



**Avis n° 14-A-10 du 31 juillet 2014
relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de
l'accompagnement à l'international**

L'Autorité de la concurrence (section II),

Vu la lettre du 30 avril 2013, enregistrée sous le numéro 13/0030 A, par laquelle l'union professionnelle des opérateurs spécialisés du commerce international (OSCI) a saisi l'Autorité de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis relative au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et les représentants de l'OSCI entendus lors de la séance du 25 juin 2014 ;

Les représentants d'Ubifrance entendus sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

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

1. Par lettre du 30 avril 2013, enregistrée sous le numéro 13/0030 A, l'union professionnelle des opérateurs spécialisés du commerce international (ci-après « l'OSCI ») a saisi l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») d'une demande d'avis relative au fonctionnement de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international. L'OSCI demande que soient précisées les conditions dans lesquelles des organismes publics peuvent assurer des prestations relevant de ce secteur d'activités.
2. A titre liminaire, l'Autorité rappelle que, consultée en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, elle ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général. Il ne lui appartient pas, dans ce cadre, de statuer sur le point de savoir si telle ou telle pratique est contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce. En effet, seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure contradictoire prévue aux articles L. 463-1 et suivants du même code sont de nature à permettre l'appréciation de la licéité d'une pratique au regard des dispositions relatives aux ententes ou aux abus de position dominante.
3. En l'espèce, l'Autorité peut répondre aux questions qui lui sont posées, dans la mesure où celles-ci présentent un caractère de généralité suffisant et mettent en cause des principes de concurrence.

I. Le secteur et les acteurs concernés par la demande d'avis

A. LE SECTEUR DE L'ACCOMPAGNEMENT À L'INTERNATIONAL

1. DONNÉES GÉNÉRALES SUR LES EXPORTATIONS FRANÇAISES

4. La France se situe au cinquième rang mondial des pays exportateurs, derrière la Chine, les États-Unis, l'Allemagne et le Japon. En 2013, 120 000 entreprises françaises ont exporté des biens et services, pour un montant de 435,6 milliards d'euros.
5. Du point de vue géographique, les exportations françaises sont majoritairement effectuées vers des pays de l'Union européenne (59,6 %, dont 46,8 % vers les pays de la zone euro). Pour le reste, les principales destinations des exportations françaises sont l'Asie (9,2 %), l'Amérique du Nord (7,6 %), l'Europe hors UE (7,5 %) et l'Afrique du Nord (3,7 %).
6. Du point de vue sectoriel, l'aéronautique, l'industrie agroalimentaire et la chimie ont constitué en 2013 les trois principaux secteurs exportateurs, à l'origine respectivement de 11,9 %, 10,2 % et 9,1 % du volume total des exportations.
7. L'appareil exportateur français est très concentré : en 2013, 10 % des entreprises exportatrices ont couvert 95 % du montant total exporté. Quant au poids respectif des différentes catégories d'entreprises, il s'établit de la façon suivante : les grandes entreprises ont réalisé 44,3 % des volumes exportés, contre 32,2 % pour les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et 23,5 % pour les petites et moyennes entreprises (PME).

2. LES SERVICES D'ACCOMPAGNEMENT À L'INTERNATIONAL

8. Les services d'accompagnement à l'international visent à apporter un appui aux entreprises qui souhaitent s'implanter ou développer leur activité à l'étranger. Ces services, qui sont très variés, peuvent être distingués, schématiquement, selon qu'ils se rapportent à la phase de préparation du projet de l'entreprise ou à sa phase de réalisation.
9. En ce qui concerne la phase de préparation du projet, les services proposés aux entreprises peuvent d'abord comprendre des prestations d'information : élaboration par exemple de veilles réglementaires, par secteur et par pays, destinées à recenser les différentes contraintes d'accès au marché (procédure, obligations documentaires, principes de taxation, conditions de mise sur le marché, etc...), ou encore réalisation d'études de marché (description des habitudes locales de consommation, identification des réseaux de distribution existants, quantification de la demande, analyse de la concurrence locale et des niveaux de prix pratiqués, etc...).
10. D'autres services ont trait à la définition et au montage du projet de l'entreprise. Peuvent ainsi être proposés aux entreprises l'établissement d'un « diagnostic export » (analyse visant à déterminer la capacité de l'entreprise à exporter compte tenu notamment de sa situation financière, de ses ressources, de ses compétences et de son champ d'activité), la mise au point d'un plan de développement à l'international (définition d'une stratégie de pénétration du marché, détermination des objectifs, allocation prévisionnelle des moyens, etc...), ainsi que la recherche de financements et de subventions (montage et suivi des dossiers de demandes d'aide au niveau régional, national, européen ou international). L'activité de financement de l'exportation, à travers notamment la distribution de subventions, n'est pas concernée par la présente saisine.
11. Les acteurs du secteur proposent enfin des services de prospection, sous forme collective ou individuelle, consistant en la participation à des salons internationaux ou en l'organisation de rencontres d'affaires spécifiques avec prises de rendez-vous ciblés.
12. En ce qui concerne la phase de réalisation du projet, les prestations d'accompagnement existantes sont d'abord celles qui visent à permettre l'implantation effective de l'entreprise dans le pays concerné, à travers notamment la mise en place d'un réseau de vente et distribution, la recherche de partenaires commerciaux, l'hébergement/domiciliation de l'entreprise (fourniture de locaux, démarches administratives de domiciliation) ou encore le recrutement de personnel sur place.
13. Les autres prestations concernent le suivi et le développement de l'activité dans le pays d'implantation. À ce titre, les acteurs de l'accompagnement peuvent par exemple proposer aux entreprises des services de suivi commercial (prise de commandes, réponses aux appels d'offres, veille commerciale), des prestations de conseil pour la négociation de nouveaux contrats ou encore des services d'appui à la création de filiales, à la réalisation de prises de participation ou de fusion/acquisition à l'international (réalisation des démarches administratives, conseil juridique et fiscal, etc.).

B. LES ACTEURS DE L'ACCOMPAGNEMENT À L'INTERNATIONAL

1. LES ACTEURS PUBLICS

14. Les entités publiques qui interviennent dans le secteur de l'accompagnement à l'international sont nombreuses. Les principales d'entre elles sont les suivantes.

a) Au niveau national : l'Agence française pour le développement international des entreprises (Ubifrance)

15. L'agence Ubifrance, agence française pour le développement international des entreprises, a été créée par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique. Succédant à l'ancien centre français du commerce extérieur (CFCE), l'agence constitue un établissement public national à caractère industriel et commercial placé sous la tutelle du ministre chargé de l'économie et des finances et du ministre chargé du commerce extérieur.
16. L'agence, qui emploie 1 400 salariés, est présente dans 70 pays différents, à travers 80 bureaux, dont la plupart font partie des missions diplomatiques françaises. Le budget annuel de l'établissement, d'environ 120 millions d'euros, est composé à 70 % de subventions publiques.
17. L'agence Ubifrance a pour mission, en vertu de l'article 50 de la loi, de « *favoriser le développement international des entreprises françaises en réalisant ou coordonnant toutes actions d'information, de formation, de promotion, de coopération technique, industrielle et commerciale et de volontariat international* ».
18. Outre la mise en œuvre du volontariat international en entreprise (VIE)¹, le décret n° 2004-103 du 30 janvier 2004 relatif à Ubifrance précise que l'établissement public est notamment chargé « *de concevoir, assembler, réaliser et diffuser (...), à titre gratuit ou selon des tarifs qu'elle aura définis, sous forme collective ou individuelle, des produits d'information, d'accompagnement et de veille sur les marchés extérieurs et sur la concurrence, adaptés aux besoins des entreprises (...)* » et « *de réaliser, coordonner et encourager toutes actions de promotion destinées à préparer et accompagner les entreprises, notamment en matière de coopération technique industrielle et commerciale, de présence dans les foires, salons, expositions et manifestations internationales ou nationales à l'étranger (...)* ».
19. Les prestations d'accompagnement traditionnellement assurées par Ubifrance, destinées en priorité aux « primo-exportateurs » (entreprises n'ayant jamais exporté) et aux « exportateurs intermittents » (entreprises n'exportant que de façon irrégulière), relèvent principalement de la phase de « préparation » décrite précédemment.

¹ Le volontariat international en entreprise, prévu par les articles L. 122-1 et suivants du code du service national, permet à une entreprise française de confier une mission professionnelle à l'étranger à un volontaire français âgé de 18 à 28 ans, pour une période de six à vingt-quatre mois, pendant laquelle le volontaire reste placé sous la tutelle de l'ambassade de France de son pays d'affectation. Au 31 décembre 2012, 7 400 volontaires étaient en poste dans 130 pays.

20. L'agence propose ainsi de multiples produits d'informations (fiches sectorielles par pays, veilles personnalisées, etc.) dont certains sont accessibles gratuitement. Elle assure également de nombreuses prestations de prospection, notamment collectives, par le biais de l'organisation des « Pavillons France » dans les salons internationaux, ou par l'organisation de rencontres d'affaires dédiées.
21. Plus récemment, dans le cadre notamment de l'exécution du contrat d'objectifs qui la lie à l'État, Ubifrance a cherché à diversifier son activité en proposant notamment aux entreprises, y compris celles ayant un profil d'exportateur confirmé, des services d'accompagnement individuel sur plusieurs années, reposant sur des prestations de suivi, de conseil ou d'appui au développement, similaires aux services offerts par le secteur privé. Selon l'OSCI, Ubifrance envisagerait également de proposer des prestations de conseil en matière de fusion/acquisition à l'étranger. Les représentants d'Ubifrance ont admis en séance que, à l'exception des prestations d'hébergement d'entreprises, l'agence était potentiellement en concurrence avec les acteurs privés sur l'ensemble des services d'accompagnement proposés par ces derniers.

b) Au niveau local : les régions et les structures spécialisées

Les régions

22. Les régions sont responsables du développement économique des territoires et sont à ce titre chargées de l'attribution des aides financières aux entreprises régionales (articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales). C'est traditionnellement à travers cette mission de subventionnement que les régions interviennent dans le soutien au développement des entreprises à l'international².
23. Dans le cadre du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, adopté le 6 novembre 2012, les régions se sont engagées envers le gouvernement à adopter des « plans régionaux pour l'internationalisation des entreprises » (PRIE) définissant des objectifs et des actions à mettre en œuvre pour développer l'activité à l'international des entreprises régionales.
24. Ces plans doivent notamment déboucher sur la mise en place, à l'échelon régional, d'un guichet unique de l'export pour les entreprises, permettant d'orienter ces dernières vers les différents acteurs du soutien public à l'export pour leurs besoins en services d'accompagnement (Ubifrance, chambres de commerce et d'industrie, etc.) ou en solutions de financement (Bpifrance, Coface, etc.). Les deux principaux dispositifs de soutien financier à l'exportation au plan national sont le « prêt développement export » et « l'assurance prospection », distribués respectivement par Bpifrance et Coface.
25. Les régions auront principalement pour mission d'assurer le pilotage d'ensemble du dispositif mais pourront également proposer elles-mêmes des services d'accompagnement aux entreprises. C'est par exemple le cas de la région Aquitaine qui, au titre de l'axe 3 de son PRIE, envisage de mettre en place des « incubateurs » proposant des services complets d'accompagnement individuel dans quatre pays cibles.

² Les aides à l'internationalisation distribuées par les régions représentent un budget annuel de l'ordre de 20 millions d'euros (source : « Le soutien public aux entreprises exportatrices », Cour des comptes, Rapport public annuel 2011, p. 257).

Les structures régionales d'accompagnement à l'international : l'exemple de l'association ERAI

26. Il existe dans plusieurs régions des structures spécialisées dans l'accompagnement à l'international des entreprises.
27. La plus active d'entre elles est l'association rhônalpine ERAI (Entreprise Rhône-Alpes International). Créée en 1987, cette association compte aujourd'hui 150 salariés et dispose de 27 implantations à l'étranger, réparties dans 21 pays. En 2012, son budget était de 14 millions d'euros, dont 7 millions d'euros de subventions publiques.
28. L'association ERAI propose aux entreprises la plupart des services d'accompagnement disponibles sur le marché : études de faisabilité, participation à des foires et salons, conseil en financement, recherche de partenaires commerciaux, recrutement d'agents, hébergement/domiciliation, suivi commercial, etc. L'association ERAI a également pour mission de développer l'attractivité du territoire régional, mais cette activité est subsidiaire par rapport à son activité d'accompagnement des entreprises à l'international.
29. L'une des offres d'accompagnement proposées par ERAI, dénommée « Implantis », consiste en une offre groupée de plusieurs services, personnalisable et comportant au minimum le recrutement d'un commercial local, la domiciliation et l'hébergement de l'entreprise sur place dans l'une des implantations d'ERAI, ainsi que l'encadrement et le suivi du commercial. En 2012, 224 entreprises étaient domiciliées et encadrées dans l'un de ces « incubateurs » Implantis. Depuis sa création en 1997, la formule aurait permis à plus de 1 500 entreprises de s'implanter à l'étranger.
30. Initialement réservés aux entreprises rhônalpines, les services proposés par ERAI sont désormais accessibles à toutes les entreprises françaises, par le biais notamment de l'offre « VIE – Implantis », issue d'un partenariat avec Ubifrance, qui permet à toute entreprise sollicitant un VIE auprès d'Ubifrance de bénéficier de locaux d'accueil dans l'un des 21 pays où ERAI est présent. De même, à la suite d'un accord conclu avec le gouvernement du Québec, les « incubateurs » d'ERAI sont aujourd'hui ouverts aux entreprises québécoises.
31. L'association ERAI, ainsi que les structures analogues qui existent dans d'autres régions³, doivent être distinguées des agences locales de développement économique. Ces agences, qui sont au nombre d'une centaine, constituent principalement des instances de concertation et de réflexion, dont le rôle dans le dispositif de soutien public à l'exportation consiste le plus souvent à orienter les entreprises vers les acteurs compétents.
32. De façon marginale, certaines agences de développement économique assurent elles-mêmes des prestations d'accompagnement : c'est le cas par exemple de l'agence de développement et de promotion économique de la région Centre (« Centréco »), qui organise chaque année un certain nombre d'actions collectives de prospection (salons, missions, mini-expositions).

³ On peut notamment citer l'association bretonne « Bretagne Commerce International ».

c) Au niveau national et international : le réseau des chambres de commerce et d'industrie

En France

33. Le réseau des chambres de commerce et d'industrie (CCI) est composé de 163 établissements, dont 123 chambres de commerce et d'industrie territoriales (CCIT), 21 chambres de commerce et d'industrie régionales (CCIR) et une assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (CCI France). Le réseau est complété par les CCI départementales d'Ile-de-France et les CCI des collectivités d'outre-mer et de Nouvelle-Calédonie.
34. Ces organismes sont des établissements publics placés sous la tutelle de l'État. Leurs ressources sont notamment composées du produit de la taxe pour frais de chambres de commerce et d'industrie, de la vente ou rémunération de leurs activités et de subventions publiques. Ces dernières ont représenté plus de 10 % de leur budget en 2012.
35. Le réseau des CCI a pour mission générale, en vertu de l'article L. 710-1 du code de commerce, de contribuer « *au développement économique, à l'attractivité et à l'aménagement des territoires ainsi qu'au soutien des entreprises* ». Dans le domaine de l'accompagnement à l'international, les établissements du réseau ont plus particulièrement vocation à assurer « *une mission d'appui et de conseil pour le développement international des entreprises et l'exportation de leur production, en partenariat avec l'Agence française pour le développement international* ».
36. En pratique, la principale prestation d'accompagnement que les CCI assurent elles-mêmes est l'élaboration du « diagnostic export » pour les entreprises primo-exportatrices. Pour les autres services d'accompagnement, les CCI servent plutôt de plate-forme d'orientation des entreprises vers les autres acteurs du secteur, en particulier publics.

À l'étranger

37. Plus d'une centaine de chambres de commerce et d'industrie sont implantées à l'étranger, dans 81 pays différents. Elles sont réunies au sein de l'Union des chambres de commerce et d'industrie françaises à l'étranger (UCCIFE).
38. Ce réseau est distinct du réseau consulaire des CCI de France : les CCIFE, en particulier, ne sont pas des établissements publics mais des associations de droit privé et elles ne bénéficient pas de subventions publiques.
39. En ce qui concerne leur activité dans le domaine de l'accompagnement à l'international, les CCIFE proposent une gamme très complète de services : réalisation d'études de marché, services collectifs et individuels de prospection, hébergement/domiciliation, recrutement et gestion de ressources humaines, conseil à création de structures locales, etc...
40. De ce point de vue, les CCIFE s'apparentent davantage aux opérateurs privés du secteur. Au même titre que l'OSCI, l'UCCIFE a d'ailleurs exprimé récemment dans la presse son mécontentement face à la concurrence faite à ses membres par Ubifrance et Erai⁴.

⁴ « Les CCI de l'étranger accusent Ubifrance de concurrence déloyale », Le Figaro du 24 juin 2013.

2. LES OPÉRATEURS PRIVÉS

a) Les sociétés d'accompagnement à l'international

41. Les sociétés d'accompagnement à l'international (SAI), qui existent en France depuis longtemps⁵, sont pour la plupart des petites et moyennes entreprises (PME), voire des microentreprises (au sens du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008).
42. Ces sociétés, peu nombreuses (moins d'une centaine), sont en général spécialisées par secteurs d'activités et/ou par pays ou zone géographique. Certaines proposent uniquement certains services d'accompagnement (notamment de conseil) tandis que d'autres assurent une gamme de prestations plus étendue.
43. Parmi les SAI les plus importantes on peut notamment citer :
 - Cifal Groupe (spécialisée dans le domaine de l'énergie et des infrastructures, active principalement en Russie et dans les pays d'Asie centrale),
 - Salveo (entreprise généraliste présente en Europe de l'Est, en Inde, en Algérie et au Canada),
 - Sofrecap (spécialisée dans les services d'accompagnement aux entreprises textiles vers les pays d'Afrique Subsaharienne) ou encore
 - la Sopexa (spécialiste de l'accompagnement à l'international dans le secteur agroalimentaire), créée en 1961 par l'État pour promouvoir l'exportation des produits agroalimentaires français, qui était soumise jusqu'en 2008 au contrôle économique et financier de l'État, qui a conservé des liens étroits avec les acteurs publics du soutien à l'exportation et qui se trouve de ce fait dans une situation particulière par rapport aux autres opérateurs privés du secteur.

b) L'organisation professionnelle : l'OSCI

44. L'OSCI est l'organisation professionnelle du secteur. Elle regroupe environ 70 sociétés d'accompagnement à l'international ainsi qu'une cinquantaine de sociétés de commerce international (SCI). L'activité de ces dernières (négoce international, commerce international de gros, etc.) n'est pas concernée par la présente demande d'avis.
45. L'OSCI a notamment pour objet, en vertu de ses statuts, d'agir auprès des pouvoirs publics pour assurer la promotion et la défense des intérêts de la profession et de promouvoir le rôle de ses membres dans le développement du commerce extérieur et de l'internationalisation des entreprises.

II. Les questions concurrentielles posées par la demande d'avis

46. Le présent avis commencera par rappeler les principes applicables à l'intervention économique des personnes publiques (A), avant d'en faire application au cas d'espèce pour répondre aux questions posées par la saisissante (B).

⁵ La plus ancienne d'entre elles, la société Cifal, a été créée en 1946.

A. RAPPEL DES RÈGLES ENCADRANT L'INTERVENTION ÉCONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES

47. L'intervention économique des personnes publiques est encadrée par deux types de règles : les unes sont relatives au principe même de l'intervention de la personne publique sur le marché (1), les autres ont trait aux modalités selon lesquelles cette intervention se réalise (2).

1. LE PRINCIPE DE L'INTERVENTION

48. La possibilité pour une personne publique de prendre en charge une activité économique, indépendamment des missions de service public dont elle est investie, est subordonnée à deux conditions : il est nécessaire, d'une part, que la personne publique agisse dans la limite de ses compétences et, d'autre part, que son intervention sur le marché soit justifiée par un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée (voir Conseil d'État, Assemblée, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Lebon p. 272). Cet intérêt public peut aussi être caractérisé indépendamment de toute défaillance de l'offre privée et résulter, par exemple, de la volonté de rendre accessible un service au plus grand nombre (voir, pour la création d'un service de téléassistance aux personnes âgées : CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, req. n° 306911).
49. L'appréciation du respect de ces conditions, qui résultent respectivement de l'application du principe de spécialité et de celle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, relève de la seule compétence des juridictions administratives.
50. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de préciser qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur ces questions. Ainsi, par exemple, dans son avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise (paragraphe 35), le Conseil indiquait qu'il « *n'a pas à examiner, parmi les griefs invoqués dans la demande [d'avis], ceux qui n'entrent pas dans le champ du droit de la concurrence, notamment la méconnaissance alléguée du principe de spécialité (...) et une éventuelle atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie* » (voir également décision n° 04-D-02 du 10 février 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office national des forêts, paragraphes 10 et 11, confirmée par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 juillet 2004).

2. LES MODALITÉS DE L'INTERVENTION

51. Le principe de l'intervention étant supposé admis, les modalités suivant lesquelles cette intervention se réalise sont doublement encadrées par le droit de la concurrence : les personnes publiques sont soumises aux règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles (a) et doivent respecter, plus généralement, le libre jeu de la concurrence (b). Afin de prévenir d'éventuels abus, la mise en place d'un certain nombre de mesures apparaît nécessaire (c).

a) La soumission aux règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles

52. Les personnes publiques, dès lors qu'elles exercent une activité économique, sont soumises au droit de la concurrence, en particulier aux dispositions du code de commerce et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) interdisant les ententes (article L. 420-1 du code de commerce et article 101 du TFUE) et les abus de position dominante (article L. 420-2 du code de commerce et article 102 du TFUE).
53. En droit interne, cette soumission résulte directement de l'article L. 410-1 du code de commerce, qui prévoit que les règles en cause « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (...)* ».
54. S'il n'existe pas de disposition analogue dans le TFUE, la notion d'entreprise, qui constitue le critère d'application des articles 101 et 102 du Traité, a été définie par la jurisprudence communautaire comme s'entendant de toute « *entité qui exerce une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement* »⁶, ce qui recouvre donc indifféremment les structures de droit public et de droit privé.
55. L'État, les collectivités locales, les établissements publics et les autres personnes morales de droit public peuvent par conséquent faire l'objet de sanctions pour leurs pratiques anticoncurrentielles commises dans l'exercice d'une activité économique. Il en va de même des pratiques anticoncurrentielles qui seraient mises en œuvre par des structures de droit privé, en particulier des sociétés, détenues ou contrôlées par des personnes publiques, ou encore des associations sans but lucratif⁷ créées par exemple à l'initiative d'une collectivité territoriale.
56. Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont eu l'occasion à de nombreuses reprises de faire application des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles à des entités publiques, telles que des sociétés (décision n° [13-D-20](#) du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque), des établissements publics à caractère industriel et commercial (décision n° [12-D-25](#) du 18 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises, à propos de la SNCF), des établissements publics à caractère administratif (décision n° [05-D-29](#) du 16 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par « Les Haras Nationaux » sur le marché de la reproduction équine), des services de l'État (décision n° [05-D-75](#) du 22 décembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la Monnaie de Paris, à propos de la Direction des monnaies et médailles), des collectivités locales (décision n° [97-D-92](#) du 16 décembre 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille), ou encore des associations (décision n° [94-D-40](#) du 28 juin 1994 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski, à propos de l'association des maires des stations françaises de sports d'hiver).
57. Certaines pratiques anticoncurrentielles sont plus particulièrement susceptibles d'être mises en œuvre par les opérateurs publics, dès lors qu'ils détiennent une position

⁶ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elner c/ Macrotron*, C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979, point 21.

⁷ Comme l'a précisé la Cour de justice des communautés européennes : « *la circonstance que l'offre de biens et de services soit faite sans but lucratif ne fait pas obstacle à ce que l'entité qui effectue ces opérations sur le marché doive être considérée comme une entreprise, dès lors que cette offre se trouve en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif* » (CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, aff. C-49/07, pt 27).

dominante sur le marché concerné ou sur un marché connexe. C'est notamment le cas des pratiques de prix prédateurs et des pratiques de subventions croisées.

58. Comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 20 décembre 2012 (n° 2011/05667), rendu dans l'affaire dite « des vedettes vendéennes », la prédation est « *une stratégie de prix consistant, pour une entreprise en position dominante, à pratiquer un prix délibérément bas, inférieur à ses coûts, qui n'est compatible avec la maximisation de ses profits que dans la mesure où ce prix lui permet d'éliminer son ou ses concurrents ou de décourager des concurrents potentiels d'entrer sur le marché considéré, l'autorisant alors, une fois la concurrence éliminée, à remonter ses prix sans crainte d'être concurrencée* ».
59. Traditionnellement, en application de la jurisprudence *Akzo* (CJCE, 3 juillet 1991, affaire C-62/86), les prix pratiqués par une entreprise en position dominante sont considérés comme prédateurs lorsqu'ils sont inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites) ou, s'ils sont supérieurs à la moyenne des coûts variables mais inférieurs à la moyenne des coûts totaux, lorsqu'il peut être démontré qu'ils ont été fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (points 71 et s.). Lorsque sont en cause des pratiques mises en œuvre par un opérateur public exerçant à la fois une activité de service public et une activité purement concurrentielle, activités pour lesquelles il existe des coûts communs importants, le test de prédation tient compte, non plus de la moyenne des coûts variables mais de la moyenne des coûts incrémentaux, c'est-à-dire des coûts évitables dans l'hypothèse où l'activité concurrentielle serait abandonnée (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10 ; décision du Conseil de la concurrence n° [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 et arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 2012).
60. Peut également être qualifiée d'abusive, au sens des dispositions de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce, une pratique de subventions croisées entre une activité sous monopole confiée à l'opérateur en cause et une activité concurrentielle exercée par le même opérateur ou une filiale de ce dernier. Par sa durée, sa pérennité et son importance, une subvention croisée entre des activités sous monopole et des activités ouvertes à la concurrence peut avoir un effet potentiellement négatif sur la concurrence. La mise à disposition de moyens tirés de l'activité en monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel peut, en fonction des circonstances de l'espèce, aboutir, à plus ou moins long terme, à éliminer du marché les concurrents ne disposant pas d'avantages analogues.

b) Le respect du libre jeu de la concurrence

61. En dehors des règles prohibant les pratiques anticoncurrentielles, qui s'imposent donc à elles, les personnes publiques intervenant sur un marché doivent veiller, de façon plus générale, à ne pas fausser le libre jeu de la concurrence.

Les conditions de réalisation du libre jeu de la concurrence

62. Comme le Conseil d'État l'a indiqué dans sa décision « *Ordre des avocats au barreau de Paris* » précitée : « *une fois admise dans son principe, [l'] intervention [d'une personne publique sur un marché] 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 ».

63. Dans le même sens, le Conseil de la concurrence avait affirmé en 1996 que *« le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché (...) suppose (...) qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence »* (avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, p. 17 ; voir également avis n° [97-A-10](#) du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le Groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du Service hydrographique et océanographique de la Marine, p. 14).
64. Dans son avis n° [08-A-13](#) du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma, le Conseil a également rappelé qu'*« une collectivité locale doit veiller à ne pas donner à son opérateur un avantage dont ne bénéficieraient pas ses concurrents présents sur le même marché. Les seuls avantages acceptables sont ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public confiée à cet opérateur et proportionnés à cette réalisation »*.
65. Ces principes sont à rapprocher de celui, exprimé par la jurisprudence européenne, selon lequel *« un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. »* (CJCE, arrêt précité du 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, pt 51). Le respect de *« l'égalité qui doit présider au libre jeu de la concurrence »*⁸ ne passe cependant pas par une uniformisation, au demeurant impossible en pratique, du statut des opérateurs publics et privés.
66. Le bon fonctionnement de la concurrence, en effet, *« n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques »* (Conseil de la concurrence, avis précité n° [96-A-12](#) du 17 septembre 1996). Par ailleurs, *« le régime juridique des personnes publiques ne leur confère pas, par lui-même, un avantage anticoncurrentiel »* (Conseil d'État, rapport public 2002, « Collectivités publiques et concurrence », p. 268). À ce titre, notamment, les caractéristiques générales du statut fiscal et social des personnes publiques ne sont pas regardées comme porteuses, en elles-mêmes, de distorsions de concurrence au détriment des opérateurs privés.
67. Dans un avis contentieux du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* (n° 222208, publié au Lebon), le Conseil d'État a ainsi affirmé que *« Le régime fiscal applicable aux personnes publiques n'est (...) pas, par lui-même, de nature à fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence »*⁹. Sur le plan social, le même avis précise, après avoir relevé les différences de régime existant entre les agents publics et les salariés de droit privé, que *« les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de placer les [personnes publiques] dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les*

⁸ Formule employée par la Cour de cassation dans un arrêt de 1936 (Cass. civ., 15 janvier 1936, Cie des omnibus et tramways de Lyon, Gaz. Pal. 1936, 1. 477).

⁹ L'avis se fonde notamment sur les dispositions de l'article 1654 du code général des impôts, qui prévoit que *« Les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'État ou des collectivités locales (...) doivent (...) acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations »*.

entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces [personnes] et ces entreprises ».

68. Le Conseil de la concurrence a repris à son compte cette dernière analyse dans sa décision n° [04-D-52](#) du 9 novembre 2004 relative à une saisine du cabinet d'ingénierie Dupouy concernant des pratiques mises en œuvre par le laboratoire des ponts et chaussées de Clermont-Ferrand, rattaché au Centre d'études techniques de Lyon et par la direction départementale de l'équipement de Dordogne, en indiquant, à propos des établissements publics à caractère administratif, que *« les règles, différentes de celles applicables aux entreprises privées auxquelles ils sont soumis en matière de personnel et de droit du travail, n'ont ni pour objet ni nécessairement pour effet de les placer dans une situation plus avantageuse et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence »* (paragraphe 17).

Les risques d'atteintes au libre jeu de la concurrence

69. Si, de façon générale, le statut des personnes publiques ne fait pas obstacle par lui-même à ce qu'elles interviennent sur un marché, le libre jeu de la concurrence est en revanche susceptible d'être faussé lorsque ces personnes bénéficient de facilités ou d'avantages dont ne disposent pas leurs concurrents sur ce marché.

Politique de prix

70. Du point de vue des ressources, un risque de distorsion de concurrence existe par exemple lorsque l'opérateur public, bénéficiant pour l'exercice d'une mission de service public de moyens financiers, matériels et humains, est en mesure d'affecter une partie de ces moyens à ses activités relevant du champ purement concurrentiel et se trouve ainsi en position de pratiquer des prix inférieurs à ses coûts.
71. La nécessité, pour les opérateurs publics intervenant sur des marchés concurrentiels, de pratiquer des prix assurant une couverture des coûts a été soulignée à de nombreuses reprises par le Conseil de la concurrence.
72. Dans son avis 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), le Conseil a ainsi rappelé, s'agissant des prestations marchandes d'ingénierie forestière assurées par les directions départementales de l'agriculture et de la forêt (DDAF), services déconcentrés de l'État, que *« les prix pratiqués doivent, en tout état de cause, couvrir l'ensemble des coûts affichés par une comptabilité de type analytique excluant l'utilisation de toute subvention croisée »*, ou encore, à propos de l'Office national des forêts, que *« la logique de tout établissement public industriel et commercial est de se comporter, dans le cadre de ses missions, comme une entreprise privée et de couvrir par ses ressources propres l'ensemble de ses charges (...) »* et que, s'agissant des activités concurrentielles de l'ONF, *« l'équilibre des comptes doit être la règle et les prix pratiqués doivent couvrir l'ensemble des coûts »* (voir également par exemple l'avis n° [94-A-15](#) du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence).
73. Plus récemment, l'Autorité a indiqué, dans son avis n° [13-A-14](#) du 4 octobre 2013 relatif au projet de loi portant réforme ferroviaire, que *« le jeu concurrentiel normal entre opérateurs est susceptible d'être faussé si des fonds publics ou les résultats d'exploitation excédentaires générés par [des] activités subventionnées sont utilisées pour financer des activités de transport soumises à la concurrence »* et qu' *« une telle orientation de ressources publiques pourrait (...) créer de graves distorsions de concurrence en faveur*

d'une entreprise ferroviaire qui profiterait d'un avantage concurrentiel artificiel qui ne serait pas fondé sur ses propres mérites, par exemple en adaptant indument sa politique commerciale pour proposer des prix artificiellement bas, que sa structure de coûts en services de transport ne pourrait normalement pas lui permettre » (paragraphe 55).

74. Sur un autre terrain, il faut relever que les facilités ou avantages de nature économique conférés à des opérateurs publics pourraient, le cas échéant, être qualifiés d'aides d'État au regard de la réglementation communautaire. Pour que des ressources allouées à un opérateur au titre de l'exercice d'une mission de service public puissent échapper à une telle qualification, il est notamment nécessaire, en vertu de la jurisprudence *Altmark* (CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00), que l'opérateur concerné soit chargé de l'exécution d'obligations de service public clairement définies, que les paramètres de calcul de la compensation financière afférente à ces obligations soient établis au préalable de façon objective et transparente et que cette compensation n'excède pas ce qui est nécessaire pour couvrir les surcoûts occasionnés par l'accomplissement desdites obligations (voir, pour une analyse détaillée de ces conditions, la communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JOUE, 11 janvier 2012, paragraphes 42 et suivants). Seules les instances communautaires sont toutefois compétentes pour apprécier si des compensations de service public sont ou non constitutives d'aides d'État et il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur ce point (voir en ce sens la décision n° [04-D-02](#) du 10 février 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office National des Forêts, paragraphe 13).

Accès à des informations privilégiées

75. Un autre risque de distorsion de concurrence entre opérateurs publics et privés peut résulter d'une asymétrie d'accès à l'information. Les opérateurs publics peuvent en effet, dans le cadre notamment de l'exercice de leur mission de service public, avoir accès à des informations déterminantes pour la conquête du marché, dont leurs concurrents privés ne disposent pas.
76. Cette problématique a notamment été examinée par l'Autorité dans son avis n° [09-A-33](#) du 29 septembre 2009 relatif aux modalités de la vente de bois par l'Office national des forêts (ONF). Se prononçant sur une éventuelle fusion de l'ONF et de l'Inventaire forestier national (IFN), établissement public à caractère administratif ayant accès, dans le cadre de sa mission de service public, à d'importantes informations quantitatives et qualitatives sur la ressource forestière, l'Autorité a indiqué que la fusion envisagée pourrait « *présenter au regard du principe d'une concurrence non faussée un double risque : celui de l'accès direct de l'ONF à des données exhaustives et précises, qui actuellement ne sont pas à la disposition de l'ensemble des opérateurs (...), lui permettant une connaissance privilégiée du marché (...) et celui d'une connaissance des demandes de ses clients potentiels ou de ses concurrents, et donc de leurs besoins ou de leurs intentions* ». De même, dans son avis précité n° [13-A-14](#) du 4 octobre 2013, l'Autorité a souligné le « *risque majeur d'atteinte à la concurrence* » pouvant résulter de l'utilisation, par les gestionnaires d'infrastructure ferroviaire, de certaines informations commercialement sensibles obtenues dans le cadre de l'exercice de leur mission de gestion d'accès au réseau (paragraphe 58).

Exercice de fonctions régulatrices

77. Enfin, le libre jeu de la concurrence peut encore être faussé lorsqu'une personne publique ayant la qualité d'opérateur économique sur un marché exerce par ailleurs, sur ce même

marché, des fonctions de gestionnaire ou de régulateur lui conférant un avantage par rapport à ses concurrents. C'est à ce titre, par exemple, que le Conseil de la concurrence a indiqué, dans son avis précité n° [05-A-06](#) du 31 mars 2005, qu'« *une étanchéité totale doit exister entre les activités de gestion et de contrôle des aides publiques et les activités marchandes* » des DDAF.

78. De même, dans son avis n° [08-A-10](#) du 18 juin 2008 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle, le Conseil a considéré que la participation de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) à l'instruction des demandes d'agrément présentées par les entreprises de formation professionnelle posait un problème de concurrence dès lors que cet agrément était nécessaire pour intervenir sur le marché considéré et que l'AFPA, association à financement public, était elle-même opérateur sur ce marché (paragraphe 72 et s.).
79. Plus récemment, l'Autorité a également estimé qu'il n'était pas souhaitable que les gestionnaires des réseaux de transport et de distribution d'électricité puissent être opérateurs sur le marché de l'effacement de consommation d'électricité compte tenu des pouvoirs de contrôle qu'ils détenaient ou étaient susceptibles de détenir sur ce marché (avis n° [13-A-25](#) du 20 décembre 2013 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité, paragraphes 113 et s.).

c) La mise en place de mesures préventives

80. Afin de prévenir la réalisation de pratiques anticoncurrentielles de la part des opérateurs publics et d'éviter, plus généralement, que ceux-ci ne faussent le libre jeu de la concurrence sur les marchés sur lesquels ils interviennent, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont été régulièrement amenés à recommander l'adoption d'un certain nombre de mesures, notamment de transparence, au premier rang desquelles la mise en place d'une séparation comptable entre les différents types d'activités exercées par les opérateurs concernés.

Séparation comptable

81. Une telle séparation, qui repose sur l'établissement d'une comptabilité analytique propre à chaque type d'activité, est en effet la condition minimale pour s'assurer que les ressources et moyens qui sont alloués à l'opérateur pour l'exercice de sa mission de service public ne sont pas utilisés pour financer ses activités concurrentielles.
82. Le Conseil de la concurrence, dans son avis n° [96-A-10](#) du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence, a ainsi indiqué que « *la mise en place d'un système de comptabilité analytique fiable et transparent et de comptes généraux séparés est (...) pour La Poste une impérieuse nécessité, dès lors que coexistent en son sein deux types d'activités de nature différente [mission de service public postal et activité bancaire] dont l'une d'elles est couverte par un monopole public* ».
83. Dans son avis n° [99-A-11](#) du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général, le Conseil de la concurrence a également souligné la nécessité « *que les régies de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectées à chacune de celle-ci, en*

distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par une autorité organisatrice de celles qui entrent en concurrence avec une entreprise privée ».

84. C'est également en ce sens que le Conseil s'est prononcé, dans son avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise : *« une séparation des comptes des activités en monopole ou liées aux missions de service public de celles ouvertes à la concurrence apparaît comme une condition nécessaire au respect des règles de concurrence. Cette séparation consiste, au minimum, à mettre en place une comptabilité analytique audité par activité ».*
85. De même, dans son avis précité n° [05-A-06](#) du 31 mars 2005, le Conseil de la concurrence a indiqué que : *« (...) la comptabilité analytique de l'ONF doit permettre d'identifier clairement ces deux types d'activités [mission de service public et activités marchandes], et à l'intérieur des activités marchandes en concurrence, d'identifier chaque prestation et en particulier l'ingénierie forestière (...). Cette comptabilité doit justifier de la non-affectation à ces activités des dotations publiques perçues dans le cadre des activités en monopole de l'ONF ».* En 2009, l'Autorité a rappelé, à propos du même établissement public, que l'exigence d'une comptabilité analytique *« reste fondamentale pour s'assurer que les subventions budgétaires allouées à l'ONF ne servent pas à financer ses activités concurrentielles (...) »* (avis précité n° [09-A-33](#) du 29 septembre 2009).
86. Pour être pertinente, la mise en place d'une comptabilité analytique doit reposer sur une délimitation fine et précise des activités de service public et des activités concurrentielles exercées par les entités concernées. L'utilité de la mesure au regard du respect des règles de concurrence suppose également que cette comptabilité puisse être soumise au contrôle d'autorités indépendantes.
87. Il convient de relever que l'établissement d'une comptabilité analytique, dont le Conseil de la concurrence puis l'Autorité ont souligné à maintes reprises la nécessité, correspond dans certains cas à une exigence textuelle.
88. Une telle exigence résulte en particulier des dispositions de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques. L'article 2 de cette ordonnance prévoit en effet que : *« I. - Sont soumis à l'obligation de tenir des comptes séparés (...) les organismes qui exercent des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et qui, pour certaines de ces activités, soit sont chargés d'une mission de service public pour laquelle ils reçoivent une compensation, soit bénéficient de droits exclusifs ou spéciaux. / II. - (...) Les comptes séparés font ressortir les produits et les charges associés aux deux catégories d'activités (...) et la méthode retenue pour l'imputation ou la répartition des produits et des charges entre ces deux catégories d'activités en reflétant fidèlement la structure financière de ces organismes et leur organisation. ».*
89. De même, s'agissant des chambres de commerce et d'industrie nationales, l'article L. 710-1 du code de commerce dispose que : *« (...) Chacun des établissements du réseau des chambres de commerce et d'industrie tient une comptabilité analytique mise à la disposition des autorités de tutelle et de contrôle afin de justifier que les ressources publiques ont été employées dans le respect des règles de concurrence nationales et communautaires et n'ont pas financé des activités marchandes ».*
90. Si la mise en place d'une comptabilité analytique constitue une mesure nécessaire pour préserver le libre jeu de la concurrence, elle peut, dans certains cas, ne pas être suffisante.

Il apparaît alors souhaitable de procéder à une séparation plus complète des activités, passant notamment, lorsque cela est possible, par une filialisation.

Séparation juridique

91. Le Conseil de la concurrence, dans son avis précité n° [94-A-15](#) du 10 mai 1994, avait par exemple considéré, à propos des activités de diversification d'EDF et de GDF, qu'« *une séparation étanche entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification semble s'imposer* » et avait ainsi recommandé de filialiser l'ensemble des activités de diversification d'EDF et de GDF et de regrouper ces filiales au sein d'un holding unique pour chaque opérateur.
92. De même, le Conseil avait relevé, dans son avis relatif au fonctionnement des services financiers de La Poste (avis n° [96-A-10](#) du 25 juin 1996 précité), que « *L'amélioration de la qualité et la transparence de la comptabilité analytique (...) constituent donc des conditions nécessaires pour la mise en œuvre effective du droit de la concurrence. Pour autant, il n'est pas sûr que ces conditions soient suffisantes dans tous les cas. En revanche, une séparation juridique et comptable, financière et organisationnelle entre les activités sous monopole et les activités ouvertes à la concurrence serait de nature à permettre un contrôle effectif des comportements au regard du droit de la concurrence* ».

B. APPLICATION AU SECTEUR DE L'ACCOMPAGNEMENT À L'INTERNATIONAL : RÉPONSE AUX QUESTIONS POSÉES PAR L'OSCI

93. La demande d'avis présentée par l'OSCI comporte douze questions, dont plusieurs se rapportent à des problématiques communes.

1. SUR LES TROIS PREMIÈRES QUESTIONS

94. Les trois premières questions posées par l'OSCI sont les suivantes :
 - dans quelle mesure, lorsque des prestations de service d'accompagnement à l'international sont déjà proposées par les opérateurs privés, l'intervention économique d'organismes financés par des fonds publics – tels Ubifrance ou ERAI – est-elle légitime ?
 - les organismes publics étant soumis au principe de spécialité, dans quelles conditions ceux-ci peuvent-ils agir au-delà des compétences qui leur sont imparties dans le cadre de leur mission de service public, sans porter atteinte aux conditions du marché concurrentiel des services d'accompagnement à l'international ?
 - l'action commerciale de l'association ERAI auprès d'entreprises non rhônalpines voire étrangères et l'offre de services ne relevant aucunement de la compétence d'un organisme financé par des fonds publics ne risquent-elles pas de porter atteinte aux conditions du marché concurrentiel des services d'accompagnement à l'international ?
95. La problématique soulevée par ces trois questions est identique et met en cause le principe même de l'intervention d'acteurs publics dans le secteur de l'accompagnement à l'international.
96. Conformément à ce qui a été indiqué aux paragraphes 48 et suivants, il faut, pour qu'une telle intervention soit admise dans son principe, qu'elle puisse être regardée comme

répondant à un intérêt public et que les structures publiques concernées agissent dans la limite de leurs compétences.

97. À cet égard, il convient de rappeler que, si l'absence ou l'insuffisance de l'offre privée est susceptible de constituer un intérêt public suffisant, au sens de la jurisprudence précitée du Conseil d'État « *Ordre des avocats au barreau de Paris* », cet intérêt public peut être caractérisé indépendamment d'une telle carence. En l'espèce, l'intervention de structures telles qu'Ubifrance ou ERAI dans le secteur de l'accompagnement à l'international ne saurait donc être remise en cause du seul fait que les opérateurs privés intervenant sur ce secteur proposent déjà des prestations similaires.
98. L'Autorité ne saurait développer davantage son analyse sur ce point dès lors que, comme cela a été exposé précédemment, l'appréciation de l'existence d'un intérêt public autorisant la prise en charge d'une activité marchande par une personne publique relève de la seule compétence des juridictions administratives.
99. De même, il n'appartient qu'au juge administratif de contrôler le respect du principe de spécialité par les acteurs publics qui y sont soumis, tant sur le plan matériel que géographique. À cet égard, s'il a été effectivement constaté que le champ d'intervention de l'association ERAI dépassait le ressort de la région Rhône-Alpes, il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur le point de savoir si la collectivité régionale concernée agit ce faisant au-delà de ses compétences.

2. SUR LES QUATRIÈME ET CINQUIÈME QUESTIONS

100. L'OSCI interroge ensuite l'Autorité sur les points suivants :
 - l'activité des organismes bénéficiant de subventions publiques sur le marché pleinement concurrentiel des services d'accompagnement à l'international ne risque-t-elle pas d'être créatrice de distorsions de concurrence au détriment des acteurs privés de ce marché ?
 - l'offre de prestations de services d'accompagnement à l'international par les organismes bénéficiant de subventions publiques, comparables à celles des acteurs privés mais à des prix apparaissant anormalement bas et sans relation avec les prix pratiqués par ces derniers, n'est-elle pas la manifestation de l'avantage concurrentiel conféré par le dispositif public de soutien à l'export au détriment des acteurs privés de ce marché ?
101. Ces deux questions portent sur les risques de distorsions de concurrence susceptibles de découler des avantages dont bénéficient les opérateurs publics du secteur de l'accompagnement à l'international par rapport aux opérateurs privés, compte tenu de leur mode de financement spécifique.
102. Comme cela a été indiqué précédemment, les principaux acteurs publics du secteur sont fortement subventionnés : les subventions publiques représentent ainsi 70 % du budget d'Ubifrance et environ la moitié de celui de l'association ERAI.
103. Un tel subventionnement ne saurait être remis en cause dans son principe dès lors que les ressources correspondantes ont pour objet de compenser des charges particulières résultant pour les opérateurs concernés de l'exercice d'une mission de service public. En l'espèce, il apparaît ainsi justifié que les services d'accompagnement à l'international qui ne sont pas proposés par les acteurs privés, en raison notamment de leur insuffisante rentabilité, fassent

l'objet d'une compensation financière adéquate au bénéfice des opérateurs publics qui les prennent en charge.

104. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion, d'ailleurs, de reconnaître la nécessité d'une telle compensation financière. Ainsi, dans l'avis précité n° 96-A-10 du 25 juin 1996, le Conseil avait indiqué qu'« *il paraîtrait normal que l'ensemble des charges particulières que l'État impose à La Poste d'assumer, soient reconnues en tant que telles et fassent l'objet d'une juste compensation financière lorsque leur maintien est jugé nécessaire* » et qu'il conviendrait « *de chiffrer le surcoût entraîné par cette mission [d'intérêt général] et de le compenser financièrement comme pourraient d'ailleurs le permettre les contrats de plan et les contrats de service public* ». À propos de l'ONF, le Conseil avait également considéré, dans l'avis précité n° [09-A-33](#) du 29 septembre 2009, que « *des dotations publiques peuvent compléter ses ressources propres pour tenir compte de sujétions particulières de service public imposées par l'État* ».
105. Néanmoins, l'existence d'un tel subventionnement public pourrait effectivement, dans certaines hypothèses, être de nature à créer des distorsions de concurrence dès lors qu'il bénéficierait à des acteurs exerçant, à côté des missions particulières pour lesquelles ils perçoivent ces ressources, des activités purement marchandes.
106. Comme cela a été exposé précédemment, le risque serait en effet qu'une partie des ressources qui sont allouées à l'opérateur public au titre de sa mission de service public soit utilisée pour financer les activités en concurrence.
107. Un tel détournement pourrait le cas échéant déboucher sur des pratiques de prix prédateurs ou de subventions croisées, justiciables de l'article L. 420-2 du code de commerce si elles étaient le fait d'un opérateur en position dominante. Plus généralement, des pratiques de prix inférieurs aux coûts qui seraient mises en œuvre par des opérateurs publics grâce à l'utilisation croisée de ressources publiques seraient de nature à fausser le jeu de la concurrence au détriment des acteurs privés en permettant aux opérateurs publics de conquérir des parts de marché autrement que par leurs propres mérites.
108. Au cas d'espèce, des distorsions de concurrence seraient ainsi caractérisées s'il apparaissait que les acteurs publics du soutien à l'export, tels qu'Ubifrance ou ERAI, proposaient des services d'accompagnement relevant du champ concurrentiel à des prix sans rapport avec le coût réel des prestations correspondantes et que cette sous-couverture des coûts était compensée par les subventions publiques qu'ils perçoivent au titre des missions de service public qu'ils exercent par ailleurs.

3. SUR LES SIXIÈME, SEPTIÈME ET HUITIÈME QUESTIONS

109. L'OSCI pose ensuite à l'Autorité les questions suivantes :
 - dans quelles conditions et sous quelles réserves les organismes bénéficiant de subventions publiques et créés pour répondre à une mission de service public, comme Ubifrance, peuvent-ils proposer des prestations de conseil et d'orientation aux entreprises souhaitant s'internationaliser ?
 - l'agence Ubifrance, dès lors qu'elle propose des prestations de conseil et d'orientation aux entreprises sur le marché pleinement concurrentiel des services d'accompagnement à l'international ne devrait-elle pas mettre en place une séparation comptable claire entre ses activités de service public et ses activités concurrentielles ?

- au niveau régional, dans quelles conditions devrait s'effectuer l'offre de services d'accompagnement à l'international par les collectivités territoriales dès lors qu'elles interviennent en concurrence avec les acteurs privés ; ne devrait-il pas y avoir également une séparation claire en termes de comptabilité analytique entre les activités publiques subventionnées et les activités relevant d'un marché privé sur lequel opèrent des entreprises privées ?
110. Ces questions, qui sont partiellement liées aux précédentes, invitent l'Autorité à se prononcer sur les conditions à respecter et sur les mesures à adopter pour que l'intervention des acteurs publics dans le secteur de l'accompagnement à l'international s'effectue conformément aux exigences du droit de la concurrence.
 111. La principale condition d'une telle conformité réside, comme indiqué précédemment, dans la nécessité que les acteurs publics ne disposent pas, pour l'exercice de leurs activités relevant de la sphère concurrentielle, d'avantages, en particulier d'ordre financier, dont ne bénéficient pas les opérateurs privés. Ceci implique notamment que les subventions qui sont allouées à ces acteurs soient exclusivement affectées aux activités de service public qu'ils prennent en charge et strictement proportionnées aux sujétions qui en découlent.
 112. Comme le suggère l'OSCI, et conformément aux principes énoncés aux paragraphes 80 et suivants, le respect de cette condition rend effectivement nécessaire la mise en place de mesures de séparation comptable entre les deux types d'activités exercées par ces entités.
 113. Les représentants d'Ubifrance et de sa tutelle ont déclaré au cours de l'instruction du présent avis avoir conscience de la nécessité de mettre en œuvre une comptabilité de type analytique et ont précisé que les études nécessaires à cette réforme seraient engagées rapidement. Les personnes auditionnées ont également souligné que les comptes de l'établissement public étaient certifiés par un commissaire aux comptes depuis 2013.
 114. L'association ERAI, suivant en cela les recommandations qui avaient été émises par la chambre régionale des comptes de Rhône-Alpes dans un rapport de 2007, a pour sa part mis en place une comptabilité analytique au titre de l'exercice 2013. L'examen de cette comptabilité analytique ne permet cependant pas d'exclure, en l'état, que les subventions publiques perçues par l'association aient été partiellement affectées à des activités concurrentielles. En effet, cette comptabilité repose sur une distinction entre six grandes catégories d'activités dont cinq sont considérées comme relevant de missions de service public. Or certaines de ces cinq catégories sont définies de façon trop large pour s'assurer qu'elles ne recouvrent effectivement que des prestations de service public.
 115. À cet égard, et de façon plus générale, il serait souhaitable, pour donner un effet utile à la mise en place d'une comptabilité analytique, que les autorités de tutelle des entités publiques concernées définissent au préalable, le cas échéant sous le contrôle du juge administratif, quelles sont, parmi les différentes prestations d'accompagnement proposées par lesdites entités, celles qui relèvent d'une mission de service public, justifiant l'allocation de ressources publiques, et celles qui relèvent du champ pleinement concurrentiel¹⁰. La distinction entre ces deux types d'activités pourrait par exemple être fondée sur des critères tels que la capacité financière des entreprises ciblées ou la durée d'accompagnement, le champ du service public étant défini comme recouvrant uniquement les prestations proposées – par définition à des tarifs inférieurs à ceux du marché – aux entreprises dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas un certain montant, et ce pour une durée limitée.

¹⁰ Une telle recommandation avait déjà été formulée, à propos d'Ubifrance, par la Cour des comptes dans son rapport public annuel pour 2011 (p. 258).

116. Si l'Autorité a déjà eu l'occasion, ainsi que cela a été rappelé aux paragraphes 90 et suivants, de préconiser la mise en œuvre de mesures plus radicales que la simple dissociation comptable des activités de service public et des activités en concurrence, consistant notamment à confier ces deux types d'activités à des entités juridiquement distinctes, une telle recommandation, qui serait subordonnée à l'examen de la faisabilité de la mesure, ne peut être formulée en l'espèce, faute de connaître la clef de répartition entre les deux types d'activités prises en charge par les opérateurs concernés. Si la distinction entre activités de service public et activités marchandes dépendait par exemple de la catégorie d'entreprises visées, la séparation juridique se traduirait par la mise en place, peu rationnelle économiquement, de deux entités publiques « jumelles » exerçant les mêmes activités et se distinguant seulement par le profil de leurs clients.

4. SUR LA NEUVIÈME QUESTION

117. La question posée par l'OSCI est la suivante : une séparation claire entre les missions administratives et les offres commerciales des opérateurs publics ne devrait-elle pas être mise en place et ses modalités précisées ?
118. Les missions administratives auxquelles l'OSCI fait référence sont celles qui conduisent les opérateurs publics à intervenir dans l'attribution de diverses subventions de soutien à l'exportation.
119. Deux cas de figure doivent être distingués.
120. Le premier cas de figure, qui revêt un caractère général, recouvre l'ensemble des hypothèses dans lesquelles un organisme public, proposant par ailleurs des services d'accompagnement à l'international, est conduit à participer à l'instruction d'une demande de subvention présentée par une entreprise candidate à l'exportation.
121. L'OSCI cite par exemple le cas de la subvention « iDéclic Stratégie International », accordée par la région Rhône-Alpes aux PME justifiant d'un projet d'exportation innovant, subvention dont le comité d'attribution comprend notamment un représentant de l'association ERAI.
122. La présence d'acteurs spécialisés de l'accompagnement à l'international dans de tels comités, comme plus généralement leur participation au processus d'attribution d'aides financières aux entreprises exportatrices, ne paraît pas contestable en soi. Il est en effet légitime que ces acteurs, compte tenu de l'expertise dont ils disposent, soient associés au processus de subventionnement et puissent ainsi s'exprimer sur l'intérêt ou la faisabilité du projet d'exportation pour lequel une aide financière est demandée.
123. En revanche, il est nécessaire qu'une telle participation ne puisse pas être détournée pour permettre à l'opérateur concerné de « recruter » de futurs clients. Cela pourrait être le cas si l'opérateur en cause, par exemple à l'occasion des échanges qu'il est susceptible d'avoir avec le demandeur d'aide, cherchait à inciter ce dernier à recourir à ses propres services d'accompagnement, plutôt qu'à ceux de ses concurrents, pour la préparation et la réalisation de son projet d'exportation.
124. Un tel risque pourrait être évité en associant également les opérateurs privés à la procédure d'attribution des aides, par exemple en permettant à un membre de l'OSCI de siéger dans les comités dans lesquels sont représentés des opérateurs publics tels qu'Ubifrance ou ERAI.

125. Le second cas de figure est plus spécifique et concerne la procédure de « labellisation » gérée par l'agence Ubifrance.
126. Cette procédure vise à soutenir les actions collectives de promotion à l'international des entreprises françaises (salons, rencontres d'affaires, etc...) en permettant aux opérateurs qui les organisent (qui peuvent donc être des SAI ou d'autres acteurs de l'accompagnement à l'international) d'afficher le « label France » et de percevoir une subvention destinée à diminuer le coût de la prestation pour les entreprises participantes.
127. À la différence des cas précédents, cette procédure conduit directement un opérateur public, l'agence Ubifrance, à décider de distribuer ou non une aide financière à des opérateurs qui sont ses concurrents sur le secteur de l'accompagnement à l'international.
128. Une telle situation est potentiellement attentatoire au libre jeu de la concurrence, pour les raisons exposées aux paragraphes 76 et suivants. Il serait par conséquent préférable que la procédure de labellisation soit confiée à une entité administrative distincte et indépendante d'Ubifrance.

5. SUR LES DIXIÈME ET ONZIÈME QUESTIONS

129. L'OSCI pose ensuite à l'Autorité les questions suivantes :
 - les accords conclus par Ubifrance avec les autres organismes publics ou privés n'accroissent-ils pas le pouvoir de marché important d'Ubifrance au détriment des opérateurs privés sur le marché des services d'accompagnement à l'international ?
 - l'émergence de la Banque publique d'investissement, nouvel acteur public de l'accompagnement des entreprises dans leur développement à l'international, et son partenariat avec Ubifrance, ne risquent-ils pas d'aboutir à un effet d'éviction des acteurs privés sur ce marché ?
130. Le dispositif public de soutien à l'internationalisation est caractérisé par une étroite collaboration entre ses membres. Les différents acteurs publics du dispositif s'assurent ainsi une promotion réciproque (notamment par des renvois sur leurs sites internet respectifs) et certains d'entre eux sont liés par des accords ou partenariats plus aboutis, qui peuvent comprendre la mise à disposition de personnel. Ainsi, par exemple, l'agence Ubifrance dispose de conseillers dans certaines CCI et de chargés d'affaires dans les directions régionales de la Banque publique d'investissement. Cette coopération est complétée, dans le cas d'Ubifrance, par des accords de partenariat avec des acteurs privés, en particulier des banques, telles que la Société Générale.
131. De façon générale, il n'appartient pas à l'Autorité de remettre en cause la possibilité pour un opérateur public de nouer des partenariats commerciaux avec d'autres opérateurs, qu'ils soient publics ou privés. De tels partenariats pourraient néanmoins soulever des questions, du point de vue du droit de la concurrence, s'ils avaient pour effet de conférer à l'opérateur public concerné des facilités ou des avantages, tels que ceux décrits aux paragraphes 69 et suivants, dont ne disposeraient pas ses concurrents sur le marché.
132. Au cas d'espèce, un tel problème concurrentiel est précisément susceptible de se poser en ce qui concerne le partenariat liant Ubifrance et la Banque publique d'investissement. En effet, Bpifrance est chargée, comme indiqué précédemment, de la distribution du « *prêt développement export* » qui constitue, avec l'« *assurance prospection* » distribuée par Coface, l'un des deux principaux dispositifs nationaux de soutien financier à l'exportation.

133. Or, simultanément, elle vend à ses clients, par l'intermédiaire des chargés d'affaires d'Ubifrance présents dans ses directions régionales, les prestations d'accompagnement à l'international proposées par cette agence, et ce à titre exclusif.
134. Dans une telle configuration, il est à craindre que les entreprises qui s'adressent à Bpifrance pour bénéficier du « *prêt développement export* » se tournent spontanément vers Ubifrance pour leurs besoins en services d'accompagnement, dans l'espoir que leur demande de prêt soit traitée de la façon la plus favorable possible.
135. Pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment, il apparaît souhaitable que des mesures soient prises afin d'éviter cette orientation artificielle des demandeurs du « *prêt développement export* » vers les services commerciaux d'Ubifrance. Au minimum, les demandeurs devraient être informés systématiquement que l'obtention du prêt n'est pas subordonnée à l'achat de services d'accompagnement auprès d'Ubifrance, information qui pourrait par exemple figurer sur les formulaires de demande de prêt.
136. De façon plus optimale, un rapprochement entre Bpifrance et les opérateurs privés du secteur devrait être recherché, à l'image de celui qui existe entre l'OSCI et Coface¹¹, afin que les prestations d'accompagnement offertes par les opérateurs privés puissent être proposées par Bpifrance au même titre que celles d'Ubifrance.

6. SUR LA DOUZIÈME QUESTION

137. La dernière question posée par l'OSCI est la suivante : afin d'accéder à l'exercice d'une concurrence saine entre l'ensemble des acteurs du marché de l'accompagnement international des entreprises, une instance de régulation ne devrait-elle pas être mise en place en vue d'examiner les dysfonctionnements éventuels de la concurrence sur ce marché ?
138. Si l'Autorité a déjà pu recommander la mise en place d'instances de régulation dans certains secteurs (voir par exemple l'avis n° [14-A-05](#) du 27 février 2014 relatif au fonctionnement concurrentiel du marché du transport interrégional régulier par autocar, ou encore l'avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures sur les problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français), une telle création ne paraît pas indispensable en l'espèce.
139. L'Autorité considère en effet que les développements du présent avis sont de nature à éclairer suffisamment les pouvoirs publics sur la nature et l'étendue des risques concurrentiels pouvant résulter de l'activité des divers organismes publics concernés. Il appartiendra auxdits pouvoirs publics d'assurer une mise en œuvre effective des recommandations qui viennent d'être formulées afin de garantir le bon fonctionnement de la concurrence sur le secteur en cause.

¹¹ L'OSCI et Coface ont signé en 2010 une convention de partenariat dont l'application a permis aux membres de l'OSCI d'accompagner environ un tiers des entreprises bénéficiant de l'« assurance prospection ».

Délibéré sur le rapport oral de M. Nicolas Le Broussois, rapporteur et l'intervention de M. Umberto Berkani, rapporteur général adjoint, par Mme Claire Favre, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Chantal Chomel et Séverine Larère, MM. Noël Diricq et Olivier d'Ormesson, membres.

La secrétaire de séance,

Béatrice Déry-Rosot

La vice-présidente,

Claire Favre

© Autorité de la concurrence