



**Avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004  
relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de  
journaux gratuits**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 27 mai 2004 de la Communauté urbaine de Bordeaux (CUB), enregistrée sous le numéro 04/0037 A, saisissant le Conseil d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le Livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 02-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du gouvernement, entendus lors de la séance du 29 septembre 2004 ; le directeur général adjoint de la Communauté urbaine de Bordeaux (CUB) ayant été régulièrement convoqué ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations suivantes :

1. Le Conseil de la concurrence a été saisi, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis présentée par la Communauté urbaine de Bordeaux (CUB), au sujet des questions que pose, au regard du droit de la concurrence, l'occupation du domaine public de la communauté par une activité de distribution de journaux gratuits.
2. Le groupe de presse Sud-Ouest, par l'intermédiaire de sa filiale Société de Gratuits d'Information (SGI), a lancé en juin dernier un journal gratuit d'information générale, paraissant chaque jour ouvrable et financé par la seule publicité. Ce journal est actuellement distribué par des colporteurs, mais la SGI souhaite dans une seconde étape assurer sa diffusion à l'aide de présentoirs dédiés, qui seront installés dans les stations du réseau de transport en commun de la communauté urbaine de Bordeaux. A cette fin, la SGI sollicite une autorisation d'occupation du domaine public communautaire pour ses présentoirs, accompagnée d'une clause lui reconnaissant le bénéfice de l'exclusivité pour l'installation de tels dispositifs dans les stations des bus et tramways.

3. L'exploitation du réseau de transport en commun bordelais a été confiée, en vertu d'une délégation de service public, à la société Connex-Bordeaux (groupe Veolia). Le domaine public correspondant aux transports urbains est affecté au délégataire, qui en assure la gestion et délivre, en particulier, les autorisations d'occupation à usage commercial, avec un agrément préalable des occupants par la CUB.
4. Dans ce contexte, la communauté urbaine sollicite l'avis du Conseil sur trois points :
  - La distribution de journaux gratuits doit-elle être considérée comme une activité économique au sens du code de commerce et, dès lors qu'elle est accueillie sur le domaine public, les règles de la concurrence doivent-elles être prises en compte par la collectivité ?
  - Dans l'affirmative et compte tenu de l'existence d'un autre opérateur exerçant la même activité, quelles procédures et modalités devraient être mises en œuvre par la CUB afin de respecter les règles de la concurrence ?
  - Dans l'éventualité où le groupe Sud-Ouest serait en situation de position dominante sur le marché concerné, quelles recommandations pourraient faire le Conseil afin d'éviter que l'autorisation d'occupation du domaine public accordée par la CUB ne soit entachée d'illégalité ?

*Sur l'application des règles de concurrence*

5. L'activité de distribution de journaux gratuits sur la voie publique, ainsi que les actes administratifs la rendant possible, sont soumis au respect des règles de concurrence figurant au Livre IV du code de commerce. Seuls, les contentieux éventuels feront l'objet d'un traitement différent selon la nature des actes et de leur auteur.
6. S'agissant de l'application du droit de la concurrence à la situation décrite par la CUB dans sa demande d'avis, l'article L. 410-1 du code de commerce dispose que les règles de la concurrence s'appliquent à toute personne exerçant une activité de production, de distribution ou de service, y compris les activités des personnes publiques ou exercées dans le cadre d'une délégation de service public. Le critère d'application est constitué par l'exercice d'une activité économique sur un marché. La nature ou le cadre juridique de l'activité, son mode de financement, ses conditions d'exercice, importent peu pour réprimer les éventuelles pratiques interdites en matière d'entente (art. L. 420-1) ou d'abus de position dominante (art. L. 420-2).
7. Dans le cas d'espèce, une activité économique est bien exercée. Le journal est certes mis à la disposition du consommateur sans contrepartie financière à sa charge, mais l'éditeur se finance par la vente d'espaces publicitaires à des annonceurs et supportera les profits ou les pertes engendrées par la publication du titre.
8. Le fait que la distribution du journal ait lieu sur le domaine public communautaire et nécessite en conséquence une autorisation administrative pour y installer des présentoirs ne conduit pas à écarter l'application du droit de la concurrence. Les pratiques contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 des personnes exerçant une activité économique sur le domaine public pourront être soumises au Conseil de la concurrence.
9. En revanche, le Conseil ne sera pas compétent pour statuer sur les décisions de la personne publique, dès lors que ces décisions mettent en œuvre une mission de service public et comportent l'emploi de prérogatives de puissance publique. Il en va ainsi des actes par

lesquels la personne publique gère son domaine public, qui relèveront du juge administratif.

10. Toutefois, le juge administratif, saisi d'une contestation relative à la légalité de l'autorisation domaniale, contrôlera le respect des règles de concurrence : « *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 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* » (Conseil d'Etat, 26 mars 1999, société EDA).
11. Au regard du droit de la concurrence, la CUB doit essentiellement veiller au fait qu'en accordant une autorisation domaniale pour y exercer une activité commerciale, la collectivité et son délégataire confèrent à l'entreprise (ou aux entreprises) retenue un avantage économique. Si cette autorisation est exclusive, l'avantage accordé le devient aussi, notamment par rapport aux concurrents n'ayant pas accès aux stations du réseau de transport urbain pour y installer des présentoirs pour leurs journaux. Le risque est que cette situation de monopole constitue une discrimination anticoncurrentielle s'exerçant au détriment des concurrents et qu'elle donne, en outre, à son bénéficiaire la possibilité d'abuser de cette position extrêmement favorable.
12. La jurisprudence administrative impose, en conséquence, aux collectivités publiques de veiller à ce qu'une décision prise par elle ne place pas une entreprise dans la situation d'abuser d'une position dominante du fait même de cette décision : « *si le contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des pompes funèbres ne saurait être utilement critiqué à raison du droit exclusif d'exploitation du service public conféré à cette entreprise en vertu de l'article L. 362-1 précité du code des communes, les clauses de ce contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 [article L. 420-2]* » (Conseil d'Etat, 3 novembre 1997, société Million et Marais).

*Sur les modalités permettant de respecter les règles de concurrence*

13. L'application du droit de la concurrence au cas d'espèce étant établie, la CUB interroge également le Conseil sur la procédure et les modalités nécessaires pour en assurer le respect, l'objectif à satisfaire étant d'assurer l'égalité des opérateurs dans l'accès aux installations publiques et l'exercice d'activités commerciales sur le domaine public.
14. Le code du domaine public ne prévoit pas de règles de forme ou de procédure pour la délivrance des autorisations d'occupation domaniale. En revanche, les procédures spécifiques aux marchés publics ou aux délégations de service public devraient être respectées, si l'autorisation domaniale apparaissait n'être qu'un élément constitutif de l'une ou l'autre procédure de commande publique.
15. Dans le cas d'espèce, la CUB ne réalise pas d'achat de fournitures pour satisfaire ses besoins. De même la SGI, bénéficiaire de l'autorisation, ne se voit pas confier par la communauté une mission de service public, susceptible de donner à l'autorisation le caractère d'une délégation ou d'une sous-délégation.
16. La responsabilité appartient donc à la CUB de définir, avec son délégataire de transport urbain gestionnaire du domaine, ses propres conditions : « *Il appartient au maire, dans l'exercice de ses pouvoirs de gestion du domaine public, de régler les conditions de*

*l'utilisation privative de ce domaine, et notamment de subordonner une telle utilisation à la délivrance préalable d'une autorisation dont il doit alors déterminer les conditions d'obtention* » (Conseil d'Etat, 6 mai 1996, *M. Vanderhaeghen contre ville de Dunkerque*).

17. Le fait que le contrat de délégation entre la CUB et Connex-Bordeaux prévoit un agrément préalable par la communauté des occupants du domaine choisis par le délégataire, n'apparaît pas suffisant pour dégager la collectivité de ses responsabilités. La mention expresse, par l'article L. 410-1 du code de commerce, des conventions de délégation de service public dans le champ des règles de concurrence, conduit à donner une importance renforcée, sur ce sujet particulier, à l'obligation générale de la collectivité de contrôler l'exécution du service public délégué.
18. Concernant les modalités à définir pour la délivrance des autorisations d'occupation domaniale, l'objectif assigné à la collectivité en matière de respect des règles de concurrence par la jurisprudence *Million et Marais*, est d'éviter de placer, par ses décisions administratives, un cocontractant dans une situation où il abuserait nécessairement de la position dominante ainsi obtenue.
19. Par ailleurs, les principes concernant les entités adjudicatrices, posés par la Cour de justice européenne dans son arrêt *Telekom Austria* du 7 décembre 2000, devront être pris en considération. Les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre, appelées entités adjudicatrices, sont tenues pour la passation de leurs contrats à une obligation minimale de transparence, même en l'absence de dispositions légales ou réglementaires en ce sens : « *Les entités adjudicatrices sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce qui implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des marchés des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ».
20. La société Connex-Bordeaux, en tant que délégataire de la communauté urbaine, présente les caractéristiques définissant une « *entité adjudicatrice* » au sens de la jurisprudence précitée et intervient dans le cadre de la mission de service public qui lui a été confiée lorsqu'elle délivre des autorisations d'occupation du domaine public communautaire pour permettre la mise en place d'activités commerciales.
21. Pour atteindre les objectifs ainsi fixés par la jurisprudence, Connex-Bordeaux, sous le contrôle de la collectivité délégante, devrait organiser une publicité préalable à l'installation de présentoirs destinés aux journaux gratuits d'information dans les stations de son réseau. L'information des opérateurs potentiels est en effet de nature à favoriser le libre jeu de la concurrence et à garantir l'égalité de traitement entre les candidats potentiels en permettant la plus libre expression possible de la demande, au bénéfice du gestionnaire du domaine et des usagers des transports lecteurs des journaux gratuits.
22. S'agissant de la durée de l'autorisation, sa remise en jeu à intervalle fréquent peut avoir une incidence sur les positions commerciales des différents opérateurs et faciliter ainsi le libre jeu de la concurrence.
23. La méthode usuelle calquant la durée de l'autorisation sur le délai d'amortissement des biens installés sur le domaine n'est pas ici pertinente, les présentoirs se rapprochant plus en réalité de fournitures, ce qui conduit à préconiser une autorisation d'une durée brève et qui ne saurait être supérieure à un an.

*Sur l'exclusivité et les effets d'une éventuelle position dominante*

24. La dernière question de la CUB a trait aux conséquences sur la légalité de l'autorisation d'une éventuelle position dominante sur le marché local qui serait détenue par le groupe de presse Sud-Ouest.
25. Au préalable, deux remarques doivent être faites. Dans le cadre d'une demande d'avis, qui ne peut préjuger l'appréciation susceptible d'être portée au contentieux, le Conseil ne se prononce ni sur le marché pertinent en cause ni sur l'existence éventuelle d'une situation de position dominante sur ce marché. Par ailleurs, l'article L. 420-2 du code de commerce n'interdit pas à une entreprise de détenir une position dominante mais d'en faire un usage abusif pour fausser le jeu de la concurrence.
26. La notion de position dominante se réfère à la situation économique d'une entreprise, établie par rapport à un marché précisément défini, qui lui donne la capacité selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes de justice de « *faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs.* » (Hoffmann-Laroche, 13 février 1979).
27. La jurisprudence a précisé les éléments permettant de déterminer l'existence d'une telle situation. Une part de marché supérieure à 50 % représente pour une entreprise un premier indice d'une possible détention d'une position dominante, cette première analyse devant toutefois être confirmée par la prise en compte d'autres facteurs, par exemple les capacités industrielles, technologiques, financières et commerciales de l'entreprise, la présence de barrières à l'entrée sur le marché concerné, le poids de ses concurrents, la structure de la demande ou la puissance d'achat des demandeurs.
28. Dans le cas soumis par la CUB dans sa demande d'avis, une éventuelle situation de position dominante pose à l'autorité responsable de la délivrance des autorisations domaniales, le problème du traitement à réserver à une demande d'exclusivité.
29. Une exclusivité peut constituer une barrière à l'entrée sur un marché, dans la mesure où l'accès au service concédé à titre exclusif à une entreprise représente un moyen indispensable pour accéder au marché et que les concurrents potentiels ne disposent pas d'alternative raisonnable.
30. Le Conseil admet le principe d'une clause d'exclusivité, mais en apprécie dans chaque cas d'espèce les effets éventuellement anti-concurrentiels sur le marché concerné : « *si les clauses des contrats de cession accordant un droit exclusif de reproduction ou de diffusion d'un ouvrage ne sont pas illicites dans leur principe, il y a lieu d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les modalités d'exercice du droit n'ont pas pour objet ou ne peuvent pas avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence* » (décision n° 89-D-41, société France-Loisirs).
31. Au cas présent, le dossier de présentation du journal gratuit joint à la saisine fait des transports en commun un axe central de la politique de distribution du journal : « [Le journal] est distribué ou mis à disposition sur la voie publique, à proximité des stations de transports urbains, des facultés et des lycées. (...). L'objectif de l'étude logistique était d'optimiser le plan de distribution [du journal gratuit] en définissant le nombre d'exemplaires de journaux à distribuer en fonction des flux de population générés par les transports (...) ». L'accès aux stations des transports en commun, par le contact privilégié obtenu avec un grand nombre de lecteurs potentiels, apparaît ainsi essentiel à la réussite d'une activité de journal gratuit d'information.

32. Si la SGI a construit son plan de développement en ciblant en priorité la clientèle des transports en commun bordelais pour des raisons d'efficacité économique, il est probable que les autres éditeurs de journaux gratuits feront de même, ce qui rend d'autant plus problématique sa demande d'exclusivité. En effet, les stations de transport en commun, qui constituent des espaces disponibles pour l'installation de présentoirs, sont nécessairement en nombre limité et constituent une ressource rare pour les entreprises de distribution de journaux gratuits. Les restrictions d'accès à cette ressource doivent donc être justifiées par des raisons objectives. Or, la nécessité technique d'une exclusivité d'installation des présentoirs sur cette partie du domaine public au profit d'un seul opérateur de diffusion de journal gratuit n'apparaît pas clairement dans le dossier présenté au Conseil.
33. Lorsque l'imposition d'une clause d'exclusivité résulte de raisons techniques ou financières sérieusement justifiées, le Conseil recommande qu'elle ait pour contrepartie l'organisation d'une publicité préalable pour son attribution et une durée brève d'application.
34. En l'espèce, la publicité préalable à l'autorisation domaniale pourrait donner lieu à la remise par les entreprises intéressées de propositions portant sur leurs engagements quant à l'utilisation du domaine et sur un montant de redevance d'occupation du domaine. Le bénéfice d'une éventuelle exclusivité résulterait ainsi d'une mise en compétition des candidats à l'installation des présentoirs à journaux sur le domaine public.
35. Les inconvénients d'une exclusivité ne pourraient être qu'aggravés par l'existence d'une position dominante du groupe Sud-Ouest sur un ou plusieurs marchés locaux concernés, les risques d'abus de cette position venant s'ajouter à la restriction de concurrence introduite par l'attribution d'un monopole des emplacements pour les présentoirs.
36. En effet, des pratiques commerciales admissibles au regard des règles de concurrence lorsqu'elles émanent d'une entreprise détenant une faible part de marché et soumise à une compétition effective, peuvent constituer de la part d'une entreprise en position dominante des abus anticoncurrentiels, si leur objet ou leur effet est d'éliminer des concurrents existants ou potentiels ou si leur obtention n'est rendue possible que du fait de la puissance économique de l'entreprise dominante : *« si une entreprise en position dominante ne saurait être privée de la faculté de préserver ses intérêts commerciaux, l'usage de cette faculté ne peut justifier une limitation de l'exercice de la concurrence par d'autres opérateurs, ce qui constituerait une exploitation abusive de cette position dominante »* (décision *France-Loisirs* précitée).

## CONCLUSION

- Une activité de distribution de journaux gratuits installée sur le domaine public est soumise sans réserve aux règles du droit de la concurrence.
- Le respect des règles de la concurrence incombe à la collectivité publique qui ne peut en être déchargée du seul fait qu'elle a confié la gestion du domaine public à son délégataire. En l'absence de texte, la collectivité doit organiser sa propre procédure pour la délivrance d'autorisations domaniales à des opérateurs économiques. A ce titre, une publicité préalable est recommandée afin d'informer les opérateurs susceptibles d'être intéressés.
- L'existence éventuelle d'une entreprise jouissant d'une position dominante sur le marché où elle exerce son activité économique devrait conduire la collectivité à une vigilance renforcée quant aux conditions d'accès au domaine public, en écartant a

priori toute clause conférant une exclusivité d'installation et en fixant une durée brève pour les autorisations. Dans un tel contexte, une mise en compétition préalable des entreprises intéressées pourrait aussi permettre une meilleure expression du jeu de la concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de M. Debrock, par M. Lasserre, président, Mme Aubert, vice-présidente et M. Bidaud, membre.

Le rapporteur général,

Le président,

Thierry Dahan

Bruno Lasserre

---

© Conseil de la concurrence