

Université d'Évry Val d'Essonne  
Master 2 Droit public des affaires  
2013-2014  
Séminaire Activités publiques et concurrence

Thème : Commande Publique et Concurrence  
Présenté par : Aboubacry KEBE

La commande publique correspond à l'ensemble des contrats publics auxquels est partie l'administration. C'est un terme générique relatif à l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques pour satisfaire leurs besoins. La commande publique recouvre ainsi une notion très large englobant plusieurs formes telles que les marchés publics, les marchés soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, les DSP, les Contrats de partenariat, les conventions d'occupation du domaine et les concessions d'aménagement etc.

Selon le ministère de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi, la commande publique représente environ 9% du PIB.

La concurrence correspond à « l'offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle » (Cornu).

Dans le cadre de la commande publique, la concurrence implique une publicité préalable de la passation du contrat public afin de permettre à des soumissionnaires de présenter leurs candidatures en proposant des offres concurrentes qui seront traitées de manière égalitaire dans le cadre d'une procédure transparente. Cette concurrence se matérialise par un ensemble de principes qui visent à garantir une bonne gestion des deniers publics et assurer une concurrence effective entre les candidats.

La précision terminologique étant faite, il ne s'agit pas, pour nous de procéder à une étude analytique de chaque catégorie de la commande publique en y montrant les implications de la concurrence au travers de leurs règles de passation. Il s'agira plutôt, pour nous, d'étudier les exigences de la concurrence dans la commande publique, dans une optique comparative, avec le droit général de la concurrence applicable aux activités économiques des personnes publiques.

Autrement dit, la concurrence applicable aux contrats publics est-elle de même nature avec le droit de la concurrence applicable à l'intervention des personnes publiques dans le domaine économique ?

Ainsi, étudier une telle problématique semble à bien des égards intéressant. En effet, s'il est établi que les exigences de la concurrence en matière de commande publique présentent des particularités par rapport au droit de la concurrence opposable aux personnes publiques, il n'en demeure pas moins que leurs champs d'application semblent converger, eu égard à la similitude des notions utilisées. De surcroît, le juge administratif peut annuler un contrat public pour non respect du droit de la concurrence, puisque le droit de la concurrence s'applique aux actes de la commande publique. Il en est ainsi lorsque la personne publique est candidate à la passation d'un contrat public, puisqu'elle est considérée dans ce cas comme exerçant une activité économique car elle va offrir des biens ou des services sur un marché<sup>1</sup>.

Ainsi, les principes de la concurrence auxquels sont soumises les personnes publiques relèvent à la fois du droit de la concurrence et du droit de la commande publique, et s'appliquent à toute entité publique intervenant sur un marché comme opérateur économique ou comme acheteur public.

Pour traiter le sujet, il semble intéressant d'étudier d'abord les exigences de la concurrence en matière de commande publique ( I ), ensuite nous verrons la convergence qu'il y a entre la concurrence dans la commande publique et le droit général de la concurrence ( II).

---

<sup>1</sup> CJUE, Gr.Ch., 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, aff.C-159/11; Eckel Gabriel, *Droit public des affaires*, 2e édition, p.11

## I. Les exigences de la concurrence en matière de commande publique

### A. Les principes généraux de la commande publique

#### 1. L'origine des principes fondamentaux de la commande publique

##### a. Le droit de l'Union Européenne

Il faut dire que les contrats publics ne pouvaient laisser indifférents l'Union Européenne, car ils constituent un levier de croissance et un moyen d'intervention des États dans leur économie.

Ainsi, la communauté européenne s'est préoccupée de la concurrence dans la commande publique pour assurer une meilleure efficacité économique, et plusieurs directives vont être adoptées dans ce domaine.

D'abord, le Traité de Rome du 25 mars 1957 prévoyait déjà la mise en place entre les États membres d'une politique commune « assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun »<sup>2</sup>. En clair, toute entreprise située sur le territoire de l'Union européenne doit pouvoir librement accéder aux marchés publics conclus dans les autres États membres.

Ensuite, le cadre juridique applicable aux marchés publics a été précisé par trois directives : la directive « Services » du 18 juin 1992, et les directives « Fournitures » et « Travaux » du 14 juin 1993.

Ces textes ont fait l'objet d'une refonte dans le cadre de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services. Cette directive prévoit, notamment, que « la passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du Traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence ».

Il semble intéressant de mentionner que ces directives seront remplacées d'ici à 2014 par la Directive européenne sur la passation des marchés publics qui va entraîner des réformes importantes dans la passation des marchés publics, notamment la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation pour les travaux ayant pour objet conjointement la conception et l'exécution de travaux, ou lorsque des négociations sont nécessaires pour établir les modalités juridiques ou financières du projet; elle va aussi renforcer les exigences de la concurrence au travers la prévention et le traitement des conflits d'intérêts puisque les États membres doivent prévoir des règles garantissant que cette prévention et ce traitement interviennent tout au long du processus d'achat, depuis la définition des besoins jusqu'à l'attribution.

---

<sup>2</sup> Jean Yves Cheyrot, *Droit Public économique*, page 456

## b. La jurisprudence de la cour de justice

La jurisprudence communautaire également rappelle les principes fondamentaux de la commande publique. Ainsi, la cour de justice des communautés européennes argue souvent de l'existence d'une obligation de transparence à la charge du pouvoir adjudicateur.

D'abord, dans l'arrêt Mannesman du 15 janvier 1998<sup>3</sup>, la CJCE donne l'étendue d'application du droit de la concurrence en estimant qu'un pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire un pouvoir qui est à l'origine d'un marché public, peut tout à fait être considéré comme une entreprise et sera soumis entièrement au droit de la concurrence, faut-il encore que son activité soit à caractère économique.

Dans un arrêt « Telaustria » du 7 décembre 2000, la CJCE indique que cette obligation de transparence consiste à « garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Par cet arrêt, la cour précise l'étendue du principe de non-discrimination et l'obligation de transparence. Elle a considéré que l'obligation de non-discrimination et l'obligation de transparence s'imposent de manière systématique au pouvoir adjudicateur à l'égard de tout soumissionnaire potentiel, non seulement si les textes le prévoient expressément, mais également ils s'imposent à tous les contrats publics indépendamment de l'existence de directives.

Donc, suivant la jurisprudence Telaustria, ces obligations opposables à la commande publique (marchés publics, délégation de service public, partenariat public-privé) sont des principes généraux du droit communautaire.

Au paravant, la CJUE a sanctionné des États pour non respect de la libre prestation de services. C'est le cas dans l'affaire Yellow Card où l'Autriche réclamait la présence d'un établissement en Autriche pour pouvoir candidater à la passation de la commande publique. ce qui attentait à la liberté de prestation de services car une entreprise dans un autre État membre ne pouvait soumissionner.

### 2. La consécration de ces principes en droit interne

Le droit français a aussi consacré les principes applicables à la commande publique, tels qu'ils résultent des textes communautaires. Ainsi, l'on retrouve ces principes dans les divers codes des marchés publics que la France a connus. Dans sa version de 2004 (décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004), le Code des marchés publics posait déjà un certain nombre de règles applicables à tous les acheteurs publics (l'État, les collectivités locales et leurs établissements publics...). Il énonce ainsi des principes essentiels : « Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code » (article 1-I alinéa 2)

Le Conseil d'État, dans l'avis *Société MAJ Blanchisserie de Pantin* (CE, Avis, 29 juillet 2002), a reconnu à ces principes généraux gouvernant la commande publique, le statut de principes généraux du droit en rappelant qu'ils s'appliquent à tous les marchés publics, quelque soit leur montant.

Le Conseil Constitutionnel, dans la foulée de la jurisprudence *Telaustria*, a également consacré la valeur constitutionnelle de ces principes dans sa décision du 26 juin 2003 sur la *loi d'habilitation à simplifier le droit*. En effet, saisi de la conformité de cette loi à la Constitution, le Conseil Constitutionnel précise dans le considérant 10 que «... les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique,

<sup>3</sup> CJCE, 15 janvier 1998, Mannesmann,

*d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse*<sup>4</sup>

Ainsi, il résulte de ce considérant que le Conseil Constitutionnel reconnaît la valeur constitutionnelle des principes de la commande publique, qu'il déduit de l'article 1er du CMP.

Dans la lignée de la jurisprudence du conseil constitutionnel, Le Conseil d'État a fait référence à ces principes constitutionnels dans sa décision du 23 février 2005 Association pour la transparence et la moralité des marchés publics.

Il faut préciser que même les marchés qui échappent aux procédures formalisées prévues par le code doivent respecter les principes fondamentaux gouvernant la commande publique.

En matière de DSP, dans l'arrêt **Établissement public du musée et du domaine national de Versailles** du 23 décembre 2009, le Conseil d'État décide solennellement que « les délégations de Service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence<sup>5</sup> des procédures »<sup>6</sup>.

Il importe ainsi d'étudier les implications de ces principes.

#### a. Le principe de la liberté d'accès à la commande publique

Le principe de la liberté d'accès à la commande publique est le corollaire de la constitution du marché commun. Il implique qu'aucun obstacle ne doit être porté, sauf motif d'intérêt général ou d'ordre public à l'accès à la candidature et à l'obtention d'une commande publique. Ce principe découle même de l'article 49 du Traité de Rome qui interdit des « restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la communauté à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la communauté autre que celui du destinataire de la prestation ». Il en résulte que toute entreprise de l'Union Européenne qui exerce son activité en libre prestation de services ou en liberté d'établissement est autorisée à présenter sa candidature à l'attribution du marché pour susciter une mise en concurrence effective. Les critères discriminatoires telle que la préférence nationale ou locale sont donc prohibés.

C'est par la publicité que ce principe est mis en œuvre : elle permet le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés. Elle est en cela la garantie d'une véritable mise en concurrence<sup>7</sup>. Les critères de choix des offres retenus par l'acheteur sont en rapport avec l'objet du marché et ils ne doivent pas être de nature à écarter volontairement ou arbitrairement des candidats.

Par ailleurs, ce principe autorise également les personnes publiques à se porter candidates à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public.

Le principe de la participation des personnes publiques a été posé par le Conseil d'État qui a considéré dans un arrêt du 16 octobre 2000, **Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau**, que « le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public ».

La haute juridiction a par ailleurs confirmé cette position en matière de marché public, dans un avis contentieux **Société Jean Louis Bernard Consultants** du 8 novembre 2000 en énonçant qu'« aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ». Il ajoute également que « la personne qui envisage de conclure un contrat dont la passation est

4 Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

5 J.-D. DREYFUS, « Le principe de transparence appliqué à la passation des délégations de service public »

6 Sophie Nicinski, *Droit Public des affaires*, Monchrestien lextenso éditions, 3e édition, p.654

7 Frédéric Allaire, *L'essentiel du droit des marchés publics*, LGDJ lextenso éditions, p.24

soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ne peut elle refuser par principe d'admettre à concourir une personne publique ». Néanmoins, celle-ci doit se placer dans une situation similaire à celle des concurrents privés en ne tirant pas bénéfice des avantages structurels dont elles disposent.

Par ailleurs, en vertu de la liberté d'accès à la commande publique, l'autorisation pour présenter une candidature ou se voir attribuer un marché ne peut être justifiée par le critère de l'implantation locale en ce qu'il porterait atteinte à la liberté d'accès à la commande publique.

Cependant, certaines considérations tenant à l'implantation locale, notamment des délais d'intervention rapide, peuvent justifier le recours à un tel critère.

Ainsi, le Conseil d'État a jugé qu'un marché est légal si son attribution est conditionnée à l'engagement pris par l'entreprise candidate de créer une antenne locale. (CE, 14 juin 1998, Société Martin-Fourquin).

Il convient de préciser que ce principe est matérialisé par la publicité. A ce propos, la circulaire du 7 janvier 2004 indique que « La publicité est un principe fondamental de la commande publique. La publicité a une double utilité. Elle doit permettre le libre accès à la commande publique de l'ensemble des prestataires intéressés, elle est aussi la garantie d'une véritable mise en concurrence. On doit considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes au regard de l'exigence de transparence si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et ont abouti à une diversité d'offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence ».

Ainsi, l'ensemble des textes régissant les contrats publics prévoit une procédure de publicité et de mise en concurrence : le code des marchés publics en son article 1er, pour les DSP, la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite loi Sapain prévoit également une procédure de publicité qui permet « la présentation de plusieurs offres concurrentes », reprise par la loi MURCEF du 11 décembre 2001, ainsi que le Code général des Collectivités territoriales CGCT. Concernant les contrats de partenariat, les modalités de publicité sont fixes par le décret n2009-243 du 2 mars 2009 et les articles D.1414-3 et suivants du CGCT.

Concernant les BEA locaux, l'exigence de mise en concurrence et de publicité est prévu par l'article L.1311-2 du CGCT. Les concessions d'aménagement aussi sont soumises aux règles de publicité et de mise en concurrence article R300-13 du code de l'urbanisme.

Il faut préciser la limite qui sera apportée par le projet de directive européenne sur les marchés publics à propos de l'accès à la commande publique des candidats défaillants sur de précédents marchés mais elle précise que la défaillance reprochée doit être grave ou persistante et avoir porté sur des obligations de fonds prévues dans des marchés conclus avec le même pouvoir adjudicateur.

#### b. Le principe d'égalité de traitement entre les candidats

Il découle même du principe général d'égalité, qui n'est pas donc l'apanage du droit de la commande publique. C'est un principe particulièrement essentiel dans le droit de la commande publique. Le principe implique que tous les candidats à un marché doivent : bénéficier d'un même traitement, recevoir les mêmes informations, et concourir selon les mêmes règles. Il emporte donc un certain nombre d'effets juridiques sur les procédures de passation.

Ainsi, le principe de l'égalité de traitement interdit que celui qui a participé à la conception du marché puisse être candidat à son attribution<sup>8</sup>. Il pourrait avoir influé même involontairement sur les caractéristiques du marché dans un sens qui lui est favorable (CJCE, 3 mars 2005, Fabricom, S.A c/État Belge) ;

Par ailleurs, l'égalité de traitement implique que toutes les discriminations qui peuvent être opérées pour l'accès à un marché soient justifiées par l'objet du marché. Ainsi, seules les professions habilitées à exercer une activité d'assurance pourront prétendre à la passation d'un marché public

---

<sup>8</sup> F. Allaire, op.cité, p25

d'assurance. Ainsi, ce principe interdit une autorisation exclusive de se porter candidates à des PME, dans la mesure où de telles discriminations conduisent à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures, alors qu'un tel critère revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique. (CE, 9 juillet 2007, **Synd. EGF-BTP**).

De même, une délibération qui prévoit de faire figurer dans les documents des marchés une clause dite de mieux disant social destinée à permettre à la commission d'appel d'offres d'évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours au CNE est illégale et méconnaît ainsi le principe d'égalité de traitement des candidats.

Ce principe implique enfin qu'aucune information relative à la procédure n'est communiquée avant son lancement. Si le cahier des charges est modifié pendant la procédure, l'information est diffusée à tous les candidats ayant retiré le cahier des charges initial.

L'analyse des offres est effectuée à partir des critères préalablement définis et énoncés dans les documents de la consultation. Ces critères ne peuvent pas être modifiés ou complétés en cours de procédure (sauf à la reprendre), notamment lors de l'analyse des offres.

Le conseil d'État apprécie une éventuelle atteinte apportée à ces principes. Ainsi, il a jugé que la circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. En l'espèce, la commune d'Aix-en-Provence avait confié les activités de gestion de la fourrière et de refuge à un seul et même délégataire, qui a un statut de fondation ou de groupements, les autres candidats estimaient que cette condition constituait une atteinte aux principes d'égal accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Le Conseil d'État considère clairement que par principe, une telle obligation ne porte pas atteinte à ces principes.

### c. Le principe de la transparence des procédures

Il s'impose à tout pouvoir adjudicateur dans le cadre de la commande publique. Il consiste à « garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ». Au niveau européen, la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE) a ainsi rappelé l'existence d'une obligation de transparence à la charge du pouvoir adjudicateur dans l'arrêt « Telaustria » du 7 décembre 2000. La cour précise que l'obligation de transparence permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est respecté.

Concrètement, la transparence des procédures s'impose à chacune des phases de la procédure de passation de la commande publique :

- En amont, par une publicité adéquate et intelligible, quel que soit le montant du marché. C'est au nom de ce principe que l'acheteur public est tenu de délivrer aux candidats potentiels, dès l'engagement de la procédure, une information appropriée sur les critères d'attribution et sur les conditions de leur mise en œuvre.

- Pendant la passation du marché, par la conservation de tous les documents retraçant les échanges avec les candidats (courriers, courriels, fax, ...).

C'est particulièrement vrai pour les achats de faible montant qui sont dispensés de procédure formalisée.

- En aval de la procédure, par la justification du choix du titulaire du marché, la motivation du rejet des candidatures et des offres et par la publication d'un avis d'attribution. Les acheteurs ont en outre l'obligation de publier annuellement la liste des marchés conclus. (Syndicat intercommunal en eau potable (CAA Bordeaux, 14 février 2006, SIAEP)

Il faut préciser qu'en cas de non respect d'un ou plusieurs de ces principes, les irrégularités commises peuvent déboucher sur l'annulation totale ou partielle de la procédure.

## B. Les exclusions de la concurrence dans la commande publique

Il s'agit ici d'envisager les cas de figure prévus par les textes européens et les textes de droit interne applicables au droit de la commande publique, dans lesquels l'obligation de mise en concurrence ne s'applique pas. En plus de textes, la jurisprudence communautaire a précisé ces cas de figure.

Selon une logique similaire, la jurisprudence a introduit deux cas de figure plus généraux dans lesquels la mise en concurrence n'a pas lieu d'être : d'une part, l'existence d'un opérateur si étroitement contrôlé par l'administration qu'il peut être regardé comme un mode de production interne, en quasi régie (in house), et d'autre part l'absence d'activité économique justifiant une mise en concurrence. La philosophie de ces deux exceptions est la même : il s'agit d'exceptions qui ne lèsent personne parce qu'il n'existe pas, pour le service considéré, de marché concurrentiel. Elles ne peuvent être regardées comme des entorses au fonctionnement normal du marché.

### 1. Le cas des opérateurs « in house »

L'opérateur « in house », correspond à l'opérateur qui est placé sous contrôle direct, qui n'a pas une personnalité juridique distincte de celle du pouvoir adjudicateur. Ce cas de figure ne pose pas de difficultés majeures. On sait que l'administration a la possibilité de se fournir en interne. (CE 29 avril 1970, *Société Unipain* concernant une boulangerie militaire qui fournissait du pain à des établissements pénitentiaires relevant de l'État)<sup>9</sup>.

Il faut préciser que c'est la jurisprudence de la CJCE sur les prestations « en interne » qui définit le cadre très strict dans lequel les opérateurs créés par les collectivités publiques peuvent être considérés comme des services internes de l'administration. Dans cette situation, les collectivités peuvent librement faire appel à leurs prestations sans avoir à organiser une mise en concurrence. Ainsi, dans l'affaire Teckal, la question qui se posait à la Cour était de savoir si une commune pouvait recourir librement aux prestations d'un groupement intercommunal auquel elle participait sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs privés ? A cette occasion, elle a défini les deux conditions cumulatives qui autorisent un pouvoir adjudicateur à recourir aux prestations d'un opérateur qui sera considéré comme un opérateur interne à l'administration (« in house ») :

- il doit exercer sur lui un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- et l'opérateur doit consacrer l'essentiel de ses activités au pouvoir adjudicateur.

C'est donc la notion d'autonomie de la volonté des parties qui constitue le critère de référence pour distinguer le prestataire in house du prestataire extérieur à l'administration. En France, le conseil d'État considère comme « in house » :

- un « organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service », - si les collectivités « exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur [ses] propres services ».

Il convient de préciser que l'exception « in house » s'applique aux conventions signées entre les personnes publiques, les structures de coopération intercommunale et les sociétés publiques locales.

Dans la foulée de la jurisprudence Teckal, la CJCE a eu à appliquer les conditions de l'exception in house dans des affaires qu'elle a eu à connaître.

Dans l'affaire (CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03), la cour juge que la première condition Teckal ne saurait être remplie si une personne privée participe au capital de l'opérateur<sup>10</sup>.

Il en était ainsi dans l'affaire *Parking Brixen*, 13 octobre 2005, où l'on était en présence d'un contrat de concession de service public. En l'espèce, la commune de Brixen a attribué à sa filiale *Stadtwerke Brixen AG*, sans procédure d'appel d'offres préalable, l'exploitation de deux parcs de stationnement publics payants. La société privée *Parking Brixen GmbH* a introduit un recours contre cette décision. La cour de justice, saisi d'une question préjudicielle, notamment sur la

<sup>9</sup> Rapport des élèves de l'ENA, « opérateurs publics et concurrence »

<sup>10</sup> Willy ZIMMER, *Un an de droit de l'union Européenne de la commande publique*, Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2013, repère 9

délimitation entre marchés externes soumis à l'obligation de publier un appel d'offres et marchés in-house non soumis à cette obligation., précise qu' « Une commune qui confie, sans appel d'offres préalable , l'exploitation d'un parc de stationnement public payant à une société anonyme dont elle est le seul actionnaire n'enfreint pas les articles 43 CE, 49 CE et 86 CE, dans la mesure où la commune exerce sur cette société anonyme un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette société anonyme réalise l'essentiel de son activité pour la commune ».

Par la suite dans l'affaire Carbotermo , CJCE,11 mai 2006,la cour juge que « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient , seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics , la totalité du capital d'une société adjudicatrice tend à indiquer ,sans être décisive , que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue a celui qu'il exerce sur ses propres services ».

Par ailleurs, dans l'affaire Coditel Brabant SA CJCE,13 novembre 2008 , la cour confirme que l'exception in house peut jouer non seulement pour les marchés publics, mais aussi en cas de concession de service public, en précisant la première condition posée par la jurisprudence Teckal, tenant au contrôle de la personne publique sur l'organisme en cause .En effet, la cour précise que le critère capitalistique doit être corroboré par un second indice tiré de l'organisation et des pouvoirs des organes de décision de la structure de coopération intercommunale.En l'espèce, l'ensemble de ces indices permet à la Cour de considérer que cette première condition est remplie. La cour précise aussi que le contrôle conjoint de plusieurs communes sur la structure pouvait être analysé comme « analogue à celui exercé sur ses propres services ».Pour la cour , ce qui importe ,c'est que le contrôle analogue soit effectif , peu importe qu'il soit conjoint ou individuel.

Dans un arrêt récent , (CJUE, 29 nov. 2012, aff. jtes C-182/11 et C-183/11, Econord SpA c/Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate, Comune di Varese : JurisData n° 2012-033883 ), la Cour a précisé sous quelles conditions le critère du contrôle analogue peut être regardé comme rempli lorsqu'une société a plusieurs actionnaires et que nécessairement l'un ou plusieurs de ces actionnaires sont minoritaires.La question qui se posait est de savoir si un ou plusieurs actionnaires minoritaires,peuvent être considérés comme exerçant sur la société un contrôle analogue et effectif à celui qu'ils exercent sur leur propre service, c'est-à-dire un contrôle structurel et fonctionnel.La cour admet certes l'idée d'un contrôle effectif, mais l'apport essentiel de cette décision ,c'est que la cour précise que« s'il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint ».Il en résulte donc que l'effectivité du contrôle analogue dépend du fait que l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs y compris ceux qui détiennent une très faible participation participent directement à la gouvernance de l'entité »<sup>11</sup>.

Il faut mentionner que le projet de directive européenne sur la passation des marchés publics reprend les critères cumulatifs du contrat in house dans son article 11 en précisant qu' « au moins 90 % des activités de la personne morale contrôlée sont exercées pour le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou pour d'autres personnes morales qu'il contrôle; et que la personne morale contrôlée ne fait l'objet d'aucune participation privée. »

Cette solution trouve un écho dans la jurisprudence nationale relative aux sociétés publiques locales.

Il en est ainsi dans l'affaire [Assoc. sauvegarde du cadre de vie de Marsannay-la-Côte, CAA Lyon, 7 nov. 2012, n° 12LY00811](#). En l'espèce, le conseil municipal de Marsannay-la-Côte décide d'approuver un projet de concession d'aménagement avec la société publique locale de Dijon, dont elle détenait une partie du capital. Il était prévu que cette concession se fasse sans mesure de publicité ni mise en concurrence. L'association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte et le syndicat de défense des intérêts viticoles de Châtenay-Malabry demandent donc à la cour administrative d'appel de conclure à l'illégalité de la délibération du conseil municipal, faute d'avoir prévu une procédure de publicité et de mise en concurrence préalablement à la conclusion de la

11 Willy ZIMMER,op.cité



concession d'aménagement. Dans cette affaire, le juge national considère que, pour bénéficier de l'exception "in house", la condition du critère analogue sera remplie lorsque la personne publique détient une part significative du capital de son co-contractant (ici, une SPLA) et un représentant propre au sein de l'organe délibérant de cette entité.

Mais en l'espèce, cette condition n'étant pas remplie, le juge a finalement considéré que la concession d'aménagement ne pouvait pas lui être confiée sans publicité ni mise en concurrence préalable. Dans le fil de cette jurisprudence, le Conseil d'État, dans un arrêt du 6 novembre 2013 rappelle à propos du contrôle analogue que « la collectivité locale doit participer non seulement au capital, mais aussi aux organes de direction de la société publique locale ».

## 2. La subvention d'une activité d'initiative privée en droit interne

Il s'agit là d'une particularité du droit français de la commande publique. En effet, le simple recours à la subvention d'une initiative privée permet un contournement des règles de mise en concurrence. Par exemple, la Cinémathèque française, qui gère un « service public culturel » (mission de sauvegarde du patrimoine, qui est d'intérêt général, et financement du Centre National de la Cinématographie), est néanmoins « née d'une initiative privée ». Comme aucune obligation (légale ou réglementaire) de conservation du patrimoine n'incombe à l'État, « la mission exercée par la Cinémathèque ne correspond pas à une dévolution de la part de la puissance publique d'une mission de service public. »<sup>12</sup>.

Ainsi, la convention d'objectifs et de moyens passée entre l'État et la Cinémathèque n'est donc pas soumise aux règles de concurrence des délégations de service public.

Pourtant, cette notion d'« initiative privée » reste fragile. En effet, elle reste assez subjective et elle n'a été utilisée par le Conseil d'État que lors d'un avis. Les conclusions du commissaire du gouvernement dans l'affaire Commune d'Aix en Provence laissent entendre que cette piste pourrait, si elle devait se présenter devant une formation contentieuse, ne pas être validée. En effet, la frontière entre le régime du contrat de subvention (sans mise en concurrence) et celui du contrat de délégation (avec mise en concurrence) est floue. En témoignent par exemple les conventions de subventionnement des organismes assurant la protection sociale des fonctionnaires selon le décret n°2007-1373 du 19 septembre 2007, qui s'analysent comme des contrats de subventionnement attribués après mise en concurrence mais pourraient tout aussi bien être requalifiées en marchés publics de service.

## 3. Le cas particulier des marchés publics non soumis à des obligations de mise concurrence

Le code des marchés publics prévoit des contrats qui ne sont pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Ces marchés ne devraient pas être des contrats administratifs au sens de la loi MURCEF du 11 décembre 2001. Il s'agit notamment des contrats conclus avec les personnes en situation de monopole, l'achat de biens immobiliers et les contrats d'emprunts.

Dans un arrêt récent du 11 novembre 2013, **Département Oise**, le Conseil d'État juge qu'un marché négocié passé en application de l'article 35, II, 8° du Code des marchés publics est régulier dès lors que l'attributaire est le seul à même, en raison des droits d'exclusivité qu'il détient sur un logiciel, de satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur.<sup>13</sup>

En l'espèce, le département avait lancé le 10 avril 2013 une consultation ayant pour objet l'exploitation et la maintenance d'un espace numérique de travail, dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence en application de l'article 35, II, 8° du Code des marchés publics. La société Itslearning France, qui n'avait pu avoir accès à la procédure forme un référé pré contractuel devant le tribunal administratif d'Amiens qui lui a donné satisfaction en annulant la procédure de passation lancée par le département. Mais le Conseil d'État,

<sup>12</sup> Avis du Conseil d'État n°370.169 du 18 mai 2004 sur la cinémathèque française,

<sup>13</sup> PIETRI Jean Paul, *Marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence*, Contrats et Marchés publics n° 11, Novembre 2013, comm. 280

saisi en cassation par le département de l'Oise, a censuré ce moyen estimant que le juge des référés avait dénaturé les faits puisqu'il avait mentionné expressément dans son ordonnance que le certificat d'exclusivité délivré par l'Agence pour la protection des programmes précisait que cette exclusivité portait sur l'exploitation et la maintenance du logiciel pour tout marché et toute reconduction de marché à compter du 1er janvier 2013.

Ainsi, voilà les exigences de la concurrence en matière de commande publique au regard des textes et de la jurisprudence, il faut maintenant étudier la convergence entre la concurrence dans la commande publique et le droit général de la concurrence, matérialisé par un contrôle strict du respect du droit de la concurrence dans la commande publique.

## II. La prise en compte du droit de la concurrence dans la commande publique

### A. L'application du droit de la concurrence aux actes de la commande publique

#### 1. La jurisprudence Million et Marais

Les faits sont les suivants :

Une commune a conclu un contrat de concession portant sur l'exécution du service public de pompes funèbres sur son territoire. Ce contrat prévoit que ladite société bénéficie, pour ce faire, d'un droit exclusif.

Cependant, une autre société décida d'exercer cette même activité sur le territoire de la commune.

La question soulevée par le juge est alors celle de savoir s'il est compétent pour statuer sur le litige dont il est saisi. Si cette question est parfois aisée, elle est souvent délicate concernant les litiges dans lesquels une personne publique ou une personne privée en charge d'une mission de service public se comporte ou est susceptible de se comporter comme un opérateur économique sur le marché.

Tout le problème provient des dispositions ambiguës de l'ordonnance de 1986.

A l'époque où le Conseil d'État rend cet arrêt, on sait que la répartition des compétences juridictionnelles entre les deux ordres de juridiction sont principalement régies par deux normes juridiques : le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires d'une part, et d'autre part par le PFRLR dégagé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision Conseil de la Concurrence du 23 janvier 1987. La principale difficulté résidait dans l'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance de 1986 qui se présente de cette manière :

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

Il convient également de préciser que parmi les règles définies dans l'ordonnance de 1986 se trouvaient certaines qui prohibaient des types d'activités économiques, d'autres précisaient les sanctions qui s'appliqueraient aux actes juridiques qui méconnaîtraient ces interdictions. Par ailleurs, d'autres prévoyaient que les juridictions judiciaires étaient seules compétentes pour statuer sur les litiges portant sur l'application des dispositions précédentes et d'autres enfin ajoutaient que les juridictions judiciaires ne pouvaient en réalité être saisies qu'après que le Conseil de la concurrence ait été lui-même saisi. Le Conseil d'État accepte que la légalité d'un contrat de concession puisse être discuté devant le juge administratif au regard des dispositions de l'ordonnance de 1986.

Rappelons qu'à la date des faits, l'entreprise suspectée de se situer dans une position abusive, disposait d'un monopole légal envisagé par l'art. 10 de l'ordonnance. Néanmoins le Conseil d'État, après avoir constaté le monopole légal, contrôle les conditions dans lesquelles était exploité le monopole, pour vérifier qu'elles ne faussaient pas le jeu de la concurrence.

L'immixtion des juridictions administratives dans la vie des affaires, même lorsqu'elles

concernent directement ou indirectement une personne publique n'a pas cessé d'être contestée par les juridictions judiciaires, les parlementaires et une partie de la doctrine. Ils reprochent ainsi aux juridictions administratives leur inaptitude, leur lenteur et l'inefficacité de leurs outils pour trancher ce type de litige.

Les conclusions du commissaire du gouvernement Jacques Henri Stahl montrent bien comment il a réussi à convaincre les juges du conseil d'Etat de modifier leur interprétation de l'article 53 de l'ordonnance et ainsi d'opérer un revirement de jurisprudence. Il évoque ainsi un « véritable choix de politique jurisprudentiel ». Or, la première justification à ce revirement de jurisprudence qu'il propose tient à la « cohérence de l'ordre juridique » : il s'agit de permettre que le juge administratif « traite sur le même pied les règles nationales de la concurrence et celles issues du traité de Rome ». On peut ainsi citer l'arrêt Fédération française des sociétés d'assurance du Conseil d'État datant du 8 novembre 1996.

Quant à la seconde justification de ce revirement, elle tient à la nécessité que le juge administratif continue à jouer son rôle dans l'élaboration du droit des services publics.

Donc l'arrêt Million et Marrais procède à une analyse systématique de la validité d'un contrat de concession au regard de l'ordonnance de 1986, et particulièrement de ses articles 8 et 9<sup>14</sup>.

On peut tout de même justifier cet arrêt en précisant que le Conseil d'État a interprété les règles de l'ordonnance qui encadrent les activités des opérateurs économiques au regard de l'objectif poursuivi par les auteurs des textes : préserver et même garantir le principe de libre concurrence.

Il faut préciser que dans l'arrêt **Ville de Pamiers** du 6 juin 1993, le Conseil d'État avait envisagé la possibilité de « vérifier un acte juridique de dévolution et d'exécution du service public au regard des dispositions de l'ordonnance de 1986 ».

## 2. L'abus de position dominante

Le droit de la concurrence irradie tout le droit public.

Pour la CJCE « la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cours, en fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement de ses consommateurs » (CJCE 14 février 1978, United Brands).

Il s'agit donc de la capacité de se soustraire à une concurrence effective, de s'affranchir des contraintes du marché, en y jouant un rôle directeur.

Cependant en pratique, la domination abusive se déduit d'un abus. Ainsi, on reconnaît qu'il y a domination d'un marché au fait que l'on y relève des pratiques qu'une concurrence effective empêcherait.

Le pouvoir de dominer un marché se déduit de plusieurs indices :

→ Le premier indice est celui de l'importance de la part de marché contrôlée. Ainsi, les comportements des monopoles sont susceptibles d'être contrôlés au regard des règles relatives aux abus de position dominante. Ce critère n'est toutefois pas déterminant et ne constitue qu'une présomption d'abus de position dominante.

→ Les autorités de la concurrence prennent également en compte la disproportion des forces sur le marché, telles que les tailles respectives, l'appartenance ou non à un groupe, les capacités de financement, la faiblesse relative des concurrents.

→ De plus, la détention d'atouts tels que l'avance technologique, la supériorité de la gestion, la notoriété de marque, le dynamisme commercial contribue également à révéler l'existence d'une position dominante sur le marché.

→ Enfin, peuvent être révélés des facteurs exogènes qui mettent l'entreprise à l'abri d'une

---

<sup>14</sup> Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16<sup>e</sup> édition, p.769

concurrence effective.

“L'octroi d'une position dominante n'est pas, en soi, condamnable dès lors qu'elle est justifiée par l'intérêt général. Ce qui est en revanche est condamnable est l'abus de position dominante”( CE, 27 juill. 2001, CAMIF,).

De l'esprit du droit de la concurrence découle ainsi une règle interdisant aux collectivités territoriales de placer une entreprise en situation d'abuser de sa position dominante. Posé par les arrêts "Fédération française des Sociétés d'assurance", sur le fondement du droit communautaire (CE, sect., 8 nov. 1996), et "Société Million et Marais", sur le fondement du droit interne (CE, sect., 3 nov. 1997), ce mécanisme d'opposabilité permet au juge administratif de contrôler la légalité d'un acte administratif au regard des effets qu'il induit sur le comportement concurrentiel d'une entreprise et d'annuler toute mesure (ou d'en déclarer l'illégalité par voie d'exception) conduisant nécessairement son destinataire à abuser de sa position dominante ou d'un état de dépendance économique.

L'application de la théorie de la violation automatique ne se résume pas à l'abus automatique de position dominante, même si cette dernière notion reste la plus invoquée. Une personne publique, à l'occasion de son activité normative, ne doit pas adopter de dispositions conduisant nécessairement des entreprises à s'entendre de manière illicite au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, ce qui ouvre, potentiellement, un large terrain d'application en matière de passation de marchés publics (TA Nice, 9 nov. 1998, préfet Alpes-Maritimes), sans préjudice d'une invocabilité plus générale, y compris à l'encontre de mesures de police (CE, 7 déc. 2005, Société Ryanair ).

### 3. L'entente

La notion d'entente qualifie le comportement d'entreprise qui passent des accords, s'entendent, ou se concertent pour prendre des décisions affectant le marché, le plus souvent en matière de tarification, dans le dessein de limiter, fausser voire supprimer le libre jeu de la concurrence pour un marché déterminé

On peut affirmer que la libre concurrence et le droit des pratiques anticoncurrentielles concernent à l'évidence le droit des marchés et des contrats publics.

En effet, l'article L.420-1 du Code de commerce prohibe « les comportements qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, notamment lorsqu'ils limitent l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence ou lorsqu'ils font obstacle à la fixation des prix en favorisant leur hausse ou leur baisse ». Il est vrai que cette notion d'entente anticoncurrentielle se trouve fréquemment évoquée en matière d'achat public .

Il est certain que la définition du marché doit être opérée pour chaque affaire, avec la détermination « d'un marché économique suffisamment identifiable » (Cour de cassation, 10 mars 1992, « France Loisirs et autres », BOCCRF, 21 mars 1992).

Dès lors, des pratiques d'entente peuvent être relevées touchant les marchés publics et cela quelle qu'en soit la dimension territoriale. De fait, « chaque marché passé selon la procédure de l'appel d'offres, constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et de l'offre faite par les candidats qui répondent à l'appel», comme l'a précisé la Cour d'appel de Paris (6 mai 1997).

Si les finalité des ententes peuvent être diverses et spécifique à chaque situation née dans un marché donné, la doctrine du Conseil de la concurrence permet de mettre en exergue la finalité commune des ententes, qui traduit la mise en péril du droit de la concurrence.

### 4. L'application des dérogations au droit de la concurrence dans la commande publique

Lorsqu'une entité bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, compatible avec le traité instituant la communauté européenne, les prestations qu'il exécute ne sont pas soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics. Cette dérogation pourrait s'appliquer à l'ensemble de la commande publique. Il faut préciser que le droit exclusif ne peut être admis que s'il est nécessaire et proportionné à l'exercice d'une mission d'intérêt général confié au co-contractant.

Par ailleurs, suivant la jurisprudence du Conseil d'État, les opérateurs qui ne sont pas sur un marché concurrentiel n'ont pas à être mis en concurrence.

Dans l'affaire (**CE 6 avril 2007, Commune d'Aix en Provence, 4ème considérant**), il considère que les collectivités n'ont pas d'obligation de publicité lorsque, « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquels il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ». A ce propos, il dégage deux critères : d'une part la « nature de l'activité » ; - d'autre part les « conditions particulières » d'exercice de cette activité. (droit exclusif déjà évoqué).

Il s'agit tout d'abord de l'hypothèse où l'activité de l'opérateur public n'est pas une « activité économique ». Ainsi, dans l'avis sur les activités de la **Fondation Jean-Moulin du 23 octobre 2003**, le Conseil d'État relève que les « prestations à caractère non purement marchand » (crèches, restauration, centre de vacances, etc.), proposées aux agents du ministère de l'intérieur, ne présentent pas, « dans les conditions où elles sont mises en œuvre », le caractère « d'une activité économique ». On semble tendre vers un cumul de deux notions traditionnelles. La notion d'« activité économique » rejoint celle du droit de la concurrence, alors que la notion des « conditions d'exercice » rejoint les critères du service public administratif, qui n'est cependant pas cité expressément, en se référant au contexte administratif dans lesquels elles s'insèrent. L'application de ces deux critères, par faisceau d'indices, semble peu aisée. Par exemple, la Mission d'Appui aux contrats de partenariats publics-privés peut recevoir par décret, sans mise en concurrence, une mission exclusive de conseil aux collectivités locales pour la préparation de ces contrats car la mission d'« appui dans la négociation des contrats » n'emporte pas d'intervention sur un marché »<sup>15</sup>.

## B. Des sanctions sévères apportées aux pratiques anticoncurrentielles au sein de la commande publique

### 1. Le rôle croissant de l'acheteur public : une prévention aux sanctions des pratiques anticoncurrentielles

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

Concernant les obligations du pouvoir adjudicateur :

**CE, 28 avril 2003, Fédération nationale des géomètres-experts** : il appartient à la personne publique responsable du marché de s'assurer, lorsqu'elle engage une procédure de passation d'un marché public, que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées.

On peut parler d'une véritable émergence d'un devoir de ne pas générer de pratiques anticoncurrentielles

- Du côté de la personne publique : Concernant l'interdiction de l'abus de position

---

<sup>15</sup> CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*

dominante :

*CE, 1996, EDA* : le Conseil d'État a posé le principe de l'application des règles du droit de la concurrence aux actes de gestion domaniale et l'autorité administrative a l'obligation de prendre en compte ce cadre juridique lorsqu'elle édicte des actes de gestion du domaine public dès lors que ces dépendances domaniales « sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services » (CE, 26 Mars 1999, société EDA). ;

*CE, Sect., 3 novembre 1997, Soc. Million et Marais* : les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. Et également : lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée.

- Du côté des offreurs : *Conseil de la concurrence, décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006* relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France : sanctionne 34 entreprises pour s'être entendues préalablement à l'attribution de nombreux appels d'offres publics en région Ile-de-France. Le montant total des sanctions s'élève à 48 millions d'euros.

Un devoir de contrôle du respect des règles de la concurrence par les opérateurs :

→ obligation d'information de l'attribution d'un marché, afin que les candidats puissent être en mesure d'exercer efficacement un référé pré contractuel : TA Paris, 1<sup>er</sup> avril 2003, Soc. Sofisdom ;

→ Interdiction d'échanges particuliers d'informations entre l'administration et un candidat afin que celui-ci ne soit privilégié : *CE, 29 juillet 1998, Genicorp* .

## 2. Un droit de la concurrence basé sur la sanction et la répression

Au contraire des autorités régulatrices , la sanction est l'outil le plus usuel du droit de la concurrence.

D'ailleurs, le Conseil de la concurrence est présenté le plus souvent dans la presse comme le « gendarme de la concurrence ».

Les statistiques récentes montrent que le Conseil de la concurrence n'entend pas abandonner cet outil 750 millions d'euros de sanction ont été prononcés en 2005.

Toutefois, le Conseil de la concurrence, comme les autres autorités de concurrence, utilise aujourd'hui d'autres procédures qui s'apparentent davantage au droit de la régulation : la clémence comme nouvel instrument de détection des ententes, ou encore la transaction ou négociation d'engagements pour clore des cas contentieux. Les autorités de concurrence vont partager avec l'entreprise le diagnostic sur la façon dont la concurrence a été affectée sur tel ou tel marché et négocier avec elle les voies d'une restauration de la concurrence à partir de propositions des opérateurs économiques.

Sanctions et négociations sont cependant complémentaires : sans sanction, la négociation ne serait pas efficace.

## 3. Le partage de compétence entre juge administratif et autorité de la concurrence

Il s'agit dans ce propos de développer la décision "Éditions Jean-Paul Gisserot".

Ainsi, dans cette affaire, le Centre des monuments nationaux (CMN), établissement public à caractère administratif, avait conclu en 2004 avec la société des Éditions Jean-Paul Gisserot un marché public à bons de commande portant sur la fourniture de livres édités et/ou diffusés exclusivement par ces éditions, le CMN s'engageant sur un montant d'achats annuel et plafonné (TC, 4 mai 2009, n° 3714, Sté Éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux).

Au cours de l'exécution de ce marché et à la suite d'une demande des Éditions Gisserot, le Président du CMN avait refusé la mise en rayon de trois des principaux ouvrages de la société, refus aussitôt attaqué devant le tribunal administratif de Paris qui, par une ordonnance, s'est déclaré incompétent au motif que le litige était "exclusivement relatif aux relations commerciales entre deux personnes morales" (TA Paris, 3 sept. 2007, Editions Jean-Paul Gisserot).

Les Éditions Gisserot ont alors saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement d'un abus de position dominante et de dépendance économique du CMN sur le marché de la vente de publications relatives au patrimoine. Saisie de la décision rejetant ces demandes, la cour d'appel de Paris a rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet, qui a alors élevé le conflit. Dans une décision du 4 mai 2009, le Tribunal des conflits s'est prononcé en faveur de la compétence du juge judiciaire :

*Dans la mesure où elles exercent de telles activités [de production, de distribution et de service], et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en oeuvre des prérogatives de puissance publique, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire ; qu'en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles.*

#### 4. Les sanctions pénales

L'idée en évoquant les sanctions pénales est d'évoquer le délit de « favoritisme » ou l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (article 432-14 du CP).

Ce délit est propre aux marchés publics sanctionne le non-respect des règles de concurrence et d'égalité des entreprises devant la commande publique et, plus précisément le fait de « procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Ce délit peut être commis sans même que l'auteur ait espéré une contrepartie.

En pratique, l'infraction peut être constituée par la transmission d'une simple information à une seule entreprise, de nature à lui permettre de bénéficier d'un avantage par rapport aux autres concurrents. Les peines prévues s'élèvent à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende.

Il est possible d'illustrer le propos via la célèbre affaire du stade Jean Bouin :

Une instruction avait été ouverte en janvier 2008 à la suite d'une plainte contre X pour favoritisme et prise illégale d'intérêt, déposée en 2007 par l'association Paris Tennis sur les conditions du renouvellement en août 2004 de la convention d'occupation domaniale du stade Jean-Bouin.

L'association reprochait au maire PS de Paris Bertrand Delanoë d'avoir renouvelé sans procédure de concurrence la convention liant la Ville à l'association Paris Jean-Bouin, soutenue financièrement par le groupe Lagardère, en raison de ses liens d'amitié avec Arnaud Lagardère.

La juge d'instruction Sophie Clément avait rendu une ordonnance de non-lieu, considérant que le

délict de favoritisme n'était pas constitué, dans la mesure où ce délict suppose que les parties aient contracté une délégation de service public.

La juge n'avait pas non plus retenu la prise illégale d'intérêt, le fait que M. Delanoë considère M. Lagardère comme son "bon ami" ne suffisant pas à caractériser ce délict, selon elle.

La partie civile continue de considérer qu'il y a prise illégale d'intérêt dans la mesure où M. Delanoë a "surveillé, encadré, un contrat conclu avec un de ses amis les plus chers"<sup>16</sup>.

## 5. La requalification contractuelle par le JA

Il s'agit d'évoquer un arrêt très connu de la jurisprudence administrative : CE 3 décembre 2010 Stade Jean Bouin.

En manifestant son intérêt pour la gestion du stade Jean Bouin, la société Paris Tennis a semé le trouble quant à la légalité de la procédure de passation du contrat d'occupation domaniale du stade renouvelé de gré à gré. La société, en apprenant que la convention arrivait à échéance le 31 décembre 2004, a déposé sa candidature pour l'exploitation des équipements sportifs.

Cette candidature n'a pas été retenue par la ville de Paris qui a conclu une convention, sans aucune formalité préalable de publicité et/ou de mise en concurrence, avec l'Association Jean Bouin.

Deux procédures ont été engagées par le candidat évincé : une devant le tribunal administratif qui a entraîné la suivante au pénal. Une enquête judiciaire est ainsi en cours puisque le gérant de la société Paris Tennis a porté plainte avec constitution de partie civile pour favoritisme dans l'attribution du contrat.

La distinction entre contrats portant simple occupation du domaine public et ceux emportant délégation de service public soulève, dans les faits, des difficultés d'appréciation. Ainsi, l'affaire de la qualification du contrat emportant mise à disposition du Stade Jean Bouin est caractéristique de ces difficultés.

L'arrêt d'appel qualifiait le contrat de délégation de SP, le juge d'appel avait pris en considération « des éléments extérieurs au contrat ». Cette approche a conduit le juge administratif à dépasser la simple lecture des stipulations contractuelles, il s'agit de rechercher si au delà du contrat, la collectivité publique a entendu, ou non, confier au prestataire extérieur la gestion d'une activité de service public.

Le Conseil d'État se montre plus ferme, il considère qu'il faut rester attaché à « la commune intention des parties » lors de la conclusion du contrat. Le juge peut alors requalifier le contrat en délégation de service public dès lors que les stipulations contractuelles ou un document extérieur présentant un lien direct avec le contrat permettent de considérer que, dès la conclusion du contrat, la collectivité publique entendait confier la gestion d'un service public à son cocontractant.

---

16 Catherine Prebissy Schnall, *Distorsion de concurrence, risque pénal et requalification contractuelle*, Contrats Concurrence Consommation n° 3, Mars 2010, comm. 74