsque le propriétaire de la facilité essentielle est absent des marchés aval. Telle a été la réponse du Conseil de la Concurrence

II – Les enseignements de la théorie économique des relations verticales

Depuis longtemps, la théorie microéconomique standard a établi que lorsque certaines conditions sont réunies, le titulaire d'un monopole établi en amont ou en aval d'un processus de production comprenant deux étapes ne peut se servir qu'une seule fois de sa position privilégiée¹¹. En d'autres termes, le propriétaire d'une infrastructure essentielle ou le monopoleur d'un facteur de production déterminé et non duplicable ne peut augmenter son pouvoir de marché ou ses profits en se positionnant également sur un marché situé en aval du premier.

Supposons en effet que le monopoleur d'un produit intermédiaire A fabrique celui-ci à un coût marginal unitaire de production constant de 30. Toute entreprise utilisatrice de A supporte un coût supplémentaire de 40 pour élaborer une unité d'un produit final homogène B, qu'il est possible de vendre à un prix de marché de 90. Le profit de 20 réalisé sur le marché du produit final peut être accaparé par le monopoleur de A, soit en demeurant sur le seul marché de ce produit et en vendant chaque unité à un prix de 50, soit en s'établissant également sur le marché aval et en facturant à son établissement B un prix de transfert interne de 30.

Développée pour démontrer l'innocuité d'une opération d'intégration verticale sur la protection de l'efficacité économique, voire pour en prouver la plus grande efficacité (cas de l'intégration verticale de deux monopoles et élimination de la double marge), cette analyse peut donc mettre en cause le bien fondé d'une injonction de respecter le libre accès à une ressource essentielle. Qu'il y ait concurrence ou monopole sur le marché du produit situé en aval, les conditions d'efficacité demeurent inchangées. En d'autres termes, l'effet d'une telle injonction serait seulement de protéger la situation des concurrents situés en aval et non de promouvoir l'efficacité économique.

La robustesse d'une telle démonstration s'avère cependant totalement contingente aux hypothèses du modèle élaboré pour la construire. Ce résultat ne vaut en effet que pour autant que les facteurs de production nécessaires à la

aux objections formulées par France Télécom à l'encontre d'une plainte exercée par la société NC Numéricâble.

Selon France Télécom, le plaignant aurait, en l'espèce, fait une application totalement erronée de la « théorie des facilités essentielles » au motif qu'elle ne concurrençait pas celui-ci sur le marché aval de la diffusion de programmes audiovisuels sur les réseaux câblés dont elle est propriétaire. Selon le Conseil, « *pour honorer ses contrats, Numéricâble doit nécessairement obtenir une prestation de transport de signaux audiovisuels sur le réseau câblé, prestation que France Télécom est, dans l'état actuel de l'équipement des sites en cause, seule en mesure de fournir* ». Décision n°99-MC-01. Rapport 1999 Annexe 93 p 723.

11 - Spengler « Vertical integration and antitrust Policy » Journal of Political Economy – Août 1950, Bork « Antitrust Paradox » Free Press – Mc Millan – 1978, Glais « Les incidences de l'intégration verticale sur la promotion de l'efficacité économique et le fonctionnement concurrentiel des marchés » revue de la concurrence et de la consommation – Janv. / Fév. 1996 – n°89 – Cahiers spéciaux.

fabrication du bien A se combinent selon des proportions fixes et surtout que les techniques de production et le niveau de la demande demeurent inchangés.

Dès lors que l'on abandonne cette analyse « statique » et que les conditions techniques de production et la demande de marché sont susceptibles de varier, toute stratégie d'affaiblissement de la concurrence sur le marché aval de celui de la ressource essentielle peut conduire à des pertes d'efficacité. En s'octroyant une position dominante sur ce marché, le monopoleur amont peut en effet contrôler à son profit tant la direction que le rythme des futures innovations. L'objectif est alors de modifier les conditions structurelles du marché pour réaliser dans le futur des profits encore plus élevés.

En refusant l'accès du marché amont à des concurrents actuels ou potentiels sur le marché aval (stratégie de forclusion), le propriétaire de la ressource essentielle est en mesure d'orienter le développement du marché au mieux de ses intérêts. Sa position dominante sur le marché aval se trouve également renforcée en cas d'accès offert à des prix discriminatoires ou lorsqu'il est en mesure de contrôler les stratégies de ses concurrents grâce aux informations privilégiées dont il peut disposer en sa qualité de fournisseur unique de la ressource nécessaire ¹².

C'est la raison pour laquelle les autorités chargées de veiller au respect du libre jeu de la concurrence se livrent à l'établissement d'un bilan concurrentiel approfondi d'un projet de concentration au sein duquel est impliquée la création ou le contrôle d'une ressource essentielle. Dans le secteur des nouvelles technologies, ont été jugées incompatibles avec les objectifs du marché commun ¹³ les opérations de rapprochement que plusieurs opérateurs souhaitaient réaliser sur le marché allemand de la télévision payante aux fins de créer les infrastructures nécessaires à l'introduction de la télévision digitale ¹⁴. Il était incontestable que ces deux projets parallèles auraient conduit à la création de deux monopoles durables, l'un sur le marché des services techniques de diffusion de la télévision digitale par satellite, l'autre sur celui de la câblo-diffusion. Les services nécessaires au fonctionnement d'une télévision payante nécessitent l'installation d'une infrastructure spécifique (création d'un décodeur et d'un système de contrôle d'accès). Sur le marché allemand, la création d'une nouvelle infrastructure pourrait seulement être réalisée dans le domaine de la transmission par satellite. Mais encore faudrait-il que de nouvelles chaînes payantes puissent couvrir les très importantes dépenses d'investissements nécessaires. Or, tel ne serait pas le cas, la position prééminente que la chaîne Première allait acquérir grâce à la concentration rendant pratiquement impossible l'entrée de nouveaux opérateurs ¹⁵. Sur le second

12 - Voir M. Glais « Les incidences de l'intégration verticale sur la promotion de l'efficacité économique et le fonctionnement concurrentiel des marchés » revue de la concurrence et de la consommation – Janv. / Fév. 1996 – n°89 – Cahiers spéciaux

13 - Ou seulement acceptables après que de substantielles modifications aient été apportées au projet en cours.

14 - Affaires *Bertelsmann/Kirch/Première* IV/M 993, JOCE L53 du 27/02/1999 ; *Deutsche Telekom/Betaresearch*, IV/M 1027, JOCE L53 du 27/02/1999.

15 - Dans le domaine de la télévision payante, l'accès aux droits de diffusion revêt une importance stratégique. Sur un tel marché, l'avance détenue par un premier entrant (grâce à la détention d'un important portefeuille d'abonnés) s'avère déterminante lorsqu'il s'agit d'acquérir les droits de



marché, celui des réseaux câblés, constatation était également faite de ce que les câblodistributeurs privés étaient incapables de créer l'infrastructure nécessaire à la transmission des chaînes payantes : « *Leurs îlots câblés sont généralement trop petits pour justifier les investissements nécessaires pour mettre au point leur propre technique de contrôle d'accès ainsi qu'un autre système de décodage* »¹⁶ .

Lorsqu'il s'agit d'un projet de croissance externe, les autorités de la concurrence agissent donc à titre préventif et, le cas échéant, ne portent que partiellement atteinte qu'à l'une des caractéristiques du droit de propriété que constitue le principe de libre transférabilité. Seul est refusé ou édulcoré le transfert de ce droit dans le cadre d'une opération de concentration risquant de créer ou renforcer une position dominante et par suite d'altérer l'efficacité économique.

Par contre, contraindre au partage avec des tiers le titulaire d'une ressource essentielle créée légitimement (grâce à des efforts d'innovation) revient à porter atteinte à la protection du caractère exclusif d'un droit de propriété. Aux États Unis, de nombreux économistes ont ainsi réagi devant les tendances de certains tribunaux à imposer à des monopoles licitement acquis de partager leur rente de position dominante avec des tiers . Ph. Areeda¹⁷ fut l'un des premiers à s'émouvoir des perspectives jugées inquiétantes que la doctrine des facilités essentielles pourrait offrir à des tiers désireux d'exploiter un brevet pour lequel le propriétaire n'accepterait pas de concéder des licences d'exploitation. Le fait que la Cour Suprême n'ait généralement pas eu recours au concept de facilité essentielle mais, le plus souvent, évoqué seulement l'aspect anti-concurrentiel d'une pratique d'exclusion ne rassurait qu'en partie cet auteur. Ne serait-il pas à craindre, poursuivait-il, que l'on en vienne progressivement à obliger un monopoleur à contracter en se plaçant sur le terrain macroéconomique et en évoquant de façon plus marquée la défense de l'intérêt public, les plaignants réussissant à convaincre les tribunaux du caractère absolument « essentiel » de l'infrastructure ou de la ressource concernée ?

Au total, beaucoup de contributions contemporaines des auteurs américains à l'analyse du concept de « facilité essentielle » et à l'établissement d'un protocole susceptible de guider l'intervention des autorités de la concurrence s'accordent à considérer que :

- L'obligation faite au monopoleur d'une ressource essentielle de partager son utilisation avec des tiers ne devrait être qu'exceptionnelle, en particulier lorsque la position de monopole n'est que le résultat d'un effort d'innovation.

diffusion les plus recherchés. En disposant d'une clientèle nombreuse et fidélisée (voire quasi captive), le premier entrant est en position d'autant plus privilégiée pour offrir des garanties suffisantes de diffusion aux titulaires de ces droits que les nouveaux compétiteurs sont encore dépourvus de la masse critique nécessaire d'abonnés.

16 - Deutsche Telekom/Betaresearch précité. Att n° 33.

17 - "Essential facilities : an epithet in need of limiting principles" Antitrust Law Review – Vol. 58 – 1988.



- À supposer que preuve soit apportée de la nécessité incontournable pour le plaignant de recourir à l'utilisation de la ressource concernée, vérification devrait être faite de ce que l'objectif visé n'est pas un simple partage de la rente de monopole. L'obligation de libre accès ne devrait être enjointe que si elle est de nature à vivifier le jeu de la concurrence et à améliorer l'efficacité.
- En toute hypothèse, et à supposer que ces conditions soient réunies, le refus d'accéder à la demande d'un tiers ne devrait jamais être considéré comme illégal « Per Se ». La condamnation d'un refus ne devrait être prononcée que sur la preuve dûment apportée de l'intention prédatrice du monopoleur¹⁸.

En d'autres termes, cela signifie que le monopoleur en cause demeure libre de fixer un prix de monopole pour l'accès à sa ressource essentielle. Il lui est seulement interdit d'abuser de sa position hégémonique en adoptant des mesures d'éviction, des prix discriminatoires ou toute autre forme de stratégie visant illicitement à affaiblir la position de ses concurrents sur les marchés connexes ou situés en aval de celui sur lequel se situe la ressource essentielle.

La question est alors de savoir quel peut être le véritable apport du concept de « facilité essentielle » à la gestion d'une politique de la concurrence. Sans même faire référence à cette notion, alors même qu'elle s'avérait implicite dans la description des structures du marché en cause, les autorités de la concurrence ont, par le passé, toujours condamné les entreprises se livrant à de telles pratiques pourvu que preuves soient apportées de la réalité de leur position dominante.

Tout au plus peut-on considérer que la démonstration du caractère essentiel de la ressource objet du litige peut permettre, dans certains cas, de résoudre de façon plus facile le problème de la délimitation du marché de référence ou de rendre plus aisée la possibilité pour un plaignant de bénéficier des dispositions de l'article L420-2 (2°) du Code de Commerce (ex article 8-2 de l'ordonnance du 1/12/1986) relatives à l'exploitation abusive d'un état de dépendance¹⁹.

Cette thèse s'avère dans une large mesure exacte lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le comportement stratégique d'une entreprise détenant de façon légitime un monopole privé sur une ressource essentielle.

Dans le cas des marchés anciennement gérés par des monopoles publics et ouverts aujourd'hui à la concurrence, l'utilité de la référence au concept de ressource essentielle prend une toute autre dimension. La promotion de l'efficacité économique (par baisse des prix et accroissement de la quantité et de la qualité des services rendus) visée par ces mesures d'ouverture implique tout d'abord que le gestionnaire de la ressource en cause dont le financement

18 - Ph. Areeda « Essential facilities : an epithet in need of limiting principles » *Antitrust Law Review* – Vol. 58 – 1988. Voir également P. J Gerber « Rethinking the monopoly's duty to deal : a legal and economic critique of the doctrine of essential facilities.

19 - « Est prohibée... l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise : de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ».

a été réalisé sur ressources publiques ne puisse pas, contrairement au cas du monopoleur privé, fixer un tarif d'accès correspondant aux prix de monopole.

En second lieu, également présent depuis de longues années sur les marchés auxquels la ressource essentielle donne accès, l'ancien monopoleur peut tenter d'y maintenir artificiellement sa position dominante à l'aide de stratégies dont les effets négatifs pourraient s'avérer rapides et irréversibles vis à vis de concurrents nouvellement entrés et dotés de parts de marché encore très faibles. L'introduction de la référence à la théorie des infrastructures essentielles, au sein de directives communautaires ou de dispositions nationales visant à assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés autrefois exploités par un monopole public, peut donc permettre une ouverture des marchés en cause « plus rapide et moins aléatoire que celle qui résulterait d'une succession de décisions de la Commission sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles »²⁰.

C'est en ce sens qu'il convient de comprendre la philosophie qui sous-tend l'opinion du Conseil de la Concurrence lorsqu'il préconise d'opter en faveur d'un système réglementé d'accès des tiers au réseau de transport du gaz plutôt que de choisir l'option de l'ATR négocié²¹.

III – La protection de la concurrence sur des marchés où le monopoleur historique conserve la maîtrise de la ressource essentielle

Le concept de monopole naturel a longtemps servi à justifier le choix de confier à un seul opérateur l'offre de services tels que ceux du téléphone, de l'électricité, du gaz ou des transports ferroviaires. L'existence de rendements d'échelle croissants ainsi que d'économies de gamme était censée valider cette option. Accepter que plusieurs firmes puissent offrir chacun des services

20 - FL Weingarten : « La théorie des infrastructures essentielles et l'accès des titres aux réseaux en droit communautaire » C.J.E.G. – Déc. 1998

21 - « Sans doute les règles de la concurrence et de la jurisprudence communautaire ou nationale imposent-elles au gestionnaire d'une facilité essentielle, sous peine de sanctions, de pratiquer des tarifs en orientation vers les coûts qui soient objectifs et non discriminatoires. Toutefois, dans un marché qui s'ouvre à la concurrence, l'intervention a posteriori d'une autorité administrative, du juge ou du Conseil de la Concurrence, au moins dans un premier temps, pourrait ne pas être considérée comme efficace... Un refus d'accès au marché peut avoir des conséquences immédiates et irréversibles pour les opérateurs et par conséquent pour le fonctionnement concurrentiel du marché. Un système d'ATR réglementé présenterait l'avantage de poser les règles a priori et donc de faciliter l'accès au réseau. La publication de tarifs de transport proposés par les opérateurs et approuvés par une autorité indépendante garantirait la transparence et l'objectivité des prix nécessaires à la non-discrimination des opérateurs. Avis n°99-A-15 Rapport du Conseil pour l'année 1999, annexe 119 p 1048.

en cause aurait, pensait-on à l'époque, conduit à une multiplication d'investissements coûteux et sous utilisés en raison de leur caractère d'équipements indivisibles techniquement. En second lieu, permettre l'arrivée de concurrents susceptibles d'offrir seulement quelques-uns des services de la gamme complète proposée par le monopoleur institutionnel aurait risqué de priver celui-ci du bénéfice des économies découlant de la sous-additivité des coûts, phénomène imputable à une offre multi-services. Propriété de l'État ou placé tout ou moins sous son contrôle, le monopole concerné se voyait, de surcroît, imposer certaines contraintes, notamment tarifaires, pour des raisons de « service public ». De considérables efforts pédagogiques de la part des économistes appartenant au courant libéral ont été nécessaires pour convaincre les responsables politiques que ces présupposés et références théoriques n'étaient ni aussi robustes ni aussi cohérents qu'ils en donnaient l'apparence. Était en effet oublié le fait qu'un monopole public n'est généralement pas la forme d'organisation de la production la plus propice à l'innovation.

Était également passé sous silence le fait que le caractère bureaucratique de la gestion de ces monopoles publics est de nature à créer des inefficiences dont le coût s'avère souvent supérieur aux économies purement techniques revendiquées par la théorie du monopole naturel. Commença enfin à faire son chemin l'idée selon laquelle, dans les industries de réseaux, séparer la gestion des infrastructures les plus coûteuses de l'offre des services qui en découlent pouvait conduire à une amélioration de l'efficacité tant statique que dynamique (meilleure allocation des ressources productives et stimulation de l'innovation).

Séparer la gestion des facilités essentielles de base de l'offre des services auxiliaires, susceptibles d'être assurée par de nombreux compétiteurs, constitue donc le point de départ incontournable d'une nouvelle politique fondée sur la reconnaissance de l'efficacité du jeu du marché. Encore faut-il que cette liberté d'accès à ces infrastructures soit réelle et donc opérationnelle et que les autorités nationales s'abstiennent de protéger les anciens monopoleurs en s'appuyant sur les compétences réglementaires qu'elles conservent et en désavantageant de ce fait les nouveaux concurrents (a). Ouvrir un marché à la concurrence ne conduit pas *ipso facto* à la disparition des positions dominantes détenues par les opérateurs historiques sur les marchés situés en aval de ceux des infrastructures (ou facilités) essentielles concernées. La liberté d'entrée sur un marché n'est en effet pas synonyme d'entrée facile et les anciens monopoleurs ont légitimement le droit de défendre leurs parts de marché. Encore faut-il que, pour y parvenir, ceux-ci n'utilisent pas, en leur qualité d'opérateurs verticalement intégrés, des stratégies dérogeant aux règles du droit de la concurrence (b).

a) Protéger l'accès des tiers aux facilités essentielles implique qu'une autorité de régulation veille à ce que non seulement les modalités (α) mais également les coûts d'accès ne prennent un caractère ni dissuasif ni discriminatoire (β).



α) Le gestionnaire de la facilité en cause ne peut donc se réserver une partie trop importante de la capacité d'accueil de celle-ci ou encore monopoliser les créneaux horaires les plus porteurs²².

La convention initialement établie entre les deux sociétés gestionnaires du tunnel sous la Manche comportait, pour ces raisons, le risque d'éviction de certains concurrents potentiels. Des charges et conditions furent donc imposées par la Commission pour que les autres sociétés ferroviaires puissent bénéficier de sillons horaires à toutes les heures de la journée, y compris aux heures de pointe²³.

Assurer le libre accès dans des conditions non discriminatoires peut même aller jusqu'à contraindre les gestionnaires d'une infrastructure essentielle de mettre à la disposition des tiers certains équipements et services spécifiques sans lesquels les offres de ces concurrents potentiels pourraient se manifester. La compatibilité avec les dispositions du droit communautaire des ententes n'a ainsi été admise pour la création d'une société commune détenue par plusieurs sociétés européennes de chemin de fer qu'à la condition que les concurrents puissent obtenir de ces dernières la fourniture des locomotives, de leurs équipements et des sillons horaires nécessaires sur chaque marché national concerné ainsi que dans le tunnel sous la Manche²⁴.

Dans le cas des industries de réseau, la contrainte de liberté d'accès implique plus généralement que les États membres veillent à ce que l'interopérabilité des réseaux soit réalisée sur la base de prescriptions ou d'exigences techniques objectives et non discriminatoires faisant l'objet d'une large diffusion, notamment auprès des services de la Commission, conformément à l'article 8 de la directive 83/119/CEE du Conseil²⁵.

Une éventuelle dérogation au principe de libre accès ne peut être possible que sur la base d'une justification nourrie par des exigences impérieuses d'intérêts autres que de nature économique. Les mesures alors prises pour limiter la concurrence doivent être proportionnelles aux objectifs visés et de durée limitée, un plan de dispositions destinées à rétablir le jeu de la concurrence ainsi qu'un calendrier de leur exécution devant accompagner la demande de dérogation. La référence à la nécessité du maintien d'une prestation relevant d'un service d'intérêt économique général n'est retenue en tant que justifica-

22 - Déc. Sea Containers c/ Stena Sealink JOCE L15 du 18/01/1994.

23 - Déc. Eurotunnel JOCE L354 du 31/12/1994. La décision de la Commission prévoyait également que soit offerte aux tiers la possibilité de disposer jusqu'au 31/12/2006 d'au moins 25 % de la capacité horaire du tunnel, la répartition 75/25 devant être réexaminée avant l'échéance de cette date butoir. La fourniture d'informations détaillées et régulières quant aux taux d'utilisation de cette capacité était également imposée aux signataires de la convention.

24 - Déc. Nightservices IV/34.600 JOCE L259 du 07/10/1994 ; Déc. ACI IV/34.518 JOCE L224 du 30/08/1994.

25 - JOCE L109 du 26/09/1983. 1 Le choix du niveau de qualité d'une facilité essentielle peut en effet, dans certains cas, permettre à son gestionnaire de créer des barrières à l'entrée à l'égard de certains concurrents. Dans son arrêt RTT du 13/12/1991, la Cour de Justice a ainsi établi que les dispositions du droit communautaire s'opposent à ce qu'un État membre confère à l'exploitant du réseau public de télécommunication le pouvoir d'édicter des normes relatives aux appareils téléphoniques et de vérifier leur respect par les opérateurs alors que l'exploitant se trouve en concurrence avec ces opérateurs sur le marché de ces appareils.



tion d'une demande de dérogation que dans des conditions très précises. Des entreprises à statut privé ne peuvent tout d'abord se prévaloir des dispositions de l'article 86-2 du Traité CE (anciennement 90-2 du traité de Rome) ouvrant la possibilité de déroger aux règles de concurrence que pour autant qu'elles aient été chargées de la gestion de services d'intérêt général par un acte de la puissance publique. En second lieu, l'exclusion de la concurrence ne peut se justifier lorsque sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général et répondant à des besoins particuliers exigeant certaines prestations supplémentaires. Tel est le cas lorsque ces services, de par leur nature et des conditions dans lesquels ils sont offerts, ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt général assuré par le titulaire du droit exclusif²⁶.

L'entreprise Flughafen Frankfurter/Main AG (FAG) prétendait ainsi pouvoir légalement interdire à des concurrents potentiels (sur le marché de la prestation des services d'assistance en piste) l'accès à l'aire de trafic sur l'aéroport de Francfort. Cette prétention lui fut refusée par la Commission aux motifs que :

- les autorités allemandes n'avaient ni conféré à FAG le monopole des activités d'assistance sur piste ni chargé celle-ci d'une mission d'intérêt général en la matière ;
- ces services spécifiques sont clairement dissociables du service de mise à disposition des infrastructures portuaires pour le décollage et l'atterrissage des avions ;
- il n'était pas démontré que l'ouverture du marché de l'assistance sur piste mettrait en cause l'équilibre économique de FAG²⁷.

β) L'instauration d'une concurrence effective sur les marchés situés en aval de celui de la facilité essentielle implique, en second lieu, que le prix d'accès établi par son gestionnaire ne constitue pas une barrière artificielle à l'entrée et ne revête pas un caractère discriminatoire. Les droits d'accès doivent donc être « raisonnables » et économiquement justifiés. Se posent alors deux questions : celle tout d'abord de l'accès à l'information permettant de vérifier que ces principes sont respectés, puis celle des méthodes de calcul à retenir pour l'établissement de ces droits.

L'exigence (rappelée en permanence par la Commission) de transparence de l'information nécessaire implique en premier lieu qu'une ventilation comptable soit opérée par le gestionnaire de la facilité essentielle entre ses différentes activités comme cela devrait être fait si celles-ci étaient exercées par des entreprises distinctes. Au cours de ces dernières années, le Conseil français de la concurrence s'est ainsi attaché à participer activement à la clarification des obligations de nature comptable à imposer aux entreprises établies sur des secteurs appelés à transiter d'un état de gestion administrative vers une situation de pleine concurrence. Les avis rendus témoignent tous du

26 - Arrêt Corbeau CJCE 19/05/1993 Recueil 1993 Tome I-2533 Point 19 des motifs.

27 - JOCE L72 du 11/03/1998, att. n°101/102. Le manque d'espace suffisant pour accueillir l'équipement supplémentaire qu'entraînerait la venue d'un second prestataire ou d'un usager pratiquant l'auto-assistance n'était par ailleurs prouvée que sur une partie de l'aéroport (partie pour laquelle le monopole de FAG relevait d'une justification objective).

souci d'éviter les risques de subventions croisées, de pratiques discriminatoires et prédatrices que favoriserait la tenue d'une comptabilité peu précise et insuffisamment transparente.

Interrogé tout d'abord par l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste, le Conseil a ainsi suggéré la mise en place de procédures plus fines, en matière de comptabilité analytique, que celle mettant en regard le courrier d'un côté, les services financiers de l'autre ²⁸. C'est dans le même esprit qu'a été conseillée la réalisation d'une méthode d'analyse plus précise que celle portant sur les « activités » de France Télécom et prévue par l'article D99-12 du Code des Postes et Télécommunications. En effet, la répartition établie par ce texte entre activités de réseau général, réseau d'accès et services fournis par l'exploitant est apparue au Conseil de nature trop globale pour permettre une exacte appréciation des coûts auxquels doit faire face France Télécom pour ses activités ²⁹ soumises à la concurrence.

Aux yeux des autorités de la concurrence, la façon la plus efficiente de parvenir à une appréciation rigoureuse des coûts supportés pour la gestion d'une facilité essentielle consiste bien évidemment à procéder à une séparation juridique des entités assurant des activités différentes ³⁰.

Sur la base d'une comptabilité affinée et suivie se pose en second lieu la question de la fixation de charges d'accès (et dans le cas d'un réseau tel que celui des télécommunications, des prix d'interconnexion) censées répondre à trois objectifs principaux : 1) favoriser l'entrée d'opérateurs compétitifs, 2) protéger l'efficience allocative et dynamique susceptible de réduire les coûts et de promouvoir le progrès technique, 3) veiller à ce qu'aucun opérateur ne puisse durablement s'approprier une rente de situation. La fixation de ces charges a fait l'objet de nombreuses propositions théoriques dont les applications opérationnelles, selon les cas, posent des problèmes d'insuffisance d'information, reposent sur le réalisme des hypothèses des modèles adoptés voire se heurtent à l'objectif de non-discrimination ³¹.

Dans le cadre du principe de fixation des prix déterminés sur la base des coûts, la référence au coût moyen incrémental de long terme, augmenté transitoirement d'une marge destinée à préserver l'équilibre financier de l'ex monopolisateur, est apparue la solution la mieux adaptée aux objectifs définis plus haut. Cette solution adoptée en France a recueilli l'avis favorable du

28 - Avis n° 96-A-10 Rapport du Conseil de la Concurrence pour l'année 1996 annexe 108.

29 - Avis n°97-A-27 du 09/12/1997 Rapport du Conseil de la Concurrence pour 1997 Annexe 134.

30 - Avis n°95-A-18 relatif à la clarification des relations entre le Sernam et la SNCF ; Rapport du Conseil pour 1995 Annexe 125 ; Avis sur le fonctionnement concurrentiel du marché électrique n°18-A-05 Rapport 1998 Annexe 121. Dans ce cas de figure la meilleure solution apparaît celle de la filialisation conformément aux dispositions du droit des sociétés (avec élaboration d'un bilan d'ouverture reflétant à la fois l'activité et la situation patrimoniale de la filiale). Évoquée dans le cas de la Poste et de France Télécom, cette solution peut se heurter aux problèmes du statut des personnels en cause (en particulier de la Poste). Voir avis n° 96-A-10 op. cit. p929-30 ; Avis n° 97-A-07 Rapport 1997 Annexe 120 p1057.

31 - Pour une présentation simple et pédagogique de ces différentes propositions théoriques, voir E. Baranes : « Réglementation et ouverture à la concurrence des activités en réseau... » Revue française d'économie 1998 n°4 p 161-186.



Conseil de la Concurrence jugeant que cette méthode « conduit à une juste rémunération de l'opérateur historique sur la base des coûts causés par l'usage effectif de son réseau de transport et de desserte selon le principe de meilleure vérité économique »³².

Encore faut-il veiller à l'absence de toute application discriminatoire de la formule de calcul en défaveur des concurrents du gestionnaire de l'infrastructure essentielle. Il n'était donc pas inutile que soit rappelé le principe selon lequel la méthode d'évaluation des éléments de coûts liés à l'activité d'interconnexion devrait être identique à celle permettant à France Télécom d'élaborer ses tarifs pour les produits et services à destination de ses propres clients. Répondant également aux inquiétudes de l'association française des opérateurs privés de télécommunication, le Conseil a tenu à rappeler que même en cas de prix de cession internes égaux à ceux de cessions externes, le caractère proportionné de ces prix aux services rendus doit, dans certains cas, faire l'objet de vérification, faute de quoi l'opérateur historique pourrait bénéficier d'un avantage indu vis-à-vis de la concurrence³³.

b) Dominant le marché amont des facilités essentielles, généralement seul à bénéficier d'une intégration verticale complète le long de la filière de production concernée et, le plus souvent, offreur de la plus large gamme de services, l'ancien monopoleur se trouve toutefois en position très favorable pour conserver de fortes parts de marché. S'il ne lui est pas interdit de les défendre, encore faut-il qu'il n'utilise pas, pour y parvenir, des stratégies (utilisant l'arme du produit ou du prix) illicites.

Ainsi, s'il n'est pas interdit à une entreprise dominante de mettre sur le marché un service nouveau, encore faut-il que sa formule de commercialisation n'ait ni pour objet ni pour effet d'exclure du marché en cause les concurrents les plus proches. Tel n'était pas, par exemple, le cas de la formule organisée par France Télécom pour commercialiser son option tarifaire « abonnement modéré ». Fondée sur une clause d'exclusivité d'acheminement des communications en sa faveur, elle rendait inopérante l'offre multi-lignes de son concurrent Cégétel, alors que cette exclusivité ne reposait sur aucune justification technique³⁴.

Le même principe a guidé la réflexion de l'autorité française de la concurrence dans son appréciation des incidences de la création d'un service dénommé « portail vocal » (sorte de guichet unique permettant l'accès à un

32 - Avis n°97-A-27 op. cit. p 1224. Jusqu'à ce que ces coûts soient disponibles, la Commission a (dans le cas des télécommunications) invité les autorités de régulation à s'inspirer des valeurs de redevance correspondant aux fourchettes dites « de la meilleure pratique actuelle » publiées par ses soins. En cas de prix dépassant le haut de ces fourchettes, les autorités nationales de régulation sont également invitées à faire usage du droit (conféré par l'article 7§2 de la directive 97/33/CE) de demander la justification intégrale des redevances proposées et si nécessaire d'exiger des modifications rétroactives de celles-ci (recommandation du 08/01/1998 JOCE L73 du 12/03/1998). Les mêmes principes ont guidé la rédaction de la réglementation relative au dégroupage de l'accès à la boucle locale JOCE L156 du 29/06/2000).

33 - Avis n°97-A-27 op. cit. Ainsi un système tarifaire comprenant un barème de remises quantitatives peut être de nature à favoriser l'opérateur dominant vis à vis de ses concurrents sur le marché aval.

34 - Avis n°99-A-01 Rapport du Conseil de la Concurrence pour 1999 – Annexe 107.



certain nombre de services). Recommandation a été faite de veiller à ce que les contrats signés entre France Télécom et les fournisseurs de service ne comportent aucune clause d'exclusivité, une telle disposition pouvant pénaliser les portails vocaux que pourraient créer des concurrents ³⁵.

Sont également susceptibles de constituer des comportements répréhensibles l'adoption par l'opérateur dominant de stratégies telles que l'offre groupée de services, l'offre de « remises couplées » ainsi que les remises de fidélité.

Ainsi l'offre groupée d'accès à Internet faite aux écoles et établissements scolaires par France Télécom fut suspendue en vertu d'une mesure conservatoire prise par le Conseil. Elle liait explicitement le segment du cheminement de l'abonné à celui du transport des données. Or, le tarif d'interconnexion sur le premier de ces segments offert par France Télécom à ses concurrents s'avérait supérieur de plus de 60 %, au forfait global proposé aux établissements scolaires. L'injonction faite à l'opérateur dominant de suspendre son offre a pris appui sur un souci de protection de la concurrence potentielle sur un marché nouveau pour lequel faire « la course en tête » (en l'espèce grâce à des pratiques illicites) peut conduire à l'instauration de positions hégémoniques pratiquement irréversibles ³⁶.

De façon générale, les couplages d'avantages consentis à la clientèle par un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché sont jugés susceptibles de diminuer artificiellement la concurrence sur des marchés connexes. En décembre 2001, France Télécom s'est ainsi vu enjoindre de suspendre quatre offres jugées potentiellement anticoncurrentielles (forfait local, Maligne locale, Ligne pro locale, ligne Tchatche). Dans la mesure où de telles offres comportent le plus souvent une remise importante de couplage, il existe un risque non négligeable de voir l'entreprise dominante se livrer au jeu des subventions croisées, en pratiquant des tarifs élevés sur les segments en monopole aux fins de proposer des tarifs attractifs sur les marchés ouverts à la concurrence. Un tel risque affecte également la stratégie « d'offres sur mesure ». Dans l'avis n° 98-A-24 ³⁷ rendu à la demande de l'ART des Télécommunications, des indications précieuses ont été fournies quant à la latitude offerte à l'opérateur chargé de la fourniture d'un service universel de déroger à son catalogue des tarifs relatifs à ce service dans des conditions conformes aux impératifs du droit de la concurrence.

35 - Doivent être également proscrites toutes les clauses susceptibles de permettre à l'entreprise dominante de se positionner par rapport à l'offre de ses concurrents, de limiter la fluidité de l'accès au marché en cause. Relèvent de ces stratégies prohibées, l'instauration des « clauses anglaises », de fixation de pénalités pour sortie anticipée ou de modalités de tacite reconduction [Avis n°98-A-24 Rapport 1998 Annexe 135].

36 - Prenant en compte tant la dimension temporelle du processus de concurrence que les enseignements de la théorie des coûts de transaction, c'est de façon parfaitement motivée que le Conseil a estimé que : « *Il y a lieu de craindre que les établissements scolaires ayant initialement contracté avec France Télécom, seront peu enclins à s'adresser à un autre transporteur de données, compte tenu de la complexité administrative et des aléas techniques auxquels ils pourront avoir à faire face* » [Décision n° 98-MC-03 Rapport du Conseil de la concurrence 1998 Annexe 93 p 864].

37 - Rapport 1998 – Annexe 135.



Pour qu'une telle dérogation demeure licite, preuve doit tout d'abord être apportée que les demandes des firmes clientes présentent une spécificité indiscutable. En second lieu, les dérogations tarifaires consenties dans le cadre d'une offre sur mesure doivent pouvoir être justifiées et les variations de coûts faire l'objet de mesures suffisamment précises. Une remise tarifaire par rapport aux prix du catalogue n'est acceptable que dans la mesure où, lorsque sa mise en œuvre est coûteuse, il est clairement prouvé que des économies sont réalisées par ailleurs.

Des remises tarifaires qui ne reflèteraient pas une diminution des coûts ou leur seraient supérieures, pourraient être qualifiées d'abus de position dominante, même en l'absence de prix prédateur, s'il était démontré qu'elles ont pour objet d'évincer un concurrent sur le marché.

« La concurrence par les mérites suppose soit l'offre de services supplémentaires, susceptibles de comporter un coût, soit une meilleure efficacité justifiant éventuellement des remises supplémentaires »³⁸.

IV – L'élargissement du champ d'application du concept : portée et limites

Le qualificatif essentiel n'est pas discutable lorsqu'il s'applique à des équipements corporels tels que ceux gérés par France Télécom ou EDF, lorsqu'il s'agit d'infrastructures portuaires ou du tunnel sous la Manche. Peut-on toutefois, également, qualifier de ressources essentielles des actifs corporels tels que les « linéaires » de la grande distribution (a) ou certains droits de propriété intellectuelle ou industrielle (b) et de facto en assurer le libre accès ?

a) La question de l'extension du champ d'utilisation du concept de ressources essentielles aux « linéaires » de la grande distribution est évoquée depuis quelques années dans certains cercles de réflexion. La concentration croissante observée dans le secteur de la grande distribution, l'abaissement des seuils de contrôle en matière d'ouverture de nouvelles surfaces, le développement de l'offre de produits vendus sous marques de distributeurs sont de nature à légitimer l'intérêt porté à cette question.

Au regard des critères permettant de qualifier « d'essentielle » une ressource donnée, les linéaires de la grande distribution ne peuvent pas formellement revendiquer ce qualificatif.

38 - Avis n°98-A-24 Rapport 1998 Annexe 135 p 1321. Les tarifs consentis à la société Renault, dans le cadre d'une offre sur mesure conclue en 1995, ont ainsi été jugés anticoncurrentiels. En proposant ces tarifs, France Télécom a créé des barrières artificielles à l'entrée sur le marché des communications fixes vers mobiles. L'amende de plus de 6 millions d'euros, fixée par le Conseil, a pris en compte le fait que les pratiques illicites ont été mises en œuvre par l'opérateur dominant lors de la deuxième année faisant suite à l'ouverture du secteur à la concurrence, mais également le fait que France Télécom connaissait l'avis rendu en 1998 sur les offres sur mesure. (Déc. N° 2001 – D 46. BOCCRE n° 14 du 24/09/01).



Leur duplication n'apparaît pas impossible même si, en l'état des structures des marchés de la grande distribution, on voit mal comment de nouveaux concurrents pourraient entrer sur ce marché tant à cause de l'importance des investissements à coûts irrécouvrables qu'un nouvel entrant devrait supporter qu'en raison des contraintes administratives auxquelles il devrait faire face ³⁹

Il n'y a pas non plus position de monopole puisque plusieurs chaînes de grande distribution demeurent en concurrence.

Néanmoins, la structure du marché en cause relève, en France, de la situation d'un oligopole étroit (les cinq plus grandes enseignes réalisant au moins 80 % des ventes). Dans la mesure où ces enseignes manifesteraient des comportements très similaires dans leur façon de gérer leurs linéaires et dans leurs relations avec leurs fournisseurs, serait-il illégitime de les considérer comme détentrices vis-à-vis de ces derniers d'une position dominante « collective » ainsi que le suggérait J.P. de La Laurencie ? ⁴⁰.

En second lieu, le caractère incontournable du débouché que constituent les linéaires de la grande distribution n'apparaît guère discutable ⁴¹.

La position pour le moins « quasi-essentielle » des linéaires de la grande distribution ne fait aujourd'hui guère de doute. Faire de cette situation un des critères majeurs à prendre en compte lors d'une opération de contrôle de la concentration ou de l'instruction d'une plainte pour entrave au libre fonctionnement du marché pourrait ne pas être sans importance.

Déjà limitées par la réglementation et les récentes opérations de concentration, les surfaces de linéaires disponibles pour les marques de fournisseurs indépendants sont d'autant plus faibles que la part occupée par les marques de distributeurs s'avère substantielle (35/40 %) et en croissance.

Concurrents de leurs propres clients pour l'accès aux linéaires, les fournisseurs se situent, de surcroît, vis-à-vis de ces derniers dans des positions inégales et défavorables : « *Lorsqu'un fournisseur veut introduire un nouveau produit sur les linéaires de la grande distribution, il paie des primes de référencement alors que l'accès au linéaire est gratuit pour les marques de distributeurs* » ⁴².

39 - Le Conseil de la Concurrence a ainsi remarqué que la subordination à une autorisation administrative préalable de l'ouverture de toute nouvelle surface de vente au-dessus de 300 m² (disposition de la loi du 05/07/96) pouvait constituer une barrière à l'entrée de nouveaux concurrents et conférer aux opérateurs en place un avantage appréciable. La réduction des possibilités d'extension des surfaces commerciales, ajoutait-il, introduit une rigidité dans les capacités des entreprises à adapter leur offre au développement de la demande. (Avis n°97-A-04 Rapport 1997 Annexe 117 p. 1005).

40 - « Conquête de la clientèle et droit de la concurrence » Gazette du Palais (9-10/11/01. N° 313 - 14 p. 87).

41 - Selon une étude réalisée par nos soins auprès d'une population de fournisseurs, 50 % de ceux-ci (appartenant au secteur agroalimentaire), considéraient impossible de commercialiser leurs produits en dehors de la grande distribution. 60 % réalisaient plus de 80 % de leurs ventes avec les grandes enseignes (7 sur 10, entre 30 et 50 % de leurs ventes avec leur premier gros client).

42 - Exposé de Th. Billot : « Conquête de la clientèle » op. cit. p. 23.



La concentration s'étant renforcée, à la suite de l'opération Carrefour/Promodès, il n'est pas interdit de se poser la question de savoir s'il ne faudrait pas, lors de l'analyse de nouveaux projets de rapprochement entre grands opérateurs, envisager d'imposer des charges et conditions relatives à des engagements « d'ouverture minimale » des linéaires en cause ce qui aurait au moins le mérite de faire reposer de tels engagements sur des critères objectifs.

b) Un droit de propriété industrielle ou intellectuelle apparaît présenter certaines des caractéristiques susceptibles de permettre de qualifier « d'essentielle » une ressource donnée. Ainsi, la protection assurée par la détention d'un brevet rend juridiquement impossible à un tiers de dupliquer le produit ou la technologie en cause. Par contre, rien n'interdit à ce tiers d'innover à son tour et de concurrencer le produit protégé par le brevet. En d'autres termes, le caractère incontournable de l'accès à un droit de propriété industrielle ou intellectuelle pour qu'un tiers puisse participer au jeu d'un marché quelconque n'est généralement pas aussi prononcé que dans le cas d'une infrastructure telle qu'un réseau téléphonique ou électrique.

Par ailleurs, qualifier de « ressource essentielle » un droit de propriété intellectuelle ou industrielle signifie ipso facto, sa liberté d'accès au tiers. Une telle qualification pose alors de redoutables problèmes de compatibilité entre les dispositions juridiques assurant la protection du jeu de la concurrence et la nécessaire protection pour le titulaire de tels droits du libre fruit de ses recherches, de ses innovations ou de sa création intellectuelle.

L'économie de marché, conçue comme la découverte d'opportunités inexploitées et donc créatrices d'efficacités, implique bien évidemment la protection de l'innovateur. Ainsi que le rappelait J.Schumpeter, « *L'introduction de nouvelles méthodes de production et de nouvelles marchandises sont difficilement concevables si, à l'origine, les innovateurs doivent compter avec des conditions de concurrence parfaites et parfaitement rapides* »⁴³.

La légitime protection, dont doit disposer un innovateur, ne peut toutefois s'étendre au-delà de ce qui ressort de l'effort créatif du titulaire du droit de propriété en cause. Telle est la conception qui semble avoir animé la Cour de Justice dans son arrêt Magill⁴⁴. Ont été condamnées pour abus de position dominante des chaînes de télévision ayant prétexté de leur droit d'auteur pour interdire la publication de leurs grilles de programmation dans un guide hebdomadaire édité par un tiers. L'information sur des grilles de programme ne revêt, en elle-même, aucun caractère secret, novateur ou lié à la recherche. Elle constituait, au contraire, de simples données factuelles pour lesquelles ces chaînes se gardaient d'ailleurs bien de réclamer une rémunération aux entreprises de la presse quotidienne tant l'information diffusée par celles-ci s'avérait propice à élargir leur performance à l'audimat⁴⁵.

43 - J. Schumpeter : « Capitalisme, socialisme et démocratie » Payot 1963, p. 50.

44 - Arrêt du 06/04/95, Affaires Jointes C-241/91 P et C-242/91, Recueil 1995 I p.808.

45 - L'interdiction ne touchait en effet pas la diffusion des grilles télévisuelles par la presse quotidienne.



Bien qu'accueillies avec réserve par certains commentateurs spécialistes en droit de la propriété intellectuelle craignant que loin de se présenter comme un cas d'espèce ⁴⁶, cet arrêt puisse ouvrir la porte à une remise en cause plus radicale du champ de protection de la propriété intellectuelle, les motivations qui justifiaient la condamnation des chaînes de télévision apparaissent conformes à l'objectif de promotion de l'efficacité économique.

L'offre d'une information telle que celle en cause dans cette espèce revêt les attributs d'une sorte de service universel dont doivent pouvoir bénéficier les détenteurs de postes de télévision. Attribuer le qualificatif essentiel à une telle information et rendre celle-ci disponible (moyennant éventuellement une rémunération appropriée) à tout opérateur économique susceptible de créer ainsi un produit faisant l'objet d'une demande de marché apparaissent donc conformes à la fois au protocole applicable à la gestion d'une facilité essentielle et à l'objectif de promotion de l'efficacité sans pour autant altérer la substance du droit de propriété détenu par les chaînes de télévision en cause.

Une question récemment posée dans la littérature économique va toutefois beaucoup plus loin que le cas d'espèce qui vient d'être évoqué dans la mesure où elle va jusqu'à contester l'exclusivité dont doit légitimement jouir le créateur d'un standard technologique ⁴⁷.

Selon R. N. Langlois ⁴⁸, l'enjeu de la question de décider si un standard technologique peut être qualifié de facilité essentielle et donc de se voir appliquer le principe de libre accès apparaît particulièrement sensible lorsqu'il s'agit d'analyser les comportements stratégiques des entreprises évoluant dans des secteurs où les effets de réseau sont importants. On sait qu'un effet de réseau existe lorsque l'utilité que retire chacun des usagers du bien ou du service en cause augmente avec le nombre de ceux qui l'utilisent également. Ce résultat favorable conduit toutefois les usagers dans une position en quelque sorte « d'otages » d'autant plus prononcée que la technologie sur laquelle repose le réseau devient le standard de référence et que se manifestent des effets « boules de neige » en faveur de celui-ci ⁴⁹.

Tel est le cas lorsque des produits ou des programmes d'utilisation complémentaires sont appelés à fonctionner sur cette technologie standard. Une fois que le marché a opté pour le standard d'un offreur particulier, la possibilité de voir ultérieurement émerger une technologie de qualité supérieure décroît avec le coût de changement de standard.

Dans une activité de réseau, le titulaire d'un droit de propriété sur un standard est non seulement en mesure de faire la « course en tête » dans la conquête de la clientèle mais surtout de bloquer, de façon parfois définitive, l'accès au marché pour des concurrents potentiels. Outre le fait de pouvoir retirer un profit

46 - Voir G. Bonnet : « Défense et illustration des droits sur les créations au regard des règles communautaires de concurrence » RJDA – 3/98 – p 173 ; B. Edelman : « L'arrêt Magill » : une révolution ? » Recueil Dalloz-Sirez – 1996. Chronique – p 119 ; M. Vivant : « La propriété industrielle entre abus de droit et abus de position dominante » JCP 1995, Fd. G. – n° 47 – p 449.

47 - C'est une partie du débat en cours dans l'appréciation de la politique adoptée par Microsoft.

48 - R. N. Langlois : « Technological standards, innovation and essential facilities : Toward a schumpeterian Post-Chicago approach » – Déc. 1999 Paper for the G. Mason University.

49 - La motivation en faveur d'un changement de réseau est d'autant plus faible que les consommateurs finals ne valorisent que faiblement la différenciation des produits ou des services.



de monopole sur une période de temps bien supérieure à celle d'un brevet classique, le titulaire du droit de propriété peut développer des stratégies prédatrices telles que la création de nouvelles générations du système productif en cause fondées sur l'incompatibilité avec d'autres systèmes.

L'argumentation de ceux qui plaident pour une utilisation de la doctrine des facilités essentielles pour assurer un degré suffisant d'ouverture dans les secteurs de réseau repose sur la constatation selon laquelle, dans ce type de domaine, l'innovation revêt une forme souvent spécifique et fondée sur le développement de technologies cumulatives, au sein desquelles le progrès technique évolue à coup d'améliorations incrémentales. En second lieu, la plupart des technologies de ce type relèveraient de la notion de système productif, ce qui signifie que la fabrication d'un produit final nécessite une complémentarité de plusieurs composants intermédiaires. Dans la mesure où l'amélioration d'un tel système implique celle des éléments qui le composent, l'innovation progresse d'autant plus vite qu'un nombre important de firmes recherchent de nouvelles voies, et au contraire d'autant plus lentement que certains composants sont soumis à des droits de propriété dont les titulaires s'attachent à protéger l'exclusivité.

Par analogie au domaine des brevets, la proposition des chercheurs, tels que R. N. Langlois, serait de restreindre le champ (ou l'étendue) de protection d'un standard dans le but de le rendre plus ouvert à la concurrence dans les secteurs d'activités relevant de l'effet de réseau. Tel est le cas lorsque la concurrence entre systèmes productifs apparaît, pour des raisons techniques (telles que les économies d'échelle), trop limitée et que l'organisation d'une rivalité, au sein même de ces processus productifs, s'avère rapidement la plus efficace. Dans la mesure où un composant particulier jouerait un rôle déterminant dans les chances de voir le progrès technique s'accroître, la liberté d'accès au standard qui le caractérise pourrait s'avérer nécessaire.

Si beaucoup d'économistes s'accordent à reconnaître que, dans certaines situations, un libre accès à un droit de propriété intellectuelle peut être socialement désirable, ils n'en méconnaissent pas les difficultés d'application.

Dans quelle mesure, en effet, les autorités de la concurrence seraient-elles capables de pouvoir affirmer que la solution du libre accès serait la meilleure pour faire progresser les améliorations techniques alors que les innovateurs, pourtant mieux informés, ne sont eux-mêmes pas toujours capables de prédire les effets et l'évolution de leurs procédés ? Restreindre la largeur du champ des standards ne peut donc être une panacée.

On partagera plutôt l'opinion de C. Crampes et M. Moreaux ⁵⁰ selon laquelle puisqu'un standard (ou un brevet) ne donne qu'une protection aux frontières imprécises, l'initiative d'une contestation de son périmètre de validité appartient aux concurrents. Les tribunaux devraient alors être d'autant plus sollicités d'intervenir que « *la couverture accordée est large et donc susceptible d'être contestée sur ses marges, que le produit est facile à imiter et donc*

50 - C Crampes. et M. Moreaux : « Les caractéristiques des brevets », *Revue d'Économie Industrielle*, Hors Série – 2000.



que la définition même de ce qui est protégé est floue, ce qui suscitera une intensive recherche visant à améliorer le produit »⁵¹.

Sauf cas exceptionnel⁵² la contestation d'un standard ou d'un brevet devrait donc demeurer l'apanage du droit de la propriété industrielle.

Conclusion

À l'instar de tout domaine d'activité économique ou de loisir, l'analyse économique n'est pas à l'abri des phénomènes de mode. N'échappe pas à cette règle le renouveau de l'intérêt porté à la notion de facilité essentielle largement utilisée par les directives communautaires relatives à l'ouverture à la concurrence des marchés jusqu'alors exploités par des monopoleurs publics. Qualifier de facilité essentielle toute infrastructure ou ressource difficile à dupliquer pourrait aboutir à avantager les stratégies de « suiveur » au détriment de l'activité d'innovation.

Le principe de liberté d'entrée sur un marché ne se confond pas avec celui d'entrée facile. La notion de facilité essentielle ne doit donc être appliquée qu'aux ressources présentant strictement les caractéristiques définies au cours de la première section de cet exposé.

La jurisprudence relative à la condamnation des abus de position dominante a, jusqu'à ce jour, prouvé l'efficacité des règles du droit de la concurrence sans avoir généralement eu besoin de se référer à ce concept. La difficulté de duplication d'une infrastructure ou d'une ressource peut certes être utilisée comme un des critères permettant de démontrer l'existence (ou le risque de création dans un projet de concentration) d'une situation hégémonique. Cela ne signifie pas pour autant qu'y faire référence conduise, ipso facto, à une obligation de libre accès. Une position dominante n'est pas interdite en soi, seul son abus est condamnable.

51 - op. cit. p. 21.

52 - La Cour de Justice a reconnu l'existence d'un droit de propriété fondamental, garanti dans l'ordre juridique communautaire en conformité avec les idées communes aux Constitutions des États membres. Or, dans toutes les Constitutions de ceux-ci, il est reconnu que l'exercice du droit de propriété peut-être limité dans l'intérêt général et dans la mesure nécessaire à cet égard. Encore convient-il de ne pas donner un contenu trop extensif à cette notion d'intérêt général.

Les services d'intérêt économique général et le droit communautaire

*Koen Lenaerts,
juge au Tribunal de première instance
des Communautés européennes,
professeur de droit européen (Leuven) ¹*

I – Les services d'intérêt économique général dans le traité CE : d'une exception à une obligation

Le traité CE, dans sa version initiale, comportait une seule disposition sur les services d'intérêt économique général, à savoir l'article 90, paragraphe 2 - l'actuel article 86, paragraphe 2, CE. Il s'agit d'une disposition d'exception par rapport aux règles du traité, notamment les règles de concurrence, normalement applicables. Les services d'intérêt général n'étant pas toujours rentables, les auteurs du traité ont en effet considéré que les mécanismes d'un marché concurrentiel n'étaient pas nécessairement de nature à en garantir une offre suffisante.

C'est ainsi que l'article 86, paragraphe 2, CE dispose que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles du [...] traité [CE], notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.

L'article 86, paragraphe 2, CE énonçant une règle d'exception, il doit être interprété de manière stricte. Ainsi, pour que la dérogation à l'application des règles du traité prévue par cette disposition puisse jouer, il ne suffit pas que l'entreprise en cause soit investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Encore faut-il que l'application des règles du traité fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette entreprise ². En outre, l'article 86, paragraphe 2, CE contient un test de proportionnalité. Les dérogations à l'application des règles du traité ne sont, en effet, admises que dans la mesure où elles s'avèrent nécessaires pour permettre à l'entreprise investie d'une telle mission d'intérêt général de l'accomplir ³. Lorsqu'un droit spécial ou exclusif est octroyé à une

1 - Les opinions exprimées dans cette contribution n'engagent que l'auteur, qui par ailleurs remercie Ignace Maselis, référendaire au Tribunal de première instance des Communautés européennes, pour sa précieuse assistance.

2 - Arrêt de la Cour du 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, point 26.

3 - Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Almelo*, C-393/92, Rec. p. I-1477, point 49 ; arrêt de la Cour du 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91, Rec. p. I-2533, point 14.

entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, le test de proportionnalité conduit ainsi à vérifier que la mission spécifique de l'entreprise ne peut être accomplie par des mesures moins dérogatoires aux règles du traité. Ainsi, il oblige notamment à choisir la solution la moins « attentatoire » à la concurrence, compte tenu des obligations et des contraintes qui pèsent sur l'entreprise ⁴.

Enfin, à la dernière phrase de l'article 86, paragraphe 2, CE, il est énoncé : « le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ». Jusqu'à présent, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après la Cour) ne s'est pas explicitement prononcée sur le contenu et la portée de cette exigence, alors qu'elle a déjà été amenée à conclure à l'application de l'article 86, paragraphe 2, CE à une série de situations. Il semble que cette condition est supposée remplie si les autres conditions de l'article 86, paragraphe 2, CE sont remplies. La preuve du contraire nécessiterait, selon l'avocat général Ph. Léger, la démonstration que la mesure litigieuse ait réellement affecté les échanges intracommunautaires de manière substantielle ⁵.

L'on peut se demander pourquoi l'article 86, paragraphe 2, CE fait état de services d'intérêt *économique* général et non pas de services d'intérêt général tout court.

Il peut être considéré que la mention « *économique* » s'explique par le fait que l'article 86, paragraphe 2, CE figure parmi les règles du traité relatives à la concurrence. Or, les articles 81 et 82 CE ne s'appliquent qu'aux entreprises, c'est-à-dire aux entités exerçant des activités économiques. L'exception prévue à l'article 86, paragraphe 2, CE, dès lors qu'elle vise les *entreprises* chargées d'une mission d'intérêt général, s'applique donc à des services présentant un caractère économique. En d'autres termes, le traité ne devait pas prévoir une exception pour les services non économiques d'intérêt général, dans la mesure où ces services ne tombent, en tout état de cause, pas dans le champ d'application des règles de concurrence du traité.

C'est ainsi que la Cour a jugé que les activités d'*Eurocontrol*, qui assure des missions d'intérêt général dont l'objet est de contribuer au maintien et à l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne, ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité ⁶. De même, les organismes qui sont chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale, fondé sur le principe de la solidarité nationale, ne constituent pas non plus des entreprises et échappent dès lors aussi à l'application des articles 81 et 82 CE ⁷. En revanche, dans l'affaire *Albany*, un fonds de pension sectoriel gérant aux Pays-Bas un système de pensions complémentaires a été considéré comme une entreprise au sens des règles de

4 - Conclusions de l'avocat général Ph. Léger du 10 juillet 2001 dans l'affaire *Wouters*, C-309/99, non encore publiées au Recueil, point 165.

5 - Conclusions de l'avocat général Ph. Léger dans l'affaire *Wouters*, citées à la note précédente, point 166.

6 - Arrêt de la Cour du 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Rec. p. I-45, points 27 et 30.

7 - Arrêt de la Cour du 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 18.



concurrence du traité⁸. Interrogée sur le point de savoir si l'affiliation obligatoire à ce fonds pour les employeurs et les travailleurs du secteur concerné ne violait pas les règles de concurrence du traité, la Cour a jugé que la suppression du droit exclusif conféré au fonds pourrait aboutir à l'impossibilité pour celui-ci d'accomplir, dans des conditions économiquement acceptables, les missions d'intérêt général qui lui ont été imparties et mettre en péril son équilibre financier⁹. L'octroi d'un droit exclusif au fonds concerné a donc été considéré comme une restriction nécessaire à la concurrence, de nature à bénéficier de l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE.

Si les services d'intérêt général visés par l'article 86, paragraphe 2, CE sont de nature économique, il va néanmoins de soi que, en chargeant une entreprise de la gestion de services d'intérêt économique général, les autorités d'un État membre poursuivront normalement des objectifs autres que des objectifs économiques. Par exemple, la Cour, dans son arrêt *Albany*, a souligné la fonction sociale essentielle du régime de pension complémentaire dans le système de pensions aux Pays-Bas en raison du montant réduit de la pension légale, calculé sur la base du salaire minimal légal¹⁰.

Plus généralement, la Cour considère que l'article 86, paragraphe 2, CE vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique *économique, fiscale ou sociale* avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun¹¹.

Comme il a déjà été indiqué, le traité CE ne comportait à l'origine qu'une seule disposition se rapportant aux services d'intérêt économique général. Cette situation n'a changé qu'en 1999, avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, qui a inséré un nouvel article 16 dans le traité CE. Cet article dispose : « Sans préjudice des articles 73, 86 et 87, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ».

Malgré sa formulation vague, l'intérêt du nouvel article 16 du traité ne doit pas être sous-estimé. En effet, dorénavant, la fourniture de services d'intérêt économique général n'est plus simplement considérée comme un élément qui peut justifier une exception aux règles du traité. Elle est devenue une obligation pour la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de ses compétences, et est même perçue comme un des principes et objectifs de base du traité¹². La déclaration n 13 annexée au traité d'Amsterdam souligne par

8 - Arrêt de la Cour du 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-5751, point 87.

9 - Arrêt *Albany*, cité à la note précédente, point 111.

10 - Arrêt *Albany*, cité à la note 7, point 105.

11 - Arrêts de la Cour du 19 mars 1991, *France c/ Commission*, C-202/88, Rec. p. I-1223, point 12, et *Albany*, cité à la note 7, point 103.

12 - Il faut noter, à cet égard, que l'article 16 appartient à la première partie du traité CE, intitulée "Les principes". Voir également Malcolm Ross, « Article 16 EC and services of general interest :

ailleurs l'importance de la qualité et de la continuité des services d'intérêt économique général ainsi que le respect du principe d'égalité de traitement.

Un autre pas important a été franchi avec la proclamation à Nice de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte »)¹³. Dans le chapitre IV de la Charte consacré à la solidarité, figure l'article 36, intitulé. Accès aux services d'intérêt économique général, qui dispose : L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union.

L'article 36 de la Charte est complémentaire à l'article 16 CE. Alors que ce dernier article vise à garantir la fourniture des services d'intérêt économique général, l'article 36 de la Charte érige l'accès à ces services en droit fondamental.

Malgré ce grand saut en avant, l'on peut regretter que les articles 16 CE et 36 de la Charte fassent encore référence à la nature économique des services d'intérêt général. Une telle référence qui, certes, est compréhensible pour ce qui concerne l'article 86, paragraphe 2, CE, risque de conduire à une interprétation restrictive des obligations découlant de l'article 16 CE et de l'article 36 de la Charte. Plusieurs services à caractère purement social risquent ainsi de ne pas être couverts par ces dispositions alors même que l'article 16 CE souligne le rôle important que les services d'intérêt général jouent dans la promotion de la cohésion sociale de l'Union.

À l'heure actuelle, il n'existe pas de jurisprudence concernant l'interprétation de l'article 16 CE ou de l'article 36 de la Charte. L'analyse qui suit sera donc limitée à l'interprétation que fait la Cour de l'article 86, paragraphe 2, CE.

II – Les caractéristiques des services d'intérêt (économique) général qui justifient l'application de l'article 86, paragraphe 2, CE

La première question consiste à se demander quels services tombent sous le champ d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE.

En principe, les États membres déterminent librement les services qu'ils considèrent d'intérêt général. Un service d'intérêt économique général est donc un service dont les autorités d'un État membre jugent la fourniture essentielle dans l'intérêt général. Les États membres décident aussi librement si ces services doivent être fournis par des entreprises privées ou publiques¹⁴.

from derogation to obligation », (2000) 25 *European Law Review*, pp 22-38.

13 - JO 2000 C 364, p. 1.

14 - L'article 295 du traité CE énonce, en effet, le principe de neutralité pour ce qui est du régime de la propriété dans les États membres.



Néanmoins, la notion de services d'intérêt économique général est une notion de droit communautaire. Il appartient ainsi à la Commission¹⁵, sous le contrôle de la Cour, de veiller au respect des conditions d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE. La Commission doit éviter qu'un État membre soustraie des activités économiques aux règles du traité CE en recourant de façon abusive à la notion de service d'intérêt économique général¹⁶. Sa tâche est donc d'empêcher des restrictions indues à la concurrence et de sauvegarder l'unité du marché.

Il arrive ainsi que la Cour soit appelée à se prononcer sur le point de savoir si un service donné peut bénéficier de l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE¹⁷. Dans sa jurisprudence, elle a considéré, de manière non limitative, que constituent des services d'intérêt économique général au sens de cette disposition : les émissions de radiotélévision d'intérêt public, l'exploitation de certaines lignes aériennes, la distribution d'électricité, la gestion d'un régime de pension complémentaire remplissant une fonction sociale essentielle dans le système de pension d'un État, la mise à la disposition des usagers d'un réseau public de téléphone, la distribution du courrier sur l'ensemble du territoire national, la gestion de certains déchets en vue de faire face à un problème environnemental et un service universel de lamanage assuré pour des raisons de sécurité publique¹⁸.

Quelles sont les caractéristiques essentielles d'un service d'intérêt économique général ? La jurisprudence de la Cour est longtemps restée vague sur ce point. En témoigne, par exemple, un arrêt de la Cour de 1991 qui déclare qu'un service d'intérêt économique général est un service qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités de la vie économique¹⁹.

La jurisprudence plus récente nous permet toutefois d'identifier les caractéristiques essentielles d'un service d'intérêt économique général. Ainsi, dans son arrêt *Corbeau* du 19 mai 1993, la Cour explique que la Régie des postes belge est chargée d'un service d'intérêt économique général en soulignant l'obligation pour cette entreprise d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires²⁰. Dans son arrêt *Almelo* du 27 avril 1994, concernant la fourniture d'électricité, la Cour a mis en exergue l'obligation d'assurer un service ininterrompu sur l'intégralité du territoire concédé à tous les consommateurs²¹.

15 - En vertu de l'article 86, paragraphe 3, CE.

16 - Communication de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe (JO 2001, C 17, p. 4, point 22).

17 - Ceci peut être le cas lorsqu'un État membre, une institution ou une entreprise introduit un recours en annulation contre une décision ou une directive prise sur la base de l'article 86, paragraphe 3, CE ou lorsqu'une juridiction nationale adresse une question préjudicielle à la Cour.

18 - Pour les références aux arrêts de la Cour concernés, voir conclusions de l'avocat général Ph. Léger dans l'affaire *Wouters*, citées à la note 3, point 163.

19 - Arrêt *Merci Convenzionali Porto di Genova*, cité à la note 1, point 27.

20 - Arrêt *Corbeau*, cité à la note 2, point 15.

21 - Arrêt *Almelo*, cité à la note 2, point 48.

De même, dans son arrêt du 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, la Cour a jugé que les opérations de lamanage revêtent un intérêt économique général dès lors que les lamaneurs sont tenus de fournir à tout moment et à tout usager un service universel de lamanage²².

L'universalité et la continuité de l'offre apparaissent donc comme des caractéristiques essentielles des services d'intérêt économique général. Ainsi, dans son arrêt du 11 décembre 1997, *Job Centre*, la Cour a jugé que les bureaux de placement publics ne réunissent pas les conditions de l'article 86, paragraphe 2, CE lorsque ceux-ci ne sont pas à même de satisfaire, pour tous genres d'activités, la demande que présente le marché du travail²³.

L'universalité du service n'implique toutefois pas que l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général est tenue de fournir ce service à n'importe quelle personne établie dans la Communauté. L'obligation n'existe, dans le chef de l'entreprise concernée, que sur le territoire concédé ou par rapport à une catégorie d'utilisateurs objectivement définie²⁴.

L'interprétation des conditions d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE par la jurisprudence de la Cour a connu une évolution, notamment dans les années 1990, qui reflète l'importance croissante attachée aux services d'intérêt économique général en tant que valeur commune de l'Union dans un marché libéralisé.

Ainsi, s'agissant de savoir si une entreprise a réellement été chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, la Cour jugeait encore, en 1983, qu'une société de gestion de droits d'auteurs n'était pas investie par les pouvoirs publics de la gestion de tels services parce que la législation allemande ne confie pas la gestion des droits d'auteur [...] à des entreprises déterminées mais [elle] définit de manière générale les règles applicables aux activités de sociétés qui se proposent d'assurer l'exploitation collective de tels droits²⁵. Il ressort, par contraste, de la jurisprudence récente que l'individualisation de l'entreprise dans l'acte des pouvoirs publics ne constitue plus une condition d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE. La circonstance qui déclenche l'applicabilité de cette disposition du traité ne se rapporte pas aux caractéristiques propres de l'entreprise même mais aux spécificités du service que celle-ci est obligée de fournir dans l'intérêt public. Ainsi, la Cour a récemment jugé que les grossistes qui fournissent, en France, des médicaments aux pharmacies constituent des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général dès lors qu'ils sont obligés, en vertu d'un arrêté ministériel, de détenir en permanence un stock important et d'assurer la livraison de médicaments dans les vingt-quatre heures suivant la réception de la commande²⁶.

22 - Arrêt de la Cour du 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, C-266/96, Rec. p. I-3949, points 45 et 46.

23 - Voir aussi arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, non encore publié au Recueil, point 62.

24 - Arrêt *Albany*, cité à la note 7, point 87 : seuls les travailleurs du secteur concerné (textile) avaient accès au fonds de pension sectoriel.

25 - Arrêt de la Cour du 2 mars 1983, *GVL/Commission*, 7/82, Rec. p. 483, point 31.

26 - Arrêt de la Cour du 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, non encore publié au Recueil, points 6 et 30 à 33.

Une même évolution dans la jurisprudence, qui met au premier plan la protection de la mission d'intérêt général, peut être observée en ce qui concerne l'interprétation des autres conditions de l'article 86, paragraphe 2, CE.

En 1984, la Cour était appelée à se prononcer sur un arrêté irlandais imposant aux importateurs de produits pétroliers l'obligation d'acheter 35 % des besoins en produits pétroliers auprès de la seule raffinerie active en Irlande à un prix fixé par le ministre compétent sur la base des frais et coûts supportés par la raffinerie. Cet arrêté était motivé par la nécessité d'assurer, par le maintien en activité d'une capacité de raffinage suffisante, la sécurité des approvisionnements en produits pétroliers en Irlande²⁷. Selon la Cour, la mesure irlandaise constituait une mesure équivalant à une restriction quantitative à l'importation. En effet, l'obligation pour tous les importateurs de s'approvisionner en un produit déterminé, à concurrence d'un certain pourcentage, auprès d'un fournisseur national limite d'autant les possibilités d'importation de ce même produit [et] comporte donc un effet protecteur en faveur d'une production nationale²⁸. Quant à l'éventuelle application de l'article 86, paragraphe 2, CE, la Cour juge, sans fournir d'autres explications, que cette disposition n'exempte [...] pas l'État membre qui a chargé une entreprise [de la] gestion [de services d'intérêt économique général] de l'interdiction de prendre, en faveur de cette entreprise et afin de protéger son activité, des mesures qui entravent, contrairement à l'article [28] du traité, les importations des autres États membres²⁹.

Plus récemment, la Cour a adopté une approche différente vis-à-vis des obligations d'approvisionnement destinées à garantir l'équilibre financier des entreprises chargées d'une mission d'intérêt général. Ainsi, en 1994, la Cour a reconnu qu'une obligation imposée aux distributeurs locaux d'électricité de s'approvisionner exclusivement auprès du distributeur régional d'électricité pouvait s'avérer nécessaire pour permettre au distributeur régional d'assurer sa mission d'intérêt général. Ce dernier doit en effet assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients³⁰. Dans son appréciation de la nécessité de la clause d'achat exclusif, la Cour tient compte des coûts que le distributeur régional doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles il est soumis³¹.

De même, dans un arrêt du 13 mars 2001, la Cour a jugé, pour des motifs tirés de la protection de l'environnement, que l'obligation faite aux entreprises allemandes d'approvisionnement en électricité d'acheter une partie de leurs besoins, à des prix minimaux fixés par les autorités publiques, auprès d'entre-

27 - Arrêt de la Cour du 10 juillet 1984, *Campus Oil*, 72/83, Rec. p. 2727.

28 - Arrêt *Campus Oil*, cité à la note précédente, point 16.

29 - Arrêt *Campus Oil*, cité à la note 26, point 19.

30 - Arrêt *Almelo*, cité à la note 2, point 48.

31 - Arrêt *Almelo*, cité à la note 2, point 49.

prises allemandes produisant l'électricité à partir d'énergie renouvelable, ne violait pas l'article 28 CE ³².

Il peut être considéré que l'évolution de la jurisprudence est liée à la libéralisation des marchés et la privatisation des services publics. Lorsqu'en 1957, les services d'intérêt économique général étaient fournis (presque) exclusivement par des entreprises publiques contrôlées directement par l'État, l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE n'était applicable qu'en faveur des entreprises publiques formellement chargées par les autorités publiques de gérer une mission d'intérêt général. Dans le contexte actuel d'un marché ouvert où des entreprises privées fournissent la plupart des services d'intérêt économique général, le risque est réel que des opérateurs privés, qui recherchent la maximalisation de leurs bénéfices, ne se concentrent que sur la prestation de services rentables. Il est donc nécessaire d'imposer aux opérateurs privés, qui fournissent sur le marché des services considérés comme étant d'intérêt général, des obligations de fournir des prestations spécifiques - parfois non rentables - afin de sauvegarder le caractère universel et continu du service d'intérêt économique général. Comme exemples peuvent être citées l'obligation de connecter des petites communes éloignées au réseau de téléphone, au réseau d'électricité et de gaz, l'obligation de maintenir un stock important, etc.

L'entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général fournit donc normalement des services à la fois rentables et non rentables. À tout le moins, elle fournit des services à un coût variable qui n'est pas reflété dans le tarif appliqué. En effet, le service est normalement fourni à des tarifs uniformes sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle ³³. Ainsi, le coût d'une livraison de courrier à un destinataire situé dans la ville où se trouve la poste d'envoi est largement inférieur au coût d'une telle livraison à un destinataire se trouvant dans une commune éloignée. Néanmoins, le tarif appliqué sera uniforme. Le coût moyen d'une opération sera donc plus élevé pour une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, en raison de l'obligation de la fourniture d'un service universel, que le coût moyen d'une opération d'une entreprise qui ne se concentre que sur les aspects rentables du service en question.

La mission d'intérêt général représente donc un surcoût qui, si le jeu de la concurrence devait jouer normalement, pourrait mettre en péril l'équilibre financier de l'entreprise chargée d'une telle mission.

Afin de sauvegarder l'équilibre financier des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général et, partant, la prestation universelle et continue de ces mêmes services, il est donc essentiel que les surcoûts engendrés par les obligations spécifiques d'intérêt général puissent être compensés ³⁴. C'est ainsi que la Cour semble être amenée, plus facilement que par le passé, à constater qu'une restriction à la concurrence est nécessaire

32 - Arrêt de la Cour du 13 mars 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099.

33 - Arrêt *Corbeau*, cité à la note 2, point 15.

34 - Voir, par exemple, arrêts *Firma Ambulanz Glöckner*, cité à la note 22, et *Ferring*, cité à la note 25.

pour qu'une entreprise fournissant sur le marché des services d'intérêt économique général puisse accomplir les obligations particulières qui lui incombent.

L'arrêt *Corsica Ferries* de 1998 illustre parfaitement ce point ³⁵. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une réglementation nationale qui accorde à une entreprise le droit exclusif d'assurer le service de lamanage dans un port et qui impose le recours à ce service pour un prix qui est situé au-delà du coût effectif de la prestation, bénéficie de l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE dès lors que le prix imposé compense le supplément qu'implique le maintien d'un service universel de lamanage.

L'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE s'applique donc aux restrictions de la concurrence, telles que l'octroi d'un droit exclusif ou spécial, qui sont considérées comme nécessaires pour compenser les surcoûts liés aux obligations de fourniture de services d'intérêt économique général ³⁶.

Ainsi, dans l'affaire *Albany*, la Cour a jugé que l'obligation d'affiliation imposée à tous les travailleurs de l'industrie textile au fonds de pension sectoriel était nécessaire pour permettre à ce fonds d'accomplir, dans des conditions économiquement acceptables, les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties ³⁷. En effet, en l'absence d'une telle obligation, le départ progressif des bons risques laisserait au fonds sectoriel de pension la gestion d'une part croissante de mauvais risques, provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses auxquelles le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable ³⁸. La règle d'affiliation obligatoire a donc été considérée comme une restriction à la concurrence bénéficiant de l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE.

Toutefois, la possibilité d'octroyer des droits spéciaux ou exclusifs connaît des limites.

En effet, afin de protéger le consommateur, il faut que l'entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général puisse satisfaire en permanence la demande ³⁹. La jurisprudence insiste dès lors tout particulièrement sur la nécessité d'une prestation continue et satisfaisante des services d'intérêt économique général.

En outre, la restriction ou l'exclusion de la concurrence ne se justifie normalement pas pour les services qui répondent à une demande spécifique et qui sont dissociables du service d'intérêt économique général.

Une telle situation était soumise à l'appréciation de la Cour dans l'affaire concernant *M. Corbeau* ⁴⁰. Ce dernier avait violé le monopole postal dont bénéficiait la

35 - Arrêt *Corsica Ferries*, cité à la note 21.

36 - Arrêt *Corbeau*, cité à la note 2, point 16.

37 - Arrêt *Albany*, cité à la note 7, point 111.

38 - Arrêt *Albany*, cité à la note 7, point 108.

39 - Arrêt *Firma Ambulanz Glöckner*, cité à la note 22, point 62.

40 - Arrêt *Corbeau*, cité à la note 2.

Régie des postes belge en fournissant à Liège un service consistant dans la collecte du courrier au domicile de l'expéditeur et dans la distribution de ce courrier avant le lendemain à midi pour autant que les destinataires du courrier soient aussi situés à Liège. Interrogée à titre préjudiciel, la Cour a d'abord rappelé que l'obligation, pour la Régie des postes belge, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables⁴¹. Toutefois, dans l'arrêt *Corbeau*, l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE n'a pas joué en faveur de la Régie des postes. La Cour a en effet jugé que l'exclusion de la concurrence ne se justifiait pas dès lors qu'étaient en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, telles que la collecte à domicile, une plus grande rapidité ou fiabilité de la distribution ou encore la possibilité de modifier la destination en cours d'acheminement⁴².

En revanche, dans l'affaire *Firma Ambulanz Glöckner*⁴³, la Cour a jugé qu'il était justifié d'accorder aux organismes ayant pour mission d'organiser le transport urgent de malades (services de transport en ambulance), un droit exclusif concernant également le transport non urgent de malades. En effet, selon la Cour, les deux services en cause sont si étroitement liés que les services de transport non urgent de malades sont difficilement dissociables de la mission d'intérêt général touchant au transport urgent, dans des conditions d'équilibre économique. L'extension des droits exclusifs des organisations sanitaires au secteur du transport non urgent de malades leur permet précisément d'assurer leur mission d'intérêt général, touchant au transport urgent, dans des conditions d'équilibre économique. La possibilité qu'auraient les entrepreneurs privés de se concentrer, dans les services de transport non urgent, sur des trajets plus lucratifs pourrait porter atteinte à la viabilité économique du service fourni par les organisations sanitaires et, par conséquent, mettre en cause la qualité et la fiabilité dudit service⁴⁴.

Il n'est toutefois pas facile d'apprécier d'avance si l'octroi d'un droit exclusif ou spécial, ou en d'autres termes une restriction de la concurrence, est nécessaire pour sauvegarder l'équilibre financier de l'entreprise chargée d'un service d'intérêt général.

Le surcoût généré par les services d'intérêt économique général peut aussi être compensé par un financement direct (subvention) ou indirect (avantage fiscal) de la part des autorités publiques. Un tel financement ne sera pas considéré comme une aide d'État - et échappera donc à l'application des règles du traité relatives aux aides d'État - pour autant que l'avantage octroyé n'excède pas les

41 - Arrêt *Corbeau*, cité à la note 2, point 17.

42 - Arrêt *Corbeau*, cité à la note 2, point 19.

43 - Arrêt *Firma Ambulanz Glöckner*, cité à la note 22.

44 - Arrêt *Firma Ambulanz Glöckner*, cité à la note 22, points 60 et 61.

surcoûts de l'accomplissement des obligations de service d'intérêt économique général ⁴⁵.

Ainsi, tout récemment, la Cour a, dans l'arrêt *Ferring*, été amenée à se prononcer sur l'avantage fiscal applicable en faveur des grossistes de médicaments en France. Les laboratoires pharmaceutiques, qui pratiquent la vente directe de médicaments et qui se trouvent en concurrence avec les grossistes, ne bénéficient pas de cet avantage. Dans son arrêt, la Cour constate que les grossistes ont été chargés d'obligations spécifiques de service public. Ils sont en effet tenus de disposer en permanence d'un assortiment de médicaments susceptible de répondre aux exigences d'un territoire géographiquement déterminé et d'assurer la livraison des médicaments demandés dans de très brefs délais ⁴⁶. Or, le respect de ces obligations entraîne, pour les grossistes, un coût supplémentaire que les laboratoires pharmaceutiques n'ont pas à supporter ⁴⁷. L'octroi d'un avantage fiscal qui compense ce surcoût doit être considéré comme la contrepartie des prestations d'intérêt général effectuées par les grossistes et met les grossistes et les laboratoires dans des conditions de concurrence comparables ⁴⁸.

En effet, si l'État impose des obligations déterminées de service public à une entreprise, la couverture des surcoûts découlant de l'accomplissement de ces obligations ne confère aucun avantage à l'entreprise en cause, mais sert à éviter une situation injustifiée de désavantage par rapport à ses concurrents. Autrement dit, on ne peut pas prendre en compte de façon séparée l'imposition de l'obligation et l'octroi de la compensation, étant donné qu'il s'agit de deux facettes d'une même intervention publique destinée, dans son ensemble, à satisfaire des intérêts de première importance pour la collectivité. L'intervention des autorités publiques finit donc par être économiquement neutre pour l'entreprise intéressée parce que celle-ci n'en tire ni avantage ni désavantage ⁴⁹.

Pour cette raison, un avantage octroyé par les autorités publiques à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général sera considéré comme une aide d'État uniquement si l'avantage excède les surcoûts que l'entreprise supporte pour l'accomplissement des obligations de service public ⁵⁰.

Le législateur communautaire a adopté des dispositions prévoyant l'établissement d'un système de comptabilité analytique pour les entreprises chargées de missions de service public, qui exercent aussi des activités dans des secteurs concurrentiels ⁵¹. Une telle comptabilité devrait permettre de vérifier si l'apport financier accordé par les autorités publiques à une entreprise chargée de la

45 - Arrêt *Ferring*, cité à la note 25, point 32. La Cour ne souscrit donc pas à la jurisprudence antérieure du Tribunal (arrêts du 27 février 1997, *FFSA e.a./Commission*, T-106/95, Rec. p. II-229, et du 10 mai 2000, *SIC/Commission*, T-46/97, Rec. p. II-2125) qui qualifiait l'octroi de tels avantages d'aides d'État (certes, compatibles avec le marché commun, en vertu des articles 86, paragraphe 2, et 87 CE).

46 - Arrêt *Ferring*, cité à la note 25, point 24.

47 - Arrêt *Ferring*, cité à la note 25, point 25.

48 - Arrêt *Ferring*, cité à la note 25, point 27.

49 - Conclusions de l'avocat général A. Tizzano du 8 mai 2001 sous l'arrêt de la Cour du 22 novembre 2001, *Ferring*, C-53/00, non encore publiées au Recueil, point 61.

50 - Arrêt *Ferring*, cité à la note 25, point 32.

51 - Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 193, p. 75).

gestion de services d'intérêt économique général ne dépasse pas les surcoûts découlant de l'accomplissement de cette mission.

Le financement par les autorités publiques des surcoûts liés à la fourniture de services d'intérêt économique général est plus transparent qu'un système permettant une compensation de tels surcoûts par l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux sur un certain marché. L'on peut en outre se demander si un financement pris en charge par les autorités publiques n'est pas, en principe, plus bénéfique pour le consommateur, en ce qu'il est plus respectueux du jeu de la concurrence. Si, par exemple, les autorités publiques compensaient directement le surcoût lié au maintien d'un service universel et continu de transport urgent de malades au lieu d'accorder un droit exclusif aux entreprises concernées également pour ce qui concerne le transport non urgent ⁵², la concurrence non faussée pour ce qui concerne ce dernier service ne serait-elle pas de nature à conduire à des prix plus bas que ceux applicables dans un marché où la concurrence est restreinte ? En revanche, si les grossistes qui fournissent des médicaments aux pharmacies bénéficiaient, au lieu d'un avantage fiscal ⁵³, d'un droit exclusif pour la distribution des médicaments visant à compenser les surcoûts liés à la gestion d'un service d'intérêt économique général, l'exclusion des laboratoires pharmaceutiques en tant que concurrents sur le marché ne serait-elle pas susceptible d'aboutir à des prix plus élevés pour le consommateur ?

Certes, si les surcoûts générés par les services d'intérêt économique général sont compensés par un financement direct ou indirect de la part des autorités publiques, ce financement sera finalement supporté par le contribuable. N'est-il toutefois pas plus équitable de faire supporter les surcoûts liés aux services d'intérêt *général* par l'ensemble des contribuables au lieu de les faire supporter par les seuls consommateurs de biens ou services pour la fourniture desquels l'entreprise chargée d'une mission d'intérêt général a été dotée d'un droit exclusif ou spécial ?

Il convient toutefois de garder présent à l'esprit que, dans certains secteurs, le démantèlement d'un droit exclusif ou spécial pourrait mettre en péril des règles de solidarité (entre bons et mauvais risques, entre bons et mauvais clients) qui, en dépit du fait qu'elles ne se meuvent pas dans un contexte de service d'intérêt général au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE, peuvent apparaître socialement justifiées (par exemple, dans le secteur de la protection sociale complémentaire).

Il ne nous appartient pas, dans le cadre de cette contribution, de prendre parti en faveur de l'un ou de l'autre de ces systèmes, dont le caractère souhaitable est d'ailleurs intimement tributaire des caractéristiques propres aux différents secteurs économiques concernés. Ce qu'il convient toutefois de souligner, c'est que le juge communautaire n'opère pas de choix entre ces deux systèmes, mais examine tout système soumis à son appréciation au regard d'une même grille d'analyse fondée sur les critères de la transparence et de la proportionnalité.

52 - Arrêt *Firma Ambulanz Glöckner*, cité à la note 22.

53 - Arrêt *Ferring*, cité à la note 25.

III. – Observations finales

Les services d'intérêt économique général figurent parmi les valeurs communes de l'Union. Cette prise de conscience a conduit à une protection accrue de ces services au fil des années non seulement dans le texte du traité mais aussi dans la jurisprudence.

Alors que la Cour jugeait encore, en 1981, que les banques ne bénéficiaient pas de l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE ⁵⁴, la déclaration n° 37 annexée au traité d'Amsterdam relative aux établissements publics de crédit en Allemagne énonce : [...] les règles de concurrence en vigueur dans la Communauté permettent de prendre pleinement en compte les services d'intérêt économique général assurés en Allemagne par les établissements de crédit de droit public, ainsi que les avantages qui leur sont accordés en compensation des coûts inhérents à la prestation de ces services.

En outre, alors qu'en 1991, la Cour considérait, d'une manière générale, que les opérations portuaires ne tombaient pas sous le champ d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE ⁵⁵, elle a jugé, en 1998, que les opérations de lamanage revêtaient un intérêt général bénéficiant de l'exception prévue à cette disposition ⁵⁶.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour semble encline à reconnaître - plus facilement qu'auparavant - que l'exception de l'article 86, paragraphe 2, CE est applicable. Comme il a déjà été indiqué, cette évolution est liée à la privatisation des services d'intérêt économique général et à la nécessité de sauvegarder l'équilibre financier des entreprises offrant de tels services.

Toutefois, il semble que, dans certaines affaires, l'interprétation moins restrictive des conditions de l'article 86, paragraphe 2, CE par la Cour s'explique par un autre facteur, lié au fait que l'objectif poursuivi par l'entreprise chargée d'une mission d'intérêt public est considéré par la Cour comme relevant d'un des objectifs prioritaires du traité ou, en d'autres termes, d'un objectif plus important que le maintien d'une concurrence non faussée dans le marché commun. Il ressort, en effet, de la jurisprudence récente que la Cour opère des gradations dans les objectifs du traité. Ainsi, si l'objectif poursuivi relève de la protection sociale ⁵⁷ ou de la protection de l'environnement ⁵⁸, les restrictions de la concurrence passeront plus facilement le cap de l'article 86, paragraphe 2, CE.

54 - Arrêt de la Cour du 14 juillet 1981, *Züchner*, 172/80, Rec. p. 2021.

55 - Arrêt *Merci Convenzionali Porto di Genova*, cité à la note 1, point 27.

56 - Arrêt *Corsica Ferries*, cité à la note 21, points 45 et 46.

57 - Arrêt *Albany*, cité à la note 7.

58 - Récemment, la Cour a encore jugé qu'une réglementation qui prévoit qu'un nombre limité d'entreprises peuvent procéder au traitement de déchets de chantier produits dans une certaine zone ne viole pas les règles de concurrence du traité dès lors qu'elle vise à résoudre un problème environnemental et est nécessaire pour assurer un flux suffisamment important de tels déchets vers ces entreprises (arrêt de la Cour du 23 mai 2000, *Entreprenorforeningens Affalds*, C-209/98, Rec. p. I-3743). Voir aussi arrêt *PreussenElektra*, cité à la note 31.

Le contrôle de la concurrence dans le domaine des transports en commun interurbains conduira à un nouveau règlement

*Michael Ronellenfitsch,
professeur à l'université
Eberhard-Karls de Tübingen*

Ces derniers temps on a pu observer une plus grande concurrence dans le domaine des transports en commun¹. Néanmoins il ne faut pas oublier que ce domaine relève essentiellement de la « *Daseinsvorsorge* »². Entre la « *Daseinsvorsorge* » et la libre concurrence, il ne revient à la concurrence qu'un rôle secondaire. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le droit national et le droit communautaire. Le droit communautaire se prépare à une réforme complète, influencée par la situation juridique en Allemagne.

I. La situation juridique en Allemagne est intéressante, vu que le terme de « *Daseinsvorsorge* » a été développé en Allemagne, que les projets d'amendements du Parlement Européen relatifs au règlement des transport en commun inter urbains s'inspirent des règlements allemands et que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) va, sous peu, se prononcer sur la validité du droit relatif aux transports des personnes en Allemagne.

1. C'est *Ernst Forsthoff* qui en 1938 utilisa pour la première fois le terme juridique de « *Daseinsvorsorge* »³. *Forsthoff* critiqua l'interprétation libérale du droit public. Il affirma que le droit public sert à protéger la liberté de chacun. Ces libertés seraient particulièrement menacées si les citoyens étaient privés de services vitaux. « *Que se passerait-t-il, si l'état utilisait la dépendance des citoyens à ces services comme moyen d'autorité?* »⁴. À cette question il donna comme réponse : Les services publics font également partie du droit public et sont donc soumis à ces règlements. Il ne peut donc pas y avoir de libre concurrence dans les domaines concernant la « *Daseinsvorsorge* ». C'est à l'État de remplir les tâches relevant de la « *Daseinsvorsorge* ». Sans aucun doute, il s'agit-là d'une tâche de l'État, de mettre en place une infrastructure nécessaire au bon fonctionnement d'une société industrielle et de créer les conditions garantissant la liberté de circulation⁵.

1 - Andersen, Öffentlicher Personennahverkehr im Wettbewerb. Reformwege im deutschen und europäischen ÖPNV-Markt, Marktstudie, 2001 ; M. Ronellenfitsch, *Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt*, Verwaltungsarchiv (VerwArch.), 2001, p. 131, 293.

2 - La traduction approximative de ce mot paraît pouvoir être « services d'intérêt général ».

3 - E. Forsthoff, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938 = *Rechtsfragen der Leistenden Verwaltung*, 1959. Cp. aussi D. Scheidemann, *Der Begriff Daseinsvorsorge. Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs*, These Göttingen, 1990.

4 - *Rechtsfragen*, p. 12.

5 - M. Ronellenfitsch, *Die Verkehrsmobilität als Grund- und Menschenrecht*, in : *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Bd. 44 (1996), p. 167.

2. Dans le droit allemand, les transports en commun interurbains sont expressément considérés comme « *Daseinsvorsorge* »⁶. Traditionnellement, ils bénéficient tout de même de la liberté de l'industrie, du commerce et du travail. En Allemagne une concession est nécessaire pour le transport des personnes par trams, par métropolitains et par bus⁷. Cette concession ne peut être attribuée que si le demandeur remplit certaines conditions, notamment la capacité financière. Il faut faire la distinction entre les transports où une entreprise présente la demande de concession (« *eigenwirtschaftliche Betriebe* ») et les concessions attribuées par appel à la concurrence (« *gemeinwirtschaftliche Betriebe* »)⁸. L'État a toutefois la possibilité d'effectuer le transport des personnes par ses propres entreprises ou de participer à des appels à la concurrence avec ses propres entreprises. Par ce biais une entreprise subventionnée par l'État peut également faire partie des « *eigenwirtschaftliche Betriebe* », ce qui a pour conséquence qu'un appel d'offres n'est pas nécessaire. Il est donc également possible d'intervenir selon le régime « *in house* ».

3. Dans l'arrêt du 6 avril 2000⁹ le Bundesverwaltungsgericht – Cour comparable aux Conseil d'État – a demandé à la CJCE de statuer sur la question de savoir si les subventions aux entreprises de transports privées ou de l'État étaient compatibles avec le droit communautaire.

II.1. Selon le Traité communautaire, les transports interurbains font partie de la circulation en Europe. L'article 3 § f. se réfère particulièrement aux domaines des transports que concrétisent les art. 70 à 80. L'article 14 CE renvoie à l'article 80 CE et indique par là que le domaine des transports contribue à la réalisation du marché commun. L'article 16 CE régit les transports inter urbains. Dans la mesure où les art. 70 et suivants, y compris le droit secondaire de la circulation basé sur l'art 71 CE, ne comportent pas de règlements spécifiques, les règles générales du Traité concernant l'économie de marché¹⁰ s'appliquent. Les prestations de services de transports en commun, selon les stipulations générales, devront s'effectuer dans le cadre d'un système de marché régi par les règles d'une concurrence loyale¹¹. Un système spécifique assure la protection de la libre concurrence. Il s'agit en effet de protéger à la fois la concurrence contre d'éventuelles pratiques anti-

6 - Le Bade-Wurtemberg : loi du 08.06.1995 (J.O., p. 417, § 5 ; la Bavière : loi du 30.07.1996 (J.O., p. 336), Art. 2 ; Berlin : loi du 27.06.1995 (J.O., p. 390), § 2 ; le Brandebourg : loi du 27.06.1995 (J.O.I, p. 252), § 2 ; Brême : loi du 15.05.1995 (J.O., p. 317), § 8 ; la Hesse : loi du 19.01.1996 (J.O. I, p.50), § 2 ; la Basse Saxe : loi du 28.06.1995 (J.O., p. 180), § 2 ; la Rhénanie-du-Nord-Westfalie : loi du 07.03.1995 (J.O., o. 19961), § 1 ; la Rhénanie-Palatinat : loi du 17.11.1995 (J.O., p. 450) ; § 4 ; la Sarre : loi n. 1361 du 29.11.1995 (J.O., p.74), § 2 ; la Saxe : loi du 14.12.1995 (J.O., p. 412), § 2 ; la Saxe-Anhalt : loi du 24.11.1995 (J.O., p. 339), § 1 ; le Schleswig-Holstein : loi du 26.6.1995 (J.O., p.262), § 1 ; la Thuringe : loi du 08.01.1995 (J.O., p. 357), § 2.

7 - § 2 Al. 1, § 1 al. 1 Loi de transport de voyageurs (« *Personenbeförderungsgesetz – PbefG* »).

8 - § 8 al. 4 PBefG. Cp. en France la concession de service public. J. Dufau, *Concessions de service public*, Juris-Classeur 2, 1997, Fascicule 530.

9 - BVerwG 3 C 7.99, « litige de Magdebourg » *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2000, p. 1617.

10 - Arrêt de la CJCE du 4 avril 1974, *Commission des CE c/ République française*, 167-73, Rec. 1974, p.359 ; Arrêt de la CJCE du 30 avril 1986, *Ministère public contre Lucas Asjes e. a.*, 209 à 213/84, Rec. 1986, p. 1425.

11 - Arrêt de la CJCE du 30 novembre 1982, *Ministère public c/ Joseph Trinon*, 12/82, Rec. 1982, p. 4089.

concurrentielles de la part des opérateurs et d'harmoniser les interventions de l'État sans toutefois fausser la concurrence. C'est dans ce sens que l'art. 3 § g. CE se concrétise au titre VI CE : « *Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations* ». La concurrence en Europe n'est pas une fin en soi, mais le moyen de réaliser les objectifs de la Communauté européenne¹² proposés à l'art 2 CE et auxquels contribuent également les politiques décrites aux art. 3 et 4 CE. C'est le cas en particulier des subventions. Conformément à l'article 87 § 1, sont incompatibles avec le marché commun les aides dans la mesure où elles affectent les échanges entre les États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État, sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, sauf dérogations prévues. Ce n'est pas le cas pour ce qui concerne le domaine de la circulation. D'après l'article 73, sont compatibles avec le CE les aides qui répondent aux besoins de la coordination des transports ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public. Ainsi la Commission peut établir des dispositions utiles concernant le transport par chemin de fer, par route et par voie navigable. Le Conseil a su amplement utiliser cette compétence.

2. Le règlement (CEE) n°1192/1969 du 26 juin 1969 relatif à l'action des États membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable¹³ n' a tout d'abord pas été applicable aux entreprises qui effectuaient en particulier des transports locaux et régionaux. Avec l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1992, du règlement n°1893/91 du Conseil du 20 juin 1991 modifiant le règlement n° 191/1969¹⁴, les entreprises de transports locaux et régionaux furent incluses dans son champ, mais le règlement permit aux États membres de faire une exception pour ces transports. L'Allemagne a fait usage de cette compétence jusqu'au 31 décembre 1995. Depuis le 1er janvier 1996 il n'existe cependant plus de disposition comparable. Le législateur allemand a cependant fait une dérogation à l'application du règlement aux prestations de transports pour les entreprises rentables à elles-mêmes. Comme le règlement de la communauté européenne permet une exception totale, une exception partielle est également de la compétence de la législation nationale. La CJCE aura à décider dans un proche avenir de ce problème. Le 6 novembre 2001 a eu lieu l'audience devant la CJCE¹⁵ dans le litige de Magdebourg¹⁶. Il s'agissait-là de savoir si le législateur allemand avait fait usage ou non du droit prévu à l'article 1 § 2 du règlement n°1191/69 dans sa rédaction actuelle, prévoyant une mesure dérogatoire pour le domaine des transports en commun. L'exception partielle et implicite de ce règlement ne serait pas une erreur du législateur, mais assurerait la tradition de la législation allemande concernant le droit des transports des personnes, qui considère les transports en commun interurbains depuis toujours comme une entreprise

12 - Chr. Koenig, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung*, 1994, p. 37.

13 - *Journal officiel* n. L 156 du 28/06/1969, p. 0001.

14 - *Journal officiel* n. L 169 du 29/06/1991, p. 0001.

15 - Affaire C-280/00-1

16 - Arrêt de la cour administrative de la Saxe-Anhalt (Magdebourg) du 7 avril 1998 - A 1/4 S 2211/97 ; cassé par Bundesverwaltungsgericht N. 8.



et une prestation de service d'intérêt général¹⁷. La dérogation complète pour les transports en commun inter urbains serait justifiée par le manque de concurrence interétatique initial ainsi que par les structures déjà existantes et la mission des transports en commun interurbains¹⁸. En effet, il existerait une justification pour une dérogation partielle, s'il fallait toujours tenir compte de ces raisons, ce qui serait le cas ici. Pour ce qu'il en est de la concurrence inter étatique, celle-ci ne se développerait que lentement. Dans le cadre des prestations de services conformément au règlement n°1191/85, il s'agit de plus de la concurrence des aides d'État. Cette concurrence basée sur appels d'offres ne devrait être admise que progressivement, sans exclure les possibilités de créer différemment une rentabilité en elle-même pour les prestations de transport non-octroyées. La concurrence contrôlée serait non seulement compatible avec le droit secondaire de la Communauté mais serait nécessaire à l'intérêt commun d'après le droit primaire de la Communauté. On peut s'attendre à ce que la CJCE accepte dans une large mesure la réglementation allemande en vigueur. Il dépendra du législateur européen de développer ces règles. Il y a déjà eu beaucoup de progrès dans le domaine de la concurrence contrôlée.

III. Depuis un certain temps déjà la Commission des Communautés européennes a tendance à modifier les structures de marché dans les transports en commun interurbains. Déjà dans le livre vert « *Le réseau du citoyen* » la Commission européenne estimait nécessaire de modifier le règlement n°1191/69. Au premier abord il semblerait que la meilleure solution pour réaliser les exigences communautaires soit de déterminer des obligations communautaires. Par contre l'expérience a montré que la régulation du trafic, en imposant des obligations aux entreprises sans toutefois les faire bénéficier d'une compensation financière de la part de l'État, aurait des effets néfastes par le manque de stimulations financières et économiques qui ont pour but d'améliorer la qualité et le rendement des transports. Vue de près, la « *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports de voyageurs par chemin de fer, par route par voie navigable* » du 26 juillet 2000¹⁹ va au-delà d'une concurrence contrôlée. Bien au contraire, elle a pour but d'imposer le principe de la libre concurrence : à commencer par l'article 1 comportant non seulement la description du vaste champ d'application du règlement, mais également la déclaration latente de la concurrence contrôlée, en passant par une définition très large des prestations de service public à assurer à l'article 3 h, pour se terminer par les moyens restreints d'une commande sans appel d'offres préalable.

1. La Commission n'a pas réussi à harmoniser l'intérêt public des transports en commun interurbains et les intérêts privés. La concurrence est

17 - H.-L. Dienel/B. Schmucki (ed.), *Mobilität für alle. Geschichte des öffentlichen Personenverkehrs in der Stadt zwischen technischem Fortschritt und sozialer Pflicht*, 1996.

18 - Arrêt de la C.J.C.E du 21 janvier 1999, *Bagnasco e.a. contre Banca Popolare de Novara e.a.* 215/96 et 216/96, Rec. 1999, p.135.

19 - *Journal officiel* C 365 du 19.12.2000, p. 169.

prédominante faute de définition précise de l'intérêt public des transports en commun interurbains. C'est ce que démontre également la communication de la Commission sur « *Les services d'intérêt général en Europe* » du 17 octobre 2001²⁰. En ce qui concerne les transports en commun interurbains, la Commission se contente de se référer à son livre vert « *Le réseau du citoyen* » tout en mettant l'accent sur le libre arbitre du marché dans le respect de l'intérêt public. Lors de la session du Parlement Européen, le 3 septembre 2001, cette circulaire a été adressée au Comité économique et monétaire. Dans le rapport sur la communication du 17 octobre 2001 (rapport « *Langen* »)²¹, la proposition a été émise : que la politique de libéralisation des différentes prestations d'intérêt public pourrait avoir pour le citoyen/usager des conséquences aussi bien positives que négatives et que par conséquent cette politique exigeait une évaluation comparée de la qualité de prestations fournies, avant que de nouvelles mesures de libéralisation ne soient prises. Cette proposition exige donc des États membres de recourir à des appels d'offres dans toute l'Europe conformément aux normes de la Commission, pour ce qui est des services de transports régionaux et communaux. Celle-ci rappelle la nécessité de faire la différence entre trains et bus, en raison de la structure des PME qui sont essentiellement en cause. En utilisant la concurrence contrôlée pour remédier au manque d'attrait des transports en commun, la Commission et le Comité économique et monétaire oublient que l'intérêt public ne peut être assuré que si les responsables s'acquittent de leur tâche avec flexibilité. Le droit communautaire primaire dote à cet effet les États membres de compétences, ce qui n'est pas prévu par la proposition de règlement.

2. La proposition de règlement du Parlement et du Conseil européen relative à l'action des États membres en matière d'exigences de service public et à l'attribution de contrats de service public dans le domaine des transports des voyageurs par chemin de fer, par route et par voie navigable, telle que modifiée par le Parlement en octobre 2001, souligne plus clairement la conception de l'État-providence et le principe de subsidiarité que ne l'avait fait la Commission. Ceci résulte des 486 demandes d'amendement formulées par le Comité de politique régionale, des transports et du tourisme²² et qui lors du premier tour à l'assemblée plénière du Parlement Européen entraînent 96 amendements.

3. En plusieurs points la proposition de règlement s'aligne sur la législation allemande en vigueur. Elle permet une interprétation conforme au droit primaire et prévoit une période d'adaptation suffisamment longue. La proposition de règlement représente un développement prudent du droit dérivé tout en laissant suffisamment de marge aux législations nationales. L'aspect positif de cette proposition est que l'adjudication par appel d'offres, seule possibilité envisagée par la Commission, a laissé une place à des formes contrôlées d'entreprises publiques. En outre se trouvent renforcées les possibilités d'attribution directe concernant les transports ferroviaires, même si elles ne concernent pas les prestations des réseaux métropolitain et routier. Le

20 - (KOM (2000) 580 - 2001/2157(COS)).

21 - A5-0361/2001 final.

22 - CDR0292/2000 ; CES0703/2001 ; rapport E. Meijer A5-034/2001.



fait de ne pas prendre en considération les services des chemins de fer est une proposition de compromis rendue plus attractive pour les communes en augmentant leur niveau de seuil critique. La relation ambiguë avec le droit d'adjudication a été redéfinie dans le sens d'une spécificité exclusive du règlement. Le législateur national devra donc scrupuleusement respecter les contraintes quant à l'adjudication que lui impose ce règlement. Ce règlement provisoire prévoit un délai d'application suffisamment long, à savoir huit ans. Dans les détails il y a une interférence entre les principes de loyauté et la nécessité de réformes de structures. Il s'imposerait donc une simplification.

IV. En conclusion nous rappellerons encore une fois que les services d'intérêt public n'excluent pas le principe de la concurrence. En cas de litige c'est aux services d'intérêt général de prévaloir. C'est ce que la proposition de la Commission n'a pas assez pris en considération, en dépit de l'article 16 CE. Il reste donc à espérer que la Commission tiendra compte des amendements du Parlement Européen. Par contre il ne s'agira pas de faire machine arrière. Les prestations de service concurrentiel ne sont donc que la forme plus performante des prestations de services. Du point de vue allemand, il serait souhaitable que les transports soient rentables. Quoiqu'il en soit, la concurrence contrôlée passe avant la concurrence par appel d'offres et il ne devrait pas en être autrement, après l'entrée en vigueur du règlement.



Droit international et droit de la concurrence

*Jean-Marc Thouvenin,
professeur à l'université de Nanterre (Paris X)*

La compétition à laquelle se livrent les opérateurs économiques est mondiale et les entreprises sont désormais conduites à développer des stratégies commerciales globales. C'est d'ailleurs là un des effets attendus de l'ouverture toujours plus grande des marchés à la concurrence internationale, dont la théorie libérale postule qu'il est profitable à tous. Mais au-delà du démantèlement des obstacles au commerce et de l'abaissement des barrières douanières, de multiples difficultés doivent être surmontées pour intégrer réellement les marchés, comme l'illustre d'ailleurs très clairement l'expérience de la Communauté européenne, dont le volet économique est une forme régionale de ce que l'on entend désormais établir au plan mondial. La principale de ces difficultés consiste à garantir qu'une concurrence efficace puisse toujours jouer sur les marchés.

Certes l'ouverture des marchés est sensée conduire à une frénésie concurrentielle, tirant inéluctablement et au plus grand profit des consommateurs les prix des produits ou services disponibles vers le bas. Moyennant le respect d'un certain nombre de règles comme l'interdiction du dumping ou des subventions publiques déloyales, c'est d'ailleurs précisément l'un des bénéfices que l'on en attend. Mais la compétition, de laquelle sont rapidement éliminés les opérateurs économiques les moins solides, n'a jamais qu'un temps. Rapidement les « survivants » s'organisent pour rentabiliser au mieux leurs acquis. Car dès qu'elles disposent de parts de marchés satisfaisantes, les entreprises ont tendance à renier l'incertitude inhérente à la concurrence, et ne goûtent plus que modérément le risque. Elles sont donc naturellement enclines à sécuriser leurs positions. Les ressources de la société ne sont alors plus allouées au plus efficace, mais à celui qui a su le mieux se protéger ; l'innovation, toujours coûteuse, est retardée, de façon à laisser les vieilles trouvailles, dont le coût de développement est désormais amorti, produire des profits à peu de frais ; les conditions de l'offre s'améliorent peu. Et finalement, le bénéfice de la mondialisation risque de se trouver confisqué par quelques opérateurs économiques forts de leurs rentes de situation.

Le droit de la concurrence est un moyen d'éviter de tels résultats. Il est aujourd'hui jugé indispensable à la régulation de l'économie. Dans son acception large, ce droit poursuit généralement trois objectifs. Le premier est d'assurer que les pratiques des opérateurs économiques en situation de concurrence demeurent loyales. On trouve notamment ici des règles liées à la protection de la propriété intellectuelle, ou à l'interdiction du dumping. Le

deuxième objectif est de garantir l'égalité des chances de chacun des opérateurs économiques dans la compétition. Ce sont les règles relatives à l'interdiction des subventions discriminatoires, ou encore à certains aspects de la passation des marchés publics, qui sont alors pertinentes. Le troisième objectif est d'établir ou de maintenir une concurrence effective entre opérateurs économiques. On parle ici de droit « antitrust ».

Comme on le sait, le droit de la concurrence s'est développé dans les droits internes, d'abord en Amérique du Nord, puis un peu partout dans le monde. Sous cette forme dispersée, il n'est certes pas totalement inefficace à saisir les pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale. La théorie de l'extra-territorialité s'est d'ailleurs renouvelée du fait des multiples applications de règles nationales pour contrer des pratiques étrangères. La solution n'est cependant pas satisfaisante, ce qui conduit à se tourner vers l'ordre juridique international.

Le droit international de la concurrence tel qu'il se présente actuellement manque cependant de lisibilité, et il est opportun d'en présenter l'état. On en trouve la source dans des conventions bilatérales, plurilatérales ou multilatérales. Ont par ailleurs été adoptés des textes non contraignants mais qui servent de référence au plan international. Ceci forme un ensemble relativement disparate, que l'on pourra cependant présenter de façon ordonnée en évoquant d'abord les conventions bilatérales (I), puis les accords régionaux (II), et enfin les approches multilatérales de la question (III).

I – L'approche bilatérale

La multiplication des traités bilatéraux traitant de problèmes de concurrence répond à la multiplication de lois nationales sur le même sujet. Depuis quelques années apparaissent un peu partout des règles et des autorités compétentes sur le sujet, aussi bien dans les grands pays très industrialisés que dans de petites entités comme Jersey, ou encore dans des pays comme le Pérou ou les Philippines. Cette prolifération, accentuée par l'accélération de la mondialisation de ces dernières années, est du reste généralement encouragée. Dès sa résolution 35/63 du 5 décembre 1980, l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies adoptait un « Ensemble de principes et de règles équitables pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives », dans lequel était recommandé à tous les États d'adopter, d'améliorer ou de mettre en œuvre un contrôle des pratiques commerciales restrictives, c'est-à-dire, pour l'essentiel, des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les entreprises. L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), qui s'intéresse également aux pratiques commerciales restrictives depuis 1996, prône elle aussi l'adoption par ses membres de lois nationales destinées à permettre la sanction des pratiques attentatoires à la concurrence. L'Union européenne favorise de son côté l'adoption de lois nationales de concurrence par les pays de l'Europe centrale et orientale qui ont vocation à devenir membres de l'Union. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut aussi relever que l'article 1501, paragraphe 1, de l'Accord de libre échange Nord Améri-

cain (ALENA) oblige ses parties à se doter de règles de concurrence, tout comme d'ailleurs la plupart des autres accords de libre échange ou d'union douanière que l'on peut recenser de par le monde.

Des démarches ont en outre été entreprises pour faciliter la mise en œuvre effective de politiques nationales de concurrence par les autorités les moins aguerries. La coopération technique entre les autorités de concurrence est fréquente, non seulement entre pays développés, et on peut mentionner à ce titre l'envoi par le Conseil de la Concurrence, courant 2000, d'une délégation auprès des autorités américaines de concurrence, afin d'étudier les méthodes de traitement des dossiers, mais surtout entre pays développés et pays en développement. C'est ainsi par exemple que les États-Unis forment les autorités brésiliennes ou mexicaines, que la DGCCRF française, sur le fondement d'un accord de 1992, effectue des missions au Gabon, et que le Conseil de la concurrence apporte son expertise aux fonctionnaires du Marché commun des Caraïbes (CARI.COM) ¹.

L'expansion des règles de l'économie libérale, aussi souhaitable soit-elle, n'est pas sans soulever de difficultés. Les lois nationales sur la concurrence ont désormais vocation à réguler une économie de plus en plus mondialisée. Or, faute d'harmonisation, les règles en vigueur peuvent diverger assez largement d'un pays à l'autre, tant sur le fond qu'en matière de procédure. Les opérateurs économiques dont les activités ne sont pas confinées à un seul territoire national se trouvent alors dans des situations parfois inextricables, toujours incertaines, et ils peuvent même pâtir de conflits de compétences entre plusieurs autorités de concurrence. En outre, les frictions entre autorités sont susceptibles de conduire à des tensions internationales.

La nécessité d'une certaine coordination avait déjà été ressentie au milieu du XX^e siècle, alors que l'on ne comptabilisait pas plus de dix législations nationales de concurrence. C'est ainsi que le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les États-Unis et l'Allemagne en 1954 établit une coopération très avancée pour contrer les pratiques commerciales restrictives touchant les deux États.

Mais cette solution ne s'est pas immédiatement imposée, et des frictions liées à l'extraterritorialité inhérente au droit de la concurrence ont été observées. Ainsi en particulier des conflits récurrents entre le Canada et les États-Unis, comme en 1959, suite à la conduite par les autorités américaines d'une enquête relative à l'exploitation concertée de brevets par un groupe de fabricants canadiens. En a résulté le premier accord bilatéral informel en matière de concurrence, l'accord Fulton-Rogers, qui mettait en place un simple mécanisme de consultations pour discuter des désaccords entre les deux pays. D'autres litiges sont pourtant survenus, débouchant là encore sur des accords bilatéraux entre administrations respectives, mais de plus en plus perfectionnés, à l'image de l'accord Mitchell-Basford de 1969, renforcé par un protocole d'entente signé en 1984 ².

1 - Quatorzième rapport du Conseil de la Concurrence, 2000, p. 9

2 - K. von Finckenstein (Commissaire de la concurrence du Canada), *Coopération anticoncurrentielle internationale : bilatéralisme ou multilatéralisme?*, disponible sur le site internet à l'adresse <http://strategis.gc.ca>

La multiplication des lois nationales de concurrence et la mondialisation de l'activité commerciale ont naturellement conduit à la multiplication et au raffinement de tels accords. On recense à cet égard des conventions conclues entre les États-Unis et l'Allemagne, l'Australie, le Canada, Israël, le Japon, l'Union européenne. Cette dernière a également conclu des accords avec les pays de l'Europe centrale et orientale, ainsi qu'avec la Turquie et Chypre, et a tissé de nombreux liens avec l'autre rive de l'Atlantique. Des accords ont également été conclus entre le Danemark, l'Islande et la Norvège, ou encore entre la Chine et le Kazakhstan, la Chine et la Russie, et entre bien d'autres encore.

Ces textes ont chacun leurs particularités, mais si l'on met à part les traités d'entraide judiciaire en matière pénale, dont un seul, celui entré en vigueur entre les États-Unis et le Canada en 1990, est considéré comme pertinent en matière d'enquête, de poursuite et d'élimination des pratiques anticoncurrentielles, on peut constater qu'ils visent pour l'essentiel à limiter l'application concurrente des législations, tout en recherchant les complémentarités entre outils nationaux de régulation.

Sur le premier point, les traités peuvent prévoir un mécanisme de notification des affaires traitées par les autorités d'une partie, lorsqu'elles portent sur des pratiques touchant des intérêts importants de l'autre partie, ainsi que des procédures de consultation ; l'engagement de chacun de tenir compte des intérêts importants de l'autre (mécanisme dit de la « *courtoisie traditionnelle* ») ; l'examen systématique des demandes émanant d'une autorité visant à ce que l'autre engage ou intensifie des poursuites contre des pratiques restrictives, localisées dans le pays requis mais affectant essentiellement les intérêts du pays requérant ; ou encore reconnaître une primauté à l'exercice de sa compétence par l'autorité de l'État dans lequel les marchés sont principalement touchés par la pratique en cause (mécanisme dit de la « *courtoisie positive* »).

S'agissant de la recherche de la complémentarité, les traités peuvent prévoir des mécanismes de coordination des enquêtes concernant des pratiques affectant également les parties, des échanges d'informations, la fourniture d'une assistance en matière d'enquête, voire l'application, sur le territoire d'une partie, d'une décision prise par une autre, dans la mesure où la loi nationale ne s'y oppose pas.

L'intensité réelle de la coopération instaurée par ces traités repose en réalité sur la confiance que les autorités concernées s'accordent mutuellement, facteur évidemment variable. Mais même si la confiance est grande, la coopération peut trouver ses limites dans des divergences fondamentales d'appréciations.

La coopération entre l'Union européenne et les États-Unis en est une bonne illustration. Les autorités américaines et européennes ne cessent d'approfondir les instruments de leur coopération. Après l'accord du 23 septembre 1991, approuvé le 10 avril 1995³, a été conclu un accord plus ambitieux sur la courtoisie active le 4 juin 1998⁴. En outre, la Commission a adopté le 31

3 - JOCE L 95 du 27 avril 1995, pp. 45 et 46

4 - JOCE L 173 du 18 juin 1998, pp. 26-31

mars 1999 un texte consignait des arrangements administratifs entre les autorités de concurrence respectives concernant leur participation mutuelle à certaines phases des procédures engagées dans des affaires individuelles⁵. La coopération est manifestement considérée comme satisfaisante⁶, mais certaines divergences d'analyse sur le fond peuvent susciter de graves tensions. Le cas le plus extrême s'est produit à propos du projet de concentration entre les entreprises américaines GEC et Honeywell, qui a été autorisé par les autorités américaines mais interdit par la Commission européenne⁷.

Ajoutons qu'en dépit des ressemblances que l'on peut trouver entre les différents traités bilatéraux, l'on ne saurait pour le moment considérer qu'il existe un « *modèle* » unique à partir duquel pourrait facilement être établi un traité multilatéral. Certains mettent en œuvre une coopération très poussée, tandis que d'autres se bornent à organiser des discussions. Cette diversité est d'ailleurs probablement l'une des raisons des difficultés rencontrées par l'OMC dans sa réflexion actuelle, sa démarche revenant finalement à tenter de codifier dans un accord multilatéral des pratiques bilatérales qui demeurent aujourd'hui très variables.

II – L'approche régionale

L'approche régionale n'est pas toujours fondamentalement différente de celle retenue au plan bilatéral. Ainsi de l'Accord de libre échange nord américain (ALENA), dont l'article 1501 ne prescrit que la mise en place de législations nationales de concurrence, renvoyant pour le reste à la coopération et à la coordination de ses États parties. Il en va de même s'agissant du Forum de coopération économique Asie-Pacifique (APEC), dont les membres ne coopèrent que de façon très lâche quant à la lutte contre les pratiques commerciales restrictives. Par ailleurs, on peut penser que les discussions engagées sur l'établissement d'une zone de libre-échange pour les Amériques, qui ont déjà débouché sur un premier « *Sommet antitrust des Amériques* » en octobre 1998, conduira également à des solutions minimalistes. 1. 2.

Mais certains accords régionaux sont plus ambitieux, en prévoyant des règles communes, et, dans certains cas, des organes intégrés chargés de leur application. C'est évidemment le cas de l'Union européenne, dont on se bornera ici à dire que son exemple semble servir de modèle à d'autres regroupements

5 - Bulletin UE 3-1999, Concurrence (18/43)

6 - Voir à cet égard les rapports annuels de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre de l'accord concernant l'application des règles de concurrence américaines et européennes ; notamment le rapport pour 1999, COM(2000)618 final.

7 - Pour des explications sur les divergences d'appréciation, voir C. A. James, *International Antitrust in the 21st Century : cooperation and convergence*, discours devant le Forum global de la concurrence de l'OCDE, Paris, 17 octobre 2001 ; Mario Monti, *Antitrust in the US and Europe : a History of convergence*, General Counsel Roundtable, American Bar Association, Washington DC, 14 Novembre 2001



régionaux. Les parties aux accords créant le COMESA, le CARICOM, le MERCOSUR, ou encore le Pacte andin, sont sur cette voie.

S'agissant du COMESA, marché commun qui réunit vingt et un États de l'Afrique de l'Est et du Sud, son Traité constitutif signé à Kampala le 5 novembre 1993 prévoit à l'article 55 qu'il revient aux États membres d'interdire les ententes anticoncurrentielles, mais aussi que l'organisation est compétente pour déterminer quelles ententes pourront être exemptées. Toutefois, du fait notamment des moyens limités des pays membres, moins d'une demi-douzaine d'entre eux ont pu adopter des législations sur la concurrence, et les cas de mise en application demeurent jusqu'à présent exceptionnels⁸. Le CARICOM constitué par le Traité de Chaguaramas du 4 juillet 1973, réunit treize États dans un marché commun des Caraïbes. La politique de concurrence a été introduite par un amendement, le Protocole VIII sur la politique de concurrence, la protection des consommateurs, le dumping et les subventions. Le protocole a été ouvert à la signature le 14 mars 2000, mais il n'est pas encore en vigueur. La politique qu'il définit se veut intégrée, puisque le contrôle des pratiques anticoncurrentielles transnationales devra être confié à une commission de la concurrence, tandis qu'il reviendra aux États membres d'adopter des mesures de mise en œuvre. Les pays du MERCOSUR résultant de l'accord instituant le marché commun du Sud, signé à Asuncion le 26 mars 1991, ont adopté récemment un protocole relatif à la politique de concurrence contenant des règles communes et des mécanismes d'application⁹. Enfin, les États parties au Pacte andin ont doté la Commission de l'Accord de Carthagène de compétences en matière d'application de règles communes relatives aux pratiques commerciales restrictives¹⁰.

III – L'approche multilatérale

La nécessité de réfléchir à une politique de concurrence de portée globale s'est faite sentir assez tôt. Déjà lors des négociations de l'après seconde guerre mondiale devant conduire à la rédaction de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce, des dispositions sur le sujet avaient été discutées. Mais l'O.I.C. n'a finalement jamais vu le jour, et jusqu'à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (b), la réflexion sur ce que pourrait être un droit multilatéral de concurrence fut pour l'essentiel abandonnée à d'autres, en particulier à l'OCDE et à la CNUCED (a).

8 - Voir notamment J. Musonda, *Regional competition policy for COMESA countries and implications for an FTA in 2000s*, in CNUCED, *Competition policy, trade and development in the Common Market for Eastern and Southern Africa* (UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.18), p. 103

9 - Voir la décision 17/96 concernant le protocole relatif à la défense de la concurrence, du 17 décembre 1996. Plus généralement, voir notamment G. Oliveira, *Aspects of competition policy in MERCOSUR*, Boletín Latinoamericano de competencia, n° 11, décembre 2000, p. 37

10 - Voir l'accord d'intégration sous-régionale andine, Carthagène, 26 mai 1969, et la décision 285 du 21 mars 1991 de la Commission andine sur les règles visant à prévenir ou corriger les distorsions de la concurrence causées par des pratiques restrictives.



Les travaux de l'OCDE et de la CNUCED

L'OCDE a toujours été sensibilisée au problème de la coopération de ses membres dans le domaine du contrôle des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux. En son sein a été institué un comité du droit et de la politique de concurrence, qui est un forum d'échanges d'informations sur les politiques de concurrence mises en œuvre par les membres, et un laboratoire de recherches sur ces politiques. Ces préoccupations ont conduit le Conseil de l'OCDE à adopter une longue série de recommandations sur le sujet, du 5 octobre 1967 (C(67)53 final), du 3 juillet 1973 (C(73)99 final), du 25 septembre 1979 (C(79)154 final), et du 21 mai 1986 (C(86)44 final). La recommandation de 1986, qui porte sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux, a été révisée par la recommandation du 28 juillet 1995 (C(95)130 Final)). Lui sont annexés les « Principes directeurs pour les notifications, les échanges d'informations, la coopération dans les enquêtes et dans les procédures, les consultations et la conciliation dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux ». Une autre recommandation adoptée le 25 mars 1998 (C(98)35 final) porte sur la lutte contre les ententes injustifiables. Les deux derniers textes sont indéniablement des instruments de référence, mais ils ne sont guère contraignants et ne concernent en principe que les membres de l'Organisation. En définitive, leur objet est essentiellement de proposer des modèles d'accords bilatéraux. C'est pourquoi nombre des idées recommandées par l'OCDE rejoignent ce qui caractérise l'essentiel de la démarche bilatérale évoquée plus haut.

L'Organisation des Nations Unies s'est également intéressée au droit de la concurrence depuis la fin des années 1970, dans le prolongement de ses travaux visant à promouvoir un nouvel ordre économique international. C'est évidemment dans le cadre de la Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement (CNUCED) que la réflexion fut conduite, pour aboutir dès 1980 à l'adoption d'un « *Ensemble de règles et de principes équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives* ». Leur objet est de promouvoir la mise en œuvre de politiques de concurrence au sein des États membres de l'ONU. Un groupe intergouvernemental d'experts est en charge d'assurer le suivi de cette démarche, en mettant notamment en place des programmes d'assistance technique en faveur des États en développement. Sur le fond, la démarche de la CNUCED est à la fois classique et spécifique, puisqu'il s'agit d'une part de faire en sorte que la libéralisation du commerce international ne soit pas entravée par les pratiques commerciales restrictives des entreprises, en appelant les États à sanctionner les ententes, abus de positions dominantes, et autres concentrations excessives, mais aussi de promouvoir l'essor d'un droit de concurrence compatible avec les nécessités du développement. À cet égard, l'« Ensemble de principes » marque une grande méfiance à l'égard des entreprises multinationales, et insiste sur la nécessité de promouvoir l'essor de la concurrence à travers le développement d'industries locales dans les pays encore faiblement industrialisés. Le texte n'est évidemment pas contraignant, et a essentiellement vocation à offrir aux pays en déve-



loppement un texte de référence les sensibilisant aux problématiques de la politique de concurrence. Bien qu'elle soit restée saisie de la question jusqu'à présent, et qu'elle produise des rapports de haute qualité, la CNUCED n'est pas parvenue à s'imposer comme le meilleur forum de discussion de la matière.

Le droit de l'OMC

Sous l'empire du GATT de 1947, existaient déjà des règles destinées à assurer des conditions loyales de concurrence. En outre, une décision du 18 novembre 1960 fut adoptée concernant l'organisation de consultations sur les pratiques commerciales restrictives. Mais il aura fallu attendre la mise en place de l'Organisation Mondiale du Commerce instituée par les Accords de Marrakech en 1995 pour voir relancée l'idée d'un droit multilatéral effectif de la concurrence.

Il est vrai qu'aucune des dispositions des Accords de Marrakech ne s'applique directement aux entreprises, et qu'on ne trouvera pas dans les textes en vigueur les clauses classiques du droit « antitrust » que sont les interdictions de certaines ententes, des abus de positions dominantes, ou des concentrations excessives. Au demeurant, l'affaire Kodak/Fuji l'a bien confirmé. Sur les pressions de l'entreprise américaine Kodak, les États-Unis reprochaient au Japon de ne pas sanctionner, voire de soutenir, les pratiques du principal producteur nippon de matériel photographique, Fuji. Ce dernier avait notamment conclu des accords d'exclusivité avec les principaux grossistes du pays, rendant extrêmement difficile l'accès au marché japonais pour les autres producteurs. Les États-Unis avaient donc en 1996 saisi l'Organe de règlement des différends de l'OMC d'une plainte. Le groupe spécial établi pour la circonstance la rejeta dans un rapport du 31 mars 1998¹¹ : si des pratiques restrictives étaient bien en cause, l'implication du gouvernement japonais n'avait pas été démontrée.

L'OMC dispose cependant de deux atouts pour mettre en œuvre une politique de concurrence, puisque d'une part les accords qu'elle est en charge d'administrer sont clairement contraignants, et d'autre part leur respect est garanti par un mécanisme efficace de règlement des différends. D'ailleurs, certains des textes déjà en vigueur encadrent non sans efficacité les comportements restrictifs de concurrence que peuvent adopter les États membres de l'OMC (1). En outre, des réflexions ont été engagées depuis la Conférence de Singapour en 1996 pour parfaire le dispositif Il n'est cependant pas garanti qu'elles débouchent sur un accord sur la concurrence (2).

11 - WT/DS44 – Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs

Le droit en vigueur

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, et dans une moindre mesure celui sur le dumping, sont en général considérés comme garantissant la loyauté de la concurrence sur les marchés ouverts à la concurrence internationale¹². D'autres dispositions du GATT de 1994 ou d'accords adoptés pour le compléter peuvent également être évoqués puisqu'ils visent à empêcher que des entreprises bénéficiant de droits exclusifs s'engagent dans des politiques d'importation ou d'exportation discriminatoires. Enfin, on peut évoquer l'accord sur les marchés publics, qui n'est contraignant que pour les membres de l'OMC l'acceptant expressément, tourné vers l'établissement d'une concurrence pour l'attribution des marchés publics.

L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires complète les articles VI et XVI du GATT de 1994. Son objet est d'éviter que les États, ou plus généralement les pouvoirs publics, ne favorisent par le biais de subventions les exportations des entreprises nationales, ou la consommation intérieure de productions nationales. Il établit une distinction entre d'une part les subventions à l'exportation, ainsi que celles qui sont subordonnées à l'utilisation de produits nationaux plutôt que de produits importés, et les autres subventions. Les premières sont prohibées *per se*, à raison de leur objet. Un État dont les entreprises sont victimes de leurs effets peut adopter des mesures compensatoires sous forme de surtaxes annulant le bénéfice du soutien public pour les produits pénétrant sur son territoire ; mais il peut aussi saisir l'organe de règlement des différends. Les secondes peuvent être contestées à raison de leurs effets, quel que soit leur objet, dès lors qu'elles entraînent des « effets défavorables » pour d'autres membres. Là encore des mesures compensatoires peuvent être adoptées, et l'organe de règlement des différends saisi¹³.

Le dumping consiste pour une entreprise à tenter de pénétrer des marchés étrangers en abaissant ses prix de vente en deçà des prix qu'elle pratique sur son marché intérieur. Les effets d'éviction des concurrents qui en résultent sont très proches de ceux occasionnés par les « prix prédateurs » affichés parfois par des entreprises en position dominante. Mais ce n'est pas la déloyauté de cette pratique que le droit de l'OMC entend sanctionner. Ce terrain est laissé aux législations nationales. L'objet essentiel de l'accord sur le dumping est seulement d'éviter qu'elles soient utilisées à des fins protectionnistes. Il se borne donc à poser les conditions de licéité des mesures

12 - D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, LGDJ, 4^e éd., 1998, p. 203

13 - De nombreuses affaires de subventions ont déjà été traitées, WT/DS46 – *Brésil – Programme de financement des exportations pour les avions*, rapport de l'organe d'appel adopté le 20 août 1999 ; WT/DS70 – *Canada – Mesures visant l'exportation des avions civils*, rapports de l'organe d'appel et du groupe spécial le 20 août 1999 ; WT/DS108 – *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, adoption des rapports du groupe spécial et de l'organe d'appel le 20 mars 2000 ; WT/DS126 – *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, adoption du rapport du groupe spécial le 13 juin 1999 ; WT/DS138 – *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, rapports de l'organe d'appel et du groupe spécial adoptés le 7 juin 2000 ; WT/DS194 – *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions*, rapport du groupe spécial adopté le 23 août 2001

nationales de lutte contre le dumping. L'accord n'est cependant pas vain, dans la mesure où la mise en œuvre des législations nationales est souvent contestable, comme en témoignent les nombreuses affaires qui ont déjà été traitées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC¹⁴.

On peut encore rattacher à la problématique de la concurrence l'article XVII du GATT de 1994 aux termes duquel les membres de l'OMC doivent veiller à ce que les entreprises publiques ou privées jouissant de droits exclusifs, et donc de fortes positions de marché, se conforment, dans leurs achats ou leurs ventes se traduisant par des importations ou des exportations, au principe commercial de non-discrimination en offrant aux entreprises des autres parties contractantes de participer à ces achats ou à ces ventes dans des conditions de libre concurrence, à moins que les produits visés ne soient destinés à être consommés par les pouvoirs publics.

Les articles VIII et IX de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) transposent cette obligation au domaine spécifique des services, et prévoient l'obligation pour les membres de faire en sorte que tout fournisseur d'un service monopolistique sur son territoire n'agisse pas d'une façon discriminatoire, en particulier dans le domaine des télécommunications et des services financiers. Par ailleurs, certaines pratiques commerciales restrictives peuvent faire l'objet de consultations afin d'arriver à leur élimination.

Relève aussi du souci de préserver la concurrence les articles 8, 39 et surtout 40 de l'Accord sur les aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Cette dernière disposition se trouve d'ailleurs dans une section 8 intitulée : « contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles ». Par cette disposition les Membres de l'OMC, dont l'objectif principal est de protéger les droits de propriété intellectuelle, conviennent cependant que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle limitent excessivement la concurrence, peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie. C'est pourquoi l'article 40 précise que l'accord ne s'oppose pas à ce que les Membres adoptent des mesures contre les abus d'exercice des droits de propriété intellectuelle affectant la concurrence sur leurs marchés. Par ailleurs, un

14 - WT/DS60 – Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique, rapports de l'organe d'appel et du groupe spécial adoptés le 25 novembre 1998 ; WT/DS99 – États-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée, rapport du groupe spécial adopté le 19 mars 1999 ; WT/DS122 – Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés ; poutrelles profilées en H en provenance de Pologne, rapports de l'organe d'appel et du groupe spécial adoptés le 5 avril 2001 ; WT/DS132 – Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose en provenance des États-Unis, rapport du groupe spécial adopté le 24 février 2000 ; WT/DS141 – Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde, rapports de l'organe d'appel et du groupe spécial adoptés le 12 mars 2001 ; WT/DS179 – États-Unis – Mesures antidumping visant les tôles d'acier inoxydable en rouleaux et les feuilles et bandes d'acier inoxydable en provenance de Corée, rapport du groupe spécial adopté le 1^{er} février 2001 ; WT/DS184 – États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, rapports du groupe spécial et de l'organe d'appel adoptés le 23 août 2001.



mécanisme de consultations est institué entre les Membres concernés par ces abus. Cette disposition n'a pour le moment pas donné lieu à contentieux¹⁵.

Il convient enfin d'évoquer l'accord sur les marchés publics. Il vise à ouvrir à la concurrence les marchés passés par certaines entités publiques des États parties à l'accord¹⁶. Au demeurant, l'article X vise explicitement à « garantir une concurrence internationale effective optimale dans le cas des procédures d'appel d'offres sélectives ». Plus généralement, l'accord organise dans le détail les obligations des Parties s'agissant de la publicité et de la transparence des appels d'offres et, sur le fond, il prévoit que l'adjudication doit être fondée sur des considérations objectives (art. XIII, 4). Trois différends relatifs aux marchés publics ont déjà été élevés devant les organes de l'OMC. D'abord l'affaire *Japon-Achat d'un satellite de navigation*, qui n'a pas dépassé le stade des consultations, lesquelles ont débouché sur un accord en juillet 1997 entre les Communautés européennes et le Japon¹⁷. Ensuite l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les marchés publics (Loi du Massachusetts interdisant la passation de marchés avec des entreprises commerçant avec le Myanmar ou dans ce pays)*, qui n'a pas été beaucoup plus loin. Les Communautés européennes et le Japon l'avaient initiée en mettant en cause la loi de l'État du Massachusetts qui interdit l'accès à ses marchés publics aux entreprises américaines et étrangères qui maintiennent des relations commerciales avec la Birmanie. Après la constitution d'un groupe spécial le 21 octobre 1997, les Communautés européennes et le Japon ont fini par demander la suspension de ses travaux en février 1999. L'affaire n'a pas été réactivée. Dans la troisième affaire (*Corée-Mesure affectant les marchés publics – pratiques de passation des marchés suivies par l'Autorité chargée de la construction des aéroports de Corée*), les États-Unis avaient déposé une plainte contre la Corée, à laquelle ils reprochaient certaines pratiques discriminatoires de passation de marchés suivies par certaines entités en charge de la construction des aéroports. Un groupe spécial fut constitué. Il n'a pu que constater que les entités mises en cause par les États-Unis ne figuraient pas dans les listes établies par la Corée. La plainte fut donc rejetée¹⁸.

Les perspectives

On recense déjà deux tentatives infructueuses pour doter l'Organisation Mondiale du Commerce d'une politique de concurrence. La première remonte aux négociations de la Charte de la Havane. Le chapitre 5 du document

15 - Dans les affaires traitées jusqu'à présent par l'ORD de l'OMC, les plaintes consistaient essentiellement à dénoncer l'absence ou l'insuffisance de protection de la propriété intellectuelle dans tel ou tel pays.

16 - Chaque Partie précise elle-même la liste des entités du gouvernement central, des gouvernements sous-centraux, ou les autres entités visées par l'accord. Sont également déterminés les services visés par l'accord, notamment les services de construction. Ainsi, l'Accord sur les Marchés publics ne peut être lu qu'accompagné de ses Appendices, qui contiennent lesdites listes. La complexité du document, qui au demeurant évolue au grés des modifications proposées par les Parties, a conduit à l'organiser sous forme de système à feuillets mobiles. Une version de ces feuillets se trouve sous format électronique à l'adresse:

http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/apend_e.htm#ec

17 - WT/DS73/4

18 - Le rapport du groupe spécial est daté du 10 mai 2000, WT/DS163/R



d'alors s'intitulait « pratiques commerciales restrictives », et contenait neuf articles organisant le contrôle des pratiques commerciales restrictives. On le sait, la Charte de la Havane n'a pas été ratifiée, et le GATT de 1947 n'a pas consacré de dispositions sur la concurrence visant les comportements d'entreprises. L'idée a rebondi lors des négociations du cycle d'Uruguay. Un groupe d'experts élaborera alors un « projet de code antitrust international », qui était destiné à être intégré aux accords de Marrakech¹⁹. Il n'y eut pas de suites, mais l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce a retenu le principe qu'un examen sérieux de la question devrait rapidement être mené²⁰.

La Conférence ministérielle de Singapour en a pris acte²¹. Les ministres ont alors convenu de créer deux groupes de travail, l'un chargé d'examiner les liens entre commerce et investissements, l'autre consacrant ses travaux à l'analyse de l'interaction du commerce et de la politique de concurrence.

Les travaux réalisés par les groupe de travail de l'OMC ont permis de révéler les convergences et les lignes de fractures entre les membres sur le sujet²². Les réticences demeurent nombreuses, et le projet paraît s'enliser. D'ailleurs, lors de la Conférence ministérielle de Doha qui s'est tenue en novembre 2001, les ministres ne se sont pas accordés pour engager de véritables négociations sur le sujet. La Déclaration ministérielle reconnaît certes: « les arguments en faveur d'un cadre multilatéral destiné à améliorer la contribution de la politique de la concurrence au commerce international et au développement, et la nécessité d'une assistance technique et d'un renforcement des capacités accrues dans ce domaine ». Mais elle repousse à plus tard la décision de s'engager vers un accord dans le cadre de l'OMC, en se limitant à convenir : « que des négociations auront lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision qui sera prise, par consensus explicite, à cette session sur les modalités des négociations ».

Parallèlement, d'autres initiatives sont prises, en particulier celle, d'origine américaine, visant à mettre en place un « Global Competition Network » (GCN), c'est-à-dire un réseau mondial associant toutes les autorités de concurrence. Le projet a été proposé en février 2000 par l'International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC) américain. La Commission européenne s'y est ralliée, tout comme le Canada, et sa mise en oeuvre a été officiellement lancée à New York en octobre 2001. Il s'agit de mettre en place un forum mondial exclusivement composé de responsables nationaux spécialisés dans la politique de concurrence, qui se consacrerait uniquement à

19 - Publié dans Antitrust and Trade Regulation Report, 1993, Vol. 65, n° 1628, Special Supplement.

20 - Selon l'article 9 de l'accord MIC: «Au plus tard cinq ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, le Conseil du commerce des marchandises examinera le fonctionnement du présent accord et, selon qu'il sera approprié, proposera à la Conférence ministérielle des amendements au texte dudit accord. Au cours de cet examen, le Conseil du commerce des marchandises déterminera s'il convient de compléter l'accord par des dispositions relatives à la politique en matière d'investissement et la politique en matière de concurrence.

21 - Déclaration ministérielle de Singapour, 13 décembre 1996, WT/min(96)(dec), par. 20.

22 - Voir par exemple le rapport 2001 au conseil général du groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, WT/WGTCP/5, du 8 octobre 2001.

des problèmes de concurrence. L'objectif est d'ignorer les questions difficiles comme l'interaction entre la concurrence et le développement, la concurrence et le commerce, ou d'autres questions encore, qui compliquent actuellement les travaux de l'Organisation Mondiale du Commerce. Il s'agit alors de poser comme un acquis la nécessité du droit de la concurrence tel qu'il s'est construit dans les pays développés. Et, de là, le Forum aura pour principale action de coordonner et de diffuser à travers l'ensemble de la planète les solutions imaginées dans les pays développés.

Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure les différentes initiatives sont complémentaires ou concurrentes, mais tout porte à croire qu'aujourd'hui une course de vitesse se soit engagée, entre d'un côté les « politiques » de l'OMC, qui tentent avec difficulté de mettre au point un droit international de concurrence équilibré et pensé pour répondre aux besoins et attentes de tous les membres, et les « techniciens » du GCN, sans doute mus par une foi inébranlable en quelques dogmes, comme le caractère forcément bénéfique de la concurrence, de la déréglementation, ou comme celui de la vacuité de toute politique industrielle. Il reste à espérer que la Communauté internationale saura soit trouver la complémentarité entre les diverses approches, soit choisir la voie la plus prometteuse.

Table des matières

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Activité de la Section	17
Jurisprudence	22
Actes	22
Agriculture	24
Aide sociale	25
Collectivités territoriales	25
Communautés européennes	25
Compétence	26
Comptabilité publique	27
Contributions et taxes	28
Cultes	31
Dons et legs	32
Droits civils et individuels	32
Droit économique	33
Droit international	34
Élections	34
Étrangers	36
Fonction publique	37
Marchés et contrats	39
Pensions	40
Police	42
Procédure	42
Professions	44
Référés	44
Responsabilité	54
Sports	55
Travail	55
Activité du juge des référés	61
Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé	61
Contentieux des étrangers de 1997 à 2001	62
Bureau d'aide juridictionnelle	65

Commission spéciale de cassation des pensions	67
Activité consultative	69
Assemblée générale	71
Section de l'intérieur	73
Évolution statistique	73
Principaux projets examinés	73
Principes constitutionnels et libertés publiques	74
Souveraineté nationale	74
Droits particuliers reconnus à des groupes définis par leur langue	75
Liberté d'expression et droit au respect de la vie privée	75
Droits des étrangers	76
Problèmes de compétence	76
Compétence législative	76
Compétence réglementaire	78
Compétences respectives de l'État et des collectivités d'outre-mer	79
Compétence consultative	80
Règles d'organisation du service public	81
Intérim et suppléance	81
Établissement public	82
Établissements d'utilité publique	83
Statistiques	84
Section des finances	87
Dispositions d'ordre fiscal	87
Prime pour l'emploi	87
Fiscalité applicable en Corse	88
Redevances de bassin	88
Application de la réglementation européenne	89
Validations législatives	90
Mesures de clarification, simplification et modernisation	90
Dispositions d'ordre économique et financier	91
Réforme du Code des marchés publics	91
Projet de loi portant diverses mesures d'ordre économique et financier ..	92
Réforme des autorités financières	93
Dividendes et établissements publics de l'État	93
Conventions internationales	94
L'article 53 de la Constitution	94
Extradition	94
Déclarations et réserves	95
Fonction publique de l'État	96
Statut d'emploi	96
Aménagement et réduction du temps de travail	96
Réforme de l'École nationale d'administration	97
Statistiques	98
Section des travaux publics	101
Organisation administrative et adaptation des services publics	102
Les réformes institutionnelles	102
Les procédures consultatives	103
Les schémas de services collectifs	104

Protection de l'environnement, aménagement du territoire et habitat .	104
Environnement	104
Logement et aménagement du territoire	106
Utilité publique, voirie et domaine public	106
Déclarations d'utilité publique	106
Les concessions d'autoroute	107
Le domaine public	108
Énergie, transports, agriculture et chasse	108
Electricité	108
Transports	109
Agriculture et chasse	110
Statistiques	111
Section sociale	113
Principaux textes examinés	115
Loi de financement de la sécurité sociale	115
Le projet de loi relatif à la bioéthique	116
Le projet de loi sur les droits des malades	118
Autres textes	119
Principaux problèmes juridiques communs	120
Problèmes de méthodologie du travail législatif et réglementaire	120
Lois de ratification des ordonnances	120
Partie réglementaire des codes	120
Décrets d'application de la loi du 12 avril 2000	121
Statistiques	123
Récapitulatif des statistiques pour 2001	125
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	127
Activité de la Section du rapport et des études	131
Les études et leurs suites	133
Les études remises au Premier ministre et publiées en 2001	133
L'influence internationale du droit français	133
Publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs	136
Suites données aux études antérieures	138
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2001	141
Les évolutions constatées en 2001	141
La baisse du nombre de saisines	141
Le délai de règlement des affaires d'exécution	143
L'exécution devant la Section du rapport et des études	143
L'exécution devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel	144
Principales questions posées en 2001	144
Évolution des procédures	144
Principales difficultés d'exécution rencontrées en 2001	145
Fonction publique	145
Annulation d'actes réglementaires	146
Statut des étrangers	146
Condamnations indemnitaires et paiement des frais irrépétibles	147
Les procédures de remboursement	147
Exécution des décisions juridictionnelles en matière de tarification sanitaire et sociale	148
Statistiques	149



L'action internationale du Conseil d'État	153
Europe	153
Amériques	154
Afrique	155
Proche-Orient	155
Asie et Pacifique	156
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État .	157
Formations	159
Bilan des formations 2001	159
Activité de la mission d'inspection des juridictions administratives	163
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives	165
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	169
L'activité des tribunaux et des cours administratives d'appel ...	171
L'activité des tribunaux administratifs en 2001	171
Affaires enregistrées	171
Affaires réglées	171
Affaires en instance	172
Les référés	172
Évolution constatée en 2001 dans les tribunaux administratifs ...	172
Statistiques des tribunaux administratifs	174
L'activité des cours administratives d'appel en 2001	175
Affaires enregistrées	175
Affaires réglées	175
Affaires en instance	175
Activité des Cours administratives d'appel en 2001	177
Activité des juridictions spécialisées	179
Commission des recours des réfugiés	181
État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2001	181
Éléments de jurisprudence	183
Autres juridictions spécialisées	189
Avis du Conseil d'État en 2001	191
Agriculture	195
Communautés européennes	196
Outre-mer	199



II. Réflexions sur les collectivités publiques et la concurrence

● Considérations générales du Conseil d'État Collectivités publiques et concurrence	215
Introduction	219
Première partie	
Les conditions d'exercice par les personnes publiques d'une activité économique sur un marché	223
I-1. Les pratiques des personnes publiques qui exercent une ac- tivité économique sur un marché sont soumises aux exigences du droit de la concurrence	225
1.1 Droit communautaire et droit interne convergent pour soumettre les activités économiques des personnes publiques au droit de la concurrence	226
1.2 Il s'ensuit que les pratiques anticoncurrentielles des personnes publiques sont soumises en principe au contrôle des autorités de la concurrence dans les conditions de droit commun	234
1.3 Toutefois, en cas de pratiques indissociables d'un acte administratif, le droit français confie le contrôle au juge administratif, qui fait alors application du droit de la concurrence au même titre que des autres règles de droit	244
I-2. D'autres règles encadrent plus généralement l'exercice d'une activité économique par les personnes publiques	251
2.1 La neutralité du droit communautaire	251
2.2 En droit interne : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe de spécialité	252
2.3 La portée actuelle de ces principes	262
I-3. En toute hypothèse les personnes publiques doivent pou- voir justifier clairement de leurs conditions d'intervention	266
3.1 Le régime juridique des personnes publiques n'est pas en prin- cipe incompatible avec la liberté de la concurrence	267
3.2 Le risque de méconnaissance des règles de la concurrence de la part des personnes publiques invite à des formules de séparation comptable ou même juridique entre activités de service public et activités économiques sur un marché	273
Deuxième partie	
La portée des obligations de publicité et de mise en concurrence dans le droit de la commande publique	281



II-1. Le poids des règles de publicité et de mise en concurrence s'est fortement accru au cours des quinze dernières années	283
1.1.L'évolution du droit interne	283
1.2.Les principes posés par les directives européennes	286
1.3.L'application vigilante des règles de la commande publique par le juge national et par le juge communautaire	292
II-2. Les limites incertaines du champ d'application des règles de publicité et de mise en concurrence	298
2.1.Les difficultés de qualification du contrat	300
2.2.La voie étroite des prestations « <i>in house</i> »	307
2.3.Le recours à un prestataire de services bénéficiaire d'un droit exclusif	312
2.4.Le cas particulier des concours techniques des services de l'État aux collectivités locales	316
2.5.Le partenariat entre personnes publiques et personnes privées ainsi qu'entre personnes publiques	318
II-3. Le contenu du droit de la commande publique doit mieux concilier efficacité et régularité de l'achat public	328

Troisième partie

La conciliation du fonctionnement concurrentiel des marchés et de l'exercice, par les personnes publiques, de leurs prérogatives	333
---	-----

III-1. Prérogatives des autorités publiques en matière de services publics industriels et commerciaux et concurrence	337
---	-----

1.1.La création de services publics industriels et commerciaux	340
1.2.Le choix d mode de gestion	341
1.3.L'attribution de droits exclusifs ou spéciaux	350
1.4.Le financement du service public	350

III-2. Intervention des autorités publiques dans le fonctionnement du marché et concurrence	356
--	-----

2.1.Les prérogatives des autorités publiques en matière de réglementation des activités économiques	356
2.2.Les aides d'État	365
2.3.Le contrôle des concentrations et la régulation	371

III-3. Police administrative, gestion du domaine public et concurrence	374
---	-----

Conclusion	383
-----------------------------	-----

● **Contributions**

Interventionnisme et droit commun : esquisse d'une histoire 391
François Burdeau

**Facilités essentielles :
de l'analyse économique au droit de la concurrence** 403
Michel Glais

**Les services d'intérêt économique général
et le droit communautaire** 425
Koen Lenaerts

**Le contrôle de la concurrence dans le domaine des transports
en commun interurbains conduira à un nouveau règlement** 439
Michael Ronellenfitsch

Droit international et droit de la concurrence 445
Jean-Marc Thouvenin

