

PARIS
jeudi 5 octobre 2006

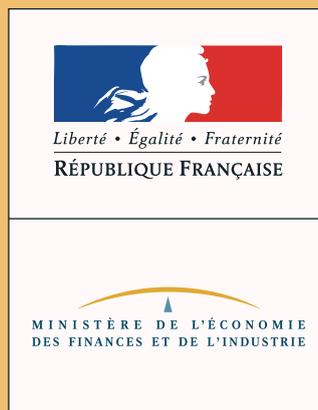
Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
Centre Pierre Mendès France

Sous le haut patronage
et avec la participation de
Jean-François Copé
Ministre délégué,
au Budget
et à la Réforme de l'État,
Porte-parole du Gouvernement

Droit public de la concurrence
et
droit de la concurrence publique



13^e colloque organisé par
L'ASSOCIATION FRANÇAISE
DES AVOCATS CONSEILS
AUPRÈS DES COLLECTIVITÉS
TERRITORIALES





**XIII^e COLLOQUE NATIONAL
DE L'AFAC**

**DROIT PUBLIC DE LA CONCURRENCE
ET
DROIT DE LA CONCURRENCE PUBLIQUE**

**MINISTERE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES
JEUDI 5 OCTOBRE 2006**

SOMMAIRE

DISCOURS INTRODUCTIF

Jean Capiaux, avocat à la Cour, président de l'AFAC4

OUVERTURE DES TRAVAUX

Message de Jean-François Copé, Ministre délégué au Budget et à la Réforme de l'Etat, Porte-parole du Gouvernement.....9

PRESENTATION DE LA JOURNEE

Cyrille Bardon, avocat à la Cour, directeur du colloque11

CONFERENCES INAUGURALES

**Droit de la concurrence et activités des collectivités territoriales :
quelle régulation ?** par Bruno Lasserre, président du Conseil de la concurrence..... 16

L'émergence d'un "droit public de la concurrence"
par Michel Bazex, professeur des universités, avocat à la Cour26

PREMIERE TABLE RONDE

**L'application du droit de la concurrence par les juridictions administratives
et les juridictions financières**
Emmanuel Glaser, maître des requêtes au Conseil d'Etat.....35
Gérard Terrien, Conseiller référendaire à la Cour des comptes, en détachement41

DEUXIEME TABLE RONDE

Droit de la concurrence et domaine public
Jean Capiaux, avocat à la Cour.....56
Robert Rézenthel, chargé de cours à l'université de Lille II57
Didier Casas, maître des requêtes au Conseil d'Etat, professeur associé à
l'université de Poitiers69

TROISIEME TABLE RONDE

**Droit de la concurrence et pouvoirs de police :
la violation du sanctuaire des prérogatives de puissance publique**
Martine Cliquennois, avocat au barreau de Lille, maître de conférence à
l'université de Lille II77
Gilles Dumont, professeur à l'université de Limoges79
Rémy Schwartz, conseiller d'Etat86
François Michaud-Nérard, directeur général de la SEM des services funéraires de
la ville de Paris90

QUATRIEME TABLE RONDE

Droit de la concurrence et pouvoirs adjudicateurs

Le droit de la commande publique est-il un droit de la concurrence ?

Jean-François Bizet, avocat à la Cour, professeur associé à l'université d'Auvergne	98
Bertrand du Marais, conseiller d'Etat, professeur associé à l'université de Paris X....	105
Jérôme Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques, ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie	109
Maxime Peter, directeur général de la Fédération nationale des SEM.....	113

CINQIEME TABLE RONDE

La collectivité territoriale acteur économique :

les conditions de la concurrence avec le secteur privé

Sophie Nicinski, professeur à l'université d'Orléans	116
Yvon Mogno, directeur des relations contractuelles de Véolia-Eau	121

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Jean-Bernard Auby, professeur à l'université de Paris II, ancien président de l'AFDCL.....	125
--	-----

DISCOURS INTRODUCTIF

Jean CAPIAUX
Président de l'AFAC

J'ai le plaisir, au nom de l'A.F.A.C., de vous souhaiter la bienvenue à l'occasion de notre XIII^{ème} colloque consacré, cette année, au thème du Droit de la concurrence et collectivités territoriales.

Les colloques, que nous organisons depuis maintenant 15 ans, sont certainement le moment le plus fort de la vie de notre association puisqu'ils sont l'occasion d'une rencontre périodique avec nos partenaires naturels que sont les collectivités territoriales, que vous représentez ici, pour la plupart d'entre vous, dans leur diversité.

Nous nous sommes toujours efforcés de retenir des thèmes qui nous apparaissent le plus en rapport avec l'actualité.

Les anniversaires des grandes lois intéressant la vie des collectivités territoriales sont à cet égard une occasion privilégiée.

C'est ainsi qu'en 1994 nous avons consacré notre 4^{ème} colloque aux « *Dix ans de la fonction publique territoriale* » à l'occasion du 10^{ème} anniversaire de la loi de 1984, ou encore, qu'en 2002, notre 11^{ème} colloque avait porté sur « *Vingt ans de décentralisation...et après* » à l'occasion du 20^{ème} anniversaire de l'acte I de la décentralisation.

Cette année, nous célébrons le 20^{ème} anniversaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, largement inspirée du droit communautaire, et aujourd'hui intégrée dans le Code du Commerce.

Le lieu est approprié, BERCY, siège du Ministère de l'Economie et des Finances en partenariat avec lequel ce colloque est organisé.

Le moment est également opportun puisque l'année qui vient de s'écouler a vu l'édiction d'un certain nombre de textes normatifs intégrant la problématique de la prise en compte des principes généraux du droit de la concurrence : à titre d'exemples, l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des Marchés Publics, la loi du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement et son décret d'application du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation de ces concessions, l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques (qui prend en compte la valorisation économique du domaine public), le décret du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage, sans oublier le décret du 1^{er} août 2006 portant nouveau Code des Marchés publics.

La concurrence est au coeur de l'économie de marché ouverte qui constitue le mode d'organisation des pays de l'Union Européenne. Le traité instituant la Communauté Européenne assigne notamment dans sa version initiale (article 3f) à la Communauté « *l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée* » et consacre (dans la version issue du Traité de Maastricht, article 4) le « *principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* ».

La doctrine (cf. notamment les travaux du Professeur BAZEX, ceux du Professeur NICINSKI, sans oublier ceux du Professeur Jean-Bernard AUBY qui nous font tous trois l'amitié d'être présents) s'est depuis longtemps penchée sur la problématique induite par la nécessité d'assurer le respect des principes posés par le droit communautaire, tout en préservant l'intérêt général qui peut parfois conduire à les aménager, voire à les écarter.

Le Juge également bien représenté ici, (Conseil de la concurrence en la personne de son Président Bruno LASSERRE que je remercie vivement pour sa participation, juridictions administratives essentiellement avec la présence de membres éminents du Conseil d'Etat) a consacré la prise en compte dans le champ de la légalité administrative des règles de la concurrence d'origine communautaire et interne et peu à peu fixé les conditions de leur coexistence avec les considérations tirées de l'intérêt général.

Sur la prise en compte des règles de la concurrence

Cf. par exemple pour le Conseil de la concurrence les avis de 1980 et 1998, J.C. DECAUX, avis du 21 octobre 2004 sur la distribution des journaux gratuits sur le domaine public.

Cf. l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat : reconnaissance d'un principe de liberté de la libre concurrence, distinct et d'une portée plus large que celui de la liberté du commerce et de l'industrie.

-Conseil d'Etat 3 novembre 1997, Société MILLION et MARAIS qui marque l'entrée des règles de l'ordonnance de 1986 – articles 7 et 8 - dans le champ de la légalité administrative (sur renvoi de d'une cour d'appel pour appréciation des moyens tirés de la méconnaissance des règles de la concurrence tant communautaires qu'internes s'agissant de la validité d'un contrat de concession attribué par une commune à la société des Pompes Funèbres Générales)

-Conseil d'Etat 1^{er} avril 1998, Union Hospitalière Privée (le C.E vérifie, aux vises du Traité C.E.E et de l'ordonnance de 1986, que le décret du 18 avril 1997 relatif aux structures d'hospitalisation ne met pas les établissements publics de santé dans une situation leur permettant d'abuser d'une position dominante)

-Conseil d'Etat 16 octobre 2000, CMESE (décision de principe conforme au droit communautaire dont le principe de neutralité interdit toute discrimination entre les opérateurs fondée sur leur qualité publique ou privée : possibilité pour un établissement public d'être candidat à une délégation de service public)

-Conseil d'Etat 8 novembre 2000, Société Jean Louis BERNARD Consultants
(« l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement n'ait pas bénéficié pour déterminer le prix proposé d'un avantage découlant des ressources ou moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public »).

Sur la combinaison des règles de la concurrence et des considérations tirées de l'intérêt général fondant l'action administrative

- Conseil d'Etat 26 mars 1999, Société EDA dans le cadre du contrôle d'une décision d'une autorité administrative affectataire d'une dépendance du domaine public *(« 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 services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance de 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités »).*

-Avis du Conseil d'Etat du 22 novembre 2000, Société LP Publicité à propos de la police de l'affichage (...*«la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la 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 ».*)

-Conseil d'Etat 30 juin 2004 département de la VENDEE, toujours sur le thème de la combinaison des objectifs des mesures de police et des règles de la concurrence *(« Considérant que s'il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public »).*

-Plus récemment, Conseil d'Etat 10 mars 2006, commune d'HOULGATE. (*« si les dispositions de la loi du 15 juin 1907 et de ses règlements d'application n'édicte aucune condition dont le respect par le délégataire ouvre droit à l'obtention de l'autorisation d'exploiter des jeux, il appartient au ministre de l'intérieur, dans la mise en oeuvre des pouvoirs qu'il tient de ces dispositions, de veiller à ce que les modalités d'instruction des demandes dont il est saisi n'aient pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant de façon excessive l'accès à ce marché ; qu'il en va en particulier ainsi lorsque dans ce secteur des entreprises sont candidates à des délégations de service public ; qu'à ce titre, il incombe au ministre d'opérer une conciliation entre les nécessités de la protection de l'ordre public et les impératifs tenant à la préservation de l'égalité d'accès dans le secteur en cause »*)

-Tout récemment, Conseil d'Etat 31 mai 2006 Ordre des Avocats au Barreau de PARIS. (*« Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »*)

Il faudrait aussi mentionner les décisions du Conseil Constitutionnel consacrant la liberté d'entreprendre des personnes publiques tout en en fixant les limites.

Les collectivités publiques sont donc aujourd'hui, dans leur pratique, contraintes de prendre en compte les règles et ou les principes du droit de la concurrence.

Elles se heurtent alors à un certain nombre d'interrogations compte tenu du caractère relativement nouveau de cet impératif.

C'est l'objet de notre colloque que de tenter d'apporter quelques réponses à ces interrogations.

Cinq thèmes ont retenu notre attention :

- l'application du droit de la concurrence par les juridictions administratives et les juridictions financières.
- l'application du droit de la concurrence à la gestion du domaine public.

- l'application du droit de la concurrence aux activités de police des collectivités publiques.
- la prise en compte du droit de la concurrence dans le cadre de la commande publique.
- l'intervention des collectivités publiques en tant qu'opérateur sur les marchés.

Je tiens à remercier les magistrats, fonctionnaires, universitaires et confrères qui ont accepté de s'associer à nos travaux et de nous faire partager leur expérience.

Je remercie Monsieur le Ministre Délégué au Budget et à la Réforme de l'Etat qui nous accueille dans les locaux du Ministère et qui nous a apporté le concours de ses services.

Je remercie l'ensemble des participants qui ont manifesté leur intérêt pour le thème retenu par notre association pour son XIII^{ème} colloque, en souhaitant qu'ils tirent profit de nos travaux et les enrichissent par leurs interventions dans le cadre des échanges prévus à l'issue des tables rondes de la matinée et de l'après-midi.

OUVERTURE DES TRAVAUX

**Message de Jean-François COPÉ,
Ministre délégué au Budget et à la Réforme de l'État,
Porte-Parole du Gouvernement**

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs,

Je suis heureux d'accueillir à Bercy ce colloque de l'Association Française des Avocats-Conseils auprès des Collectivités Territoriales (AFAC), dont le thème retenu cette année est « Droit de la concurrence et collectivités locales ».

Je souhaite la bienvenue aux meilleurs spécialistes de ces questions – professeurs, magistrats, avocats et fonctionnaires - et me réjouis que cette manifestation soit placée sous mon haut-patronage.

Il y a près de vingt ans, l'article 1er de l'ordonnance du 1er décembre 1986 mettait fin au système des prix administrés.

Les juristes de droit public avaient suivi avec passion la controverse juridique sur le refus de signature du Président Mitterrand des ordonnances que lui présentait son Premier Ministre d'alors, Jacques Chirac.

Cette ordonnance a finalement été signée.

Elle marquait le début d'une nouvelle logique : faire confiance aux acteurs économiques pour limiter l'inflation au profit des consommateurs et de la croissance.

Cette ordonnance était équilibrée. Elle devait faire respecter des règles simples dont la bonne application a été assurée efficacement par un arbitre, le Conseil de la Concurrence, que préside aujourd'hui Monsieur le Président Lasserre. Ce dernier va d'ailleurs ouvrir vos travaux dans quelques minutes.

Aujourd'hui, la question sur laquelle vous allez travailler intéresse le Ministre, mais aussi le Maire que je suis. Il est en effet incontestable que ce droit, écrit d'abord pour les entreprises et les consommateurs, s'applique désormais aux collectivités locales, acteurs économiques de poids.

L'intérêt de cette journée est donc d'aborder ce domaine sous deux angles nouveaux :

- la prise en compte par les collectivités locales de ce nouveau droit qui protège les investisseurs, les employeurs et les consommateurs,

- la valorisation par les collectivités locales de leur propre expérience et savoir-faire sur le marché.

Je serai un lecteur attentif des conclusions de vos travaux.

Je vous souhaite une excellente journée, marquée par des échanges riches et constructifs sur ces questions fondamentales.

Jean-François COPÉ

PRESENTATION DE LA JOURNEE

**Cyrille Bardon,
Secrétaire général de l'AFAC,
Directeur du colloque**

« L'ordonnance du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

C'était il y a vingt ans. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 mettait fin au système des prix administrés.

Les juristes de droit public, que nous sommes, suivaient alors avec passion, dans la grande presse, la controverse juridique sur le refus de signature du Président Mitterrand des ordonnances que lui présentait son Premier Ministre Jacques Chirac.

Celle-ci fut signée. Libérale, elle s'inscrivait dans le cadre d'une nouvelle politique économique, certes, mais aussi juridique : la dérèglementation.

Faire confiance à la « main invisible » et aux acteurs économiques pour limiter l'inflation, au profit des consommateurs et de la croissance était un pari, gagné parce que le jeu de la concurrence a su trouver, par cette ordonnance, des règles simples, dont le respect a été assuré efficacement par un arbitre, un juge, le Conseil de la Concurrence, que préside aujourd'hui Monsieur le Président Lasserre qui ouvrira nos travaux.

Un peu d'archéologie

L'ordonnance de 1945 avait évidemment depuis la fin de la guerre fait l'objet d'une application à géométrie variable, allant du blocage des prix à des procédures comportant plus ou moins de liberté.

En 1986, il est vrai que les contraintes réglementaires avaient été considérablement assouplies depuis la fin du « plan Barre », instituant un blocage des prix jusqu'en décembre 1976.

Il n'en reste pas moins qu'en 1986, c'était encore près de la moitié des prix des biens et services qui restaient soumis à l'ordonnance de 1945 (avec il est vrai une nette proportion concernant les biens industriels : 83%).

Comme le rappelait le Conseil d'Etat encore en 1986 (12 février, Ville d'Amboise) cette législation s'appliquait rigoureusement à tous les produits et services, y compris les services publics locaux à caractère administratif.

Un peu de pré-histoire : (M. Bazex vous expliquera l'histoire)

Puis vint l'ordonnance de 1986, instituant ce droit réprimant les pratiques anticoncurrentielles (Titre III : ententes illicites et abus de position dominante, article 7 et 8 de l'ordonnance), véritable police économique dont la répression fut confiée, sous le contrôle de la juridiction judiciaire, à une « AAI » (AA Réellement I) : le Conseil de la concurrence.

Comment imaginer à l'époque ce que ce texte intégrerait de la sorte le bloc de légalité et embrasserait l'ensemble des activités administratives, de production donc de service certes, mais aussi de réglementation ?

Que de résistances pendant dix ans avant *Million et Marais* (3 novembre 1997) !

Rares étaient les publicistes (à l'exception notable de M. le professeur Bazex ou du Pr JJ Israël) qui dans cette décennie ne se montraient pas radicalement opposés à l'introduction du droit de la concurrence dans le droit administratif (notre droit administratif).

Intégrer l'ordonnance de 1986, ce droit écrit pour les acteurs économiques, ce vulgaire droit des affaires (aujourd'hui codifié dans le code de commerce), n'était-ce pas faire outrage aux fondements-même du droit administratif ?

Ce droit administratif qui avait lui-même, historiquement, pris soin de ne pas empiéter sur la sphère économique en érigeant en compétence négative le PGD de liberté du commerce et de l'industrie pour lequel on avait exhumé le décret d'Allarde et la Loi le Chapellier !

Quelle agression !

Comment intégrer ce droit à notre droit, sans résoudre par la négative notre controverse fondatrice entre Bordeaux et Toulouse ? Entre l'école du service public de Duguit et celle de la puissance publique de Maurice Hauriou, il n'y avait plus à prendre parti, tant l'ordonnance de 1986 par son objet et ses dispositions était loin de ce droit administratif qui était traditionnellement le notre !

Quel sacrilège !

Il y a 20 ans rien n'était gagné pour que nous nous retrouvions aujourd'hui à plancher sur la question !

Pourquoi cette journée d'étude ?

Certes l'approche du vingtième anniversaire de l'ordonnance de 1986 constitue un prétexte.

Comme nous y incitent nos propres anniversaires, il est alors tentant de jeter un regard en arrière, souvent nostalgique sur « le bon vieux temps » et plein d'incertitudes ou d'espoirs (selon chacun) vers le futur.

Il y aura un peu de cela, c'est humain, tant les choses pouvaient paraître plus simples avant, et que les mutations actuelles de notre système juridique, nous contraignent, nous juristes, à repenser nos réflexes d'appréhension de la matière et de la réalité (Dieu sait que les juristes abhorrent l'incertitude !)... ce n'est pas pour rien que M. le Pr Auby a accepté de faire la synthèse de nos travaux, tant ce thème des mutations de l'action administrative l'occupe depuis longtemps, et l'occupera à plein temps à Sciences Po.

Pourtant c'est surtout une photo que nous voulons faire, la plus fidèle possible, à l'occasion cet anniversaire, qui rassemble en effet une famille très diverse tant aujourd'hui, ici-même, l'ordonnance de 1986 et les principes de concurrence rassemblent autorité de la concurrence, juge administratif et magistrats financiers, délégataires privés et entreprises publiques locales, autorités adjudicatrices et autorités de police, etc.

Notre matinée sera consacrée à fixer les concepts. Nous en avons tous besoin.

Monsieur le président Lasserre nous fera comprendre ce qu'est l'office du Conseil de la Concurrence, qui œuvre a posteriori, par la sanction, au rétablissement de l'ordre public économique.

Il revenait évidemment au Professeur Bazex de nous expliquer l'histoire, juridique : comment s'est faite cette intégration du droit de la concurrence dans notre droit des collectivités publiques.

Faire d'une norme de police une norme de légalité n'est pas évident. Comment le droit de la concurrence par définition, répressif, appliqué à un comportement fautif de nature complexe que le juge se doit de caractériser le plus précisément possible est-il applicable ex-ante ? Comment appliquer les règles du contentieux de l'activité économique au contentieux de la légalité de l'acte administratif ?

Le Conseil d'Etat nous répondra que cela n'est en rien une difficulté, et que si l'affaire est quelque fois difficile, l'avis technique du Conseil de la concurrence sera la ressource.

Cette collaboration juridictionnelle dont on a pu voir encore une illustration cet été dans le dossier du prix du gaz¹, est-elle aussi effective pour le « juge » de l'efficacité de la gestion publique que sont les CRC, intervenant au titre du contrôle de gestion ? Les choses sont peut-être paradoxalement moins évidentes.

Nous clôturerons cette matinée explicative par l'exemple, celui de la gestion du domaine public, champ en premier investi par le droit de la concurrence. Entre ressource économique à valoriser et objet de l'exercice des prérogatives les plus

¹ CE, 7 juill. 2006, nos 289012 et 289776, Sté Poweo

régaliennes, c'est encore le principe de réalisme qui a contribué à faire un sort aux gloses passées sur l'article 53 de l'ordonnance² : le droit de la concurrence s'applique.

Notre après-midi de travail ne sera pas consacré à envisager le futur, tant l'exercice du juridique-fiction est interdit, et que l'état actuel du droit est assez riche de nouveautés pour qu'il mérite qu'on l'observe avec un œil, lui aussi nouveau.

Nous avons repris l'architecture du rapport du Conseil d'Etat de 2002.

Droit de la concurrence et pouvoirs de police. Les prérogatives de puissances publiques sous les fourches caudines du code de commerce.

C'est aujourd'hui une réalité juridique : polices locales, économiques certes (commerce ambulant ou CDEC), mais aussi esthétiques (règlement communal de publicité) ou sanitaires et sociales (services funéraires) toutes sont soumises à l'ordonnance de 1986, car toutes ces polices s'exercent sur des activités ayant des incidences économiques... même la police des bonnes mœurs.

Il était savoureux, à l'occasion de l'arrêt Commune d'Hougalte du 10 mars dernier, de voir sanctionnées les pratiques de l'une des polices les plus discrétionnaires du ministère de l'intérieur (la police des jeux) parce que de nature à restreindre le jeu de la concurrence.

Ne pas confondre concurrence et mise en concurrence

Deux problématiques différentes, si ce n'est opposées : notre droit de la commande publique, son formalisme et les risques qui sont attachés à sa méconnaissance nous sont-ils utiles à prévenir les ententes entre nos soumissionnaires ou l'abus de position dominante d'un candidat ? D'un point de vue procédural et pragmatique on peut en douter.

Vu de Sirius, notre droit de la passation des contrats publics favorise-t-il réellement la concurrence ? Depuis, la loi sapin n'a-t-on pas en effet assisté à la cristallisation (au bétonnage) des positions oligopolistiques dans les secteurs de l'Eau et de l'assainissement, par exemple ? Que dire alors des PPP ?

Concurrence et Pouvoir Adjudicateur

Principes de concurrence et mise en concurrence : que penser du statut de l'économie mixte, traditionnel substrat de la croissance, du développement économique et de l'aménagement à la française face aux contraintes communautaires ressenties violemment en ce qui concerne les CPA ou les contrats in-house ?

² « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. »

Enfin au final, s'il ne reste plus rien de ce cloisonnement juridique entre la sphère administrative et la sphère économique, que reste-il du principe traditionnel de liberté du commerce et de l'industrie ? Sommes-nous, administrations, devenues des acteurs économiques de droit commun ?

Dans l'affirmative c'est moins une question de liberté d'entreprendre qu'un principe d'égal concurrence entre les secteurs publics et privés qu'il faudrait constater !

Dans ces conditions, s'il ne s'agirait plus tant de démontrer la carence (quelle qu'elle soit) de l'initiative privée, mais le caractère « non-anticoncurrentiel » des tarifs publics.

Nous en aurons alors terminé, je le souhaite, avec plus de certitudes que d'interrogations...

Deux dernières précisions méthodologiques, à la fin de la présentation de ce fil conducteur :

Pour une fois, il n'y a pas à étudier, de façon autonome, le droit communautaire tant les règles matérielles et les applications sont jumelles - ou jumelées au besoin - dans l'ordre juridique interne. C'est juste une question de seuil...

Enfin, et on l'aura compris, nous avons choisi de concentrer notre analyse à cette seule partie du droit de la concurrence que sont les pratiques anticoncurrentielles. Nous n'étudierons ni le droit des concentrations, ni celui des aides publiques aux entreprises. Cette dernière question, qui mériterait une journée d'études à elle-seule, et qui fut d'ailleurs le thème de notre colloque de 1997, nous a semblé ressortir d'une autre logique économique, sociale et donc juridique.

DROIT DE LA CONCURRENCE ET ACTIVITES DES COLLECTIVITES TERRITORIALES : QUELLE REGULATION ?

Bruno Lasserre
Président du Conseil de la concurrence

Comme l'ont dit Maîtres Capioux et Bardon, cette rencontre entre l'activité des collectivités locales et le droit de la concurrence a déjà généré de nombreux écrits : un rapport public du Conseil d'Etat en 2002, plusieurs ouvrages et articles de doctrine. Les arrêts du Conseil d'Etat mais aussi des décisions et avis du Conseil de la concurrence ont suscité des commentaires et des interrogations. Je ne voudrais donc pas répéter ce qui a déjà été publié mais, en me plaçant du point de vue du Conseil de la concurrence, répondre à la question : comment les collectivités locales peuvent-elles être des acteurs du droit de la concurrence ?

Qu'est ce que le droit de la concurrence ?

Aujourd'hui, le juge civil, le juge commercial, le juge administratif, les juridictions financières appliquent le droit de la concurrence. Ce patrimoine juridique nous est commun et il faut s'en réjouir. Toutefois selon les utilisateurs, on assiste parfois à un glissement de vocabulaire. On parle de « droit de la concurrence », de « droit de la libre concurrence », de « règles de la concurrence », « d'obligation de mise en concurrence », « de concurrence loyale », d « égalité des conditions de concurrence ». Ces concepts n'ont pas tous la même signification. Le droit de la concurrence mis en œuvre par le Conseil de la concurrence est celui de l'interdiction des ententes (article L.420-1 du code de commerce qui s'inspire de l'article 8 du Traité européen), l'interdiction des abus de position dominante (article L.420-2 du code de commerce, inspiré de l'article 82 du Traité européen) et son pendant l'abus de dépendance économique et enfin, même s'il est rarement utilisé, l'interdiction des prix abusivement bas (article L.420-5) que le Conseil de la concurrence examine avec précautions. Ce droit, fondé sur l'interdiction de certains comportements, garantit aux consommateurs que les marchés fonctionnent de manière concurrentielle : il n'est mis en œuvre que lorsqu'il existe une atteinte aux marchés. Il faut y ajouter les règles relatives au contrôle des concentrations économiques, pour lesquelles le Conseil ne dispose que d'attributions consultatives, qui ont pour objet de prévenir une concentration excessive des structures sur les différents marchés. Dans tous les cas, il s'agit de protéger le bien-être du consommateur final.

COMMENT CARACTERISER AUJOURD'HUI LE DROIT DE LA CONCURRENCE ?

1. Les facteurs constants

Ce droit est encore très jeune puisqu'il a juste vingt ans. Il connaît actuellement des modifications que l'on peut caractériser par quatre tendances fortes animant ce droit en mouvement.

Ce droit est réaliste

Il s'intéresse aux réalités et se joue des apparences juridiques. Il appréhende toutes les activités économiques : de production, de distribution ou de services, quelle que soit la personne qui agit, y compris la personne publique. Son champ d'application défini par l'article L.410-1 du Code de commerce est extrêmement vaste. Il rejoint la notion d'entreprise du droit communautaire et, dans son appréhension de l'activité économique, l'autorité de concurrence ne s'arrête pas aux apparences, aux structures, aux formes. Le droit de la concurrence s'applique par exemple à la congrégation religieuse que forment les moines de l'île Saint-Honorat – dès lors qu'ils accueillent des pèlerins ou des retraitants dans leur abbaye et les transportent du continent.

Ce droit est plastique

Ce droit, construit à partir de concepts assez rustiques, tire sa force de son unité. Il peut s'appliquer à diverses configurations économiques, à des secteurs ou des marchés différents, il a un fort pouvoir intégrateur. La même grille de raisonnement pourra être appliquée au secteur de la sidérurgie, à celui de l'eau ou de l'électricité, à celui de l'industrie ou aux services. En ce sens, il se distingue du droit de la régulation sectorielle dessiné pour un marché ou secteur économique particulier.

Ce droit est jurisprudentiel

Les textes définissant l'interdiction restant assez généraux, ce droit est essentiellement développé par le juge ou l'autorité spécialisée de la concurrence qui, à partir d'une norme assez floue — même si elle est claire dans son interdiction — va s'efforcer de qualifier les pratiques au regard de ces règles. Ce droit factuel s'enracine dans des faits, dans des comportements et ne se prête pas facilement au contrôle abstrait auquel se livre le juge administratif lorsqu'il vérifie la légalité d'actes administratifs. On pourrait, dès lors, lui reprocher de ne pas garantir suffisamment la sécurité juridique : c'est pourquoi se développe tant au niveau communautaire que national la publication de lignes directrices, de communiqués, d'avis ayant une fonction pédagogique qui expliquent les méthodes de raisonnement de l'autorité de concurrence pour garantir aux entreprises mais aussi aux opérateurs économiques la façon dont ce droit va s'appliquer à leurs activités.

Ce droit est garanti par l'action publique

Ce droit est dans la main de l'autorité publique, garante de l'ordre public économique. En ce sens le droit européen et le droit français se distinguent du droit américain dont la mise en œuvre dépend essentiellement d'actions privées portées directement devant les tribunaux par les victimes de pratiques anticoncurrentielles et notamment les

consommateurs ou les entreprises. En Europe ce droit est confié à des autorités spécialisées, en France le Conseil de la concurrence.

2. Les facteurs de transformation

Le droit de la concurrence est actuellement l'objet de courants qui sont en train de le modifier, qui peuvent se définir en quatre caractéristiques.

Un droit national inspiré du droit communautaire

Cette similitude ne vient pas seulement de l'unité de conception au départ : l'ordonnance de 1986 a été fortement inspirée par le droit communautaire tel qu'il résultait du Traité. Un autre facteur y contribue. Depuis la mise en œuvre d'un règlement communautaire n°1-2003, les autorités nationales et la Commission européenne fonctionnent en réseau pour l'application du droit communautaire. La Commission et les vingt cinq — bientôt vingt sept — autorités nationales de la concurrence, une par pays, ont décidé de partager l'information au moyen d'un réseau informatique crypté qui les relie. Chaque fois qu'un Etat, une autorité nationale, ou la Commission sont saisis d'une affaire qui va supposer l'application du droit communautaire, les membres du réseau sont informés afin d'une part, de savoir qui va traiter cette affaire — la Commission, une autorité nationale ou deux autorités entre elles — et d'allouer le cas à l'autorité la mieux placée pour le traiter et d'autre part de discuter de la solution entre nous, afin de garantir une application homogène du droit communautaire. Ce réseau fonctionne depuis le 1^{er} mai 2004. Depuis, on constate que le droit communautaire de la concurrence est de plus en plus produit par les autorités nationales. En effet les statistiques indiquent que deux tiers des affaires où s'applique le droit communautaire de la concurrence proviennent d'autorités nationales. Alors que la Commission européenne était jusqu'à présent le « centre principal de production » du droit communautaire de la concurrence, les autorités nationales agissant en quelque sorte comme des « sous-traitants », on assiste aujourd'hui à une inversion des rôles. Les autorités nationales deviennent des vrais foyers de production du droit communautaire de la concurrence. La Commission européenne agit de plus en plus comme une tête régulatrice de ce réseau qui veille à une répartition harmonieuse des cas et à une application homogène du droit. La Commission européenne garde, à l'inverse, son privilège dans le domaine des aides d'Etat, car elle est la seule à pouvoir les qualifier au sens du Traité.

Un droit basé sur la répression et la sanction

Au contraire des autorités régulatrices, la sanction est l'outil le plus usuel du droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence est d'ailleurs présenté le plus souvent dans la presse comme le « gendarme de la concurrence », qui siffle quand la ligne jaune est dépassée et utilise la sanction comme principale arme de son activité quotidienne. Les statistiques récentes montrent que le Conseil de la concurrence n'entend pas abandonner cet outil – 750 millions d'euros de sanction ont été prononcés en 2005. Toutefois, le Conseil de la concurrence, comme les autres autorités de concurrence, utilise aujourd'hui d'autres procédures qui s'apparentent davantage au droit de la régulation : la clémence comme nouvel instrument de détection des ententes, ou encore la transaction ou négociation d'engagements pour clore des cas contentieux. Les autorités de concurrence vont partager avec l'entreprise le diagnostic sur la façon dont la

concurrence a été affectée sur tel ou tel marché et négocier avec elle les voies d'une restauration de la concurrence à partir de propositions des opérateurs économiques. Cette approche récente du droit de la concurrence renouvelle la façon de travailler avec ces derniers. Sanctions et négociations sont cependant complémentaires : sans sanction, la négociation ne serait pas efficace.

Un droit nourri par l'analyse économique

Il n'est pas tout à fait nouveau de dire que le droit de la concurrence procède de l'économie : la notion de marché pertinent, celle de dominance sur un marché font appel à des concepts économiques. Mais la place prépondérante de l'analyse économique se renforce. Elle irrigue aujourd'hui l'intégralité du droit de la concurrence sous de nouveaux aspects : telle la qualification des pratiques ou la fixation du montant de la sanction. La Commission européenne s'apprête à publier les lignes directrices sur l'article 82 du Traité qui font l'objet d'une vaste discussion avec les autorités nationales mais aussi toutes les parties prenantes à ce débat. Comment par exemple passer d'une notion d'abus de position dominante, habituellement fondée sur la forme à une approche fondée sur les effets actuels ou potentiels d'éviction que peut créer ce comportement. Cela suppose d'étudier les stratégies mises en œuvre par l'entreprise et vérifier comment l'éviction probable ou potentielle des concurrents peut atteindre le bien être des consommateurs. Un autre exemple en droit des ententes : pour fixer le montant de la sanction, les décisions du Conseil de la concurrence accordent de plus en plus de place à l'appréciation du « dommage à l'économie ». Comment un comportement qualifié de contraire aux règles de la concurrence porte dommage à l'économie et quels sont les éléments à retenir pour approcher ce dommage, qui sera l'un des critères de la sanction ?

Une place plus grande à l'action privée

Alors que le droit de la concurrence était habituellement mis en œuvre par l'action publique, dans les mains d'une autorité administrative spécialisée, aujourd'hui l'action privée semble prendre une plus grande importance, ainsi que le rôle des collectivités locales. Nous avançons aujourd'hui sur l'action collective des consommateurs, mais aussi la prise de conscience que le droit de la concurrence peut davantage donner lieu à des actions en dommage et intérêt devant les juges compétents : juge civil ou juge administratif. Ainsi, comme à l'étranger, le droit de la concurrence sera aussi mis en œuvre par des actions privées, c'est-à-dire par des entreprises, des consommateurs ou des collectivités locales victimes de pratiques anticoncurrentielles. Il faudra trouver un équilibre entre action publique et privée. Le calcul du préjudice, la démonstration du lien de cause à effet posent et poseront des difficultés dans l'action privée, mais cette tendance, de fond, est à prendre en considération.

QUELS POINTS DE RENCONTRE ENTRE LE DROIT DE LA CONCURRENCE ET L'ACTION DES COLLECTIVITES LOCALES ?

Traditionnellement se distinguent trois points de rencontre :

- les collectivités locales en tant qu'opérateurs économiques : productrices de biens, prestataires de service ;
- les collectivités locales en tant qu'acheteurs de biens et de services : la commande publique ;
- les collectivités locales en tant qu'éditrices de normes, organisatrices de services publics pour lesquelles elles mobilisent des prérogatives de puissance publique.

Les collectivités locales : opérateurs économiques

Les collectivités locales sont des opérateurs économiques, qu'elles soient productrices de biens ou prestataires de service, soit directement par l'intermédiaire de régies, soit par l'intermédiaire d'établissements publics ou de sociétés d'économie mixte. Le droit de la concurrence s'est en partie construit sur l'activité économique des collectivités locales. Les services des pompes funèbres par exemple ont provoqué une jurisprudence très abondante du Conseil de la concurrence, les services de transport également, qu'il s'agisse de transport scolaire, de transport urbain de voyageurs ou encore maritime. Un troisième secteur se développe actuellement, celui des régies d'électricité ou de gaz. Les télécommunications n'ont encore suscité que peu de contentieux et ceci paradoxalement depuis que les collectivités locales se sont vu reconnaître une vocation économique plus large par le Code général des collectivités territoriales.

En ce domaine, la stratégie du Conseil de la concurrence n'est pas celle qui inspirait le juge administratif avant-guerre, dans la jurisprudence issue de l'arrêt, chambre syndicale de Nevers, et qui cantonnait l'intervention économique des collectivités locales. Le Conseil de la concurrence souhaite que les marchés accueillent le plus possible d'opérateurs, et n'a donc pas de prévention a priori contre l'activité économique des collectivités locales. Le droit de la concurrence n'exige pas l'uniformité des conditions de départ. Au contraire le gage d'une concurrence efficace est l'arrivée des opérateurs ayant des coûts et des avantages différents. La concurrence n'est pas l'égalité absolue mais la possibilité pour chacun de faire valoir ses points forts, sa productivité, ses investissements en matière d'innovation, etc.

Le droit de l'abus de position dominante s'applique de la même manière pour les collectivités locales que pour les entreprises privées et la jurisprudence est abondante sur ce point : sur les clauses d'exclusivité, l'interdiction du couplage de prestations, les discriminations ou les prix prédateurs.

Contrairement à ce qui a pu être écrit, en ce qui concerne les prix prédateurs, le Conseil de la concurrence n'a pas une approche spécifique pour les collectivités locales. Dans l'affaire des vedettes vendéennes qui a été successivement traitée – sous deux angles différents – par le Conseil d'Etat et le Conseil de la Concurrence, ce dernier a appliqué les principes résultant de la jurisprudence communautaire (Akzo et Deutsche Post) au domaine des transports. La notion de prix prédateurs dans ce secteur, qui est une industrie à coûts fixes, n'est pas aisée à contrôler : le coût essentiel est celui de faire construire un bateau ou un train et le coût d'un passager supplémentaire est extrêmement faible. La notion de prix prédateurs qui s'attache à comparer les prix pratiqués avec les coûts variables est par nature difficile à appliquer à l'industrie du transport de manière générale. Le Conseil de la concurrence n'est pas le juge du service

public. Dès lors que le Conseil d'Etat avait estimé que la mission de service public impartie à la régie départementale vendéenne, imposait à ce bateau de naviguer toute l'année, entraînant peut-être en cela des coûts excessifs, le Conseil de la concurrence n'avait pas à juger du point de savoir si les moyens mis en œuvre par la régie étaient proportionnés à cette mission de service public. L'application du droit des abus de position dominante aux collectivités locales est le même que celui qui s'applique à tout opérateur privé. Le Conseil de la concurrence s'attache à prévenir les abus de position dominante, en imposant des opérations de séparation comptable, voire de séparation juridique pour éviter le mélange des genres. Le risque essentiel étant — comme dans le secteur des pompes funèbres, ou d'autres — que la collectivité locale mobilise ses prérogatives de puissance publique pour subventionner l'activité en concurrence de manière telle qu'elle perturbe le fonctionnement normal de la concurrence sur ce marché. Le droit des abus de position dominante appliqué aux collectivités locales prend une dimension supplémentaire avec la prévention permettant de rendre plus visible les subventions croisées. Nombre d'avis du Conseil de la concurrence insistent sur cet aspect préventif.

Les collectivités locales : acheteurs

Quand la collectivité locale achète des biens ou des services, c'est le droit de la concurrence appliqué à la commande publique qui intervient. Traditionnellement, le Conseil de la concurrence considérait que la simple activité d'achat pour soi-même n'était pas une activité économique au sens de l'article L.410-1 du Code de commerce. Cette situation risque de changer parce que le tribunal de première instance des Communautés européennes, dont l'arrêt « Fenin » a été confirmé par la Cour de justice, a considéré que dès lors que cette activité d'achat de biens ou de services pouvait se prêter ultérieurement à une activité elle-même économique le droit de la concurrence devait s'appliquer en amont à l'activité d'achat. Le Conseil de la concurrence pourrait modifier sa jurisprudence traditionnelle sur ce point pour s'aligner sur la solution communautaire. Une société d'autoroutes, par exemple, qui passe des marchés de travaux publics pour construire ou entretenir ses autoroutes est dans une position de pur acheteur mais dès lors qu'elle offre aux automobilistes et transporteurs routiers une prestation de mise à disposition d'une liaison de point à point moyennant un péage — activité économique — elle pourrait être considérée comme un opérateur économique dans son activité d'achat. Cette notion est-elle applicable lorsqu'une commune ou un conseil général passe un marché de travaux publics pour refaire la chaussée ou construire une nouvelle route mise à la disposition d'utilisateurs à titre gratuit ? Cette question reste ouverte.

Le droit de la concurrence appliqué à la commande publique est un sujet récurrent, et le secteur des travaux publics et du bâtiment demeure le premier secteur d'activité du Conseil de la concurrence, non pas pour sa plus grande joie, mais au contraire pour sa plus grande lassitude. Année après année, monte une certaine exaspération de devoir statuer sur des affaires où les règles de la concurrence ont été faussées dans la passation de marchés de travaux ou de fournitures, le plus souvent au détriment des collectivités locales. Même si nous sommes moins saisis qu'auparavant, trop d'affaires de ce genre mobilisent encore les ressources du Conseil de la concurrence, sur des sujets qui révèlent la survivance de comportements que l'on croyait appartenir au passé.

Les sanctions n'ont pas toujours été suffisamment dissuasives, même si elles paraissent élevées. La loi, avant sa modification par la loi NRE de 2001, plafonnait à 5 % du chiffre d'affaires de la société, la sanction que peut infliger le Conseil de la concurrence.

Des entreprises ont contourné le risque en vidant de leur substance le chiffre d'affaires de la société ou en filialisant. Avec la loi NRE, les entreprises du bâtiment et des travaux publics commencent à comprendre que les éléments ont changé : le nouveau plafond est fixé à 10 % du chiffre d'affaires mondial du groupe consolidé. Toutes les stratégies de contournement, de filialisation, de transfert de chiffre d'affaires entre entreprises d'un même groupe deviennent donc vaines.

La procédure de clémence qui permet aux entreprises, en échange de la dénonciation du Cartel auquel elles appartiennent, d'obtenir l'immunité totale ou partielle de sanction existe depuis 2001. Elle irriguera également à n'en pas douter les entreprises du bâtiment et des travaux publics. Cette procédure a été appliquée en avril 2006 au secteur de la fabrication de portes et actuellement une vingtaine d'entreprises ont demandé en France, le bénéfice de cette procédure. A l'étranger, l'expérience montre que son application a provoqué une révolution dans la passation des marchés de travaux et fournitures.

Sur ce point, il faut insister sur le manque de vigilance, que nous constatons souvent, des collectivités locales. Parfois, on peut se demander si ces dernières sont suffisamment attentives à la protection des deniers publics. Les collectivités locales ne doivent plus être des victimes mais des acteurs. Chaque fois que les collectivités locales ont des doutes ou des présomptions il faudrait qu'elles alertent les services locaux de la DGCCRF pour que des enquêtes soient menées, qu'elles recueillent le maximum de données en termes de prix ou de quantité de manière à nourrir ces dossiers sur le plan économique et à tirer des enseignements plus généraux que l'observation de micro marché locaux. Il faut, en somme, que les collectivités locales deviennent de vrais acteurs d'un droit de la concurrence moderne.

Les collectivités locales : éditrices de normes

En tant qu'organisatrices de service public, les collectivités locales mobilisent des prérogatives de puissance publique. Nous assistons à l'émergence d'un droit public de la concurrence. Le partage des frontières entre les compétences du Conseil de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire et le rôle du juge administratif a été précisé par l'arrêt du tribunal des conflits *Aéroport de Paris*. Le Conseil de la concurrence n'a pas de difficulté à appliquer ce partage et l'a montré notamment en matière de délégation de service public, situation dont il est fréquemment saisi : le juge administratif contrôle les actes du délégant, l'organisation de la consultation, les clauses du contrat de délégation, les relations avec le délégataire. L'autorité de concurrence vérifie que, dans l'accès à la délégation, les entreprises ne violent pas le droit des ententes, par des échanges d'information, ou des tentatives de répartition de marchés, et veille à ce que le délégataire choisi par la collectivité locale n'abuse pas de sa position dominante. Il n'existe pas sur ces questions de compétence de divergence de vue entre le juge judiciaire, le juge administratif et le Conseil de la concurrence. Réjouissons-nous que le juge administratif soit complètement investi dans la construction de ce droit public de la concurrence. Certains s'en sont plaints. Les collectivités locales sont en effet, dans leurs actes de puissance publique, à l'abri des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence. Mais, l'annulation rétroactive de leurs décisions par le juge administratif, lorsqu'il constate qu'elles sont contraires aux règles de concurrence, à souvent des conséquences plus lourdes que la seule sanction pécuniaire. L'action en réparation que peuvent mener les victimes peut également ouvrir des perspectives tout autant dissuasives.

Deux interrogations demeurent toutefois :

- Dans l'avenir, comment le juge administratif pèsera-t-il entre le respect du droit de la concurrence et les considérations d'intérêt général ? La concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen.
- Le droit de la concurrence est un droit factuel qui s'intéresse à des comportements. Le contrôle par le juge administratif est un droit plus abstrait qui vérifie si les actes sont conformes à des normes supérieures. Le droit de la concurrence se prête assez peu à ce contrôle abstrait. Il a souvent été dit que la jurisprudence *Millon et Marais* traduisait une conversion soudaine du juge administratif au droit de la concurrence. Ce n'est pas tout à fait exact. L'arrêt *Millon et Marais* est intéressant en raison de la technique juridique par laquelle le Conseil d'Etat, et le juge administratif, ont intégré dans le bloc de légalité le droit de la concurrence. Il s'agit du même raisonnement que celui suivi dans l'arrêt *Société Lambda* à propos d'une prise illégale d'intérêt, en jugeant que toute règle par laquelle l'autorité administrative placerait les destinataires de la règle en situation de commettre une infraction pénale était elle-même illégale. Une règle qui incite ou place automatiquement les assujettis en situation de commettre une infraction pénale ne peut être légale. Le même raisonnement a inspiré le Conseil d'Etat dans la jurisprudence *Millon et Marais* : une règle administrative, quelle qu'elle soit, qui place ses destinataires en situation de violer le droit des ententes ou de commettre un abus de position dominante ne peut être qu'illégal. C'est la notion « d'abus de position dominante automatique ». Cette notion est à la fois riche de potentialités et en même temps peu facile à mettre en œuvre. Peut-on parler d'abus automatique de position dominante alors que la façon d'appréhender l'abus se transforme profondément, notamment sous la pression de l'analyse économique ? Cette approche est aisée lorsque l'abus de position dominante est défini par sa forme, avec une sécurité juridique absolue : telle pratique commise par un opérateur en position dominante est automatiquement contraire au droit de la concurrence. La tendance, tant au niveau européen qu'en droit national— plusieurs décisions récentes du Conseil de la concurrence en témoignent — est de définir l'abus de position dominante, non plus par sa forme mais par ses effets, ce qui suppose de s'intéresser à la stratégie de l'entreprise. La stratégie mise en œuvre par l'opérateur économique a-t-elle pour objet constaté ou potentiel d'évincer les concurrents du marché et de porter atteinte – in fine - au bien être des consommateurs ? Un même comportement émanant d'un opérateur dominant (couplage de prestations, exclusivité contractuelle, remises fidélisantes etc...) peut être licite – notamment si les gains d'efficacité procurés par la pratique sont restitués au consommateur final – ou abusif. Dans le cadre de cette approche plus économique et davantage fondée sur les effets que sur la forme, la recherche des abus automatiques de position dominante devient particulièrement ardue. Comment le juge administratif pourra-t-il manier facilement cette notion ?

Conclusion

Dans toutes leurs activités où elles sont confrontées en droit de la concurrence, les collectivités locales devraient adopter une attitude plus combative. Trois exemples récents montrent que les collectivités locales ont su tirer parti des possibilités qui leur sont données.

- La demande d'avis présentée au Conseil de la concurrence par la communauté urbaine de Bordeaux (avis du 21 octobre 2004) sur la réponse à apporter à une demande d'un journal gratuit, lui-même filiale de l'opérateur de presse dominant dans le Sud-Ouest, qui se proposait de financer l'installation de présentoirs de cette presse gratuite dans les stations du tramway bordelais. En acceptant cette demande, la communauté urbaine risquait-elle de commettre une illégalité en mettant l'entreprise éditrice en situation d'abuser de sa position dominante ? Le Conseil de la concurrence a apporté une réponse assez nuancée qui peut être un guide utile pour les collectivités locales. Une demande d'avis peut ainsi participer à l'œuvre pédagogique que le Conseil de la concurrence veut développer dans ce domaine.
- L'affaire des eaux de l'Essonne a donné lieu à une décision du Conseil de la concurrence le 3 novembre 2005, approuvée par la Cour d'appel de Paris qui a confirmé la sanction prononcée (sans en modifier le montant) tout en reprochant au Conseil de la concurrence de ne pas avoir retenu un champ géographique suffisamment large à ses griefs. Dans cette affaire le Conseil de la concurrence a été saisi par plusieurs communes du sud de l'Essonne, mais aussi par une association de consommateurs à propos des conditions dans lesquelles un opérateur qui distribuait l'eau dans ces communes faisait preuve de discrimination entre lui-même et ses concurrents. Le Conseil de la concurrence a admis l'existence de deux marchés distincts — un marché de la distribution de l'eau dans la couronne, et un autre, plus en amont, de l'approvisionnement en eau potable jusqu'au point d'entrée dans la commune — et a reproché à la société mise en cause, en position de monopole sur ce marché amont en tant que productrice d'eau dans le sud de l'Essonne d'opérer une discrimination entre elle-même et ses concurrents dans la mesure où, lorsqu'elle assurait elle-même la distribution d'eau potable dans certaines communes de ce bassin, elle pratiquait vis-à-vis d'elle-même des tarifs inférieurs en ce qui concerne l'approvisionnement en eau potable par rapport à ceux pratiqués à l'égard de ses concurrents. Cette affaire montre que dans leur rôle d'organisateur du service public, de concepteur d'appel d'offres, les collectivités locales peuvent mieux tirer parti du droit de la concurrence. Le message à retenir de cette décision est le suivant : pourquoi ne pas dégroupier les appels d'offres en matière d'eau concernant la distribution d'une part et l'activité amont d'approvisionnement jusqu'au point d'entrée dans la commune d'autre part ?
- L'affaire des crèches de Bouc-Bel-Air du 27 juin 2006. Cette décision de mesure conservatoire montre le parti que les collectivités locales peuvent tirer du droit de la concurrence. Cette commune des Bouches-du-Rhône, entre Aix-en-Provence et Marseille, gère deux crèches collectives et avait en ouvert une troisième. Les deux premières crèches avaient été confiées à une association de la loi de 1901 et, de manière légitime, la collectivité locale a souhaité ouvrir à la concurrence la gestion de ces crèches. Elle a donc organisé un appel d'offres en vue de l'attribution de ces marchés. Pour se prémunir de l'ouverture à la concurrence, l'association gestionnaire a inventé un remède, d'apparence très astucieux, qui consistait à passer

avec l'ensemble de ses salariés (une quarantaine) un avenant à leur contrat de travail qui prévoyait que si, par quelque cause que ce soit, le nombre des salariés de l'association excédait 60, chaque salarié recevrait de manière forfaitaire une somme de 100 000 euros, versée individuellement sans contrepartie demandée au salarié. Ce contrat était proposé aux anciens salariés mais non aux nouveaux. Il s'agissait de faire échec à l'attribution des marchés à une association concurrente qui, par le biais de l'article L 122-12 du Code du travail, serait obligée de reprendre les salariés aux conditions contractuelles fixées par le prédécesseur. La collectivité locale ne s'est pas laissée faire. Elle a constaté que cette clause était suffisamment dissuasive pour que l'attribution des marchés en concurrence échoue. Toutes les tentatives d'ouvrir ce marché à la concurrence ont échoué puisque personne ne s'est déclaré candidat en raison du coût dissuasif de l'obligation de payer ces 100 000 euros multipliés par le nombre de salariés. Quel était le juge compétent ? Le juge du travail, le conseil des prud'hommes ? Mais personne ne pouvait le saisir dans cette affaire : les salariés n'y avaient aucun intérêt (pourquoi faire déclarer illégale une clause qui leur était favorable) et la commune non plus, puis qu'elle était un tiers et n'était pas recevable à obtenir la nullité de cette clause. Le juge administratif ? Le tribunal administratif de Bastia a certes jugé dans l'affaire des *autocars Mariani* qu'une collectivité locale qui attribuerait un marché dont l'obtention par une entreprise résulterait d'une pratique anticoncurrentielle serait illégal. Dans notre affaire, le maire a saisi le Conseil de la concurrence et lui a demandé à titre conservatoire de suspendre les avenants aux contrats de travail signés par l'association gestionnaire. Cette décision montre que le Conseil de la concurrence s'intéresse aux réalités et non aux apparences : que le siège de la pratique anticoncurrentielle se situe dans un contrat de travail n'a pas arrêté l'autorité de concurrence. Le Conseil a hésité à appliquer le droit des ententes : il y avait un accord de volonté entre l'employeur et chacun des salariés pour créer artificiellement une barrière à l'entrée, rendant plus difficile l'arrivée de concurrents sur le marché de la gestion collective des crèches. Mais considérer que le droit des ententes, qui recherche l'accord de volonté entre deux sujets autonomes, s'applique aux relations entre un employeur et un salarié, sachant que ce dernier est dans une position de subordination par rapport au premier apparaissait hasardeux. Le Conseil de la concurrence a choisi un autre chemin, en considérant que l'association gestionnaire, qui se trouvait en situation de position dominante sur le marché sortant, abusait de sa position dominante en perturbant le jeu de la concurrence sur l'attribution du nouveau marché.

Tout ceci illustre que le droit de la concurrence doit être considéré non pas comme une contrainte, mais comme une chance à saisir. Les collectivités locales doivent être de véritables acteurs du droit de la concurrence, en demandant chaque fois que cela est possible l'avis du Conseil de manière à prévenir l'apparition de situations contraires au droit de la concurrence mais aussi en n'hésitant pas à le saisir chaque fois que l'efficacité de la gestion publique, la protection des contribuables, ou des usagers de service public sont en cause. Dans l'expérience des vingt ans du Conseil de la concurrence, les collectivités locales ont été plus souvent victimes qu'auteurs de pratiques anticoncurrentielles et paradoxalement sont encore peu présentes dans les procédures.

L'EMERGENCE D'UN DROIT PUBLIC DE LA CONCURRENCE

Michel Bazex

Professeur des universités, avocat à la Cour

La règle de concurrence est maintenant bien connue sous la forme des dispositions du Code de commerce (article L420-1 et suivants) et des stipulations du Traité de la Communauté européenne (articles 81 et suivants), qui formulent les interdictions applicables aux entreprises. Ces règles s'appliquent aux opérateurs sur les marchés qu'il s'agisse des opérateurs privés sans doute, mais aussi publics qui sont les entités publiques quelle que soit leur forme lorsqu'elles interviennent dans le cadre d'une activité économique (formule du droit communautaire) ou dans le cadre d'une activité de production, de distribution ou de services (formule de code de commerce).

Ces règles s'appliquent-elles aux autorités publiques, c'est-à-dire aux entités publiques prises dans l'exercice de la puissance publique ?

Une réponse est apportée par le droit communautaire, en application de l'article 4 du Traité de la Communauté européenne qui prévoit que « ... *l'action des Etats membres et de la Commission comporte..., l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ...* ». Ce principe général est complété par des stipulations applicables dans un certain nombre de cas particuliers (aides publiques en vertu des articles 87 et suivants du Traité, réglementations internes entraînant des « *distorsions de concurrence* » visées par les articles 96 et 97, etc).

En droit interne, il n'existe que des textes ponctuels, tels que les articles L-430-1 et suivants du Code de commerce relatifs au contrôle des opérations de concentration, qui imposent à l'autorité ministérielle de faire respecter les règles du Code de commerce ; de même les mesures de régulation intervenant dans divers secteurs d'activités économiques prévoient-elles que l'autorité compétente doit, entre autres objectifs, prendre en considération les exigences de concurrence sous diverses formes. Cependant aucune norme générale n'existe qui imposerait à l'autorité publique de respecter une exigence de concurrence. Le Conseil d'Etat invoque quant à lui le « *principe de libre concurrence* », la « *règle de concurrence* » « *l'objectif de concurrence* », etc, mais à aucun moment il n'évoque un principe général du droit qui consacrerait une norme de concurrence.

Si donc la question est réglée dans son principe par le droit communautaire, la chose est nettement moins claire en droit interne.

En conséquence, et pour trouver la réponse, il convient tout d'abord de tenter de faire l'inventaire des règles de droit public de la concurrence présentes dans le système juridique français, et, si tel est le cas, d'essayer d'en définir le régime.

L'inventaire des règles de droit public de la concurrence

La Cour de Justice des Communautés européennes dont on connaît l'importance du rôle dans l'élaboration et l'application du droit de la concurrence, a jugé dans un arrêt en date du 18 juin 1975 IGAV c./ ENCC (Recueil p.699) que les atteintes au fonctionnement des marchés entraînées par l'intervention des autorités publiques ont un caractère spécifique, et ne relèvent pas du même traitement juridique que celui applicable aux entreprises : « *le Traité de la Communauté économique européenne comporte, en plus des règles de concurrence applicables aux entreprises, un ensemble diversifié de dispositions relatives aux atteintes portées au fonctionnement normal du régime de la concurrence par l'action des Etats... 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 particulières résultant des articles 90, 92, 101 et 102 du Traité...., et non pas des articles 85 et 86* » (il s'agit de l'ancienne numérotation, antérieure à celle résultant du Traité de Maastricht, et aux termes de laquelle les articles ci-dessus sont numérotés 86, 87, 96 et 97).

La Haute Juridiction reconnaît donc la spécificité de règle de concurrence applicables aux autorités publiques, spécificité qui est elle-même une conséquence des atteintes particulières au bon fonctionnement du marché imputable à l'intervention des autorités publiques sur les marchés, et qui sont différentes de celles imputables sur les marchés.

Quelles sont donc ces atteintes au fonctionnement normal des marchés résultant de l'intervention des autorités publiques ? L'analyse économique montre que les pouvoirs publics répondent aux demandes des administrés par des « *politiques publiques* », que les économistes divisent en deux grandes catégories : « *les politiques publiques de prestation* », et les « *politiques publiques de réglementation* » (voir sur la question X. GREFFE, Economie des politiques publiques, Dalloz, 2^{ème} Edition, p.401 et suivantes).

Règles de concurrence et octroi de prestations par les autorités publiques

De nombreux exemples illustrent les atteintes susceptibles d'être portées au bon fonctionnement des marchés à l'occasion de la fourniture de prestations par les personnes publiques. Ceci ne vise que l'offre non marchande, car bien évidemment lorsque les prestations sont fournies à titre marchand, ce sont les règles de concurrence applicables aux entreprises qui doivent être respectées.

Ainsi, des atteintes au bon fonctionnement du marché peuvent résulter de l'attribution d'autorisations d'occupation du domaine, et notamment des dépendances du domaine public, ou encore de la dévolution des commandes publiques. On n'insistera pas davantage sur ces deux points, qui font l'objet d'exposés par ailleurs.

Une autre illustration se trouve dans l'octroi des aides publiques aux entreprises, qui sont bien des prestations non marchandes puisque par hypothèse ces aides ne répondent à aucune contrepartie équivalente de la part des bénéficiaires. A cette occasion, par conséquent, les autorités publiques devront respecter les règles du droit public de la concurrence qui résultent aussi bien du droit interne (voir par exemple les articles L-1511 et suivants du Code général des collectivités territoriales) que du droit communautaire (articles 87 et suivants du Traité de la Communauté économique européenne).

Ce sujet est particulièrement d'actualité en ce qui concerne les aides octroyées par les collectivités territoriales. En effet, une circulaire du 3 juillet 2006 sur les interventions économiques des collectivités locales rappelle le cadre général de l'octroi des aides au développement économique, et à cette occasion reformule les règles résultant tant du droit interne que celles découlant de ce que les spécialistes du droit communautaire appellent « *la discipline des aides d'Etat* ». La circulaire, très détaillée, commence par rappeler que les collectivités territoriales ont l'obligation de s'assurer, lorsqu'elles mettent en place un régime d'aides, de sa conformité aux stipulations des articles 87 et suivants du Traité. Le texte expose ensuite les différents cas de figures envisageables : le premier est celui dans lequel l'aide envisagée rentre dans un régime déjà notifié, et où par conséquent la conformité au Traité est acquise d'emblée ; le deuxième vise l'hypothèse dans laquelle l'aide octroyée par la collectivité territoriale entre dans un régime faisant l'objet d'un règlement d'exemption, et où il faut par conséquent s'assurer que le projet lui est bien conforme ; enfin dans le dernier cas, l'aide est nouvelle et doit être examinée par la Commission selon la procédure prévue par les textes communautaires, pour s'assurer de sa compatibilité avec le marché commun.

Au total, la pratique semble bien consacrer cette règle selon laquelle, dès lors qu'une prestation offerte par une collectivité publique a des effets économiques, la question se pose de sa compatibilité ou de sa conformité avec les exigences de la concurrence.

Règles de concurrence et action normative des autorités publiques

Manifestations intervenant dans le cadre de l'action normative des pouvoirs publics, les mesures d'organisation des activités économiques, dès lors qu'elles ont pour objet la définition des droits et des obligations des opérateurs ou leur mise en œuvre, sont évidemment susceptibles d'avoir des répercussions sur les marchés. Ainsi, et pour prendre un exemple récent, dans le cadre de la politique de tarification de l'énergie, la détermination du tarif aura nécessairement des conséquences sur la situation concurrentielle des entreprises concernées. La prise en considération des exigences de la concurrence peut donc être l'occasion pour les pouvoirs publics de contribuer à rassurer le bon fonctionnement du marché.

L'observation montre que, dans ce domaine, la jurisprudence est abondante. A titre d'illustration, on peut citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 juin 2004, Société SCOT France (Droit Administratif, 2004, n°134) concernant les règles d'utilisation du numéro autrefois utilisé pour les renseignements téléphoniques (le 12). En vertu de l'article L-32-1 du Code des postes et communications électroniques, l'autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (ARCEP), « *doit veiller à l'exercice au*

bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre exploitants de réseaux et fournisseurs de services ». A cette fin, le régulateur avait préconisé que le 12 soit réservé aux exploitants de réseaux, et par conséquent ne puisse plus être utilisé par les simples fournisseurs de service. Sur recours de la société SCOT France, le Conseil d'Etat a eu recours à une analyse de type concurrentiel pour montrer que le mécanisme préconisé par l'ARCEP ne respectait pas les principes ci-dessus définis de l'article L-32-1 du Code des postes et de télécommunications électroniques : « *Il incombe à l'autorité de régulation de fixer les règles d'attribution des ressources en numérotation de manière à n'entraîner aucune rupture d'égalité entre les opérateurs de télécommunication, et à favoriser une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseaux de télécommunications et les fournisseurs de service de télécommunication* ». Après avoir observé, exactement comme le ferait une autorité de concurrence, que les services de renseignements faisaient l'objet d'un même marché quand ils sont offerts par des exploitants de réseaux et les fournisseurs de services, la Haute Juridiction en a tiré la conséquence que le sort fait aux fournisseurs de services ne respectait pas l'exigence de concurrence loyale et effective prévue par le Code, et a donc annulé la décision prise par le régulateur. Cet exemple est bien la preuve que l'action normative de l'autorité publique est astreinte au respect des exigences de la concurrence.

La règle de droit public à la concurrence peut encore s'appliquer à l'organisation d'ensemble d'un service ou d'une activité économique. Ainsi, au titre de l'aménagement numérique du territoire, l'article L-1425-1 du CGCT confie aux collectivités territoriales la mise en place des liaisons numériques dans leur circonscription, en leur donnant le choix de la formule selon la situation locale (réalisation d'infrastructures, exploitation sur le marché de gros ou sur le marché de détails), mais en tout état de cause dans le respect des règles de concurrence.

La règle de droit public de la concurrence s'applique enfin à des interventions de nature administrative, mais pouvant avoir des effets économiques. Le Conseil d'Etat en a ainsi décidé pour la mise en œuvre des réglementations de police en matière d'environnement ou d'urbanisme (par exemple : voir l'avis contentieux du Conseil d'Etat, Section 22 novembre 2000, Société L. et P. Publicité SARL, Recueil, p.492).

Au total, il résulte bien de cette analyse que toute intervention des autorités publiques, dès lors qu'elle est susceptible d'avoir des effets économiques, est susceptible d'être assujettie au respect d'exigences de concurrence.

Il est donc nécessaire dans ces conditions de s'interroger sur le régime des règles ainsi réceptionnées dans l'action administrative.

Le régime des règles du droit public de la concurrence

Les règles de concurrence applicables aux entreprises reposent sur un raisonnement économique qui résulte lui-même de la théorie des marchés (voir sur la question J. GENEREUX, *Micro-Economie*, Hachette, 4^{ème} Ed.), et qui fonde les droits et les obligations des opérateurs économiques, notamment sous la forme de l'interdiction des pratiques d'entente anticoncurrentielle et d'abus de position dominante ou des règles de contrôle des opérations de concentration.

Les règles du droit public de la concurrence s'inspirent des mêmes principes découlant de la théorie des marchés. Toutefois, les règles applicables aux entreprises ne sont pas exactement adaptées aux interventions de la puissance publique, qui appellent donc la formulation de dispositions autonomes, et dont la mise en œuvre passe par les voies habituelles de l'action administrative.

Un contenu autonome

C'est dès la mise en place du « *Nouveau droit de la concurrence* » par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que le Conseil de la Concurrence avait admis la spécificité des interventions de la puissance publique au regard des exigences du bon fonctionnement du marché : « ... *La réalisation du processus concurrentiel suppose que les agents économiques soient libres d'entrée et de sortir sur le marché, soient dans l'incertitude quant aux décisions que prendront leurs concurrents réels ou potentiels, et prennent leurs décisions indépendamment les uns des autres. Ainsi, les textes législatifs et réglementaires qui impliquent l'établissement d'une barrière à l'entrée sur le marché ou une homogénéisation des comportements des entreprises entravent la concurrence, parce qu'ils s'opposent à la réalisation des conditions nécessaires aux exigences concurrentielles* » (Rapport de 1989, p.21).

Pour obtenir le respect des exigences de concurrence par les autorités publiques, le droit positif peut donc formuler des interdictions, à la manière de ce qu'il fait vis-à-vis des entreprises.

La jurisprudence en offre de multiples illustrations, et par exemple celle découlant de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 avril 2003, *Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement* (Droit Administratif, 2003, n°123). La lecture de la décision apprend que la convention collective de la profession avait stipulé que, en cas de poursuite de l'exécution d'un marché public ou d'une délégation de service public à la suite d'un changement de titulaire, le nouvel entrant devait s'engager à reprendre tous les contrats de travail en cours, y compris ceux pour lesquels les conditions d'application posées par le Code du travail (article L-122-12-2^{ème} alinéa) n'étaient pas remplies, et le Ministre avait procédé à l'extension de cette convention à l'ensemble de la profession (article L-133-8 du Code du travail). Saisi d'un recours contre l'arrêté d'extension, le Conseil d'Etat juge qu'il appartient au Ministre « *de veiller à ce que l'extension d'une convention collective ou d'un accord collectif n'ait pas pour effet de conduire à empiéter, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la*

concurrence pour d'autres entreprises... ». Et de conclure que, en obligeant le nouveau titulaire d'un marché ou d'une convention à reprendre le personnel en place auquel l'employeur précédent n'avait pas proposé d'autres affectations, l'arrêté d'extension est « *de nature à dissuader les concurrents de présenter leurs candidatures et à aggraver les distorsions de concurrence entre les concessionnaires sortants et les soumissionnaires* ». Ce raisonnement parfaitement économique devait donc conduire le juge à annuler l'arrêté attaqué pour « *atteinte excessive à la libre concurrence* ».

Mais on vient bien que, en l'espèce, la prescription dont le respect est imposé à l'autorité publique (« *la distorsion de concurrence* ») n'est pas celle formulée dans les règles de concurrence visant les entreprises (qui sanctionnent les ententes anticoncurrentielles ou les abus de position dominante). On pourrait invoquer de multiples autres illustrations : le concept de « *distorsion de concurrence* » est également utilisé par le droit communautaire, toujours pour caractériser les atteintes imputables à l'intervention des autorités nationales, en matière de contrôle des aides publiques aux entreprises (articles 87 et suivants du Traité ou de dispositions nationales de nature à entraîner des dysfonctionnements sur le marché (articles 96 et 97) ; de son côté, la jurisprudence du Conseil d'Etat se réfère à la notion « *d'avantage anticoncurrentiel* » (Conseil d'Etat, 10 novembre 2004, UNIDEM, requête n°250423).

D'autre part, l'observation montre que le droit positif ne s'en tient pas à cette approche en termes d'interdiction. Sans doute, la jurisprudence a-t-elle admis très tôt qu'il entrait dans la compétence de l'autorité publique de faire respecter l'effet utile des règles de concurrence entre les entreprises (voir l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 16 novembre 1977 INNO c./ ATTAB, Recueil p.2115, et au plan interne l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997, société MILLION et MARAIS, GAJA, n°105).

Mais aux termes de l'évolution la plus récente, l'exigence de concurrence est véritablement intégrée dans la compétence générale de la puissance publique aux fins d'organisation des activités qui s'intègrent dans le système économique et social, et elle peut ainsi conduire à la formulation de règles qui habilite les autorités publiques à intervenir pour mettre en place ou assurer le bon fonctionnement du marché. Cette hypothèse est illustrée par les actions de la Commission des Communautés Européennes au titre de la libéralisation des secteurs autrefois réglementés, et à la faveur desquelles l'institution communautaire ambitionne de mettre en place un régime de concurrence non faussée. S'agissant par exemple du secteur des communications électroniques, une directive n°2002/21/CE du 7 mars 2002 a défini dans cette perspective le cadre de l'intervention des autorités réglementaires nationales sous le contrôle de la Commission, et une Recommandation de la Commission du 11 février 2003 a précisé les conditions du recours à ce qu'il est convenu d'appeler à présent une « *régulation ex-ante* » (existence de barrières à l'entrée ; structure du marché ne laissant pas présager d'évolution vers une situation de concurrence effective ; incapacité du droit de la concurrence à remédier seul aux défaillances du marché), ceci dans la perspective d'une transition vers un régime de concurrence praticable. Cette solution a été mise en œuvre au plan national dans l'un des marchés du haut débit, à la suite d'un avis du Conseil de la Concurrence du 16 février 2005 (Droit Administratif, 2005, n°57), et un avis tout récent du Conseil en date du 17 novembre 2006 vient d'admettre que l'évolution de la situation sur le marché ne justifie plus à présent le maintien de cette régulation ex-ante.

En définitive, on peut se demander si loin d'être une sanction comme c'est le cas pour les règles de concurrence applicables aux entreprises, la règle de droit public de la concurrence n'est pas plutôt une habilitation permettant aux autorités publiques d'intervenir pour assurer le bon fonctionnement des marchés.

Ceci explique certainement en tout cas les mécanismes utilisés pour la mise en œuvre de ces règles.

Une mise en œuvre par les voies habituelles de l'action administrative

Règles applicables aux entreprises, les règles d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre par des procédés de droit privé. Sans doute, le Conseil de la Concurrence a-t-il été qualifié « *d'organisme administratif* » par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 23 janvier 1987 sur la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la Concurrence (GAJA, n°93). Mais on sait que, précisément dans la même décision, la Haute Juridiction a admis, à titre exceptionnel et pour des raisons tirées de la nécessité d'une bonne administration de la justice, la dévolution à l'autorité judiciaire du contentieux des règles de concurrence applicables aux comportements des entreprises.

Cette raison n'existe évidemment pas pour les interventions des autorités publiques, comme l'avait jugé d'emblée le Tribunal des Conflits dans sa fameuse décision du 6 juin 1989 « *Ville de Pamiers* », dans laquelle il avait été jugé que « *il résulte 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 ; l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un Conseil Municipal n'est pas constitutif d'une telle activité ; l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance sus-visée* » (AJDA, 1989, p.467). Et on sait que cette solution a été confirmée environ dix ans plus tard par la même juridiction, dans son arrêt du 18 octobre 1999, Aéroports de Paris : « *... si, dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, des 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 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...* » (AJDA, 1999, p.996).

Il en résulte donc que la mise en œuvre des règles de droit public de la concurrence s'effectue par les voies habituelles de l'action administrative, à l'exclusion par conséquent des procédures prévues pour l'application des règles de concurrence visant les entreprises (et en particulier de l'intervention du Conseil de la Concurrence). On retrouve donc ici la distinction de base du droit comparé entre « *private enforcement* » et « *public enforcement* ».

Il n'est évidemment pas nécessaire de détailler des mécanismes administratifs qui ne sont autres que ceux prévus par le droit public général.

Ainsi la détermination des droits et des obligations découlant pour les autorités publiques des règles de concurrence résulte t-elle pour l'essentiel de décisions administratives, réglementaires ou individuelles (voir à titre d'illustration les dispositions de principe relatives à l'accès à la commande publique, prévues par l'article 1-2 du Code des marchés publics résultant du décret du 1^{er} août 2006) ou de la jurisprudence des juridictions administratives (voir les arrêts cités plus haut).

A noter cependant la procédure spéciale d'élaboration des règles du droit public de la concurrence découlant de l'utilisation de l'article L-462-1 du Code de commerce qui dispose dans son alinéa 2 que le Conseil de la Concurrence « *donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréés, des Chambres d'agriculture, des Chambres des métiers ou des Chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge* ». Cette possibilité a été très systématiquement utilisée par les pouvoirs publics nationaux pour la mise au point des textes d'organisation du marché dans les secteurs autrefois réglementés (électricité, gaz, communications électroniques, postes, etc ; voir les Rapports annuels du Conseil de la Concurrence). Mais, dans la mesure où le texte autorise aussi la saisine du Conseil de la Concurrence par des organismes privés, cette procédure peut aussi être utilisée comme une sorte de « *rescrit* », permettant à l'autorité publique de donner dans un cas particulier l'interprétation d'une règle générale dont elle est l'auteur (voir à titre d'illustration, pour ce qui est de la privatisation des autoroutes, l'avis du Conseil de la Concurrence du 2 décembre 2005, Droit Administratif, 2006, n°52). Il y a là sans doute un facteur incontestable de progrès dans la participation des administrés à l'élaboration de la réglementation de caractère économique.

On signalera dans le même sens la procédure de consultation obligatoire du Conseil de la Concurrence dans les cas particuliers prévus à l'article L-462-2 du Code de commerce.

Enfin, et conformément à la jurisprudence du Tribunal des Conflits exposée plus haut, les mesures d'application des règles du droit public de la concurrence peuvent être déferées au juge administratif, en application des règles générales du contentieux administratif (sans préjudice des dispositions spéciales ; voir par exemple l'article R-311-1 du Code de justice administrative attribuant compétence en premier ressort au Conseil d'Etat en ce qui concerne les décisions ministérielles prises en matière de contrôle des concentrations).

En l'espèce, l'exercice de ce contrôle pouvait a priori faire problème, dans la mesure où, traditionnellement, le juge administratif se tient plutôt sur la réserve vis-à-vis des interventions économiques des personnes publiques. En d'autres termes, il peut sans difficulté particulière exercer un contrôle de la mesure déferée sous l'angle de la compétence, de la procédure et de la violation de la loi ou de l'erreur de droit, mais il n'opérait qu'un contrôle restreint sur l'erreur de fait, c'est-à-dire de l'exactitude matérielle des faits et de l'erreur manifeste d'appréciation (voir par exemple, en matière

de contrôle des opérations de concentration, Conseil d'Etat, Section, 15 octobre 1982 LE BIHAN et FEDERATION FRANCAISE DES POMPES FUNEBRES, AJDA, 1983, p.254). Cette solution était évidemment particulièrement dommageable en l'espèce, en raison de l'importance des éléments de fait dans l'application de la règle de concurrence.

Mais la mise en œuvre des règles de droit public de la concurrence aura permis de franchir l'obstacle, grâce, là encore, à la possibilité offerte au juge étatique de consulter le Conseil de la Concurrence dans le cadre des requêtes contentieuses dont il est saisi. Sans doute, cette possibilité n'est elle explicitement ouverte qu'au profit des juridictions saisies des pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L-420-1 et suivants du Code de commerce ou aux articles 81 et 82 du Traité de la Communauté Européenne. Toutefois, le texte a été interprété par le Conseil d'Etat comme autorisant également une demande d'avis au Conseil de la Concurrence, d'abord dans le cadre du contrôle des opérations de concentration (Conseil d'Etat, Section 20 juillet 2005, Société FIDUCIAL INFORMATIQUE et société FIDUCIAL EXPERTISE, Droit Administratif, 2005, n°133, pour une hypothèse dans laquelle le Conseil de la Concurrence a été saisi en dehors des dispositions de l'article L-430-5 du Code de commerce ; voir sur la question M. BAZEX, Le contrôle par le juge administratif des opérations de concentration, Mélanges TROPER, Editions Economica, 2006, p.139 et suivantes). Plus récemment la saisine de l'autorité de concurrence a été également admise dans le cadre d'un contrôle par le juge de mesures d'intervention économique (Conseil d'Etat, Section, 7 juillet 2006, Société POWEO, Revue de la Concurrence et de la Consommation, octobre 2006, concernant une mesure de tarification).

Il est donc incontestable qu'il y a depuis quelques années une prise en considération des exigences de concurrence par la puissance publique. Cela dit, en l'état, il s'en faut que toutes les questions soient résolues, tant dans le principe (en droit interne notamment) que dans les modalités (qu'entend-on par exemple par « *distorsion de concurrence* » dans la jurisprudence). On ne peut donc qu'être d'accord avec les organisateurs du colloque, finalement, quand ils évoquent « *l'émergence* » du droit public de la concurrence.

Première table ronde

**L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE
PAR LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES
ET LES JURIDICTIONS FINANCIERE**

Emmanuel Glaser
Conseiller d'Etat

Ce texte n'a pas reçu de BAT

De nombreux arrêts que je voulais aborder ont déjà été évoqués par les intervenants précédents. Je vous les présenterai selon le point de vue du juge administratif. Je vous indiquerai d'abord, comment et pourquoi le juge administratif a intégré les règles de concurrence dans le bloc de légalité, ensuite, comment le juge administratif procède lorsqu'un moyen qu'il qualifie d'opérant tiré de la violation du droit de la concurrence est soulevé devant lui.

1. Intégration des règles de concurrence dans le bloc de légalité

Le Conseil d'Etat ou le juge administratif n'ont jamais eu de réticences par rapport à la règle de concurrence. Dès lors que des personnes publiques exercent elles-mêmes des activités économiques, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ont toujours considéré que les règles de concurrence s'appliquaient à ces personnes publiques. Dans la jurisprudence communautaire, est très présente l'idée que : peu importe la qualification de la personne, ce qui compte c'est son activité ; elle existe également depuis très longtemps dans la jurisprudence administrative. L'arrêt TC 22 janvier 1921 (*Société commerciale de l'Ouest Africain dit du Bac d'Eloka*) indique qu'une personne publique qui exerce une activité économique est soumise aux règles de concurrence dans les conditions du droit commun appliqué par le juge judiciaire. Les services publics industriels et commerciaux sont identifiés comme tels et cela ne pose aucun problème. Mais la règle s'applique tout aussi bien aux personnes publiques gestionnaires de services publics administratifs dès lors que ceux-ci sont en réalité des activités de production, de distribution ou de service par exemple l'exercice des pompes funèbres.

Dans un contexte particulier, la difficulté peut se poser lorsque nous ne sommes pas en présence d'une activité au sens strict ou d'une personne dont c'est la fonction — comme un établissement public industriel et commercial — mais d'un acte administratif qui n'est pas par nature un acte d'une personne privée auquel il n'apparaît pas spontanément facile d'appliquer des règles initialement prévues pour les personnes privées.

Cette question s'est posée de façon aigüe à partir de l'ordonnance de 1986 lorsque pour la première fois, le Tribunal des Conflits a statué sur un acte de dévolution d'un service public pour une question de compétence. Dans l'arrêt *Ville de Pamiers*, il a été rappelé que dès lors que l'acte relevait par nature de la puissance publique, seul le juge administratif était compétent. Cet arrêt comportait, il est vrai, une relative ambiguïté dans sa formulation et a ouvert une parenthèse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette parenthèse n'a pas été très longue, c'est pourquoi l'on peut dire qu'il n'y a pas de réticence globale du Conseil d'Etat vis-à-vis des règles de la concurrence. De 1993 à 1997, il a été considéré, sur la base d'une lecture erronée de l'arrêt du Tribunal des Conflits que le Conseil d'Etat, jugeait des actes administratifs, y compris les actes de dévolution d'un service public comme celui de l'eau et que ces actes ne pouvaient être contrôlés au regard des règles de la concurrence. Dans ce jugement la première phrase

était contredite par la seconde ; dès l'origine, l'interprétation aurait donc pu être différente. Cette période est révolue avec l'arrêt de 1997 *Million et Marais*, qui indique clairement que l'ordonnance de 1986 était intégrée dans le bloc de légalité. Toutefois, l'arrêt *Million et Marais* n'intégrait que l'ordonnance de 1986. D'autres règles intégrées depuis cet arrêt ne sont pas nécessairement aussi claires.

Le Conseil d'Etat, par une politique jurisprudentielle adaptée, souhaitait contrôler l'évolution de la notion et de la mise en œuvre de services publics en fonction des règles modernes de la concurrence. Pour juger ou contrôler l'activité de services publics (organisation ou dévolution), il n'était plus possible de se contenter des règles classiques de la liberté du commerce et de l'industrie. A cette raison d'opportunité, il convient d'ajouter une raison de fond : les règles de 1986 sont des règles d'ordre public. et de ce point de vue le rôle joué par l'arrêt de 1996 *Société Lambda* est très important. Il servait d'appui à l'argumentation du commissaire du gouvernement dans *Million et Marais* : « en procédant par décret au détachement d'un fonctionnaire, le président de la République ne peut pas placer ce fonctionnaire dans une situation où il viole la loi pénale », de même « en procédant par un acte administratif à la dévolution d'un service public, la personne publique ne peut pas placer le concessionnaire dans une situation de violer l'ordonnance de 1986, elle-même assortie de sanctions ». La logique était la même : le code pénal et l'ordonnance de 1986 visent directement des personnes privées mais de façon sous-jacente imposent à l'administration le respect des mêmes règles à travers ces personnes.

Le droit communautaire est, bien évidemment, le troisième élément qui a fortement influencé en ce sens. L'arrêt *Fédération française des sociétés d'assurances* en 1996, indiquait que les actes de l'administration sont contrôlés au regard des règles de concurrence du Traité (article 81 à 82).

Les actes administratifs soumis au respect des règles de concurrence

La réponse qui paraissait assez simple, jusqu'en 2006, a été sensiblement compliquée depuis lors. Avant 2006, tous les actes de l'administration qui ont des effets sur le marché sont soumis aux règles de concurrence. A la suite de *Million et Marais*, un grand nombre de décisions appliquaient la même logique à toutes sortes d'actes avec des différences ponctuelles : arrêt *Société Hertz* et *Société Edda* sur la dévolution du domaine public : « Quand aéroport de Paris organise la gestion de son domaine public en confiant des espaces à des loueurs de voiture, il est lui-même soumis aux règles de concurrence. » Ce qui n'était pas évident, car il a toujours été considéré que la gestion du domaine public est une activité régaliennne par excellence. Cette activité est depuis un millénaire la marque même de l'Etat. Cette logique a été appliquée à la police administrative dans un avis du 22 novembre 2000 *L et P Publicité* : « Quand une commune met en œuvre un régime de police administrative — en l'occurrence l'organisation de la publicité et des enseignes — il est tenu de respecter les règles de concurrence de l'ordonnance de 1986. La police administrative, encore plus que la gestion du domaine public, est un acte qui aurait peut-être pu échapper à cette règle suivant le raisonnement qui a été fait en 2006. L'arrêt *Commune d'Houlgate* du 10 mars 2006, met en cause la police administrative des jeux ; dans ce domaine, l'action de l'Etat vise un impératif supérieur du respect des règles du Code pénal en matière de blanchiment d'argent qui aurait pu ne pas être soumis aux règles de la concurrence ; ce n'est pas ce qui a été réalisé. L'application du droit de la concurrence a été également

appliqué, cela concerne moins les collectivités locales, dans le domaine du droit du travail et des conventions collectives. Jusqu'en mars 2006, tous les actes et activités, quels que soient leurs champs dans lesquels ou pour lesquels la puissance publique agissait, devaient être contrôlés au regard des règles de concurrence et notamment de celles de l'ordonnance de 1986.

En 2006, l'arrêt d'assemblée *Ordre des avocats*, le Conseil d'Etat a apporté une limite — bienvenue, à mon avis — à cette règle : il s'agissait de la Mission d'appui aux contrats de partenariat, mission rattachée au ministère des Finances, et dont l'objet, d'après le décret de 2004 par lequel elle a été créée, était de fournir aux personnes publiques un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat. De prime abord, il n'était pas impossible de considérer, dans la logique des arrêts précédents, que cette activité économique classique de prestation de service offerte à l'Etat lui-même mais aussi aux collectivités locales, aux établissements publics, des activités de conseils juridiques qui auraient pu être réalisés par des avocats. L'assemblée du contentieux a jugé qu' : « en chargeant la Mission d'appui d'apporter aux personnes publiques qui le lui demandent un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat, l'article 2 du décret attaqué s'est borné à mettre en œuvre la mission d'intérêt général qui relève de l'Etat de veiller au respect par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public du principe d'égalité ». Cette première phrase de ce considérant de principe de l'arrêt aurait pu également s'appliquer à la circulaire du ministre de l'Intérieur concernant les bandits manchots. L'arrêt en déduit ensuite qu' « ainsi , aucune des attributions confiées à la Mission d'appui n'emporte l'intervention sur un marché, et que par suite les dispositions de l'article 2 du décret attaqué n'ont eu ni pour objet ni pour effet de méconnaître le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence ; qu'elles ne sont pas davantage contraires au principe d'égal accès à la commande publique. » Je suis, personnellement d'accord avec cet arrêt, mais quand il est dit qu' : « aucune des attributions confiées à la Mission d'appui n'emporte l'intervention sur un marché » on revient à la phrase largement condamnée de l'arrêt du Tribunal des Conflits *Ville de Pamiers*, c'est-à-dire une affirmation de principe que cette activité n'emporte pas d'intervention sur un marché — qui était le raisonnement suivi en 1993 pour écarter, comme inopérant les moyens tirés de l'ordonnance de 1986 — avec aussi peu d'arguments dans les faits de l'espèce que ceux de 1993. En d'autres termes, quand la Mission d'appui fait du conseil juridique je ne doute pas que la Cour de Justice des Communautés européennes jugerait que cette activité de prestation de service est soumise au droit de la concurrence. Le fondement en droit de cet arrêt repose plus sur un sentiment, qu'il faut fonder en droit — ce n'est pas un hasard, si cette décision est une décision d'assemblée, c'est-à-dire de la plus haute formation du Conseil d'Etat dont le rôle ne se limite pas aux questions juridiques mais de poser les questions de principe . Le fondement radical de cette décision c'est que l'on ne peut pas interdire au nom des règles de la concurrence à l'Etat d'expliquer ses textes et de faire en sorte que ses textes soient bien appliqués. Je fus pendant un temps sous-directeur des affaires juridiques dans cette maison : j'ai signé des dizaines de notes pour des établissements publics ou pour des collectivités locales qui nous interrogeaient sur des questions d'application du Code des marchés publics ou des questions d'interprétation de circulaires de la comptabilité publique. Le rôle de l'Etat est de faire les textes, mais aussi de faire en sorte que ses textes soient bien appliqués. Ce rôle revient également aux préfets dans le cadre du contrôle de la légalité. Le droit de la concurrence ne peut s'opposer à ce principe fondamental. L'autre aspect est matériel : la

mission d'appui est une petite structure d'une dizaine de personnes qui ne peut concurrencer à elle seule le vaste marché des avocats.

2. Les normes au service du contrôle du juge administratif

L'ordonnance de 1986

Cette règle d'ordre public est assortie de sanctions, comme le Code pénal ; l'administration ne peut pas placer une entreprise ou tout autre personne dans la situation de violer ces règles comme elle ne peut placer un fonctionnaire dans la situation de violer le Code pénal. Tant que l'on reste sur le terrain des ententes et des abus de position dominante, ces règles sont simples.

A partir de 2003, avec la décision *Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau*, le Conseil d'Etat a commencé à contrôler l'activité des personnes publiques, non seulement au regard des règles des ententes et des abus de position dominante mais dit le considérant : « Il appartient au ministre de veiller à ce que l'extension d'une convention collective n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou la libre concurrence par d'autres entreprises. » Ce concept manque de précision, comme celui inscrit dans l'arrêt *Commune d'Houlgatte*. Le Conseil d'Etat est le juge suprême et décide des normes qu'il veut appliquer. Le Conseil d'Etat dégage les principes généraux du droit qu'il impose à l'activité administrative.

Le maniement des normes du droit de la concurrence est concrètement complexe

Quand le juge manie les règles de l'ordonnance de 1986, le principe est simple mais les applications concrètes plus complexes. La notion d'abus de position dominante automatique résultant d'un acte administratif n'est pas évidente. Les commissaires qui ont conclu sur ces affaires ont tous dit : « Il ne vous appartient pas de regarder le comportement de l'entreprise, il vous appartient de regarder si l'acte administratif lui-même va placer l'entreprise en situation automatique, quoi qu'elle fasse, et indépendamment de son comportement d'abuser de sa position dominante. » S'il est facile de dire qu'un acte administratif peut placer une entreprise dans une situation de position dominante, dire que cet abus sera automatique est moins simple. Ce moyen est souvent invoqué mais très rarement retenu. Ce n'est pas un contrôle formel, c'est un contrôle de l'extrême. Un contrôle qui permet a priori de s'assurer qu'un acte administratif ne transgresse pas les bornes. Nous retenons aussi des ententes, mais ces cas sont relativement rares.

S'agissant du principe de libre concurrence, son énoncé est suffisamment flou pour qu'il puisse être violé plus fréquemment. Nous constatons, plus souvent des cas de violation de ce principe que des cas d'abus de position dominante automatique. Dans les grands arrêts de section sur les réseaux d'eau, et la police des jeux, l'acte administratif a été censuré sur ce terrain de libre concurrence. Plus la norme est précise et ponctuelle, plus il est difficile de censurer, plus la norme est vague et générale, plus la censure est aisée. Dans ces deux cas les commissaires du Gouvernement ont été très prudents sur la balance des intérêts à établir, mais ils ont conclu à l'annulation dans ces deux cas et ont été suivis.

Ces règles ne sont pas des absolus

Les règles de l'ordonnance de 1986 ont un caractère absolu : à partir du moment où le juge administratif serait amené à constater que l'acte administratif attaqué place l'entreprise dans une situation d'abuser de sa position dominante, il pourrait éventuellement trouver les raisons d'intérêt général qui justifient cet abus de position dominante, mais avec quelques difficultés. En droit communautaire il pourrait s'appuyer sur l'article 86-2 ; en droit interne cette position n'est sans doute pas impossible, mais très difficile et n'a pas été employée dans les deux cas cités précédemment.

Pour l'autre corps de règles, le Conseil d'Etat a toujours pris soin d'affirmer que ce corps de règles s'impose à l'administration uniquement comme un corps de règles parmi d'autres. Le respect du principe de libre concurrence ou du libre accès à la commande publique est impératif au même titre que la mission de police impartie à l'administration ou encore de la protection des salariés dans le cadre d'une convention collective, en présence de ces différents principes, l'administration d'une part, sous le contrôle du juge d'autre part, doit effectuer une balance des intérêts. Ce second corps de règle ne constitue donc pas un absolu inviolable, mais il s'impose en même temps que d'autres qu'il faut concilier. A titre personnel, je ne peux que regretter que la plupart des cas où le Conseil d'Etat se trouve en mesure de concilier, la règle de concurrence soit prévalente. Il me semble que seraient bienvenus des arrêts solennels où les autres intérêts de l'Etat comme l'ordre public ou la protection des salariés ou l'organisation du service public prévalent sur les impératifs de concurrence qui ne doivent pas être conçus comme une valeur absolue.

LE POINT DE VUE DES CHAMBRES REGIONALES DES COMPTES

Gérard Terrien
Conseiller référendaire à la Cour des comptes, en détachement

Aux termes de l'article L 410-1 du Code de commerce, les règles de concurrence « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». Ces dispositions sont issues de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée par la loi du 8 février 1995. Le droit de la concurrence est donc applicable aux personnes publiques sous certaines conditions fixées par la jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat.

A ces règles fixées dans le code de commerce concernant les activités de production, de distribution et de services, il faut aussi ajouter les principes de répartition des compétences en matière d'interventions économiques, fixés dans le code général des collectivités territoriales et récemment modifiés par la loi « libertés et responsabilités locales » du 13 août 2004 et la trentaine de textes réglementaires adoptés par la Commission européenne qui précisent les conditions de mise en œuvre des aides publiques aux entreprises, dans le respect des règles de concurrence découlant du Traité de Rome..

Que l'on se place en droit communautaire ou en droit interne, toutes les règles de la concurrence sont donc applicables aux collectivités territoriales.

La variété des mémoires, ouvrages et rapports sur ce thème du droit de la concurrence et des collectivités territoriales atteste de l'actualité de ce sujet.

Cette multiplication d'ouvrages et de publication montre également que la recommandation formulée par le Conseil d'Etat dans ses Considérations générales de 2002 sur le thème «collectivités publiques et concurrence», selon laquelle « les administrations publiques – services de l'Etat, 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 », est en passe d'entrer dans le quotidien des collectivités territoriales.

Il est vrai que les domaines abondent (électricité, réseaux câblés, par exemple) dans lesquels les collectivités territoriales sont confrontées à un environnement économique, national et européen de plus en plus concurrentiel et où elles deviennent elles-mêmes des opérateurs économiques majeurs.

Dans leurs travaux, les chambres régionales des comptes, auxquelles l'article L.211-8 du

code des juridictions financières donnent mission d'examiner la gestion des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et d'un ensemble d'établissements, de sociétés, de groupements et d'organismes du secteur public local, ont relevé, elles aussi, la dimension prise par le droit de la concurrence.

Les juridictions financières ont en effet matière à examiner le respect par les collectivités territoriales et leurs partenaires du droit de la concurrence lorsqu'elles assurent le contrôle de la régularité des actes de gestion, de l'économie des moyens mis en œuvre et de l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par les assemblées ou organes délibérants.

Que cela soit dans leurs rapports d'observations (provisaires puis définitifs), dans les extraits qu'elles communiquent aux partenaires, aux fournisseurs et aux clients mis en cause dans leur contrôle (article L. 241-14 du code des juridictions financières), ou encore dans les communications faites au Conseil de la concurrence, aux juridictions répressives (article R.241-25 du code des juridictions financières), voire dans les interventions qu'elles préparent pour les ministères par le biais du Parquet général près la Cour des comptes (article R.241-24 du CJF), les juridictions financières régionales prennent la mesure des difficultés des collectivités territoriales à suivre, parfois, les règles du droit de la concurrence, aussi bien lorsqu'elles agissent comme opérateurs économiques sur un marché(1), lorsqu'elles attribuent des aides économiques (2), lorsqu'elles acquièrent des biens et des services (3), ou enfin lorsqu'elles gèrent leur domaine public (4).

1. Les difficultés de l'exercice d'activités économiques au regard du droit de la concurrence

Comme le mentionnait en juillet dernier, le rapport de l'Observatoire des Finances Locales sur « les finances des collectivités locales en 2006 » (consultable sur le site http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/comites_organismes/cfl/OFL/OFL2006/accueil_cl_2006.htm), les régions et les départements se voient confier de plus en plus de missions qui tiennent une place croissante dans la vie quotidienne des citoyens. Dans le secteur communal, si le transfert de nouvelles compétences est plus limité, l'intercommunalité prend le relais dans de nombreux domaines (ordures ménagères, équipements...).

Il en résulte que les collectivités territoriales et leurs satellites exercent de plus en plus des activités de production, de distribution et de services.

Lorsqu'elles examinent leur gestion, les chambres régionales des comptes s'assurent que l'exercice de ces activités économiques ne donne pas lieu à des pratiques anticoncurrentielles prohibées et que les collectivités et établissements territoriaux prennent bien la mesure des exigences du droit de la concurrence et de la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant le principe d'égalité de concurrence.

1.1. La surveillance des pratiques anticoncurrentielles

Dans les activités économiques où les logiques concurrentielles évoluent, les pratiques sont parfois inadaptées. Ainsi les chambres ont pu relever que certaines régies municipales d'électricité n'avaient pas complètement pris la mesure des adaptations nécessaires.

L'ouverture à la concurrence du marché de la fourniture d'électricité intervient progressivement, depuis l'entrée en vigueur de la directive européenne n°96 :92 du 19 décembre 1996 fixant des règles communes sur le marché de l'électricité, les lois n°2000-

108 du 10 février 2000 et n° 2003-8 du 3 janvier 2003 de transposition et la libéralisation complète au 1^{er} juillet 2007, prévue par la directive n°03/54/CE du 23 juin 2003 (Voir sur ce sujet l'avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998 du Conseil de la concurrence 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 ; consultable sur

www.conseil-concurrence.fr/user/avis..php?avis=98a05 et aussi l'avis n° 05-A-19 du 20 octobre 2005 relatif aux principes à respecter pour l'établissement par EDF d'une comptabilité séparée pour les clientèles éligibles et non éligibles, consultable et téléchargeable sur www.conseil-concurrence.fr/pdf/avis/05a19.pdf).

Dans ce contexte d'ouverture progressive à la concurrence des marchés de l'électricité et même si souvent les organismes contrôlés restaient en situation de monopole pour la distribution et la vente, certaines pratiques commerciales contestables ont pu être relevées : discriminations tarifaires (régie électrique d'Aussois, Chambre régionale des comptes de Rhône Alpes, commune d'Aussois -Savoie, rapport d'observations, 5 novembre 2002, consultable sur le site <http://www.ccomptes.fr/spi-cgi-bin/nph-editDoc.exe?winSize=1&idCtx=a04572185203&idDoc=43&noClass=0>); pratiques de ventes liées, de durée excessive des contrats et d'exclusivité imposée (Usine d'électricité de Metz, Chambre régionale des comptes de Lorraine, 16 septembre 2005, consultable sur le site <http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/lorraine/lorraine.htm>).

Les pratiques sont également parfois peu conformes aux règles du droit de la concurrence, dans le domaine des transports. Dans une lettre du 7 juin 2000 au conseil de la société SNCF relative à une concentration dans le secteur du transport routier de voyageurs (BOCCRF, n°13 du 5 décembre 2000, NOR ECOC0000381Y), le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie s'interrogeait sur « la nécessité de distinguer deux marchés pertinents au sein des services réguliers [de transports interurbains de voyageurs] : les transports scolaires et les lignes régulières ». Il relevait que « ces deux activités présentent des caractéristiques communes : le Conseil général est dans les deux cas l'organisateur de ces transports, certains transports scolaires sont assurés par des lignes régulières et le public peut, dans certains cas, avoir accès aux lignes scolaires, les véhicules et les chauffeurs effectuent dans la même journée les deux types de transports » mais il soulignait qu'il ne doit pas être portée atteinte à la concurrence sur ce marché des transports.

Les chambres régionales des comptes ont pu contester des pratiques réservant l'exploitation sans convention des lignes régulières de transports interurbains et routiers non urbains de voyageurs (département de l'Ain, Chambre régionale des comptes de Rhône Alpes, lettre d'observations définitives du 26 mai 1999). La Cour des comptes, dans le rapport public particulier d'avril 2005 sur les transports publics urbains (consultable sur le site <http://www.ccomptes.fr/>) avait également souligné, comme le Conseil de la concurrence (avis 00-A-14 du 14 juin 2000, consultable sur le site www2.equipement.gouv.fr/bulletinofficiel/fiches/Bo200021/A0210048.htm) la faiblesse de la concurrence dans ce secteur.

Par le biais de leurs satellites ou de leurs établissements publics de coopération, les collectivités territoriales s'écartent aussi parfois des règles de la concurrence.

Ont pu être ainsi relevées des pratiques d'abus de position dominante relevant de l'article L.420-1 du code de commerce visant, en le réservant à une société d'économie mixte, à limiter l'accès d'autres entreprises à un marché précis, par exemple celui des bégonias de Rochefort (commune de Rochefort, Charente-Maritime, chambre régionale des comptes de

Poitou-Charentes, rapport d'observations définitives du 15 novembre 2002, consultable sur le site www.ccomptes.fr/crc/votre-region/poitou-charentes/poitou_charentes.htm).

Il peut s'agir également de mécanismes de référencement inégal de fournisseurs couplés avec des incitations financières spécifiques instaurant des conditions de vente discriminatoires (Syndicat mixte pour l'information communale dans le département des Vosges, Chambre régionale des comptes de Lorraine, rapport d'observations définitives du 25 août 2005, consultable sur le site <http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/lorraine/lorraine.htm>).

Les collectivités territoriales doivent également respecter le principe d'égalité concurrence.

12. Le principe d'égalité concurrence

Pour les collectivités territoriales, lorsqu'elles interviennent dans des activités de production, de distribution et de services, l'important est désormais que puisse être garantie une égale concurrence entre opérateurs privés et opérateurs publics. En effet, à la règle de «non-concurrence des activités privées par des initiatives publiques», longtemps destinée à limiter l'accès des opérateurs publics au marché, a succédé « un principe d'égalité concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé » (voir les conclusions de C.Bergeal, CE, 16 octobre 2000, Cie Méditerranéenne d'exploitation des services d'eau ; Revue française de droit administratif, jan.-févr.2000, pp.106-112).

Il en résulte que lorsqu'une personne publique gère une activité économique ou souhaite se porter candidate à un marché public ou à une délégation de service public, elle doit respecter le principe d'égalité concurrence.

Si le droit de la concurrence ne fait pas de distinction entre les prestataires selon que leur statut est public ou privé et si en droit communautaire, comme en droit national, l'application des règles de concurrence est fonction de la nature de l'activité exercée et non du statut juridique des prestataires, il est désormais assurée que l'activité d'une personne publique, même qualifiée de service public, ne doit pas créer de distorsion entre les différents acteurs d'un même « marché ».

Dans ce cadre, les éventuels avantages fiscaux de certains services publics, ou les aides financières apportées par l'Etat, peuvent prêter à discussion si l'activité en cause est exercée par d'autres personnes notamment privées et relève donc du champ concurrentiel (CE, avis du 8 novembre 2000, société Jean Louis Bernard Consultants). Une collectivité publique peut librement se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou une convention de délégation de service public dès lors qu'elle n'utilise pas ses avantages structurels, liés à ses missions de service public.

Les conditions à respecter pour assurer le jeu normal de la concurrence sont essentiellement le respect de la transparence et l'interdiction des subventions croisées entre les activités exercées dans le cadre des missions de service public et celles exercées dans le champ de la concurrence. Ces conditions imposent la tenue d'une comptabilité analytique permettant d'individualiser les coûts des différentes activités et de vérifier que l'activité exercée dans le champ concurrentiel intègre tous les coûts directs et indirects qui lui sont afférents.

Les chambres régionales des comptes ont parfois l'occasion de rappeler ces exigences, détaillées dans un avis du Conseil de la concurrence n° 05-A-06 du 31 mars 2005 relatif à une demande d'avis de la Compagnie nationale des ingénieurs et experts forestiers bois – CNIEFEB, consultable sur le site

www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/05_09/a0090029.htm).

Dans cet avis, le Conseil a rappelé qu'un service public administratif n'avait pas vocation à effectuer une prestation à caractère marchand alors qu'il n'y a pas de carence de l'initiative privée, sauf lien étroit et nécessaire avec son activité de service public d'intérêt général, que la séparation doit être totale entre les activités de gestion et de contrôle des aides publiques et les activités marchandes et que les prix proposés par les services publics doivent couvrir l'ensemble des coûts réels, selon une comptabilité excluant l'utilisation des dotations publiques.

Sur un dossier largement examiné depuis par le Conseil de la concurrence (décision 04-D-79 du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée - RDPEV), la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 28 juin 2005) et le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 30 juin 2004, n° 250124, Département de la Vendée, Revue Lamy de la concurrence, n°1, décembre 2004- janvier 2005), à savoir celui de la Régie des passages d'eau de la Vendée, la Chambre régionale des comptes des Pays de Loire, (Régie des passages d'eau de la Vendée, lettre d'observations définitives du 22 septembre 1998, consultable et téléchargeable sur le site http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/pays-de-la-loire/pays_de_la_loire..htm) avait estimé que les allègements de charges supportés par le département et dont bénéficiaient la Régie, aboutissaient à des subventions croisées entre activités de service public et activités concurrentielles et qu'ils étaient susceptible de porter atteinte à la liberté de la concurrence.

Sur le même sujet, le Conseil a considéré « qu'il n'était pas établi que la Régie avait abusé de sa position dominante et tenté d'évincer ses concurrents », mais il a précisé que « son analyse reposait uniquement sur une stricte appréciation de conformité au droit de la concurrence et qu'elle ne préjugait, ni des conditions d'efficacité économique dans lesquelles la mission de service public était exercée par la Régie (notamment le choix de la taille des navires), ni du montant de la subvention attribuée par le département en compensation de ses charges de service public, appréciation qui ne relevait pas de sa compétence ».

Dans un arrêt du 28 juin 2005, la Cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Conseil (http://www.minefi.gouv.fr/DGCCRF/boccrf/05_09/a0090053.htm).

Pour sa part, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur l'équilibre délicat à trouver entre les contraintes imposées par le département de la Vendée pour la gestion de ses installations portuaires avec les règles de concurrence et le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le juge a admis que le département encadre l'accès à ces installations pour le transporteur privé dans des conditions compatibles avec les obligations de desserte de son service public de transport maritime et les exigences de sécurité. Cet équilibre était justifié dans les faits et seules certaines dispositions contestées du règlement d'utilisation des installations du port ont été annulées.

En 2005, la Chambre régionale des comptes des Pays de Loire (Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, rapport d'observations définitives du 13 mai 2005, consultable et téléchargeable sur le site http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/pays-de-la-loire/pays_de_la_loire.htm) a souligné que le taux de remplissage des navires restait faible et que la Régie ne disposait toujours pas d'une comptabilité analytique très développée. S'agissant des subventions départementales, la Chambre, si elle a estimé leur versement légitime dans son principe, a appelé l'attention de la Régie sur les conditions fixées en droit communautaire par la jurisprudence Altmark (CJCE, 24 juillet 2003, Altmark Trans, C-280/00) et elle lui a recommandé d'évaluer avec précision les charges de service public

Le même type de difficultés a pu être relevé lors du contrôle de laboratoires départementaux

d'analyse, présents dans la quasi-totalité des départements français et très actifs dans le contrôle officiel de la santé animale et de la qualité de l'alimentation. Ces laboratoires ont fait l'objet ces dernières années d'importants investissements tant en locaux qu'en matériel et sont partout au service du public. Toutefois, les évolutions réglementaires françaises et européennes soumettent de plus en plus la quasi-totalité des activités de l'ensemble de ces laboratoires à la concurrence, conduisant à une concentration croissante. Ainsi, l'essentiel des tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine sont concentrés dans les mains de quelques laboratoires et le contrôle sanitaire de l'eau fait l'objet de mise en concurrence au travers de procédure de marchés publics. Pour répondre à ces évolutions, la mise en place d'une comptabilité analytique est toujours nécessaire, de façon à maîtriser la participation financière des départements, réservée aux missions de service public et aux actions de soutien à des filières ou activités spécifiques.

Si certaines chambres régionales des comptes ont relevé la faible connaissance des coûts de production, comme la chambre régionale des comptes de Franche Comté (département du Jura, laboratoire départemental d'analyses, rapport d'observations définitives du 9 décembre 2003, consultable et téléchargeable sur le site <http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/franche/franche.htm>) ou la chambre régionale des comptes du Centre (département de Loir et Cher, laboratoire départemental d'analyses, rapport d'observations définitives du 10 avril 2006, consultable et téléchargeable sur le site <http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/centre/centre.htm>), la chambre régionale des comptes de Bourgogne a souligné, elle, « l'avance et l'excellence du laboratoire départemental dans cette démarche de recherche précise et fiable des coûts de revient par secteur d'activité ou par prestation d'analyse » (département de la Côte d'Or, laboratoire vétérinaire départemental, rapport d'observations définitives, 25 novembre 2005, consultable et téléchargeable sur le site <http://www.ccomptes.fr/crc/votre-region/bourgogne/bourgogne.htm>).

2. Les difficultés d'intervention en matière d'aides économiques

Le droit des interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements a fait l'objet ces dernières années de nombreuses réformes, en cohérence de plus en plus étroite avec le droit communautaire. La dernière évolution intervenue dans le cadre de l'article 1er de la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales a récemment fait l'objet d'une circulaire du 3 juillet 2006 (consultable et téléchargeable sur le site http://www.colloc.minefi.gouv.fr/colo_struct_gest_loca/anim_econ/inte_econ.htmlhttp://www.colloc.minefi.gouv.fr/colo_struct_gest_loca/anim_econ/inte_econ.html).

Cette circulaire souligne la responsabilité des collectivités dans l'application des règles communautaires et notamment dans le respect des règlements d'exemption.

Les règles communautaires en matière d'aides d'Etat font partie intégrante de la politique de la concurrence de l'Union européenne, dont les fondements se trouvent dans les textes d'origine de la Communauté européenne. L'article 87 du Traité de Rome prévoit ainsi 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 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 ». Sont considérées comme aide d'Etat, toute mesure interne procurant un avantage à une entreprise ou à une ou plusieurs catégories d'entreprises (caractère sélectif de l'aide), accordé directement ou indirectement au moyen de ressources publiques et imputable à une autorité publique. La France doit donc notifier et faire approuver par la Commission européenne les projets d'aides ou de régimes d'aides lorsque ces derniers ne relèvent pas d'un régime d'aide déjà autorisé, ni des aides à finalité régionale, ni de l'un des quatre règlements d'exemption approuvés en application du règlement n°994/98 du Conseil du 7 mai 1998 (règlement n°69/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides « de minimis », règlement n°70/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat en faveur des petites et moyennes entreprises, règlement n°68/2001 du 12 janvier 2001 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides à la formation et règlement n°2204/2002 du 12 décembre 2002 concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat à l'emploi).

A l'occasion des examens de gestion qu'elles conduisent, les chambres régionales des comptes mettent en lumière que ce cadre juridique, évidemment complexe, mais aussi largement et fréquemment présenté, est parfois mal appliqué, faisant ainsi courir des risques de reversement significatifs..

21. Des règles essentielles ignorées ou inappliquées

L'application de la règle de minimis et des principes régissant les compensations de service public est parfois insuffisante.

Le règlement (CE) n° 69/2001 précise que les aides d'État d'un montant inférieur à 100 000 euros sur une période de trois ans sont compatibles avec le marché commun car elles apparaissent dénuées d'effet substantiel sur la concurrence et le commerce entre États membres.

Mais l'appréciation de ce seuil de 100 000€ n'a pas toujours été bien faite ni suivie avec

attention : Chambre régionale des comptes de Midi Pyrénées (Région Midi-Pyrénées, lettre d'observations, 28 novembre 2000, consultable sur le site de la chambre) ; Chambre régionale des comptes de Champagne-Ardenne (Région Champagne-Ardenne, Rapport d'observations au président, 29 mars 2002, consultable sur le site de la chambre). Elle est parfois même détournée de son vrai objectif : Chambre régionale des comptes d'Auvergne (département du Puy-de-Dôme, rapport d'observations, 14 décembre 2005, consultable sur le site de la chambre).

Il est vrai que les adaptations en cours devraient simplifier les contraintes pour les collectivités territoriales. En effet, la Commission européenne a récemment ouvert une consultation afin de créer de nouvelles exemptions de notification des aides d'État. Ce projet de texte viserait, conformément à l'article 89 CE, à exempter certaines catégories d'aides d'État de l'obligation de notification préalable. Sont concernées les aides «de minimis», les aides en faveur des petites et moyennes entreprises, de la recherche et du développement, de la protection de l'environnement, de l'emploi et de la formation, et les aides à finalité régionale. La Commission a en outre proposé de remonter de 100.000 à 200.000 euros le plafond des aides «de minimis », les subventions d'un montant inférieur ou égal à 200.000 euros ne constituant plus alors des aides d'État.

Les dispositions régissant les compensations de service public, déjà mentionnées, sont également mal maîtrisées. Pour la Cour de justice des communautés européennes, si elle n'excède pas la stricte compensation des charges induites par le service public considéré, une compensation versée à une entreprise ne constitue pas une aide d'Etat (CJCE, 7 févr. 1985, Association des brûleurs d'huiles usagées, aff. C-240/83). L'enjeu de cette distinction est important car l'intervention systématique de la Commission est obligatoire s'il s'agit d'une aide d'Etat, même susceptible d'être autorisée par application de l'article 86 § 2 CE, alors que la compensation d'un service public, qui n'est pas qualifiée d'aide, échappe à ce contrôle. Dans l'arrêt Altmark précité, la Cour de justice a défini les conditions selon lesquelles le versement d'un prix représentant la contrepartie de prestations effectuées par l'entreprise bénéficiaire pour exécuter des obligations de service public ne constitue pas une aide.

Les règles en la matière devraient bientôt évoluer car la Commission Européenne a publié en juillet 2005 une proposition de règlement visant à établir un nouveau cadre législatif régissant la compensation des obligations de service public.

Une part importante des compensations de service public versées par les collectivités territoriales devrait donc voir leur régime simplifié (voir sur ce sujet, Chambre régionale des comptes d'Ile de France, Commune de Bois-Colombes, Hauts-de-Seine, Rapport d'observations, 2 août 2005, consultable sur le site de la chambre, mais aussi sur le site de la commune <http://www.bois-colombes.com/actu/CRCok.htm>).

22. Des risques financiers importants

Depuis la loi du 13 août 2004 précitée, l'article L. 1511-1-1 du Code général des collectivités territoriales précise les obligations générales pesant respectivement sur l'État et les collectivités territoriales au regard des aides économiques illégales. Il définit la procédure de notification des projets d'aide ainsi que le mécanisme de récupération d'aides irrégulièrement versées.

Toute collectivité territoriale, tout groupement de collectivités territoriales ayant accordé une aide irrégulière à une entreprise est tenu de procéder sans délai à sa récupération si une

décision de la Commission européenne ou un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes l'enjoint à titre provisoire ou définitif. À défaut, après une mise en demeure restée sans effet dans le délai d'un mois à compter de sa notification, le représentant de l'État territorialement compétent y procède d'office par tout moyen.

Les collectivités territoriales et leurs groupements supportent les conséquences financières des condamnations qui pourraient résulter pour l'État de l'exécution tardive ou incomplète des décisions de récupération. Cette charge est une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15 du code général des collectivités territoriales.

Illustration de ces risques financiers, la Chambre régionale des comptes du Centre (Ville d'Orléans, rapport d'observations définitives du 14 janvier 2005, consultable sur le site de la chambre), revenant sur le dossier Scott Paper, a souligné que si « la ville d'Orléans avait bien émis les titres nécessaires au recouvrement des créances visées par la décision européenne, seul le titre émis (..) pour un montant de 165 887 € (1 088 150 F) ayant été honoré, la ville a décidé, en 2001, de constituer une provision pour dépréciation des actifs

circulants (...) pour la valeur des autres titres émis, soit une provision d'un montant de 8 502 952 € (55 775 712 F) ».

En 2003, le Tribunal de première instance (TPICE, 10 avril 2003, aff. T-336/00) avait confirmé la décision de la Commission européenne de juillet 2000 ordonnant à la France de prendre toutes les mesures nécessaires pour récupérer auprès de son bénéficiaire Scott Paper Company l'aide qui lui avait été accordée en août 1987. Dans son arrêt le TPI avait relevé que le délai de prescription de dix ans (de l'action en remboursement de la Commission) avait été interrompu par l'envoi d'une demande formelle d'informations en janvier 1987.

Par un arrêt rendu le 6 octobre 2005, la Cour de justice des communautés européenne a également rejeté le pourvoi de la société Scott Paper contre l'arrêt du Tribunal de première instance (CJCE, 6 octobre 2005, Scott SA c/ Commission des communautés européennes, aff. n° C-276/03 P).

3. Le respect du droit de la concurrence en matière de commande publique

En matière de contrôle de la commande publique, les chambres régionales des comptes veillent également au respect du droit de la concurrence et elles visent à user de leur pouvoir de recommandation à l'égard des collectivités territoriales plus que de leur proposition de sanction.

31. Le contrôle des marchés et contrats publics avec le prisme du droit de la concurrence

La libre concurrence et le droit des pratiques anticoncurrentielles concernent à l'évidence le droit des marchés et des contrats publics.

En effet, l'article L.420-1 du Code de commerce prohibe « les comportements qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment lorsqu'ils limitent l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence ou lorsqu'ils font obstacle à la fixation des prix en favorisant leur hausse ou leur baisse ».

Il est vrai que cette notion d'entente anticoncurrentielle se trouve fréquemment évoquée en matière d'achat public (voir « Comment éviter la qualification d'entente anticoncurrentielle? » Sophie Nicinski, CP-ACCP, n° 29, janvier 2004, p.51 et s.).

Il est certain que la définition du marché doit être opérée pour chaque affaire, avec la détermination « d'un marché économique suffisamment identifiable » (Cour de cassation, 10 mars 1992, « France Loisirs et autres », BOCCRF, 21 mars 1992, p. 103). A ce titre donc, des pratiques d'entente peuvent être relevées touchant les marchés publics et cela quelle qu'en soit la dimension territoriale.

Le marché pertinent peut ainsi être national, régional, départemental, ou même communal (Conseil de la concurrence, 18 décembre 1990, « secteur de la boulangerie à Berre l'Etang », BOCCRF, 12 février 1991, p. 49 ; Conseil de la concurrence, 4 juin 1997 relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'exploitation des taxis à Agen, BOCCRF, 30 août 1997, pp. 607 et s.). De fait, « chaque marché passé selon la procédure de l'appel d'offres, constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et de l'offre faite par les candidats qui répondent à l'appel», comme l'a précisé la Cour d'appel de Paris (6 mai 1997).

La protection de la commande publique est donc assurée par plusieurs mécanismes juridiques de façon à permettre soit de mettre en cause les acteurs économiques à l'origine d'une entente horizontale, soit les décideurs publics eux-mêmes dans une démarche d'entente verticale destinée à favoriser une entreprise précise. Si la deuxième forme relève du droit pénal et du délit d'octroi d'avantage injustifié, le droit de la concurrence, qu'il soit communautaire ou national, vise à sanctionner la première forme d'entente. En droit français, l'article L.420-1 du Code de commerce permet d'incriminer les ententes tendant en particulier à la répartition de marchés, pratique la plus usitée en matière de commande publique. Les pratiques concertées visées sont de fait relativement classiques, qu'il s'agisse de la répartition de marchés, de l'entente sur les prix, des échanges d'informations, des offres de « couverture » ou encore des offres « carte de visite » (Voir pour une illustration de toutes ces modalités, la décision n° 06-D-07 bis* du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France).

Les chambres régionales mettent parfois en lumière des indices d'entente : Chambre régionale des comptes de Corse (Commune de Bastia Haute-Corse, lettre d'observations du 27 juillet 2001)

32. Le choix de la recommandation et du conseil

Dans un avis n° 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public (que l'on peut étendre aux marchés publics), le Conseil de la concurrence a indiqué, à propos des conditions propres à assurer l'indépendance des offres lors d'une mise en concurrence, qu' « il convient d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si les principes précédemment évoqués ont été respectés : préservation de l'indépendance de chaque opérateur, particulièrement dans ses propositions de prix, maintien de l'incertitude quant aux stratégies des candidats concurrents, et libre accès au marché ».

A propos des liens commerciaux entre sociétés candidates à un même appel d'offres, le Conseil « considère que la collectivité publique devrait être informée par l'entreprise candidate, lors du dépôt de son offre, des situations de sous-traitance (décision n° 93-D-47 "sociétés Avenir paysage, Bronzo et autres" de 1993) ou de recours à une subdélégation (avis n° 99-A-16 "gestion déléguée des transports de voyageurs du département du Nord" de 1999) ».

S'agissant des liens en capital entre sociétés candidates à un même appel d'offres, le Conseil estime que « l'offre de la filiale doit être personnelle et indépendante de celle de sa société mère, en faisant appel à des moyens propres (dirigeants, capacité commerciale et de production) pour élaborer, décider et exécuter sa proposition au cas où sa candidature serait retenue » et que « la société mère et sa (ou ses) filiale(s) doivent s'interdire de toute pratique de concertation ou d'échanges d'informations sur les conditions du marché et leurs offres respectives ». Il ajoute « qu' il est important, en cas de participation séparée à même appel d'offres de plusieurs entreprises appartenant à un groupe, que les liens capitalistiques entre ces sociétés soient portés à la connaissance du maître d'ouvrage lors du dépôt des offres. Cette information est, en effet, d'une grande importance pour que la collectivité puisse, par des démarches appropriées, apprécier l'indépendance réelle des offres remises et exercer un choix éclairé ».

S'agissant des contrôles exercés sur la réalité du caractère autonome des offres présentées et le respect du droit de la concurrence, le Conseil précise que « le déroulement de la procédure

de délégation de service public doit respecter les règles du droit de la concurrence » et que « la collectivité est responsable devant le juge administratif de ses propres manquements à ces règles (conditions d'accès à la mise en concurrence, clauses du contrat de délégation) mais pas des pratiques anticoncurrentielles imputables aux candidats à la délégation, à l'entreprise sortante, ou à l'entreprise retenue ».

En ce qui concerne le rôle de la collectivité publique, le Conseil rappelle que « le choix du délégataire par la collectivité doit concilier le respect des conditions propres à assurer un libre jeu de la concurrence et des règles de procédure prévues aux articles L. 1411-1 à 7 du code des collectivités territoriales destinées à permettre un accès égal et large pour les entreprises intéressées par la délégation ». Il précise que « la liste des candidats admis à concourir est déterminée par la commission des délégations de service public de la collectivité à partir des réponses reçues à l'appel d'offres, mais seulement en fonction des critères prévus par la loi. Un arrêt du Conseil d'État "SMITOM Centre Ouest Seine-et-Marnais" du 30 juin 1999 le rappelle : "Il n'appartient pas à l'autorité délégante de retenir un nombre de candidats admis à présenter leur offre inférieur à celui des candidats satisfaisant aux critères mentionnés à l'article L. 1411-1 du code des collectivités territoriales". L'article L. 1411-1 a fixé deux critères d'ordre administratif et technique : les garanties professionnelles et financières fournies par l'entreprise candidate et sa capacité à assurer la continuité du service public. Cette base légale peu discriminante ne permet pas d'envisager, au stade de l'établissement par la commission de la liste des entreprises admises à présenter une offre, qu'elle puisse écarter la (ou les) entreprise(s) dont la régularité de la candidature au regard des règles de concurrence serait mise en doute ».

Il indique également que « la capacité d'action de la collectivité se borne, dès lors, à prévoir, dans l'appel à candidatures initial, l'obligation pour les entreprises de fournir un extrait de registre du commerce et des sociétés (K-BIS), ainsi qu'éventuellement la liste de leurs sous-traitants et subdélégués ou la composition de leurs groupements ». Il précise que « ce contexte explique que la jurisprudence considère qu'un éventuel défaut de vigilance de l'acheteur public ne peut pas légitimer des pratiques anticoncurrentielles commises par les entreprises : "Considérant qu'il est sans incidence que les maîtres de l'ouvrage aient connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors qu'ils ignoraient qu'elles constituaient une entreprise unique ou que leurs offres procédaient d'une connivence ; qu'en outre, s'ils l'avaient su et toléré, leur compromission ne serait pas de nature à rendre régulière une pratique manifestement illicite" (arrêt "sociétés SCREG Est et autres", cour d'appel de Paris du 4 juillet 1994).

Il conclut enfin en mentionnant qu'« au-delà des demandes d'information susvisées, la collectivité a toujours la possibilité de saisir les autorités de concurrence, services du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, et Conseil de la concurrence, dans la mesure où des éléments tangibles en sa possession lui laissent supposer des pratiques anticoncurrentielles de la part des entreprises candidates ».

Lors de leur contrôle, les chambres régionales des comptes ne manquent pas de rappeler l'importance de ces dispositions : Chambre régionale des comptes de Lorraine (Communauté de communes Moselle et Madon, Meurthe et Moselle, rapport d'observations définitives du 10 août 2004, consultable sur le site de la chambre).

Dans le domaine des marchés publics, les chambres appellent également l'attention sur les risques liés à la pratique des bordereaux de prix préétablis, des rabais sur bordereau de prix et du recours aux séries de prix : Chambre régionale des comptes d'Auvergne (Syndicat intercommunal d'électricité et de gaz de l'Allier, rapport d'observations du 25 avril 2002, consultable sur le site de la chambre) ; Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France

(ville de Clichy la Garenne, Hauts de Seine, rapport d'observations du 24 mai 2004, consultable sur le site de la chambre), même juridiction (commune de Montrouge, Hauts de Seine, rapport d'observations du 25 février 2003).

4. Le respect des principes du droit de la concurrence dans la gestion du domaine public.

L'importance économique du domaine public doit conduire à ce que les décisions individuelles d'autorisation d'occupation de ce domaine soient prises en veillant à respecter les impératifs de la concurrence ainsi que les règles de bonne gestion financière. Les chambres régionales des comptes ne manquent pas de rappeler ces principes

41. L'application du droit de la concurrence

Sur leur domaine public, les collectivités territoriales peuvent délivrer des autorisations d'occupation temporaire, qui, en application du principe d'inaliénabilité, sont des actes unilatéraux précaires, révocables à tout moment. Ces autorisations procurent normalement des ressources financières à la collectivité, l'occupation privative du domaine public étant soumise à un principe de non gratuité. Mais le profit que peut tirer le bénéficiaire d'une telle autorisation, tout comme la volonté de la collectivité d'optimiser ses ressources financières, soulèvent la question de la soumission de ces autorisations aux règles de mise en concurrence.

En droit interne, ces autorisations d'occupation temporaire du domaine public ne sont toutefois pas soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence. En effet, le code général de la propriété des personnes publiques ne prévoit pas de règles de forme ou de procédure pour leur délivrance sur le domaine public et ce n'est que lorsque l'autorisation domaniale est un élément constitutif d'une procédure de commande publique, qu'elle peut être soumise au respect des règles de publicité et de mise en concurrence, spécifiques par exemple aux marchés publics ou aux délégations de services publics.

Le Conseil d'Etat a toutefois posé le principe de l'application des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale et l'autorité administrative a l'obligation de prendre en compte ce cadre juridique lorsqu'elle édicte des actes de gestion du domaine public dès lors que ces dépendances domaniales « sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services » (CE, 26 Mars 1999, société EDA).

Le considérant de principe de l'arrêt précité dispose en effet, 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 services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er 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».

L'application du code de commerce doit être limitée par les impératifs de bonne gestion et de conservation du domaine public.

Les chambres régionales des comptes ne manquent pas de rappeler ces dispositions : Chambre régionale des comptes de Franche-Comté (Commune de Poligny, rapport d'observations définitives, 6 avril 2006, consultable sur le site de la chambre), à propos de la gestion d'un cinéma confiée par la commune dans le cadre d'une convention d'occupation du domaine public alors que l'exploitation d'un cinéma municipal par une personne privée, dès lors que la rémunération de cette dernière est liée substantiellement à l'activité, doit être qualifiée de délégation de service public.

C'est surtout, depuis 1998 en matière de passation et d'exécution des contrats de mobilier urbain sur l'ensemble du territoire national, que les chambres régionales ont apprécié le respect des règles du droit de la concurrence en matière de gestion du domaine public (voir « Les contrats de mobilier urbain », G.Terrien, Lettre du cadre territorial, mars 2003, Collection : Dossier d'experts). En effet, préalable indispensable des contrats de mobilier urbain, les conventions d'occupation du domaine public sont concernées. Jusqu'à récemment, les chambres ont pu relever l'octroi d'avantages particuliers pour les bénéficiaires des contrats, comme l'absence de redevance d'occupation du domaine public ou encore la prise en charge par les collectivités pour ces installations (notamment les abribus) de la consommation d'électricité liée aux dispositifs lumineux incorporés dans les équipements publicitaires.

42. La nécessité d'une gestion financière normale de ce domaine

Dans une décision n° 2000-D-42 du 20 septembre 2000 relative à une saisine de la société d'activités et de réalisation d'aménagements d'entrepôts et de locaux divers (SERAEL NOR : ECOC0000386S), le Conseil de la concurrence a précisé que la fixation du niveau des redevances afférentes à l'occupation du domaine public faisait partie des actes de gestion du domaine public mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relevait que de la juridiction administrative.

A ce propos, les chambres régionales des comptes rappellent que le domaine public constitue une richesse dont les collectivités publiques peuvent et doivent assurer la meilleure utilisation

En l'absence de texte législatif spécifique, il appartient à l'autorité chargée de la gestion du domaine public de définir, selon les règles de droit commun, les modalités de la redevance d'usage du domaine public.

Les chambres soulignent que le montant de ces redevances doit être fixé par l'assemblée délibérante de la collectivité territorialement compétente, en fonction de la valeur locative du bien occupé et de l'avantage spécifique procuré par la jouissance privative du domaine public (CE, SIPPAREC, 21 mars 2003), mais aussi que le respect de l'exécution des conventions d'occupation temporaire du domaine public doit être effectivement surveillé par les collectivités territoriales : Chambre régionale des comptes de Guadeloupe (commune de la Désirade, rapport d'observations définitives, 4 mars 2004, consultable sur le site de la chambre).

En conclusion, les chambres régionales des comptes relèvent, comme le font le Conseil de la concurrence et la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) le profond changement d'attitude des collectivités territoriales à l'égard de la concurrence. Elles hésitent de moins en moins à saisir le Conseil de la concurrence (voir par exemple, la décision du Conseil de la concurrence n° 06-MC-02

du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de Bouc Bel Air, consultable et téléchargeable sur le site <http://www.conseil-concurrence.fr/user/avis.php?avis=06-MC-02> et aussi AJDA, 25 septembre 2006, p.1698 et 1699). Elles veillent également à chercher un compromis satisfaisant entre les impératifs qui s'imposent à elles, liés à l'intérêt général et les règles de la concurrence (voir ainsi à propos de la commercialisation de services de tourisme par les offices de tourisme : CAA de Marseille, 10 janvier 2006, Chambre syndicale des agents de voyage de la région Côte-d'Azur, n°02MA00906, AJDA, 25 septembre 2006, p.1723 et s.)

Deuxième table ronde

DROIT DE LA CONCURRENCE ET DOMAINE PUBLIC

Introduction de Maître Jean Capiiaux

Dans le cadre de la gestion de leur domaine public, les collectivités territoriales sont amenées à concilier deux exigences :

- d'une part celle liée à l'intérêt général, à l'intérêt du domaine et à son affectation
- d'autre part celle liée au respect des règles de la concurrence dès lors que le domaine public est le support d'activités économiques. D'où le risque de comportement anticoncurrentiel de la collectivité gestionnaire ainsi que le risque de placer le bénéficiaire dans une situation contraire au droit de la concurrence.

C'est la raison pour laquelle, s'il n'existe pas de réglementation générale en la matière (*), on constate sous l'influence du droit de la concurrence (communautaire et interne) un mouvement très net d'encadrement, d'attribution, de la durée, du contenu et des conditions de retrait des titres d'occupation.

(*) exceptions :

- article L.321-9 alinéa 7 du Code de l'Environnement plus décret d'application du 26 mai 2006 relatif aux concessions de plage,
- occupation du domaine public par les opérateurs de télécommunication,
- plus généralement lorsque le domaine public s'inscrit dans un contexte contractuel plus large :
 - DSP (loi SAPIN)
 - Marché public
 - Contrats de partenariat
 - Baux emphytéotiques

La gestion du domaine public portuaire (qui nous sera présentée par Monsieur REZENTHEL) tout comme l'exemple des contrats de mobilier urbain (qui nous sera présenté, en l'inscrivant dans un contexte plus général, par Monsieur Didier CASAS) illustre de qui précède.

LA GESTION DU DOMAINE PUBLIC PORTUAIRE DANS UNE ECONOMIE DE MARCHE ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

Robert REZENTHEL
Docteur en droit
Chargé de cours à l'Université de Lille II

Les ports maritimes sont indispensables au développement économique de tous les pays de la planète, y compris ceux qui sont enclavés par rapport à la mer. Cette importance économique est insoupçonnée non seulement du public, mais aussi, souvent, de la part des grands décideurs. Pour illustrer notre propos, sait-on que pour un port comme celui de Dunkerque qui tend vers un trafic annuel de 55 millions de tonnes, si cette masse de fret maritime était transportée dans des camions cela représenterait une file ininterrompue pare-chocs contre pare-chocs faisant le tour de la terre.

Sur le plan juridique, les ports maritimes et fluviaux (ou intérieurs) ont contribué à faire évoluer la jurisprudence administrative, qu'il s'agisse du service public avec l'arrêt « Compagnie maritime de l'Afrique Orientale »³ ou de la domanialité publique avec l'arrêt « société le béton »⁴. Jusqu'à une époque récente, le juge administratif donnait encore une interprétation extensive à la domanialité portuaire, considérant à propos du port de Saint-Tropez, que la proximité du port était assimilée à un aménagement « spécial »⁵.

Les prérogatives de puissance publique qui caractérisent en règle générale la gestion du domaine public et des services publics s'opposent-elles à l'application des règles de la concurrence ? La réponse à la question doit être nuancée car au regard du droit communautaire, les personnes de droit public ayant la qualité de concédant sont tenues de respecter les règles fondamentales⁶ du traité CE, dont celles relatives à la concurrence.

En droit interne, la soumission des personnes de droit public ou chargées d'une mission de service public au droit de la concurrence est fondée sur l'article L 410-1 du Code de commerce selon lequel : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

En matière portuaire, à propos des conditions d'utilisation du domaine public, la concurrence concerne notamment les relations entre le gestionnaire du port et les

3 CE Sect. 5 mai 1944 – Compagnie maritime de l'Afrique Orientale – Rec. p. 129.

4 CE Sect. 19 octobre 1956 – société Le béton – Rec. p. 375.

5 CE 17 décembre 2003 – société Leader Racing – req. n° 236827.

6 CJCE 6 avril 2006 – associazione nazionale autotrasporto Viaggiatori (ANAV) – aff. n° C-410/04 point 18.

occupants du domaine public portuaire, les occupants entre eux, et les gestionnaires de ports voisins ainsi que leurs usagers.

Il y a lieu d'évoquer le contexte du droit de la concurrence pour les ports maritimes, et les principales situations qui suscitent des interrogations au regard de ce droit.

I – Le contexte du droit de la concurrence pour les ports maritimes

S'agissant de l'occupation du domaine public portuaire, elle intervient dans un contexte impliquant souvent à la fois la domanialité publique et l'exercice de missions de service public, c'est le cas de la concession d'outillage public ou de port de plaisance. La gestion du domaine public est une mission de service public à caractère administratif⁷.

A – La gestion domaniale et la police portuaire au regard du droit de la concurrence

Quel que soit le statut des ports, leur gestion relève en France d'une personne de droit public qui exploite en régie ou concède l'exploitation des espaces et des ouvrages. L'application des règles de concurrence intervient dans le contexte d'une économie de marché, c'est-à-dire dans laquelle les activités économiques ne bénéficient pas d'aides publiques faussant la concurrence⁸, mais également lorsque celle-ci est libre⁹, que les prestations donnent lieu à une rémunération normale¹⁰, et le cas échéant, lorsque les entreprises sont soumises au droit de la liquidation judiciaire¹¹.

Ce n'est pas le statut de l'entité concernée qui importe, mais les caractéristiques des activités en cause. Selon la Cour de Justice, « *une activité qui, par sa nature, les règles auxquelles elle est soumise, et son objet, est étrangère à la sphère des échanges économiques se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique... échappe à l'application des règles de concurrence du traité* »¹².

Alors même que le lien avec l'exploitation des activités économiques est indirect, une mesure de police doit prendre en compte le droit de la concurrence. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a jugé qu'une autorité de police portuaire pouvait limiter l'exclusivité du droit d'accostage d'un navire à passagers à une durée de trente minutes par escale¹³.

7 CE 19 décembre 1989 – Port autonome de Paris c/ M. Auvray – req. n° 71994.

8 TPI 5 août 2003 – P & O European Ferries (Viczcaya) – aff. n° T-116/01 et T-116/01 points 110 et 113.

9 CJCE 3 octobre 2000 – Echirolles distribution SA et association du Dauphiné – aff. N° C-9/99 point 25 ; CJCE 9 septembre 2003 – Consorzio industrie Flammiferie (CIF) – aff. n° C-198/01 point 47.

10 CE 27 février 2006 – Compagnie Ryanair Limited – req. n° 264406.

11 TPI 28 octobre 2004 – Shanghai Teraoka Electronic Co c/ Conseil de l'Union européenne – aff. n° T-35/01 point 2.

12 CJCE 19 février 2002 – J.C J Wouters – aff. n° C-309/99 point 57.

13 CE 6 février 1998 – A. Deher – req. n° 159512. Voir également, pour l'utilisation d'un ponton d'accostage par plusieurs usagers : CE 10 avril 2002 – SARL SOMATOUR – req. n° 223100, DMF 2002 p. 771 note R. Rézenthel.

Toutefois, l'autorité investie du pouvoir de police portuaire peut prendre en compte les nécessités du service public et moduler à cette fin les conditions d'accostage. Il a été jugé que : « *s'il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public* »¹⁴.

Il est parfois difficile de distinguer les actes qui relèvent de la police portuaire de ceux afférents à la gestion du domaine public.

En effet, dans les ports de commerce, les opérations d'accostage des navires placent leurs propriétaires dans une situation réglementaire¹⁵, puisque selon l'article R 323-4 du Code des ports maritimes, « *Les navires sont placés conformément aux règlements de police et aux ordres des officiers de port...* ». Dans les ports de plaisance, les mouvements de navires sont autorisés par l'autorité investie du pouvoir de police portuaire, en revanche, le droit d'occuper les postes d'amarrage est accordé aux plaisanciers par l'exploitant des installations portuaires¹⁶, lequel peut être un concessionnaire. L'occupation d'un poste dans un port de plaisance donne ainsi lieu à une autorisation domaniale impliquant pour l'occupant le paiement d'une redevance¹⁷. Cependant, il a été jugé que l'autorité de police dans un port municipal ne pouvait pas conditionner l'accostage d'un navire à passagers à l'octroi d'une autorisation domaniale¹⁸.

Une divergence d'appréciation existe quant au régime juridique de la décision fixant les horaires d'amarrage des navires à passagers dans les ports de plaisance. Pour la Cour de Cassation, dès lors que ces horaires sont fixés dans le cahier des charges de la

14 CE 30 juin 2004 – département de la Vendée – req. N° 250124, AJDA 2004 p. 2210 note S. Nicinski, DMF 2004 p. 956 note R. Rézenthel. Cf. également CE Sect. 9 octobre 1981 – MM Michat et Laurent c/ CCI de Toulon et du Var – DMF 1982 p. 724 note R. Rézenthel.

15 Trib. Confl. 11 décembre 1972 – sieur Spathis c/ Port autonome de Bordeaux – Rec. p. 950.

16 Trib. Confl. 22 juin 1998 – Corbusie – DMF 1998 p. 1098 note R. Rézenthel.

17 CE 29 novembre 2002 – Commune de Barcarès c/ M. Attal – DMF 2003 p. 617 note R. Rézenthel et A. Le Mononier de Gouville. Le Conseil d'Etat reconnaît implicitement l'existence de conventions d'accostage dans les ports de plaisance (CE 4 octobre 2004 – SARL CHT c/ société SEMAGEST – req. n° 259525, DMF 2005 p. 278 note R. Rézenthel et G. Rebufat.

18 CE Ord. 2 juillet 2003 – Commune de Collioure – req. n° 257971, AJDA 2003 p. 2218 note J-P Markus.

concession, il s'agit d'une décision se rapportant à la gestion du domaine public¹⁹, tandis que le Conseil d'Etat y voit une mesure de police administrative²⁰. Bien que n'étant pas détenteur d'un pouvoir de police²¹, mais exerçant néanmoins des prérogatives de puissance publique en attribuant les postes d'amarrage et d'accostage, le concessionnaire d'un port de plaisance justifie d'un intérêt pour demander l'expulsion d'un navire à passagers amarré dans le port sans convention d'accostage. La mesure d'expulsion sollicitée est ordonnée dès lors que l'occupation irrégulière du domaine public par l'armateur « empêchait le fonctionnement normal du service public portuaire qui inclut, à la fois, la sécurité des biens et des personnes et le bon emploi des outillages et des ouvrages du port »²². La sécurité, comme la tranquillité publique peuvent justifier l'application de mesures justifiant une restriction de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que du droit de la concurrence²³.

L'appréciation du respect des règles de la concurrence sur le plan juridictionnel dépend de l'objet du litige. Depuis près d'une décennie, le juge accepte de contrôler la légalité des actes administratifs au regard du droit de la concurrence²⁴. En d'autres termes, la compatibilité de l'exercice de prérogatives de puissance publique avec ce droit relève de la compétence des juridictions administratives. En revanche, les litiges portant sur les activités à caractère industriel et commercial au regard du droit de la concurrence sont soumis aux juridictions judiciaires.

Cette distinction au titre de la compétence juridictionnelle trouve une illustration dans la desserte maritime des territoires insulaires. C'est le cas de la desserte maritime de l'île Saint-Honorat située au large de Cannes et qui appartient à la congrégation cistercienne de l'immaculée conception, sauf pour la partie bordant le rivage, lequel fait partie du domaine public maritime.

B – La desserte portuaire et le droit de la concurrence

Une autorisation d'occupation domaniale a été accordée par l'Etat à la congrégation pour l'implantation de pontons d'amarrage, tandis que celle-ci est l'unique actionnaire de la société d'armement maritime desservant l'île, et bénéficiant d'une exclusivité d'accostage.

Des armateurs concurrents ont considéré que la congrégation exploitait une position dominante de manière abusive, tant au titre de l'exclusivité du droit d'accostage aux appontements, que du monopole d'exploitation de la ligne maritime entre l'île Saint-Honorat et le continent.

19 Cass. 1^{ère} ch civ 10 mai 1983 – société Khalifa c/ association syndicale des propriétaires de la cité lacustre de Port Grimaud – DMF 1983 p. 664.

20 CE 6 février 1998 – A. Deher – req. n° 159512.

21 CE 10 décembre 1962 – association pêche et pisciculture d'Orléans – Rec. p. 675 ; CE 1^{er} avril 1994 – Commune de Menton – Rec. p. 176.

22 CE 4 octobre 2004 – SARL CHT c/ société SEMAGEST – req. n° 259525, DMF 2005 p. 278 note R. Rézenthel et G. Rebufat.

23 CE 7 décembre 2005 – société Ryanair – req. n° 270424, AJDA 2006 p. 1449 note N. Ach.

24 CE Sect. 3 novembre 1997 – société Million et Marais – Rec. p. 406 concl. Stahl, AJDA 1998 p. 945 chron. T-X Girardot et F. Raynaud, AJDA 1998 p. 247 note O. Guézou.

Le tribunal administratif de Nice a considéré²⁵ qu'en raison des obligations imposées à l'armement, celui-ci était en réalité déléataire de service public du transport maritime, mais en l'absence du respect des règles de publicité et de mise en concurrence, l'autorisation accordée était irrégulière. La Cour administrative d'appel de Marseille a jugé²⁶ que la ville de Cannes devait être regardée comme la collectivité organisatrice de ce transport de passagers et qu'il pouvait exister de sérieux doutes quant à son indépendance à l'égard de l'armateur, elle a prononcé en conséquence l'annulation d'une ordonnance prescrivant une opération d'expertise.

Le Conseil de la concurrence a estimé pour sa part que la desserte monopolistique de l'île répondait à la nécessité objective justifiée par la géographie particulière des lieux, le caractère privé de l'île et la nécessité d'assurer la maîtrise du flux de visiteurs²⁷. La Cour d'appel de Paris a confirmé²⁸ cette décision. Dans une affaire similaire, ledit Conseil a jugé²⁹ que le refus d'accès aux quais opposé à certains armements met en cause des prérogatives de puissance publique et qu'en conséquence il revenait aux juridictions administratives de statuer sur le litige s'y rapportant³⁰.

Dans son arrêt concernant la desserte de l'île Saint Honorat, la Cour d'appel de Paris a estimé que, même en qualifiant d'infrastructure essentielle l'apportement assurant l'embarquement et le débarquement des passagers, le refus du titulaire de l'autorisation domaniale d'autoriser l'accès à l'ouvrage aux armateurs autres que la société dont il est l'unique actionnaire, était justifié par des nécessités objectives.

La théorie des infrastructures essentielles, d'origine anglo-saxonne, limite la liberté contractuelle du détenteur d'un monopole. Le refus de celui-ci de mettre à la disposition d'un tiers, les facilités essentielles qu'il détient constitue un abus de position dominante. La théorie s'applique lorsque les conditions suivantes sont réunies³¹ :

le monopole doit porter sur un ouvrage ou un service indispensable à ses concurrents pour exercer leur activité,

le fait de contraindre le concurrent, pour maintenir son activité, à réaliser l'ouvrage ou à assurer le service, doit présenter un caractère déraisonnable,

le détenteur de l'ouvrage ou l'exploitant du service doit avoir refusé l'accès à son concurrent,

25 « L'affaire de la desserte de l'île Saint-Honorat » L. Bordereaux et S. Segala – DMF 2003 p. 1010 ; TA Nice 15 avril 2003 – société Trans Côte d'Azur c/ Préfet des Alpes-Maritimes – DMF 2003 p. 1018.

26 CAA Marseille 13 avril 2004 – société Internationale sporting club de la mer (ISYCM) – req. n° 03MA02450.

27 Cons. Concurrence décision n° 05-D-60 du 8 novembre 2005.

28 CA Paris (1^{ère} ch Sect. H) 4 juillet 2006 – société Trans Côte d'Azur c/ société Planaria – req. n° 2005/23732.

29 Cons. Concurrence décision n° 2000 – D – 42 du 20 septembre 2000 relative à la saisine de la société d'activités et de réalisation d'aménagements, d'entrôts et de locaux divers (SERAEL).

³⁰ CE Ord. 6 septembre 2006 – commune d'Ota – req. n° 296912.

31 « Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles » M. Bazex, Rev. de la concurrence et de la consommation, 2001 – n° 49 – p. 37 et suiv. ; G. Gueguen-Hallouët et R. Rézenthel, note sous TA Lille 7 juin 2005 – société Seafrance c/ port autonome de Dunkerque – DMF 2005 p. 935.

le refus d'accès n'est justifié que si l'accès du tiers est gravement préjudiciable pour l'activité de monopole au point d'en entraîner éventuellement l'interruption.

Pour déterminer si un ouvrage est indispensable pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé, il convient de rechercher s'il existe un ouvrage constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses, et s'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, un ouvrage offrant une solution alternative³².

La Cour de Cassation, pour sa part, exige que soit rapportée la preuve que le concurrent ne peut pas mettre en oeuvre des solutions alternatives économiquement raisonnables³³.

La théorie des infrastructures (ou facilités) essentielles s'impose tant pour les ouvrages portuaires publics³⁴ que privés³⁵.

Si les règles relatives à la concurrence ne s'appliquent qu'aux entreprises³⁶, même soumises au droit public, en revanche, les pratiques anti-concurrentielles peuvent affecter non seulement les entreprises, mais également porter atteinte aux intérêts des consommateurs, au nombre desquels il y a les plaisanciers usagers des ouvrages portuaires³⁷. Ils peuvent être victimes d'un abus de position dominante caractérisé par une discrimination injustifiée concernant la réservation des postes d'amarrage³⁸.

Bien qu'incorporé dans le code de commerce, le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer aux décisions relatives à l'occupation du domaine public portuaire.

II – L'occupation du domaine public portuaire et le droit de la concurrence

Dans quelle mesure la gestion du domaine public portuaire par une personne de droit public peut-elle être soumise au droit de la concurrence ?

Il existe un ensemble de règles se rapportant à ce dernier, mais la notion de concurrence n'est pas définie. Ainsi, l'application de certains principes connexes au droit de la

32 CJCE 29 avril 2004 – IMS Health GmbH & Co – aff. n° C-418/01, point 28.

33 Cass. Com. 12 juillet 2005 – société NMPP – pourvoi n° 04-12388, Bull. Civ. IV n° 163 p. 174.

34 Décision de la Commission n° 94/119/CE du 21 décembre 1993 relative au refus d'accès aux installations du port de Rodby (Danemark) – JOCE n° L 55 du 26 février 1994 p 52.

35 Décision de la Commission n° 94/19/CE du 21 décembre 1993 relative à la procédure de l'article 86 du traité CE concernant le port de Holyhead (Royaume-Uni) (IV/34-689 – Sea containers c/ Stena Sealink – mesures provisoires) – JOCE n° L 15 du 18 janvier 1994 p. 8.

36 CJCE 16 septembre 1999 – Bécu e.a. - aff. n° C-22/98, Rec. p. I-5682 point 32.

37 « Plaisance et droit de la consommation » R. Rézenthel – DMF 2004 p. 1047 ; « La protection du consommateur de services ouverts à la concurrence » V. Barbé, LPA 6 juillet 2006 – n° 134 – p. 8 ; « Droit de la concurrence et droit de la consommation » K. Szczerbina – LPA 14 – 17 juillet 2006 – n° 140/141 – p. 3.

38 CJCE 29 avril 1999 – Erich Ciola - aff. n° C-224/97 – DMF 1999 p. 449.

concurrence peuvent néanmoins avoir une incidence sur celui-ci, c'est le cas des principes de non discrimination, de transparence, du régime des aides d'Etat, de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté d'établissement, des prestations de services et de circulation des capitaux.

La finalité de la concurrence tend à contribuer à la défense des intérêts des consommateurs ou des usagers d'un service public. En définitive, c'est le développement économique qui est recherché. Les restrictions à la liberté du marché doivent être indispensables au fonctionnement de l'institution³⁹, l'existence d'un service public ne suffit pas à elle seule à justifier une exception au droit de la concurrence. Certes, une activité de service public impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique n'est pas en principe soumise au droit de la concurrence. En effet, pour qu'une dérogation à l'article 86 paragraphe 2 CE du traité soit acceptable, une double condition doit être remplie⁴⁰, d'une part, il faut que l'entreprise ait été investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service économique d'intérêt général et, d'autre part, que l'application des règles du traité fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette entreprise et que l'intérêt de la communauté ne soit pas affecté.

Il y a lieu de souligner que la Cour de Justice a jugé que l'exploitation d'un port de commerce ne relève pas nécessairement de la gestion d'un service d'intérêt économique général⁴¹, et qu'une telle activité « n'entraîne donc pas automatiquement l'accomplissement de missions de service public »⁴². Dans ces conditions, le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer normalement à la gestion du domaine public portuaire. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs jugé que le gestionnaire du domaine public devait prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence⁴³.

Afin de simplifier la présentation de l'analyse de la situation, notre propos se limitera à deux aspects : la position dominante et les ententes.

A – La position dominante du gestionnaire du domaine public portuaire

La maîtrise de la gestion du domaine public confère à l'autorité portuaire une position dominante. Cette entité bénéficie légalement d'un droit exclusif pour gérer le domaine public portuaire, mais elle a la possibilité d'en concéder ou amodier tout ou partie.

Le simple fait de créer une position dominante n'est pas de nature à enfreindre les dispositions du traité CE sur le droit de la concurrence. C'est l'exploitation abusive de cette position qui est prohibée⁴⁴.

39 CJCE 25 octobre 1977 – Metro SB c/ Commission – aff. n° 78/70, Rec. p. 1875.

40 TPI 12 décembre 2000 – Aéroports de Paris c/ Commission – aff. n° T-128/98, Rec. p. II-3929 point 227.

41 CJCE 17 juillet 1997 – GT-Link – aff. n° C-242/95, Rec. p. I-4449 point 52, DMF 1997 p. 848 Gueguen-Hallouët et R. Rézenthel.

42 CJCE 27 novembre 2003 – Enirisorse – aff. n° C-34/01 à 38/01 point 33.

43 CE Sect. 26 mars 1999 – société EDA – AJDA 1999 p. 427 concl. Stahl et note M. Bazex.

44 CJCE 5 octobre 1994 – Centre d'insémination de la Crespelle – aff. n° C-18/93, Rec. p. I-1783 points 42 et 45.

Le cadre d'intervention de l'autorité portuaire, pour les activités qualifiées de service d'intérêt économique général, est fixé par l'article 86-2 CE du traité selon lequel : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêts 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* ».

Toutefois, un Etat membre enfreint les interdictions édictées par les dispositions des articles 82 CE (interdiction d'exercer abusivement une position dominante) et 86-1 CE du traité lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter une position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre un tel abus. Tel est le cas lorsqu'une loi nationale non seulement octroie à une entreprise portuaire le droit exclusif de fournir de la main-d'œuvre temporaire aux concessionnaires de terminaux et aux autres entreprises autorisées à opérer sur le port, mais, en outre, lui permet de les concurrencer sur le marché des services portuaires⁴⁵.

La gestion du domaine public implique l'usage de prérogatives de puissance publique⁴⁶ et permet au gestionnaire d'occuper une position dominante dès lors que sa compétence s'étend à l'ensemble d'un port. L'émergence de la valorisation économique du domaine public est l'une des évolutions les plus notables du régime de la domanialité publique constatée notamment dans le rapport au Président de la République se rapportant à l'Ordonnance n° 2005-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques. La jurisprudence récente confirme cette tendance, lorsque le Tribunal des Conflits estime que l'utilisation du réseau de Voies Navigables de France présente un caractère industriel et commercial⁴⁷. Ainsi, la gestion du domaine public portuaire répond certes à un besoin d'intérêt général, mais ayant un caractère économique, pour ce motif, elle est soumise au droit de la concurrence.

C'est au juge administratif de caractériser l'abus de position dominante dans le cadre de la gestion du domaine portuaire. S'il a été jugé que le gestionnaire du domaine public n'est pas tenu d'accorder des autorisations d'occupation privatives⁴⁸, en revanche, le refus d'accorder de telles autorisations doit être motivé par une raison d'intérêt général⁴⁹. De même les occupants du domaine public n'ont pas de droits acquis au renouvellement d'une autorisation domaniale, mais la décision de refus doit être fondée sur des considérations d'intérêt général⁵⁰, et en particulier dans l'intérêt du domaine⁵¹.

45 CJCE 12 février 1998 – Raso et autres – aff. n° C-163/96, Rec. p. I-533 points 27 et 30.

46 Trib. Confl. 18 octobre 1999 – Aéroports de Paris c/ Compagnie Air France et société TAT Euroean Airlines – req. n° 3174.

47 Trib. Confl. 12 décembre 2005 – EURL Croisières lorraines « La bergamote » c/ Voies navigables de France – req. n° 3455, Rec. p. 671.

48 CE 21 octobre 1983 – M. J. Bricard – req. n° 36367, Dr. adm. 1983 n° 415.

49 CE 6 mai 1997 – M. Vanderhaeghen c/ Ville de Dunkerque – Rec. p. 156.

50 CE 4 juillet 1969 – Mme Laurent – req. n° 75226.

51 CE 12 décembre 1997 – ville de Cannes c/ Milhau – req. n° 160141.

Il en va de même pour le retrait des autorisations domaniales. Selon le Conseil d'Etat *"Il appartient à l'autorité concédante, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs et sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire, de mettre fin avant son terme à un contrat de concession, dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général justifiant, à la date à laquelle elle prend sa décision, que l'exploitation du service concédé soit abandonnée ou établie sur des bases nouvelles ; qu'elle peut user de cette faculté alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle, n'en a organisé l'exercice"*⁵².

Le retrait de l'autorisation domaniale ne peut pas être prononcé uniquement pour favoriser des intérêts purement privés⁵³, ou pour trancher un litige entre deux personnes de droit privé⁵⁴.

L'illégalité d'une décision peut créer une présomption d'abus de position dominante, mais celui-ci peut exister en l'absence même de toute faute⁵⁵. La notion d'abus de position dominante peut être certes liée à la légalité d'un acte administratif⁵⁶, mais il peut aller au-delà. Il s'agit d'un concept autonome propre au droit de la concurrence qui s'adosse notamment au principe d'égalité.

Si en règle générale, l'exploitation des outillages publics dans les ports d'intérêt national est confiée à un seul concessionnaire, cette situation lui confère une position dominante. L'octroi d'une concession donne lieu à la reconnaissance de droits spéciaux aux fins de satisfaire un but d'intérêt général. Dès lors qu'elle n'exclut pas l'usage d'outillages privés dans le port, le caractère monopolistique de la concession n'est pas constitutive d'un abus. Toutefois cela pourrait être le cas si des tarifs disproportionnés aux services rendus étaient appliqués⁵⁷. Il est néanmoins admis que le concessionnaire puisse compenser les sujétions résultant des obligations de service public en augmentant en conséquence ses tarifs⁵⁸.

La circonstance que le gestionnaire d'un port exploite en régie les outillages publics ne constitue pas en soi un abus de position dominante. Certes, des objectifs de nature purement économique ne peuvent pas justifier une entrave⁵⁹ aux libertés et principes fondamentaux du traité CE, et donc aux règles de concurrence. Toutefois, la mise à disposition d'outillages publics au profit de tout usager du port qui en fait la demande, et dans des conditions tarifaires proportionnelles aux services rendus, peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant l'exploitation en régie⁶⁰. En raison du

52 CE 31 juillet 1996 - société des téléphériques du massif du Mont-Blanc - Rec. p. 334.

53 CE 23 juin 1965 - syndicat des commerçants étalagistes du Forez - AJDA 1967 - II - p. 46 note A. de Laubadère.

54 CE 8 février 1889 - Thorrand - Rec. p. 163.

55 TPI 1^{er} avril 1993 - BPB industries et British Gypsum c/ Commission - aff. n° T-65/89 - Rec. p. II-389 point 70.

56 CE Sect. 3 novembre 1997 - société Million et Marais - Rec. p. 406 concl. Stahl, AJDA 1998 p. 945 chron. T-X Girardot et F. Raynaud, AJDA 1998 p. 247 note O. Guézou.

57 CJCE 10 décembre 1991 - Mercati convenzionali Porto di Genova - aff. n° C-179/90 - Rec. p. I-5889 points 16, 17 et 19 ; à propos des tarifs d'usage de l'outillage public portuaire, cf. Conseil de la Concurrence (sect III A) du 1^{er} mars 2002 société SOGEMA c/ société Havre manutention et port autonome du Havre - DMF 2002 p. 675 ; CJCE 17 juillet 1997 - GT-Link c/ de Danske Statsbaner - aff. n° C-242/95, Rec. p. I-4449 point 46, DMF 1997 p. 848 note G. Gueguen-Hallouët et R. Rézenthel.

58 CJCE 18 juin 1998 - société Corsica Ferries France - aff. n° C-266/96, Rec. p. I-3949 points 47, 50 et 54.

59 CJCE 11 décembre 2003 - Deutscher Apothekerverband - aff. n° C-322/01 point 122.

60 A propos de la création des marchés d'intérêt national : CE 15 décembre 2000 - Union générale des syndicats de grossistes du marché d'intérêt national de Rungis (UNIGROS) - req. n° 195054. La

caractère fréquemment déficitaire de l'exploitation de ces outillages, au regard de leur coût d'acquisition et des contraintes sociales qu'elle implique, l'autorité gestionnaire du port compense ainsi habituellement la carence d'investissements privés.

Le retrait de l'autorisation domaniale caractérise l'exercice d'une prérogative de puissance publique, pourtant cet acte ne saurait échapper au droit de la concurrence par les effets qu'il produit. L'éviction de l'occupant du domaine public portuaire peut créer une situation monopolistique pour un concurrent maintenu en place (ex : entreprise de réparation de conteneurs), d'où la nécessité de contrôler rigoureusement la motivation de la décision de retrait. Mais c'est le délaissement à titre gratuit des ouvrages réalisés par l'occupant, soit en cas de retrait, soit à l'expiration normale de l'autorisation domaniale, qui peut soulever une sérieuse difficulté au regard du droit de la concurrence. Cette pratique d'origine jurisprudentielle a été consacrée par la loi. On peut néanmoins s'interroger sur sa compatibilité avec le droit de la concurrence.

Préalablement à l'examen de cette question, on notera que si la remise en état des lieux en cas de retrait ou à l'expiration de l'autorisation domaniale n'a pas été jugée⁶¹ contraire à l'article 1er du Protocole n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant la protection du droit de propriété, en revanche, la Cour européenne des droits de l'homme a fait application de ce texte pour considérer que l'occupant, même irrégulier, du domaine de l'Etat, demeure propriétaire des matériaux constituant son ouvrage⁶².

L'appropriation à titre gratuit par le gestionnaire du domaine public de constructions réalisées par l'ancien occupant ne doit pas profiter anormalement à son successeur⁶³, c'est-à-dire pour un prix d'amodiation d'un niveau inférieur à celui des loyers pratiqués dans la région pour un bâtiment équivalent. La Commission des communautés européennes a considéré que l'application d'une redevance domaniale dans de telles conditions constitue une aide d'Etat illégale. Certes, cette appropriation à un fondement légal, mais les conditions de mise à disposition de la construction au profit du successeur de l'occupant doivent nécessairement respecter le droit de la concurrence, d'autant que l'ancien occupant peut continuer d'exploiter son entreprise à proximité de la zone portuaire.

Le partenariat du gestionnaire d'un port avec les occupants du domaine public n'est-il pas susceptible de constituer une entente illicite ?

B – Les ententes et la gestion du domaine public portuaire

S'il est parfois difficile de déterminer l'existence d'une entente au sens du droit de la concurrence, la difficulté est encore accrue lorsqu'une personne de droit public intervient dans l'accord. L'analyse de la situation doit donner lieu à une appréciation globale⁶⁴ en prenant en compte les caractéristiques propres au marché pertinent.

protection des consommateurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général (CJCE 24 mars 1994 – Schindler – aff. n° C-275/92, Rec. p. I-1039 ; CJCE 21 octobre 1999 – Zenatti – aff. n° C-67/98 – Rec. p. I-728 ; CJCE 6 novembre 2003 – Piergiorgio Gambelli - aff. n° C-243/01 point 67.

61 CE 6 mars 2002 – Mme Triboulet – req. n° 217646.

62 CEDH 18 juin 2002 – Oneryildiz c/ Turquie – req. n° 48939/99 § 139.

63 CE 7 juillet 1984 – M. Delapierre – req. n° 35535.

64 TPI 28 février 2002 – Atlantic container line c/ Commission – aff. n° T-395/94, Rec. p. II-875 point 300.

Pour que les règles du droit communautaire s'applique à l'entente, il suffit qu'elle soit susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres d'une manière sensible⁶⁵. L'exploitation des ports maritimes d'intérêt national remplit ce critère, puisqu'elles concernent des infrastructures par lesquelles transitent une large part du commerce intra-communautaire.

L'entente peut exister entre des entreprises même en l'absence d'accord exprès contraignant⁶⁶. En d'autres termes, une pratique concertée donnant lieu à un consentement réciproque⁶⁷ constitue une entente. Face à une telle situation, il y a lieu de déterminer si l'autorité portuaire intervient dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique ou comme exploitant d'activités à caractère industriel et commercial. En effet, depuis quelques années, un partenariat aux formes diverses se développe entre les personnes de droit public et les entreprises du secteur privé pour l'exploitation des services portuaires. S'il a été jugé que l'article 81 CE du traité s'applique aux accords d'entreprises, il ne vise pas les contrats de concession conclus entre une personne publique et une entreprise privée chargée de l'exécution d'un service public⁶⁸, mais le statut de droit public d'une entité ne suffit pas à exclure le droit de la concurrence⁶⁹.

Toute mesure prise par l'autorité portuaire dans le cadre de prérogatives de puissance publique, même lorsqu'elle est susceptible d'affecter la concurrence, ne peut pas être assimilée à une entente (ex : attribution d'une aide ou d'une priorité d'accostage...). Cependant, cette doctrine n'est pas nécessairement applicable lorsque le gestionnaire du port est actionnaire⁷⁰ d'une société occupant le domaine public portuaire ou d'une société portuaire. Dans ces hypothèses, l'autorité portuaire exerce une fonction régaliennne, mais aussi une activité civile en tant qu'actionnaire.

Il est reconnu que la prise de participation dans le capital d'une société peut influencer le comportement commercial des entreprises en cause⁷¹. L'octroi d'une aide logistique⁷², d'une garantie d'emprunt, d'une caution⁷³ ou la conversion en capital d'une dette⁷⁴ de la part d'une personne publique peut constituer une aide susceptible de fausser la concurrence. Il convient de vérifier que la personne publique se comporte ou non à l'instar d'un investisseur privé⁷⁵, sachant toutefois que la compensation financière des obligations de service public est possible. L'entente répréhensible ne se situe pas normalement au niveau de la participation dans le capital de la société, mais de l'octroi d'avantages illégitimes accordés pour faciliter l'exploitation de l'entreprise, comme la

65 TPI 21 février 1995 – SPO c/ Commission – aff. n° T-29/92, Rec. p. II-289 point 235.

66 TPI 11 décembre 2003 – Ventouris c/ Commission – aff. n° T-59/99 – Rec. p. II-5257 points 52 et 64.

67 TPI 15 mars 2000 – Cimenteries CBR c/ Commission – aff. n° T-25/95 suiv., Rec. p. II-491 point 1849.

68 CJCE 21 juillet 2005 – Coname – aff. n° C-231/03, Rec. p. I-7287 point 12.

69 CJCE 18 juin 1998 – Commission c/ Italie – aff. n° C-35/96, Rec. p. I-3851 points 40 et 44.

70 « La participation des personnes de droit public dans le capital des sociétés occupant le domaine public portuaire » R. Rézenthel – AJDA 2004 p. 573.

71 CJCE 17 novembre 1987 – BAT et Reynolds c/ Commission – aff. n° 142 et 156/84 – Rec. p. 4487 points 31, 37 et 45.

72 CJCE 11 juillet 1996 – SFEI – aff. n° C-39/94 – Rec. p. I-3547 points 58, 61-62 ; TPI 14 décembre 2000 – Ufex c/ Commission – aff. n° T-613/97, Rec. p. II-4055 points 68-70, 74-75.

73 CJCE 24 octobre 1996 – Allemagne c/ Commission – aff. n° C-329/93, C-62/95 et C-63/95 – Rec. p. I-5151 points 30-36.

74 TPI 11 juillet 2002 – HAMSA c/ Commission – aff. n° T-152/99, Rec. . II-3049 points 125 – 127.

75 TPI 30 avril 1998 – Cityflyer Express c/ Commission – aff. n° T-16/96, Rec. p. II-757 points 51, 53 -56.

fixation d'une redevance domaniale à un taux anormalement bas⁷⁶, la réalisation d'un investissement à la place de l'entreprise.

Dès lors que le domaine public portuaire constitue le siège d'activités à caractère industriel et commercial, sa gestion ne saurait être considérée comme étrangère à la sphère économique, et par voie de conséquence aux règles relatives aux ententes.

Conclusion

Si dans les ports maritimes en cours de transfert au profit des collectivités territoriales et de leurs groupements le partenariat public pourra se transformer à terme en partenariat « public - privé » au sein des sociétés portuaires, ce partenariat existe déjà pour les ports maritimes autonomes notamment dans le cadre des conventions d'exploitation de terminal, et avec la prise de participation de ces établissements publics dans le capital de sociétés opératrices.

La distinction entre les activités économiques et l'exercice du pouvoir régalién n'est cependant pas clairement établie. Cette situation pourrait avoir pour effet, en particulier, de compliquer la définition du champ d'application du droit pénal de la concurrence.

Au delà du caractère hybride de certaines missions exercées par les gestionnaires de ports, il y a un thème que nous n'avons pas évoqué et qui mériterait à lui seul une étude, c'est l'incidence du droit fiscal sur la concurrence en matière portuaire. Mais c'est un autre débat qu'il faudrait lancer et pour lequel les institutions communautaires et les Etats membres ne manifestent pas beaucoup d'empressement pour l'aborder !

76 Décision de la Commission n° 85/515/CEE du 11 février 1987 – JOCE n° L 295 du 20 octobre 1987 p. 25.

Didier Casas
maître des requêtes au Conseil d'Etat, commissaire du gouvernement,
professeur associé à la Faculté de droit de Poitiers

« Droit de la concurrence et domaine public : le cas des contrats de mobilier urbain ». C'est à cette question qu'il m'a été proposé de réfléchir dans le cadre de ce colloque. Sans doute a-t-on pensé à me confier ce thème parce que les hasards de l'affectation des dossiers contentieux au Conseil d'Etat m'ont donné l'occasion de conclure sur un arrêt d'Assemblée du 4 novembre 2005 (Société Jean-Claude Decaux), arrêt qui a précisé le régime de passation des contrats de mobilier urbain.

Je reviendrai sur cette décision et ce qu'elle juge. Mais je dois dire, au risque de provoquer tant l'assistance que les organisateurs de ce colloque, qu'à mon avis, la décision Jean-Claude Decaux n'entretient qu'un rapport assez distant avec la problématique générale des relations entre domaine public et droit de la concurrence. De fait, n'étaient pas en cause les pratiques anticoncurrentielles prêtées à tel ou tel acteur de ce secteur d'activité particulier qu'est le mobilier urbain. C'est le Conseil de la concurrence qui, dans le cadre de ses compétences, a eu à en décider. La question posée à l'Assemblée était celle de la qualification du contrat de mobilier urbain. En affirmant que ce contrat portant occupation du domaine public était en même temps un marché public, le Conseil d'Etat en a certes induit la nécessité d'appliquer les procédures de passation propres aux marchés publics, mais il n'a fixé aucune règle nouvelle relative aux concessions domaniales.

En ce sens, si nous aurons à reparler du régime applicable aux contrats de mobilier urbain, cela ne saurait épuiser la problématique stimulante dans laquelle il m'est proposé de me situer aujourd'hui : quelles sont les relations entre règles de concurrence et occupation du domaine public ?

En réalité, cette question me paraît en contenir elle-même deux que j'aborderai successivement. La première concerne le respect des règles de concurrence au sens large par les différents acteurs de l'occupation domaniale ; la seconde tient à l'éventualité d'une mise en concurrence préalable à la passation de la convention domaniale. C'est à dessein que je vous propose de distinguer ces deux aspects car, sans forcer le trait, je crois qu'il est important de ne pas assimiler prohibition des pratiques anticoncurrentielles et obligation de mise en concurrence. Il y a entre ces deux réalités juridiques des liens évidents, mais je voudrais rapidement montrer qu'elles ne sont pas réductibles l'une à l'autre.

1. La personne publique maître du domaine comme l'occupant du domaine sont tenus au respect des règles de concurrence lesquelles doivent être largement entendues

Saisir la portée des règles de concurrence dans le régime juridique des concessions domaniales, passe par quelques précisions sur les trois sujets suivants : à qui s'appliquent ces règles ? Quel est leur contenu exact ? Qui est chargé d'en assurer le respect ?

1.1. S'agissant en premier lieu des personnes à qui les règles de la concurrence s'appliquent.

Il faut évidemment partir des dispositions de l'article L. 410-1 du code de commerce selon lesquelles les règles de la concurrence s'appliquent « à toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de service, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques. ».

Il est inutile d'insister sur le mouvement très important que connaît aujourd'hui le domaine public dans le sens d'une exigence accrue de valorisation de ses dépendances. Le domaine public est beaucoup plus souvent que par le passé le siège d'activités économiques. Les occupants du domaine sont donc soumis en tant que tels soumis au respect des règles de la concurrence (cf. à propos de la gestion de l'hélistation de Narbonne, Cons. Conc. 3 septembre 1996, SARL Heli-inter Assitance, DA 1997, comm n°89, BOCCRF 8 janvier 1997, p. 3 ; Cass. Com 25 janvier 2000, n°97-20-199).

La personne publique qui autorise l'occupation du domaine public est elle aussi soumise au respect des règles de concurrence. La décision de principe à cet égard est la décision de Section (26 mars 1999, Société EDA) concernant les emplacements dévolus, dans les aéroports parisiens, à la location de véhicules.

1.2. S'agissant en deuxième lieu des règles et principes de concurrence

Il faut là encore distinguer en partant du plus spécifique pour aller vers le plus général. Les règles spécifiques sont celles tirées du droit de la concurrence au sens strict, c'est-à-dire des articles L. 420-1 à L. 420-7 du code de commerce et des dispositions de même nature issues du droit communautaire. On vise par là : l'interdiction de l'abus de position dominante, de l'entente, des prix prédateurs... Les occupants du domaine public, en tant qu'ils ont une activité économique sont soumis à ces règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles. Les personnes publiques, en tant qu'elles sont susceptibles de placer l'occupant dans la situation de violer de telles règles, sont également soumises à leur respect.

A ce stade, il faut tout de même faire une brève remarque concernant les difficultés d'application que peut recéler l'application de certaines de ces règles à l'occupation du domaine public. Je prendrais un seul exemple avec la théorie dite « infrastructures essentielles » ou des « facilités essentielles ».

Selon cette théorie, une personne qui dispose d'une ressource rare et essentielle à l'activité d'une autre ne peut, si elle-même exploite cette ressource, en disposer librement, notamment

en soumettant l'utilisation de la ressource au versement d'un prix déraisonnable ou discriminatoire. Cela aurait pour effet de fausser le jeu de la concurrence car la seconde personne serait contrainte de renoncer à tout ou partie de son activité économique faute pour elle de pouvoir acquérir l'usage de la ressource. La personne disposant de la ressource ne peut non plus, en principe, refuser l'accès à la ressource, sans quoi elle abuse de sa position dominante.

Des auteurs ont bien montré ce que l'application de cette théorie à la problématique de l'occupation domaniale pouvait avoir de déstabilisant au plan juridique et pratique. Le Conseil de la concurrence n'hésite pas, en effet, à regarder la dépendance domaniale comme une « infrastructure essentielle » au sens de cette théorie, c'est-à-dire une ressource rare (cf. décision SARL Heli-inter Assistance prec. ; ou encore Avis n°04-A-19 du 21 octobre 2004, relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits, RJEP, CJEG, n°619 avril 2005, p. 144). En adoptant cette logique, on voit par exemple qu'en vertu des règles de concurrence, il peut s'avérer très compliqué pour une personne publique de refuser à un tiers l'occupation du domaine public. Or une telle hypothèse de refus d'occupation est tout à fait normalement admise dans le droit commun de l'occupation domaniale, sans restriction particulière.

Après les règles spécifiques, il faut dire quelques mots de règles plus générales, mais qui ne sont pas sans lien avec les questions de concurrence. Le juge administratif, lorsqu'il apprécie la légalité d'un acte autorisant l'occupation du domaine public, s'assure que la décision de l'administration ne méconnaît pas le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'Etat vérifie par exemple qu'en autorisant l'installation d'une librairie sur une dépendance de son domaine public une université ne viole pas ce principe (10 mai 1996, SARL La Roustane).

1.3. Nous en venons en troisième et dernier lieu aux autorités administratives et juridictionnelles chargées de garantir le respect de ces règles et principes.

Là encore, il faut distinguer deux cas : le juge administratif est compétent pour statuer sur la légalité, au regard du droit de la concurrence, des actes de gestion du domaine public, pour lesquels il dispose de prérogatives de puissance publique ; le conseil de la concurrence et le juge judiciaire sont compétents pour statuer sur les comportements anticoncurrentiels imputables à l'occupant et sur les décisions que peut prendre le maître du domaine dès lors que ces décisions ne sont pas des actes de gestion du domaine.

Depuis la décision bien connue du Tribunal des conflits dite Ville de Pamiers (6 juin 1989, Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c. cour d'appel de Paris, p. 293, concl. Pt Stirn RFDA 1989.457), il est acquis que toutes les décisions administratives ayant un effet sur la concurrence ne sont pas de la compétence du juge judiciaire car l'ordonnance de 1986 n'a pas « fait échec à l'application des règles traditionnelles de répartition des compétences ».

Aussi bien, lorsque la légalité d'un acte administratif est contestée, c'est le juge administratif qui est compétent pour en juger, cela y compris si la source d'illégalité alléguée se trouve dans la méconnaissance du droit de la concurrence. Ce raisonnement a acquis toute sa portée depuis que le juge administratif accepte de regarder effectivement la possibilité d'une telle

violation par un acte administratif (Section, 3 novembre 1997, Société Million et Marais; Section, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance).

Deux raisonnements sont à l'œuvre dans les décisions : soit l'acte administratif est critiqué parce qu'on lui reproche d'avoir automatiquement placé l'occupant du domaine public dans la situation de violer le droit de la concurrence ; soit l'acte administratif est censuré parce que, acte de gestion du domaine public, il est lui même contraire au droit de la concurrence. Mais, en deuxième lieu, il est tout à fait possible que la personne publique, maître du domaine, soit traduite devant les autorités de la concurrence, au même titre que peut l'être l'occupant. C'est ce qui résulte de la jurisprudence du Tribunal des conflits qui, au sein des pratiques et agissements de la personne publique, distingue ceux qui, comme les actes de gestion du domaine, ne sont pas dissociables des décisions par lesquelles les personnes publiques assurent une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique de ceux qui sont tout à fait détachables des telles décisions administratives.

Ainsi que l'a jugé le Tribunal des conflits dans l'arrêt du 18 octobre 1999, Aéroport de Paris, (p. 469, avec les concl. Schwartz), les premiers – qui ne sont pas détachables des décisions administratives – sont de la compétence du juge administratif ; les seconds de la compétence du juge judiciaire.

2. En l'état actuel du droit applicable, la passation d'une concession domaniale n'est en principe soumise à aucune procédure de mise en concurrence

Cette question des conditions dans lesquelles la personne publique peut choisir l'occupant d'une dépendance de son domaine public est tout à fait ancienne. Le droit administratif des biens traite traditionnellement cette question en affirmant qu'il incombe à l'administration de « fixer, tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, les conditions auxquelles elle entend subordonner les permissions d'occupation » (Section, 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, p. 702). En d'autres termes, le maître du domaine est appelé à choisir l'occupant en considération seulement de l'intérêt du domaine et de l'intérêt général, ce qui n'implique pas, en principe en tout cas, l'instauration d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Mais cet état du droit suscite aujourd'hui des interrogations, voire des critiques (cf. S. Nicinski, *Le droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 70). Il est vrai qu'on est fondé à se demander s'il n'y a pas lieu de prévoir de telles procédures préalables, notamment lorsque les redevances domaniales qui sont versées aux personnes publiques par les occupants atteignent des montants très importants et font l'objet d'enchères entre les candidats à l'occupation de ce domaine.

Sur cette question, il faut faire la part de l'état du droit positif et des évolutions qu'il serait susceptible de connaître.

2.1. L'état du droit.

L'état du droit aujourd'hui nous paraît tenir en cette phrase : sauf texte contraire ou situation

particulière, aucune obligation générale n'impose aux collectivités publiques désirant autoriser l'occupation d'une partie de leur domaine public de prévoir une publicité et une mise en concurrence préalable.

Rien dans les textes, nationaux ou communautaires, ne va en ce sens. Les directives communautaires transversales – je viendrai dans un instant à la jurisprudence – créent des obligations de cette nature pour les marchés publics et les concessions de travaux. En droit interne, le code des marchés publics et la loi Sapin s'appliquent respectivement aux marchés publics et aux délégations de service public, et non aux concessions domaniales. Le code général de la propriété des personnes publiques ne change rien à l'état du droit à cet égard.

Cette absence de règle générale n'empêche évidemment pas des exceptions, qu'elles soient ménagées par un texte ou qu'elles résultent de qualification jurisprudentielles.

Si l'on s'intéresse d'abord à ces solutions jurisprudentielles particulières, il faut parler des cas, finalement assez nombreux, dans lesquels le juge, opérant une requalification du contrat d'occupation du domaine qui lui est soumis, fixe dans le même mouvement des obligations de publicité et de mise en concurrence. Les hypothèses sont suffisamment connues pour que je ne m'y arrête pas trop longuement. Les concessions de plage sont un bon exemple : le contrat conclut entre la commune et le plagiste autorise l'occupation du domaine mais comme il est en même temps – selon le juge – une délégation de service public, sa passation est soumise aux procédures particulières de l'article L. 1411-1 du CGCT (21 juin 2000, SARL plage « chez Joseph »). La concession par laquelle une commune autorise l'occupation par une société d'une dépendance du domaine public aux fins d'y héberger des activités participant à l'animation du secteur dans les domaines de la culture et des loisirs est en outre une délégation de service public avec la procédure particulière qui s'y attache (11 décembre 2000, Mme Agofroy). C'est à la même inspiration que se rattache la décision Jean-Claude Decaux. Le contrat de mobilier urbain emporte autorisation d'occuper le domaine public mais il est aussi un marché public : les procédures du code sont donc applicables.

A propos de ces solutions, je souhaite faire deux observations.

D'abord, il doit être bien clair que les obligations de passation imposées aux personnes publiques dans l'ensemble de ces situations ne sont dues qu'à la qualification supplémentaire ajoutée au contrat. Sans ce supplément d'âme, le contrat serait demeuré une simple concession domaniale à laquelle on ne pouvait imposer aucune règle générale de passation (cf. 12 mars 1999, Ville de Paris, « Orée du bois »).

Deuxième observation, on a beaucoup dit – notamment à propos de la décision Decaux – que la requalification à laquelle procédait le juge administratif s'expliquait uniquement par la volonté qui était la sienne d'imposer une mise en concurrence à des contrats domaniaux dont le régime juridique ne le prévoyait pas, de sorte qu'il se serait agi d'atteindre une fin sans trop se préoccuper des moyens pour y parvenir. J'ai quelques souvenirs – en particulier de la décision Decaux et de la décision Sarl Plage chez Joseph – et je puis dire que dans ces affaires, le Conseil d'Etat a surtout eu à cœur de retenir des positions réalistes par rapport à ce que sont ces contrats.

Si l'on considère ensuite les exceptions textuelles à la règle selon laquelle aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'est en principe prévu, il faut observer que des dispositions organisant l'occupation de certaines dépendances domaniales, ont pu créer des obligations de publicité et de mise en concurrence

Je prendrai deux exemples.

Les concessions de mines tout d'abord. Il est vrai qu'on a pu contester que les concessions de mines soient des concessions domaniales (Laubadère A. de, Moderne F., Delvolvé p. Traité des contrats, 2^{ème} édition, T. I, n°272). Mais si l'on passe sur cette controverse doctrinale, on peut constater, ce qui n'est tout de même pas sans intérêt, qu'aux termes de l'article 25 du code minier, « La concession est accordée par décret en Conseil d'Etat après enquête publique et mise en concurrence ».

Les marchés d'intérêt national ensuite. Le décret n°2005-1595 du 19 décembre 2005 relatif aux marchés d'intérêt national prévoit, en son article 21, que lorsque le marché est installé sur le domaine public, « L'autorisation de s'établir sur le marché d'intérêt national est donnée par son gestionnaire. Elle est précédée d'une publicité appropriée ».

Ces deux exemples montrent que le législateur ou le pouvoir réglementaire ont d'eux-mêmes pris le parti, dans certaines matières, de fixer des règles dérogatoires à celles du droit commun. Pourquoi ? L'hypothèse que je fais est qu'il y a une prise de consciences progressive – et le début d'évolution qui l'accompagne – qu'en certaines matières, il n'est plus possible de continuer exactement comme avant.

2.2. Le régime de passation des concessions domaniales est-il appelé à évoluer ?

Cette remarque me conduit à aborder la question des évolutions que pourrait connaître l'état du droit que je viens de décrire. Je me bornerai à ce stade à faire état de deux aspects : les facteurs de cette évolution possible et les difficultés qu'elle poserait.

Si on devait évoluer un jour vers une obligation générale de publicité et de mise en concurrence pour la passation des contrats d'occupation du domaine public, il me semble que cela serait sous l'influence de deux mouvements juridiques dont il importe de mesurer la portée exacte.

Le premier facteur d'évolution serait le droit communautaire. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes a jugé, on le sait, que le principe de non discrimination, découlant directement du traité, implique une obligation de transparence, laquelle suppose un minimum de publicité. C'est la portée de la décision Telaustria (7 décembre 2000 aff. C-234/98). Beaucoup de choses très savantes ont été écrites à propos des effets potentiellement cataclysmiques de cette jurisprudence. J'ai pour ma part des réserves à considérer qu'il faudrait déduire de cet arrêt que la passation d'une concession domaniale pure serait soumise à l'obligation d'une publicité et d'une mise en concurrence. Y fait selon moi obstacle, en l'état actuel de la jurisprudence de la cour, le fait que fondamentalement, la concession domaniale n'est pas un contrat de commande publique. C'est tout au plus un contrat par lequel la personne publique autorise un tiers à occuper le domaine public. Si l'administration exige de ce tiers qu'il entretienne la dépendance domaniale, dans l'intérêt de celui-ci, cette part de prestation est en général tout à fait mineure par rapport à ce qu'est

l'objet du contrat. Aussi bien, il me paraît bien délicat de plaquer à ces contrats des principes de publicité et de mise en concurrence qui n'ont pas franchement été conçus pour eux.

A cet égard, je ne crois pas que l'arrêt de la CJCE du 18 juin 1985 P. Steinheuser c/ Ville de Biarritz (n°187/84, p. 01819), qui portait quant à lui sur une concession domaniale pure (l'attribution de cabanes à des artistes peintres pour y exercer leur art) puisse être regardé comme ayant tranché la question. Cet arrêt – s'il a effectivement censuré une violation assez flagrante du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité - est antérieur à l'arrêt Telaustria, ne se situait pas dans le même paysage conceptuel et ne posait pas un problème de concurrence.

Le second facteur d'évolution – si évolution il devait y avoir – résulterait des positions prises par les autorités de la concurrence elles-mêmes. Dans l'avis précité du 21 octobre 2004, le Conseil de la concurrence explique, faisant application de la théorie des installations essentielles, que lorsqu'une personne publique accorde à son occupant la garantie d'exclusivité en interdisant à tout autre opérateur d'exercer la même activité sur la portion de domaine public en cause, cette exclusivité doit être justifiée, ce que l'on peut concevoir, par des considérations techniques ou financières sérieuses. Mais il ajoute que dans ce cas « le Conseil recommande qu'elle ait pour contrepartie l'organisation d'une publicité préalable et d'une durée brève d'application ».

Passons sur la question de la durée – même si elle a des conséquences importantes en matière de concurrence. On voit bien, s'agissant des conditions de passation, que dans ce cas particulier, il y a une contradiction potentielle entre le droit administratif des biens traditionnel et le droit de la concurrence.

Pour finir, je souhaiterais mentionner quelques unes des difficultés sérieuses que ne manquerait pas de poser l'instauration d'une règle générale de publicité et de mise en concurrence préalable à la passation des concessions domaniales.

Il y a d'abord, à mon avis, un problème de curseur et de cohérence. Si l'on devait considérer que s'applique la logique de la publicité adaptée ou adéquate (7 octobre 2005, région Nord Pas de Calais, pour les marchés publics), on rencontrerait sans doute quelques difficultés. Les concessions domaniales – notamment les plus modestes – ne sont à l'évidence pas du tout des contrats de commande publique. On ne voit pas comment il serait possible de justifier une mise en concurrence entre des opérateurs qui, souvent, ne sont pas légions.

Il y a ensuite un problème d'identification. Depuis fort longtemps, on a souligné que la distinction entre la concession domaniale et l'autorisation unilatérale d'occuper le domaine était souvent très artificielle (cf. JM Auby, « Les contrats comportant occupation du domaine public », D. 1953, chron. P. 99). Si on décidait d'imposer une procédure préalable aux seuls actes contractuels d'occupation du domaine, on ne voit pas bien pourquoi on exclurait les actes unilatéraux ; si à l'inverse on les incluait, on se trouverait dans l'hypothèse assez inhabituelle de prévoir une mise en concurrence sans contrat à suivre.

Enfin, il nous semble qu'il y a un problème de conception même du domaine public. Si on évolue vers une procédure de mise en concurrence généralisée avec l'annonce de critères de sélection, cela signifie que le maître du domaine, au moment de choisir l'occupant sera tenu par ces critères comme c'est bien normal. On abandonnerait alors la situation qui prévaut

pour le moment et qui reconnaît à l'administration un pouvoir quasi discrétionnaire dans le choix de son occupant (6 novembre 1995, Ville de Paris). On peut se réjouir à l'idée d'une telle évolution, mais il est certain qu'elle dénoterait un changement de conception assez fondamental. Pourrait-on encore dire, comme je n'ai cessé de le faire depuis le début de cette intervention, que la personne publique est « maître du domaine » ? Rien n'est moins sûr.

Troisième table ronde

DROIT DE LA CONCURRENCE ET POUVOIRS DE POLICE : LA VIOLATION DU SANCTUAIRE DES PREROGATIVES DE PUISSANCE PUBLIQUE

Introduction de Maître Martine Cliquennois

Nous avons vu ce matin comment la prise en compte de la concurrence était une donnée évidente lorsque les personnes publiques se livrent elles-mêmes à des activités économiques, qui relèvent du marché : lorsqu'une personne publique se comporte comme un opérateur, elle est traitée comme un opérateur.

On se réfèrera en ce sens à la décision « refondatrice » rendue par l'Assemblée du Conseil d'Etat le 31 mai 2006 (Ordre des Avocats au Barreau de Paris), qui retient la nécessité de respecter la libre concurrence pour ce qui concerne tant le principe même de l'action économique des acteurs publics, qu'en ce qui concerne les modalités de cette action.

A l'inverse, on pourrait avoir le sentiment que lorsque la personne publique se comporte en personne publique, c'est à dire se concentre sur ses missions d'autorité, de puissance publique, de souveraineté, lorsqu'elle émet des actes administratifs unilatéraux, elle serait préservée de cette influence de la concurrence.

Le sanctuaire propre à ces fonctions régaliennes serait préservé ; on pourrait avoir cette impression lorsque l'on s'arrête dans cet arrêt du Conseil d'Etat sur la formule que je cite par commodité :

« Considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ;

qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se

réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ; »

On pourrait être tenté de déduire de cette formule que le Conseil d'Etat a recréé un sanctuaire des activités de service public administratif, à l'abri total de la concurrence.

Or, il n'en est rien. C'est l'objet de la présente table ronde.

Le sanctuaire des activités administratives, des activités de réglementation, d'édition d'actes de police, ou de dévolution de services publics n'est pas, et avant même l'arrêt fondateur du 31 mai 2006, un sanctuaire inaccessible. La préoccupation de la concurrence a déjà atteint les actes administratifs unilatéraux, les actes de puissance publique.

L'édition des règles en matière de police administrative doit prendre en compte les règles de concurrence, et avoir le souci de l'effet sur la concurrence que produira l'acte de police. La concurrence devient une composante de l'intérêt général, c'est la conclusion du rapport du Conseil d'Etat en 2002.

Nous allons décliner cette évolution sous trois aspects complémentaires.

Les collectivités territoriales, coeur de cible de cette journée, édictent des règlements locaux de publicité. Mr le Professeur Gilles DUMONT, de l'Université de Limoges, va nous montrer comment cette prise en compte de la concurrence peut générer de nouvelles questions.

Le Conseil d'Etat, en tant que juge de la légalité des actes, a à se pencher sur des aspects finalement assez variés de la concurrence. Monsieur le Conseiller d'Etat Rémy SCHWARTZ nous livrera un panorama de jurisprudence.

Enfin, Monsieur François MICHAUD NERARD, en tant que Directeur de la SEM des Pompes Funèbres de la Ville de Paris, était le mieux placé pour nous donner sa vision de l'effectivité de cette concurrence dans la dévolution du service extérieur des pompes funèbres, après la loi dite « Sueur » de 1994, et après la jurisprudence inauguratrice « Million et Marais » rendue le 3 novembre 1997 par le Conseil d'Etat.

Messieurs, nous vous écoutons avec attention.

REGLEMENTATION LOCALE DE LA PUBLICITE COMMERCIALE ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Gilles Dumont

Professeur de droit public

Faculté de droit et des sciences économiques de Limoges

Considérer la réglementation locale de la publicité commerciale à travers le seul prisme des relations entre décisions mettant en œuvre des prérogatives de puissance publiques et droit de la concurrence serait, assurément, très réducteur. La réglementation locale de la publicité n'est pas en effet uniquement une mesure de police administrative : elle est, d'abord et le plus souvent, une action fondamentalement économique, soit indirectement, par ses effets sur les activités d'opérateurs économiques (sociétés d'affichage, mais aussi sociétés tirant bénéfice d'un affichage publicitaire), soit directement, en tant que source de revenus pour la collectivité. On sait en effet que les implications économiques de la réglementation de la publicité sont prises en considération, un motif essentiellement financier dans la fixation des redevances d'occupation du domaine en raison de l'utilisation d'espaces publicitaires étant traditionnellement accepté par le juge administratif, voir exigé au regard de l'intérêt du domaine. En outre, cette activité de réglementation ne se limite pas au seul domaine public, et il n'est par conséquent pas étonnant que le droit de la concurrence prenne en compte cette activité : on devrait plutôt s'étonner qu'il ait fallu attendre l'avis *Société L&P publicité*⁷⁷ pour que la question soit posée, en dehors du seul aspect, relativement périphérique, de l'attribution des contrats de mobilier urbain qui peuvent servir de support publicitaire.

La réglementation locale de la publicité revêt donc des facettes multiples : confrontée au droit de la concurrence par son caractère économique, elle est pourtant d'abord une mesure destinée à protéger l'environnement. Elle est, bien que de façon marginale, une mesure de protection de la sécurité publique, et à ce titre de l'ordre public ; elle constitue également un document d'aménagement, ainsi que son élaboration concertée le laisse largement apercevoir. L'élaboration d'une réglementation locale de publicité, ainsi que son application, répondent donc à des objectifs différenciés, voire opposés. Conséquence de cette diversité, l'obligation de conciliation entre la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence d'une part, la protection de l'ordre public de l'autre, rappelée par le Conseil d'Etat dans l'avis *Société L&P Publicité*, conciliation qui ne se limite pas, en matière de réglementation locale de publicité, à ces deux objectifs, peut présenter des difficultés particulières d'appréciation.

⁷⁷. CE, Sect., 22 novembre 2000, *Société L&P publicité*, *Rec.*, p. 526, concl. S. Austray ; *AJDA* 2001, p. 198, note M.-C. Rouault ; *D.* 2001, jurispr. p. 2110, note N. Albert ; *RDP* 2001, p. 393, note C. Guettier.

I. L'identification des finalités de la réglementation locale de publicité commerciale

A/ Protection de l'ordre public ou protection de l'environnement ?

La réglementation locale de la publicité commerciale, et le règlement local de publicité en particulier, est traditionnellement considérée, on l'a dit, comme une *mesure de police*. Elle l'est sans doute, mais de façon seulement résiduelle au titre des finalités classiques des pouvoirs de police. En effet, la rédaction du code de l'environnement, au sein duquel les dispositions de la loi du 29 décembre 1979 ont trouvé place alors qu'on aurait pu les imaginer, ou au moins certaines d'entre elles, au sein du code général des collectivités territoriales, a fait des mesures relatives à la publicité les seules dispositions permettant d'assurer la « *Protection du cadre de vie* », qui constitue le titre VIIIe (et dernier titre général) du code de l'environnement. Par conséquent, la finalité première de la réglementation locale de la publicité n'est pas l'ordre public ou la sécurité publique, et ce alors que cette finalité était bien chronologiquement première : il s'agit de la protection du cadre de vie. Cette notion, ainsi que le juge a eu l'occasion de le rappeler, ne se limite pas à la seule sauvegarde des lieux faisant l'objet d'une protection particulière⁷⁸ : elle s'étend sur l'ensemble du territoire de la collectivité territoriale.

La réglementation locale de la publicité ne peut, en outre, être aisément assimilée à une mesure de police dans la mesure où l'articulation traditionnelle entre différents pouvoirs de police n'est pas respectée s'agissant de cette réglementation locale. D'une part, les mesures locales de protection du cadre de vie peuvent assouplir des dispositions nationales de police de la sécurité publique : le Conseil d'Etat a ainsi affirmé qu'« aucune règle ni aucun principe n'impos[e] que les mesures prises pour protéger le cadre de vie soient, de façon générale, moins sévères que les règles édictées dans l'intérêt de la sécurité routière »⁷⁹ : l'autorité locale dispose donc, ainsi que le reconnaît par ailleurs le même juge, d'une pleine latitude pour alléger ou alourdir la réglementation nationale de police. D'autre part, le juge a également reconnu la possibilité pour un règlement local de publicité d'assouplir la réglementation nationale de la publicité, en dehors de toute circonstance particulière et d'autorisation explicite de l'autorité réglementaire nationale : là encore, il est difficile de considérer que le règlement national de publicité peut être considéré comme une mesure de police, tout au moins une mesure de police comme les autres⁸⁰.

B/ La réglementation de la publicité, source de revenus pour la collectivité.

La réglementation locale de publicité est aussi, et peut-être devrait-on dire principalement, une source de revenus pour les collectivités territoriales. Cette finalité,

⁷⁸. CE, 31 juill. 1996, req. n° 161146 ; *Cne de Quétigny c/ Union des chambres syndicales de la publicité extérieure*, JCP 1997, II, 22770.

⁷⁹. CE, 27 juillet 2005, *Société PLM Affichage*, AJDA 2005, p. 2295, note Jean-Yves Vincent : « La protection du cadre de vie justifie des interdictions d'affichage ».

⁸⁰. CE, 31 juill. 1996, *Cne de Quétigny*, préc.

dont la pertinence a été reconnue par le juge dès 1969⁸¹, peut trouver de multiples voies d'épanouissement dans le cadre de la réglementation, voire de l'exercice, de la publicité locale. Et c'est par son biais que la question de la concurrence s'est évidemment posée. A cet égard, il faut préciser quels en sont les enjeux.

1/ La réglementation locale de la publicité porte notamment, mais non exclusivement, sur le *domaine public* de la commune. Or la gestion du domaine public doit être réalisée, selon la formule bien connue de l'arrêt *Sté nationale d'éditions cinématographiques*⁸², « dans l'intérêt du domaine », c'est-à-dire essentiellement de sa conservation et de sa valorisation financière.

Dans l'avis *L&P Publicité*, le Conseil d'Etat estime que la confrontation de la réglementation locale de la publicité avec les règles de concurrence vient de ce que cette réglementation est « susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services » ; cette formule, qui vise explicitement l'exercice des pouvoirs de police auquel, on l'a vu, la réglementation locale de la publicité commerciale est irréductible, devrait pouvoir être dépassée. En effet, la réglementation de la publicité n'est dans ce cadre appréhendée que par le truchement des effets qu'elle est susceptible de produire sur le marché, selon le principe de l'opposabilité, mais elle n'est pas du tout appréhendée comme activité économique en elle-même, entraînant l'applicabilité du droit de la concurrence. Or la jurisprudence *Société EDA*⁸³ serait pourtant ici tout à fait transposable : il n'y a aucune raison pour ne pas considérer que l'allocation des ressources rares que constituent les autorisations d'implantation d'équipements publicitaires, soit sous forme de mobilier urbain⁸⁴, soit privés, ne se voient appliquer les règles de concurrence. C'est déjà, on le sait, le cas pour les conventions de mobilier urbain ; on voit mal ce qui empêcherait que le raisonnement soit étendu aux autres formes d'allocation, auxquelles, en outre, l'élaboration d'un règlement local de publicité peut, en lui-même, être assimilé.

Toutes choses égales par ailleurs, il semble possible d'estimer que l'accès à l'activité publicitaire sur le territoire de la commune, au-delà du seul domaine public communal, doit être, si l'on considère exclusivement la question concurrentielle, ouvert aux opérateurs publicitaires dans des conditions tarifaires non discriminatoires, cet accès étant indispensable à l'exercice d'une activité dont il est le support, par transposition de la jurisprudence *Société EDA*. Le refuser, en interdisant par exemple totalement la publicité sur le domaine, ou, à l'inverse, en n'autorisant la publicité que sur le domaine public moyennant le paiement des redevances correspondantes, caractériserait un comportement abusif dans l'usage de la position dominante que la collectivité exerce sur l'accès à l'espace territorial dont elle a la charge.

2/ Si cette interprétation n'est pas totalement acquise à l'heure actuelle, elle est cependant déjà en gestation dans la jurisprudence administrative. Le respect des règles de concurrence suppose en effet que la personne publique n'ait pas de comportement discriminatoire dans l'attribution des ressources nécessaires à l'accès la publicité.

La collectivité ne peut, tout d'abord adopter une réglementation visant à favoriser une entreprise déterminée. C'est le comportement qui était en cause dans l'affaire *L&P*

⁸¹. CE, 2 mai 1969, *Société d'affichage Giraudy*, *AJDA* 1970, note A. de Laubadère.

⁸². CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*.

⁸³. CE, sect., 26 mars 1999, *Société Eda, Rec.*, p. 96, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 1999, p. 427, note M. Bazex ; *RFDA* 1999, p. 977, note D. Pouyaud.

⁸⁴. CE, 8 décembre 1999, *Cne de Pont-à-Mousson*.

Publicité : le fait d'interdire l'implantation de panneaux publicitaires à compter d'une date déterminée, en vue d'empêcher l'accroissement du nombre et de la superficie globale des panneaux existants, réserve de fait l'accès au marché de l'affichage qu'aux entreprises d'affichage propriétaires desdits panneaux et méconnaît ainsi les règles de concurrence⁸⁵.

Mais la collectivité ne doit également pas favoriser ses propres installations. La jurisprudence manque cependant de netteté sur ce point : alors que le Conseil d'Etat avait reconnu en 1995 la possibilité d'une interdiction générale de publicité à l'exception du mobilier urbain⁸⁶, un arrêt *Commune de Pont-à-Mousson* de 1999 condamne le traitement différencié réservé au mobilier urbain, mais semble-t-il moins en tant que tel que parce que n'était visé que le mobilier urbain déjà installé⁸⁷. Depuis cette date, une cour administrative a jugé que le maire peut, en délimitant certaines zones de publicité restreinte, favoriser le support que constitue le mobilier urbain, sans nécessairement conduire une entreprise à l'exploitation abusive d'une position dominante⁸⁸. Mais dans ces hypothèses, ce n'est pas l'activité de réglementation en tant que telle qui est confrontée aux règles de concurrence, mais bien les effets qu'elle induit sur son destinataire -- qui, il est vrai, peut être la même entité, mais considérée cette fois en tant qu'opérateur économique.

On se rapproche toutefois d'une confrontation directe avec les règles de concurrence lorsque le juge estime illégale, en 2000, la discrimination opérée entre le domaine public de la commune et le domaine public des autres personnes publiques (établissements publics) implantées sur son territoire, l'affichage ne pouvant être autorisé par dérogation que sur le territoire de la première⁸⁹. Ce qui est, en fin de compte, sanctionné dans ces différentes affaires, c'est le fait que la primauté, ou plutôt l'exclusivité, est donnée à la rentabilisation du domaine public sur les autres objectifs que doit prendre en compte l'autorité de réglementation : les enjeux financiers et économiques ne peuvent tout justifier pour une collectivité.

II. La combinaison des finalités de la réglementation locale de la publicité commerciale

La diversité des finalités de la réglementation locale de publicité soulève, bien évidemment, la question de la conciliation, par combinaison ou par hiérarchie, de ces différents objectifs que l'administration doit garantir. La situation semble, à suivre l'avis *L&P Publicité*, relativement simple : le juge doit rechercher si les mesures « 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 ». Il y a donc une obligation de combinaison (A), sur laquelle est exercé un contrôle de proportionnalité (B). Ces deux caractéristiques sont cependant loin d'être uniformément appliquées.

⁸⁵. TA Pau, 31 mai 2001, req. n° 98/1810 et n° 98/1812, *Sté L & P. Publicité c/ Cne de Bayonne* : *Rev. jur. env.* 2001/3, note P. Zavoti.

⁸⁶. CE, 3 juillet 1995, *SA Dauphin*.

⁸⁷. CE, 8 déc. 1999, *Cne de Pont-à-Mousson*, *JCP* 2000, II, 10331, note J.-P. Strebler.

⁸⁸. CAA Douai, 31 mai 2001, n° 97DA02649, *Union de la publicité extérieure*.

⁸⁹. CE, 9 février 2000, *Commune de Noisy-le-Grand*.

A/ L'obligation de combinaison des objectifs de la réglementation locale de publicité

Le principe de la réglementation locale de publicité est la liberté : la jurisprudence affirme en effet qu'il existe une liberté totale de réglementation de la publicité, sauf à ce que cette réglementation aboutisse à une interdiction générale et absolue⁹⁰ ; cette liberté peut, bien évidemment, se traduire aussi par l'absence pure et simple de réglementation locale, l'activité publicitaire étant alors exclusivement régie par les dispositions nationales (mais sanctionnée par la collectivité territoriale). Cette importante marge d'appréciation explique d'ailleurs que le maire agisse en la matière en tant qu'organe exécutif de la commune et non en tant que représentant de l'Etat, bien que la jurisprudence ait longtemps hésité en la matière⁹¹ ; il subsiste, de cette hésitation, une séquelle : lorsque la compétence en matière de protection de l'environnement est transférée à un établissement de coopération intercommunale, c'est le préfet qui devient compétent pour élaborer la réglementation locale de la publicité commerciale.

La combinaison que doit opérer l'autorité locale entre les différents intérêts (généraux) en présence soulève la question de l'articulation entre règles de concurrence et protection de l'environnement. A cet égard, la jurisprudence semble hésiter sur la primauté éventuelle à accorder à la protection de l'environnement, et il s'avère nécessaire de distinguer trois hypothèses.

S'agissant du *règlement national* de publicité, élaboré par voie réglementaire, le juge administratif semble faire prévaloir la protection du cadre de vie, en estimant que « compte tenu de l'objectif de protection du cadre de vie en vue duquel elles ont été prises », les dispositions en cause « ne portent pas une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce et de l'industrie »⁹².

La situation du *règlement local* est différente : le juge vérifie, comme le conseil d'Etat l'a précisé dans l'avis *L&P Publicité*, que la combinaison des normes a été respectée, sans qu'il soit possible d'affirmer que l'une d'entre elle revêt une importance particulière. Tout au plus a-t-on pu souligner que les règles de concurrence doivent seulement être « prises en compte », tandis que l'ordre public est « l'objectif » des mesures de police, même spéciales. Cependant, cette différenciation terminologique ne doit pas faire illusion : c'est bien une obligation de combinaison de « l'ensemble de ces objectifs et de ces règles » qui est exigée par le Conseil d'Etat.

Mais s'agissant des *actes d'application du règlement*, il a été jugé tout récemment, à propos d'un refus d'autorisation d'enseigne, que « le refus contesté opposé dans un but de protection de l'environnement, ne porte pas illégalement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie »⁹³.

La même approche est retenue s'agissant des sanctions. La Cour administrative d'appel de Paris a affirmé que la société requérante « ne peut utilement soutenir que l'arrêté de mise en demeure, pris en application des dispositions de la loi du 29 décembre 1979 et conformément au but de protection de l'environnement poursuivi par cette loi, aurait porté irrégulièrement atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie non

⁹⁰. CE, 2e et 6e sous-sect. réunies, 31 juill. 1996, req. n° 161146 ; *Cne de Quétigny c/ Union des chambres syndicales de la publicité extérieure*, JCP 1997, II, 22770.

⁹¹. v. Paul Cassia, « Le maire, agent de l'Etat », AJDA 2004, p. 245.

⁹². CE, 27 juillet 2005, *Société PLM Affichage*, AJDA 2005, p. 2295, note Jean-Yves Vincent : « La protection du cadre de vie justifie des interdictions d'affichage ».

⁹³. CAA Paris, 27 juin 2006, *BRED*, Req. 03PA04837.

plus qu'aux règles de la concurrence »⁹⁴. En réalité, cette exception est due au domaine concerné, celui des *sanctions* : ainsi que l'explique un commentateur de l'arrêt, « les différences de traitement et leurs conséquences économiques ne peuvent être condamnées sur le terrain de la dimension répressive des polices environnementales car dans tous les cas le bénéficiaire de l'exploitant est dans une situation irrégulière. Ainsi l'impossibilité de soutenir dans une telle hypothèse une rupture d'égalité ne pourrait être dépassée en se situant sur le terrain du droit de la concurrence »⁹⁵.

B/ L'obligation d'effectuer une exacte application des normes combinées

L'avis L&P publicité donne un programme précis de l'office du juge quant au contrôle de la réglementation locale de la publicité : il lui appartient d'en apprécier la légalité « 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 ». Le terme d'exacte application laisse croire que le contrôle ne portera pas uniquement sur l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'autorité administrative dans la combinaison des normes, mais bien sur l'exactitude de la décision ; une telle affirmation peut étonner dans le cadre de la très large compétence dont disposent les autorités locales en la matière : de fait, elle laisse la place, dans l'appréciation concrète de la légalité de la réglementation, à une appréciation nuancée. Il faut, semble-t-il, distinguer en la matière le contenu le plus concret de la réglementation, des principes dont elle a voulu s'inspirer, même si cette distinction semble délicate à suivre jusqu'à son terme.

Le contrôle opéré par le juge sur la répartition des zones de protection et leur étendue se limite, en effet, à un contrôle de l'erreur manifeste. Ainsi, en 1997, le Conseil d'Etat pouvait estimer qu'en instituant une zone « de protection absolue » où l'affichage publicitaire est interdit sur d'autres supports que le mobilier urbain mis en place par la commune, zone qui correspond aux quartiers résidentiels de la commune, le maire n'a pas commis « d'erreur manifeste d'appréciation »⁹⁶. Mais ce contrôle de l'erreur manifeste portait, en réalité, au-delà des seuls éléments factuels, et même géographiques, de la réglementation, sur la combinaison des normes. Ainsi, dans une autre hypothèse, le juge estimait qu'« en réglementant la publicité dans le quartier de la gare, lequel ne présente aucun caractère particulier sur le plan architectural ou esthétique, le maire, en voulant éviter la prolifération de dispositifs publicitaires qui aurait été de nature à porter atteinte au cadre de vie dans un lieu très fréquenté de la commune, n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation »⁹⁷.

Le contrôle sur la combinaison des normes de référence serait, quant à lui, un contrôle approfondi, conformément aux évolutions du contrôle du juge dans les domaines économiques, évolution que l'on rencontre par exemple dans le contrôle des décisions des commissions d'équipement commercial⁹⁸. L'intégration des objectifs de concurrence dans la définition même de l'intérêt général, réalisée par l'arrêt *Société EDA* et par l'avis *L&P Publicité*, mène à l'adoption d'un contrôle approfondi, non pas

⁹⁴. CAA Paris, 9 déc. 2003, *Sté Arc-en-ciel*, Req. 01PA02925, *Environnement*, mai 2004, n° 10, note D. Deharbe.

⁹⁵. David Deharbe, note sur CAA Paris, 9 déc. 2003, *Sté Arc-en-ciel*, préc.

⁹⁶. CE, 2e et 6e sous-sect., 10 nov. 1997, req. n° 161658 ; *Cne du Grand Quevilly*, JCP 1998, II, 10046.

⁹⁷. TA Versailles, 6 déc. 1994, *Sté Avenir Publicité c/ Préfet du Val-d'Oise*, req. n° 894733.

⁹⁸. CE, 30 juillet 2003, *Caen distribution*, AJDA 2003, p. 2036, concl. R. Schwartz.

sur les aspects strictement environnementaux, mais bien sur la combinaison entre les différents objectifs que l'autorité administrative doit prendre en compte dans l'élaboration de la réglementation lorsque celle-ci a des effets économiques⁹⁹. Pourtant, et ce à quelques jours de l'avis *L&P Publicité*, le Conseil d'Etat s'est limité à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'appréciation effectuée par une commune dans la mise en relation des différentes normes en présence¹⁰⁰.

Une zone d'ombre subsiste donc sur les modalités concrètes selon lesquelles la combinaison entre les différents objectifs de la réglementation locale peut s'opérer : situation qui permet au Conseil d'Etat de conserver une marge d'appréciation dans la prise en compte ou l'application des règles de concurrence, mais qui n'est pas forcément la plus heureuse pour la sécurité juridique des normes locales de réglementation de la publicité commerciale.

⁹⁹. Voir sur ce point Olivier Fuchs, « La conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence », *AJDA* 2006, p. 746.

¹⁰⁰. CE, 8 novembre 2000, *Commune de Gières*. La formulation retenue par le Conseil d'Etat n'est pas très heureuse, d'une part en ce qu'elle mêle indistinctement combinaison des objectifs et appréciation matérielle, d'autre part en ce qu'elle semble réserver un traitement spécial, entraînant une limitation du contrôle à l'erreur manifeste, à la loi de 1979, c'est-à-dire à la protection du cadre de vie. Si le juge poursuivait dans cette voie, il y aurait alors deux temps du raisonnement (et de l'intensité du contrôle) : un contrôle restreint, et préalable, sur la détermination du zonage au regard de la protection du cadre de vie ; un contrôle approfondi, ensuite, de la combinaison entre les modalités choisies (et validées) pour protéger le cadre de vie et leurs conséquences sur la libre concurrence et la protection de l'environnement. Mais ce second temps est plus qu'elliptique dans la décision *Commune de Gières*.

Rémy Schwartz
Conseiller d'Etat

Mon intervention relève d'une analyse personnelle de la jurisprudence combinant la police administrative et le droit de la concurrence. Tout d'abord, nous verrons que le contrôle des mesures administratives au regard du droit de la concurrence est souvent perçu comme récent et moderne. Or, ce contrôle existe depuis que le juge administratif intervient sur ce type de décision. Ensuite, nous explorerons ce qui a effectivement changé : les mesures de police soumises à un contrôle au regard des règles posées par l'ordonnance de 1986, codifiée aujourd'hui au Code de commerce, qui prohibe notamment l'abus de position dominante. En troisième lieu, les mesures de police administrative — comme toute décision administrative — sont soumises au respect du droit de la concurrence en combinaison avec le respect d'autres intérêts publics.

**Le droit de la concurrence appliqué aux mesures administratives :
un droit moderne ?**

Depuis qu'existe une jurisprudence administrative, il existe en réalité un contrôle des mesures de police administrative au regard de ce que l'on appelle le droit de la concurrence. Les professeurs d'université enseignent un arrêt célèbre, l'arrêt du 30 mai 1930 Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers qui affirme le principe de liberté du commerce et de l'industrie. La déclinaison de ce principe se retrouve bien évidemment dans le droit de la concurrence. Avant même l'affirmation du principe général du droit de la liberté du commerce et de l'industrie on retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat cette soumission des polices administratives à la concurrence. Citons ainsi l'arrêt du 7 juin 1865 (*Lesbatz*), par lequel le Conseil d'Etat a jugé qu'un préfet ne pouvait utiliser son pouvoir de police pour intervenir dans les conditions de la concurrence entre diverses entreprises assurant la correspondance entre une station de chemin de fer et une ville. Dans un arrêt du 8 juin 1917 (*Prabet*), le juge a estimé que « l'autorité investie des pouvoirs de police ne peut légalement limiter la concurrence dans la profession de chauffeurs de taxi en refusant de nouveaux permis de stationnement ou en limitant le nombre de taxis ».

Dès l'origine, dans le cadre d'une économie libérale, le juge administratif avait intégré tout à fait naturellement la nécessité de respecter ce principe du droit de la concurrence qui dérive du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Bien évidemment, comme il est enseigné depuis des générations dans les universités de droit, l'arrêt *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, a affirmé ce principe de liberté du commerce et de l'industrie comme un principe général du droit. En déroulant la jurisprudence du Conseil d'Etat, on trouve à travers les décennies des décisions annulant des mesures de police administrative pour méconnaissance du principe de liberté du commerce et de l'industrie : par exemple l'arrêt du 23 mars 1938 (*Société des*

transports Citroen), « un maire ne peut modifier l'itinéraire d'un autobus à seule fin de favoriser un commerçant ; l'arrêt du 20 octobre 1971 (*Estagnou*) : « il ne peut réglementer l'activité d'un plagiste dans le seul but de favoriser son concurrent » ; de même par l'arrêt du 25 janvier 1991 (*Brasseur*) ont été jugées illégales des réglementations qui restreignaient l'activité de commerçants ambulants parce qu'elles avaient pour objet de favoriser l'activité de commerçants sédentaires de la commune — on parlerait aujourd'hui de discrimination ou de violation de la concurrence.

D'une façon plus générale, dans le cadre de ce contrôle, depuis des décennies, le juge administratif fait ce que le professeur Dumont appelait un "contrôle de proportionnalité" entre différents intérêts. Par exemple, il a admis que « le maire d'une commune pouvait réglementer l'exercice d'une activité commerciale sur le territoire de sa commune afin de garantir la commodité de stationnement et de circulation et la tranquillité publique (arrêt du 7 juillet 1993, *Cazorla*) ; et dans le but d'assurer la salubrité publique — on parlerait aujourd'hui de sécurité alimentaire —, le maire a pu interdire la vente de sandwiches et de gâteaux sur la plage en été (arrêt du 21 février 1986, *Commune de Fleury d'Aube contre Roustan*). Cette réglementation de police doit être proportionnée : c'est-à-dire qu'elle ne peut prendre la forme d'une interdiction générale comme par exemple l'interdiction de l'exercice de tout commerce ambulant sur le territoire d'une commune (26 avril 1993, *Commune de Méribel – les Alus*) ; de même l'autorité de police, ne peut réglementer la profession d'entrepreneurs de taxis en posant comme règle que la licence de taxi est subordonnée à la propriété du taxi (13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie*).

Donc, depuis des décennies, les mesures de police ont toujours été soumises au respect d'une concurrence claire et loyale.

Les règles de l'ordonnance de 1986, codifiée au Code de commerce

Les mesures de police, réglementaires ou individuelles, soumises à un contrôle au regard des règles posées par l'ordonnance de 1986 (codifiée aujourd'hui au Code de commerce) prohibent les ententes et surtout l'abus de position dominante. Elles sont dérivées de la logique de respect de la concurrence. Au départ, le juge administratif et le Tribunal des conflits considéraient qu'en soi, une décision administrative — et entre autre une mesure de police — ne pouvait constituer un abus de position dominante. A l'origine, la jurisprudence refusait de contrôler la légalité de ces décisions au regard des règles de l'ordonnance de 1986 : arrêt du Tribunal des conflits du 6 juin 1989 (*Préfet de la région Ile-de-France*) confirmé par le même tribunal dans un arrêt du 4 novembre 1996 (*Société Datasports*). Durant quelques années, le Conseil d'Etat a rappelé cette jurisprudence et l'a appliquée en affirmant qu'en principe une décision administrative ne pouvait, compte tenu de sa nature, méconnaître cette ordonnance et constituer un abus de position dominante : arrêt du 23 juillet 1993 (*Compagnie générale des eaux*) et arrêt du 29 juillet 1994 (*Camif*). En s'attachant aux effets de la décision, le juge a évolué dans son raisonnement : si en soi, une décision administrative ou une mesure de police ne peut constituer un abus de position dominante, elle peut avoir pour effet de permettre un abus de position dominante. Cette évolution du raisonnement s'est faite naturellement, car dans d'autres contentieux, le juge a été amené à prendre en compte les effets d'une décision administrative au regard par exemple des règles du Code civil : Par la décision de section du Conseil d'Etat du 22 mars 1996 (*Mmes Paris et Roignot*)

concernant une affaire banale de règlement intérieur d'un établissement d'enseignement, le juge a estimé qu'un tel règlement ne pouvait avoir pour effet de permettre une violation des règles du Code civil et notamment des règles de majorité. Le Conseil d'Etat l'a affirmé également dans un arrêt d'assemblée du 6 décembre 1996 (*Société Lambda*) en contrôlant un décret plaçant un haut fonctionnaire à la tête d'une entreprise publique pour voir les effets de ce décret au regard du Code pénal : en soi, un décret du président de la République ne peut constituer une violation du Code pénal, bien évidemment, mais il peut avoir pour effet de placer l'intéressé en situation de violer le Code pénal notamment dans la logique d'une prise illégale d'intérêt. Compte tenu de ces prises en compte des effets de la décision, le Conseil d'Etat a accepté de mesurer les effets d'un décret pour voir s'il violait les règles de la concurrence, et dans un premier temps du droit communautaire. Par l'arrêt du 8 novembre 1996 (*Fédération française des sociétés d'assurance*) le Conseil d'Etat a ainsi annulé un décret qui confiait à une mutuelle donnée un avantage particulier lorsqu'elle offrait une couverture complémentaire — le régime de sécurité sociale agricole, en position de monopole, bénéficiait en plus d'un avantage fiscal pour la couverture complémentaire ouverte quant à elle à la concurrence. Ce décret plaçait cette mutuelle dans la situation d'abuser automatiquement d'abus de position dominante. Ce qui avait été jugé pour le droit communautaire l'a été également pour le droit interne, identique sur ce point : arrêt du 3 novembre 1997 (*Société Millon et Marais*). Le juge a donc accepté de vérifier, lorsque le moyen était soulevé, si un acte réglementaire n'avait pas pour effet de placer une personne en situation d'abuser automatiquement d'abus de position dominante. La jurisprudence s'est ensuite étendue, admettant ce contrôle pour des décisions individuelles de gestion du domaine : arrêt du 26 mars 1999, *Société Edda*, concernant un acte de gestion du domaine de l'aéroport de Paris. Un acte individuel peut en effet avoir également pour effet de placer une entreprise en situation d'abus automatique de position dominante. Citons également, dans la même logique, l'arrêt du 29 juillet 2002 (*Société Cegedim*) par lequel le Conseil d'Etat a annulé un arrêté fixant les tarifs de vente des fichiers de l'Insee ayant pour effet de mettre cet organisme en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante ; et en matière d'équipement commercial, l'arrêt de section du 30 avril 2003 (Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement) par lequel le Conseil d'Etat a annulé un arrêté portant extension d'une convention collective au motif qu'il avait pour effet de favoriser les groupes en place.

Dans cette logique contentieuse, il était donc naturel de soumettre les décisions de police administrative au respect de la même règle : une mesure de police administrative ne peut avoir pour effet de permettre un abus de position dominante. L'arrêt du 22 novembre 2000 (L et P publicité) en affirme le principe : « Dès lors que l'exercice de pouvoir de police administrative est susceptible d'affecter les activités de production, de distribution de services, 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 l'obligation 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. » Et la réglementation locale de l'affichage étant susceptible d'affecter l'activité économique

de l'affichage, « un maire qui réglemente cette activité dans une zone de publicité restreinte doit prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. Si la réglementation locale de l'affichage ne peut légalement avoir par elle-même pour objet de créer une position dominante sur un marché pertinent, elle peut avoir un tel effet, notamment par la limitation des emplacements d'affichage. Toutefois la création d'une position dominante par l'effet de la réglementation locale de l'affichage, en zone de publicité restreinte n'est incompatible avec le respect des dispositions relatives à la concurrence que si cette réglementation conduit nécessairement à l'exploitation de la position dominante de manière abusive. » La règle est ainsi clairement posée.

Ces règles doivent être conciliées avec les autres intérêts publics

Ces règles modernes combinées au principe de liberté du commerce et de l'industrie s'imposent à toutes les mesures de police administrative mais doivent être conciliées avec les autres intérêts publics. Comme la liberté du commerce et de l'industrie s'applique à tous les actes administratifs dont les actes de police, la logique de prohibition de l'abus de position dominante — plus exactement la prohibition d'autoriser un abus de position dominante— s'applique naturellement à toutes les mesures de police. Dans l'arrêt du 10 mars 2006 (*Commune d'Houlogatte*) même si le terrain de l'annulation est le terrain de la rupture d'égalité, un autre terrain d'annulation aurait pu être celui de l'abus de position dominante. Le ministère de l'Intérieur avait pour pratique d'autoriser les casinos — délégation de service public depuis 1907 — à exploiter les jeux de table, mais surtout les machines à sous qui sont d'un excellent rapport aujourd'hui, uniquement aux délégataires sortants, tandis que les nouveaux subissaient une période probatoire d'un an. Durant cette période, ils ne pouvaient exploiter que les jeux traditionnels qui sont d'un moindre rapport financier. La commune qui lançait une procédure de service public tenait compte des impératifs du ministère de l'Intérieur parce qu'elle est, bien évidemment, intéressée aux revenus des machines à sous sur lesquels elle prélève son dû. Le ministère de l'Intérieur ne justifiait pas cette règle par des considérations d'ordre public — le juge aurait pu y être sensible dans ces matières très délicates. Le moyen soulevé étant celui de rupture d'égalité, le juge a retenu une rupture d'égalité. Mais il aurait pu retenir, si le moyen avait été soulevé, une violation des règles de la concurrence, le délégataire sortant étant placé en situation d'abus automatique d'une position dominante.

Les autres intérêts généraux qui doivent donc être conciliés avec cette règle sont notamment l'ordre public ou l'environnement.

Le contrôle des mesures de police au regard de la concurrence a toujours existé. Aujourd'hui ce contrôle est seulement plus précis compte tenu des règles qui existent notamment celles qui prohibent les ententes et les abus de position dominante. Cependant, les annulations sont rares. En effet les mesures de police qui ont pour effet de permettre un abus automatique de position dominante sont rares. Elles concernent essentiellement les polices spéciales comme celles de l'affichage ou des casinos. Il ne faut pas oublier non plus, que l'intérêt général ne se réduit pas à la concurrence. Il faut veiller également à l'intérêt général social, à l'intérêt général environnemental, à l'ordre public et ces règles doivent être combinées.

LE FUNERAIRE, UN SERVICE PUBLIC EN GUERRE ECONOMIQUE

François Michaud-Nérard
Directeur général de la SEM des services funéraires de la ville de Paris

I – Introduction

Mon propos n'est pas de faire du droit – je ne suis pas juriste – mais d'illustrer, dans un secteur particulier les conséquences du passage d'un monopole à une situation extrême de mise en concurrence : le domaine funéraire.

Mais tout d'abord quelques repères sur ce secteur particulier.

Les pratiques funéraires évoluent de façon spectaculaire depuis quelques années. Le taux de crémation a augmenté de 2000 % en 20 ans. Il atteint 25 % en moyenne sur le territoire national, 40 % dans les zones urbaines. D'une pratique marginale, on est passé à la pratique de tout un chacun. L'allongement de la durée de vie avec la mort sociale d'un grand nombre de personnes très âgées longtemps avant la mort physique a bouleversé le rapport des familles à la mort. La perte de repères religieux et communautaires a entraîné une perte de sens des rites funéraires traditionnels. A Paris, un convoi d'obsèques sur 2 ne passe plus par un lieu de culte. En France entière, moins de 15 % de nos concitoyens se déclarent pratiquants.

C'est dans ce contexte de véritable révolution sociétale, dont on pourrait penser qu'il justifierait une certaine intervention de la collectivité, qu'est survenu un véritable séisme juridique : la loi Sueur de 1993.

II – Avant la loi de 93

Le service extérieur des pompes funèbres était un monopole communal pouvant être délégué,

La crémation commençait à augmenter fortement et, pour pallier les carences de l'initiative publique, des entreprises avaient ouvert des crématoriums privés,

Les cimetières étaient gérés, comme maintenant, par les communes, sans pouvoir être délégués

Monopole communal théorique, le Service Extérieur des Pompes Funèbres était, dans la moitié des cas seulement, exercé effectivement par les communes.

Dans l'autre moitié des cas, il était délégué à des entreprises privées –ou plutôt une entreprise privée. En effet, les Pompes Funèbres Générales contrôlaient à elles seules 40 % du marché national. Avec un chiffre d'affaires de 2 milliards de francs à l'époque, cette entreprise écrasait la concurrence privée : l'entreprise suivante la plus importante pesait 30 fois moins. Les Pompes Funèbres Générales étaient la seule entreprise capable de répondre à une Délégation de Service Public dans une ville un tant soit peu importante. A Orléans, Jean-Pierre Sueur était, en tant que Maire, confronté à cet état de fait, pieds et poings liés à cette entreprise, puisque le service municipal n'existait plus.

Sur le plan national, cette situation de monopole était désastreuse en termes de qualité. Aucun effort n'était apporté à l'accompagnement de l'évolution de la société.

Elle était également absurde en termes de prix comme le montre un rapport conjoint de l'Inspection Générale de Finances, de l'Inspection Générale de l'administration et de l'IGAS : *« L'examen des prix montre des écarts excessifs pour le même produit, y compris au sein d'une même entreprise (...) ou au sein d'une même fédération. Les prix du cercueil bois nu varient dans des proportions de 1 à 1,6 ; ceux du corbillard de 1 à 5 (...). On constate des écarts de prix de l'ordre de 1 à 2, que ce soit pour des produits (...) ou surtout des prestations de services (...) au sein de la même entreprise (...). La dispersion des prix apparaît excessive pour des produits cependant définis de manière précise par la profession et qui constituent une fraction significative de la consommation (...); le marché est particulièrement opaque, car il ne permet pas à des familles, dans des conditions psychologiques le plus souvent fragiles, d'avoir une idée précise des prix pratiqués (...). Les familles se trouvent face à un marché (...) caractérisé par une dispersion excessive, un manque de vérité et une absence de transparence des prix ».*

III - La loi « Sueur » de 1993

C'est la loi n°93-23 du 8 janvier 93, également dénommée « loi Sueur », du nom du Secrétaire d'Etat aux Collectivités Locales de l'époque, qui régit le cadre actuel d'exercice de la profession funéraire et le secteur des pompes funèbres. Elle remet tout à plat avec pour objectif de créer de réelles conditions de concurrence.

Elle innove également en mettant en place un objet juridique non identifié : la mission de service public.

Article L.2223-19 du Code Général des Collectivités Territoriales.

Le service extérieur des pompes funèbres est une mission de service public comprenant :

- *Le transport des corps avant et après mise en bière,*
- *L'organisation des obsèques,*
- *(...) etc.*

Cette mission peut être assurée par les communes, directement ou par voie de gestion déléguée. Les communes ou leurs délégataires ne bénéficient d'aucun droit d'exclusivité pour l'exercice de cette mission. Elle peut être également assurée par toute autre entreprise ou association bénéficiaire de l'habilitation prévue à l'article L. 2223-23.

Le service extérieur des Pompes Funèbres reste un Service Public, dans le texte, mais peut être exercé par n'importe quelle entreprise. Une seule condition : être habilité.

Voici une novation intéressante, une mission de service public dont on peinera à trouver les caractéristiques habituelles.

Aucune garantie quant à « l'égalité des usagers devant le service public », les prix sont totalement libres et diffèrent entre les entreprises mais même parfois au sein d'une même entreprise.

Aucune garantie quant à « la continuité du service public ». Rien n'oblige à ce que le service extérieur des pompes funèbres soit exercé dans une commune donnée ou que cette activité se maintienne si elle existe déjà et qu'elle disparaisse.

Pour ce qui est de « la mutabilité », il y en a, mais peut être pas dans le sens traditionnel.

Outre cette notion particulière du service public, la loi, puis les textes d'application, vont amener des situations « particulières ».

La création et la gestion des chambres funéraires font partie du service extérieur, c'est-à-dire du secteur libre. Mais l'accès d'une chambre funéraire est ouvert aux concurrents – qui n'ont rien investi - sans qu'il ne puisse y avoir de différence de traitement entre les clients d'une entreprise concurrente et les propres clients de l'entreprise funéraire qui l'a construite.

Le Maire reste chargé de la Police des funérailles. Mais les contrôles prévus ne sont pas réalisés dans la majorité des cas et le Maire ne peut refuser des autorisations administratives à une entreprise en infraction.

Les crématoriums deviennent formellement un Monopole Communal, mais ils peuvent être délégués. Ils ont une vocation régionale mais sont construits sans schéma directeur et se trouvent parfois en concurrence jusqu'à l'absurde comme à Roanne et Mably où deux crématoriums ont été construits de part et d'autre de la rue qui sépare les deux villes ! Ceci à une époque où de très nombreuses contrées françaises n'en disposaient pas à moins de 100 km.

Dans les cimetières, le fossoyage est soumis à concurrence. La gestion domaniale et les concessions restent en revanche du domaine municipal. A noter, un statut très protecteur pour les tombes, mais aucun statut pour les cendres humaines pour lesquelles la seule disposition protectrice est l'interdiction de la dispersion sur la voie publique, ce qui permet des tentatives de création de cimetières cinéraires privés.

III – La Loi Sueur 13 ans après

Saluons d'abord une initiative qui n'est pas si courante : en 2005, 12 ans après le vote de sa loi, Jean-Pierre Sueur en a entrepris un bilan de son propre chef. De plus, cela a été fait très sérieusement. D'abord au travers d'un rapport parlementaire écrit en collaboration avec le sénateur Jean-René Lecerf, après plus de 40 auditions. Ensuite, avec l'élaboration d'une proposition de loi qui a été votée en juin 2006 à l'unanimité du Sénat.

Les prix

Pour ce qui concerne l'évolution des prix, le bilan est franchement mauvais : entre 1993 et 2005, l'inflation a été de 20,3 %. Pendant ce temps, l'indice INSEE des services funéraires a augmenté de 56 %. On pourrait croire que cela est spécifique au métier du service avec l'augmentation du SMIC et l'impact des 35 heures. Il n'en est rien. Le secteur des services n'a connu, dans le même temps, qu'une croissance de ses prix de 28 %, soit exactement 2 fois moins que les pompes funèbres.

De manière générale, la suppression d'un monopole et l'irruption de nouveaux acteurs sur un secteur joue automatiquement pour faire baisser les prix par effet de la concurrence. Et la baisse des prix entraîne souvent elle-même un accroissement de la consommation.

Dans le secteur funéraire, cela ne fonctionne pas : il n'y aura pas plus de morts parce que les obsèques sont moins chères ! Et les prix ne vont pas baisser parce que la concurrence joue mal : on organise des obsèques 1,6 fois dans sa vie et on n'est pas dans ces moments-là un consommateur ordinaire.

Une des propositions de Jean-Pierre Sueur pour sa prochaine loi est d'obliger les entreprises à déposer des devis-types en mairie. Comment les maires pourraient-ils gérer cela ? On n'en sait rien. Et, dans tous les cas, sans sanctions, quelle efficacité ?

La concurrence

La déroute des anciennes régies,

Il est possible de parier que dans dix ans, sauf exception, ne subsistera plus aucune régie.

La loi a prévu de mettre sur un pied d'égalité les entreprises privées et les régies municipales. C'était une vision toute théorique, les régies ne sont pas des structures aptes à jouer dans un secteur totalement concurrentiel, surtout lorsqu'elles n'ont pas la personnalité morale et l'autonomie juridique. Elles sont bloquées avec le statut des personnels communaux. Elles sont astreintes à un équilibre budgétaire annuel (sans disposer d'un capital permettant des investissements commerciaux). Elles sont restreintes territorialement puisque le Conseil d'Etat, dans un avis du 19 décembre 1995, a considéré qu'elles ne pouvaient exercer en dehors du territoire de la commune.

NB : cet avis du Conseil d'Etat, est d'ailleurs une curiosité. Il dispose, en effet, que la commune ne peut intervenir en dehors du territoire que « lorsque la commune du lieu de décès, de la mise en bière, de l'inhumation ou de la crémation est distincte de celle du domicile du défunt ». Or, au moment d'un décès, le défunt n'existe plus en tant que personne juridique, celui qui commande les obsèques est un client, un habitant ou un contribuable. Il est pour le moins curieux que ce soit le domicile du défunt ou les conditions de sa mort qui déterminent le droit pour une personne de s'adresser au service public de sa commune et non la qualité d'habitant ou de contribuable du demandeur. Vous habitez Paris, vous y payez des impôts, votre parent décède dans une maison de retraite municipale située en banlieue. En fonction de cet avis, vous n'aurez pas le droit de vous adresser au service municipal de Paris pour les obsèques !

Quelques SEM se créent et surnagent,

Certains services publics organisés en SEM ont su résister à la concurrence et parfois même conquérir des parts de marchés, souvent parce qu'elles se sont appuyées sur une intercommunalité, sur des investissements très importants en matière d'équipement funéraire et qu'elles ont su accompagner les évolutions sociétales.

Il n'empêche qu'elles sont, elles aussi, théoriquement soumises aux conditions de territorialité défini par le Conseil d'Etat même si aucune d'entre elles n'en respecte les termes littéralement. Les principes de la libre concurrence, de la libre administration des entreprises et l'interdiction du refus de vente sont là pour les conforter dans cette position.

En ce qui concerne les entreprises privées, le secteur ne pouvait rester avec une telle disproportion de chiffre d'affaires entre la première entreprise et les autres. Ce sont les entreprises américaines qui sont venues en France s'occuper de la recomposition du paysage funéraire français, ceci jusqu'à un krach boursier qui précéda de peu celui des entreprises de la nouvelle technologie. Le leader PFG avait été racheté par le leader mondial SCI. Depuis, 80% des actions ont été revendues à un fond d'investissement, VESTAR, dans le cadre d'un LBO. Le marché n'en est que plus concurrentiel.

Les crématoriums : des monopoles en concurrence

La loi de 93 a prévu que la construction et la gestion des crématoriums étaient du ressort exclusif des communes ou groupements de communes mais qu'elles pouvaient être déléguées. Dans la pratique, 80 % des crématoriums construits depuis l'on été à la suite d'une initiative privée, bien souvent dans le cadre d'une délégation de service public « suggéré » à de petites communes en périphérie de villes centre. Ces crématoriums se livrent entre eux parfois à une concurrence féroce. On a même vu 2 crématoriums se construire dans des villes contiguës : Roanne et Mably ; ils sont même de part et d'autre d'une même rue ! A Paris, 6 crématoriums gérés par les Pompes Funèbres Générales en petite couronne font concurrence au crématorium du Père Lachaise.

Ce système de délégation a porté ses fruits en termes quantitatifs. Cela a permis de créer des équipements pour répondre à une demande croissante. En revanche, cela a été une mauvaise chose pour ce qui concerne la qualité et la dignité des équipements en favorisant la construction de bâtiments les moins chers possible et ne correspondant pas forcément à la forte demande de cérémonial. En matière anthropologique, lorsqu'il s'agit de faire sens, l'appel d'offres souvent restreint aux seules considérations économiques, n'est pas toujours la solution la plus efficiente.

IV - L'expérience de la SEM funéraire de Paris : les handicaps juridiques d'une structure semi-publique

A Paris, juste avant la fin du monopole des pompes funèbres en 1998 – la loi de 93 avait prévu un moratoire de cinq ans dans les villes dans lesquelles il y avait une régie – la situation était particulière en ce sens que le service municipal en place n'offrait plus de service direct aux familles. En effet, la ville avait arrêté tout service commercial, dans

les années quatre-vingt, à la suite d'un scandale ayant amené la révocation d'une dizaine de fonctionnaires, pour cause de corruption.

Le monopole communal se résumait à fournir aux entreprises ayant pignon sur rue le personnel de portage, les cercueils nus et les corbillards. Ces entreprises devaient revendre ces prestations aux familles « en tiers » c'est à dire au franc le franc. Elles ne pouvaient donc faire leur marge que sur les accessoires, les formalités et les honoraires. Ligotées avec un personnel municipal qui n'était pas exemplaire, loin s'en faut, des prestations monopolisées parfois médiocres et obligées de faire leur marge sur à peine la moitié de la facture présentée au client, elles n'étaient pas de fervents partisans de ce monopole. Ce pouvait être pire encore dans certaines villes de province où le fournisseur obligatoire des entreprises privées pour les prestations relevant du monopole était leur principal concurrent, le délégataire, presque tout le temps en position dominante.

Reste qu'à Paris, la capitale, la création d'une SEM, outil de la collectivité, au moment où les entreprises se voyaient le champ libre n'a pas déclenché un enthousiasme considérable. Tout a même été tenté pour faire capoter le démarrage de cette structure.

En quelques semaines, une pluie d'attaques s'abattait sur le projet de la Ville.

Le contrôle de légalité, dûment saisi par les Pompes Funèbres Générales, épluchait la nouvelle délégation de service public et formulait des remarques sans toutefois pouvoir retenir matière à déférer.

Les PFG attaquaient la DSP devant le Tribunal administratif.

Les deux principaux syndicats professionnels attaquaient la SEM en référé devant le Tribunal de Grande Instance.

Une instance était engagée pour débauchage.

Aucun de ces recours n'a été perdu par la SEM.

Plus tard, nous avons pu recevoir la visite de la DGCCRF sur dénonciation de concurrents, dans le cadre de la délégation concernant le crématorium, là encore sans suites.

Ces différentes actions, intentées par des concurrents privés, n'avaient été possibles que parce que nous étions un intervenant public.

Mais, même sans concurrents privés, nous n'étions pas favorisés non plus par notre propre système.

D'abord il faut, pour exercer, remporter une DSP

Bien sûr, on pourrait supposer que tout est facile et que si une ville a créé une SEM ad hoc c'est bien pour lui confier la délégation correspondante. Ce n'est pas si simple. D'abord, il faut être d'une prudence à toute épreuve pour éviter tout recours pour distorsion de concurrence. Ensuite, il faut compter avec la malignité des concurrents. Presque sûrs de ne pas être retenus, il est facile pour eux de répondre par une proposition absurde sur le plan économique, avec des prix beaucoup trop bas pour atteindre un équilibre. Mais qu'importe, cela va influencer sur la négociation avec le concurrent public et permettra peut-être de le mettre en situation périlleuse. L'exemple le plus facile en matière de pompes funèbres est de proposer un prix extrêmement bas pour l'inhumation des personnes dépourvues de ressources suffisantes.

Mais se pose la question même de la DSP

Considérons bien le système du funéraire. Il y a une concurrence totale, toute entreprise peut exercer à la condition d'obtenir une habilitation très facile à obtenir.

La collectivité décide d'exercer le service extérieur des pompes funèbres. Elle le fait en créant une délégation de service public dont le titulaire n'aura aucun droit particulier par rapport à ses concurrents. Et, pour choisir l'entreprise qui exercera cette délégation, elle ne peut même pas la confier à sa propre entreprise. Elle est obligée de lancer un appel d'offres où sa SEM (si elle a une SEM) sera en compétition avec ceux qui seront ses concurrents sur le marché si elle remporte l'appel d'offres.

Au lancement de notre SEM, les concurrents privés avaient 130 pointes de vente. La Ville en ouvre un seul, elle ne peut même pas décider qui elle met derrière le bureau d'accueil !

Ceci est un exemple extrême de ce que peut être l'introduction de la concurrence. Si nous voulions faire un parallèle dans le domaine des transports, imaginons une ligne de bus sur laquelle pourraient se faire concurrence plusieurs bus d'entreprises différentes. La commune décide d'avoir son propre bus sur cette même ligne afin de peser sur le marché en étant exemplaire pour inciter à un meilleur traitement des passagers. Et bien elle ne pourrait même pas choisir librement son chauffeur !

Et le concurrent public est sérieusement handicapé par son statut.

Bien sûr, comme les entreprises, la SEM a des contrôles de son commissaire aux comptes, des contrôles sociaux et fiscaux.

Mais elle a aussi toute une série de contrôles spécifiques dus à sa forme juridique. C'est ainsi que l'Inspection Générale de la collectivité peut effectuer des contrôles. Tout comme la Chambre Régionale des Comptes. Que survienne un changement de majorité et il y a toute chance d'être sujet à un audit. Ce n'est pas une invention, nous avons eu tout cela et ce peut être une charge très lourde. Notons par ailleurs que tous les comptes-rendus de ses conseils d'administration, ainsi que ses comptes sociaux sont transmis au contrôle de légalité.

V – Conclusion

La concurrence, ou du moins une remise en cause de l'ancien monopole, était tout à fait nécessaire pour améliorer la qualité du service fourni au public et introduire de la transparence.

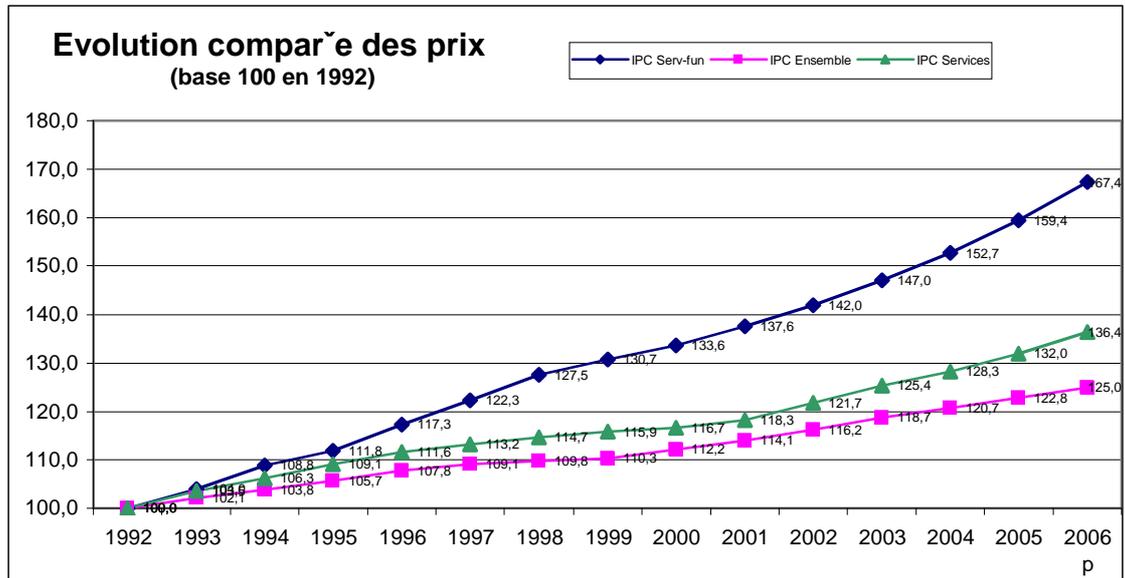
Mais le système mis en place par la loi de 1993 dans le domaine funéraire est caricatural de ce qui peut être fait pour décourager les opérateurs publics. Le secteur funéraire est livré à une foire d'empoigne juridique et économique où l'on est bien en peine de retrouver la « mission de service public » affirmée dans l'article 1 de la loi 93-24.

Les intervenants publics ne peuvent bénéficier d'aucun avantage ni d'aucune subvention de leur collectivité (et les contrôles sont sévères) mais sont en revanche soumis à des contraintes que n'ont pas leurs concurrents privés : restriction territoriale, délégation de service public, non modularité de leurs tarifs, cumul des contrôles publics et privés, etc.

Cette accumulation de contraintes mène les régies funéraires à une disparition inéluctable. Les SEM ont pour l'instant résisté mais leur équilibre est fragile. Cette

situation entraîne la disparition des intervenants publics, à un moment où leur présence serait sans doute importante pour répondre aux mutations de la société.

C'est certainement un exemple extrême de ce que peut devenir la concurrence en matière de services publics. Mais il mérite d'être médité.



Quatrième table ronde

DROIT DE LA CONCURRENCE ET POUVOIRS ADJUDICATEURS : LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE EST-IL UN DROIT DE LA CONCURRENCE

LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE : EST-CE UN DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Jean-François Bizet

Avocat à la Cour, professeur associé à l'université d'Auvergne

Introduction

Qualifier le droit de la commande publique comme un droit de la concurrence peut paraître pour le moins étonnant. En effet, alors que le droit de la concurrence vise la protection du marché, la logique de la commande publique, et de l'action administrative en général, se situe dans une perspective de poursuite de l'intérêt général. Traditionnellement considérées comme contradictoires, ces deux logiques convergent désormais dans le droit de la commande publique.

Avancer qu'il existe un droit public de la concurrence, c'est nécessairement insister sur les spécificités du droit public telles par exemple la forte protection de garanties de protection de l'intérêt général.

I. Le droit de la commande publique – un droit de la concurrence

Consacrés en tant que principes de la commande publique par le juge constitutionnel¹⁰¹, les principes de la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures s'imposent également à travers le droit communautaire. Si les règles en matière de passation des marchés publics sont très exigeantes quant au respect du droit de la concurrence, il fut cependant besoin d'une généralisation à l'ensemble de la commande publique. Généralisation successivement consacrée par le juge communautaire et confirmée par le juge administratif ainsi que le Conseil de la concurrence.

En effet, consacrés à l'article 1^{er} des CMP successives, les principes de la commande publique s'efforcent à se rapprocher de l'efficacité économique. Tout marché public doit ainsi suivre cet impératif à travers les principes de la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence des procédures¹⁰². Dans une perspective de protection des deniers publics, le CMP impose par ailleurs une définition préalable des besoins, de procédures de publicité et de mise en concurrence, ainsi que le critère de sélection de l'offre « économiquement la plus avantageuse » (art. 53 CMP).

¹⁰¹ Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *relative à la Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure* et plus explicitement : Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*.

¹⁰² CE, avis, 29 juill. 2002, no 246921, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*

A- Le droit de la commande publique entre dans le champ du droit de la concurrence

1. En matière de marchés publics, règles fixées par le CMP

- Art. 37, définissant le marché de conception-réalisation (en matière de travaux) qui fut conçu dans le but de garantir la prise en compte du progrès technique.
- Art. 51 relatif aux groupements conjoints, référence expresse au respect des règles de concurrence.
- Attention, les variantes sont désormais encadrées plus strictement¹⁰³.

2. Sources communautaires

1° Les principes communautaires de la commande publique sont considérés comme découlant directement de grandes libertés et protections consacrées par le traité de Rome (libre circulation de biens, services et personnes ; égalité de traitement, principe de transparence) et constituant le vecteur du droit de la concurrence.

2° Ils s'articulent autour du droit international des marchés publics : *Government Procurement Agreement*¹⁰⁴ de 1994, visant la libre circulation des biens ce qui constitue une de composantes essentielles de la concurrence.

- **En matière de MP** : Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 2 : principe d'égalité, de transparence et de non-discrimination.
- **Concernant la commande publique en général** : Le problème consistait en ce que les directives « marché » ne sont applicables qu'à la passation de marchés de services, mais ne concernent pas les DSP. D'où le besoin de précisions.
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, Aff. C-324/98, JOCE I-10745 : nécessité de respecter les trois principes et de garantir un degré de publicité adéquat.

Applications ultérieures :

Concernant la procédure de mise en concurrence pour des concessions de service public : CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)*, Aff. C-410/04 : celles-ci doivent être attribuées en respectant les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement.

Concernant les interventions étatiques pour exécuter des obligations de SP : CJCE du 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, Aff. C 280/00: faire respecter le

¹⁰³ Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.

Les variantes sont proposées avec l'offre de base.

Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services. Code des marchés publics, modifié par le Décret n° 2006-975 du 1er août 2006.

¹⁰⁴ Annexé au GATT.

principe de concurrence à travers les aides d'Etat ; On note que les conditions posées par cet arrêt renvoient aux conditions de passation de marchés publics¹⁰⁵.

3. Application des règles de concurrence au droit de la commande publique par le JA et le Conseil de la concurrence

- **En matière de MP :**
 - CE, 2 juillet 1999, *SA Bouygues* : dans le cadre d'un référé contractuel.
- **Concernant l'application à l'ensemble de la commande publique :**
 - CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *SOGEDIS*¹⁰⁶ : Si les conventions d'aménagement ne sont pas soumises au Code français des MP, elles ne sont pas pour autant exclues du champ d'application des règles fondamentales du droit communautaire et notamment de obligations en matière de publicité et de transparence, propres à assurer l'égalité d'accès aux contrats. → consacré par la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 *relative aux concessions d'aménagement*.
 - Annulation d'un régime de subventions sur le fondement de la méconnaissance du **principe d'égalité** : CE, 26 septembre 2005, *Mutuelle Générale des Services Publics*. → spécificité du droit public de la concurrence.

B. Le droit de la commande publique impose des nouvelles obligations au pouvoir adjudicateur

L'influence du droit de la concurrence sur le droit de la commande publique étant certaine et les preuves nombreuses, il est intéressant de noter que le rôle de l'acheteur public a connu une importance croissante pour ce qui est de la prévention, du contrôle et de sanctions de pratiques anticoncurrentielles.

Concernant les obligations du pouvoir adjudicateur :

- CE, 28 avril 2003, *Fédération nationale des géomètres-experts* : *il appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées [...]*
- **L'émergence d'un devoir de ne pas générer de pratiques anticoncurrentielles**
 - Du coté de la personne publique : Concernant l'interdiction de l'abus de position dominante : CE, 1996, *EDA* (applicabilité de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 à un acte de gestion du domaine public) ; CE, Sect., 3 novembre 1997, *Soc. Million et Marais*

¹⁰⁵ Voir paragraphe 90 : *les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes*. Et également : *lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée (§ 93).*

¹⁰⁶ V. note Du Marais, RDLC, n° 3 2005, p. 145.

- Du côté des offreurs: à propos de l'allotissement des marchés : TA Nice, 9 novembre 1998, *Marché de transport d'élèves dans les Alpes-Maritimes*¹⁰⁷
 - Conseil de la concurrence, décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France* : sanctionne 34 entreprises pour s'être entendues préalablement à l'attribution de nombreux appels d'offres publics en région Ile-de-France. Le montant total des sanctions s'élève à 48 millions d'euros.
 - **Cependant** : la rédaction et la publication à l'avance du détail des besoins et des critères de choix de l'acheteur peuvent favoriser des collusions : Conseil de la concurrence, Avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996
- **Un devoir de contrôle du respect des règles de la concurrence par les opérateurs**
 - Obligation d'information de l'attribution d'un marché, afin que les candidats puissent être en mesure d'exercer efficacement un référé précontractuel : TA Paris, 1^{er} avril 2003, *Soc. Sofisdom*¹⁰⁸
 - Interdiction d'échanges particuliers d'informations entre l'administration et un candidat afin que celui-ci ne soit privilégié : CE, 29 juillet 1998, *Genicorp*

II. Le droit de la commande publique doit alors s'appuyer sur une analyse économique qui permet de résoudre certaines lacunes du droit positif

Autrement dit, tous les acteurs du droit public (le JA, les collectivités locales, l'administration, les avocats) doivent intégrer une nouvelle forme de raisonnement. Appliquée à la typologie des procédures de passation des marchés publics, l'analyse économique permet de donner toute sa valeur à la procédure des marchés à procédure adaptée.

A. La typologie du droit de la concurrence s'impose de manière transversale au raisonnement juridique traditionnel.

La démarche du droit de la concurrence est particulière, en ce qu'il concilie des observations objectives avec l'appréciation d'un comportement réprimé. Il s'agit d'un droit à la fois objectif, répressif et dynamique.

Objectif, car il s'appuie sur l'existence de paramètres observables et calculables (marché pertinent, parts de marché...)

Répressif, parce qu'il vise à sanctionner des pratiques anticoncurrentielles. Proportionnées au chiffre d'affaires mondial¹⁰⁹, les sanctions peuvent être très lourdes,

¹⁰⁷ Cité par Nicinski, Sophie, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005

¹⁰⁸ Mouriesse, Xavier : Les obligations de publicité et de mise en concurrence des marchés à procédure adaptée, *Contrats et Marchés publics* n° 6, Juin 2006, 6

comme l'illustre par ailleurs la décision du Conseil de la Concurrence relative à l'entente entre les opérateurs de téléphonie mobile.

Il n'a pas pour but de réparer une situation sous la forme de restauration d'un équilibre économique antérieur. Il traite des transactions décentralisées entre acteurs individualisés.

Dynamique, car la jurisprudence doit produire de nouveaux concepts en fonction des pratiques de acteurs économiques¹¹⁰.

L'analyse économique peut servir de guide et de critère pour la mise en œuvre de MAPA

La première justification économique de la réglementation des marchés publics réside dans leur impact sur la demande interne et donc sur l'activité économique¹¹¹.

La réglementation se justifie également eu égard à trois catégories de « défaillance du marché ». L'acheteur public n'est pas généralement dans une position de « price-taker ». La relation d'achat public se trouve caractérisée par une asymétrie d'information entre acheteurs et offreurs qui s'exerce au dépens de l'intérêt général que doit poursuivre l'acheteur public. Enfin, la transaction est sujette à un aléa moral.

En conséquence, selon l'analyse économique des procédures des marchés publics, seront donc privilégiées, dans une situation de concurrence pure et parfaite, les méthodes d'enchères qui fonctionnent comme un moyen de révéler les coûts de fournisseurs¹¹².

Dans un contexte d'hétérogénéité des offreurs, les fournisseurs peuvent se trouver dans des positions très différentes concernant tant leurs coûts que leur degré d'aversion au risque. Une telle configuration conduit à invalider le théorème d'équivalence des procédures et requiert une analyse au cas par cas de la procédure de passation optimale. Juridiquement, cela se traduirait par une multiplication des procédures particulières. Le recours aux marchés négociés pourrait ainsi conduire à l'obtention du meilleur prix.

La stratégie optimale d'achat public est conditionnée par certains paramètres, liés aux conditions objectives du marché :

- 1° la nature et la structure industrielle de l'offre
- 2° le nombre des producteurs et le degré de concurrence
- 3° les facteurs déterminant l'aversion au risque
- 4° l'asymétrie de l'information et degré d'incertitude
- 5° le coût de préparation de l'offre pour les producteurs.

¹⁰⁹ Le plafond a été porté à 3 millions d'euros pour un individu et de 5% à 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxes pour une entreprise (art. L 464-2 Code com.).

¹¹⁰ V. Du Marais, Bertrand, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

¹¹¹ 9% du PIB en 1997, voir 113 milliards d'euros.

¹¹² Du Marais, Bertrand, Droit public de la régulation économique, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, P. 236 et suiv. Kirat, Thierry, L'allocation de risques dans les contrats : de l'économie de contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs, Rev. Int. de Droit Economique, n° 4, 2002

Or, le fait que le choix de la procédure ne déterminé uniquement en fonction d'une variable statique et extérieure, celle du montant des marchés, semble aller à l'encontre des enseignements de la théorie économique.

Comme illustré par l'augmentation des seuils dans les versions successives des CMP, l'analyse économique peut fonder des régimes de sélection objectifs et transparents, à la discrétion de chaque pouvoir adjudicateur spécifique ou de chaque opération d'achat spécifique.

L'exemple des marchés à procédure adaptée (en-dessous des seuils d'appel d'offre) : En dessous des seuils fixés par l'article 26 II du CMP¹¹³, la personne publique est libre d'adapter les marchés passés *en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques [...]* (art. 28 CMP).

B. La particulière efficacité économique des marchés à procédure adaptée

Les MAPA doivent suivre un raisonnement économique casuistique

C'est la direction donnée par la jurisprudence :

- Les règles de publicité doivent être fixées respectant le nombre ou la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre aux critères d'une offre. Elle doit ainsi être **effective** (CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, mais également TA Montpellier, ord. Réf. 14 mars 2006, *Soc. Azur BTP*).
- consacrée à l'article 28 II du CMP de 2006.

¹¹³ 1° 135 000 Euros HT pour les fournitures et les services de l'Etat ;

2° 210 000 Euros HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ;

3° 210 000 Euros HT pour les fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;

4° 210 000 Euros HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;

5° 210 000 Euros HT pour les travaux.

Code des marchés publics, modifié par le Décret n° 2006-975 du 1er août 2006.

Bertrand du Marais
Conseiller d'Etat, professeur associé à l'université de Paris X

Ce texte n'a pas reçu de BAT

Mon intervention se situera autant à titre de conseiller d'Etat, qu'en qualité de juriste intéressé par l'économie et responsable d'un partenariat public-privé, un centre de recherche sur l'attractivité économique du droit qui compare l'effet et l'efficacité économique de notre droit par rapport au droit anglo-saxon. Nous avons deux projets : l'un sur les contrats publics — car nos pratiques semblent appréciées à l'étranger — qui sera présenté à l'université de Berkley.

La présentation que je vais vous faire pourra vous paraître théorique et ésotérique mais vous pourrez constater les conséquences très opérationnelles qui pourra servir de guide aux acheteurs publics confrontés au vide sidéral de la liberté. Les deux derniers Codes des marchés publics ont en effet ouvert un certain pouvoir discrétionnaire de choix dans les procédures. Un minimum d'analyse économique peut aider à choisir le bon instrument parmi l'éventail des procédures possibles.

Le droit de la commande publique est-il un droit de la concurrence ?

Qualifier le droit de la commande publique comme un droit de la concurrence peut paraître étonnant. Le droit de la concurrence vise la protection du marché, c'est un droit répressif. La logique de la commande publique était traditionnellement une logique de protection de l'intérêt général à travers des notions telles le bon usage des deniers publics, le contrôle des collectivités locales, la transparence. Aujourd'hui, les deux logiques convergent dans le droit "moderne" de la commande publique depuis une dizaine d'années.

Après avoir répondu par l'affirmative à cette question, je vous proposerai un éclairage économique à nos pratiques d'acheteurs publics et notamment dans les procédures adaptées où l'acheteur à une liberté d'emploi des différentes démarches possibles. Dès lors que l'on s'intéresse à la concurrence, il faut définir ce terme de théorie économique. La concurrence pure et parfaite réunit six conditions : l'atomicité des offreurs, l'atomicité des demandeurs, la libre entrée des offreurs, la libre sortie des offreurs, la totale substitutivité des produits et une information pure et parfaite, libre et gratuite de tous les agents.

Le droit moderne de la commande publique est un droit de la concurrence parce qu'il est influencé par le droit communautaire. Depuis 2002, le juge constitutionnel a établi les grands principes de la commande publique : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. Ces principes sont consacrés à l'article 1^{er} des récents Codes des marchés publics. Dans une perspective de protection des deniers publics, le Code des marchés impose également une définition préalable des besoins, de procédure de publicité et de mise en concurrence afin d'obtenir l'offre la plus économiquement avantageuse. Le Code des marchés fait référence explicitement au droit de la concurrence (article 51 relatif aux groupements conjoints par exemple). Les principes communautaires de la commande publique

découlent du traité de Rome — libre circulation des biens et services, égalité de traitement, principe de non discrimination – vecteurs de la création du marché unique et donc vecteurs de la mise en place de la concurrence. Ces principes s'articulent dans le Government ??? agreement de 1994 annexé au GATT. Les français et les communautaires en ont relativement peu subi l'influence parce que le droit communautaire était en avance par rapport à ces principes de libre circulation des biens et services, c'est-à-dire de concurrence. Ces principes se déclinent dans les textes de droit dérivé comme dans la directive 2004-18 du 31 mars 2004 qui met en œuvre ces quatre libertés dans le domaine des marchés publics. La commande publique en général et les contrats publics sont également concernés depuis la jurisprudence *Télé Austria*. Un arrêt récent du 6 avril 2006 (*Anav*) concerne les procédures de mise en concurrence pour des concessions de service public. En application de cette décision de la Cour de justice, les concessions doivent être attribuées — même s'il n'y a pas de règles fixées du droit dérivé communautaire — en respectant les principes de non discrimination et d'égalité de traitement qui conduisent à des procédures semblables à celles des appels d'offres. L'arrêt de la Cour de justice du 24 juillet 2003 (???) dans l'une des quatre conditions indique que, pour qu'il n'y ait pas atteinte à la concurrence par une attribution d'aide de l'Etat, le partenaire de l'administration doit être : soit géré comme une entreprise privée, soit sélectionné après une procédure de marchés publics. Il existe une quasi relation nécessaire et suffisante entre les deux domaines.

Cette mise en œuvre du principe de concurrence dans la commande publique est appliquée également par le juge administratif. Dans le cadre d'un référé précontractuel, si les principes de l'ordonnance de 1986 appliquent une procédure particulière, ces principes sont opérants (arrêt du CE, 2 juillet 1999, *SA Bouygue*). Cette application est aussi valable dans les contrats globaux et ceux de concession. Dans les concessions d'aménagement également avec l'arrêt de la cour administrative de Bordeaux (9 novembre 2004 *Sogedis*) qui n'a pas donné lieu à postérité jurisprudentielle parce que la loi de 2005 a exigé une procédure très proche de celles de marchés publics. Le principe de la commande publique est pénétré par le droit de la concurrence qui impose de nouvelles obligations au pouvoir adjudicateur. Le rôle de l'acheteur public prend une importance croissante dans la prévention du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Le pouvoir adjudicateur a des obligations en cette matière. L'arrêt du CE du 28 avril 2003, (*Fédération nationale des géomètres experts*) est clair : « Il appartient à la personne publique, responsable du marché, de s'assurer lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées. » L'acheteur public doit également se conformer à la jurisprudence administrative générale qui impose le respect du principe de concurrence et des règles du droit de la concurrence à la personne publique dans l'ensemble de son activité. Le Conseil de la concurrence ou le juge administratif répriment un comportement qui entraîne des distorsions de concurrence. Une décision du 21 mars 2006, 06-10-07 du Conseil de la concurrence — dont les procédures sont de plus en plus nombreuses — sanctionne par exemple les ententes dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France. L'équilibre devient subtil car la concurrence s'oppose parfois à certains des principes du droit de la commande publique. Ainsi les avis critiques du Conseil de la concurrence sur différentes versions du Code des marchés publics et notamment la réticence du Conseil de la concurrence à certaines dispositions qui, pour le juriste classique de la commande publique sont au contraire des éléments de la transparence. Par exemple, la publication à l'avance du détail des besoins et des critères de choix de l'acheteur peuvent, selon le Conseil de la concurrence,

favoriser les collusions. Le Conseil de la concurrence est aussi réticent à la procédure d'enchères électroniques où les différents offreurs peuvent s'envoyer des signaux et faciliter ainsi la gestion d'une entente.

L'apport de l'analyse économique dans le droit de la concurrence

Dans ce droit moderne de la commande publique — et donc du droit de la concurrence à travers les marchés publics — il importe, comme dans les autres domaines de s'intéresser aux raisonnements économiques sous-jacents, autrement dit s'aider de l'outil de la théorie économique. Nous l'avons déjà vu le droit de la concurrence est un droit objectif, répressif et dynamique qui vient parfois percuter notre approche plus classique du droit public. L'analyse économique peut servir de guide et de critère pour le choix de certaines procédures, en particulier quand aucun texte ne vient étayer ce choix, quand le seuil n'est pas atteint par exemple. La réglementation de marchés publics se justifie par l'ampleur des sommes en jeu mais également par des éléments plus individualisés. Ces phénomènes spécifiques se rattachent à trois catégories de défaillance du marché. L'acheteur public ne subit pas nécessairement le prix, il peut l'imposer. Comme dans toute relation d'achat, il y a une asymétrie d'information entre l'acheteur et l'offreur en ce qui concerne le prix de revient : l'objectif de l'acheteur est de se retrouver le plus proche possible du prix de revient. Un aléa moral peut également exister. A partir de ces trois axiomes, la théorie économique développe sa rigueur analytique. Elle se fonde notamment sur l'aversion au risque. Celle-ci va modifier le comportement de l'offreur et donc sa capacité ou non de se rapprocher de son prix de revient pour déterminer l'offre. La conclusion de ce raisonnement mathématique indique que la stratégie optimale d'achat public est conditionnée par un nombre réduit de paramètres liés à des conditions objectives du marché :

- La nature et la structure industrielle de l'offre : le degré de concentration des offreurs se calcule selon l'indice de Gini???. Dans les pompes funèbres, le second du marché a un chiffre d'affaires trente fois inférieur à celui du premier.
- Le nombre de producteurs et le degré de concurrence entre eux.
- Les facteurs déterminant l'aversion aux risques : des offreurs potentiels chinois peuvent-ils par exemple intervenir du jour au lendemain ? Est-on dans une phase de récession où les offreurs craignent pour leur survie ? Où au contraire se situe-t-on dans un marché rentable pour diverses raisons.
- L'asymétrie de l'information et le degré d'incertitude.
- Le coût de préparation de l'offre des producteurs.

A partir de ces cinq critères, les économistes définissent très précisément quelle est la procédure optimale. Très au-delà des seuils d'appel d'offre, celui-ci peut se révéler non optimal et au contraire inefficace en procurant une rente au fournisseur. Cette analyse peut justifier le recours à telle ou telle procédure, lorsque celle-ci n'est pas imposée. Les marchés à procédure adaptée sont le terrain d'élection de cette approche, lorsque le marché se situe en dessous du seuil et lorsqu'il s'agit de définir la procédure de publicité la plus adaptée. L'acheteur et le juge ne sont pas condamnés à suivre un raisonnement casuistique. Ces critères économiques peuvent aider à définir la procédure optimale de façon objective. Sur le fond, quand le juge indique que « les règles de publicité doivent être fixées en respectant le nombre ou la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre aux critères d'une offre afin que cette offre soit

effective » (CE 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*), il est proche de l'un des critères économiques cité lus haut.

Dans cette période de rodage, le juge administratif applique peut-être la théorie économique sans le savoir, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. Il faudra sans doute encore un peu de temps pour convaincre les agents comptables et les contrôleurs financiers d'appliquer les préceptes de la théorie économique. Ce guide économique est objectif, sur des critères précis — qui laissent toutefois une marge d'appréciation — mais ne nous entraînent pas dans un domaine aléatoire ou casuistique.

LE CODE DES MARCHES PUBLICS EST-IL UN OUTIL PERMETTANT D'ASSURER LA CONCURRENCE ?

Jérôme Grand d'Esnon
Directeur des affaires juridiques,
ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Mon propos sera un peu la réponse de Monsieur Jourdain au remarquable exposé théorique précédent. N'étant pas économiste, et le revendiquant haut et fort, je pense que la pratique de l'acheteur public français rejoint tout à fait la théorie économique.

Avec un peu de provocation, je dirai que le Code des marchés publics n'est pas le lieu de lutte contre les atteintes à la concurrence. De même, le Code des marchés publics n'est pas un outil de lutte contre la corruption. Alors même que les deux fléaux fondamentaux liés aux marchés publics sont les ententes et la corruption. L'erreur sémantique fondamentale, commise durant au moins cinquante ans, a été de prendre le Code des marchés publics comme un outil négatif. Le Code des marchés publics est basiquement une règle du jeu entre un acheteur et des prestataires. Fondamentalement cette règle du jeu doit aboutir à un résultat simple : la meilleure satisfaction possible du besoin public.

La démarche que nous avons donc entreprise en 2004, terminée en 2006, a été justement de réfléchir d'abord aux fondamentaux. Le répressif n'est pas dans la règle du jeu. Le juge pénal, l'autorité de répression des comportements anticoncurrentiels se situent autour du Code des marchés publics. Pour autant, le terme "concurrence" est fondamental quand se construit une réglementation des marchés publics. Nous avons voulu sortir du débat négatif. Non pas écrire contre les mauvais acheteurs et contre les mauvais concurrents, mais écrire pour les bons acheteurs et les bons opérateurs économiques. Cette optique a changé peu de chose, mais est fondamentale. Le code 2004, comme celui de 2006, n'a pas vocation à combattre les comportements anticoncurrentiels. En même temps, un bon achat public ne peut se faire en l'absence de concurrence. L'ensemble du Code des marchés publics, depuis 2004, est construit pour inciter la mise en concurrence. Jusqu'en 2004, le pouvoir réglementaire en France et donc les juges autorisaient délibérément les acheteurs à ne pas mettre en concurrence jusqu'à 90 000 euros. La démarche était très contraignante à partir de 90 000 euros — appel d'offres, quasi-exclusivement — mais, en contrepartie n'avait aucune exigence sous ce seuil. Le message indiquant la concurrence comme un fondamental de l'achat public était complètement perdu et était vécu par les acheteurs comme une obstruction à l'efficacité de l'achat. L'achat efficace était celui de gré à gré, perturbé par les technocrates de Bruxelles qui imposent d'autres règles. Lorsque j'ai commencé à expliquer ce code 2004, les réactions les plus violentes, notamment celles des élus, concernaient la suppression de la liberté qui se situait sous ce seuil. Aujourd'hui, il est couramment admis que la qualité de l'achat public est garantie par la concurrence qui donne la capacité de choix.

Les trois principes fondamentaux du Traité, rappelés par les directives, et rappelés par le Conseil constitutionnel sont : la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence

des procédures. Derrière ces principes, on retrouve la concurrence. La concurrence c'est la possibilité d'avoir le choix, la possibilité de bien mettre en parallèle son besoin potentiel avec les offres du marché et la possibilité de peser sur les coûts. Pour la première fois, notre réglementation pose le principe de la concurrence comme règle quasi absolue. Les cas où l'on peut échapper à cette règle, conformément avec la directive, sont devenus très limités : les exceptions à l'application du code (article 3), les cas particuliers (article 35) dont notamment les cas d'urgence impérieuse et les petits marchés inférieurs à 4 000 euros. La règle est simple : tous les marchés doivent être mis en concurrence sauf les cas précis définis par le code. La logique de la procédure adaptée n'impose pas à l'acheteur les mêmes précautions — et derrière les mêmes lourdeurs procédurales — pour un marché de 5000 euros ou pour un marché de 100 000 euros. Ce sont des préoccupations de bon sens et de bonne administration. Mais pour l'un comme pour l'autre les exigences de mise en concurrence doivent être adaptées : pour des petits enjeux ce peut être la confrontation de plusieurs devis, pour les plus importants des publicités adaptées à l'objet du marché et aux spécificités éventuelles des circonstances. Le paradoxe de ce parcours dialectique est d'annoncer que le Code des marchés publics n'est pas un outil de chasse contre les pratiques anticoncurrentielles et en même temps de mettre la concurrence au cœur de la construction de notre réglementation.

Le principe de transparence

Le principe de transparence pose un problème d'équilibre. Jusqu'à quel point la transparence, qui est en achat public un principe évident pour garantir la traçabilité, peut-elle avoir des effets pervers en terme de concurrence ? Plus l'acheteur donne d'informations au départ plus les ententes peuvent être facilitées. Le Conseil de la concurrence s'en est ému à juste titre. L'enfer est pavé de bonnes intentions. La bonne intention qui consiste à donner toutes les informations notamment celles concernant les prix peut se révéler extrêmement dangereux. Le Conseil d'Etat a rappelé avec force qu'il n'était pas obligatoire de faire figurer le prix dans la publicité ou les documents de consultation. Dans certains cas, cette pratique peut être justifiée pour donner plus de lisibilité aux opérateurs, dans d'autres cas, particulièrement dans des situations d'oligopoles potentiels, cette pratique peut être une incitation aux ententes.

Le point d'équilibre consiste d'abord à sortir de la dictature du prix le plus bas. Ce réflexe est encore malheureusement généralisé. Le choix du prix le plus bas après une appel d'offres peut ainsi se justifier en indiquant l'économie réalisée. Les conséquences aboutissent parfois à des catastrophes absolues. Reprenant les termes de la directive, l'un des messages les plus important du Code des marchés publics 2004 est non pas le critère prix mais celui de l'offre économiquement la plus avantageuse. Inviter les acheteurs à définir leurs besoins, de résumer leurs critères et d'acheter en fonction de ces derniers. Le prix n'étant que l'un des critères, le rapport qualité/prix devient la bonne démarche.

Un deuxième élément, celui de la pondération des critères, renforce ce comportement vertueux. L'obligation de pondérer les critères revient sur des décennies de pratique, plus facile mais plus perverse de la hiérarchisation des critères. Si le prix est placé en premier critère, ce choix sera une invitation aux ententes. Dans les marchés complexes, si le prix est le seul critère de choix, il est facile pour les opérateurs, en nombre réduit, de se réunir et de déterminer qui cette fois emportera le marché, les autres se plaçant

plus hauts. Dans une logique de pondération des critères, les ententes deviennent plus difficiles car elles obligeraient à combiner des offres moins avantageuses. La pondération des critères est donc une arme très efficace contre les ententes même si elle n'est pas absolue. L'offre économiquement la plus avantageuse invite à mettre en parallèle les contraintes de coût et les autres exigences. L'analyse préalable des besoins permet de déterminer ce que l'on veut et ce que l'on est prêt à payer pour ce que l'on veut. Dès lors que l'on sort d'une simple démarche de critère/prix, on avance dans une démarche beaucoup plus saine et vigilante à l'égard des risques d'entente et donc de vraie concurrence.

Souplesse des procédures et souplesse des approvisionnements

Jusqu'en 2006, la seule réponse en terme de souplesse était celle du marché à bons de commande. Les quantités n'étaient pas fixées dans le marché. Même limité à quatre ans, cette procédure tuait la concurrence pendant ce délai. L'acheteur était lié à un prestataire unique à un prix déterminé quand bien même des éléments de variation était introduits au départ, ce système était relativement rigide. L'accord-cadre est un outil bien meilleur. Cet accord qui est un système de référencement permet, également pour une période de quatre ans de mettre, non plus l'acheteur dans les mains d'un prestataire, mais lui permet de préréférencer un nombre de prestataires suffisant remis en concurrence pendant la durée de l'accord-cadre. Cet accord donne une souplesse d'utilisation, souplesse d'approvisionnement, alliées à une obligation de mise en concurrence, donc de peser sur les prix en tenant compte des avancées technologiques. Par rapport au marché à bons de commande, cet outil garantit la même souplesse et impose en même temps des pratiques concurrentielles. La concurrence fonde la qualité du marché.

La sauvegarde des petites entreprises

La directive 2004, relayée dans le Code des marchés publics, tend à renforcer l'efficacité de l'achat public : centralisation, mutualisation, outils plus efficaces comme les enchères électroniques. La conjugaison de ces outils avec la puissance potentielle de ces structures peuvent, si on n'y prend garde, aboutir à ne s'adresser qu'aux seuls gros opérateurs au détriment des PME. Dans une logique de rationalisation, il ne faut donc pas en négliger les effets pervers et essayer de les contrecarrer. Des dispositifs en faveur des PME ont été introduits dans notre code. Un acheteur ne peut pas attribuer un marché à une PME, au seul motif que celle-ci est une PME, ce serait contraire à la directive et ce serait contraire, pour le moment à l'accord sur les marchés publics. La discrimination positive n'est donc pas possible. Des rappels de bons comportements ont été mis en place pour les acheteurs afin de maintenir cette concurrence. Les praticiens le savent bien, les situations économiques où l'on se retrouve en situation d'oligopole— peu d'opérateurs de grande taille — les risques d'entente sont majeurs. Préserver les PME dans le paysage de l'achat public ne relève pas seulement de la politique générale, mais est un objectif interne à la qualité de l'achat public car la concurrence n'existe dans de nombreux secteurs que si le tissu PME est maintenu dans le circuit. Les mesures suivantes ont donc été prises.

- L'allotissement devient la règle et le marché global une exception : dans les cas de marché à entrées multiples les acheteurs devront privilégier l'allotissement. Le marché global ne peut être adopté que si l'allotissement se révèle être une mauvaise solution, pratique ou économique. L'allotissement permet de mieux affiner son besoin et de mieux peser sur les prix, il est donc une meilleure solution économique mais il est plus lourd à gérer pour l'acheteur. Le marché global avec un seul interlocuteur est plus confortable mais cela à un coût. Le Code des marchés publics 2004 comme celui de 2006 ne sont pas des codes confortables. La qualité de l'achat est à ce prix.
- Désormais, les acheteurs ont l'obligation ne pas se surprotéger : les qualifications demandées doivent être proportionnées aux enjeux du marché. La volonté est de combattre les réflexes des acheteurs qui, par paresse intellectuelle, en demandaient plus pour limiter les risques. Pour réparer trois portes dans un collèges, il n'est pas nécessaire d'exiger 100 millions de chiffre d'affaires. L'acheteur qui le ferait risque de voir son marché annulé en contentieux.
- Dans la même philosophie, le fait de ne pas avoir de référence ne peut pas être en soi un motif d'élimination. Cette obligation vise à combattre une pratique généralisée chez les acheteurs, celle des deux piles de dossiers : à la réception des candidatures, ceux qui n'ont pas de références sont mis au panier, et le tri se fait parmi les autres. Cette pratique plus rapide — la sélection des candidatures est, on le sait, un exercice long et compliqué — est désastreuse en terme d'image. Elle continue à véhiculer l'image que l'achat public est réservé à un club d'initiés et que tout nouvel arrivant n'a aucune chance d'y entrer. Les velléités de concurrence sont tuées. Ce ne sont pas tant les antécédents qui importent mais bien les capacités professionnelles. Les nouveaux arrivants ne doivent pas être pris parce qu'ils sont nouveaux mais leurs dossiers doivent aussi être examinés. Les PME sauront qu'elles peuvent tenter leur chance à qualité égale même si elles n'ont jamais travaillé avec une personne publique. La présence des PME étant une garantie de bonne concurrence.
- Possibilité de réserver un collègue PME en appel d'offres restreint au stade des sélections de candidature. Pas au niveau de l'attribution car celle-ci ne peut s'effectuer en fonction de la taille de l'entreprise.

En conclusion, le code n'est pas une arme de lutte des pratiques anticoncurrentielles mais il est entièrement construit autour de l'idée de concurrence. La solution de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles n'est pas dans le code, mais est renvoyée aux acteurs. Le code est une règle du jeu, avec le concept fondamental de responsabilisation des acheteurs, à eux quand ils sont en procédure d'acter de trouver la bonne solution en fonction de leur terrain. Le code n'apporte pas des solutions toutes faites, mais en responsabilisant les acteurs, il implique une professionnalisation, une formation afin que les acheteurs publics connaissent leur marché. Cette connaissance du marché leur fournira des armes réelles contre les pratiques anticoncurrentielles. Sur le terrain, on constate en effet que les structures acheteuses professionnalisées ont développé une plus forte sensibilisation aux pratiques anticoncurrentielles.

Maxim PETER
Directeur général de la Fédération nationale des SEM

En ce début d'automne, une pluie d'anniversaires tombe sur les Sem.

Congrès de Strasbourg. Notre but : identifier les facteurs de changement et de rupture dans notre environnement, d'analyser les compétences actuelles et futures des Sem, l'évolution des besoins des collectivités locales, bref construire des scénarios. Dans tous les scénarios, le droit de la concurrence est une variable-clef.

« Notre histoire a de l'avenir ».

Le dynamisme des Sem m'autorise à l'affirmer, sans forfanterie, d'autant plus que je suis bien placé pour observer leurs faiblesses. 1200 Sem, 70000 salariés, 14 milliards d'euros de CA en 2005. Un stock de 240 projets. 71 Sem créées depuis 2003 (aménagement, logement, immobilier d'entreprise, promotion et gestion d'équipements touristiques, énergie, déchets, réseaux haut débit).

On peut expliquer cette étonnante vitalité, dans un environnement concurrentiel par le fait que les Sem bénéficieraient, dans l'ensemble, d'un avantage structurel. Les commissions, les conseils qui prennent les décisions d'attribution des contrats seraient infestées d'administrateurs de Sem. La parenté génétique fausserait la concurrence – je choisis mes enfants - inévitablement.

Disons le d'emblée, cette explication est fautive. La pression concurrentielle est réelle : elle s'exerce sur les prix (mandats), sur le choix du mode de gestion sur les conditions contractuelles (DSP) La compatibilité de la solution Sem avec le droit de la concurrence repose néanmoins sur des bases juridiques bien identifiées mais fragiles (intuitu personae, loi de 2002)

Un voyage dans l'univers des Sem est une leçon profitable à coup sur. Survolons d'abord, à haute altitude, le paysage. La première question qui vient, s'agissant des Sem, est simple et radicale : qu'est-ce que c'est ? Un acteur économique comme les autres ? Une survivance du passé ? Un modèle, ou un repoussoir, pour la modernisation du secteur public ?

Une Sem est une entreprise

Elle en a la forme juridique et, incontestablement, de plus en plus, l'orientation prioritaire vers le client. La précarité réelle de son activité, liée à celle de ses contrats, est un aiguillon puissant vers la performance dans tous les domaines – 300 Sem certifiées. La collectivité actionnaire et cliente exerce un contrôle de plus en plus structuré et efficace sur sa filiale. Elle tire avantage de la remise en jeu des contrats pour obtenir de meilleures conditions en matière de qualité et de prix. Tous ces facteurs contribuent à renforcer le management, à lui donner plus d'autonomie ou, a minima, une

force de proposition vis-à-vis du conseil d'administration et de la collectivité. (séparation des fonctions).

Entreprise, la Sem est toute entière dans le droit de la concurrence. L'entrée des mandats (2003) puis des concessions d'aménagement (2005) dans le champ concurrentiel, insuffisamment anticipée, brutale, a clos le débat (ouvert en 1993). L'observation des appels d'offres, sur le marché très concurrentiel des mandats, nous conforte dans l'idée que les Sem resteront longtemps les acteurs de référence dans ce domaine. Les Sem sont également présentes aujourd'hui au côté de partenaires privés pour proposer aux collectivités des montages de type PPP (partenariat public privé). Dans ces dossiers complexes, l'expertise des Sem s'est rapidement imposée. Même constat dans le domaine de l'aménagement : il y a 5 ans trop dépendant des mandats, le portefeuille d'opérations s'est rééquilibré. Dans le domaine des services, le rythme soutenu de création de nouvelles Sem donne, là encore, une indication positive. La Sem n'est donc pas soluble dans le droit de la concurrence.

Tout est bien dans le meilleur des mondes ? Non. Le droit de la concurrence stimule le système et le fragilise en même temps.

Pour aller vite, le droit européen entrave les entreprises publiques locales pour le seul motif qu'elles sont publiques, et le droit interne, parce qu'elles sont locales.

Le droit européen

- exige des collectivités territoriales, lorsqu'elles ont créé une Sem, de la mettre en concurrence aussitôt après même si elles en détiennent 85 % du capital et que le reste du tour de table est composé de 6 cartes de visite, sollicitées pour respecter la forme de la loi (arrêt Stadt Halle)
- laisse planer sur la tête des élus la menace du conflit d'intérêt (la loi de 2002 est une digue fragile)

Le droit interne

- impose aux Sem pour leurs propres contrats des règles de passation dont leurs concurrents sont dispensés (ordonnance de 2005)
- maintient une réglementation de la gouvernance des Sem unique en Europe par sa rigidité et sa complexité bureaucratique. Comment comprendre qu'un établissement public ou l'Etat lui-même soit comptabilisé dans la part « privée » du capital ? Comment expliquer que le taquet de la participation des collectivités, 85 %, a été choisi par analogie avec le droit polynésien ? Comment convaincre une entreprise privée d'investir dans une société qui sera gouvernée par d'autres, même si ceux-là veulent leur donner plus de responsabilités dans la société ? Enfin, comment admettre que l'Etat, actionnaire calamiteux, se donne pleine liberté dans la gouvernance des entreprises publiques alors que le libre choix des collectivités locales, s'agissant de leurs entreprises, est enserré dans un filet de règles stupides ?
- la Sem française, l'un des modèles européen de PPP, est de moins en moins attractive pour le secteur privé, du moins les entreprises téméraires qui voudraient, en prenant des participations dans les Sem, faire leur métier et gagner de l'argent. Le

verrou de la majorité est un frein à l'essor des PPP version Sem mais ce n'est pas le seul. Le non-dit du droit communautaire sur la méthode de constitution d'une société mixte, précédée, accompagnée ou suivie de l'attribution d'un contrat, donne du travail aux juges de la cour européenne et tétanise les parties prenantes.

L'avenir ? (prospective 2015) Il se décide, d'abord, à Bruxelles. Notre réflexion est basée sur un principe, la libre administration des collectivités territoriales **et son corollaire, le libre choix du mode de gestion des services publics locaux.**

Il est évident que le droit européen, tout en respectant en principe cette liberté et en proclamant sa neutralité quant à la propriété des entreprises, tend en réalité à la réduire à un système donnant au prix du service une valeur absolue, et à donner au secteur privé, la part du lion. Il y a là, en l'état actuel des traités et de la jurisprudence de la Cour, une menace directe, immédiate, sur les toutes les entreprises publiques, qu'elles soient ou non aujourd'hui formellement soumises au droit de la concurrence (Sem, EPIC, régies autonomes, associations, GIP, etc : le foisonnement des sigles et des statuts masque l'unité profonde de tous ces outils de l'action publique qui sont ou qui vont inéluctablement entrer dans le champ concurrentiel).

La Commission européenne travaille sur les textes qui régleront les partenariats public-privé au plan européen, qu'il s'agisse de contrats comme les concessions ou de sociétés mixtes comme les Sem.

Nous pensons que seul un cadre législatif européen peut apporter la sécurité juridique réclamée par tous, notamment sur le « in house ». Sur cette question, la Cour européenne, déléataire de la Commission, épuise ses forces à nous expliquer, par des arrêts qui transportent les juristes en Allemagne, en Autriche et en Italie, que le in house n'existe pas. De ce point de vue, le fait que la Commission annonce une simple « communication interprétative » sur les Sem et envisage d'étendre les règles des marchés publics aux concessions par la voie d'une directive, nous inquiète sans nous surprendre.

Mais je note avec intérêt que le Parlement européen s'apprête, dans quelques jours, à demander que le droit communautaire fixe, en co-décision, des règles générales pour les Sem, une définition du in house basée sur celle du règlement transport et, s'agissant des concessions, des règles plus souples que celles des marchés publics.

Je suis assez optimiste pour la suite du processus car je mesure l'évolution du rapport de forces, Français et Allemands, qui agissent maintenant de concert, pesant dans la balance.

Restera à régler, en somme et en conclusion, l'essentiel, du point de vue des Sem françaises.

- La problématique du conflit d'intérêt est devant nous.
- Les règles de répartition du capital
- Extension de la notion de pouvoir adjudicateur.

Cinquième table ronde

LA COLLECTIVITE TERRITORIALE ACTEUR ECONOMIQUE : LES CONDITIONS DE LA CONCURRENCE AVEC LE SECTEUR PRIVE

Sophie Nicinski
Professeur à l'Université Lumière Lyon 2

I. Le champ d'intervention de l'opérateur public

Jusqu'à une date récente, l'initiative publique était appréciée à travers le prisme du principe de la liberté du commerce et de l'industrie tel qu'il était interprété dans l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers. Sur fond de doctrine libérale, l'initiative publique est toujours considérée comme subsidiaire à l'initiative privée.

Dans un arrêt de section du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (Rec. p.583, RDP 1930, p.530, concl. Josse, S. 1931, III, p. 73, note R. Alibert), le Conseil d'Etat suivant en cela son commissaire du gouvernement Josse, se prête à une interprétation neutralisante des décrets de 1926 (favorisant les initiatives publiques), considérés comme ne dérogeant pas aux principes posés par la jurisprudence antérieure. Il est ainsi jugé que *"les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux qui si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière"*. L'institution d'un service de ravitaillement par la ville de Nevers en l'absence de circonstances particulières est donc irrégulière. La condition des circonstances particulières de temps et de lieu s'analyse en réalité comme la carence quantitative ou qualitative de l'initiative privée. Pour résumer l'économie de cette longue lignée jurisprudentielle initiée en 1930, l'initiative publique est régulière lorsque le secteur privé fait défaut. Malgré un assouplissement de l'interprétation de la condition de la carence de l'initiative privée (CE Sect. 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, Rec. p.562, AJDA 1964, p.686, chron. Puybasset et Puissochet, RA 1965, p.31, note Liet-Veaux), l'initiative publique est toujours appréciée à la lumière de la carence de l'initiative privée. La carence de l'initiative privée est ainsi une condition cumulative à celle relative à la démonstration d'un intérêt public.

Un arrêt récent va bouleverser l'état du droit, en admettant que l'initiative publique puisse devenir complémentaire à l'initiative privée. Dans l'arrêt d'assemblée Ordre des avocats au barreau de Paris du 31 mai 2006, le Conseil d'Etat dans sa formation la plus solennelle a placé la condition de l'intérêt public au premier plan, comme condition unique et générale, faisant de la carence de l'initiative privée l'une des manifestations possibles de l'existence d'un intérêt public.

CE Ass. 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris, AJDA 2006, p.1592, chron. Landais et Lenica : *"considérant que les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté*

du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur le marché, elles doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci".

Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette nouvelle jurisprudence :

- l'actualité du principe de la liberté du commerce et de l'industrie est réaffirmée, alors que des doutes avaient pu naître à la lecture des conclusions Bergeal sur CE Avis 8 novembre 2000, J-L Bernard Consultants, lesquelles pouvaient légitimement laisser croire que l'interprétation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie comme limitation à l'initiative publique avait vécu ;
- l'ordre des questions est restauré : il faut d'abord se demander si l'initiative publique est régulière avant d'envisager les conditions et le régime d'une intervention publique ;
- la primauté de la condition unique de l'intérêt public est affirmée. La carence de l'initiative privée n'est plus une condition cumulative à celle de la démonstration de l'intérêt public, mais en devient une illustration, une composante.
- Le respect des règles de compétence est rappelé.
- L'existence d'un domaine "sanctuaire" ou "privilegié" de l'initiative publique est confirmée (la jurisprudence antérieure le laisser supposer), domaine dans lequel l'intervention publique n'est soumise à aucune condition particulière.
- La distinction entre le domaine "privilegié" d'intervention et le domaine "partagé" dans lequel l'intervention publique est soumise à la condition de l'existence d'un intérêt public repose sur la distinction entre les activités de service public et les activités économiques. Cet aspect de l'arrêt est celui qui est le plus critiquable en ce que certaines activités sont "à cheval" entre ces deux catégories, les SPIC par exemple. On suppose qu'ils relèveront de la seconde catégorie, mais une formulation plus explicite aurait été préférable.

A partir de ce nouvel état du droit, il est désormais envisageable de dresser une typologie des champs d'intervention publique :

1°) Existence d'un domaine réservé.

On peut se demander si l'opérateur public dispose d'un domaine qui lui est entièrement réservé, à l'exclusion de toute initiative privée. On pense naturellement à l'alinéa 9 du préambule de 1946 sur l'obligation de nationaliser les monopoles de fait ou les services publics nationaux, mais cet alinéa n'a jamais fonctionné dans son sens "positif" et a toujours servi juridiquement à s'opposer à des privatisations. On pense aussi à la notion de service public constitutionnel, mais loin de contenir une obligation concernant la qualité de la personne gestionnaire du service (voir CC décision n°90-285 du 28

décembre 1990, Loi de finances pour 91, admettant que le recouvrement des impôts puisse être assuré par des personnes privées sous certaines conditions), cette notion joue plutôt, à notre sens (et bien que la doctrine soit divisée sur cette question), sur l'obligation de créer et de maintenir de tels services.

2°) Le domaine naturel

Une jurisprudence ancienne laissait supposer qu'il y avait un domaine d'intervention naturel des opérateurs économiques publics, notamment pour la création et la gestion des SPA (CE Ass. 19 mai 1933, Blanc, Rec. p.540, S.1933, III, p.81, note R. Alibert ; CE Ass. 12 juillet 1939, Chambre syndicale des maîtres-buandiers de Saint-Etienne, Rec. p.478, D.1940, III, p.1, note L. Josse ; CE Sect. 11 janvier 1952, Association des parents d'élèves de l'enseignement libre de Seine-et-Oise, Rec. p.26). dans ce domaine naturel, l'initiative publique n'est soumise à aucune condition.

On pourrait classer aujourd'hui dans le domaine naturel les activités à objet social et les activités se rattachant à une mission de police. Viendrait s'y ajouter les activités marchandes par nature mais créées dans un but social. Il s'agirait alors de faire basculer dans le domaine réservé des activités comme la création d'un cabinet dentaire pour les plus démunis (objet de l'arrêt Ville de Nanterre, préc.), appréciée auparavant au regard d'un principe de la liberté du commerce et de l'industrie interprété très soupagement et conduisant à admettre qu'il y avait carence qualitative d'initiative privée lorsque celle-ci ne satisfaisait pas les besoins des plus démunis.

On y rangerait aussi les activités marchandes par nature mais nécessaires au bon accomplissement d'une politique publique, comme celle d'aménagement du territoire pour des lignes de transport par exemple (apport de l'arrêt CE 18 mai 2005, Territoire de la Polynésie française, AJDA 2005, p.2130, note S. Nicinski) ; ou encore les activités marchandes par nature mais dont les modalités de fonctionnement répondent à des exigences particulières (exigence de continuité, d'universalité de l'offre, etc voir pour la diffusion des données juridiques CE 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la Cour de Paris, Rec. p.491, AJDA 1998, p.362, concl. Combrexelle et p.369, note B. Nouël, CJEG 1998, p.105, concl. Combrexelle).

Enfin, y demeurerait les activités permettant à l'administration de subvenir à ses propres besoins (jurisprudence bien connue Unipain).

3°) Le domaine partagé

Par déduction, y entrent les autres activités, dont notamment les SPIC, les activités annexes ou connexes à une mission de service public (apport de l'arrêt CE 23 mai 2003, Communauté de communes Artois-Lys (RFDA 2004, p.299, note B. Faure, "Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie" ; DA 2003, n°208, note M. Lombard), ainsi que les activités commerciales non qualifiables de service public. L'arrêt Ordre des avocats au barreau de Paris laisse supposer qu'y sont incluses les candidatures d'opérateurs publics à une commande publique.

Une fois que l'intervention publique de l'opérateur public est admise, celui-ci doit respecter certaines conditions.

II. Le régime de l'intervention de l'opérateur public

Le Conseil d'Etat a posé des conditions suffisamment connues dans son avis Jean-Louis Bernard Consultants (CE Avis 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants, Contrats marchés publ. 2001, comm. n°8, note P. Soler-Couteaux ; BJCP 2001, p.111, concl. Bergeal ; AJDA 2000, p.1066, chron. Guyomar et Collin ; CJEG 2001, p.58, note M. Degoffe et J.-D. Dreyfus ; CMP 2001, n°2, p.4 comm. G. Eckert ; DA 2001, n°4, chron. Y. Laidié ; JCP 2001, I, p.357, note E. Delacour, "L'attribution d'un marché public ou d'une délégation à une personne publique") pour que l'on n'y revienne pas.

On va plutôt dire quelques mots du prix que doit pratiquer un opérateur public.

Si l'opérateur public détient une ressource ou une infrastructure essentielle (c'est-à-dire une ressource nécessaire à l'activité d'opérateurs économiques sur un marché aval, avec lesquels l'opérateur public entre -ou pas- en concurrence sur ce marché), il ne faut pas que le prix pratiqué soit excessif pour ne pas assécher la concurrence sur le marché aval. C'est l'affaire du Répertoire SIRENE commercialisé par l'INSEE (CE 29 juillet 2002, Société CEGEDIM, CJEG/RJEP 2003, p.16, concl. Maugué ; AJDA 2002, p.1072, note S. Nicinski ; DA 2002, n°173, note M. Bazex et S. Blazy et n°193, note C.M. ; JCP E 2003, p.179, note J.-M. Bruguière) dans laquelle il est jugé que le niveau élevé des tarifs pratiqués par l'INSEE est constitutif d'un abus de position dominante en ce que l'information brute est rendue tellement onéreuse que les concurrents de l'opérateur public ne dégagent plus de marge bénéficiaire au moment de la revente des fichiers enrichis. Dans cette situation, trois méthodes d'analyse sont envisageables : la comparaison des prix aux coûts, l'appréciation des effets sur le marché des tarifs pratiqués ou enfin la comparaison avec des situations de marchés équivalents.

Si l'opérateur public est en concurrence avec d'autres opérateurs sur le marché des consommateurs finals, c'est dans l'excès inverse qu'il ne faut pas tomber : les prix pratiqués ne doivent pas être trop bas. Dans l'avis J.-L. Bernard Consultants, le Conseil d'Etat préconisait que l'opérateur public devait avoir proposé un prix déterminé en tenant compte des coûts directs et indirects de la prestation et ne pas avoir bénéficié des ressources tirées de sa mission de service public. La détermination des coûts à prendre en compte est probablement le problème le plus délicat à résoudre en cette matière. En effet, dans une décision n°03-D-62 du 18 décembre 2003 (affaire J.-L. Bernard Consultants), le Conseil de la concurrence a retenu la somme des coûts variables et des coûts communs (à la mission de service public et à l'activité commerciale) imputés proportionnellement. Dans l'affaire de la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (décision n°04-D-79 du 23 décembre 2004), le Conseil de la concurrence a retenu uniquement les coûts incrémentaux c'est-à-dire les coûts liés à l'activité concurrentielle, à l'exclusion des coûts fixes liés aux dépenses d'entretien d'un bateau servant aussi pour les missions de service public. Cela signifie, pour simplifier, que lorsqu'un équipement sert à la fois la mission de service public et les activités concurrentielles d'un opérateur public (comme le bateau de grosse dimension dans l'affaire précitée), il est possible de ne retenir, pour les comparer aux prix pratiqués, que les coûts de fonctionnement imputables aux activités concurrentielles (en l'espèce uniquement le coût des traversées estivales lorsque la concurrence est présente), à l'exclusion des charges les plus importantes qui auraient de toute façon été réalisées pour l'exécution du service public.

Yvon Mogno
Directeur des relations contractuelles de Véolia-Eau

La première partie de l'exposé de Sophie Nicinski qui concerne une typologie des secteurs ou des services à classer différemment, bon, je ne vais pas rentrer dedans, cela mériterait de larges débats, on a entendu une position qui se défend.

La deuxième partie, je vais en être plus proche, parce que la question de la détermination des coûts, des prix est un sujet très important en matière de marché concurrentiel.

Mais avant d'y arriver, je vais un petit peu recentrer sur les préoccupations d'une entreprise comme la mienne.

Globalement, nous partons d'une situation dans laquelle, en matière de gestion de service public, il existait d'un part, une compétition entre le mode de gestion public et le mode de gestion déléguée et cette compétition se complique un peu, se sophistique un peu aujourd'hui avec l'intercommunalité.

D'autre part, à côté de cette compétition entre modes de gestion, il y avait un marché concurrentiel de la gestion déléguée avec une réelle mise en concurrence procédurale d'entreprises spécialisées dans ces métiers là.

Aujourd'hui ce marché concurrentiel s'ouvre semble t'il plus largement, enfin c'est ça l'objet, aux entités publiques, aux personnes publiques ou aussi à leurs émanations, enfin aux entreprises au sens communautaire du terme qui viennent d'une ou ont une origine publique.

Bon, c'est donc ça que je vais essayer de traiter en essayant d'être concret et homme de terrain puisque c'est le cas.

Bon, premier point, la compagnie générale des eaux devenue Véolia, ça fait 153 ans qu'elle exerce l'activité de gestion déléguée des services publics locaux.

Manifestement, elle ne peut que respecter totalement tout ce qui est choix politique des élus, tant dans le choix du mode de gestion de leurs services que dans les choix de partage de compétences au sein des différentes personnes publiques qui peuvent être concernées dans le cadre de l'intercommunalité en particulier. Tout ce qui se réfère à un libre choix de ce type, libre choix de gestion ou libre choix d'organisation dans le cadre d'une intercommunalité est à respecter totalement. Dans mon propos, il n'en sera donc pas question.

Ce dont il sera question par contre, c'est de notre souci, que chacun comprendra, de notre souci de vérifier que sur le marché concurrentiel en particulier, les entités d'origine publique dont je parlais tout de suite, ne sont pas en train de concurrencer d'une manière biaisée les entreprises privées dont c'est le métier, c'est une préoccupation que vous comprendrez facilement.

Et bien nous entendons là-dessus des interventions assez rassurantes et d'ailleurs Sophie Nicinski en a donné elle-même, c'est-à-dire en gros, on semble pouvoir considérer que sur le plan des principes, finalement tout est maîtrisé et qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter sur d'éventuels biais de la concurrence sur le marché concurrentiel entre les entités des deux types.

Pourtant, il faut que je le dise tout de suite, préoccupés, nous le sommes, donc ces éléments rassurants ne nous rassurent pas totalement.

En effet, déjà sur le plan des principes, tous les raisonnements n'emportent pas la conviction.

Par exemple, l'affirmation de « Jean-Louis Bernard Consultant » selon laquelle il n'y aurait pas de raison de principe pour que ne puisse exister une concurrence non biaisée entre entité publique et entité privée est un peu un apriori. Concrètement et simplement, il y a de véritables différences de droit et de fait qui existent entre les deux types d'entités.

Différences qui ne sont pas simplement là pour justifier l'existence du droit administratif mais qui sont de vraies différences et dont certaines, je le dis crûment, sont vraiment de nature à faire que la concurrence n'est pas claire.

Je cite vraiment une donnée immédiate et très forte qui est l'immortalité de la personne publique face à la personne privée qui poserait les mêmes actes.

Dans l'appréciation d'un risque à prendre, dans l'évaluation plus ou moins optimiste des hypothèses de la réponse de la mise en concurrence.

Je crois que le fait d'en mourir ou de ne pas en mourir joue un certain rôle et on peut être plus précis si vous le souhaitez mais le temps est compté.

Une autre différence qui nous paraît claire, quand on soumissionne à une procédure « Sapin » une délégation de service public, on candidate donc à une activité risquée, c'est une activité aux risques et périls dans laquelle l'idée d'un déficit n'est pas absolument démentielle mais elle est parfaitement concrète.

Prenons une régie municipale qui gère le service des eaux municipales et qui candidate pour être le délégataire d'à côté.

Sur la délégation d'à côté, elle va avoir un déficit, nous aussi nous l'aurions eu, et une fois sur deux c'est un déficit.

Mais comment va-t-elle l'assumer ?

Elle ne peut pas se tourner vers le client d'à côté puisque les prix sont contractuels et le but n'est pas de les modifier dès qu'il y'a un déficit et elle ne peut pas se tourner vers ses clients de sa régie non plus, puisque ce n'est pas leur service et qu'elle leur mettrait à charge des éléments extérieurs à leur service, donc comment peut-on faire face à cette situation ?

Comment peut-on faire en principe ?

Bon, je m'arrête là pour ne pas allonger inutilement mais ce que je veux rappeler, redire c'est que, dire que les différences entre les deux types d'entité ne sont pas telles qu'elles les empêchent de se rencontrer sur le même marché concurrentiel, c'est vite dit.

Bon, donc ça sur le plan des principes.

Alors ensuite quand on passe du plan des principes à l'application de ces principes et bien on tombe sur des difficultés de méthode qui éventuellement peuvent rendre la solution de principe inapplicable et nous craignons que ce soit le cas du système créé par l'ordre administratif pour maîtriser et contrôler l'établissement de l'offre publique.

Nous avons bien noté qu'il s'agit d'avoir une comptabilité, de compter tous les coûts, de ne pas avoir de subvention croisée entre le service public et l'opération de concurrence etc.... nous avons bien noté ça.

Mais si on décortique la réalité des choses et là, on pourrait le développer aussi, on tombe sur une inéluctable inefficacité du filtre, c'est-à-dire que pour prendre une image, c'est un filtre qui pour des raisons de latitude d'appréciation est large.

Mais du coup, étant large, il laisse passer des situations biaisées, qui elles n'ont pas besoin du tout d'être à 30 % pour démolir le marché concurrentiel sur lequel on intervient. Il suffit de 5 %, il suffit de pouvoir régulièrement faire des offres 5 % en dessous de tous les autres pour fausser radicalement le marché.

Il n'y a pas besoin que ce soit 30 % et donc le filtre qui fonctionne à peu près à 30 % le laissera passer.

Donc c'est une crainte profonde et un reproche à personne. Le problème est extrêmement difficile et pour le moment sans doute pas assez approfondi puisque finalement la situation est nouvelle.

Troisième point qui nous inquiète et qui est en relation avec les deux autres, après l'aspect de principe et l'aspect mise en application.

Et bien ces deux aspects là, il me semble ont en commun une compréhension insuffisante des vrais mécanismes économiques, en particulier sous-jacents et dès qu'on entre dedans, concrètement, dans le détail, conduisent à tirer des conclusions très différentes de celles qu'on a en restant au plan des principes.

A titre d'exemple, je vais vous montrer, je l'espère, trois sujets qui ont été par tout le monde, y compris par nous, par la doctrine, par le conseil d'Etat, insuffisamment perçus et analysés.

Le système de maîtrise des offres, c'est de dire que la conjugaison, la conjonction de la nécessaire latitude d'appréciation et de l'immortalité de la personne publique fait que le système mis en place ne peut pas fonctionner et nous attendons avec impatience le jour où une offre publique serait jugée anormale, je pense que, sauf maladresse insigne ou provocation, ça n'arrivera jamais.

Deuxième exemple, les subventions discriminatoires, là je me réfère à l'arrêt « Préfet des Landes », bon sachez simplement que derrière les apparences qui ont amenées l'arrêt, il y a des réalités qui auraient fait conclure différemment.

A savoir qu'un écart qui apparaît de 10 % est en réalité de 50 % en net subi par l'utilisateur et que la différence entre le système en régie et le système en affermage n'est pas de ce point de vue là pertinent. C'est sans doute une critique, mais une critique associée au constat que c'est vraiment très difficile à comprendre et à apprécier.

Troisième exemple et là, je sors du marché concurrentiel pour revenir à l'autre aspect qui est la compétition entre les modes de gestion et la compétition entre organisations administratives et intercommunalités.

Il y a un défaut de compréhension de ce que sont certaines intercommunalités, parfaitement régulières, c'est la plupart, et qui consistent tout simplement pour les entités publiques à répartir sagement leurs compétences et un autre type d'intercommunalité qui consiste à juxtaposer à ce transfert des compétences, quelque chose qui est un échange de prestations économiques dans les deux sens, prestations économiques dont le reste du paysage conduit à les soumettre à concurrence.

Mais ça, ce n'est pas perçu encore, en tout cas quand on lit les articles de doctrine, on ne les trouve pas.

Ces quelques exemples sont concrets et effectivement je ne suis pas en train de voler très haut en matière de droit pur mais notre préoccupation de terrain, elle est réelle et finalement et c'est une vraie conclusion, finalement, nous nous disons que les biais peuvent être tels qu'il y aurait basculement de mode de gestion assez facilement et que ce qui nous protège de ce basculement, ça n'est nullement le droit mais c'est la variété des choix philosophiques des élus, leur attachement à l'initiative privée, leur sens des responsabilités etc....

Toutes qualités qui font que tous les systèmes existent en France quelques soient les biais que le droit risque ici ou là de laisser subsister.

Voilà, j'espère ne pas avoir été trop provocateur, c'était en tous cas sincère.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

**JEAN-BERNARD AUBY, PROFESSEUR A L'UNIVERSITE DE PARIS II,
ANCIEN PRESIDENT DE L'AFDCL**

Conclusion

**Par Jean-Bernard Auby,
Professeur à Sciences Po Paris**

Directeur de la Chaire « Mutations de l'Action Publique et du Droit Public »

Les organisateurs du beau colloque que j'ai l'honneur de conclure ont eu une riche idée en choisissant ce sujet : « *Droit de la concurrence et collectivités territoriales* ». Ils nous ont en effet placés au croisement de deux grandes évolutions essentielles de notre droit public : celle qui tend à soumettre l'action publique à de nouvelles régulations, au sein desquelles le droit de la concurrence joue un rôle-clef, et celle de la décentralisation, qui transforme la gestion publique locale, au gré de l'ouverture de son champ.

La réflexion sur cette rencontre-là s'est d'ailleurs révélée d'un grand intérêt. Les débats ont montré à quel point on se trouvait constamment sur le fil du rasoir d'évolutions cruciales pour le devenir de l'action publique locale. Ce qui aurait pu passer pour un sacrifice aux effets de mode est apparu au contraire comme visant au cœur de changements majeurs.

Pour résumer plus amplement les impressions que j'ai retirées du débat, je me placerai successivement dans le passé (I), le présent (II), et l'avenir (III).

I. Le passé

1°. Il me semble qu'il faut en premier lieu se réjouir fortement de ce que, manifestement, les débats relatifs au rôle que le droit de la concurrence peut jouer dans la sphère du droit public ont changé de tonalité.

Alors qu'il y a encore peu de temps, ces débats conservaient un caractère assez théologique, et s'élevaient difficilement du registre des jérémiades à propos de l'effet prétendument corrosif que le droit de la concurrence aurait sur les structures essentielles du droit public, on semble être passé à une approche plus posée, consistant à évaluer concrètement les conséquences – bénignes ou malignes, ici importantes, limitées là...- de l'incorporation de ce nouveau corpus dans notre droit administratif.

A tout le moins, on semble se convaincre doucement de ce que le droit de la concurrence, en soi, n'a rien que d'assez inoffensif, et a même un caractère plutôt plaisant : il est ce groupe de règles qui tend à faire en sorte que ceux qui se livrent à des activités économiques proposent des produits et des services de la meilleure qualité possible au moindre prix, et que corrélativement, les consommateurs – que parfois on

tendra à appeler usagers- puissent disposer des meilleurs produits et des meilleurs services au moindre prix.

On ne peut pas nier que le droit de la concurrence ait par ailleurs, quelques effets perturbateurs dans la sphère du droit public, mais il faut d'abord lui rendre cette justice que sa logique de base, son projet essentiel, ne sont pas vénéneux. Avant de se plaindre de ses éventuelles conséquences perturbatrices, le droit administratif doit l'accueillir comme un instrument supplémentaire de garantie des droits des administrés : des administrés en tant qu'ils sont aussi, et parfois en même temps, des consommateurs.

Or, cette prise de conscience commence à se faire, et les travaux du colloque l'ont montré. Elle se fait grâce aux efforts de quelques pionniers, au premier rang desquels Michel Bazex, qui évoque ci-avant l'émergence d'un « droit public de la concurrence ».

2°. A partir du moment où le droit de la concurrence s'approchait des activités publiques – qu'il n'a jamais exclues de son champ, en vérité-, y avait-il un doute sur le fait que les collectivités territoriales y fussent soumises, comme les autres institutions publiques ?

Evidemment non, dans la mesure où elles se livrent elles-mêmes à des activités économiques – en particulier dans le champ de leurs services publics industriels et commerciaux -, et dans la mesure où elles prennent constamment des actes dotés d'effets flagrants sur des marchés économiques : l'organisation de leurs « halles et marchés », leurs décisions relatives aux ventes sur la voie publique, leurs décisions d'urbanisme concernant les zones économiques, etc...

Cela est particulièrement évident pour les communes. Lesquelles sont en vérité largement à l'origine du système économique dans lequel nous vivons : les premières – en Italie, en Flandre...-, elles ont délimité, constitué et fait vivre des marchés, à la fois au sens immobilier et au sens économique de l'expression.

3°. Pour terminer sur ce registre du passé, rappelons d'un mot comment le droit de la concurrence est venu aux collectivités territoriales.

Trois décisions jurisprudentielles jalonnent cette rencontre.

La première est l'arrêt « Ville de Pamiers », que rend le Tribunal des Conflits le 6 juin 1989. Première confrontation, au stade de laquelle on ne sait pas très bien ce qu'on va pouvoir faire des dispositions de l'ordonnance du 1° décembre 1986 dans la sphère publique, et où, en somme, le problème de compétence juridictionnelle obscurcit le fond des choses : on sait que l'ordonnance n'a pas altéré les règles de répartition des compétences, on ne sait pas dans quelle mesure et comment ses dispositions pourront s'appliquer aux activités publiques.

Le déblocage viendra de l'arrêt Million et Marais du 3 novembre 1997, dans lequel le Conseil d'Etat se déclare prêt à appliquer les règles du droit de la concurrence dans le périmètre de sa compétence. Le « droit public de la concurrence » peut naître.

La troisième étape fut l'avis Société L & P Publicité du 22 novembre 2000, dans lequel il fut admis que pouvaient être passés au crible des règles du droit de la concurrence non seulement les comportements des personnes publiques dans leurs activités économiques mais aussi leurs autres actes porteurs d'effets économiques, y compris leurs règlements de police.

Remarquons bien que ces trois décisions ou avis, tous les trois phases essentielles dans l'évolution de l'application du droit de la concurrence aux activités publiques, ont été émis à propos de situations intéressant les collectivités locales : une concession de distribution d'eau dans le premier cas, une concession du service extérieur des pompes funèbres dans le second, un règlement local de publicité dans le troisième !

II. Le présent

Sur les bases qui viennent d'être sommairement rappelées, l'application du droit de la concurrence aux activités publiques locales s'est développée, étendue, précisée d'une manière intense dans les dernières années.

Comment peut-on en quelques mots résumer la situation actuelle, qui a été analysée tout au long du colloque ?

1°. Ainsi que cela est expliqué de façon parfaite par Bruno Lasserre, en somme, les collectivités territoriales, comme d'ailleurs les autres personnes publiques, sont appréhendées par le droit de la concurrence dans trois postures, dans trois attitudes.

a) Elles le sont en, premier lieu lorsqu'elles se livrent à des activités économiques, lorsqu'elles sont des opérateurs économiques, lorsqu'elles vendent des biens ou des prestations de services.

b) Elles le sont en second lieu, lorsqu'elles usent de leurs pouvoirs normatifs, dans la mesure où les règles qu'elles posent sont susceptibles de créer des situations anticoncurrentielles, de susciter des ententes ou des abus de position dominante.

Cet aspect des choses est abondamment exploré dans les développements qui précèdent.

c) Les collectivités territoriales sont également concernées par le droit de la concurrence au tant qu'elles sont elles-mêmes des consommateurs de biens et services, en tant qu'elles sont une source importante de la « commande publique ».

C'est sur ce point que je voudrais m'attarder un instant parce qu'il est vraisemblablement, dans l'analyse du problème qui nous occupe, le plus délicat.

Il y a une sorte d'ambiguïté terminologique qui nous embarrasse dans cette affaire : à côté du droit de la concurrence au sens de l'ordonnance de 1986 – plus exactement des articles L .410-1 et s. du code de commerce aujourd'hui-, il y a ce qui, dans le droit des marchés publics, concerne leur mise en compétition, leur « mise en concurrence ».

Comme cela a été dit dans les débats du colloque, et notamment par Jérôme Grand d'Esnon, il ne faut a priori pas mélanger ces deux choses parce qu'il s'agit non seulement de corpus législatifs distincts, mais il s'agit aussi de législations qui ont des objectifs différents (du moins en droit interne : dans le droit communautaire, leurs finalités se rejoignent en revanche fortement).

Le droit de la concurrence a les siens, sommairement rappelés ci-dessus, et le droit des marchés publics a les siens, qui sont d'un ordre différent, Pour dire les choses brutalement : lorsque le code des marchés réglemente la façon dont on passe les marchés publics, sa préoccupation n'est pas de savoir ce qui se passe sur le marché – au sens économique -sur lequel sont placées les entreprises avec lesquelles on va contracter. En d'autres termes, ce code ne se préoccupe pas de l'effet des marchés publics – au sens juridique - sur les marchés – au sens économique-.

Mais un instant de réflexion montre que la distance n'est pas si grande que cela, pour deux raisons inverses. Dès lors que le droit – commun - de la concurrence discipline les entreprises qui contractent avec les collectivités, celles-ci en profitent dans la mesure où il pousse ces entreprises à proposer des produits de la meilleure qualité possible, et au moindre coût. En sens inverse, le code des marchés, en mettant en place des procédures pour obtenir le meilleur achat, valorise en principe, les entreprises qui sont les plus efficaces, en quoi il rejoint les objectifs du droit de la concurrence.

Il y a donc bien, en fin de compte, une sorte de complicité des droits de la concurrence. Les conséquences à tirer de cette idée ne sont, cela dit, pas évidentes. Que peut-on en déduire, notamment, quant à l'application possible des règles du droit général de la concurrence à l'acte d'achat public ?

Ce qui n'est pas douteux, est qu'on peut appliquer le droit commun, le droit général de la concurrence à ce qui se passe autour du marché public. Si deux entreprises s'entendent pour se partager un marché public ou pour obtenir un marché public, on sait très bien que le droit commun de la concurrence peut s'emparer de cette situation, et déployer ses sanctions.

Mais au-delà de ça, que peut-il à l'égard de l'acte même d'achat public ?

Bruno Lasserre signale un récent arrêt du Tribunal de Première Instance des Communautés, qui ferait germer l'idée selon laquelle la fonction d'achat serait elle-même un acte économique. Les conséquences de l'admission d'une telle idée doivent être analysées – elle semble impliquer au moins l'acceptation de ce qu'une collectivité acheteuse puisse, en tant que telle, être tenue pour impliquée dans une pratique anticoncurrentielle, une entente par exemple- mais il y là sûrement le germe d'un glissement supplémentaire dans l'application du droit de la concurrence.

2°. Les collectivités territoriales sont donc appréhendées par le droit de la concurrence dans les trois postures que nous venons de voir.

Dans ces trois postures, elles peuvent être amenées à passer sous les fourches caudines du droit de la concurrence pour toutes les sortes d'actes : actes matériels dans le cadre

de leurs activités d'opérateurs économiques, actes juridiques contractuels ou unilatéraux, actes unilatéraux particuliers ou réglementaires.

En théorie, il n'y a pas de limite, toutes les sortes d'actes publics étant susceptibles, dans une situation ou une autre, de placer quelque opérateur – public ou privé- en porte-à-faux avec le droit de la concurrence.

Un doute est cependant introduit par l'arrêt « Ordre des avocats au barreau de Paris », du 31 mai 2006, dans lequel le Conseil d'Etat a estimé que le décret instituant la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat ne pouvait avoir « ni pour objet, ni pour effet » de méconnaître le droit de la concurrence, la tâche « d'intérêt général » confiée à cette mission n'emportant aucune intervention sur un marché. Il y a de forts motifs de penser que ce raisonnement peu clair ne sera qu'un accident de parcours.

III. L'avenir

Quels sont les probables développements futurs ? Quelles conséquences supplémentaires le droit de la concurrence est-il de nature à produire dans le droit de l'action publique locale.

Deux séries d'observations peuvent être faites ici.

1°. Ce qui est clair, en premier lieu, c'est que nous allons voir toutes les sortes d'activités publiques locales passer au crible du droit de la concurrence.

Lui seront confrontées toutes sortes d'actes et d'activités locaux dont l'impact économique est évident : les services publics économiques locaux - les transports, l'électricité, les pompes funèbres etc-, les actes de gestion domaniale, diverses polices administratives dont les conséquences économiques sont évidentes – commerces ambulants, ouvertures le dimanche...

Mais le droit de la concurrence sera aussi utilisé pour objecter à la création ou au fonctionnement de toutes sortes d'actes et d'activités dont le caractère ou l'impact économique sont moins évidents : témoin le cas des crèches, qui a été évoqué dans le cadre du colloque.

2°. Ce que nous allons découvrir en second lieu, c'est ce que l'application du droit de la concurrence aux activités publiques locales comporte de spécifique.

Il semble bien, en effet, que si le droit de la concurrence s'applique aux activités publiques locales, il s'applique avec certaines inflexions, avec certaines réserves, avec certains infléchissements. Ces infléchissements, dans l'ensemble, valent pour toutes les activités publiques, mais il y en a peut-être, dans le lot, qui ne concernent que les activités publiques locales.

a) Un mot, tout d'abord, sur ce qui concerne les activités que les collectivités territoriales ont à titre d'opérateurs économiques.

Naturellement, à leur sujet, se posera un problème de délimitation : qu'est-ce qui est activité économique, qu'est ce qui n'est pas activité économique ? Nous avons, il est vrai, sur ce point, d'ores et déjà une forte jurisprudence nationale – des autorités de la concurrence - et communautaire.

Le point qu'il faudra vérifier est celui de savoir dans quelle mesure le juge administratif s'aligne sur elle. Il faudra à cet égard surveiller les suites de l'arrêt « Ordre des avocats au barreau de Paris », ci-dessus évoqué.

Viendra ensuite la question de savoir dans quelle mesure et de quelle manière il est admis que des considérations d'intérêt général viennent infléchir, atténuer, l'application du droit de la concurrence aux activités publiques locales.

Le principe d'une telle atténuation paraît admis, du moins lorsque les impératifs d'intérêt général paraissent assez impérieux. Le droit communautaire s'en accommode au minimum dans le cas des services d'intérêt économique d'intérêt général.

Un aspect important de la question est de savoir quel genre de contrôle, plus ou moins rigoureux, le juge – qu'il soit celui du droit commun de la concurrence, ou le juge administratif – exerce, à la fois sur le principe même de l'atténuation, et sur sa proportionnalité. Nous avons beaucoup à découvrir, encore, sur ce registre

b) Le même genre de questions se pose, et le même genre de découvertes nous attend, du côté de l'application du droit de la concurrence aux actes normatifs des collectivités territoriales.

C'est de façon tout à fait claire que l'avis « Société L & P Publicité » nous a indiqué que le droit de la concurrence ne s'appliquait aux règlements de police municipale que sous réserve des atténuations qu'imposeraient des impératifs d'intérêt général.

Reste à savoir comment cette réserve d'intérêt général sera concrètement maniée par le juge – et par l'administration se regardant dans le miroir de la jurisprudence -.

Comme dans le cas précédent, se pose la question de savoir à quel degré de profondeur le juge contrôlera l'existence de l'impératif d'intérêt général invoqué par la collectivité, et dans quelle mesure il se préoccupera du rapport de proportionnalité entre la distorsion de concurrence introduite, et l'impératif d'intérêt général réputé la justifier.

On pourrait d'ailleurs imaginer qu'il aille plus loin, et qu'il s'interroge sur les justifications possibles de la réglementation qu'on lui demande de contrôler au regard du droit de la concurrence dans son principe même : à quelle défaillance du marché entend-elle répondre ? donne-t-elle une réponse appropriée ?...

Cela conduirait le juge à peser complètement les considérations économiques, aux deux bouts de la chaîne en quelque sorte : dans le principe de l'intervention normative, et dans les effets produits sur le marché.

3°. Un mot, pour terminer, sur les conséquences concrètes que l'application du droit de la concurrence aux activités publiques locales peut avoir à court et moyen terme pour les collectivités, et pour ceux qui se préoccupent de leur droit.

On peut avancer les hypothèses suivantes.

a) En premier lieu, il est certain que le droit de la concurrence impose et imposera aux collectivités des contraintes nouvelles.

Comme le rappelle Bruno Lasserre, parfois le respect du droit de la concurrence va aller jusqu'à exiger même des transformations organisationnelles : des séparations juridiques et comptables, en tous les cas.

Didier Casas explique à quel point les prérogatives domaniales la liberté du maître de domaine, peuvent être affectées, ...

b) En revanche – et l'on peut se référer sur ce point à la contribution de Sophie Nicinski -, apparemment, pour le moment tout au moins, le droit de la concurrence appliqué n'a pas pour effet de limiter dans son champ et dans son principe même, l'intervention publique locale : il ne lui impose apparemment même pas un caractère subsidiaire.

C'est ce que l'on peut déduire de l'avis « Société Jean-Louis Bernard Consultants » du 8 novembre 2000.

c) Comme l'on également suggéré certains intervenants, les collectivités territoriales devront également apprendre à considérer le droit de la concurrence comme un outil.

Elles doivent apprendre à le faire respecter par les autres, à saisir les instances compétentes en matière de concurrence lorsque les autres ne se comportent pas bien.

Et tout cela non seulement à leur propre bénéfice, mais aussi au bénéfice des citoyens.

Le droit de la concurrence est une épreuve de vérité pour l'action publique. Il l'oblige à dévoiler ses ressorts économiques, et en fin de compte à se soumettre ici et là à des tests d'efficience. Il y a en lui des ressorts de transparence dont il faut savoir utiliser les vertus, même si, parfois, nos façons habituelles de penser, et d'encadrer, juridiquement la chose publique en sont un peu transformées