Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Christine Maugüé

Présidente de la section du contentieux du Conseil d'État

Le droit de la concurrence comme source de la légalité administrative

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

Pendant longtemps, le juge administratif, saisi de pratiques anticoncurrentielles émanant de collectivités publiques, ne confrontait pas directement celles-ci au droit européen et interne de la concurrence au motif que, « par elles-mêmes », ces pratiques n'étaient pas susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché (v. par ex., CE, 23 juillet 1993, Cie générale des eaux, n° 138504 ; CE, 29 juillet 1994, SA CAMIF, n° 130503).

Cette jurisprudence a été remise en cause, juste avant la fin du siècle dernier, par une série d'arrêts de Section du Conseil d'État, d'abord pour dire qu'un acte administratif pouvait être annulé s'il était contraire aux articles 101 et 102 du TFUE (CE, Sect., 8 nov. 1996, Fed. Fr. des sociétés d'assurances, n° 122644), ensuite s'il était contraire aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er déc. 1986 (CE, Sect., 3 nov. 1997, Soc. Million et Marais, n° 169907), enfin, dès lors qu'il contrevenait de façon générale au principe de libre concurrence qui découle de ladite ordonnance de 1986 (CE, 1er avril 1998, Union hospitalière privée, n° 188529). Et les effets anticoncurrentiels d'un acte administratif sont mêmes susceptibles de créer une situation d'urgence justifiant la saisine du juge du référé suspension (CE, 19 janv. 2004, Soc. T-Online France, n° 263012).

Aujourd'hui, le standard jurisprudentiel qu'utilise le Conseil résulte d'un arrêt d'Assemblée, « Ordre des avocats au Barreau de Paris » (CE, Ass., 31 mai 2006, n° 273531) : « *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. Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. 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. 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* ».

En toute hypothèse, comme le révèle au demeurant l'arrêt ci-dessus, la question du respect du principe de libre concurrence ne se pose que si l'acte attaché à un objet et/ou a pour effet d'avoir une influence sur un marché. Si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si l'acte n'a pas un objet économique, les moyens excipant de la méconnaissance du principe de libre concurrence ne peuvent qu'être écartés, comme d'ailleurs ceux tirés de la méconnaissance des articles 101 et 102 du TFUE ou de l'article L. 420-2 du code de commerce (pour un exemple récent d'un éco-organisme n'intervenant pas en tant qu'opérateur sur le marché du recyclage et de la valorisation des déchets, v. CE, 30 déc. 2021, FEDERC, n° 429070).

Ensuite, dans le cadre de son contrôle, ce à quoi le Conseil d'état est toujours très attentif est la question de savoir si l'acte administratif ou la pratique économique attaquée est de nature à conduire l'entreprise qui en bénéficie à abuser automatiquement de sa position dominante. Si tel est le cas, l'acte administratif attaqué ou le droit exclusif attribué à l'entreprise sont annulés par le juge (v. par ex., CE, Sect., 8 nov. 1996, Fed. Fr. des sociétés d'assurances, précité, à propos de l'attribution à une seule caisse d'assurances vieillesse de la gestion d'un régime complémentaire ; CE, 29 juillet 2002, CEGEDIM, n° 200886, à propos du caractère excessif de la perception de droits par l'INSEE de nature à constituer un abus de position dominante ; CE, Sect., 25 juin 2004, Soc. Scoot France, n° 249300, pour l'attribution du numéro « 12 » à France Telecom).

Mais, dans la plupart des cas, après une analyse économique de la situation juridique discutée, le Conseil d'État rejette la requête aux motifs que l'acte attaqué ne met pas l'établissement public ou l'entreprise privilégiée en situation d'abuser « automatiquement » et « nécessairement » d'une position dominante. Ainsi, parmi beaucoup d'autres affaires, celles du concessionnaire du service public de la diffusion du droit par internet (CE, 17 déc. 1992, Ordre des avocats à la Cour de Paris, n° 181611), de l'Union des groupements d'achat public (CE, 27 juillet 2001, CAMIF, n° 218067), de l'Institut national de recherches archéologiques préventives (CE, 30 avril 2003, UNICEM, n° 244139) ou de la Mutuelle générale des services publics, malgré l'avis contraire du Conseil de la concurrence à l'époque (CE, 16 juin 2004, DGSP, n° 235176 ; avis n° 03-A-21, 13 déc. 2003).

Par ailleurs, aucune catégorie d'acte administratif n'échappe au contrôle du juge administratif, même celles dont l'influence sur le marché est a priori la moins évidente : ainsi, de l'extension ministérielle des conventions collectives du travail si celle-ci est de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence (CE, Sect., 30 avril 2003, Synd. des professionnels des exploitants indépendants des réseaux d'eau, n° 230804, BJCP 2004, n° 32, p. 39, concl. J. H. Stahl) ou des décisions de police administrative, comme la règlementation locale de l'affichage en zone de publicité restreinte si celle-ci a pour effet de créer une position dominante en faveur de certains professionnels (CE, Sect., 22 nov. 2000, Soc. L et P Publicité SARL, n° 223645).

Mais, naturellement, ce sont surtout les décisions administratives à objet strictement économique qui sont les plus scrutées par le juge administratif au regard du principe de libre concurrence.

Ainsi, tout d'abord, pour toutes les décisions des autorités domaniales de nature à restreindre la libre concurrence sur un marché contraint, comme celui, par exemple, des loueurs de voiture sur les aéroports parisiens. De fait, comme l'indique le considérant de principe dans l'affaire de Section « Société EDA » (CE, 26 mars 1999, n° 202260, avec les concl. de J. H. Stahl au recueil Lebon, p. 98) : « *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 le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les règles de concurrence dans le cadre desquelles s'exercent ces activités* ».

"Aucune catégorie d'acte administratif n'échappe au contrôle du juge administratif, même celles dont l'influence sur le marché est a priori la moins évidente [...]."

Par la suite, le Conseil d'État a « théorisé » sa jurisprudence sur les actes autorisant l'occupation privative du domaine public à des fins économiques dans un arrêt « RATP » (CE, 23 mai 2012, n° 348909). Le raisonnement est en quatre temps :

1) l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ;

2) l'Administration n'est jamais tenue d'accorder une telle autorisation ;

3) la décision de délivrer ou non une telle autorisation n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, car le respect de cette liberté implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas, aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public, ce qui n'est pas le cas d'une autorisation d'occuper le domaine public ;

4) toutefois, la personne publique ne peut délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Depuis lors, on sait que l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 soumet les titres d'occupation du domaine public « en vue d'une exploitation économique » à une procédure préalable de mise en concurrence.

Ce sont ensuite les décisions administratives en rapport avec une commande publique qui font souvent l'objet d'un contrôle concurrentiel.

D'une part, évidemment celles où les collectivités publiques mettent en jeu la responsabilité des auteurs d'une entente anticoncurrentielle devant le juge administratif (TC, 16 nov. 2015, Région Ile-de-France, n° 4035). Dans ce cas, « *lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, elle peut saisir le juge*

administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif » (CE, 10 juillet 2020, Soc. Lacroix Signalisation, n° 420045, BJCP 2020, n° 133, p. 400, concl. M. Le Corre).

De ce point de vue, on notera que, si le Conseil d'État applique les nouvelles dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce sur la prescription de l'action en dommages et intérêts à l'expiration d'un délai de cinq ans (CE, 1er juin 2023, Soc. Forbo Sarlino, n° 468098, BJCP 2023, n° 149, p. 224, concl. Labrune), « *dans l'hypothèse où le préjudice de la personne publique résulte de pratiques auxquelles ses organes dirigeants ont participé, de sorte qu'en raison de leur implication elle n'a pu faire valoir ses droits à réparation, la prescription ne peut courir qu'à la date à laquelle, après le remplacement de ses organes dirigeants, les nouveaux organes dirigeants, étrangers à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de ces pratiques* » (CE, 9 mai 2023, Soc. Gespace France et autres, n° 451710, BJCP 2023, n° 149, p. 211, concl. Pichon de Vendeuil).

D'autre part, sont aussi concernées par le contrôle de libre concurrence toutes les décisions des collectivités publiques pouvant restreindre cette liberté, y compris devant le juge du référé précontractuel dont la compétence est pourtant réduite sauf lorsque le manquement discuté est de nature à permettre à l'un des candidats de se mettre en situation d'abuser de sa position dominante (CE, 2 juillet 1999, SA Bouygues et autres, n° 206749).

On vise ici le cas particulier des personnes publiques candidates à des contrats publics et où le Conseil d'État décide que « *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* », pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux contrats publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 (codifié désormais dans le code de commerce). Dans ce cas cependant, « *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 public administratif 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 public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information* » (CE, Avis, 8 nov. 2000, Soc. J. L. Bernard Consultants, n° 222208, BJCP 2001, p. 105, concl. Bergeal).

Aujourd'hui, la jurisprudence est désormais fixée par un arrêt « Société Armor SNC » (CE, Ass., 30 déc. 2014, n° 355563, BJCP, n° 99, p. 92, concl. Dacosta) selon lequel : « *Les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) s'exercent, hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'État, en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou ces EPCI se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission.* ***Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence****. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* » (v. aussi CE, 14 juin 2019, Soc. Vinci construction maritime et fluviale, n° 411444 ; CE, 18 sept. 2019, Cté cmnes Ile-Rousse-Balagne, n° 430368).

On le voit, en l'espace de 40 ans, les choses ont bien changé. L'appréhension des rapports entre droit public et droit de la concurrence a été renouvelée en profondeur. Les règles de concurrence issues de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sont intégrées au bloc de légalité dont le juge administratif impose le respect aux autorités administratives. Cette intégration au bloc de légalité demeure toutefois sectorielle, car elle concerne essentiellement les situations où l'action administrative est susceptible de restreindre ou de fausser la libre concurrence.