

Les contrats des personnes publiques et le droit de la concurrence

Emmanuel Putman

► **To cite this version:**

Emmanuel Putman. Les contrats des personnes publiques et le droit de la concurrence. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2006, pp.107-116. hal-02543106

HAL Id: hal-02543106

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543106>

Submitted on 15 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES CONTRATS DES PERSONNES PUBLIQUES ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

*Par Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III*

1°/ Si accoutumé qu'on y soit sur des terres partiellement irriguées par un affluent de jurisprudence administrative, la vision contentieuse des rapports entre les contrats passés par les personnes publiques et le droit à la concurrence, risque d'induire des illusions d'optique. Il n'est actuellement guère possible d'« auditer » l'ensemble des clauses et montages contractuels des personnes publiques afin de « dépister » celles et ceux qui pourraient se révéler peccamineux au regard du droit de la concurrence. La doctrine ne s'est pas encore livrée à une étude de technique contractuelle d'une telle ampleur, à la supposer possible, car il n'y a pas si longtemps que la question même de la simple soumission des personnes publiques à l'application pleine et entière du droit de la concurrence se prête à une véritable synthèse théorique (comp. S. Destours, « La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence », *Litec* 2000). Il était donc prévisible que la théorisation suivante fût, non pas encore celle de la pratique contractuelle, mais celle de l'attitude du juge administratif face au droit de la concurrence (cf. D. Katz, « Juge administratif et droit de la concurrence », *PUAM* 2004).

2°/ Il est vrai que cette attitude demeure empreinte d'une certaine défiance. Le rapport du Conseil d'Etat, « Collectivités publiques et concurrence » (La doc. fr., Etudes et documents, n° 53, mars 2002, p. 374 et s.) en témoigne : « l'analyse économique souvent délicate exigée par le droit de la concurrence », le « dispositif, somme toute passablement sophistiqué, des atteintes au droit de la concurrence », n'apparaissent que médiocrement séduisants à la Haute Juridiction (rapp. à ce sujet, S. Pignon, « Le conseil d'Etat au service du droit de la concurrence, les enseignements du rapport annuel », *Petites Affiches* 2002, n° 124 et 125, p. 7, et N. Charbit, « L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ? », *RTD com.* 2004, p. 47 et s.)

3°/ On peut certes, tout à la fois, comprendre et nuancer la dilection du Conseil d'Etat pour les principes et les méthodes traditionnelles du droit administratif français. En somme, n'a-t-il pas, lui-même, immensément contribué à leur fastueuse patine ? Que les principes et les méthodes du droit de la concurrence soient moins éprouvés, moins vénérables, nul ne le conteste sérieusement. Qu'à tout prendre, la boussole de l'intérêt général, d'une part, le sextant de l'efficacité économique, d'autre part, ne prétendent ni l'un ni l'autre passer pour des instruments d'une infinitésimale précision, qu'en vérité le flou de l'une vaille la flexibilité de l'autre, c'est un argument à double tranchant puisque, justement, le Conseil d'Etat ne manque pas de le retourner à l'avantage de « l'invocation des

principes généraux » et de l'utilisation des « armes traditionnelles » du juge administratif. Qu'il convienne d'user à la fois de la boussole et du sextant ne résout rien, aussi longtemps que les échanges de propos entre le juge administratif et l'autorité judiciaire ressemblent à un dialogue de sourds. Comparant les avantages du contrôle de légalité par le juge administratif et du lourd pouvoir de sanction judiciaire par l'autorité de marché, un haut magistrat de l'ordre judiciaire ne s'écriait-il pas : « le fait qu'un acte administratif puisse être annulé par le juge administratif et sans commune mesure avec le privilège exorbitant d'échapper aux sanctions. Un principe d'inégalité gouverne désormais le droit de la concurrence » (P. Sargos, in « Le monde », 15 déc. 1999, p. 17). Décidément notre sujet prend des allures de scène de ménage où s'échangent « coups de griffes » et « coups de gueule ».

4°/ Entre le secteur public et le droit de la concurrence, le torchon brûle donc, mais il ne saurait être question de prononcer le divorce (Rappr. N. Charbit, « Le droit de la concurrence et le secteur public », l'Harmattan, 2002). C'est le contrat qui ferait les frais de la rupture : l'enfant pâtit toujours du divorce de ses parents... En retour, la discorde, dans ce contentieux contractuel particulier ne peut perdurer sans rendre singulièrement fragile ce « droit nouveau » qu'est le « droit du marché » (v. C. Lucas De Leyssac et G. Parleani, « Droit du marché » PUF, coll. Thémis), pour la simple raison que, si les pratiques anticoncurrentielles prennent de multiples formes non –contractuelles, le contrat reste à la fois la principale figure juridique de l'échange économique, et le vecteur privilégié d'intervention des personnes publiques sur le marché. Ces personnes publiques, parmi lesquelles on commence à pouvoir identifier des opérateurs économiques assez divers (I) ont impérieusement besoin de savoir à quels juges se vouer (II) et à quel Droit applicable se fier (III).

I/ QUELS OPERATEURS

5°/ Avant même de revendiquer son applicabilité aux contrats passés par les entreprises publiques (B), le droit de la concurrence postule pour ainsi dire sa propre vocation à régir les activités économiques de l'Etat, donc les contrats auxquels celui-ci est partie (A).

A/ L'Etat

6°/ Les concepts du droit de la concurrence sont ambivalents envers l'Etat. D'un côté, il demeure admis que, dans ses fonctions régaliennes et ses missions essentielles, l'Etat ne soit pas concerné par le droit de la concurrence, tout simplement parce qu'il ne se comporte pas comme un opérateur économique : la puissance publique est étrangère au marché (a). D'un autre côté, il est régulièrement réaffirmé que, quelle que soit la structure juridique dont il se sert, l'Etat qui se présente sur le marché en tant que prestataire de services industriels ou commerciaux doit accepter les règles du marché. Qu'il s'agisse de l'Etat ou de ses « émanations », le droit de la concurrence retrouve son empire ; l'émanation, en particulier, est captée par le marché (b).

a) La puissance publique, étrangère au marché

7°/ Le marché n'est pas l'affaire de l'Etat gendarme, et le contrat l'est assez peu. Le droit du marché se tient donc à la lisière des activités participant à l'exercice de la puissance publique, mais à vrai dire le droit du contrat ne trouve pas tellement d'occasions d'empiéter sur ce terrain. Assez souvent l'utilisateur du service fourni par l'Etat-puissance publique ou par l'organisme public qui en est chargé, se trouve dans une situation réglementaire plutôt que contractuelle. C'est ce qui fut rétorqué à l'entreprise de transport maritime qui reprochait à l'organisme public gérant le port de Gênes les tarifs de son service obligatoire de surveillance des transports d'hydrocarbures (CJCE, 18 mars 1997, Diego Cali, C 343/95, JCP 1997, I, 4027, p. 252, obs. M. C. Boutard-Labarde) ou à la société italienne de pétrochimie contestant les suppléments de tarifs appliqués par l'Etat à sa consommation d'électricité en raison d'une loi dont l'objectif était de compenser par de nouvelles recettes l'arrêt de la production nucléaire (CJCE, 11 sept. 2003, Alait Chimica, C 207/01, Rev. Europe, nov. 2003, n° 367, p. 31, obs. L. Idot). *Via* ces organismes, l'Etat mettait en place un service anti-pollution dans un premier cas, une sorte de collecteur d'impôt dans le second. Activités jugées étrangères au marché, ces services donnaient lieu à de véritables prélèvements obligatoires. Les émanations de l'Etat italien n'opéraient donc pas par le biais du contrat.

b) L'émanation, captée par le marché

8°/ En revanche, l'Etat français a senti passer le vent du boulet dans une affaire concernant une de ces émanations, l'AFAN (Association Française pour les fouilles Archéologiques Nationales). L'AFAN a le quasi-monopole des fouilles archéologiques préventives avant la réalisation d'ouvrages publics. C'est ce dont se plaignait une association patronnée par une université espagnole, exclue d'un marché de fouilles préventives à la modification d'une route départementale alors qu'elle avait proposé au Conseil général des Pyrénées Orientales un prix plus intéressant que l'AFAN. Le Conseil de la concurrence a estimé que l'AFAN n'était qu'une émanation de l'Etat français dénuée de véritable autonomie, dont les pratiques devaient être imputées directement à l'Etat... Mais le boulet passa sans faire tomber la tête, le Conseil ayant conclu que l'abus de position dominante de l'AFAN n'était pas démontré, les clauses du marché qu'elle proposait, l'écart de plus de 40% de son prix par rapport à la concurrence espagnole pouvant éventuellement se justifier par une meilleure qualité scientifique du projet de l'AFAN ... (Cons. conc. déc. n° 02-D-18, 13 mars 2002, BOCC, 27 mai 2002, p. 340, rev. Contrats, concur. consomm. août-sept. 2002, n° 122, p. 20, obs. M. Malaurie-Vignal).

9°/ Dans ces conditions, la possibilité de faire « remonter » l'imputabilité d'une pratique contractuelle anticoncurrentielle, d'une « émanation » de l'état, à l'Etat lui-même, s'apparente à un simple « obiter dictum », potentiellement redoutable logé à la même enseigne que les personnes publiques.

B/ L'entreprise publique

10°/ Le droit de la concurrence, singulièrement le droit communautaire, fait prévaloir sa propre conception de l'entreprise publique pour soumettre à son contrôle les actes passés par celle-ci. L'activité économique (a) lui importe plus que le statut ou la structure juridique de l'entité » qui s'y livre (b).

a) L'activité

11°/ C'est ici qu'on retrouve l'ambivalence des concepts du droit de la concurrence. On a vu (supra n° 7) que les missions essentielles de l'Etat, étrangères au marché, s'accompagnaient souvent de situations plus réglementaires ou « statutaires » que contractuelles, ce qui expliquait l'éviction à la fois du droit de la concurrence et du droit des contrats. Mais les compagnies aériennes qui payent des redevances pour l'utilisation des installations d'ADP (Aéroports de Paris) sont aussi en situation « statutaire » face à un établissement public qui exerce une autorité publique sous l'égide d'un ministre de tutelle. Pourtant ce prestataire de services aéroportuaires exerce aux yeux des juridictions communautaires une activité économique justiciable du droit de la concurrence (TPICE, 12 déc. 2000, ADP c/Commission, T 128/98, Rec., II, 3933 ; CJCE 24 oct. 2002, ADP c/Commission, C 82/01 P, Rev. Contrats, concur., consomm. Janv. 2003, n° 11, p. 15, obs. S. Poillot-Peruzzetto).

12°/ Le juge communautaire se reconnaît donc compétent envers l'activité économique concurrentielle détachable de l'intervention de l'autorité publique (sur ce critère de l'acte détachable, v. R. Blasselle, « Traité de droit européen de la concurrence », Publisud 2002, t. 1, p. 37, et adde. infra n° 27 et s.), pourvu que l'entité qui s'y livre puisse être considérée comme une entreprise au sens du droit de la concurrence.

b) L'entité

13°/ On sait que la notion économique d'entreprise, indifférente à son statut de droit public ou de droit privé interne comme à sa structure juridique prévaut en droit de la concurrence. S'agissant des entreprises publiques (v. R. Blasselle, préc., p. 31 et s.) cela a permis de qualifier d'entreprises les entités les plus diverses, depuis les organisations sanitaires fournissant des services de transport d'urgence (CJCE 25 oct.2001, Ambulanz Glöckner, aff. C 475/99, Rev. Contrats, concur., consomm. Janv. 2002, n° 13, p.28, obs. S. Poillot-Peruzzetto) jusqu'à un monopole étatique des tabacs (TPICE, 22 nov.2001, AAMS, T 139/98, Rev. Contrats, concur., conso, fév. 2002, n° 30, p. 16, obs. S. Poillot-Peruzzetto). Ces manifestations du réalisme du droit économique sont trop connues pour qu'on y insiste (sur l'ensemble de la question, v. notamment G. Lambert, « L'entreprise et le contentieux des affaires », PUAM). D'une manière générale l'entreprise publique est en droit communautaire celle sur laquelle les pouvoirs publics exercent une influence prépondérante de quelque façon, directe ou indirecte, que ce soit (comp. Ch.Bolze, « La notion d'entreprise publique en droit communautaire », RJCom. n° spécial 1987, p. 65 et s. ; S. Poillot-Peruzzetto et M. Luby, « Le droit communautaire

appliqué à l'entreprise » Dalloz 1998 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La soumission des personnes publiques en droit de la concurrence », D. 1989, chron. p. 67 et s.).

14°/ Il est également bien connu que leur soumission de principe au droit de la concurrence a contribué à « banaliser » la situation des opérateurs publics, à la rapprocher de celle des opérateurs économiques « ordinaires », ceux du secteur privé (l'expression de « banalisation » revient sous la plume de nombreux auteurs. Cf. J. B. Auby, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques » Mél. J. M. Auby, Dalloz 1992, p. 3 et s. ; v. déjà, J. P. de La Laurencie, « Le comportement de l'opérateur public sur le marché au regard des règles de la concurrence », Petites Affiches, 19 avril 1988, n° 100, p. 12 ; J. J. Israel, « Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence », Petites Affiches 28 mars 1990, n° 38, p. 16). Mais s'il est également oiseux de rappeler les manifestations de cette banalisation (v. D. Katz, « Juge administratif et droit de la concurrence, op. préc., spéc. p. 75 et s.), il n'est pas superflu d'en remarquer la relativité.

15°/ C'est ainsi, notamment, que la soumission au droit communautaire de la concurrence des monopoles d'Etat, des entreprises auxquelles l'Etat accorde des droits spéciaux et exclusifs, et des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, au sens de l'article 86 Traité CE, donne lieu à une délicate dialectique entre les exigences du droit du marché et les nécessités de la mission d'intérêt général dont ces organismes sont chargés (sur cette question v. la synthèse exhaustive de J. Y. Cherot, « Droit public économique », *Economica* 2002, n° 70 et s., p. 128 et s.). Il s'en faut donc de beaucoup que la situation de tous les opérateurs publics soit complètement banalisée, tout comme il s'en faut sans doute de beaucoup que le régime juridique des contrats passés par les personnes publiques soit banalisé au regard du droit de la concurrence.

16°/ Cette résistance à la banalisation n'est pas le résultat du seul comportement de la personne publique contractante, bien au contraire. Lorsque l'autorité judiciaire contrôle les aspects d'une opération contractuelle à laquelle une personne publique est partie, notamment certaines pratiques anti-concurrentielles dans la phase de négociation, elle s'en tient nous allons le voir (cf. infra, n°27 et s.), à ce qui est « détachable » des actes soumis au contrôle de légalité du juge administratif. Il n'est pas rare que cela conduise à « épingleur » pour leur propension à contourner les règles de la concurrence les sociétés privées que la collectivité publique avaient choisies. C'est ce qui a failli arriver à des entreprises privées qui s'étaient regroupées pour soumissionner, le Conseil de la concurrence ne les ayant épargnées de justesse que parce qu'il n'avait pas pu être établi qu'en se regroupant elles avaient « verrouillé » le marché et supprimé la concurrence (CA Paris 29 janv. 2002, Stés Saturg, BOCC 27 mars 2002, p. 203, Rev. Contrats, concur, consomm. juillet 2002, n° 110, p. 15). Encore une décision plus menaçante qu'immédiatement inquiétante pour les soumissionnaires. Il est vrai que l'autorité de marché contrôle ce qu'elle peut, que le juge administratif de son côté ne contrôle que ce qu'il doit, et

que cette combinaison de contrôles peut laisser subsister des « occasions manquées ».

17°/ En d'autres termes l'application du droit de la concurrence aux contrats passés par les personnes publiques dépend peut-être d'un trop grand nombre d'autorités pour être vraiment banalisée, et surtout, pleinement efficace.

II/ QUELS JUGES

18°/ Devant cette concurrence d'autorités, la question pragmatique n'est pas de savoir si toutes sont des juridictions « stricto sensu » (la controverse est classique pour le Conseil de la Concurrence, v. E. Putman, « Contentieux économique », PUF, coll. Thémis, n° 171 et s., p. 166 et s.). Employons donc ici le mot « juges » dans une acception volontairement large, car la question, depuis la décision du Tribunal des Conflits Ville de Pamiers (TC 6 juin 1989, Gaz. Pal. 1989, 2, 582, concl. Stirn ; D 1990, 418, note J. J. Israel ; JCP 1990, II, 21395, note Ph. Terneyre) est bien, largement, de savoir quelles parts respectives réserver au contentieux administratif et au contentieux judiciaire en cette matière.

19°/ La soumission de principe des personnes publiques au droit de la concurrence a beau avoir été affirmée par le Conseil d'Etat dans ses importants arrêts Sté Million et Marais (CE 3 nov. 1997, RFDA 1998, 782, note M. Bazex ; AJDA 1998, 247, note O. Guezou ; RDP 1998, 256, note Y. Gaudemet) et Sté Eda (CE 26 mars 1999, AJDA 1999, 427, concl. Stahl, note M. Bazex, RDP 1999, 1545, note S. Manson), l'intégration du droit de la concurrence à l'ensemble des normes de référence du contrôle de la légalité par le juge administratif n'a pas conduit à « l'annexion » pure et simple du contentieux des pratiques contractuelles anticoncurrentielles des personnes publiques. La décision du tribunal des Conflits Aéroports de Paris (TC 18 oct. 1999, AJDA 1999, 1029, note M. Bazex) implique une séparation entre les activités de production des personnes publiques, contrôlées par l'autorité de marché et le juge judiciaire, et les actes administratifs d'accomplissement de la mission de service public, réservés au recours pour excès de pouvoir, parce que marqués par les prérogatives de puissance publique (comp. M. P. Bizeau, « Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ? ADJA 1992, 180).

20°/ Le fait est cependant que cette séparation s'opère à l'occasion d'un même contrat et que les deux contentieux ne sont pas « sécables » aussi aisément que deux moitiés d'orange, d'autant que les contentieux vont se référer l'un et l'autre aux règles du droit de la concurrence puisque celui-ci « investit » désormais aussi le contrôle de légalité des actes administratifs (rapp. J.Y. Cherot, « Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence », AJDA 2000, p. 691, et « Droit public économique », précité, n° 380 et s.).

21°/ Pour l'heure, c'est donc l'ambiguïté qui marque la distinction entre le domaine réservé au juge administratif et le domaine d'intersection de l'autorité de marché (comp. J. Y. Cherot, « Droit public économique », précité, n° 382).

A/ Le domaine réservé au juge administratif

22°/ Les conventions se rattachant à l'accomplissement d'une mission de service public ou à la gestion du domaine public et qui mettent en cause des prérogatives de puissance publique relèvent de la juridiction administrative. L'énoncé du principe est à la fois simple et sans discussion : le Conseil de la concurrence s'y réfère très clairement pour se déclarer incompétent, qu'il s'agisse de la conclusion du contrat (v. Cons. concur, décis. n° 026 D 73, 10 déc. 2002, Sté Garcia Autos, BOCC 28 fév. 2003, p. 174, attribution à des loueurs de voitures d'emplacement sur le site de l'Aéroport de Gillot-Saint Denis de La Réunion) ou de son exécution (v. Com. 19 nov. 2002, SA Au Lys de France c/Aéroport de Paris, Rev. Contrats, concur, consom, fév. 2002, n° 24, p. 16, obs. M. Malaurie-Vignal : résiliation d'une convention d'occupation du domaine public).

23°/ Le reproche, adressé à ce principe, est de créer une sorte d'immunité pécuniaire de la personne publique, à l'encontre de laquelle le juge administratif ne pourra pas prononcer d'amende pour sanctionner des pratiques anticoncurrentielles (cf. supra n°3). Ce reproche est sérieux. On s'efforce de le relativiser en évoquant les autres pouvoirs du juge administratif, particulièrement le développement des pouvoirs d'injonction du juge administratif des référés, qui, s'ils sont utilisés dans toute leur efficacité, doivent permettre la cessation des pratiques anticoncurrentielles de la personne publique, soit au moyen du référé-suspension (CJA, art. L 521-1) qui aboutira à la suppression d'exécution de l'acte administratif illégal au regard du droit de la concurrence, soit hypothétiquement au moyen du référé précontractuel (CJA, art. L 551-1) dont on se demande s'il pourrait conduire à suspendre la passation du marché public ou de la délégation de service public anticoncurrentiel. Malheureusement, le juge du référé précontractuel, saisi d'un « manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence », refuse de contrôler si le marché en voie de passation va créer une situation anticoncurrentielle, un abus de position dominante par exemple, car il considère qu'il ne doit se pencher que sur la phase précontractuelle et non pas se livrer à une « projection » des effets que la convention, une fois conclue, est susceptible de produire sur la concurrence (rapp. CE, 24 oct. 2001, collectivité territoriale de Corse et office des transports de la Corse, CJEG 2002, p. 259, concl. Bergal et l'analyse de D. Katz, « juge administratif et droit de la concurrence », op. préc. p. 366).

24°/ Le bilan du contentieux administratif de l'urgence hésite donc, en cette matière, entre l'encouragement (plutôt en ce sens, D. Katz, préc., p. 359-381) et la déception (notamment en ce sens, C. Lucas de Layssac, « Le juge, l'urgence et la concurrence », Mélanges G. Galvada, Dalloz 2001, p. 219) Mais le contentieux administratif de l'annulation, lui non plus, n'échappe pas à la critique. Tant que le recours pour excès de pouvoir demeurera engoncé dans le corset de la conception traditionnelle qui le réserve au contentieux des actes administratifs unilatéraux, les possibilités effectives de faire prononcer l'annulation totale ou partielle du contrat ou d'une clause contractuelle par le juge administratif demeureront trop strictement limitées (v. sur l'ensemble de la question, D. Pouyaud « La nullité des contrats

administratifs », LGDJ 1991). Pratiquement, dans notre domaine, seule présente un intérêt la jurisprudence permettant à tout intéressé de demander au juge administratif l'annulation d'une clause contractuelle ayant un caractère réglementaire (CE 10 juil.1996, Cayzeele, Rec. Lebon, p. 274 ; sur ce point, v. D. Katz, op. cit., p. 384).

25°/ S'agissant du recours en déclaration de nullité du contrat lui-même, outre l'ambiguïté de la jurisprudence du Conseil d'Etat, relative au pouvoir du juge de « constater la nullité » mais pas de « prononcer l'annulation » (CE, 14 déc.1988, Etablissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin Yvelines, Rec. Lebon, Tables, p. 890) il faut avouer que l'on voit mal la personne publique ou son cocontractant demander la déclaration de nullité d'un contrat qui correspond à leurs intérêts bien compris même s'il est attentatoire à la concurrence, c'est à dire avec tiers ! (Sur la question, comp., plus optimiste, D. Katz, p. 385-388).

26°/ Tant que le juge administratif ne se sera pas arrogé un pouvoir général d'annulation du contrat administratif illégal, l'autorité de marché et son autorité judiciaire de contrôle auront donc un domaine d'intervention qu'il restera difficile de leur disputer.

B/ Le domaine d'intervention de l'autorité de marché

27°/ Puisque le recours pour excès de pouvoir n'inclut pas purement et simplement l'annulation globale du contrat administratif mais en principe seulement celle des actes administratifs de puissance publique, le critère, si discuté, de l'acte détachable, a ici la vie dure (v. la discussion très fouillée de ce critère par J. Y. Cherot, « Droit public économique » préc., n° 379 et s, p. 474 et s.).

28°/ On ne remarque pas assez la discordance qu'il risque de créer avec le droit communautaire où la « détachabilité » constitue la ligne de démarcation entre les prérogatives de puissance publique, non justiciables du droit de la concurrence, et l'intervention économique sur le marché, qui en relève (cf. supra n° 12) alors qu'en droit interne, cette même « détachabilité » n'est que la ligne de partage entre le juge administratif et le juge judiciaire, censé appliquer l'un et l'autre le droit de la concurrence, mais chacun pour sa part, l'un contrôler la légalité de l'acte de puissance publique, l'autre pour sanctionner l'effet anticoncurrentiel du contrat.

29°/ Plus d'une décision de l'autorité de marché ou de l'autorité judiciaire qui la contrôle, donne la sensation assez forte, de s'ingénier à « détacher » ce qui en réalité forme un tout. Par exemple, le principe « non bis in idem », nous dit-on, ne fait pas obstacle à ce que, malgré l'existence d'un jugement d'annulation déjà prononcé par la juridiction administrative, le Conseil de la concurrence sanctionne les pratiques anticoncurrentielles « détachables » de l'appréciation de la légalité de l'acte administratif (Cons. conc. décis. n° 03 - D 46, 30 sept. 2003 Rev. Contrats, concurr., consom. janv. 2004, n° 9, p. 21, obs. M. Malaurie-Vignal). On nous dit également que le Conseil de la concurrence peut tout à la fois se déclarer incompétent pour examiner une procédure de concession par laquelle une collectivité publique choisit son prestataire de services et se reconnaître compétent à l'égard de pratiques anticoncurrentielles antérieures ou postérieures à ce choix (v.

CA Paris, 29 janv.2002, Sté Saturg, BOCC 27 mars 2002, p. 203 ; Rev. Contrats, concurr., consom., juillet 2002, n° 110, p. 15, obs. M. Malaurie-Vignal, précitée, supra n° 16 et déjà, CA Paris 18 déc.2001, Sté Bajus Transports, BOCC, 26 fév. 2002, p. 129, Rév. Contrats, concurr., consom., mai 2002, n° 77, p. 19, obs. M. Malaurie-Vignal).

30°/ Il est permis de trouver ce raisonnement quelque peu schizophrénique et de se demander si, quoi que paraissant impliquer les principes, l'unité d'application du Droit n'en souffre pas.

III/ QUEL DROIT

31°/ En théorie c'est l'empire du droit de la concurrence qu'il s'agit d'établir sur les contrats passés par les personnes publiques. En réalité, même si la présence du droit de la concurrence en ce domaine n'est pas niable, la prégnance du droit administratif y demeure forte.

A/ La présence du droit de la concurrence

32°/ Il est réconfortant de constater que, lorsqu'il fait effectivement application du droit de la concurrence, le juge administratif entend marquer sa convergence avec le juge judiciaire et rivaliser avec lui dans l'utilisation des concepts et des méthodes de la discipline. Ceci étant les exemples de cette rassurante unité de vues ne sont pas, ou pas encore, légion. On peut citer un aspect de l'abus de position dominante, consistant pour l'entreprise dominante à limiter l'accès des concurrents aux installations, structures ou ressources qu'elle détient ou contrôle et qui elles-mêmes conditionnent l'accès au marché (théorie dite des « installations essentielles », v. M. Thill-Tayara et C. Couadou, « Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles », Rev. Contrats, concurr., consom., 1999, chron., 6). De même que le juge judiciaire a condamné sur la base de cette théorie, les pratiques de France Telecom relatives à la commercialisation des listes d'abonnés (Com. 4 déc. 2001, Sté France Telecom c/Sté Lecitel, Rev. Contrats, concurr., consom, fév. 2002, n° 31, p. 19) le Conseil d'Etat a lui aussi consacré la théorie des installations essentielles à propos des pratiques de prix de l'INSEE lors de la commercialisation sous forme de licences du répertoire Sirene (fichier national d'identification des entreprises) l'INSEE ayant abusé de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'informations (CE 29 juil. 2002, Sté Cegedim, Rev. Contrats, concurr., consom., mars 2003, n° 39, p. 12, obs. M. Malaurie-Vignal).

33°/ On s'en convainc, la Haute Juridiction administrative n'est donc nullement imperméable aux raisonnements du droit économique qu'elle sait entériner en tant que de besoin (sur l'ensemble de la question, v. M. Malaurie-Vignal, « L'abus de position dominante », LGDJ, coll. Systèmes, 2003). Pour autant, la rareté des illustrations de ce phénomène, laisse malgré tout à penser que le juge administratif ne renonce pas à sa propre « culture contentieuse », qu'il demeure tout naturellement sensible à la prégnance du droit administratif, même lorsqu'il s'agit de veiller à la police du marché.

B/ La prégnance du droit administratif

34°/ Les idées en cette matière sont susceptibles d'évoluer rapidement et il n'est pas certain que les propos retracés dans le rapport du Conseil d'Etat « Collectivités publiques et concurrence » (Rapport annuel 2002, préc., La Documentation française, mars 2002, p. 374 et s.) soient encore d'une parfaite actualité puisqu'ils sont un peu antérieurs à l'arrêt Sté Cegedim du 29 juillet 2002 (précité n° 32) où le Conseil d'Etat a marqué une étape vers « l'acculturation » du juge administratif à l'analyse économique du droit ou du moins à une coexistence de mieux en mieux acceptée entre intérêt général et intérêt économique (pour des manifestations ultérieures de cette évolution, v. N. Charbit, « L'application du droit de la concurrence au domaine public : affrontement sur la voie publique ? », RTD com. 2004, p. 47 et s, spéc. p. 59).

35°/ Il est possible que cette évolution marque l'entrée dans une nouvelle ère du contrôle de l'égalité mais, à l'heure présente, le juge administratif demeure très attaché au « schéma classique en matière de police administrative », à « l'invocation des principes généraux » du droit administratif, en comparaison desquels les « détours de raisonnement exigés par le droit de la concurrence (...) ne sont pas nécessairement les plus adaptés » (sur ces formules du Conseil d'Etat, v. les commentaires critiques de N. Charbit art. préc, p. 61-62). La doctrine s'est particulièrement inquiétée, non seulement du « ton » de cette résistance à l'acculturation, mais du dessein, clairement exprimé par le rapport « Collectivités publiques et concurrence », de conserver à l'application des règles de la concurrence un « caractère subsidiaire » par rapport à l'application du droit administratif classique (N. Charbit, loc. cit.). Subsidiarité, que d'escarmouches en ton nom ! Et quelle manière de s'autoriser d'un concept protéiforme, en lui faisant subir un avatar de plus, au service d'une stratégie qui risque d'avoir la discutable conséquence de marginaliser le juge administratif en contentieux économique en voulant on ne sait quel « pré carré » du droit administratif dont la véritable vitalité et le réel dynamisme pourraient au contraire lui permettre d'amorcer une « reconquête » de ce contentieux s'il employait la « force créative » de sa jurisprudence à un utile « aggiornamento » de ses schémas classiques (rappr. N. Charbit, art. cit. p. 64-65).

36°/ Le temps de l'harmonie entre les contrats des personnes publiques et le droit de la concurrence n'est apparemment pas encore venu. Mais qu'on se rassure : il n'y a pas en cette matière plus qu'ailleurs, de « fin de l'histoire » !

Saint Denis, le 20 avril 2004