

**UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
I.E.P. DE STRASBOURG**

**LE STATUT DU SERVICE PUBLIC DANS LA
JURISPRUDENCE DU CONSEIL DE LA
CONCURRENCE**

Rémi Bastille

Mémoire de 4^e année d'I.E.P.

Sous la direction de Monsieur le Professeur Eckert

Mai 2007

L'Université Robert Schuman n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

INTRODUCTION

CHAPITRE 1. Le service public et le marché

SECTION 1. La création du service public : la légitimité par le marché ?

§1. La divergence des principes

§2. La convergence dans l'application

SECTION 2. Les modalités de création d'un service public

§1. Contrôler le choix du mode de dévolution et de fonctionnement du service

§2. Contrôler le fonctionnement ultérieur du service

CHAPITRE 2. Le service public dans le marché

SECTION 1. La banalisation du service public

§1. Un régime juridique uniformisé

§2. La banalisation du service public : un objectif plus qu'un état de fait ?

SECTION 2. La différenciation du service public

§1. La particularité de l'image du service public

§2. La complexité du prix du service public

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIERES

INDEX

Tables des abréviations

Références bibliographiques

AJDA	Actualité juridique – Droit administratif
Cont.conc.cons.	Revue Contrats, concurrence, consommation
CMP	Contrats et marchés publics
CREDA	Centre de recherche sur le droit des affaires
D.	Dalloz
D.aff.	Dalloz Affaires
Dr.Adm.	Droit administratif
EDCE	Editions du Conseil d’Etat
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
RFDA	Revue française de droit administratif
RL	Revue Lamy
RLC	Revue Lamy de la Concurrence

Termes techniques

al.	Alinéa
art.	Article
aff.	Affaire
Ass.	Assemblée
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d’appel
CAA	Cour administrative d’appel
Cass.com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
C. com.	Code de commerce
CE	Conseil d’Etat
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Comm.	Commission européenne
Cons.conc.	Conseil de la concurrence
Déc.	Décision
éd.	Editions
ibid.	Ibidem
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l’Union européenne
p.	Page
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d’Etat
Req.	Requête
s.	Suivants
Sect.	Section
TC	Tribunal des conflits
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes

*« La puissance qui désacralise, un lieu, un conseil,
une religion, est aussitôt à son tour sacralisée »*
Jacques Ellul, Islam et judéo-christianisme

INTRODUCTION

« On connaît la fortune de l'expression *service public à la française* qui doit certainement plus à sa valeur symbolique qu'à sa rigueur conceptuelle »¹. C'est en ces termes que Monsieur Kovar soulignait que ce qui fut, à tort, qualifié de « service public à la française » était bien plutôt une idée « à la française » du service public. Certes, l'utilisation parfois abusive de cette expression a été critiquée, du fait notamment que « faute de définition, le service public dit à la française est plus souvent utilisé comme une incantation politique que comme une notion juridique »². Certes, il a été démontré que l'assimilation récurrente du service public au monopole public n'était pas fondée³. Mais alors, pourquoi cette *valeur symbolique* ? Pourquoi cette force dans l'*incantation* ?

Incontestablement, le service public est une notion qui dépasse la simple question d'un mode d'organisation ou d'une finalité précise. Preuve en est la capacité de cette thématique à mobiliser les foules comme en 1995 ou plus récemment, dans le débat autour du projet constitutionnel européen. On se bat pour *le* service public perçu comme un cadre structurant de la société française, un ciment social, comme le garant des libertés individuelles⁴, comme un modèle de développement⁵, plus que l'on ne défend *un* service public.

Ces préoccupations sociétales autour de la notion de service public trouvent logiquement un écho dans le domaine juridique, notamment dans le droit communautaire

¹ R. Kovar, Rapport de synthèse, in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché : Tome I et II*, Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998-Travaux de la CEDECE, p. 477.

² C. Lucas de Leyassac, *Droit communautaire de la concurrence*, LPA, 30 novembre 2004 n° 239, p. 11

³ « *Ce qui est contingent dans le service public, c'est d'abord le monopole* », R. Kovar, Rapport de synthèse, in *Service public et Communauté européenne*, préc. p.477.

⁴ Le lien entre service public et droits de l'homme a été énoncé par René Capitant le 8 mars 1946 à l'Assemblée nationale : « *La liberté a besoin, pour être effective, que l'Etat organise ces grands services publics, ces grandes institutions sociales qui sont le moyen pour l'Etat de remplir les obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de distribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale et, par conséquent, pas de liberté* ». Cité in Champeil-Desplats, *SIEG, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale*, AJDA 1999, p.959.

⁵ Sur ce thème, voir M.Guénaire, *Le service public au cœur du modèle français de développement*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 20, 16 mai 2005, p.1209.

souvent accusé d'être à l'origine de sa « remise en cause ». Ainsi, à une classe politique consciente de l'attachement des Français au service public, à un Conseil d'Etat qui lançait que « l'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics ; elle fait pire ; il ignore largement la notion de service public et l'existence des services publics »⁶ et à une doctrine parfois très critique⁷, l'Union européenne a apporté des gages de bonne volonté. L'article 7D du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 ajouta un nouvel article 16 dans le Traité CE consacrant le rôle joué par les SIEG dans « la cohésion sociale et territoriale de l'Union, de la Communauté et de ses Etats membres », tandis que le Traité constitutionnel confirmait par son article III-122 la place des services d'intérêt économique général (SIEG) dans le système communautaire⁸. De plus, l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux garantit le principe de l'accès de tous les citoyens de l'Union aux SIEG⁹. Enfin, en 1996, la Commission européenne consacrait une communication au SIEG¹⁰, mise à jour en 2000¹¹, avant de publier un Livre vert sur la question en 2003¹², suivi d'un Livre blanc en 2004¹³. Ainsi, la notion de SIEG tend à devenir « une valeur légitimante de l'Union européenne »¹⁴.

⁶ Rapport public 1994 du Conseil d'Etat, *Service public, services publics : déclin ou renouveau ?*, EDCE, 1995, p.38

⁷ « *Le service public est actuellement menacé du fait de l'envahissement de notre ordre juridique par les réglementations communautaires qui vont dans le sens du refoulement maximal des services publics, c'est-à-dire de leur réduction à ceux dont on ne conçoit pas (ou pas encore) qu'on puisse se passer : les services régaliens. [...] On constate que l'expression même de service public est pratiquement bannie du vocabulaire communautaire au profit de celle de « service universel » (qui est d'ailleurs d'origine américaine) »*, R. Chapus, DAG, T.1, 15^{ème} édition, n°743, p. 574 -575.

⁸ « *Sans préjudice des articles III-5, III-166, III-167 et III-238, et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général en tant que services auxquels tous dans l'Union attribuent une valeur ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale, l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application de la Constitution, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. La loi européenne définit ces principes et ces conditions »*.

⁹ L'article énonce « *l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union »*.

¹⁰ Les services d'intérêt général en Europe, COM (1996) 443, JO C 281, 29 septembre 1996.

¹¹ COM (2000) 580, 20 septembre 2000, JO C 17, 19 janvier 2001.

¹² COM (2003) 270, 21 mai 2003, JO C 76, 25 mars 2004.

¹³ COM (2004) 374, 12 mai 2004, JO C, disponible sous http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0374fr01.pdf

¹⁴ F.Chaltiel, *Les services d'intérêt économique général : développements récents*, LPA, 5 juillet 2005, n°132, p.

Dans un même mouvement d'apaisement, dont le premier signe en France fut sans doute le Rapport Denoix de Saint Marc de 1996¹⁵ qui s'attachait à mettre en avant les possibilités pour les services publics français de s'adapter aux règles communautaires, la juridiction administrative admettait d'appliquer le droit communautaire de la concurrence¹⁶, puis le droit interne de la concurrence¹⁷.

C'est en effet le droit de la concurrence qui, parmi les évolutions juridiques récentes, vint le plus heurter la conception traditionnelle du service public développée par le Conseil d'Etat. Et si la position des différents acteurs s'est adoucie, la problématique de la conciliation de celui-ci avec les exigences du droit de la concurrence demeure. Plus précisément, se pose la question de savoir dans quelle mesure un service public peut être assimilé à une activité économique quelconque. C'est bien évidemment le cas en droit communautaire qui connaît, via l'article 86-2, de la situation particulière des entreprises chargées de mission de service public en énonçant que *« les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté »*. Cette problématique prend une acuité particulière en droit français de la concurrence, consacré par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ordonnance aujourd'hui codifiée¹⁸, qui ne prévoit aucun régime dérogatoire au profit de telles entreprises.

¹⁵ *Le service public*, Rapport au Premier Ministre, Mission présidée par R. Denoix de Saint Marc, Collection Rapports officiels, La documentation française, 1996.

¹⁶ CE, Sect., 8 novembre 1996, *FFSA*, req.n°122644

¹⁷ CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec.406

¹⁸ Code de Commerce, Titre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

Ainsi, alors que la potentialité d'une contradiction entre service public et droit de la concurrence est admise en droit communautaire sans que celle-ci ne soit prévue en droit français, il est intéressant d'interroger la jurisprudence¹⁹ du Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante compétente pour appliquer le Livre IV du Code de commerce, afin d'analyser le traitement qu'elle réserve à cette question. En effet, il semble que si le service public fait parfois l'objet d'une attention particulière, quoique la tendance générale soit clairement à une banalisation de son régime, c'est principalement pour préserver le marché des distorsions introduites par ce type d'activités ne répondant pas aux logiques habituelles d'une entreprise en économie de marché.

Deux précisions liminaires doivent cependant être ici apportées, la première d'ordre sémantique, la seconde d'ordre juridique.

En premier lieu, le terme employé ici sera celui de « service public ». Il convient d'explicitier ce choix au regard des diverses notions proches, voire concurrentes de celle-ci.

La première de ces notions est celle de « service universel » que le Livre blanc de la Commission européenne sur les services d'intérêt général définit comme étant « *une notion clé que la Communauté a développée pour assurer l'accessibilité effective des services essentiels. Il instaure le droit de chacun à avoir accès à certains services jugés essentiels et impose aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiées parmi lesquelles une couverture territoriale complète et un prix*

¹⁹ Le terme peut sembler mal choisi puisque le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction (comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision 86-224 DC du 23 janvier 1987). Cependant, il sera ici employé sans guillemets afin de ne pas alourdir inutilement le texte, mais aussi parce que les décisions du Conseil de la concurrence sont soumises au contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation dont les arrêts constituent bien une « jurisprudence ». La nature et le rôle des décisions du Conseil ont par ailleurs été rappelés par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt *Coca-Cola Entreprise* du 8 septembre 1998 (BOCCRF 30 septembre 1998) : « *La décision du Conseil, même si elle a le caractère d'une punition, est une décision administrative non-juridictionnelle ; [...] rendue par un organisme qui remplit une mission ayant pour finalité la défense d'un ordre public économique, elle n'intervient pas pour satisfaire à la demande d'une partie, mais sanctionne les pratiques anticoncurrentielles dont le Conseil, régulateur du marché, a pu établir l'existence* ».

abordable [...]. La Communauté contribue à prévenir l'exclusion des groupes sociaux ou régions vulnérables de l'accès aux services essentiels [...] »²⁰. Cette notion a d'ailleurs suscité bon nombre d'interrogations dans la doctrine qui y a vu un appauvrissement de la notion de service public²¹. Mais comme le rappelle le Conseil dans son avis relatif au service universel bancaire, « *le service universel est un mode particulier de prestation de services d'intérêt économique général* »²².

L'expression « services d'intérêt économique général » est utilisée aux articles 16 et 86§2 du Traité, sans toutefois avoir fait l'objet d'une définition précise. La Commission européenne note à son sujet que « *dans la pratique communautaire, on s'accorde généralement à considérer qu'elle se réfère aux services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général. La notion de services d'intérêt économique général couvre donc plus particulièrement certains services fournis par les grandes industries de réseau comme le transport, les services postaux, l'énergie et les communications. Toutefois, l'expression s'étend également aux autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public* »²³. Cette notion, dont les contours ont été fixés par la Cour de justice²⁴, est donc liée à la nature économique des activités.

Une nouvelle notion est également apparue, celle de « services d'intérêt général » (SIG), qui ne se trouve pas dans le Traité lui-même. Selon la Commission européenne, « *elle découle [...] de l'expression « service d'intérêt économique général » [...]. Elle a un sens plus large que l'expression précitée et couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations*

²⁰ COM (2004) 374, 12 mai 2004, préc., pt. 3.3.

²¹ Voir par exemple : M. Debène, O. Raymundie, *Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?*, AJDA 1996, p. 183

²² Cons.conc. avis n°05-A-08 du 31 mars 2005, BOCCRF n°9, 28 octobre 2005

²³ COM (2004) 374, 12 mai 2004, préc., annexe 1.

²⁴ La doctrine souligne le caractère « pragmatique » de l'approche développée par la Cour de justice dont le corollaire est qu'il est difficile de définir les limites de la notion et de systématiser le régime applicable au SIEG. Voir notamment : V. Champeil-Desplats, *SIEG, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale*, préc., p.959.

spécifiques de service public »²⁵. Comme le souligne Madame Tasca, « en l'état actuel des traités, les services d'intérêt général n'ont pas de statut juridique générique dans l'Union »²⁶.

A ces différentes notions, il sera cependant préféré celle de « service public »²⁷. En effet, en l'absence de réelle portée de la notion de « SIG »²⁸, la notion de « service public » est indéniablement la plus large. Ainsi, un nombre maximal d'activités sera pris en considération²⁹. Surtout, de par le rôle central qu'elle a joué en droit français depuis plus d'un siècle, elle permet de mettre en exergue les bouleversements récents induits par le développement du droit de la concurrence. Tandis que les autres notions citées ont été pensées *en fonction* du droit de la concurrence et des libertés économiques communautaires, la notion de service public découle de conceptions plus anciennes dont tout l'aspect problématique est de ne correspondre qu'imparfaitement aux exigences juridiques issues de ce nouveau droit. Enfin, avec la notion de service public, c'est toute une philosophie de l'Etat et de l'action publique qui se trouve mise en question.

En second lieu, la question de la frontière entre les activités de service public relevant du droit de la concurrence et celles n'en relevant pas ne sera pas abordée ici. En effet, si la question n'est pas définitivement tranchée, elle a été principalement traitée par les autorités de la concurrence au cours des années 1990. Or cette étude portera, autant que faire se peut, sur

²⁵ Idem.

²⁶ C. Tasca, Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur le Livre blanc sur les services d'intérêt général, Annexe au procès-verbal de la séance du 17 mars 2005, Sénat, n°257.

²⁷ Traditionnellement définie comme suit : « Une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public » in Chapus R., DAG, T.1, n°748, p. 579.

²⁸ Dont la définition mériterait d'ailleurs certains éclaircissements. Voir la remarque de Monsieur Rodrigues à propos de ces définitions : « Il en résulterait que les SIEG correspondraient à une sous-catégorie des SIG, sans que l'on sache vraiment si la distinction marchand/non marchand recoupe ou non celle d'économique/non économique, puisque, en application des définitions proposées par la Commission, une activité de service marchand pourrait tantôt être qualifiée de SIG ou de SIEG, tout en pouvant être soumise, de surcroît, aux mêmes obligations de service public. », in S. Rodrigues, *Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire*, AJDA 2006, p. 84.

²⁹ Monsieur Delvolvé notait que « si les services publics ne sont pas d'intérêt économique général pour la raison qu'ils ne sont pas économiques [...], les services d'intérêt économique général au sens communautaire sont sans doute tous des services publics au sens français ». In P. Delvolvé, *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence*, Contribution au colloque de l'Académie des Sciences morales et politiques, Quel avenir pour les entreprises publiques ?, 19 mai 2000, www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/devolve.pdf

la période 2000-2006. Cependant, eu égard au caractère fondamental de cette question, il convient d'en rappeler les grandes lignes.

Il faut dès à présent noter que « contrairement à la jurisprudence communautaire, la jurisprudence française n'a pas encore eu l'occasion de poser de façon explicite tous les critères d'une définition positive de l'activité économique »³⁰, c'est-à-dire des activités de production, de distribution ou de services auxquelles les dispositions du Livre IV du Code de commerce sont applicables³¹. Les règles régissant cette question sont donc dispersées dans divers arrêts et décisions du Conseil de la concurrence, de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation. Et si, comme le rappelle la Cour d'appel de Paris, la jurisprudence communautaire sert au minimum de « guide d'analyse »³² aux juridictions nationales, il n'est alors guère surprenant de trouver de larges similitudes entre les deux jurisprudences, même si « la question de la zone grise, c'est-à-dire de la frontière entre SIG et SIEG, ne semble pas réglée »³³.

Le droit communautaire de la concurrence est applicable aux entreprises dont la définition très large, puisqu'elle englobe « *toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement* »³⁴, est aujourd'hui clairement établie. Dès lors, la problématique se déplace vers la notion d'activité économique définie comme « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché*

³⁰ L. Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, Thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, Paris, 2001, p. 76.

³¹ Code de commerce, article L 410-1.

³² « *Le Conseil, en l'absence d'applicabilité du droit communautaire, n'a que la simple faculté d'utiliser comme guide d'analyse la jurisprudence communautaire, outre le principe bien admis selon lequel il ne peut fonder sa décision par référence à des causes déjà jugées ou à des décisions rendues dans des litiges différents* » CA Paris, 28 juin 2005, *Société Vedettes inter-îles vendéennes*, BOCCRF N°9, 28 octobre 2005

³³ S. Rodrigues, *Synthèse, Les SIEG et l'UE, Acquis et perspectives*, in Louis J.-V. et Rodrigues S. (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 433.

³⁴ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, 41/90, Rec.I-1979, pt. 21.

donné »³⁵. Le droit français fait quant à lui l'économie d'une étape du raisonnement puisque relèvent de son champ d'application les activités de production, de distribution ou de services, c'est-à-dire les activités économiques. Sont par ailleurs exclues par principe les activités exercées sans l'autonomie requise pour que la pratique puisse être imputable à l'opérateur³⁶.

L'application du droit de la concurrence a alors été écartée pour certaines activités, la jurisprudence considérant qu'il ne s'agissait pas d'activités économiques. C'est tout d'abord le cas des actes administratifs, ceux-ci ne constituant pas à proprement parler des activités³⁷. C'est également le cas des activités d'autorité publique³⁸, et des activités à but exclusivement social³⁹ dont le caractère économique n'est pas avéré. Par ailleurs, la jurisprudence française a posé, sans que cela ne soit confirmé par la jurisprudence communautaire, que l'absence de commercialisation auprès du grand public excluait le caractère économique de l'activité⁴⁰.

Madame Bidaud souligne que les critères utilisés tant en droit français qu'en droit communautaire afin de définir le caractère économique d'une activité sont fluctuants et relatifs puisque « aucun ne revêt à lui seul un caractère suffisamment absolu [...], il s'agit par

³⁵ CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, C-180 à 184/98, Rec.I-6461, pt. 75. Pour une confirmation du fait qu'il doit bien s'agir d'une offre et donc que l'activité d'acheteur, à moins que les biens soient ensuite offerts sur un autre marché, ne constitue pas en elle-même une activité économique, voir TPICE, 4 mars 2003, *FENIN*, T-319/99, Rec.II-357, confirmé par CJCE, Plénière, 11 juillet 2006, *FENIN* (C-205/03), disponible sur le site de la Cour de justice.

³⁶ Cons.conc., décision n°89-D-24 du 4 juillet 1989 relative à des pratiques de la SDRM, BOCCRF 28 juillet 1989, confirmée par CA Paris, 17 janvier 1990, BOCCRF 25 janvier 1990, et Cass.com., 5 novembre 1991, BOCCRF 26 novembre 1991. Pour une utilisation récente de ce critère, voir CA Paris, 7 novembre 2006, recours de la CHANED c/ décision 05-D-68 du 12 décembre 2005, (non-publiée au BOCCRF) dans laquelle la Cour d'appel note que le CNED ne dispose que d'une « autonomie extrêmement réduite » dans la fixation des tarifs de certaines de ses prestations.

³⁷ TC, 6 juin 1989, *Préfet de la Région Ile-de-France*, BOCCRF 28 juillet 1989. Pour une analyse plus complète du partage de compétence opéré, voir chapitre II, Section 1.

³⁸ Voir notamment CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec. 43 ; CJCE, 18 mars 1997, *Port de Gênes*, C-343/95, Rec.I-1547. En France, en raison du partage opéré par le Tribunal des Conflits, cette question relève du juge administratif, les anciennes solutions de la juridiction judiciaire ne sont donc plus pertinentes.

³⁹ Pour une première mention : Cass.crim., 25 novembre 1992, Bull. Crim., n°389, p.1068 ; et dans le domaine du droit de la concurrence : Cons.conc., décision n°93-D-20 du 8 juin 1993 relative à une saisine de la Confédération européenne de défense des travailleurs indépendants, BOCCRF 25 juillet 1993 et au niveau communautaire : CJCE, 7 février 1993, *Poucet et a.*, 159/91, Rec. 634 ; CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA*, 244/94, Rec.I-4013 (le caractère facultatif de l'affiliation excluant en l'espèce la qualification d'activité non-économique) ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, 67/96, Rec.I-5751.

⁴⁰ Cass.com., 12 décembre 1995, *Ministre de l'Équipement c/ SJT*, BOCCRF 24 janvier 1996. Critère utilisé à nouveau dans : Cass.com., 2 décembre 1997, *Nike France et a.*, BOCCRF 31 décembre 1997.

conséquent plus d'indicateurs que de critères dont la portée serait générale »⁴¹. L'avocat général Poiares Maduro, dans ses conclusions sur l'affaire *FENIN*, a tenté d'apporter une clarification⁴². Après avoir montré les limites inhérentes au critère comparatif largement utilisé par la Cour de justice et qui pourrait conduire à inclure toute activité dans le champ du droit de la concurrence⁴³, il souligne que c'est la participation à un marché qui doit être déterminante. Plus précisément et pour éviter que les activités exercées en monopole ne soient par principe exclues du champ du droit de la concurrence puisque, de fait, elles impliquent l'absence du marché, c'est la *logique de marché* qui est prédominante⁴⁴. Ainsi les activités tendant à réguler le marché ou fonctionnant intégralement selon un principe de solidarité sont maintenues hors du champ d'application du droit de la concurrence.

Cependant, si ce critère permet d'unifier des jurisprudences jusqu'alors relativement éparées, il repose sur l'analyse subjective – et donc incertaine – des buts et du mode de fonctionnement de l'activité, et la question reste ouverte de savoir si l'évolution des pratiques étatiques⁴⁵ ne risque pas de faire basculer des pans entiers d'activités publiques dans le champ du droit de la concurrence.

Ces quelques précisions révèlent déjà tout l'aspect problématique des relations entre service public et droit de la concurrence. Il s'agit pour le Conseil de la concurrence de

⁴¹ L. Bidaud, op.cit., p. 76. L'auteure distingue quatre critères objectifs : l'interaction volontaire des offres et des demandes, l'existence d'une contrepartie financière, un critère comparatiste et le critère de la commercialisation, et deux critères subjectifs : le but de l'activité et son caractère lucratif.

⁴² Conclusions de Monsieur l'Avocat général Poiares Maduro du 10 novembre 2005 dans l'affaire *FENIN*, C-205/03, disponible en ligne.

⁴³ Ce que la Cour de justice avait par ailleurs admis : « *il est difficilement concevable que des activités ne puissent en aucun cas être exercées par des entreprises privées* ». CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding BV*, C-360/96, Rec.I-06821, pt.44.

⁴⁴ Il faut souligner la proximité de cette idée avec celle défendue par le Commissaire du Gouvernement D. Casas dans ses conclusions sur CE, Ordre des avocats au barreau de Paris : « *Les principes juridiques qui protègent l'initiative privée et les conditions de la concurrence connaissent des limites qui sont celles du marché lui-même. [...] Lorsqu'il agit dans le cadre de cette mission particulière relative à la bonne application des lois, l'Etat ne fait pas de commerce et n'intervient pas sur ce marché.* ». D. Casas, Conclusions sur CE, Ordre des avocats au barreau de Paris, RFDA, sept-oct 2006, p. 1048.

⁴⁵ On pense ici au développement de la contractualisation, de formes de sous-traitance, etc. C'est-à-dire au fond d'un mode d'organisation et d'action de l'Etat inspiré du modèle de l'entreprise privée.

concilier deux objectifs parfois antagonistes. Surtout, il s'agit de définir le degré d'assimilation du service public à une activité économique d'entreprise, ce qui soulève la question de savoir si cette notion *symbolique* ou même *incantatoire*, qui semblait supposer une logique, une « substantifique moelle », radicalement différente de celle d'une activité économique classique ne se voit pas remise en cause par une soumission aux règles du droit de la concurrence.

Il ressort en effet de la jurisprudence du Conseil de la concurrence que si la légitimité du service public n'est pas en question, et n'est à vrai dire presque plus une question, la liberté qui a pu prévaloir un temps dans son organisation est aujourd'hui de moins en moins d'actualité. La priorité est accordée à la protection du marché et le service public se voit placé sous surveillance. Par ailleurs, les activités de service public sont clairement assimilées aux autres activités économiques. La notion de service public ne sert en aucun cas à fonder un régime dérogatoire et les entités qui en ont la charge sont clairement soumises au droit commun de la concurrence.

Cet état de fait peut être mis en évidence en analysant la jurisprudence du Conseil de la concurrence concernant le service public, ceci en distinguant la problématique de l'accès au marché du service (Chapitre 1), et celle du service public dans le marché (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le service public et le marché

Incompétent pour ce qui est de juger de la légalité de la création d'un service public, le Conseil de la concurrence n'en adopte pas moins, grâce surtout à liberté que lui offre la procédure d'avis, une position claire, une méthode⁴⁶. Bien entendu, il convient de garder à l'esprit que la portée de tels avis est somme toute assez limitée puisqu'ils ne lient en aucune manière l'autorité détentrice du pouvoir de création d'un service public. Cependant, sans préjuger du fait que la position du Conseil de la concurrence aurait été exactement la même dans le cadre d'une procédure contentieuse, il se dégage bien de ces divers avis un ensemble cohérent, une doctrine.

Confronté à la création d'un service public, le Conseil de la concurrence va, le plus souvent, être consulté pour avis sur le fondement de l'article L 462-2 du Code de commerce, qui prévoit une telle saisine pour tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant pour objet « d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ». A défaut de pouvoir de contrainte sur les autorités, celui-ci émet un certain nombre de recommandations.

Le Conseil procède alors à une analyse au regard du droit interne de la concurrence, mais aussi et surtout du droit communautaire. Il est en effet relativement aisé de démontrer que le droit communautaire est applicable à une espèce, la jurisprudence de la Cour de justice tendant à entendre de manière extrêmement large la notion d' « affectation du commerce entre

⁴⁶ En effet, dans le cadre d'une procédure d'avis, le Conseil se prononce sur « toute question de concurrence » (Art. L 462-1 du Code de commerce) sans qu'aucune précision ne soit apportée sur les textes auxquels il serait tenu de se référer, d'où une assez grande liberté. Cette absence est à mettre en relation avec la possible saisine pour avis du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une procédure pendante devant une autre juridiction : dans ce cas, l'avis doit qualifier les pratiques au regard des articles L 420-1, L 420-2 et L 420-3 (Art. L 462-3).

les Etats membres »⁴⁷. Ainsi, le Conseil de la concurrence énonce-t-il par exemple, se basant sur l'arrêt CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze*⁴⁸, que « *le droit de la concurrence est entendu aussi bien dans ses dispositions de droit national que de droit communautaire, dès lors qu'il n'existe pas de seuil ou de pourcentage au-dessous duquel on peut considérer que les échanges entre Etats membres ne sont pas affectés* »⁴⁹. De même, la valeur du projet⁵⁰ et son caractère national sont pris en compte. Il n'est donc pas surprenant de voir le Conseil de la concurrence utiliser, plus ou moins strictement, des notions et des critères tirés du droit communautaire de la concurrence. Cette utilisation permet aussi de pallier l'absence d'équivalent à l'article 86-2 du Traité CE en droit français. Si le droit communautaire est applicable, alors l'article 86-2 l'est également, et le Conseil va pouvoir l'utiliser dans son analyse. Il n'est guère que les services publics locaux pour poser un sérieux problème d'applicabilité du droit communautaire puisque l'affectation du commerce entre les Etats membres sera difficile à démontrer malgré la souplesse de sa définition⁵¹.

Mais le Conseil n'hésite pas également à citer la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat. Ceci lui permet encore une fois de trouver un fondement à son acceptation de la création de droits exclusifs⁵². Surtout, il est évident que le fait, pour le Conseil de la concurrence, de baser ses avis sur la jurisprudence d'autres juridictions lui

⁴⁷ C'est ainsi que relèvent du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptible d'influencer, de manière directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, les courants d'échange entre les États membres et d'entraver ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité, en réalisant un cloisonnement du marché. Voir : CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents / Commission*, 22/78, Rec.p.00223 ; CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, 22/78, Rec.p.01869 ; CJCE, 5 octobre 1988, *Alsatel c/ Novasam*, 247/86, Rec. p.05987

⁴⁸ C-34 à 38/01, Rec., I-14243.

⁴⁹ Cons.conc., avis n°04-A-12 du 30 juin 2004, BOCCRF n°4, 26 avril 2005, pt.23.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Par contre, il faut noter avec Dominique Brault que « *le Conseil d'autorise à appliquer le droit communautaire en se contentant de la condition d'affectation du commerce entre les Etats-membres et sans retenir la condition d'un effet anticoncurrentiel sur le marché français. Il s'est à plusieurs reprises reconnu compétent pour appliquer les article 81 et 82 même si ces pratiques n'ont pas d'effet sur le marché français* » D.Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004, p.271. Voir par exemple, Cons.conc., décision n°02-MC-07, *Pharma Lab*, BOCCRF n°11, 28 juin 2002, confirmé par CA Paris, 26 juin 2002, BOCCRF n°8, 11 juillet 2003, cassé par Cass.com., 14 décembre 2004, Bull. civ. IV, n°. 225 p. 254.

⁵² En citant par exemple la décision 2000-439 DC du 16 janvier 2001 du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'archéologie préventive : « *eu égard à l'intérêt général de l'objectif, le législateur a légitimement pu doter l'établissement public national [...] de droits exclusifs s'agissant de l'exécution des opérations de diagnostic et de fouilles d'archéologie préventive* ». Cons.conc., avis n°04-A-12, préc., pt 34.

permet d'accentuer la portée de ceux-ci, et de pallier ainsi sa propre faiblesse due pour l'essentiel aux fortes limitations de sa compétence en droit interne.

Dans les faits, c'est essentiellement sur la création de services universels que le Conseil se prononce, création liée en grande partie au processus de libéralisation engagé depuis plusieurs décennies et conduisant à la remise en cause des monopoles publics traditionnels. Dès lors que les marchés en question sont ouverts à la concurrence se pose la question de la création d'obligations de service universel, et des modalités de leur mise en œuvre ; car si le monopole disparaît, les besoins de la population subsistent. Mais le Conseil a également été amené à se prononcer sur la création d'un service universel dans un secteur où le service public était globalement absent suite aux libéralisations successives, à savoir le secteur bancaire.

Le Conseil de la concurrence, tout en admettant la possibilité pour le service public en cause de déroger pour partie au droit de la concurrence, va alors tenter d'appuyer les critères qu'il utilise sur la notion de *marché*, notion centrale, à la fois pour ce qui est de la légitimité⁵³ de la création d'un service public (Sect.1), mais aussi dans les modalités de sa mise en œuvre (Sect.2), appliquant ainsi les critères définis par la Cour de Luxembourg.

⁵³ On pourrait objecter que le terme « légitimité » suppose un point de vue politique et non juridique sur la question. Pour les développements concernant la jurisprudence du Conseil d'Etat, il pourrait sembler opportun de parler de « légalité ». Cependant, outre que ce ne peut être le cas pour le Conseil de la concurrence qui, dans les nombreux avis sur lesquels cette étude sera basée, tient un rôle de conseiller ou d'analyste mais certainement pas de « juge » au sens juridique du terme, on notera avec intérêt que le Conseil d'Etat, dans son Rapport annuel de 2002, *Collectivités publiques et concurrence* (La documentation française, 2002, p.265 et s.) utilise la notion de « légitimité » pour qualifier sa jurisprudence relative à l'intervention économique des personnes publiques.

Sect. 1. La création du service public : la légitimité par le marché ?

L'aspect problématique de la question découle de ce que le Conseil de la concurrence définit la défaillance de marché comme le seul critère justifiant la création d'un service universel. Ainsi dans son avis n°05-A-08 concernant la mise en place d'un service universel bancaire énonce-t-il, se basant sur les termes de la Communication de la Commission sur les services d'intérêt économique général du 20 septembre 2000 : « *Mettre en place des obligations pour assurer la prestation d'un service d'intérêt économique général n'est cependant nécessaire que dans le cas où le marché est défaillant pour assurer la prestation du service. [...] Le conseil souligne que la mise en œuvre d'un service universel répond toujours à une défaillance du marché* »⁵⁴.

Cette définition de la légitimité de la création d'un service public semble à bien des égards s'opposer aux critères définis par le Conseil d'Etat au fil d'une jurisprudence courant sur près d'un siècle. Afin d'éclairer la prise de position du Conseil de la concurrence, nous tenterons de la mettre en relief au fil d'une comparaison avec celle du Conseil d'Etat, en montrant que l'apparente divergence sur les principes (§1) est fortement atténuée par la convergence dans l'application des deux jurisprudences dans le contrôle de la légitimité de la création d'un service public (§2).

§ 1. L'apparente divergence des principes

Le Conseil de la concurrence, en utilisant le critère de la défaillance de marché, semble orienter sa jurisprudence vers une approche économisée, autrement dit rationalisée, de la légitimité de la création d'un service public (A). Mais la défaillance de marché, tout en se

⁵⁴ Cons.conc. avis n°05-A-08 du 31 mars 2005, BOCCRF n°9, 28 octobre 2005, pt 74. Un point de vue identique est affirmé par le Conseil de la concurrence dans d'autres avis : Cons.conc., avis n°03-A-06 du 16 mai 2003, BOCCRF n°9, 11 août 2003 ; Cons.conc., avis n°03-A-07 du 21 mai 2003, BOCCRF n°9, 11 août 2003.

rapprochant d'un critère ancien de la jurisprudence du Conseil d'Etat, à savoir la *carence de l'initiative privée*, ne correspond qu'imparfaitement aux positions du juge du Palais Royal (B).

A. Un critère originaire de la théorie économique

Après un rapide rappel de la définition de la défaillance de marché dans la théorie économique (1), il conviendra d'étudier l'approche économique que développe, sur ce point, le Conseil de la concurrence (2).

1. La défaillance de marché dans la théorie économique

La défaillance de marché apparaît lorsque l'une des cinq conditions de la concurrence pure et parfaite n'est pas vérifiée⁵⁵. Classiquement, la théorie économique distingue quatre grandes formes de défaillance de marché : les externalités (i), les biens collectifs (ii) le monopole naturel (iii) et l'asymétrie d'information (iv). Les deux premières portent sur une absence de marché tandis que les deux secondes concernent des marchés fonctionnant de manière sous-optimale.

i. Les externalités

« On parle d'externalité (ou d'effet externe) lorsque l'action de consommation ou de production d'un agent a des conséquences sur le bien-être d'au moins un autre agent sans que cette interdépendance soit reconnue par le système de prix, et donc sans donner lieu à compensation monétaire »⁵⁶. Le marché est alors inopérant à prendre en compte de tels effets. L'intervention publique est dans ce cas nécessaire pour assurer l'« internalisation » des externalités, sans pour autant qu'il soit obligatoire de recourir à une action distorsive sur le

⁵⁵ Atomicité, homogénéité, transparence, absence de coûts de transactions, libre entrée et sortie du marché.

⁵⁶ Y. Croissant, P. Vornetti, *Etat, marché et concurrence ; Les motifs de l'intervention publique*, Concurrence et régulation des marchés, La documentation française, Cahiers français, n°313, mars-avril 2003, p. 3.

marché. En effet, la seule définition de droits de propriété peut suffire à faire disparaître l'externalité⁵⁷, le meilleur exemple de cette approche étant la création de droits à polluer au sein de l'Union européenne par l'ouverture du marché boursier Powernext Carbon⁵⁸.

ii. Les biens collectifs

Les biens collectifs purs sont définis comme les biens dont la consommation réunit deux conditions : la *non-rivalité* – la consommation par un agent ne diminue pas la quantité disponible pour les autres – et la *non-exclusion* – le producteur du bien, s'il existe, ne peut exclure un consommateur moyennant un prix ou ne peut exiger une rémunération sur un consommateur identifié⁵⁹. S'il est possible, dans un certain nombre de cas, de réguler l'offre d'un tel bien par un recours à l'initiative privée, ce type de bien est le plus souvent caractérisé par une absence et une quasi-impossibilité de créer un marché. L'exemple le plus probant, le bien collectif pur par excellence, étant sans doute l'air. Dès lors, la théorie économique admet généralement qu'un recours à l'intervention étatique soit nécessaire pour pallier les effets pervers potentiels liés à l'usage d'un tel bien (passager clandestin, rationnement, encombrement, etc.).

iii. Le monopole naturel

Le monopole est la configuration de marché dans laquelle une entreprise est l'unique producteur d'un bien déterminé. La seule contrainte du monopole sera alors la structure de la demande. Le monopole est dit « naturel » lorsque les rendements d'échelle sont décroissants, mais il est le plus souvent assimilé au cas de marché pour lesquels existent des coûts élevés d'infrastructures ou plus généralement de coûts fixes (donc des barrières à l'entrée). Surtout, le monopole est une situation de marché quasi-normale à un moment t donné dans une

⁵⁷ Selon le célèbre théorème de Ronald Coase : *si les droits de propriété sont bien définis et en l'absence de coûts de transaction, les défaillances de marché n'en sont pas*. Ibidem p. 9.

⁵⁸ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003, JO L 275 du 25 octobre 2003, p. 32–46

⁵⁹ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, Paris, 2004, p. 57.

économie en concurrence. En effet, toute entreprise cherche, par un processus de destruction créatrice, à se positionner en leader par l'innovation. Dès lors, le marché ne pourra être considéré comme défaillant que si en $t+1$, la situation acquise n'est ni contestée ni contestable. Le monopole conduit à un rationnement des consommateurs, c'est la *charge morte* du monopole.

iv. L'asymétrie d'information

L'asymétrie d'information peut être définie comme un échange économique dans lequel l'un des participants dispose d'une information cruciale dont ne dispose pas le ou les autres participants. Dans cette hypothèse, l'échange a bien lieu, le marché existe, mais le prix qui va être défini sera sous optimal (au sens de Pareto) par rapport à la situation dans laquelle les agents disposeraient de la même information. Plusieurs cas peuvent alors être distingués : aléa moral, sélection adverse, etc.

Le droit de la concurrence étant fondamentalement lié à la théorie économique – ce qui n'exclut cependant pas de nombreuses incohérences⁶⁰ – il n'est pas étonnant de voir le Conseil de la concurrence s'appuyer sur une approche économique de la défaillance de marché.

2. L'économie de la défaillance de marché pour le Conseil de la concurrence

Interrogé par exemple par la Fédération de la formation professionnelle sur l'opportunité d'une présence d'organismes publics sur le marché de la formation

⁶⁰ Voir par exemple : D. Crane, *The Paradox of Predatory Pricing*, Cornell Law School, disponible sur : http://organizations.lawschool.cornell.edu/clr/91_1/Crane_Cornell_Law_Review_91_1.pdf, ou encore F. Levêque, *La musique en ligne verrouillée par un effet de levier ?*, Concurrences, 1-2005, pp. 15-19.

professionnelle continue, le Conseil de la concurrence la justifie par la défaillance de ce marché en terme d'externalités positives, ajoutant qu'« *en cas d'externalités, le système des prix ne guide plus les agents vers des décisions optimales pour la collectivité et il en résulte des formes diverses d'inefficacité dans l'organisation des activités de production. L'intervention de l'Etat est ainsi justifiée parce qu'elle garantit qu'en termes de quantité et de qualité la formation professionnelle continue sera offerte de manière adéquate* »⁶¹. Plus généralement, Monsieur Bazex et Madame Blazy notent à propos de l'analyse du Conseil dans sa décision 04-D-79⁶² une tendance « [au] recours au raisonnement économique pour apprécier la licéité de l'action administrative »⁶³.

Cette approche économique est sans aucun doute le fait nouveau de la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Conformément au droit communautaire, celui-ci fait émerger un critère qui peut laisser penser que la possibilité de créer un service public va être encadrée par le marché. On assisterait alors à une inquiétante inversion entre l'économique et le politique, le second n'étant plus qu'une béquille sensée soutenir le premier lorsque celui-ci est défaillant.

B. Les divergences d'avec la jurisprudence administrative

Si le Conseil d'Etat connaît, dans sa jurisprudence, une notion proche de la défaillance de marché, à avoir la carence de l'initiative privée (1), les dissensions entre les deux juridictions restent profondes (2).

⁶¹ Cons.conc., avis n°00-A-31 du 12 décembre 2000, relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle, disponible sur le site du Conseil de la concurrence. Comme la suite le démontrera, cet avis est d'ailleurs le seul dans lequel une défaillance de marché au sens économique existe réellement.

⁶² Cons.conc., décision n°04-D-79 du 23 décembre 2004, BOCCRF n°3 du 31 mars 2005 relative à une saisine de la société Vedettes Inter-Iles Vendéennes, confirmée par CA Paris, 28 juin 2005, BOCCRF N°9, 28 octobre 2005.

⁶³ M. Bazex, S. Blazy, Commentaire sous Cons.conc. 04-D-79, Dr.adm., mars 2005, p. 20.

1. Le Conseil d'Etat et la légitimité de la création d'un service public

Le Conseil d'Etat, compétent pour se prononcer sur la légalité de la création d'un service public, a très tôt utilisé la notion de carence de l'initiative privée, notion que l'on peut rapprocher de celle de défaillance de marché.

Celle-ci apparaît dans la jurisprudence du Conseil d'Etat avec l'arrêt rendu en section *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* du 30 mai 1930⁶⁴. En posant qu'en principe « *les entreprises commerciales restent en règle générale réservées à l'initiative privée* » et que la création d'un service public par une personne publique n'est possible que si « *en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt général justifie leur intervention* », le Conseil d'Etat circonscrit la possibilité d'une telle création à une absence d'offre privée face à une demande jugée devoir être satisfaite en raison de l'intérêt général.

Notons que le Conseil d'Etat fournit d'ailleurs une approche relativement restrictive de la carence puisque celle-ci semble ne pouvoir être qu'une « *circonstance particulière* », à la fois d'un point de vue temporel et géographique. Le marché est donc, en principe, efficace. Et ses inefficacités ne peuvent être que passagères et géographiquement limitées. Du reste, cette définition est nettement moins restrictive que celle donnée par le Conseil d'Etat dans son arrêt *Casanova* du 29 mars 1901⁶⁵ qui limitait la création d'un service public « *à des circonstances exceptionnelles* », ce que les commentateurs au GAJA assimilent « *à des événements aussi graves que la guerre* »⁶⁶.

Cette évolution précoce, quoique très limitée, allait ensuite se poursuivre dans la jurisprudence ultérieure du Conseil d'Etat jusqu'à aboutir à un sérieux assouplissement du

⁶⁴ Rec.583.

⁶⁵ Rec.333.

⁶⁶ P. Delvolvé, B. Genevois, Commentaire sous CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2005.

critère de la carence de l'initiative privée, notamment en admettant une définition large de l'intérêt général pouvant à présent trouver à s'appliquer à des activités autres que le commerce ou l'industrie⁶⁷, et en acceptant une appréciation non plus seulement quantitative mais aussi qualitative de la carence⁶⁸. Dans de tels cas cependant, le critère subsiste, d'un point de vue théorique au moins, puisque l'intervention publique conduit à fournir l'offre correspondante à une demande non-satisfaite par le marché. Ainsi dans l'arrêt *Ville de Nanterre*, la clinique dentaire publique ne concurrence-t-elle pas, a priori, les praticiens privés, puisque la partie de la population concernée n'avait pas les moyens financiers d'accéder aux soins⁶⁹.

Le Conseil d'Etat a également reconnu, indépendamment de toute défaillance de marché, la possibilité aux personnes publiques de créer un service public dans deux hypothèses : la création d'un service public dans un domaine inhérent à l'action administrative⁷⁰, et le cas de l'activité d'autoprestation⁷¹. De même fut-il admis que les personnes publiques entretiennent une activité en concurrence si cela était dans l'intérêt financier du service⁷² ou s'il s'agissait d'améliorer les prestations du service public⁷³.

Cependant, alors que le critère de la carence de l'initiative privée, largement malmené, semblait destiné à s'effacer pour laisser la place à une égale concurrence entre opérateurs privés et publics - ce qui suppose un égal accès au marché - le Conseil d'Etat a été amené, dans une jurisprudence plus récente, à réaffirmer l'importance de la défaillance de marché⁷⁴.

⁶⁷ Ainsi d'un théâtre municipal (CE, 21 janvier 1944, *Leoni*, Rec.26), d'une piscine municipale (CE, Sect., 23 juin 1972, *Société La plage de la forêt*, Rec. 477), etc.

⁶⁸ Par exemple, « améliorer l'équipement en piscine de la ville », CE, *Leoni*, préc.

⁶⁹ CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. 563.

⁷⁰ Pour l'arrêt le plus récent, CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 491 : la diffusion du droit est *par nature* une mission de service public.

⁷¹ CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec. 280.

⁷² Par exemple, CE, Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme*, Rec. 692.

⁷³ Par exemple, CE, Sect., 10 février 1988, *Mézy*, Rec. 53.

⁷⁴ Voir notamment, CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron*, n°97449 ; CE, 18 mars 2005, *Territoire de la Polynésie française*, n°254199.

2. L'ampleur des divergences

Si le critère de la défaillance de marché n'est pas, comme nous l'avons vu, totalement inconnu dans la jurisprudence ayant à traiter de la création de services publics, son importance semble à bien des égards toute relative. Comme le notait le Commissaire du gouvernement Didier Casas dans ses conclusions sur l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* « on voit bien que l'idée d'une carence de l'initiative privée justifiant l'initiative publique est appréciée on ne peut plus souplement »⁷⁵. Le domaine des exceptions et assouplissements est en effet très vaste, ceci d'autant plus que le législateur n'est traditionnellement pas soumis au respect du critère de la défaillance de marché⁷⁶. Ainsi a-t-il pu procéder aux diverses vagues de nationalisations sans en tenir compte, mais également permettre de vastes dérogations au principe de non-concurrence des personnes publiques aux personnes privées au profit des collectivités territoriales par la loi n°83/663 du 7 juillet 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions, et l'Etat⁷⁷. Or pour le Conseil de la concurrence, la qualité de l'autorité créatrice du service public n'entre pas en ligne de compte, le législateur étant donc tenu, comme les autorités administratives, de respecter le principe d'une intervention en cas de défaillance de marché.

Surtout, si l'on peut rapprocher les notions de la défaillance de marché et de la carence de l'initiative privée, toutes deux ne semblent pas être identiques. La défaillance de

⁷⁵ D.Casas, Conclusions sur CE, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, RFDA, sept-oct 2006, p. 1048.

⁷⁶ Il est cependant soumis au respect du principe de la liberté d'entreprendre. Voir CC, décision 82-139 DC du 16 janvier 1982 relative aux lois de nationalisations. Et pour la censure d'une loi : CC, décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale. Si la portée de cette liberté semblait au départ relativement limitée, le Conseil constitutionnel ayant jugé qu'elle n'était « *ni générale, ni absolue* » (CC décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques), elle connut un renforcement progressif « *le législateur conservant la possibilité de concilier la liberté d'entreprendre avec les objectifs de valeur constitutionnelle* » (in G.Eckert, *Droit public des affaires*, Montchrestien, Paris, p.112)..

⁷⁷ JORF 23 juillet 1983.

marché peut en effet apparaître comme une rationalisation du critère de la carence de l'initiative privée qui, d'un point de vue économique objectif, ne correspond à aucune défaillance de marché. Bien au contraire, le marché fonctionne de manière rationnelle et optimale lorsqu'une activité non-rentable n'est pas assurée. Produire un bien ou un service à perte serait un non-sens économique.

Enfin, quand bien même défaillance de marché et carence de l'initiative privée renverraient à une même réalité, le Conseil d'Etat a entendu, contrairement au Conseil de la concurrence, ne pas en faire le critère unique légitimant la création d'un service public. Outre les cas précités, c'est par son arrêt du 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française* que le Conseil d'Etat, comme l'a relevé la doctrine⁷⁸, a entendu réaffirmer son opposition à la position restrictive du Conseil de la concurrence qui était également celle que défendait la Cour administrative d'appel de Paris, laquelle affirmait que « *le Territoire de la Polynésie française n'apporte pas la preuve de l'insuffisance d'initiative privée qu'il allègue et qui seule aurait été de nature à justifier le bien-fondé des délibérations en cause* »⁷⁹. Tout en annulant cet arrêt, le Conseil d'Etat pose que : « *En jugeant que l'intérêt public ne pouvait s'apprécier au regard des besoins futurs du développement touristique et que seule l'insuffisance de l'initiative privée était susceptible de justifier les délibérations litigieuses, la Cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit* ». En effet, « *la bonne desserte aérienne de la Polynésie française [...] constitue un intérêt public local* », qui peut s'apprécier au regard des besoins futurs.

Une même position est affirmée dans un arrêt rendu en Assemblée le 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*⁸⁰. Le juge du Palais Royal pose que seul un intérêt public est de nature à justifier la création d'une activité économique, et cet intérêt public

⁷⁸ S.Nicinski, *Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel*, AJDA 2005, p. 2130 ; G.Clamour, *Intérêt public local et insuffisance de l'initiative privée : histoire d'une dissociation en cours...*, Revue Lamy de la Concurrence, n°6, 01-2006

⁷⁹ CAA Paris, 11 décembre 2002, *Territoire de la Polynésie française*, n°02PA01600.

⁸⁰ n°275531

« peut résulter *notamment* de la carence de l’initiative privée ». On notera avec Monsieur Eckert que « cette formule marque clairement que la défaillance du marché ne constitue pas le seul fondement de l’intervention des personnes publiques sur les marchés »⁸¹.

Cependant, si la divergence est nette dans les principes posés par le Conseil de la concurrence et le Conseil d’Etat, elle est considérablement plus réduite s’agissant de la mise en œuvre desdits principes.

§ 2. La convergence dans l’application

Après avoir noté que les critères utilisés par le Conseil d’Etat et le Conseil de la concurrence ont un champ d’application différent (A), il conviendra de montrer en quoi la distinction des critères a elle-même une portée limitée (B).

A. Le champ d’application différencié des critères

Bien souvent, les catégories du droit de la concurrence ne correspondent pas à celles du droit administratif. Dès lors, il convient de distinguer la jurisprudence du Conseil d’Etat de celle du Conseil de la concurrence en ce que cette dernière va mettre en œuvre le critère de la défaillance de marché dans un domaine plus réduit que celui dans lequel est appliqué le critère de la carence de l’initiative privée par le Conseil d’Etat.

Afin de mettre cette distinction en exergue, le principe de la neutralité du régime des entreprises au regard du droit de la concurrence doit être rappelé (1), ce qui explique l’absence de contrôle du respect du principe de spécialité par les personnes publiques (2).

⁸¹ G.Eckert, *Mission d’appui à la réalisation des contrats de partenariat et libertés économiques*, CMP, n°7, juillet 2006, comm. 202.

Ceci afin de montrer que la notion de défaillance de marché ne joue en principe que si une dérogation aux règles du droit de la concurrence est nécessaire.

1. Le principe de la neutralité du régime des entreprises

La position du Conseil de la concurrence est sur ce point bien connue. Si le droit de la concurrence s'applique indistinctement aux personnes publiques et privées puisque seule l'activité en cause détermine son application⁸², il ne suppose pas pour autant que les personnes publiques aient un avantage concurrentiel par rapport aux personnes privées.

Ce principe, justifié au regard de la théorie économique, fut posé par le Conseil de la concurrence dans son avis n°96-A-12 du 17 septembre 1996⁸³ concernant les conditions de concurrence dans le système bancaire et de crédit français : « *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitations identiques* ».

Il n'existe donc aucune présomption d'illégitimité venant interdire, par principe, l'intervention économique d'une personne publique si tant est qu'elle respecte les principes posés par le droit de la concurrence. Ceci explique également l'absence d'un contrôle du respect du principe de spécialité par les personnes publiques.

2. L'absence de contrôle du respect du principe de spécialité des établissements publics

⁸² Article L 410-1 du Code de commerce « Les règles définies au présent livre 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 ».

⁸³ BOCCRF 17 janvier 1997.

Contrairement au Conseil d'Etat, le Conseil de la concurrence ne connaît pas du problème général de la légitimité de l'intervention économique des personnes publiques⁸⁴. Tout au plus pourra-t-il, le cas échéant, constater que le comportement de l'opérateur contrevient aux règles de la concurrence et sanctionner les abus. Dès lors, le principe de spécialité développé en droit public, mais qui ne s'applique qu'aux établissements publics, les collectivités publiques disposant d'une compétence générale dans leur ressort territorial⁸⁵, n'a aucune incidence en droit de la concurrence.

Comme le Conseil le rappelle par exemple dans sa décision n°04-D-02 : « *Le Conseil est compétent pour qualifier les activités des EPIC au regard des articles L 420-1 et s. du Code de commerce. En revanche, le droit, pour l'ONF, d'exercer ou non des activités commerciales, relève exclusivement de l'appréciation de la juridiction administrative* »⁸⁶. Si le Conseil de la concurrence n'hésite pas dans les procédures d'avis à rappeler les principes traditionnels, et notamment le principe de spécialité, qui normalement s'appliquent aux établissements publics, comme dans son avis n°05-A-06 : « *un service public administratif n'a pas vocation à effectuer une prestation à caractère marchand alors qu'il n'y a pas carence de l'initiative privée, sauf à justifier d'un lien étroit et nécessaire avec son activité de service public d'intérêt général* »⁸⁷, ce rappel est un renvoi des autorités compétentes à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, non l'affirmation d'une application de ce principe par le Conseil de la concurrence lui-même.

La doctrine a souligné que le nouveau contexte procédural lié à la possibilité pour les opérateurs de passer des engagements pouvait conduire à modifier la portée des recommandations du Conseil jusqu'alors restreint à « un rôle de donneur d'avis, avis bien

⁸⁴ Dans un avis n°03-A-01 du 10 janvier 2001 relatif à une demande du TGI de Paris concernant la concurrence dans le domaine sportif (BOCCRF n°7, 16 juin 2003), le Conseil de la concurrence rappelle d'ailleurs qu'il n'est pas compétent pour se prononcer au regard de la liberté du commerce et de l'industrie.

⁸⁵ G. Eckert, Droit public des affaires, op.cit., p 147.

⁸⁶ Cons.conc. décision n°04-D-62 du 10 février 2004, BOCCRF n°3, 31 mars 2005, point 11. Principe posé par le Conseil de la concurrence dans son avis n°94-A-15 du 10 mai 1994 concernant la diversification d'EDF-GDF, BOCCRF 12 octobre 1994, p.463.

⁸⁷ Cons.conc. avis n°05-A-06 du 31 mars 2005, BOCCRF n°9, 28 octobre 2005.

souvent ignorés par le législateur, l'administration, et les opérateurs »⁸⁸. Mais outre que la pratique des engagements pose en elle-même un certain nombre de problèmes lorsqu'un opérateur public est en cause⁸⁹, il est permis de s'interroger sur la portée que peut bien avoir un engagement tel que celui passé par les Haras Nationaux qui « *s'engagent à respecter le principe de spécialité de leur mission en privilégiant les prestations de service d'intérêt général et à n'intervenir sur le secteur marchand [...] que dans le strict respect des règles de concurrence et dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission de service public* »⁹⁰. Tout au plus s'agit-il ici d'un engagement moral vis-à-vis des opérateurs concurrents, mais le non-respect du principe de spécialité ne conduira, *per se*, à aucune sanction par le Conseil de la concurrence.

Il en résulte donc que le Conseil de la concurrence ne s'interrogera sur la légitimité de l'intervention économique des personnes publiques que si celle-ci suppose, en raison des objectifs qui lui ont été fixés, un aménagement des règles du droit de la concurrence au sens de l'article 86-2 TCE. Dès lors, le seul point de comparaison possible entre la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Conseil de la concurrence porte sur la question de la création d'un service public, entendu ici comme supposant une telle dérogation.

Du fait de son champ d'application, le critère de la défaillance de marché utilisé par le Conseil de la concurrence a donc une portée très réduite. Le Conseil ne pourra de toute façon que sanctionner l'opérateur après coup, une fois celui-ci sur le marché.

⁸⁸ N.Charbit, note sous Cons.conc. n°05-D-29 du 16 juin 2005, AJDA 2005, p. 1657.

⁸⁹ Voir, *A propos de la pratique des engagements*, Concurrences, 2005-1, p. 9. et surtout le commentaire de Michel Bazex et Sophie Blazy de la décision en question qui relèvent « *qu'on aurait de sérieuses raisons de s'interroger sur la légalité de telles procédures d'engagement dès lors qu'elles sont mises en œuvre pour des entités publiques* ». (in, Dr.adm., décembre 2005, p 21).

⁹⁰ Cons.conc., décision n°05-D-29 du 16 juin 2005, BOCCRF n°4, 14 mars 2006, pt.36.

De plus, c'est le critère en lui-même qui semble, à bien des égards, avoir une portée limitée. En effet, sa mise en œuvre se rapproche en réalité fortement de la jurisprudence classique du Conseil d'Etat.

B. La portée limitée de l'apparente distinction des critères

Afin de montrer que l'apparente dissension entre le Conseil d'Etat et le Conseil de la concurrence se réduit fortement quant à la portée du critère utilisé, il faut souligner que l'intérêt général reste une notion définie par les autorités politiques (1), et que le critère de la défaillance de marché est utilisé avec souplesse par le Conseil de la concurrence (2).

1. La libre définition de l'intérêt général

Comme le souligne à plusieurs reprises le Conseil de la concurrence, il ne lui « *appartient pas de se prononcer sur les services qui devraient ou non relever du service universel, cette décision relevant de considérations politiques et sociales* »⁹¹. En effet, les besoins à satisfaire, et que le marché ne satisfait pas, sont définis par les autorités publiques. On retrouve ici l'approche communautaire de cette question, l'intérêt général étant en principe défini par les Etats⁹², sous contrôle de la Commission et de la Cour, contrôle se limitant à l'« erreur manifeste d'appréciation »⁹³. Dès lors, l'opposition apparente entre les positions du

⁹¹ Cons.conc., avis n°01-A-17 du 6 novembre 2001, relatif à un projet de lignes directrices concernant l'homologation des tarifs de téléphonie fixe de France Télécom, disponible sur le site du Conseil de la concurrence.

⁹² Du moins pour le domaine qui nous intéresse ici. En effet, dès lors que les Etats ont entendu conférer à la Communauté des compétences exclusives, l'intérêt commun (communautaire) prime sur l'intérêt général national, comme c'est notamment le cas dans le contrôle qu'effectue la Commission sur les aides d'Etat (CJCE, 9 octobre 1984, *Heineken*, 91/83 et 127/83, Rec.3435). Voir D.Simon, *L'intérêt général national vu par les droits européens*, Actes du colloque du 6 octobre 2006 organisé par le Conseil constitutionnel, pp. 3 à 9, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/20061006/simon.pdf

⁹³ Cependant, comme le remarque J.-P. Kovar, « *les juridictions communautaires exercent en réalité un contrôle très poussé, lourd d'une certaine dérive* », in J.-P.Kovar, *L'Etat et les modes d'organisation du marché*, Thèse, URS, Strasbourg, 2005.

Conseil d'Etat et du Conseil de la concurrence se réduit. Dans les deux cas, un « intérêt public/général » est nécessaire pour légitimer la création du service.

Il est vrai que les notions d'intérêt public et d'intérêt général ne sont pas identiques. D'après Monsieur Eckert, « l'intérêt public peut-être plus large que l'intérêt général en ce qu'il est susceptible d'englober des intérêts particuliers de la personne publique. Il est, de même, plus étroit que l'intérêt général lequel peut résulter de la prise en compte d'intérêts privés »⁹⁴. Cette distinction permet sans aucun doute d'expliquer le refus très net du Conseil d'Etat de faire de la carence de l'initiative privée le seul critère légitimant l'intervention économique d'une personne publique. L'intérêt particulier de la personne publique peut notamment signifier la nécessité de prendre en considération les probables besoins futurs de la collectivité, comme l'a par exemple admis le Conseil d'Etat⁹⁵. Mais quoi qu'il en soit, les possibles exceptions relèvent, comme le notait le commissaire du gouvernement Monsieur Donnat d' « un certain bon sens administratif »⁹⁶. Il s'agit donc plus ici de garantir une marge de manœuvre suffisante à l'administration en évitant d'enfermer son action dans le respect d'un critère strict que de remettre fondamentalement en cause l'idée qu'en principe, l'intervention est subordonnée à une carence de l'initiative privée.

Le Conseil de la concurrence est-il dénué de tout « bon sens » à l'égard de l'administration ? Sans doute pas. Ainsi rappelle-t-il par exemple dans son avis n°99-A-21 du 8 décembre 1999 que *« l'utilisation des moyens du service public pour répondre à des besoins autres que ceux en vue desquels ils ont été constitués, et qui pourraient également être pourvus par le secteur privé, s'appuie sur la notion de prolongement de l'activité du service public. La nécessité de développer une activité en marge de la mission de service public pour atteindre une meilleure efficacité a également été reconnue par l'arrêt Corbeau rendu le 19*

⁹⁴ G.Eckert, *La poursuite d'intérêts publics à travers la participation directe des collectivités publiques aux activités économiques*, Revue Universelle des Droits de l'Homme, n°3-6, 2003, p. 118.

⁹⁵ CE, 18 mars 2005, *Territoire de la Polynésie française*, op. cit.

⁹⁶ Cité in, E.Galser, note sous CE, *Territoire de la Polynésie française*, Lamy CT, 2005, n°5 09-2005.

mai 1993 par la CJCE »⁹⁷. Ainsi retrouve-t-on une jurisprudence très proche de la jurisprudence *Mézy* du Conseil d'Etat, ce qui permet, au moins, d'écarter l'hypothèse d'une application dogmatique du principe de la défaillance de marché par le Conseil de la concurrence.

Ceci d'autant plus que même lorsque le Conseil de la concurrence utilise la notion de défaillance de marché, il apparaît que cette utilisation est marquée par une certaine souplesse.

2. L'utilisation souple du critère

A titre liminaire, il convient de remarquer que contrairement à l'idée que l'on peut s'en faire au premier abord, la défaillance de marché n'est pas nécessairement plus restrictive que la carence de l'initiative privée. Dans l'exemple mentionné précédemment de l'intervention du CNED sur le marché de la formation professionnelle continue⁹⁸, le Conseil trouve une défaillance de marché là où il n'y a manifestement aucune carence de l'initiative privée.

Surtout, dans plusieurs avis, le Conseil de la concurrence va admettre la présence d'une carence de l'initiative privée là où la théorie économique n'en verrait aucune. L'exemple de l'avis du Conseil concernant la création d'un service universel bancaire est à cet égard éloquent. Le Conseil distingue « *le service universel dit géographique* », et « *le service universel dit social* »⁹⁹ correspondant respectivement à la non-satisfaction d'une demande. Mais du point de vue de la théorie économique normative, il n'y a dans ce cas aucune défaillance de marché. Les opérateurs ne satisfont simplement pas la demande en cause car il ne serait pas rentable de le faire.

⁹⁷ Cons. conc., avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999, Intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers, BOCCRF n°4, 31 mars 2000.

⁹⁸ Cons.conc. avis n°00-A-31, préc.

⁹⁹ Cons.conc. avis n°05-A-08, préc.

Ainsi, la défaillance est analysée par le Conseil de la concurrence au regard des objectifs politiques définis par l'autorité compétente pour créer un service public et non pas abstraitement en se basant sur la théorie économique. Cette approche, comme le note Jean Philippe Kovar à propos des tenants de l'économie positive « correspond mieux à la carence de l'initiative privée qui recouvre à la fois la défaillance de l'initiative privée et son insuffisance quantitative ou qualitative »¹⁰⁰. Autrement dit, la mise en œuvre du critère de la défaillance de marché se rapproche sensiblement de celle développée par le Conseil d'Etat pour la carence de l'initiative privée.

Il serait dès lors audacieux de conclure à une quelconque rupture entre l'approche implicitement portée par les critères que sont la défaillance de marché et la carence de l'initiative privée. Dépourvu de tout pouvoir de contrainte sur les autorités publiques au moment de la création du service, ne contrôlant la légitimité de l'activité publique sur le marché qu'en cas de nécessité d'une dérogation au droit de la concurrence, le Conseil de la concurrence se contente d'appliquer les critères définis par le droit communautaire avec une souplesse qui révèle que les deux droits tendent, sur ce point, à se rejoindre plus qu'ils ne s'opposent¹⁰¹. Dans les deux cas, les critères, du fait d'une utilisation souple, tendent à laisser une large marge de liberté aux autorités publiques.

Cependant, les critères ont une portée différente puisque le Conseil de la concurrence limite son analyse aux cas d'une dérogation au droit de la concurrence¹⁰². Ainsi, la

¹⁰⁰ J.-P.Kovar, op. cit.

¹⁰¹ Ce que notaient d'ailleurs Madame Blazy et Monsieur Bazex : « Mais, et comme le montre le rapprochement avec la jurisprudence interne (V. par ex. la jurisprudence résultant de l'arrêt du Conseil d'État du 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers), n'arrive-t-on pas alors, par un cheminement et des moyens différents (i.e. dans le cadre du marché), à un résultat proche de celui poursuivi par le service public ? », in Bazex M., Blazy S., Service bancaire de base, service universel et service public, Dr.adm., n° 6, Juin 2005, comm. 93

¹⁰² N'est-ce pas la même idée qu'entendait Monsieur Casas lorsqu'il affirmait : « En réalité, nous espérons vous avoir démontré que si le principe de liberté du commerce et de l'industrie n'a pas été remplacé dans la jurisprudence par les règles de concurrence, c'est simplement que les deux questions ne se situent pas sur le

jurisprudence de l'autorité de la concurrence semble contenir, comme en filigrane, le principe dont la doctrine a pu penser qu'il allait être consacré par le juge administratif : le principe d'égalité de concurrence¹⁰³. Aussi longtemps que les activités publiques, quelle que soit leur forme, ne supposent pas de dérogation au droit commun de la concurrence, il n'y a pas lieu, en principe, de les traiter différemment, du moins en ce qui concerne l'accès au marché¹⁰⁴. Dès lors, il s'agit déjà ici d'une forme de banalisation du service public et plus largement de l'action publique qui, en soi, devient commune. Ce que le Conseil d'Etat entendait précisément éviter¹⁰⁵.

Mais la souplesse quant à l'appréciation de la légitimité de la création d'un service public ne s'accompagne pas, loin s'en faut, d'une même souplesse au regard des modalités de création d'un service public.

même plan. L'une est au niveau des principes, l'autre des modalités. ». Casas, D., Conclusions sur CE, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc., p.1052.

¹⁰³ G.Eckert, « L'égalité de concurrence entre les opérateurs publics et privés sur le marché », in *Liber amicorum J. Walline*, Dalloz, 2002, p. 207 ; G.Clamour, *Retour sur la libre et égale concurrence entre opérateur public et opérateur privé*, RLC 2005/4, n° 290, C.Bettinger, *L'égalité de concurrence, une utopie*, LPA, 21 novembre 2005 n° 231, p. 4 ; N.Charbit, *Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de concurrence*, LPA, 21 février 2001 n° 37, P. 4

¹⁰⁴ La question du traitement du service public dans le marché est l'objet du second chapitre.

¹⁰⁵ Rapport public 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, préc., p. 264 : « *Il ne paraît pas souhaitable de laisser se développer une sorte de banalisation pure et simple de l'intervention publique marchande* ».

Sect. 2. Les modalités de création d'un service public

Une fois la légitimité de la création du service public assurée, la question se pose des modalités de cette création. A cette question, le Conseil de la concurrence répond fermement. Et pour cause puisque les effets qu'aura le service créé sur la concurrence découle des modalités qui auront été choisies.

Deux aspects de la jurisprudence du Conseil de la concurrence concernant les modalités de création d'un service public sont particulièrement notables : il s'agit dans un premier temps du contrôle qu'effectue le Conseil sur les procédures et le mode d'organisation du service choisis lors de cette création (§1), et dans un second temps de son souci de garantir l'effectivité d'un contrôle *ex ante* et *ex post* sur le service public créé (§2).

§ 1. Contrôler le choix du mode de dévolution et de fonctionnement du service

Un certain nombre d'exigences issues du droit communautaire irriguent l'analyse du Conseil, aussi bien pour ce qui concerne le mode de dévolution du service (A), que pour ce qui touche à son organisation (B).

A. La mise en avant des exigences communautaires

La dévolution du service public doit, selon le Conseil de la concurrence, respecter certaines prescriptions tenant à l'acte de création du service (1) et à la procédure de dévolution (2).

1. L'acte de création : l'exigence de transparence

La première obligation dont le Conseil de la concurrence va contrôler le respect est celle de la transparence de l'acte de création d'un service public. Cette exigence communautaire est fréquemment rappelée par le Conseil de la concurrence dans ses avis¹⁰⁶.

Il en découle deux obligations. La première de ces obligations porte sur la nature de l'acte lui-même qui doit être un acte de la puissance publique. En effet, pour être regardée comme une activité d'intérêt général au sens du droit communautaire, l'entreprise doit avoir été chargée explicitement d'un service d'intérêt économique général par un acte de puissance publique¹⁰⁷. La simple autorisation d'exercer une activité ou l'existence d'un contrôle particulier sur celle-ci ne suffisent pas à constituer une investiture valable¹⁰⁸. Cependant, la Cour admet que l'habilitation n'a pas besoin d'avoir valeur législative ou réglementaire. Elle peut par exemple découler d'un contrat et notamment d'une concession de service public¹⁰⁹.

Cette obligation ne semble à vrai dire pas poser de problème dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence. En effet, comme le remarque Antoine Winckler, sur ce point, « *les solutions retenues par le droit communautaire sur ce point rejoignent celles du droit administratif* »¹¹⁰. Dès lors, dans les rares cas dans lesquels un litige pourrait apparaître, il revient à l'entreprise entendant se prévaloir d'une telle habilitation d'en apporter la preuve¹¹¹.

¹⁰⁶ Par exemple : « *La mission d'intérêt général doit cependant être clairement définie et confiée explicitement par un acte de la puissance publique* » Cons.conc., avis n°04-A-12, préc. pt 28 ; ou encore avis n°05-A-08 préc. : « *tout d'abord, la transparence doit être assurée : pour que les services publics puissent remplir une mission, il est nécessaire qu'ils agissent dans le cadre d'une totale transparence, en définissant avec une certaine précision les besoins des usagers pour lesquels les services d'intérêt économique général ont été créés, l'entité qui est chargée de déterminer les obligations qui en découlent et de veiller à leur respect ainsi que la manière dont ces obligations devront être remplies* ».

¹⁰⁷ CJCE, 21 mars 1974, *BRT / SABAM*, 127/73, Rec.313

¹⁰⁸ CJCE, 14 juillet 1981, *Gerhard Züchner c/ Bayerische Vereinsbank AG*, 172/80, Rec. 2021, pt 7.

¹⁰⁹ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec.483, pt 5.

¹¹⁰ A. Winckler, *Quelques réflexions*, p 24, in J.-M. Chevalier, I. Ekeland, A.-M. Frison-Roche (dir.), *L'idée du service public est-elle encore soutenable ?*, Actes du colloque, octobre 1997, Université de Paris-Dauphine, PUF, Paris, 1999

¹¹¹ Cons.conc., décision n°02-D-31 du 30 mai 2002 relative à la saisine de la société EVIC à l'encontre de la société MAN Camions, BOCCRF n°11, 28 juin 2002.

Cependant, le plus souvent, le Conseil de la concurrence se contente de remarquer que l'opérateur est chargé de missions de service public.

Interprétée a contrario, cette obligation rend également très difficile le fait pour des opérateurs de décider entre eux de pallier le besoin non satisfait par le fonctionnement normal du marché. En effet, les opérateurs risquent de voir leurs pratiques facilement qualifiées d'ententes (notamment sur un prix)¹¹², sans que leurs « bonnes intentions » ne rentrent en ligne de compte.

La seconde obligation tenant à l'acte de création du service public consiste en une exigence de clarté et de précision. Comme le souligne par exemple le Conseil dans son avis 03-A-07 relatif aux communications électroniques « *il est souhaitable que le projet de loi soit, en ce qui concerne l'accès à Internet, plus explicite sur le champ du service universel et plus précis sur les services liés à l'Internet qui en sont exclus* »¹¹³. Cette obligation sert sans doute diverses finalités : garantir un contrôle effectif sur les activités en question bien évidemment, éviter d'accorder plus de dérogations que nécessaire à l'activité en question, mais aussi assurer une bonne gestion du service public. Le droit de la concurrence rejoint ici les préoccupations d'une meilleure gestion des deniers publics, notamment car l'évaluation des performances d'un service public n'est possible que si ses missions sont clairement établies.

On notera à cet égard que l'objectif de transparence ainsi explicité, bien loin de trouver son seul fondement dans les nécessités de la concurrence, a pu être interprété par la doctrine

¹¹² « A titre incident, le Conseil observe que la proposition des banques d'offrir une gamme de moyens de paiements alternatifs à un prix modéré à l'issue d'une concertation avec les pouvoirs publics devrait elle-même être appréciée sous l'angle de la concurrence, [...] la définition par la voie de la concertation d'un contenu minimal est envisageable, à condition que l'accord ne conduise pas à restreindre les moyens par lesquels les entreprises peuvent différencier leur offre. La gamme de moyens de paiement alternatifs proposée par les banques pourrait donc ne pas présenter de caractère anticoncurrentiel à condition que les banques ne s'interdisent pas de proposer également pour un prix éventuellement plus bas, le même service avec un contenu moins riche. En ce qui concerne les tarifs, tout prix imposé ou prix minimum seraient considéré comme faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. De plus, le Conseil rappelle également que rien, dans la jurisprudence, ne permet de penser qu'un prix maximal concerté dans le cadre d'une entente horizontale serait licite ; une telle pratique limite, en effet, la liberté commerciale des offreurs dans des conditions dont il n'est pas certain que les consommateurs bénéficient ». Cons.conc. avis n°05-A-08, préc. pt 31.

¹¹³ Cons.conc., avis n°03-A-07, préc. pt. 27.

comme une nouvelle loi, un nouveau principe, s'ajoutant aux traditionnelles lois de Roland¹¹⁴. Malgré le refus du Conseil d'Etat de faire de la transparence un principe général du droit¹¹⁵, celle-ci tend à s'imposer « afin de rendre l'administration moins opaque, de dissiper le brouillard qui l'entoure, de déchirer le voile qui la recouvre »¹¹⁶.

2. La mise en concurrence comme procédure de principe

Comme le rappelle le Conseil de la concurrence dans son avis du 30 juin 2004 « *La Commission admet qu'un nombre limité, voire un seul opérateur, puisse se voir confier une mission d'intérêt général, tout en affirmant sa préférence, comme la Cour de justice, pour une dévolution par un recours à l'appel d'offres notamment pour l'attribution de cette mission sous la forme d'une concession (CJCE, 7 décembre 2000, Télaustria)* »¹¹⁷. Il n'est donc pas étonnant de retrouver un même point de vue dans la jurisprudence du Conseil. Ainsi, même si les pouvoirs publics peuvent y déroger, les autorités de la concurrence entendent faire de la mise en concurrence la procédure de principe dans le cadre de la création de mission de service public. Cette position est d'ailleurs d'autant plus « soutenable » que le service public tend à être assimilé au service universel.

On le voit bien, il ne s'agit pas ici d'une exigence au sens strict, aussi bien pour la Cour de justice¹¹⁸ que pour l'autorité française de la concurrence. Il s'agirait presque, pour le Conseil, d'exprimer des regrets : « *Néanmoins, un appel d'offre, lancé sur la base d'un cahier*

¹¹⁴ V. Donier, *Les lois du service public : entre tradition et modernité*, RFDA, nov-déc 2006, p1219.

¹¹⁵ CE, 23 février 2005, *Association coordination nationale Natura 2000*, n°241796 : « Considérant que les requérants ne peuvent davantage se prévaloir de la méconnaissance par le décret attaqué [...] d'un prétendu principe général de transparence des décisions administratives ».

¹¹⁶ J. Chevalier, *Science administrative*, PUF, Collection Thémis, 1994, p 544. Cité in J. Donier, *Les lois du service public : entre tradition et modernité*, RFDA, nov-déc 2006, p1219.

¹¹⁷ Cons. conc., avis n°04-A-12, préc., pt 29. L'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 (aff. C-324/98, Rec. I-10745) est généralement considéré comme consacrant, de manière plus large que ne le laisse entendre le Conseil, un principe général de transparence des procédures.

¹¹⁸ Ainsi la Cour de justice, dans son arrêt *Altmark Trans* du 24 juillet 2003 (C-280/00, Rec. I-7747) n'impose aucune obligation en ce sens : « *Lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public... n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de financer ces services au moindre coût pour la collectivité* » (point 89).

des charges précisant les spécifications du référentiel attendu, aurait été techniquement possible. Dès lors, l'entreprise la mieux disante l'aurait emporté, ce qui aurait permis une évaluation mieux contrôlée du coût du référentiel »¹¹⁹. En effet, là encore, l'incompétence du Conseil quant aux actes administratifs l'empêche de sanctionner l'absence de recours à une procédure d'appel d'offre. Cela ne l'empêche pas cependant d'affirmer sa satisfaction lors de l'utilisation de telles procédures¹²⁰.

Cette volonté d'inciter les pouvoirs publics à recourir à une mise en concurrence pour la désignation de l'entreprise chargée des missions de service public s'accompagne également du souci d'une segmentation adéquate des missions¹²¹. Une telle segmentation est d'autant plus nécessaire qu'un opérateur historique garde une position nettement dominante dans le secteur considéré. Ainsi dans le secteur de la téléphonie, le Conseil, critiquant la segmentation choisie par les autorités, énonce qu' « *il convient [...] d'introduire la plus grande souplesse dans le mécanisme de désignation des opérateurs chargés de fournir le service universel [...], une segmentation plus fine des prestations ou des territoires* »¹²². Une telle exigence entraîne d'ailleurs des obligations pour l'entreprise soumissionnaire. Le Conseil, tout en soulignant son incompétence pour condamner une collectivité du fait de son choix dans le découpage d'un appel d'offre, a ainsi considéré que le dépôt par la SNCM d'une offre globale et indivisible dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la collectivité territoriale de Corse est

¹¹⁹ Cons.conc., avis n°04-A-12, préc., pt 53.

¹²⁰ Par exemple, Cons.conc., avis n°03-A-07, préc. : « *Le Conseil accueille favorablement les évolutions proposées [...]. La mise en œuvre de procédures d'enchères négatives est susceptible de promouvoir l'efficacité économique dans des secteurs où l'offre est, par définition, limitée* ».

¹²¹ On notera avec intérêt que le Conseil a eu une position beaucoup plus nuancée vis-à-vis d'opérateurs privés « classiques » : « *s'il n'est pas critiquable, par principe, qu'un mécanisme d'enchères aboutisse à une exclusivité, soit par addition des lots, soit par une offre globale, l'attribution exclusive d'un bien à une entreprise dominante peut avoir des effets restrictifs de la concurrence* ». Cons.conc., décision n°03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à une demande de mesures conservatoires de la société TPS, BOCCRF n°7, 16 juin 2003, confirmée par CA Paris, 29 avril 2003, BOCCRF n°10, 29 septembre 2003.

¹²² Ibidem, pt 23.

susceptible de produire des effets anticoncurrentiels en évinçant abusivement les offres partielles concurrentes¹²³.

Mais comme nous l'avons vu, si la mise en concurrence doit être, pour les autorités de la concurrence, la procédure de principe, puisqu'elle est a priori la plus efficace économiquement, les pouvoirs publics disposent du pouvoir de créer un service public selon d'autres modalités. La mise en avant de cette procédure contribue à la nécessité que met en avant le Conseil d'assurer la concurrence « *sur le marché et pour le marché* »¹²⁴. On notera finalement que la mise en avant de ce principe illustre parfaitement le basculement entre Etat et marché remarqué par Jean-Philippe Kovar : « L'Etat est plus un garant qu'un opérateur se substituant au marché défaillant. Cette transformation du rôle de l'Etat traduit une tendance profonde à la revalorisation des mécanismes du marché »¹²⁵.

B. Le contrôle du mode d'organisation du service : le critère du moindre dommage

L'idée sous-jacente aux préconisations du Conseil de la concurrence semble signifier la nécessité d'assurer une mise en concurrence entre les diverses modalités possibles de service public. L'appel d'offre est notamment présumé être le plus efficace, mais les caractéristiques du bien ou du marché en question pourront conduire à choisir une autre procédure. Quoi qu'il en soit, ce choix devrait être fait, selon les autorités de la concurrence, non pas en fonction de préférences politiques, mais en fonction du marché.

Cette étape est d'importance car le mode de gestion choisi aura une influence directe sur la réalité de la concurrence sur le marché en cause et accessoirement sur les marchés

¹²³ Cons.conc., décision n°06-MC-03 du 11 décembre 2006, confirmée par CA Paris 6 février 2007, non publiées au BOCCRF

¹²⁴ Cons.conc., avis n°05-A-08 préc. pt 52.

¹²⁵ J.-P.Kovar, op.cit. p 488.

annexes. L'impact sur le marché devient la notion clé. Quand bien même le service public serait légitime, il ne sera *acceptable*, en droit de la concurrence, que s'il respecte le critère du moindre dommage à la concurrence.

De cela découle un principe de proportionnalité (1) qui conduit le Conseil à développer une approche au cas par cas du marché en cause (2).

1. Le principe de proportionnalité

Comme l'énonce à plusieurs reprises le Conseil de la concurrence, « *les questions essentielles relatives au service universel sont d'abord la délimitation de son champ, puis la mesure de son coût et le choix de son financement* »¹²⁶. Sur tous ces aspects, le point central est que devra être choisie la modalité la plus neutre au regard de la concurrence.

Ainsi, dans un certain nombre d'hypothèses, les modalités choisies seront regardées comme constituant une violation des règles de la concurrence. C'est notamment le cas de violations au sens de la jurisprudence communautaire comme le fait que l'opérateur soit incapable d'assurer les obligations de service public qui lui sont dévolues, ou encore lorsque des moyens de les assurer moins préjudiciables à la concurrence existent. Le Conseil ajoute les cas dans lesquels le coût net des obligations est trop élevé ou le mécanisme de financement distorsif. Enfin, il en va de même lorsque les services en cause pourraient être fournis à un tarif moindre par d'autres opérateurs¹²⁷.

De ce principe de proportionnalité tiré de l'article 86 § 2 TCE découle notamment un examen du contenu même du service public créé. Une stricte nécessité doit être respectée dans la création du service. Ainsi un hypothétique service universel bancaire ne devrait-il ni être accordé à plus de personnes que nécessaire, ni offrir une gamme trop large de services, ceci

¹²⁶ Cons.conc., avis n°03-A-06, préc. pt 16.

¹²⁷ Cons.conc., avis n°05-A-08, préc. pt 45 à 47.

afin de ne pas créer de déséquilibre sur le marché existant¹²⁸. A cet égard, les anciennes préoccupations du Conseil d'Etat ne semblent pas dénuées de tout fondement¹²⁹.

De même, le principe de proportionnalité implique le respect d'une limitation temporelle des éventuels droits exclusifs accordés. Se basant sur la décision *Denkavit Nederland* de la CJCE du 17 mai 1984¹³⁰, le Conseil rappelle que « *le droit exclusif doit avoir une durée fixée de manière à ne pas restreindre la libre concurrence au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements et une rémunération raisonnable des capitaux investis* »¹³¹.

La mise en œuvre de ce principe suppose alors, pour le Conseil de la concurrence, une étude au cas par cas.

2. L'analyse au cas par cas du marché

Le Conseil effectue une analyse du marché qui devrait selon lui permettre de déterminer quel est le mode d'attribution du service public le plus adéquat. Sans revenir en détail sur les trois modalités dégagées pour l'organisation d'un service universel (opérateur unique désigné par les autorités, mise aux enchères ou mécanisme *pay or play*), il faut noter que le choix d'un opérateur unique est en théorie l'*ultima ratio* puisqu'il n'assure « *ni concurrence sur le marché ni concurrence pour le marché* »¹³². De même, une analyse au cas par cas des modes de financement possibles doit permettre de dégager celui qui permettra le moindre dommage à la concurrence¹³³.

¹²⁸ Ibidem. pt 48.

¹²⁹ « *Le profil qui est retenu [avec le service universel] est, dans tous les cas, un profil bas* ». Rapport Public 1994, préc., p.114.

¹³⁰ Affaire 15/83, Rec.2171

¹³¹ Cons.conc., avis n°04-A-12, préc., pt.31.

¹³² Cons.conc., avis n° 05-A-08, préc., pt 52.

¹³³ Ibidem pts. 63 et s.

L'inversion observée est ici fondamentale : si les autorités publiques sont en principe libres quant aux modalités choisies, ce sont les particularités du marché qui détermineront en réalité ce qui sera acceptable au regard du droit de la concurrence. Le Conseil de la concurrence ne pourra pas sanctionner lui-même le non-respect des principes qu'il énonce, mais ses préconisations font office d'avertissement prévenant d'une possible sanction par les instances communautaires, et, dans une moindre mesure, par le Conseil d'Etat.

Ainsi, contrairement à ce qui était apparu quant à la légitimité du service public qui reste, dans une très large mesure, à discrétion des collectivités publiques, le choix des modalités de création d'un service public est strictement encadré par le droit de la concurrence. A cet égard, le Conseil de la concurrence ne semble pas faire preuve d'une quelconque souplesse puisque la concurrence sur le marché dépend fortement des modalités qui seront choisies.

Si les objectifs de transparence et de clarté dans la décision d'imposer des obligations de service public et les dérogations au droit de la concurrence qui peuvent en découler semble participer à la volonté communément admise de promouvoir des services publics plus performants et plus susceptibles de faire l'objet d'un contrôle, l'obligation de tenir compte du marché en question pour décider des modalités de service choisies découle pour sa part du droit de la concurrence et de lui seul.

§ 2. Contrôler le fonctionnement ultérieur du service

Il ressort également de la jurisprudence du Conseil de la concurrence une ferme volonté de garantir l'effectivité du contrôle sur le service créé. Dans un certain nombre de cas,

le Conseil va ainsi appeler de ses vœux le développement d'un contrôle *ex ante*, tenant compte par là des spécificités du service public (A). Surtout, le Conseil de la concurrence, en répétant inlassablement la nécessité d'une séparation des activités en concurrence de celles de service public, montre bien sa volonté de s'assurer la possibilité d'un réel contrôle *ex post* (B).

A. Le souci d'un contrôle ex ante : la régulation du service public

La notion de régulation semble avoir autant de définitions qu'il y a de juristes cherchant à la définir, et la confusion est complète quand après avoir lu les nombreuses définitions proposées par Bertrand du Marais¹³⁴, l'on s'aperçoit que dans la préface de cet ouvrage, Renaud Denoix de Saint Marc écrit que « le juge administratif tient le rôle déterminant de *régulateur* »¹³⁵. La régulation serait donc partout, mise en œuvre par à peu près tout le monde, sans que l'on sache bien d'ailleurs si son mode d'organisation est légitime¹³⁶, et partant, elle serait l'indéfinissable même. Il ne fait aucun doute, c'est « un thème à la mode »¹³⁷, voire même une nouvelle branche du droit¹³⁸.

Certes, on a pu écrire que la notion était « incontestablement polysémique »¹³⁹, mais cette polysémie semble fortement se réduire si l'on écarte les définitions trop larges que l'on a pu en donner¹⁴⁰, et si l'on fait abstraction de la grande diversité des modes de régulation pour se concentrer sur la finalité de celle-ci¹⁴¹. La régulation peut alors être définie comme « une

¹³⁴ B.Du Marais, op.cit., pp.481 et s.

¹³⁵ R.Denoix de Saint Marc, Préface, in B.Du Marais, Droit public de la régulation économique, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, Paris, 2004, p.XXV

¹³⁶ Voir S.Braconnier, *La régulation des services publics*, RFDA 2001, Chroniques p. 43 ; J.-P. Duprat, *La soumission des régulateurs à la régulation*, AJDA 2006, p. 1203 ; M.Lombard, *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, AJDA 2005, p. 530.

¹³⁷ G.Eckert, Droit public des affaires, op.cit. p. 155.

¹³⁸ A.-M. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D., 2001, Chr., p. 610.

¹³⁹ M. Lombard, *A la recherche de la régulation*, AJDA 2004, Chr., p. 289.

¹⁴⁰ Ainsi celle du Professeur Truchet qui y voyait « *l'intervention publique, par voie d'autorité, sur le marché* », cité in, A.-M ;Frison-Roche, *Le droit de la régulation, préc.*

¹⁴¹ Sur les cinq grands modes de régulation, voir H.Dumez et A.Jeunemaître, « *Quels modèles de régulation pour les services publics* », in J.-M.Chevallier, I.Ekeland, et A.-M.Frison-Roche (dir.), *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?* PUF, 1999, p. 69 et s.

fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non-économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques »¹⁴². Cette définition a le mérite d'appuyer l'aspect contraignant de la régulation et d'exclure ainsi toutes les formes d'autorégulation, tout en liant la notion à celle de « marché », excluant toutes les formes *sociales* de régulation.

Il est alors possible, à l'instar du Conseil de la concurrence, de distinguer deux types de régulation : la régulation sectorielle nécessaire, *de façon transitoire*, du fait de la particularité d'un secteur – souvent dominé par un ancien monopole public – et la régulation instaurée dans le but de contrôler que des objectifs non-liés au droit de la concurrence, notamment les objectifs de service public définis par les autorités publiques¹⁴³. Dans le premier cas, l'objectif est, dans le cadre d'une politique d'ouverture à la concurrence, de pallier les insuffisances du droit de la concurrence face à certains marchés¹⁴⁴. Le Conseil se fait par exemple l'écho des préoccupations des opérateurs du secteur de la téléphonie en soulignant « *qu'un contrôle a posteriori serait insuffisant dans l'état actuel du rapport des forces resté très favorable à France Télécom et du degré réalisé d'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications* »¹⁴⁵. On notera que le Conseil se montre méfiant face à ce type de régulation puisqu'elle tend à imposer un régulateur de la concurrence alternatif au Conseil. Ainsi précise-t-il que ce type de régulation doit rester transitoire, et être en cohérence

¹⁴² G.Marcou, *La notion juridique de régulation*, AJDA 2006, p. 349.

¹⁴³ Cons.conc. avis n°03-A-07 préc. pt. 6 : « *La prise en compte de l'objectif de concurrence dans la réalisation des objectifs de la régulation sectorielle diffère, en effet, selon la nature de ces objectifs. Lorsqu'il s'agit d'un objectif d'intérêt général que le fonctionnement spontané du marché concurrentiel ne permet pas d'atteindre (service universel, pluralisme, sécurité, etc...), le régulateur suit une logique propre différente de celle des autorités de concurrence. En revanche, lorsqu'il s'agit simplement de promouvoir ou d'accélérer l'ouverture à la concurrence d'un marché, le régulateur inscrit son action en cohérence avec celle des autorités de concurrence, tout en usant de moyens différents* ».

¹⁴⁴ Les trois critères fixés par la Commission européenne dans la recommandation 2003/311/CE du 11 février 2003 (JOCE, 08/05/03, L 114/45) afin de définir la nécessité d'une régulation dans le secteur des télécommunications semblent en réalité pouvoir être appliqués dans tous les cas : existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée du marché, structure du marché ne présageant pas d'une évolution vers une situation de concurrence effective et incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances constatées du marché.

¹⁴⁵ Cons.conc., avis n°01-A-17 du 6 novembre 2001, préc.

avec les règles appliquées par le Conseil, cette cohérence pouvant « *seule, garantir la sécurité juridique des acteurs* »¹⁴⁶.

Cependant, c'est le second type de régulation qui nous intéresse ici. A de nombreuses reprises, le Conseil de la concurrence rappelle la nécessité d'une régulation des services publics, qui sont, selon Gérard Marcou, « la composante la plus importante des objectifs de nature non-économique de la fonction de régulation »¹⁴⁷. Ainsi, dans son avis 05-A-08 le Conseil mentionne-t-il qu'en droit communautaire « *la mise en place d'un régulateur en charge de surveiller comment sont remplies les obligations imposées au marché est clairement envisagée* »¹⁴⁸. Il n'est d'ailleurs pas anodin que cette mention apparaisse alors que le Conseil traite du principe de transparence. En réalité, la nécessité d'une régulation du service public est le corollaire de ce principe. La régulation assure l'effectivité de la transparence une fois le service créé.

Il en découle que le Conseil va intégrer l'exigence de régulation dans son analyse des diverses modalités de fonctionnement du service public possible. En effet, « *la régulation ne peut être efficace que si le régulateur a une connaissance suffisante des coûts réels de l'activité en cause [...]. Le régulateur dépend largement des entreprises soumises à sa régulation, sauf à engager de lourdes campagnes d'audit* »¹⁴⁹. Mais les diverses modalités de service public ne présentent pas toutes les mêmes difficultés, notamment face à ce risque de « capture » du régulateur par le régulé. Si le mécanisme « pay or play » est « *plus exigeant pour le régulateur* », ce n'est par exemple pas le cas des enchères¹⁵⁰. De même, le Conseil souligne que la régulation n'est possible que dans le respect du principe de proportionnalité

¹⁴⁶ Cons.conc., avis n°03-A-07, préc., pt. 9.

¹⁴⁷ G.Marcou, op.cit. p. 350.

¹⁴⁸ Cons.conc., avis n°05-A-08 préc. pt. 43.

¹⁴⁹ Cons.conc., avis n°05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à la privatisation de la SEMCA, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006.

¹⁵⁰ Cons.conc. avis n°05-A-08 préc. pt. 61.

ou de moindre dommage¹⁵¹. La régulation ne doit pas introduire plus de distorsions que nécessaire sur le marché.

Pour conclure sur cet aspect des recommandations du Conseil concernant le service public, notons que la position du Conseil face à la régulation sectorielle est ambiguë. Prompt à défendre l'exclusivité de son contrôle du respect des règles de la concurrence, le Conseil semble moins regardant quand il s'agit de sa propre tendance à intervenir *en tant que régulateur*. On pense aux déclarations de son ancienne Présidente affirmant qu'il « pouvait parfois s'insérer directement dans la régulation sectorielle »¹⁵². D'ailleurs, l'opposition fréquente entre régulation et droit de la concurrence est à relativiser¹⁵³.

A cette évolution du Conseil vers un contrôle *ex ante* participe sans aucun doute l'exigence de séparation des activités préconisée par le Conseil.

B. La volonté de garantir l'effectivité du contrôle ex post

Si le choix du mode d'organisation du service n'est pas neutre au regard des règles du droit de la concurrence, il en est de même de l'organisation du service en tant que telle. Le Conseil de la concurrence développe un certain nombre de recommandations dans ce domaine, recommandations dont la finalité est de garantir l'effectivité du contrôle *ex post* exercé par le Conseil. On pense ici à la séparation entre activités exercées en concurrence et activités de service public. Ainsi énonce-t-il par exemple : « *Une des conditions de la clarification entre activités purement commerciales et missions d'intérêt général est la tenue d'une comptabilité analytique distinguant les unes des autres [...]. Il convient donc que cette*

¹⁵¹ Cons.conc. avis n°03-A-07, préc. pt. 7.

¹⁵² M.-D. Hagelsteen, présidente du Conseil de la concurrence, LPA, 2 janvier 2001, n°1, p. 4.

¹⁵³ « *Une nouvelle forme de « mobilisation » par les autorités transversales des règles du droit de la concurrence nous incite à penser que la frontière entre droit de la concurrence et régulation de la concurrence est véritablement aujourd'hui dépassée* ». L. Boy, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence*, Cont.Conc.Cons., n° 11, novembre 2004, Etude 16.

obligation soit imposée à l'IGN afin qu'il dispose, si ce n'est déjà fait, d'une comptabilité permettant en toute clarté de suivre l'affectation des subventions qui lui sont accordées »¹⁵⁴.

Après avoir dégagé les fondements d'une telle séparation (1), nous nous pencherons sur sa mise en œuvre concrète dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence (2).

1. Les justifications théoriques de la séparation des activités

Il convient, à titre liminaire, de rappeler que la nécessité d'une séparation entre les diverses activités d'un même opérateur est une préconisation récurrente dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Celle-ci n'est pas seulement rappelée par le Conseil lors de son examen des modalités de création d'un service public, mais lors de nombreux litiges¹⁵⁵.

Ce principe découle logiquement de l'interdiction, en droit de la concurrence, de subventions croisées d'une activité de service public vers une activité exercée en concurrence si l'opérateur pratique une politique de prix prédateurs ou si le marché en est perturbé durablement¹⁵⁶. Le Conseil de la concurrence a ainsi rappelé que « *lorsqu'une entreprise détenant une position dominante sur un marché exerce à la fois des activités d'intérêt général et des activités ouvertes à la concurrence, le contrôle du respect des règles de la concurrence*

¹⁵⁴ Cons.conc., avis n°04-A-12, préc. Pour une approche d'ensemble de la question, voir notamment : Rapport d'activité du Conseil de la concurrence, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, 2003, p. 105.

¹⁵⁵ La mise en œuvre d'une séparation entre activités a également une grande importance dans le domaine des facilités essentielles, v. supra.

¹⁵⁶ Cons.conc. décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001, Française des jeux, BOCCRF n°6, 24 avril 2001 (confirmée par CA Paris 20 novembre 2001, BOCCRF n°2, 31 janvier 2002, et par Cass.com., 10 décembre 2003, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004) et n° 03-D-44 du 17 septembre 2003, BOCCRF n°16, 17 décembre 2003 : « *il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole légal, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas de ce seul fait les dispositions de l'article L.420-2 du code de commerce. En revanche, est susceptible de constituer un abus le fait pour une entreprise disposant d'un monopole légal d'utiliser en tout ou partie l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle* ».

nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activité, de manière à empêcher que les activités en concurrence ne puissent bénéficier pour leur développement des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général, au détriment des entreprises opérant sur les mêmes marchés »¹⁵⁷. Le Conseil ajoute par ailleurs qu'une « *subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché, la mise à disposition de moyens tirés de l'activité de monopole pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel sans contreparties financières étant équivalente à l'octroi de subventions* »¹⁵⁸.

Une séparation au minimum comptable des activités en question constitue donc pour les autorités de la concurrence « *une condition nécessaire à l'exercice du contrôle du respect des règles de la concurrence* »¹⁵⁹. Cette obligation est d'ailleurs valable que les activités en cause soient liées horizontalement ou verticalement.

De plus, cette obligation découle aujourd'hui directement du droit communautaire. Cela était antérieurement vrai dans certains secteurs¹⁶⁰ et constitue à présent une obligation générale aux termes de la directive « transparence » selon laquelle les Etats doivent disposer « *de données détaillées sur la structure financière et organisationnelle interne des entreprises publiques ou privées auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs sont accordés, en particulier*

¹⁵⁷ Cons.conc. avis n°05-A-19 du 20 octobre 2005, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006.

¹⁵⁸ Cons.conc. décision n°00-D-47 du 22 novembre 2000, BOCCRF n°14, 30 décembre 2000.

¹⁵⁹ Cons.conc. avis n°98-A-05 du 28 avril 1998, BOCCRF n°1, 23 janvier 2001.

¹⁶⁰ Par exemple la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 19 décembre 1996 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO L 27 du 30 janvier 1997, pp. 20–29, article 3 : « les entreprises d'électricité intégrées tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour leurs activités de production, de transport et de distribution et, le cas échéant, des comptes consolidés pour d'autres activités en dehors du secteur de l'électricité, comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées par des entreprises distinctes, en vue d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence. Elles font figurer dans l'annexe de leurs comptes un bilan et un compte de résultats pour chaque activité ».

des comptes séparés et fiables concernant les différentes activités exercées par une même entreprise »¹⁶¹.

Il est à cet égard intéressant de noter que le Conseil de la concurrence, dans son avis n°98-A-05 précité, analyse, à propos de possibles subventions croisées entre activités du fait d'une absence de séparation, que « *de telles pratiques [...] seraient sans doute contraires à la mission de service public [d'EDF]* ». Ainsi, la séparation entre activités en concurrence et activités de service public n'est pas seulement préconisée dans l'intérêt de l'effectivité de la concurrence sur les marchés, mais également dans l'intérêt du service public lui-même. Là encore, on retrouve ici les préoccupations d'une bonne gestion des services publics – et plus largement de l'Etat – qui s'est largement développée au cours des quinze dernières années, et dont l'un des aboutissements fut la loi organique relative aux lois de finance du 1^{er} août 2001.

2. Les différentes formes de séparation des activités

Dans divers avis, le Conseil de la concurrence apporte une analyse détaillée des différents modes de séparation des activités¹⁶². Il distingue trois types de séparation, de la plus étendue à la plus limitée.

La première est la séparation structurelle dans laquelle une séparation juridique complète des diverses activités est opérée. C'est d'après le Conseil « *la forme la plus évidente de séparation entre activités* »¹⁶³, et il n'hésite pas à affirmer sa très nette préférence pour

¹⁶¹ Directive 2000/52/CE modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques, transposée par l'ordonnance n°2004-503 du 7 juin 2004. Cité in, G. Clamour, *Du droit applicable aux actions économiques des personnes publiques*, RLC, n°9, 10-2006.

¹⁶² Voir notamment : Cons.conc. avis n°04-A-21 du 28 octobre 2004, BOCCRF n°4, 26 avril 2005 ; Cons.conc. avis n°05-A-19, préc.

¹⁶³ Cons.conc. avis n°05-A-19, préc.

celle-ci puisque c'est elle qui assure la plus grande sécurité face aux pratiques anticoncurrentielles.

La deuxième forme est la séparation fonctionnelle (*functional unbundling*) où chaque activité est gérée par une structure indépendante de l'autre sur le plan de la gestion, mais interne à la même entité juridique.

La troisième et dernière forme de séparation, la moins poussée, est la séparation des comptes. Le Conseil de la concurrence note à son égard qu'« *elle nécessite un contrôle accru de la part des autorités de régulation et une transparence complète de la part de l'opérateur historique* »¹⁶⁴.

Comme le remarquent Monsieur Bazex et Madame Blazy, « *le Conseil ne donne pas beaucoup d'indications sur les critères de choix de l'une ou l'autre de ces formules de séparation d'activités* »¹⁶⁵. Les auteurs émettent l'idée que la séparation comptable paraît suffisante pour le Conseil dès lors qu'il ne s'agit que d'assurer la réalité des coûts de l'opérateur et donc de contrôler ses prix tandis que les deux autres formes de séparation tendent à prévenir des comportements commerciaux anticoncurrentiels ou à introduire la concurrence dans un secteur où elle n'existait pas. Le point central est ici que « *le droit de la concurrence a aussi une influence sur les structures des opérateurs de service public, puisqu'il aboutit à leur imposer ex ante des règles particulières d'organisation* »¹⁶⁶.

La séparation des activités préconisée par le Conseil de la concurrence, notamment lors de la création de services publics n'en reste pas moins très ambivalente : elle est à la fois une charge supplémentaire qui pèse rarement sur les entreprises ne fournissant pas de service public (sauf dans le cas de facilités essentielles), et le gage pour les entreprises chargées de tels services que les coûts du service public étant précisément mesurables, elles pourront

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ M.Bazex, S.Blazy, note sous Cons.conc. avis n°04-A-21 du 28 octobre 2004 relatif à une demande d'avis de la Fédération Interprofessionnelle de la Communication d'Entreprise (FICOME), Dr.adm. décembre 2004, p.23.

¹⁶⁶ Ibidem.

bénéficiaire à la fois des compensations financières nécessaires à l'accomplissement de leur tâche, et des dérogations nécessaires au droit de la concurrence au sens de celle prévue à l'article 86-2 TCE. .

Chapitre 2. Le service public dans le marché

La question du service public dans le marché conduit inmanquablement à s'interroger sur la réalité, l'ampleur et les limites d'un hypothétique traitement particulier accordé à celui-ci par les autorités de la concurrence. L'indéniable banalisation du service public opérée par le droit de la concurrence est-elle totale ou seulement partielle ?

A proprement parler, le terme même de « banalisation » n'est pas, loin s'en faut, une nouveauté dans le paysage de la doctrine juridique française. Il est depuis longtemps associé à l'évolution du statut, non pas tant du service public, mais des entreprises publiques et plus largement du secteur public¹⁶⁷. L'idée sous-jacente à l'utilisation de ce terme est double : il permet de mettre en exergue le caractère évolutif de ce statut tout en énonçant, consciemment ou non, une critique de cette évolution. En effet, si « banal » traduit un état commun, usuel, sans rien de remarquable, alors la « banalisation » traduit bien une déchéance. En s'attaquant au secteur public, à son statut, au caractère spécial de son droit, à ses prérogatives exorbitantes, c'est à l'Etat que l'on s'attaque. Et l'on sait bien l'image « noble », et le terme n'est pas anodin, attachée à l'idée de l'Etat et à son service en France.

Non pas que les détracteurs de la banalisation du secteur public soient les derniers tenants d'une image quelque peu surannée de l'Etat ; qu'on ne s'y trompe pas, c'est d'un conflit beaucoup plus profond dont il s'agit. Si le mot n'était pas profondément surdéterminé, on oserait parler d'idéologie. Car qu'en est-il au fond ? Il s'agit de savoir si l'action publique, puisqu'elle ne répond pas, en théorie, aux mêmes objectifs que l'action privée, mérite ou non

¹⁶⁷ Voir par exemple M. Debène, *Entreprises publiques et marché unique : entre assimilation et suspicion*, AJDA 1992, p. 243. Cependant, selon David Bailleul, l'expression aurait été initiée par J.-B. Auby dans *Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites*, in Mélanges Jean-Marie Auby, Dalloz, 1992, p. 3. Cité in D. Bailleul, *De l'intérêt général à l'intérêt économique général*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 13, 29 Mars 2005, p. 1147.

un traitement différencié sur le plan juridique. C'est donc l'idée d'intérêt général qui constitue la pierre d'achoppement de ce débat.

Les différentes définitions de cette notion sont bien connues¹⁶⁸, il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail de cette discussion. On notera que les juristes semblent considérer assez largement que le débat est aujourd'hui clos : « le choc des deux cultures juridiques n'aura pas lieu¹⁶⁹ ». La modération du rapport Denoix de Saint-Marc de 1996¹⁷⁰ a ainsi, presque sans coup férir, triomphé de la véhémence du rapport du Conseil d'Etat de 1994¹⁷¹. « Le temps de la suspicion, de l'anathème parfois, est en train de céder devant celui de la réflexion » écrivait Monsieur Kovar¹⁷². C'est aujourd'hui chose faite. Les rapports entre concurrence et intérêt général sont pacifiés et clarifiés : bien loin de toute opposition radicale, la première est globalement perçue comme une parcelle du second, un état de marché participant de l'intérêt général. Mais quid de la conciliation nécessaire entre la concurrence et les autres composantes de l'intérêt général dont l'action publique est généralement porteuse ? Si intervention publique et concurrence ne semblent plus antinomiques, la question de leurs limites respectives reste d'actualité.

La jurisprudence semble porteuse de cette interrogation. Ainsi, à une profonde banalisation du service public (Sect.1) semble répondre, sporadiquement, une tendance à la différenciation dudit service dans le marché (Sect.2).

¹⁶⁸ Voir le rapport du Conseil d'Etat de 1999, *L'intérêt général* ; la thèse de Guylain Clamour, *Intérêt général et concurrence*, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2006.

¹⁶⁹ J.Morand-Devillier, *Commentaire de 'Intérêt général et concurrence'*, LPA, 20 juin 2006 n° 122, P. 16

¹⁷⁰ Le service public : rapport au Premier ministre, La Documentation française, Paris, 1996

¹⁷¹ Rapport Public 1994, préc.

¹⁷² P.Kovar, Rapport de synthèse, préc. p.477.

Sect. 1. La banalisation du service public

Si le droit de la concurrence implique incontestablement une banalisation du régime juridique du service public (§1), la question se pose de savoir si celle-ci ne joue, dans de nombreuses hypothèses, le rôle un objectif à atteindre au lieu de correspondre à une réalité concrète (§2).

§1. Un régime juridique uniformisé

La banalisation du service public dans son traitement par le droit de la concurrence semble assez évidente, eu égard au droit de la concurrence lui-même et à la pratique de celui-ci (A). Cependant, il n'est pas certain que le Conseil de la concurrence soit l'acteur premier d'une telle banalisation (B).

A. Une banalisation inhérente au droit de la concurrence

La banalisation du service public est incontestablement due à de multiples facteurs. Comme le souligne Sophie Nicinski, il s'agit d'un « vaste mouvement amorcé par ailleurs »¹⁷³, le droit n'étant que l'aboutissement d'un processus politique engagé dès les années 70. Critique du mode d'organisation et de fonctionnement des établissements publics, du modèle de gestion publique¹⁷⁴, rôle prépondérant du droit communautaire, notamment face aux monopoles publics¹⁷⁵, tournant idéologique marqué par l'avènement de la pensée néo-

¹⁷³ S.Nicinski, *Les évolutions du droit administratif de la concurrence*, AJDA, n°14/2004, p 751.

¹⁷⁴ Voir par exemple le rapport Douste-Blazy : *Entreprises publiques et Etat actionnaire : pour une gouvernance plus responsable*, juillet 2003. Egalement J.-Y. Chérot, *L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise*, JC.A., avril 2006, p.5.

¹⁷⁵ Voir notamment D.Simon, *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire*, Rapport introductif, in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché : Tome I*

libérale¹⁷⁶ ; autant de facteurs dont il serait bien malaisé de dire lequel a précédé tous les autres mais qui participent tous de ce profond bouleversement du rapport au secteur public en général.

Le droit de la concurrence semble à cet égard avoir été un instrument plus qu'une cause de ce bouleversement. La banalisation du service public y est consacrée par les textes (1), et mise en œuvre en pratique (2).

1. La banalisation dans la théorie

C'est tout d'abord dans le droit communautaire que la banalisation du service public a été affirmée. Ce mouvement est pour partie difficilement dissociable du principe de l'égalité de concurrence entre les entreprises publiques et privées qui a pour sa part abouti à la banalisation de l'entreprise publique. En effet, le droit communautaire affirme ne tenir compte que de la nature de l'activité de l'entreprise (elle-même définie très largement¹⁷⁷). Cependant, nombreux sont les commentateurs à noter, avec Michèle Voisset « qu'un esprit suspicieux règne incontestablement à l'égard des entreprises publiques, notamment à la Direction générale de la concurrence »¹⁷⁸. Comme l'écrit Monsieur Eckert : « les entreprises publiques paraissent alors n'avoir de choix qu'entre la privatisation et la banalisation de leur régime juridique et de leurs finalités »¹⁷⁹. Or qu'est-ce dont que la finalité d'une entreprise publique si ce n'est, le plus souvent, le service public ? En banalisant l'opérateur, c'est l'activité de

et II, Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998-Travaux de la CEDECE.

¹⁷⁶ B.Jobert, B.Théret (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, L'Harmattan, Paris, 1994.

¹⁷⁷ CJCE, 23 avril 1991, *Höfner* (C-41/90), Rec.I.8121 : « dans le contexte du droit de la concurrence [...] la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité ».

¹⁷⁸ M.Voisset, *Les entreprises publiques et l'Europe*, Contribution au colloque de l'Académie des Sciences morales et politiques, Quel avenir pour les entreprises publiques ?, 19 mai 2000.

<http://www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/voisset.pdf>

¹⁷⁹ G.Eckert, *Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives*, La problématique communautaire, RFDA 2005, p. 959.

celui-ci qui semble banalisée. Au point de s'interroger : « au-delà de l'idée de banalisation, c'est la justification et la légitimité du secteur public qui est en cause (si un opérateur public doit se comporter comme un opérateur privé, à quoi sert-il finalement ?) »¹⁸⁰.

Pour ce qui est de l'activité de service public elle-même, le principe est, comme nous l'avons déjà largement mentionné, la soumission aux règles du droit de la concurrence. Comme l'énonce l'article 86 alinéa 1, « *Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques [...] n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12, et 81 à 89 inclus* ». L'alinéa 2 précise que cette préconisation vaut également pour toutes les « *entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal* ». Ainsi, la nature de la mission, le service public, ne permet en elle-même, d'obtenir de dérogation de principe¹⁸¹.

Cette banalisation du service public est également à l'œuvre dans le droit français de la concurrence puisque l'ordonnance de 1986 utilise une formule encore plus générale en énonçant, à son article 53¹⁸² : « 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 ». La soumission des entreprises chargées de missions de service public aux règles de la concurrence est ici confirmée avec force puisque ni le service public ni même les entreprises publiques ne sont mentionnés. Plus encore, la dérogation prévue à l'article 86-2 du Traité CE n'existe pas en droit français. La banalisation du service public y est donc, étonnamment, plus poussée.

¹⁸⁰ S.Nicinski, Droit public de la concurrence, Collection Systèmes, LGDJ, Paris, 2005, p.15.

¹⁸¹ Même si une dérogation est bien évidemment possible au titre de l'article 86-2.

¹⁸² Aujourd'hui article L 410-1 du Code de commerce.

2. La banalisation dans la pratique

Il n'est dès lors guère étonnant, eu égard aux fondements textuels précités, de constater que les services publics sont d'une manière générale soumis aux mêmes analyses, voire aux mêmes condamnations, que toute entreprise classique.

Ainsi, même si les cas sont rares, les entreprises chargées de missions de service public sont-elles passibles d'une condamnation pour entente anticoncurrentielle au titre de l'article L 420-1. Comme le remarque le Conseil d'Etat dans son rapport de 2002 « *les ententes relevées concernent rarement des accords entre personnes publiques mais le plus souvent des accords entre une personne publique et des partenaires privés auxquels sont consentis, essentiellement par de simples contreparties financières, des avantages ou des droits exclusifs* »¹⁸³. Outre le cas ancien mais fondateur concernant une entente entre une commune et une école de ski¹⁸⁴, les seuls cas plus récents concernent également le domaine sportif¹⁸⁵.

Mais c'est bien évidemment au titre de l'article L 420-2 que les entreprises chargées de mission de service public font le plus l'objet de décisions du Conseil de la concurrence. C'est en effet l'abus de position dominante qui constitue la pratique anticoncurrentielle la plus souvent reprochée aux entreprises chargées de mission de service public. Celles-ci étant assez souvent d'anciens ou d'actuels monopoles publics, ou disposant plus généralement de droits exclusifs ou de financements publics, leur position dominante est relativement aisée à établir.

¹⁸³ Conseil d'Etat, rapport 2002, Collectivités publiques et concurrence, préc., p. 235.

¹⁸⁴ Cons. conc., décision n°90-MC-12 du 12 décembre 1990 relative à l'Ecole de ski Snow fun, BOCCRF 29 décembre 1990, confirmée par CA Paris, 29 septembre 1994, BOCCRF, 27 octobre 1994.

¹⁸⁵ Cons. conc., décision n°94-D-40 du 28 juin 1994, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski, confirmée par CA Paris, 14 juin 1995, BOCCRF 1995 p. 279 ; Cons. conc., décision n° 97-D-71 du 7 octobre 1997 confirmée par CA Paris, 16 février 1999, BOCCRF n°4, 26 février 1999, annulée par Cass.com., 29 juin 2000, BOCCRF n°10, 12 septembre 2000 ; Cons. conc., décision n°98-D-31 du 13 mai 1998, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'escrime, BOCCRF 1998 p. 490.

Procéder au recensement des décisions du Conseil de la concurrence conduisant à banaliser les opérateurs de service public au regard de l'abus de position dominante ne semble guère possible ni même nécessaire. Un point emblématique illustre parfaitement cette tendance : la définition du marché pertinent.

On sait le rôle crucial que joue cette étape dans le raisonnement du Conseil sur la décision finale¹⁸⁶, notamment car il permet d'établir s'il y a ou non position dominante et si l'impact d'une entente justifie une sanction. Ce concept est défini par le Conseil comme « *le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. [...] Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »¹⁸⁷. Le Conseil ne semble pas faire preuve d'une quelconque mansuétude dans la définition de ce marché à l'égard des entreprises chargées de mission de service public. Bien au contraire. Ainsi l'approche du Conseil a pu être critiquée, notamment par Christophe Barthélemy concernant la délimitation du marché pertinent dans l'affaire des Vedettes vendéennes¹⁸⁸ : « La segmentation des marchés selon un critère chronologique n'est pas évidente. En droit administratif, elle ne correspond pas à la définition de la mission de service public confiée à la Régie »¹⁸⁹. Sans avoir à se prononcer sur le fond et la « dénaturation du service public » dénoncée par l'auteur, il suffit de remarquer que le Conseil ne s'estime aucunement lié par l'approche juridique « traditionnelle » du service public. La banalisation de l'opérateur de

¹⁸⁶ Voir Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2001, *Etude thématique : le marché pertinent* ; L.Bidaud, La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence, préc. ; C. Lucas de Lessac, *Marché pertinent et ententes, Exposé introductif*, actes du colloque organisé par le CREDA : www.creda.ccip.fr/colloque/14client/14-04acl.pdf

¹⁸⁷ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2001, préc.

¹⁸⁸ Cons.conc. décision n°04-D-79 du 23 décembre 2004, préc.

¹⁸⁹ C.Barthélemy, *Un rééquilibrage de la politique de la concurrence en faveur des services publics*, Concurrences n°2 –2005, p.17.

service public est ici évidente (et, à notre sens, difficilement justifiée) puisqu'il n'est tenu aucun compte des obligations juridiques auxquelles est soumise l'entreprise.

Pour autant, le Conseil de la concurrence est-il réellement l'artisan principal de cette banalisation ? La jurisprudence tenant à la compétence de celui-ci permet d'émettre quelques doutes sur cette question.

B. Une banalisation mise en œuvre par le Conseil de la concurrence ?

Si l'égalité de traitement semble s'imposer entre opérateurs « classiques » et opérateurs chargés de missions de service public devant le Conseil de la concurrence, il n'en demeure pas moins que cette banalisation du service public n'a qu'une portée limitée. Et pour cause, le Conseil de la concurrence ayant, en raison du partage opéré par le Tribunal des conflits, une compétence très limitée quant aux activités des personnes publiques ou privées chargées de missions de service public (1). Dès lors, la question se pose de savoir si le Conseil d'Etat, bien plus que le Conseil de la concurrence, n'est pas le grand artisan d'une telle banalisation (2).

1. Les limites à la compétence du Conseil de la concurrence

Créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence devait très vite s'avérer être un casse-tête juridique tant la nouveauté de l'autorité, mais aussi du droit dont elle assure la mise en œuvre, allaient heurter certains principes anciens du droit français.

La loi n°87-499 du 6 juillet 1987¹⁹⁰ transférant les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence à la Cour d'appel de Paris (donc à l'ordre judiciaire) avait déjà rendu nécessaire une exception au principe de séparation des pouvoirs, exception validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°88-224 DC dite « Conseil de la concurrence » du 23 janvier 1987¹⁹¹. Surtout, la compétence du Conseil avait été déterminée par référence à l'article 53 de l'ordonnance. Or, comme le souligne Antoine Colin-Goguel, « cette équivalence entre l'applicabilité de l'ordonnance et la compétence du Conseil, [mordait] sans doute trop profondément sur les compétences plus anciennes des juridictions de l'ordre administratif dans la mesure où l'article 53 raisonne, non pas en termes de nature juridique des organismes en cause ni de missions d'intérêt public, mais en termes d'activité économique menée sur un marché »¹⁹². Le législateur ayant abandonné l'idée de légiférer sur la question¹⁹³, ce sont les règles jurisprudentielles qui régissent toujours le partage des compétences.

Celles-ci ont été posées progressivement, de l'arrêt *Ville de Pamiers* du 6 juin 1989¹⁹⁴ à l'arrêt *Aéroport de Paris* du 18 octobre 1999¹⁹⁵ du Tribunal des conflits. Sans revenir sur le détail de cette évolution, il faut noter que le concept qui reste en ce domaine la *summa divisio*, selon l'expression de Bertrand du Marais¹⁹⁶, est celui de la *détachabilité*. Ainsi, les pratiques en cause relèveront de la compétence du Conseil de la concurrence ou du juge administratif selon qu'elles sont détachables ou non des décisions par lesquelles les entreprises assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique.

¹⁹⁰ JORF 31 juillet 1987.

¹⁹¹ CC, décision n°88-224 DC du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, Rec. 8.

¹⁹² A.Colin-Goguel, *La compétence du Conseil de la concurrence face aux services publics : quelle place pour le critère de détachabilité ?*, Concurrences, mars-avril 2002, p.35.

¹⁹³ Amendement n°122 de la Commission de la production adopté le 2 mai 2000 en première lecture à l'Assemblée nationale, supprimé devant le Sénat. Ibidem.

¹⁹⁴ Rec.293

¹⁹⁵ Rec.469

¹⁹⁶ B.Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, Paris, 2004, p. 152.

Si le critère ainsi posé semble relativement clair, la mise en œuvre du partage des compétences n'est cependant pas des plus aisées. Tout d'abord, le critère combine « le service public et la détachabilité, deux des notions les plus souples du droit administratif »¹⁹⁷. Antoine Colin-Goguel affirme d'ailleurs sans ambages que le concept de détachabilité a été développé par le juge administratif comme un « prétexte afin de connaître ce qui normalement n'entre pas dans sa compétence »¹⁹⁸ et que son contenu est en conséquence des plus volatils. Et de montrer que le partage de compétence se fait en réalité selon d'autres critères¹⁹⁹. Ensuite et au-delà du problème du critère, la doctrine s'est souvent montrée réservée à l'égard de cette division de la compétence entre juridictions administratives et judiciaires, notamment à cause des risques de disparité dans l'application du droit de la concurrence, mais aussi au regard des moyens dont dispose le juge administratif pour mettre en œuvre ce droit²⁰⁰. Enfin, Sophie Nicinski souligne la tendance récente des autorités de la concurrence à se saisir « de pratiques directement issues d'un acte administratif, *relativisant ainsi considérablement la notion de détachabilité* »²⁰¹.

Il ressort également de la jurisprudence du Conseil de la concurrence que cette répartition des compétences le conduit à ne pouvoir sanctionner des pratiques qui, au regard de la théorie économique, semblent constituer un avantage concurrentiel évident. C'est par exemple le cas lorsque le Conseil, lors de sa décision 03-D-33 du 3 juillet 2003, se refuse à considérer la présence dans les mêmes locaux, séparés par une « cloison vitrée », de services

¹⁹⁷ A. Colin-Goguel, op.cit. p.36.

¹⁹⁸ Ibidem, p.37.

¹⁹⁹ « A y regarder de plus près, les critères utilisés sont en fait les critères classiques de la détermination des contrats administratifs : mission de service public, prérogatives de puissance publique et circonstances exorbitantes du droit commun ». Idem.

²⁰⁰ Voir notamment : S. Destours, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Thèse, Bibliothèque de droit de l'Entreprise, Litec, Paris, 2000 ; J.-Y. Chérot, *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, AJDA, 2000, p.687 ; L. Richer, *Le juge économiste ?*, AJDA, 2000, p.703

²⁰¹ S. Nicinski, op.cit. Et de citer notamment la décision n° 03-D-46 du 30 septembre 2003, relative à des pratiques concernant un marché public de transport d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes.

en concurrence et de services administratifs exercés en monopole comme un avantage²⁰². Le bon sens, et plus théoriquement, le modèle de la ville linéaire développée par Hotelling en 1929²⁰³ et dont les applications concrètes sont légions, amène à émettre quelques doutes quant à cette position. Mais comme le rappelle le Conseil, les choix concernant les locaux ne relèvent pas de sa compétence²⁰⁴.

Autre exemple éloquent du problème du partage de compétence, la Cour d'appel de Paris a été contrainte d'affirmer concernant les tarifs du CNED que « *le caractère "prédateur" des redevances qu'il applique à ce titre, qui n'est pas contestable, résulte de l'octroi de subventions dont le Conseil a retenu à juste titre qu'il était incompétent pour en apprécier la légalité, s'agissant de l'organisation, par les ministères compétents, du service public de l'enseignement* »²⁰⁵.

Plus largement, la conséquence de cette jurisprudence est claire : le Conseil de la concurrence connaît très rarement de pratiques touchant directement au service public, et pour cause, la mise en œuvre de celui-ci découlant en principe directement d'actes de puissance publique. Les cas dans lesquels le Conseil se déclare incompétent sur ce fondement sont d'ailleurs très nombreux.

²⁰² Cons.conc., décision n°03-D-33 du 3 juillet 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Toulouse, pt. 57, BOCCRF n°12, 8 octobre 2003.

²⁰³ H.Hotelling, 1929, *Stability in Competition*, The Economic Journal, Vol. 39, p 41-57. La « loi » de Hotelling permet notamment d'expliquer pourquoi, même en dehors de contraintes légales, les supermarchés tendent à s'implanter aussi près que possible les uns des autres.

²⁰⁴ « *L'acte par lequel la ville de Toulouse a décidé ce regroupement des services publics administratifs relatifs aux obsèques et des services industriels et commerciaux assurés par la régie municipale est une décision administrative, prise dans le cadre de la mission de service public exercée par la commune avec les prérogatives de puissance publique qui sont les siennes* ». Cons.conc., décision n° 03-D-33, préc., pt. 45.

²⁰⁵ CA Paris, 7 novembre 2006, préc.

2. La banalisation, œuvre du juge administratif ?

La constatation précédente amène à s'interroger sur le rôle du Conseil de la concurrence dans la banalisation du service public. Celle-ci découle indéniablement du droit de la concurrence. Mais dès lors que le Conseil de la concurrence est rarement compétent pour connaître des activités de service public, il semble bien que le juge administratif soit en réalité le premier artisan de cette banalisation.

Le Conseil d'Etat a en effet intégré le droit de la concurrence au bloc de la légalité administrative dont il assure le respect depuis son arrêt *Million et Marais* du 3 novembre 1997²⁰⁶. Et c'est suite à sa jurisprudence, et notamment l'avis contentieux rendu le 8 novembre 2000 *Société J.-L. Bernard Consultants*²⁰⁷ que la doctrine en est venue à s'interroger sur l'apparition d'un principe d'égalité concurrence, en lieu et place du principe de non-concurrence²⁰⁸. Et c'est sans doute cet aspect là de la banalisation de l'action publique qui pose le plus de questions, même si le Conseil d'Etat a récemment donné un sérieux coup d'arrêt à cette interprétation²⁰⁹.

Il n'est sans doute pas exagéré d'affirmer qu'au final, si le droit de la concurrence opère bien une banalisation du service public, la mise en œuvre et les limites de cette banalisation reviennent, en raison du partage tracé par le Tribunal des Conflits, au juge administratif et non au Conseil de la concurrence, globalement incompétent en ce domaine. Certes, le Conseil de la concurrence appréhende par principe les activités de service public, quand il en a l'occasion, comme toute autre activité, mais l'épineuse question de l'équilibre entre préoccupations d'intérêt général et préoccupations de concurrence trouve largement sa

²⁰⁶ Rec.406

²⁰⁷ Rec.492

²⁰⁸ Voir notamment : G.Clamour, *Retour sur la libre et égale concurrence entre opérateur public et opérateur privé*, préc. ; C.Bettinger, *L'égalité concurrence, une utopie*, préc. ; G.Eckert, « L'égalité de concurrence entre les opérateurs publics et privés sur le marché », in *Liber amicorum J. Walline*, préc.

²⁰⁹ CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.

réponse dans la jurisprudence administrative. Réponse qui d'ailleurs n'est pas des plus simples²¹⁰.

Tout en gardant à l'esprit la question du partage des compétences, il est possible de mettre en question le principe posé par le droit de la concurrence de l'égalité entre opérateurs « classiques » et opérateurs chargés de mission de service public. En effet, celui-ci trouve son origine dans le droit communautaire et a été forgé à une époque où l'économie était encore largement dominée, dans la majeure partie des Etats membres de l'Union européenne, par le secteur public. Dans de nombreux cas, la banalisation du service public apparaît alors plus comme un objectif à atteindre que comme une réalité concrète. Les autorités de la concurrence ne sauraient se soustraire de la réalité économique et à bien des égards, la jurisprudence reflète cet état de fait.

§2. La banalisation du service public : un objectif plus qu'un état de fait ?

Un certain nombre de traits de la jurisprudence du Conseil semblent caractériser le fait que la banalisation du service public soit un objectif non encore réalisé – on pense notamment à la préoccupation de séparation des activités étudiée précédemment qui tend à imposer aux opérateurs une « normalisation » comptable propre à les rendre contrôlables sans que le Conseil n'ait pour l'instant fait grief à une entreprise de ne pas respecter cette prescription²¹¹ –

210 « Il faudrait donc procéder à une recherche systématique, libre et ouverte, de l'équilibre des intérêts en présence. Et rappeler que les intérêts défendus par le droit de la concurrence ne sont pas de la sphère privée mais relèvent bien également de l'intérêt général. » N.Charbit, *Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de concurrence*, LPA, 21 février 2001 n° 37, P. 4

211 Exemple éloquent de ce réalisme du Conseil, qui touche parfois à la magnanimité, nous est donné au point 165 de la décision n°05-D-63 du 17 novembre 2005 concernant La Poste (BOCCRF n°5, 29 avril 2006) : « En l'espèce, aucun élément ne permet de considérer que les activités ouvertes à la concurrence de La Poste *auraient* bénéficié d'un réel appui logistique et financier de ses services réservés. *Il est actuellement impossible d'évaluer avec précision les coûts des prestations fournies dans le domaine concurrentiel*, lorsque la prestation est offerte

mais la question des facilités essentielles reste la meilleure illustration de ce « phénomène » juridique.

Après avoir rappelé la particularité de certains secteurs de l'économie (A), nous tenterons de montrer en quoi l'utilisation de la théorie des facilités essentielles tend à provoquer une banalisation du service public « à marche forcée » (B).

A. La particularité de certains secteurs

La transition d'une économie marquée par une forte présence du secteur public à une économie plus « libéralisée » est un processus long et difficile. Il n'est donc pas étonnant de constater que certains secteurs présentent toujours, près de vingt ans après les premières privatisations, certaines particularités. On peut distinguer deux hypothèses : celle des secteurs d'activités basés sur l'existence d'un réseau, dont on peut penser que la particularité subsistera aussi longtemps que le réseau sera nécessaire, et celle plus large, des secteurs dans lesquels l'influence d'un ancien monopole public, indépendamment de toute question technique, reste prédominante.

La nécessité d'un réseau conduit à la présence de rendements d'échelle toujours croissants contribuant à rendre l'accès au marché difficile, voire impossible, pour une entreprise concurrente de celle détenant le réseau. Comme l'affirme Marcel Boiteux : « On se trouve ici confronté au cas d'exception de l'économie de marché, cas reconnu depuis toujours par les apôtres de la concurrence : les techniques à rendement croissant — d'ailleurs beaucoup

par La Poste au sein de ses services. Par ailleurs, *quand bien même La Poste aurait utilisé* les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, rien ne permet là encore de *présumer* que cette pratique, à la supposer établie, *aurait présenté* un caractère abusif. En effet, au vu des informations rassemblées *malgré l'absence de comptabilité analytique de La Poste*, aucune pratique susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence n'a pu être mise en évidence, telle que des prix prédateurs ou des prix anormalement bas par rapport à ceux pratiqués sur le marché. Enfin, *il n'existe aucune certitude* que la subvention aurait permis de compenser de manière durable l'éventuel déficit structurel des activités de diversification par les résultats positifs tirés de l'activité de monopole, ce qui conduirait au maintien sur le marché d'une offre artificiellement compétitive, selon une stratégie d'éviction des concurrents du marché ». (nous soulignons)

plus rares qu'on ne le croit — impliquent le monopole²¹² ». L'existence d'un tel monopole naturel a longtemps conduit à justifier l'intervention directe de la collectivité, le plus souvent, en France, via une nationalisation des infrastructures et de l'entreprise en assurant la gestion.

Que les entreprises en question aient été privatisées (France Télécom) ou que le processus soit en cours (GDF), il est clair que celles-ci gardent une position largement dominante dans leur secteur d'activité, surtout si elles continuent à être les gestionnaires de réseau.

Il faut préciser que certains secteurs, indépendamment de l'existence d'un réseau, restent largement dominé par une entreprise publique. On pense ici par exemple au contentieux récurrent concernant l'INSEE²¹³, le CNED²¹⁴, ou encore à tout le contentieux concernant le service des pompes funèbres²¹⁵. Cette position dominante conduit, d'une manière générale, le droit de la concurrence à mettre ces entreprises sous surveillance, voire à les soumettre à des contraintes particulières. L'idée sous-jacente est celle exprimée par Dominique Brault : « La bête, si je puis dire, n'est jamais si dangereuse que lorsqu'elle est blessée, harcelée et sur la défensive²¹⁶ ». Mais cela révèle déjà que la banalisation de ces entreprises est un processus en cours plus qu'une réalité effective. Et à cet égard, la théorie des facilités essentielles joue un rôle fondamental.

²¹² M.Boiteux, *Entreprises publiques et monopoles*, Contribution au colloque de l'Académie des Sciences morales et politiques, « Quel avenir pour les entreprises publiques ? », 19 mai 2000.

<http://www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/boiteux.pdf>

²¹³ Cons.conc. avis n°01-A-18 du 28 décembre 2001, disponible sur le site du Conseil de la concurrence.

²¹⁴ Conc.conc avis n°00-A-31, préc. ; Cons.conc. décision n°05-D-68 du 12 décembre 2005, BOCCRF n°1, 23 janvier 2001, confirmée par CA Paris, 7 novembre 2006 (voir le site du Conseil de la concurrence).

²¹⁵ Cons.conc. décision n°00-D-59 du 6 décembre 2000, BOCCRF n°14, 30 décembre 2000 ; Cons.conc. décision n°03-D-15 du 17 mars 2003, BOCCRF n°7, 16 juin 2003 ; Cons.conc. décision n°03-D-33, préc. ; Cons.conc., décision n°04-D-21 du 17 juin 2004, BOCCRF n°9, 8 novembre 2004 ; Cons.conc. décision n°04-D-37 du 27 juillet 2004, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004 ; Cons.conc. décision n°05-D-39 du 5 juillet 2005, BOCCRF n°4, 14 mars 2006, etc.

²¹⁶ D.Brault, *Service public et position dominante : peut-il y avoir abus ?* LPA, 30 novembre 2004 n° 239, p. 36.

B. La théorie des facilités essentielles : la banalisation à marche forcée ?

Après avoir rappelé l'origine et les modalités d'application de la théorie des facilités essentielles (1), nous nous attacherons à voir en quoi cette théorie, de par la spécificité des opérateurs qu'elle touche, semble avant tout viser à aboutir à une banalisation de ceux-ci, et partant, des missions dont ils sont souvent porteurs (2).

1. La théorie des facilités essentielles

Cette théorie est née aux Etats-Unis. C'est en 1912 que la Cour suprême dans l'affaire *United States vs. Terminal Railroad* l'a utilisée pour la première fois²¹⁷. En l'espèce, l'ensemble des infrastructures ferroviaires permettant de franchir le Mississippi avait été acheté par l'homme d'affaire Jay Gould. Cette situation de monopole lui avait ainsi permis d'exiger le paiement de péages jugés excessifs par les compagnies de transport. Les infrastructures furent considérées par la Cour suprême comme des installations essentielles.

La théorie des facilités essentielles a d'abord été reprise en droit communautaire²¹⁸, puis en droit national²¹⁹. Fut ainsi posé, en droit de la concurrence, le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent

²¹⁷ *United States vs Terminal Railroad Association of Saint Louis*, 224 U.S. 383 (1912)

²¹⁸ Dans sa décision *Sea Container contre Sealink* (décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE la Commission des communautés énonçait l'applicabilité de la doctrine des facilités (ou infrastructures) essentielles en indiquant : « *Le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction* ».

²¹⁹ Même si en réalité, la première application de cette notion par le Conseil de la concurrence remonte à 1990 dans la décision n° 90-D-22 du 26 juin 1990 (cependant, il y a lieu de noter que l'appellation de structure essentielle ou de facilité essentielle ne figure pas dans la décision), comme le rappelle le Conseil dans son avis n°02-A-08 du 22 mai 2002, *APDP*, BOCCRF n°9, 11 août 2003. Le Conseil d'Etat fait par ailleurs également usage de la théorie : CE, 29 juillet 2002, *Cegedim*. Req. n°200886.

nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire.

La qualification « d'infrastructure essentielle » a, pour la première fois, été utilisée par le Conseil dans une décision 96-D-51 du 3 septembre 1996, *Héli-inter assistance*²²⁰. En confirmant cette décision dans un arrêt du 9 septembre 1997, la cour d'appel de Paris a contribué à préciser les critères de cette notion : « *Considérant que les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables [...] Considérant que lorsque l'exploitant monopoliste est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son concurrent à son égard en établissant un prix d'accès à cette facilité injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs* »²²¹.

Parce qu'elle suppose des restrictions à la liberté contractuelle et à la liberté des prix ; parce qu'elle semble s'opposer frontalement aux droits de propriété intellectuelle²²², cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques²²³. La jurisprudence tend donc à imposer un certain nombre de conditions restrictives permettant l'application de la théorie : l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour

²²⁰ BOCCRF n°1, 8 janvier 1997

²²¹ BOCCRF 7 octobre 1997, confirmée par Cour de cassation 25 janvier 2000, BOCCRF n°3, 7 mars 2000.

²²² Suite notamment à la célèbre affaire Magill, CJCE, 6 avril 1995, C-241 et 242/91, Rec.I-743

²²³ Voir par exemple L.Richer, *Le droit à la paresse ?* – « Essential facilities », version française : D. 1999, chron. p. 523 ; P.-Y. Gautier, *Le cédant malgré lui – Études du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles* : D. affaires 1995, p. 123 ; V.Sternin, *Concurrence et propriété intellectuelle : une coexistence essentielle mais pas si facile*, <http://www.invention-europe.com/Article659.htm> . Sur l'intéressante question du domaine public comme facilité essentielle, voir S.Nicinski, *Droit public de la concurrence*, préc., p.57.

exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient une position dominante ; l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère (critère de l'absence d'alternative satisfaisante) ; l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; l'accès à l'infrastructure est possible²²⁴. Enfin, ajoutons avec Jean Philippe Kovar²²⁵ qu'une marge respectable doit cependant être garantie à l'opérateur détenteur de la facilité²²⁶ et que l'application de la théorie ne doit pas mener à un comportement contraire à toute rationalité économique²²⁷.

2. Une mise en œuvre visant surtout certains opérateurs

Une objection peut dès à présent être écartée : la théorie des facilités essentielles ne s'applique pas uniquement aux opérateurs anciennement titulaires d'un monopole et chargés de mission de service public. Bien évidemment, quelques exemples jurisprudentiels concernent des entreprises « classiques »²²⁸. Mais force est de constater que les entreprises visées sont, à de rares exceptions près, les anciens grands monopoles publics²²⁹. Ils sont « les cibles privilégiées [de la théorie] »²³⁰. Il s'agit de contraindre des entreprises « inhabituelles » sur le marché, de par leur taille et les réseaux dont elles disposent, à se comporter *comme si*

²²⁴ Cons.conc. avis n°02-A-08 du 22 mai 2002, préc.

²²⁵ J.-P. Kovar, L'Etat et les modes d'organisation du marché, Thèse, URS, Strasbourg, 2005, p 53.

²²⁶ Cons.conc. avis n°01-A-01 du 16 mars 2001, BOCCRF n°11, 18 octobre 2000

²²⁷ Cons.conc. décision n°04-D-34 du 22 juillet 2004, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004

²²⁸ Par exemple Cons.conc. 03-D-41 du 4 août 2003 concernant la société TOTAL.

²²⁹ GDF : Cons.conc. avis n°04-A-05 du 30 janvier 2004, BOCCRF n°4, 26 avril 2005 ; Cons.conc. avis n° 05-A-11 du 17 juin 2005, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006 ; La Poste : Cons.conc avis n°03-A-06, préc. ; EDF : Cons.conc. avis n°00-A-21 du 6 septembre 2000 ; France Télécom : Cons.conc. avis n°04-A-17, préc., etc.

²³⁰ G.François, *L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles*. Commentaire sous Cass. com., 12 juillet 2005, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 47, 24 Novembre 2005, p. 1700.

elles étaient des entreprises classiques. Ainsi est imposée non plus seulement une séparation comptable ou juridique, mais un comportement quasi-schizophrène²³¹.

Cette fiction juridique imposée par le juge et à laquelle il convient de se conforter n'est probablement pas indépendante des modalités d'organisation du service public préconisées par les autorités de la concurrence (cf. chapitre 1). En effet, les grands réseaux dont il est question restent des instruments nécessaires à l'accomplissement de diverses missions de service public. On pousse ainsi le plus loin possible la concurrence, en la faisant jouer au sein même de l'utilisation de l'instrument (physique ou immatériel), ce qui emporte, finalement, que les opérateurs chargés des missions de service public soient, par principe, multiples.

Allant plus loin dans l'analyse, Dominique Brault émet l'idée qu'« ainsi, il semble qu'un concept nouveau de ressources rares et essentielles soit en voie de se substituer à la notion classique de service public. Il fallait assurer l'égalité d'accès au service public, de la même façon, il faut désormais égaliser les conditions d'accès aux ressources rares et essentielles, fussent-elles produites et gérées par des intérêts privés. Tout se passe comme si l'on réinventait la notion de service public »²³². On aurait ainsi une translation de l'obligation d'égalité d'accès au service public du stade de la demande finale à des stades intermédiaires. En conséquence, le service public est banalisé non pas tant au niveau des objectifs qui sont les siens et dont peu ou prou personne ne conteste le bien-fondé, mais en tant que produit. Le produit « service public » devient un produit comme un autre. Sa production est soumise à la concurrence²³³ et son producteur, quand bien même il disposerait, de fait ou de droit, de facilités particulières, est tenu de se comporter comme un opérateur ordinaire.

²³¹ Ce qui rend le respect de l'obligation beaucoup plus aléatoire ? Probablement. On notera que la Commission européenne, consciente des risques en ce domaine, a fortement insisté, au Conseil européen de Bruxelles du 7-9 mars 2007 pour une séparation totale entre production et transport au sein d'EDF et GDF. Voir par exemple J.Majerczak, *Bruxelles veut démanteler EDF et GDF, la France résiste*, Libération, 9 mars 2007.

²³² D.Brault, op.cit. p.735.

²³³ Le lien avec le débat récurrent autour du vocable usager/client semble d'ailleurs être un autre symptôme apparent de cette évolution.

Cette distinction, sans doute novatrice au regard de la jurisprudence traditionnelle française, entre la mission de service public et la production du service public permet peut-être d'éclairer les quelques cas dans lesquels le Conseil de la concurrence semble mettre en œuvre un régime différencié à l'égard d'entreprises chargées de missions de service public. Non pas qu'il s'agisse de favoriser ces opérateurs, au contraire, le droit de la concurrence entretenant ou ayant longtemps entretenu envers eux une suspicion latente²³⁴, mais les missions de service public pourraient peut-être justifier le souci d'assurer à l'opérateur la possibilité de les mettre en œuvre, en le protégeant notamment des risques d'écrémage²³⁵. Il n'est d'ailleurs pas anodin que pour le juge communautaire, l'exception de l'article 86-2 ne soit invocable que si la gestion du service public est efficace²³⁶. La mission est fondamentale, l'opérateur, quelle que soit son activité, n'est lui qu'une entreprise parmi d'autres.

Sect. 2. La différenciation du service public

La question se pose de savoir si le Conseil de la concurrence pouvait ne pas faire une place particulière aux services publics dans sa jurisprudence. Pouvait-il, tel le juge idéal des révolutionnaires, « aveugler sa raison devant la Loi »²³⁷, n'être que la bouche disant le droit et

²³⁴ Comme le rappelle Dominique Brault : « *Les opérateurs de services publics sont donc plus encadrés et surveillés que les opérateurs ordinaires. Ils le sont à la fois par les autorités de droit commun de la concurrence et par le régulateur spécialisé, sans compter les tribunaux.* » Op.cit.

²³⁵ L'écrémage est un risque que le Conseil de la concurrence prend en compte dans son analyse et que les opérateurs invoquent donc parfois. Voir Cons.conc., avis n°05-A-08 préc., pts 54 et 72 ; Cons.conc., décision n°04-D-34 du 22 juillet 2004 relative à l'exécution de la décision 03-MC-04, pt.25, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004 ; Cons.conc., décision n°98-D-70 du 24 novembre 1998 relative aux droits de diffusion audiovisuelle, BOCCRF n°14, 25 août 1999, annulée partiellement par CA Paris, 15 juin 1999, BOCCRF 25 août 1999, confirmée par Cass.com., 30 mai 2000, BOCCRF 25 juillet 2000.

²³⁶ Ainsi, dans l'affaire *Klaus Höfner*, la Cour de justice a-t-elle refusé de faire bénéficier du régime de l'article 86-2 du traité CE l'Office fédéral allemand pour l'emploi « *dès lors que celui-ci n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché à cet égard* » (CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90, Rec.I.8121, pt 25). De même, dans l'affaire *Job Centre*, que les bureaux publics de placement en Italie n'étaient « *manifestement pas en mesure de satisfaire, pour tous genres d'activités, la demande que présente le marché du travail* » (CJCE 11 décembre 1997, aff. C-55/96, Rec.I-07119, pt 27). Cette théorie dite « du monopole défaillant » est d'ailleurs reprise par le Conseil de la concurrence dans son avis n°03-A-21 du 31 décembre 2003 relatif à la Mutualité Fonction Publique, BOCCRF n°4, 26 avril 2005 (pt.140 notamment)

²³⁷ L'expression est de Saint-Just.

appliquer au pied de la lettre l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ?²³⁸ Car ce qui est au fond posé par ce texte, c'est le principe d'une égalité parfaite entre les différents acteurs des marchés. Mais comme l'écrivait Portalis, « il y avait des juges avant qu'il y eût des lois »²³⁹ et si la loi sert de justification, le souci du juge reste et doit rester celui de prendre une bonne décision.

Or une bonne décision implique sans aucun doute pour le juge, quel qu'il soit, de ne pas se couper de la réalité concrète des acteurs juridiques auxquels il applique le droit, c'est d'ailleurs ce que réaffirmait Monsieur Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'Etat, dans une allocution récente²⁴⁰. Le droit de la concurrence a beau proclamer le principe d'une égalité parfaite entre les entreprises, cette proclamation est très théorique. Les missions de service public impliquent, en elles-mêmes, une différence entre les opérateurs, ne serait-ce que parce que les buts qu'ils poursuivent peuvent être radicalement différents. Tous les acteurs du marché ne sont pas guidés par la recherche du plus grand profit. Et même si le juge n'est pas lui-même sensible à l'idée que le service public suppose l'intérêt général, notion largement remise en cause²⁴¹, le fait est que les acteurs du marché, au premier rang desquels les consommateurs, y sont sensibles. Or ce *fait*, le juge ne peut totalement l'ignorer.

Il ne s'agit donc pas d'affirmer que le Conseil de la concurrence soit le tenant de l'idée exprimée par Monsieur Lucas de Leyssac selon qui « le marché et donc les règles qui le gouvernent existent en raison de leur qualité reconnue d'efficacité économique, mais c'est une

²³⁸ On notera que le Conseil de la concurrence fait parfois preuve d'une conscience aiguë de la réalité des acteurs. Ainsi, dans sa décision n°05-D-60 du 8 nov. 2005, *Sté Trans Côte d'Azur*, (BOCCRF n°4 du 16 mars 2006, confirmée par CA Paris, 4 juillet 2006, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006) admet-il de justifier une pratique restrictive de concurrence sur le fondement de la nécessaire protection de l'Ile de Saint Honorat et de la préservation de la tranquillité des lieux ! Voir le commentaire amusé de Marie Malaurie-Vignal, *La sérénité religieuse peut justifier une politique de quotas et fonder le rejet d'une plainte pour abus de position dominante !*, Cont. Conc. Cons. n° 12, Décembre 2005, comm. 204.

²³⁹ Cité in, Y.Aguila, Editorial, *Sur l'art de juger*, Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, n°24, Automne 2006.

²⁴⁰ « *Bien juger, c'est aussi comprendre les réalités que traduisent les situations de droit* ». J.-M.Sauvé, Allocution d'ouverture, Colloque « L'abus de droit en matière fiscale », 7 mars 2007. Disponible sur le site du Conseil d'Etat.

²⁴¹ Voir par exemple J.-M.Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D., 1998, Chr., p. 327.

simple qualité. Le service public est porteur d'ambitions et d'exigences plus fortes ; il est porteur de valeurs. Et s'il existe une contradiction radicale entre une qualité et une valeur, c'est évidemment la valeur qui doit l'emporter »²⁴². Il est en effet difficile d'affirmer les valeurs en lesquelles « croit » l'autorité de la concurrence : toute thèse à ce sujet serait bien difficile à défendre. Tout au plus peut-on constater que le service public implique certaines réalités économiques et sociales que le Conseil ne peut pas nier.

Certes, comme il ressort des développements précédents, ces questions relèvent principalement en France du juge administratif. Les points sur lesquels une différenciation à l'égard du service public apparaît sont donc, dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence, des points relativement accessoires. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la compétence du Conseil ait été discutée lors de la seule décision réellement significative à ce sujet (voir infra).

Deux aspects de la jurisprudence retiennent particulièrement l'attention en ce qu'ils pourraient révéler une forme de différenciation. Le premier tient à la question de l'image du service public (§1), le second, à son prix (§2).

§1. La particularité de l'image du service public

Une différenciation semble tout d'abord apparaître dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence à l'égard des services publics pour ce qui concerne certaines pratiques que l'on pourrait résumer sous le terme « d'agissements déloyaux ». Comme le Conseil le rappelle dans son avis 97-A-10 « *les abus de position dominante ne se limitent pas aux pratiques*

²⁴² C.Lucas de Leyssac, *Droit communautaire de la concurrence*, LPA, 30 novembre 2004 n° 239, p. 11

prédatrices ou aux refus d'accès à un bien, [...] des agissements déloyaux peuvent également être de nature anticoncurrentielle »²⁴³.

C'est en réalité toute la problématique de l' « image » qui apparaît ici. Le Conseil se montre particulièrement attentif à ce sujet. Ainsi, dans son avis 05-A-08 précité concernant la mise en place d'un service universel bancaire, le Conseil mentionne le risque pour un établissement désigné comme opérateur unique de service universel de se voir attacher « *l'image de banque des pauvres* »²⁴⁴. Le droit traite donc de personnes²⁴⁵ qui ont une image, via la perception qu'en ont les autres acteurs de la société, et celle-ci ne doit pas être négligée par le juge. Celui-ci en tient donc compte dans ses décisions. D'ailleurs, qu'est-ce au fond que l'injonction de publication des sanctions parfois imposée par les autorités de la concurrence si ce n'est une obligation de « *salir* » sa propre image, un bonnet d'âne au-dessus du masque ?

Le Conseil souligne notamment que cette obligation pour les entreprises en cause découle parfois de la perception qu'en ont les consommateurs, ce que le Conseil qualifie « *d'avantage immatériel* »²⁴⁶. Ainsi, dans le cas du CNED, le Conseil affirme que « [Les organismes publics] peuvent bénéficier d'autres éléments considérés comme positifs, liés notamment à leur notoriété ou, parfois, à « *l'image du service public* »²⁴⁷. Au service public sont associés « *le sérieux, la fiabilité, la sécurité* »²⁴⁸. Bien entendu, cette image a aussi des revers. Dans son avis n°96-A-10 du 25, à propos de La Poste, le Conseil relevait que « *les clients lui reprochent la lourdeur de fonctionnement (« bureaucratique »), le manque de sens commercial (« fonctionnaires »), le manque de confidentialité des locaux, les files d'attente*

²⁴³ Cons.conc., avis n°97-A-10, *Service hydrographique et océanographique de la Marine*, BOCCRF, 18 novembre 1997. Ce terme générique recouvre notamment le dénigrement, les allégations ayant pour objectif d'induire en erreur les consommateurs et les pressions exercées sur les concurrents.

²⁴⁴ Cons.conc. avis n°05-A-08 préc. pt 52.

²⁴⁵ On sait qu'en latin, la *personae* désigne le masque, le personnage, donc une forme de fiction, une image.

²⁴⁶ Rapport annuel 2003 du Conseil de la concurrence, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*, p. 81.

²⁴⁷ Cons.conc. avis n°00-A-31 préc.

²⁴⁸ Rapport annuel 2003, préc. p. 82.

au guichet »²⁴⁹. Mais cela ne remet pas en cause « *l'image d'intérêt général du service public* »²⁵⁰.

Cet effet d'image peut, d'après le Conseil de la concurrence découler de l'acte administratif conférant à l'opérateur certaines prérogatives. Ainsi, dans son avis relatif à la Mutuelle générale des services publics²⁵¹, cet aspect distorsif est mis en avant lorsque le Conseil énonce que « *le fait même de désigner la MFP comme l'organisme choisi par l'État pour gérer une partie de ses propres prestations d'action sociale, le décret introduit une différence entre les opérateurs présents sur le marché connexe de la protection sociale complémentaire car il distingue, aux yeux des agents publics, c'est à dire des clients potentiels, un opérateur parmi les autres comme étant celui bénéficiant de l'aval des autorités publiques pour servir de relais à l'administration dans l'exercice de son action sociale. Ce choix renforce ainsi la notoriété de la MFP, au détriment de ses concurrents, en la faisant apparaître comme le partenaire de l'État en matière d'action sociale* » (point 110). Le Conseil entend donc inciter le juge administratif compétent en l'espèce à prendre en compte cet effet d'image.

De même, l'image positive d'un service public peut découler de son statut. Le cas est particulièrement évident pour ce qui concerne les ordres professionnels reconnus comme « *concourant au service public* » dans l'arrêt *Bouguen* du Conseil d'Etat en Assemblée du 2 avril 1943²⁵². Cette qualification, ainsi que leur autorité sur les professionnels du secteur, conduit selon le Conseil de la concurrence, à leur conférer une « autorité morale ». Cela va alors amener le Conseil à considérer par exemple que « *les pratiques de l'Ordre des géomètres-experts analysées présentent un caractère de gravité tenant à l'autorité morale qui*

²⁴⁹ Cons.conc. avis n°96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à La Poste, BOCCRF 1996, p.443.

²⁵⁰ Rapport annuel 2003 préc.

²⁵¹ Cons.conc., avis n°03-D-21 du 31 décembre 2003 relatif à la Mutualité fonction publique, BOCCRF n°12, 8 octobre 2003.

²⁵² CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec.86.

s'attache à cet ordre »²⁵³. Autrement dit, la gravité des pratiques ne découle ni de leur effet, ni même des intentions du fautif, mais du fait que l'image du service public attachée à cet ordre professionnel interdit, en soi, de mettre en œuvre de telles pratiques (en l'espèce, une entente).

Ainsi, le service public, de par son image, n'est pas et ne peut pas être une activité comme une autre. Deux lectures sont alors possibles de la position du Conseil concernant la problématique de l'image du service public. Ou bien l'autorité de la concurrence considère que l'intérêt général que ces entreprises sont sensées servir, s'il peut parfois constituer un avantage, oblige également les entreprises qui en ont la charge à ne pas ternir cette image et surtout à ne pas en abuser en l'utilisant pour enfreindre les règles de la concurrence au risque de voir les sanctions aggravées, ceci dans un but de défense du service public, ce qui reviendrait à accorder une place particulière, une valeur supérieure, au service public et à l'intérêt général. Ou bien, dans une lecture plus pragmatique et dont l'assise semble plus solide, le Conseil ne fait que prendre en compte la réalité de la concurrence sur un marché donné, et considère que l'image d'intérêt général est un facteur non-négligeable dont les entreprises « classiques » ne disposent pas²⁵⁴. Il lui revient alors, dans un souci de bonne justice, d'en tenir compte. Et pour cause puisque même si l'utilisation de l'image de marque du service public ne saurait constituer à elle seule une pratique prohibée²⁵⁵, elle peut avoir des effets particulièrement notables. Ainsi, le Conseil note que « *le fait que Wanadoo [filiale de l'opérateur historique] ait pu conquérir 751 000 clients en 2003 avec des prix plus*

²⁵³ Cons.conc. décision n°02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes, BOCCRF n°8, 27 mai 2002, confirmée partiellement par CA Paris, 24 juin 2003, BOCCRF n°10, 29 septembre 2003, et pourvoi rejeté par Cass.com., 9 juin 2004, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004.

²⁵⁴ Cette analyse est à mettre en relation avec le fait que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes intègre l'image de service public dans la liste des avantages immatériels dont dispose l'opérateur de service universel en application de l'article R20-37-1 du Code des Postes et des Communications électroniques.

²⁵⁵ Cons.conc., décision n°02-D-63 du 8 octobre 2002 relative au secteur des communications, se reporter au site du Conseil de la concurrence.

élevés que ceux de ses concurrents suggère qu'il bénéficie d'un effet de réputation et d'image de nature à contribuer à lui donner la possibilité de s'abstraire de la concurrence des autres opérateurs présents sur ce marché »²⁵⁶.

Mais au-delà de cet effet d'image, l'idée d'une différenciation du service public est apparue dans la doctrine avec l'affaire dite « des Vedettes vendéennes », dans laquelle on a pu penser que le Conseil de la concurrence se montrait protecteur du service public.

§2. La complexité du prix du service public

Si les décisions du Conseil de la concurrence font rarement l'objet de longs commentaires doctrinaux, l'une d'entre elles a fait exception. La décision 04-D-79 du 23 décembre 2004 déjà citée fut en effet à l'origine de diverses interrogations.

Il était tout d'abord possible d'y voir l'illustration des inconvénients du partage de compétence opéré par l'arrêt *Aéroport de Paris* du Tribunal des Conflits, le Conseil de la concurrence s'étant trouvé lié par l'arrêt du Conseil d'Etat, ce qui l'a certainement limité dans son analyse. Ce dernier avait notamment jugé (CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée²⁵⁷) que l'un des navires de la Régie n'était pas disproportionné à l'état de la mer en hiver. Le Conseil se trouvait donc lié par cette analyse²⁵⁸.

²⁵⁶ Cons.conc., décision n°04-D-17 du 11 mai 2004, relative à une saisine de la société AOL, BOCCRF n°6 du 6 septembre 2004.

²⁵⁷ Req.n°250124

²⁵⁸ L'argumentation d'Alain Rozano selon qui le Conseil d'Etat, en énonçant que « *l'accomplissement de [la mission de service public] explique que l'unité rapide de la régie départementale ait un tirant d'eau sensiblement plus important que celui des unités de la société* » ne se serait pas prononcé sur la proportionnalité de la taille du navire l'Amporelle aux exigences du service public semble difficile à soutenir. (v. A.Ronzano, analyse de l'arrêt du 28 juin 2005 de la Cour d'appel de Paris, Lettre du CREDA, 12/07/05, disponible sous : <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2005-07/msg00011.html>). Quant à la distinction proposée par Christophe Barthélemy entre « la taille et le tirant d'eau de la vedette » et « le dimensionnement du bateau », les premiers étant justifiés, le second ne l'étant pas, elle laisse le lecteur perplexe. (v. C.Barthélemy, *Un rééquilibrage de la politique de la concurrence en faveur des services publics*, préc.). Certes, l'arrêt du Conseil d'Etat peut être sujet à la critique (voir notamment N.Charbit, note sous CE, 30 juin 2004, Département de la

La doctrine a également noté que la compétence du Conseil de la concurrence, pourtant confirmée par la Cour d'appel de Paris, était discutable²⁵⁹. En effet, le Conseil d'Etat avait déjà eu à traiter de prix fixés par un opérateur public²⁶⁰ sans que la distinction entre les deux affaires ne soit évidente. Bien plus, le partage des compétences aurait encore une fois restreint l'analyse des autorités de la concurrence²⁶¹.

Surtout, la décision du Conseil de la concurrence, en ce qu'elle étendait la notion de coût incrémental à des activités autres que les activités nécessitant un réseau pour leur exercice dans le calcul du prix prédateur, pouvait sembler être protectrice pour les entreprises chargées de missions de service public. Après un rappel théorique concernant les coûts incrémentaux (A), il conviendra d'examiner la question de savoir si ce mode de calcul constitue un avantage pour les services publics (B).

A. Les coûts incrémentaux dans le calcul des prix prédateurs

La question des prix est une question centrale en droit de la concurrence. Tout d'abord, c'est théoriquement par le prix, et uniquement par lui, qu'une entreprise intervient sur un marché donné. La concurrence, dans son approche théorique, est fondamentalement une concurrence par les prix. Ceci suppose donc que les entreprises dominantes n'utilisent pas leurs prix pour évincer leurs concurrents. Ensuite, le droit de la concurrence tend, souvent en filigrane, à être un droit destiné à protéger le consommateur. Ainsi le Conseil de la concurrence se définit-il, dans son avis n°05-A-22 du 2 décembre 2005 comme le « garant de

Vendée, AJDA, 2004, p. 2309), il n'en demeure pas moins que le Conseil de la concurrence est tenu par l'autorité de la chose jugée attachée cet arrêt.

²⁵⁹ « On avouera n'être pas parfaitement sûr de la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître du problème dans la mesure où les prix litigieux résultent d'un acte réglementaire de l'autorité publique, tout comme les dispositions réglementant les conditions d'accès aux installations portuaires dont le contentieux a été dévolu au juge administratif ». M.Bazex, S.Blazy, Commentaire sous Cons.conc. 04-D-79, préc. « il semble que les autorités et juridictions judiciaires de la concurrence aient été encore une fois limitées par les questions de compétence ». N.Charbit, note sous CA Paris 28 juin 2005, AJDA, 2005, p.1658.

²⁶⁰ CE, 29 juillet 2002, CEGEDIM, préc.

²⁶¹ Voir N.Charbit, note sous CA Paris 28 juin 2005, AJDA, 2005, p.1658.

l'ordre public concurrentiel *au bénéfice du consommateur* »²⁶². Or le niveau de consommation et de satisfaction du consommateur (son utilité) va être inévitablement lié aux prix.

Les autorités de la concurrence luttent donc traditionnellement contre les prix prédateurs, notion sur laquelle il faut revenir (1), et avant de montrer l'importance dans cette approche de la notion de coûts (2).

1. La notion de prix prédateurs

Une définition de la prédation par les prix est donnée par le Conseil dans sa décision 04-D-17²⁶³ : « *La prédation est une pratique tarifaire consistant, pour un opérateur dominant, à vendre en dessous de ses coûts de production dans le but d'éliminer, d'affaiblir ou de discipliner ses concurrents sous réserve de la possibilité de récupérer à terme et sous quelque forme que ce soit les pertes accumulées délibérément* ». Le Conseil précise par ailleurs que le constat d'une telle pratique se fait au regard des marges, de la possibilité d'éviction, des potentialités de récupération des pertes²⁶⁴, de l'effet structurant de la baisse tarifaire sur le marché, et de la présence ou non de marques²⁶⁵.

S'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui, par son arrêt Azko du 3 juin 1991²⁶⁶, avait posé les principes régissant la mise en œuvre de la

²⁶² Cons.conc. avis n°05-A-22, préc.

²⁶³ Cons.conc. décision n°04-D-17 du 11 mai 2004, préc., pt.45.

²⁶⁴ On notera à cet égard que le Conseil de la concurrence écarte la qualification de prix prédateur lorsque la prestation est gratuite, ce qui exclut la possibilité pour l'opérateur public de récupérer les pertes dans l'avenir : Cons.conc., avis n°04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du service emploi-entreprise, BOCCRF n°4, 26 avril 2005.

²⁶⁵ Il faut souligner que les prix prédateurs sont une forme d'abus de position dominante, contrairement aux prix abusivement bas que le Conseil peut également sanctionner sur le fondement de l'article L 420-5 du Code de commerce. Le champ d'application des deux notions est d'ailleurs différencié puisque les prix abusivement bas, outre qu'ils peuvent être le fait d'une entreprise non-dominante, doivent nécessairement être des prix au consommateur.

²⁶⁶ CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie B.V.*, aff. C-62/86, Rec. CJCE 1991, I, p. 3359

qualification de prix prédateurs, le Conseil de la concurrence a utilisé pour la première fois la théorie dans sa décision dite « Béton près à l'emploi » du 24 mai 1994²⁶⁷.

De façon peut-être surprenante, la première condamnation par le Conseil d'une entreprise du fait de prix prédateurs est cependant très récente puisqu'elle est intervenue par la décision 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques du laboratoire GlaxoSmithKline France²⁶⁸. Ceci traduit peut-être le fait qu'« à certains égards, les autorités françaises de concurrence se sont récemment avérées plus proches de l'analyse économique majoritaire que les autorités communautaires en exigeant plus de preuves de l'intention éliminatoire et en s'appuyant plus systématiquement sur les effets concrets des pratiques de prix en dessous des coûts sur le marché concerné »²⁶⁹.

C'est que les règles du droit de la concurrence concernant les prix prédateurs ne manquent pas d'ambiguïté. Comme le souligne Monsieur Winckler, « des prix bas sont en principe synonymes d'une concurrence dynamique et vertueuse, même lorsqu'ils sont le fait d'opérateurs dominants »²⁷⁰. Et l'auteur de citer notamment l'affaire *Eurofix-Bauco/Hilti* relative à un cas d'abus de position dominante, dans laquelle la Commission européenne avait indiqué qu'une « *stratégie agressive en matière de prix est un instrument essentiel de la concurrence* »²⁷¹. En effet, si la poursuite des prix abusivement élevés ne soulève guère de

²⁶⁷ Cons. conc., décision n° 94-D-30, 24 mai 1994, BOCCRF 14 juill. 1994, p. 272

²⁶⁸ Non encore publiée au BOCCRF. Information tirée de A.Ronzano, Lettre du CREDA, 15 mars 2007, « *Le Conseil de la concurrence a donc prononcé pour la première fois, à la faveur d'une décision n° 07-D-09 rendue le 14 mars 2007, une condamnation pour prix prédateurs* », disponible sous : <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2007-03/msg00006.html> Comme l'a remarqué Madame Blazy, cette condamnation fut effectivement la première dans le cadre d'un abus de position dominante, mais des pratiques de prix prédateurs avaient déjà fait l'objet de sanctions du Conseil de la concurrence dans le cadre d'une entente entre entreprises lors de la décision 97-D-39 du 17 juin 1997. Voir <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2007-04/msg00002.html>

²⁶⁹ Winckler A., *Prix bas, objectif ou abus ? La règle de droit face à l'indétermination économique*, RLC, n°8-2006

²⁷⁰ Winckler A., *ibidem*.

²⁷¹ Déc. Comm. CE n°88/138/CEE, 22 décembre 1987, *Eurofix-Bauco/Hilti*, JOCE 11 mars 1988, n° L 65, p. 19

question d'un point de vue économique²⁷², il n'en est pas de même lorsque les prix sont bas voire trop bas, puisque le consommateur est censé en tirer profit.

Quoi qu'il en soit de ce débat mêlant économie et droit²⁷³, le pendant logique à la notion de prix prédateur est la question de savoir à quels coûts de production se référer pour définir une pratique comme étant abusive.

2. La question de la pertinence des coûts

En réalité, le débat oppose schématiquement deux méthodes de calcul des coûts que les prix doivent couvrir, méthodes correspondant chacune à une jurisprudence communautaire.

La première résulte de l'arrêt Akzo précité de la Cour de justice²⁷⁴. Si le Conseil a parfois mis en œuvre ce mode de calcul²⁷⁵, son rapport annuel pour 2003 montre les limites de cette approche dans l'hypothèse où l'entreprise en cause serait un monopole public. Citant son avis n°96-A-10 déjà mentionné, le Conseil affirme que « *les prémisses sur lesquelles est fondé l'arrêt Akzo [...] peuvent n'être qu'imparfaitement satisfaites dans le cas où se trouvent*

²⁷² Le considérant de principe sur la question du prix abusivement élevé a été posé par le Conseil de la concurrence dans sa décision n°00-D-27 du 13 juin 2000 relative à une saisine de l'UFC du Val d'Oise, BOCCRF n°8 du 25 juillet 2000 : « *Considérant que, si, en règle générale, les abus de position dominante réprimés par le Conseil consistent, pour l'entreprise considérée, à empêcher des concurrents de pénétrer sur le marché ou à gêner l'activité de ceux qui s'y trouvent, le Conseil de la concurrence peut, dans certaines circonstances, s'assurer, sur la base de l'article 8, que les prix pratiqués par une entreprise en position dominante, et notamment par un monopole, ne sont pas manifestement excessifs ; qu'il en va notamment ainsi lorsqu'une entreprise détient un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester et que le Gouvernement n'a pas fixé les prix sur le fondement de l'article 1er de l'ordonnance susvisée* ».

²⁷³ Sur cette question, voir L.Vogel, *L'économie, serviteur ou maître du droit ?*, in Une certaine idée du droit, Mélanges à André Decocq, Litec, Paris, 2004, p.605 et s.

²⁷⁴ « *Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables [...] par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes [...], et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite. Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent* ». CJCE, 3 juillet 1991, préc., pts. 71-72.

²⁷⁵ Par exemple : Cons. conc., décision n°03-D-62 du 18 décembre 2003, *Société Bernard Louis Consultants*, BOCCRF n°1 du 13 février 2004, pt. 39.

confrontés sur un même marché des opérateurs privés et un opérateur public disposant par ailleurs d'une position de monopole associée à l'exercice d'une mission de service public »²⁷⁶. Cette considération est principalement fondée sur l'idée que « *les entreprises publiques peuvent s'écarter de l'objectif de maximisation du profit* »²⁷⁷, ce qui signifie, entre autres²⁷⁸, que le service public induit des préoccupations différentes. Il ne s'agit cependant pas de se montrer par principe plus protecteur mais de démontrer d'une manière différente la réalité de pratiques anticoncurrentielles²⁷⁹. De même, la méthode de l'arrêt *Akzo* pose problème eu égard aux structures de coûts souvent inhabituelles des entreprises chargées de mission de service public²⁸⁰.

Ces considérations amènent le Conseil à privilégier l'approche développée par la Commission européenne dans sa décision *Deutsche Post A.G.* du 20 mars 2001²⁸¹ laquelle fait appel à la notion de coût incrémental. Dans son rapport annuel de 2002, le Conseil de la concurrence donne une définition de cette notion : « *Les coûts incrémentaux se définissent par les coûts supplémentaires induits pour la production d'un autre bien, par rapport à un portefeuille de biens déjà existant, alors que le coût marginal est le coût de la production d'une unité supplémentaire d'un bien par rapport aux autres unités produites. Les coûts incrémentaux, dont on rappellera qu'ils ne prennent en compte que les coûts fixes directement liés au service demandé, et non une contribution à l'ensemble des coûts fixes, sont particulièrement adaptés aux caractéristiques du secteur des télécommunications et aux objectifs poursuivis dans le cadre de la régulation. En effet, la prépondérance des coûts fixes, la rapidité du progrès technique, la multiplicité des services qui peuvent être supportés sur le*

²⁷⁶ Rapport annuel 2003 préc. p. 88.

²⁷⁷ *Idem.*

²⁷⁸ En effet, les particularités de gestion et de financement des entreprises publiques jouent évidemment un rôle dans cette importance moindre accordée au profit.

²⁷⁹ Le Conseil ajoute notamment que l'objet anticoncurrentiel étant quasiment impossible à démontrer, « *c'est l'appréciation des effets qui prime* » Rapport annuel 2003 préc. p. 88.

²⁸⁰ *Ibidem*, p.89.

²⁸¹ Décision n°2001/354/CE, 20 mars 2001, JOCE 5 mai 2001, n°L 125, p.27.

réseau général et la diversification des activités de l'opérateur historique plaident en faveur du non-partage de l'ensemble des coûts fixes »²⁸².

Il ressort du Rapport annuel 2003 du Conseil de la concurrence qu'il ne s'agit donc pas de privilégier les opérateurs de service public mais de prendre en compte la spécificité liée pour partie au statut public de l'entreprise et surtout, de ne pas appliquer une méthode inadaptée notamment quant aux conséquences sur les coûts que peut entraîner une mission de service public. Cependant, l'application de la méthode de calcul des coûts incrémentaux dans la décision concernant la Régie départementale des passages d'eau de Vendée a provoqué de nombreuses réactions dans la doctrine qui a pu y voir un avantage accordé au service public.

B. Un mode de calcul avantageux ?

. Il faut noter que la Cour d'appel de Paris, tout en admettant de réintégrer en principe certains coûts fixes tandis que le Conseil de la concurrence pouvait sembler les exclure a priori dans le calcul, corrigeant « *ce qu'avait d'excessif la décision du Conseil [...] qui semblait exclure a priori tout coût fixe dans le calcul du coût incrémental* »²⁸³, n'en a pas moins confirmé la validité de la méthode²⁸⁴. Alors que la société Vedettes inter-îles vendéennes se plaignait de ce que le Conseil avait affirmé que « *la jurisprudence Deutsche Post n'est pas adaptée à l'espèce pour démontrer l'absence de politique prédatrice de la Régie* », et lui reprochait « *de ne pas avoir appliqué les principes fixés par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt du 3 juillet 1991* »²⁸⁵, la Cour a admis que le Conseil avait bien utilisé l'approche adéquate²⁸⁶.

²⁸² Rapport d'activité 2002 du Conseil de la concurrence, p.85.

²⁸³ M.Bazex, Commentaire sous CA Paris, 28 juin 2005, Dr.adm., novembre 2005, p. 20.

²⁸⁴ CA Paris, 28 juin 2005, *Société Vedettes inter-îles vendéennes*, BOCCRF N°9, 28 octobre 2005.

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ « *Considérant qu'il est donc nécessaire, pour établir ce coût, de rechercher les coûts additionnels que la Régie expose pour assurer l'activité considérée et qu'elle n'exposerait pas si elle n'exerçait pas l'activité*

Cette confirmation ne permet cependant pas d'écarter le questionnement lié à l'utilisation de la méthode des coûts incrémentaux en l'espèce (1), et semble même conforter l'idée développée par quelques auteurs qui voient en cette décision un « tournant²⁸⁷ » vers une jurisprudence plus protectrice du service public (2).

1. Les problèmes soulevés par la méthode

Comme l'écrit Madame Mouy, « l'analyse du Conseil dans l'affaire des vedettes a soulevé une certaine perplexité »²⁸⁸. Certaines analyses sont même franchement critiques²⁸⁹. En effet, la pertinence de la transposition de la démarche de la jurisprudence *Deutsche Post* déjà citée au cas du service public de transport entre l'Ile d'Yeu et le continent n'est pas évidente.

Les questions portent tout d'abord sur le problème de la ventilation des diverses charges entre coûts incrémentaux et coûts inhérents à la mission de service public de la régie²⁹⁰. L'exclusion des coûts fixes, y compris les charges de loyer des navires, du calcul des coûts incrémentaux a pu être comprise comme un avantage accordé à l'opérateur de service public. Malgré la possibilité admise par la Cour d'appel de Paris de réintégrer quelques charges dans les coûts incrémentaux, Monsieur Ronzano note, non sans révéler un certain agacement, que « l'opérateur public pourrait, sans risque de se voir reprocher la mise en

concurrentielle ; que le coût incrémental ainsi défini comprend les coûts variables spécifiques à cette activité et, éventuellement, une partie des coûts fixes en fonction de la nature de celle-ci ;

Que, toutefois, en l'espèce, la mission de service public de transport maritime qui est confiée à la Régie suppose la mise en oeuvre de coûts fixes importants qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas de prestations en concurrence ; que ces coûts fixes communs à la mission de service public et à l'activité concurrentielle n'ont donc pas à être pris en compte dans les coûts pertinents de cette dernière activité ». *Idem*.

²⁸⁷ L.Richer, Note sous Cons.conc. 23 décembre 2004, AJDA 2005, p. 470.

²⁸⁸ N.Mouy, *Les spécificités des approches communautaire et française*, Concurrences, n°2-2005, p. 12.

²⁸⁹ Par exemple : A.Ronzano, analyse de la décision 04-D-79 du Conseil de la concurrence, Lettre du CREDA, 03/01/2005, disponible sous : <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2005-01/msg00000.html>

²⁹⁰ Problème dont le Conseil a conscience : « le caractère prédateur des prix peut être particulièrement difficile à évaluer s'agissant d'activités connexes à celles exercées en monopole et qui ont des coûts importants en commun avec elles. Le partage de ces coûts communs entre activités en monopole et activités concurrentielles pose non seulement un problème de mesure mais, également, celui du mode de partage ». Rapport annuel 2003, préc., p. 89)

oeuvre d'une pratique d'éviction, opérer une réduction de moitié (45 %) sur ses prix pratiqués. Ou, si l'on préfère, il pourrait pratiquement se contenter de percevoir moitié moins de recettes tout en étant assuré de couvrir ses coûts incrémentaux !!! »²⁹¹.

Mais au-delà de cette seule question de l'allocation des charges, c'est bien l'utilisation de la méthode des coûts incrémentaux dans le calcul des prix prédateurs pour une activité telle que celle de la régie qui provoqua l'« émotion » de la doctrine. Il suffit de se reporter à la définition du coût incrémental précitée pour montrer en quoi la position des autorités de la concurrence pose problème : le Conseil énonce que cette méthode est particulièrement utile dans les télécommunications pour quatre raisons qui sont « *la prépondérance des coûts fixes, la rapidité du progrès technique, la multiplicité des services qui peuvent être supportés sur le réseau général et la diversification des activités de l'opérateur historique* »²⁹². Or qu'en est-il en l'espèce ? Indéniablement, « la démarche empruntée dans la décision RDPEV étend [...] le recours au concept de coût incrémental à un secteur dépourvu d'aspects marquants de technologies évolutives, ce qui constitue une rupture dans le mode d'approche »²⁹³. On voit mal en effet en quoi le progrès technique dans le secteur du transport maritime serait particulièrement rapide. Surtout, c'est là le point fondamental, si l'activité de la régie est marquée par la prépondérance des coûts fixes, l'absence de tout « *réseau général* » devrait conduire à les incorporer dans le calcul du coût incrémental puisque les concurrents de l'opérateur chargé de la mission de service public doivent également supporter de tels coûts. Le mode de calcul semble dès lors ne pas assurer le nécessaire « respect de l'exigence d'égalité dans la concurrence »²⁹⁴.

A la question soulevée par Monsieur Tran-Thiet, « peut-on croire à la neutralité des outils et à leur capacité à servir, en tous lieux et en tous temps, les fins qu'on leur

²⁹¹ A.Ronzano, analyse de l'arrêt du 28 juin 2005 préc. Pour une critique de la position de la Cour d'appel concernant la distribution des coûts, voir également : M.Bazex, Note sous CA Paris, 28 juin 2005, préc.

²⁹² Rapport d'activité 2002, préc.

²⁹³ A.Mazières, *Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents*, AJDA 2005, p. 1334.

²⁹⁴ M.Bazex, S.Blazy, Commentaire sous Cons.conc. 04-D-49, préc.

assigne ? »²⁹⁵, la réponse semble donc devoir être négative. Bien plus, « du choix de telle ou telle méthode de calcul des coûts résulte directement la solution, sans que la règle de droit n'en soit substantiellement affectée »²⁹⁶. La doctrine en a alors souvent conclu que le choix de la méthode utilisée par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris traduisait une volonté de préserver le service public.

2. Une hiérarchisation implicite des activités ?

Les commentateurs de la décision du Conseil et de l'arrêt de la Cour d'appel sont nombreux à partager l'idée selon laquelle l'affaire des Vedettes vendéennes a conduit à un rééquilibrage de la mise en œuvre du droit de la concurrence en faveur des opérateurs chargés de mission de service public²⁹⁷. Ce point de vue semble cependant devoir être nuancé.

En premier lieu, l'utilisation de la méthode des coûts incrémentaux, loin d'être en elle-même un avantage²⁹⁸, conduit en principe à une couverture des coûts plus difficiles²⁹⁹. Dès lors, si la méthode est critiquable en elle-même du fait de ses insuffisances et qu'il ne faut en conséquence « pas trop attendre d'un calcul de coût incrémental qui ne règle pas à lui tout

²⁹⁵ J.-P. Tran-Thiet, *A propos du caractère probatoire de la méthodologie des CMILT*, Concurrences, n°2-2005, p.15.

²⁹⁶ A.Mazières, op.cit., p.1334.

²⁹⁷ « Cela revient à procéder à une hiérarchisation des priorités qui convient aussi bien au droit de la concurrence qu'au droit public » A.Mazières, préc. p.1336 ; « La méthode des coûts incrémentaux apparaît ainsi comme un élément de rééquilibrage de la politique de concurrence en faveur des SIEG » C.Barthélemy, préc., p.19 ; « On peut y voir une sorte de blanc-seing donné aux opérateurs publics autorisés à rentabiliser leurs "actifs" en pratiquant des prix extrêmement bas que les opérateurs privés sont économiquement incapables de proposer » S.Destours, *Les pratiques tarifaires des régies : l'affaire de la régie vendéenne comme modèle*, RLC, n°2, 2005, p.51 ; « Une méthode qui protège les entreprises chargées d'une mission de service public », Chr. Gazette du Palais, 1^{er} octobre 2005 ; n° 274, p. 35

²⁹⁸ Sur cette question, voir notamment N.Mouy, préc.

²⁹⁹ « Que l'on ne s'y trompe pas cependant, l'approche des prix prédateurs selon la méthode des coûts incrémentaux est en principe plus exigeante en terme de couverture des coûts que la comparaison avec les seuls coûts variables opérée au terme de la première branche de l'alternative posée dans la jurisprudence dans la mesure où les recettes de l'activité doivent couvrir non seulement les coûts variables (au sens de l'arrêt Akzo), mais également les coûts fixes spécifiques à l'activité en cause » A.Ronzano, analyse de l'arrêt du 28 juin 2005, préc.

seul l'ensemble des questions relatives aux prix prédateurs »³⁰⁰, on ne saurait y voir un avantage automatiquement accordé aux opérateurs de services publics.

En second lieu, un certain nombre de reproches reposent sur la critique d'une jurisprudence dans laquelle le Conseil puis la Cour d'appel auraient fait l'économie d'une analyse de la proportionnalité des moyens engagés aux nécessités du service public³⁰¹. Certes, dans sa décision 05-D-11 du 16 mars 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire³⁰², le Conseil développe une analyse très complète de la question qui peut faire penser qu'il n'en a pas fait de même (ni la Cour d'appel), dans l'affaire des vedettes. Cependant, il semble encore une fois que les autorités de la concurrence ont décidé, avec raison, que le Conseil d'Etat avait déjà examiné cette question.

Bien plus, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris auraient pu, si leur démarche s'était réellement inscrite dans une volonté de protection du service public, aller plus loin dans le raisonnement et considérer qu'« il ne s'agissait pas d'une activité de diversification, exercée sur un marché connexe à l'activité réservée, mais une seule et même activité ou, tout au plus, d'une question de subventions croisées éventuelles entre deux activités relevant d'un même SIEG ; or de tels transferts ne sont pas répréhensibles »³⁰³. Or tel ne fut pas le cas.

L'idée qui paraît sous-tendre l'analyse de Monsieur Winckler³⁰⁴, par sa modération, permet d'éclairer la jurisprudence en question d'un jour différent. En effet, l'interrogation est

³⁰⁰ V.Thouvenin, *Eléments de définition des coûts incrémentaux*, Concurrences, n°2-2005, p. 10.

³⁰¹ Par exemple A.Ronzano, analyse de l'arrêt du 28 juin 2005, préc. : « *La contrepartie évidente du recours à la méthode des coûts incrémentaux ne réside-t-elle pas dans la démonstration, sinon de l'opportunité de la décision de mise en service des moyens matériels au regard des nécessités de la mission de service public, du moins de leur proportionnalité ?* »

³⁰² Cons.conc., décision n°05-D-11 du 16 mars 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire, BOCCRF n°9, 28 octobre 2005.

³⁰³ C.Barthélemy, op.cit., p. 17.

³⁰⁴ A.Winckler, op.cit.

pertinente : et si le Conseil de la concurrence, et à sa suite la Cour d'appel de Paris, avaient fondé leur analyse non pas tant au regard de considérations tenant au service public mais en prenant en compte les incertitudes pesant sur la notion de prix prédateur ? L'élément central serait alors celui d'une réticence à condamner une entreprise pour une pratique qui, au final, profite au consommateur beaucoup plus qu'une volonté délibérée de protéger le service public au-delà des seuls risques d'écrémage qui pèsent sur lui. L'auteur souligne par ailleurs à quel point l'évaluation des pratiques est hasardeuse³⁰⁵, et ceci pris en compte, « on comprend que les juges hésitent à appliquer la théorie »³⁰⁶. Or de telles incertitudes semblent devoir inciter le juge à la circonspection bien plus que ne le ferait une hypothétique préoccupation de protection du service public.

La raréfaction sensible des décisions du Conseil de la concurrence concernant le service public en 2006, dont on ne sait si l'on doit l'attribuer à l'aboutissement des processus de privatisations et de libéralisation ou à une meilleure intégration des règles de la concurrence par les opérateurs, rend difficile toute conclusion tranchée sur ce point. Un revirement tendant à protéger les opérateurs de service public et bien plus, les opérateurs publics, serait cependant très étonnant dans le contexte juridique mais surtout politique actuel. Rien ne le laisse par ailleurs penser, ni dans la jurisprudence ultérieure, ni même dans les apports actuels de la doctrine.

Ces éléments de différenciation ne sont-ils pas alors la preuve même de la banalisation du service public ? Il semble en effet que loin d'être des assouplissements protecteurs, les

³⁰⁵ « Rien ne ressemble en effet plus à un prix bas concurrentiel qu'un prix ou un rabais jugé « prédateur », rien n'incite plus à l'investissement dans un circuit de distribution qu'une défense contre le parasitage, rien ne promeut plus à une pratique économiquement efficace de réponse spécifique à une demande marginale qu'un prix dit « discriminant », rien ne s'approche plus d'un véritable comportement concurrentiel qu'un effort d'« exclure » ses concurrents immédiats » A. Winckler, *Entre chien et loup ou la loyauté mal récompensée*, RLC, n°5-2005, novembre 2005.

³⁰⁶ L. Vogel, *L'économie, serviteur ou maître du droit ?*, op.cit., p. 610.

analyses du Conseil de la concurrence liées à l'image du service public et à son prix participent du mouvement de banalisation décrit précédemment. Qu'est-ce à dire ?

En analysant l'image du service public comme un facteur certes distorsif de la concurrence, mais ni plus ni moins que ne le serait une image de marque, facteur que le Conseil prend également en considération³⁰⁷, le service public subit en quelque sorte une « objectivation ». On se trouve alors bien loin de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat qui tend à assimiler au service public une forme de transcendance renvoyant à l'intérêt général ou au bien commun. Ici, le service public est un facteur objectif créant une particularité, rien de plus.

Et cette approche semble pouvoir être transposée au cas du prix du service public. Il ne s'agit pas de le protéger par une souplesse plus grande dans le mode de calcul des prix prédateurs, mais seulement de prendre en considération une différence objective de situation entre un opérateur « classique » et un opérateur chargé d'une mission de service public. Celle-ci peut notamment induire des structures de coût différentes et il convient alors d'appliquer une méthode de calcul des coûts adaptée afin de définir si les prix sont prédateurs ou non. Là encore, la différence entre les acteurs est objectivée, rationalisée, mais ne semble pas inclure de préoccupations autres que le seul souci de tenir compte de la réalité du marché.

Le service public est ainsi relégué au rang de particularité parmi d'autres, et donc profondément banalisé.

³⁰⁷ Par exemple : Cons.conc., avis n°99-A-14 du 28 septembre 1999, relatif au projet d'acquisition des boissons de la marque « Orangina » par la société Coca Cola Company, BOCCRF n°14, 30 décembre 2000.

Conclusion

L'analyse de la jurisprudence du Conseil de la concurrence est donc révélatrice d'une modification profonde de l'appréhension du service public. Révélatrice car elle n'est probablement pas la cause la plus immédiate des évolutions décrites. Elles les accompagnent souvent, que celles-ci proviennent du Conseil d'Etat, de la Cour de justice des Communautés européennes ou du législateur. Si le droit de la concurrence y a parfois tenu un rôle majeur, ce changement est incontestablement plus profond et plus vaste, allant de bouleversements juridiques à une introduction graduelle mais réelle de modes de gestion issus de l'entreprise dans les différentes entités publiques.

Le service public tend ainsi à voir son régime juridique largement banalisé tandis qu'un certain nombre de gardes-fou sont mis en place, visant à garantir que la production des biens ou des services en cause ne crée pas de distorsions illégitimes sur le marché. Le mouvement est donc à son assimilation progressive à une entreprise « classique ». Certes, les objectifs poursuivis par un service public sont théoriquement différents, mais cette spécificité n'entraîne en soi aucune dérogation de principe. Il s'agit simplement d'assurer que le droit de la concurrence n'empêche pas la réalisation des missions de service public de l'entreprise qui en a la charge, rien de plus. C'est donc au fond tout l'esprit de l'article 82 § 2 du Traité CE qui ressort de la jurisprudence du Conseil de la concurrence.

Ce mouvement, peut-être salutaire sous certains aspects, présente cependant des limites. Comme le remarquait Marcel Boiteux, « *le marché, la concurrence, la privatisation, c'est la mode [...], on passe d'un extrême à l'autre* »³⁰⁸. Le risque est alors que cet effet de mode prenne le pas sur les intérêts légitimes des citoyens.

³⁰⁸ M.Boiteux, Evolution technologique ou pensée unique ?, in CHEVALIER J.-M., EKELAND I., FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *L'idée du service public est-elle encore soutenable ?*, Actes du colloque, octobre 1997, Université de Paris-Dauphine, PUF, Paris, 1999, p.201

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES – ETUDES – MELANGES

BRAULT D., Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004

CHAPUS R., *Droit administratif général*, 15^e Edition, Montchrestien, Paris, 2001

CHEVALIER J.-M., EKELAND I., FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *L'idée du service public est-elle encore soutenable ?*, Actes du colloque, octobre 1997, Université de Paris-Dauphine, PUF, Paris, 1999

DU MARAIS, Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, Paris, 2004

ECKERT, Gabriel, *Droit public des affaires*, Focus droit, Montchrestien, Paris, 2001

JOBERT B., THERET B. (dir.), *Le tournant néo-libéral en Europe*, L'Harmattan, Paris, 1994

LOUIS J.-V., RODRIGUES S. (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006

L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, Paris, 2003

NICINSKI S., *Droit public de la concurrence*, Collection Systèmes, LGDJ, Paris, 2005, p.15

THESES

BIDAUD L., *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Thèse, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, Paris, 2001

CLAMOUR G., *Intérêt général et concurrence*, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, 2006

DESTOURS S., *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Thèse, Bibliothèque de droit de l'Entreprise, Litec, Paris, 2000

KOVAR, J.-P., *L'Etat et les modes d'organisation du marché*, Thèse, URS, Strasbourg, 2005

ARTICLES – NOTES

AGUILA Y.

- Editorial, *Sur l'art de juger*, Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, n°24, Automne 2006

BAILLEUL D.

- *De l'intérêt général à l'intérêt économique général*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 13, 29 Mars 2005, p.1147

BARTHELEMY C.

- *Un rééquilibrage de la politique de la concurrence en faveur des services publics*, Concurrences n°2 –2005, p.17

BAZEX M.

- Commentaire sous CA Paris, 28 juin 2005, Dr.adm., novembre 2005, p. 20

BAZEX M., BLAZY S.

- note sous Cons.conc. avis n°04-A-21 du 28 octobre 2004 relatif à une demande d'avis de la Fédération Interprofessionnelle de la Communication d'Entreprise (FICOME), Dr.adm., décembre 2004

- note Dr.adm., décembre 2005, p 21

- *Service bancaire de base, service universel et service public*, Dr.adm., n° 6, Juin 2005, comm. 93

- Commentaire sous Cons.conc. 04-D-79, Dr.adm., mars 2005, p. 20

- message diffusé via la lettre du CREDA, 11/04/07, <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2007-04/msg00002.html>

BETTINGER C.

- *L'égale concurrence, une utopie*, LPA, 21 novembre 2005 n° 231, p. 4.

BOITEUX M.

- *Entreprises publiques et monopoles*, Contribution au colloque de l'Académie des Sciences morales et politiques, « Quel avenir pour les entreprises publiques ? », 19 mai 2000. <http://www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/boiteux.pdf>

BOY L.

- *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions à la concurrence*, Cont.Conc.Cons., n° 11, novembre 2004, Etude 16

BRAULT D.

- *Service public et position dominante : peut-il y avoir abus ?* LPA, 30 novembre 2004 n° 239, p. 36

BRACONNIER S.

- *La régulation des services publics*, RFDA 2001, Chroniques p. 43

CASAS D.

- Conclusions sur CE, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, RFDA, sept-oct 2006, p. 1048

CHALTIEL F.

- *Les services d'intérêt économique général : développements récents*, LPA, 5 juillet 2005, n°132, p. 4

CHAMPEIL-DESPLATS V.

- *SIEG, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale*, AJDA 1999, p.959

CHARBIT N.

- *Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de concurrence*, LPA, 21 février 2001 n° 37, p. 4
- note sous Cons.conc. avis n°04-A-04 du 29 janvier 2004, AJDA, 2004, p. 854
- note sous Cons.conc. n°05-D-29 du 16 juin 2005, AJDA 2005, p. 1657
- note sous CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée, AJDA, 2004, p. 2309
- note sous CA Paris 28 juin 2005, AJDA, 2005, p.1658

CHEROT J.-Y.

- *L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise*, JC.A., avril 2006, p.5.
- *Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence*, AJDA, 2000, p.687

CLAMOUR G.

- *Retour sur la libre et égale concurrence entre opérateur public et opérateur privé*, RLC 2005/4, n° 290
- *Intérêt public local et insuffisance de l'initiative privée : histoire d'une dissociation en cours...*, RLC, n°6, 01-2006
- *Du droit applicable aux actions économiques des personnes publiques*, RLC, n°9, 10-2006

COLIN-GOGUEL A.

- *La compétence du Conseil de la concurrence face aux services publics : quelle place pour le critère de détachabilité ?*, Concurrences, mars-avril 2002, p.35

CRANE D.

- *The Paradox of Predatory Pricing*, Cornell Law School, disponible sur : http://organizations.lawschool.cornell.edu/clr/91_1/Crane_Cornell_Law_Review_91_1.pdf

CROISSANT Y., VORNETTI P.

- *Etat, marché et concurrence ; Les motifs de l'intervention publique*, Concurrence et régulation des marchés, La documentation française, Cahiers français, n°313, mars-avril 2003

DEBENE M.

- *Entreprises publiques et marché unique : entre assimilation et suspicion*, AJDA 1992, p. 243

DEBENE M., RAYMUNDIE O.

- *Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ?*, AJDA 1996, p. 183

DELVOLVE P., GENEVOIS B.

- Commentaire sous CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2005

DELVOLVE P.

- *Les entreprises publiques et le droit de la concurrence*, Contribution au colloque de l'Académie des Sciences morales et politiques, Quel avenir pour les entreprises publiques ?, 19 mai 2000. www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/devolve.pdf

DENOIX DE SAINT MARC R.

- Préface, in Du Marais B., *Droit public de la régulation économique*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, Dalloz, Paris, 2004, p.XXV

DESTOURS S.

- *Les pratiques tarifaires des régies : l'affaire de la régie vendéenne comme modèle*, RLC, n°2, 2005, p.51

DONIER V.

- *Les lois du service public : entre tradition et modernité*, RFDA, nov-déc 2006, p1219

DUPRAT J.-P.

- *La soumission des régulateurs à la régulation*, AJDA 2006, p. 1203

ECKERT G.

- *Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat et libertés économiques*, CMP, n°7, juillet 2006, comm. 202

- *Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives, La problématique communautaire*, RFDA 2005, p. 959

- *L'égalité de concurrence entre opérateurs privés et publics sur le marché*, in *Liber amicorum Jean Waline, Gouverner, administrer, juger*, Dalloz, Paris, 2002

- *La poursuite d'intérêts publics à travers la participation directe des collectivités publiques aux activités économiques*, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, n°3-6, 2003, p. 118

FRANCOIS G.

- *L'absence d'alternative satisfaisante, une limite opportune au droit d'accès, imposé par la théorie des facilités essentielles*, comm. sous Cass. com., 12 juillet 2005, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 47, 24 Novembre 2005, p. 1700

FRISON-ROCHE A.-M.

- *Le droit de la régulation*, D., 2001, Chr., p. 610

GALSER E.

- note sous CE, *Territoire de la Polynésie française*, RLCT, 2005, n°5 09-2005

GAUTIER P.-Y.

- *Le cédant malgré lui – Études du contrat forcé dans les propriétés intellectuelles*, D. affaires 1995, p. 123

GUENAIRE M.

- *Le service public au cœur du modèle français de développement*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 20, 16 mai 2005, p.1209

HAGELSTEEN M.-D.

- LPA, 2 janvier 2001, n°1, p. 4

HERZOG R.

- *Le prix du service public*, AJDA 1997, Numéro spécial, Chroniques p. 55.

HOTELLING H.

- *Stability in Competition*, The Economic Journal, Vol. 39, p 41-57, 1929

KOVAR, P.

- Rapport de synthèse, in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché : Tome I et II*, Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998-Travaux de la CEDECE.

LEVEQUE F.

- *La musique en ligne verrouillée par un effet de levier ?*, Concurrences, 1-2005, p. 15

LOMBARD M.

- *Institutions de régulation économique et démocratie politique*, AJDA 2005, p. 530

- *A la recherche de la régulation*, AJDA 2004, Chr., p. 289

LUCAS DE LESSAC C.

- *Marché pertinent et ententes*, Exposé introductif, actes du colloque organisé par le CREDA : www.creda.ccip.fr/colloque/14client/14-04acl.pdf

- *Droit communautaire de la concurrence*, LPA, 30 novembre 2004 n° 239, p. 11

LUC I., CERUTTI G.

- *A propos de la pratique des engagements*, Concurrences, 2005-1

MALAURIE-VIGNAL M.

- *La sérénité religieuse peut justifier une politique de quotas et fonder le rejet d'une plainte pour abus de position dominante !*, Cont. Conc. Cons. n° 12, Décembre 2005, comm. 204

MARCOU G.

- *La notion juridique de régulation*, AJDA 2006, p. 349

MAZIERES A.

- *Concurrence et services publics : détermination des coûts pertinents*, AJDA 2005, p. 1334

MORAND-DEVILLIERS J.

- *Commentaire de 'Intérêt général et concurrence'*, LPA, 20 juin 2006 n° 122, p. 16

MOUY N.

- *Les spécificités des approches communautaire et française*, Concurrences, n°2-2005, p. 12

NICINSKI S.

- *Les évolutions du droit administratif de la concurrence*, AJDA, n°2004, p. 751

- *Les conditions de création d'un service public dans un environnement concurrentiel*, AJDA 2005, p. 2130

POIARES MADURO M.

- Conclusions du 10 novembre 2005 dans l'affaire *FENIN*, C-205/03, disponible en ligne

PONTIER J.-M.

- *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, D., 1998, Chroniques p. 327

RICHER L.

- *Le droit à la paresse ?* – « Essential facilities », version française : D. 1999, chron. p. 523
- Note sous Cons.conc. 23 décembre 2004, AJDA 2005, p. 470
- *Le juge économiste ?*, AJDA, 2000, p.703

RODRIGUES S.

- *Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire*, AJDA 2006, p. 84

RONZANO A.

- analyse de l'arrêt du 28 juin 2005 de la Cour d'appel de Paris, Lettre du CREDA, 12/07/05, disponible sous : <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2005-07/msg00011.html>
- Lettre du CREDA, 15 mars 2007, « *Le Conseil de la concurrence a donc prononcé pour la première fois, à la faveur d'une décision n° 07-D-09 rendue le 14 mars 2007, une condamnation pour prix prédateurs* », disponible sous : <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2007-03/msg00006.html>
- analyse de la décision 04-D-79 du Conseil de la concurrence, Lettre du CREDA, 03/01/2005, disponible sous : <http://listes.cru.fr/sympa/arc/creda-concurrence/2005-01/msg00000.html>

SAUVE J.-M.

- Allocution d'ouverture, Colloque « L'abus de droit en matière fiscale », 7 mars 2007. Disponible sur le site du Conseil d'Etat.

SIMON D.

- *Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire*, Rapport introductif, in *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché : Tome I et II*, Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, La Documentation française, Paris, 1998-Travaux de la CEDECE.
- *L'intérêt général national vu par les droits européens*, Actes du colloque du 6 octobre 2006 organisé par le Conseil constitutionnel, p. 3 à 9, disponible sous : www.conseil-constitutionnel.fr/bilan/annexes/20061006/simon.pdf

STERNIN V.

- *Concurrence et propriété intellectuelle : une coexistence essentielle mais pas si facile*, <http://www.invention-europe.com/Article659.htm>

TASCA C.

- Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne sur le Livre blanc sur les services d'intérêt général, Annexe au procès-verbal de la séance du 17 mars 2005, Sénat, n°257

TRAN-THIET J.-P.

- *A propos du caractère probatoire de la méthodologie des CMILT*, Concurrences, n°2-2005, p.15

THOUVENIN V.

- *Éléments de définition des coûts incrémentaux*, Concurrences, n°2-2005, p. 10

VOISSET M.

- *Les entreprises publiques et l'Europe*, Contribution au colloque de l'Académie des Sciences morales et politiques, Quel avenir pour les entreprises publiques ?, 19 mai 2000.
<http://www.asmp.fr/travaux/colloques/entreprisespubl/voisset.pdf>

VOGEL L.

- *L'économie, serviteur ou maître du droit ?*, in Une certaine idée du droit, Mélanges à André Decocq, Litec, Paris, 2004, p.605 et s

WINCKLER A

- *Prix bas, objectif ou abus ? La règle de droit face à l'indétermination économique*, RLC, n°8-2006

- *Entre chien et loup ou la loyauté mal récompensée*, RLC, n°5-2005, novembre 2005

RAPPORTS

Rapports d'activité du Conseil de la concurrence

Rapport d'activité 2001, *Etude thématique : le marché pertinent*

Rapport d'activité 2002, *L'orientation des prix vers les coûts*

Rapport d'activité 2003, *Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel*

Rapports du Conseil d'Etat

Le service public : déclin ou renouveau, Rapport public 1994

L'intérêt général, Rapport public 1999

Collectivités publiques et concurrence, Rapport public 2002

Livres verts / Livres blancs de la Commission européenne

Livre vert sur les SIEG, COM (2003) 270, 21 mai 2003, JO C 76, 25 mars 2004.

Livre blanc sur les SIEG, COM (2004) 374, 12 mai 2004, JO C, disponible sous http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2004/com2004_0374fr01.pdf

Autres rapports

Denoix de Saint Marc R. (dir.), *Le service public*. Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Paris, 1996.

Douste-Blazy P.(dir.), *Entreprises publiques et Etat actionnaire : pour une gouvernance plus responsable*, juillet 2003.

DECISIONS JURISPRUDENTIELLES CITEES

Juridictions communautaires

CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents / Commission*, 22/78, Rec.223
CJCE, 21 mars 1974, *BRT / SABAM*, 127/73, Rec.313
CJCE, 31 mai 1979, *Hugin c/ Commission*, 22/78, Rec.01869
CJCE, 14 juillet 1981, *Gerhard Züchner c/ Bayerische Vereinsbank AG*, 172/80, Rec.2021
CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, 15/83, Rec.2171
CJCE, 5 octobre 1988, *Alsatel c/ Novasam*, 247/86, Rec.05987
CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90, Rec.I.8121
CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie B.V.*, aff. C-62/86, Rec.1991, I, 3359
CJCE, 7 février 1993, *Poucet et a.*, 159/91, Rec. 634
CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, C-364/92, Rec. 43
CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, C-393/92, Rec.483
CJCE, 6 avril 1995, *Magill*, C-241 et 242/91, Rec.I-743
CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA*, 244/94, Rec.I-4013
CJCE, 18 mars 1997, *Port de Gênes*, C-343/95, Rec.I-1547
CJCE, 11 décembre 1997, *Job Center*, C-55/96, Rec.I-07119
CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding BV*, C-360/96, Rec.I-06821
CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, 67/96, Rec.I-5751
CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov*, C-180 à 184/98, Rec.I-6461
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, C-324/98, Rec. I-10745
TPICE, 4 mars 2003, *FENIN*, T-319/99, Rec.II-357
CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, C-280/00, Rec.. I-7747
CJCE, 27 novembre 2003, *Enirisorse SpA c/ Ministero delle Finanze*, C-34 à 38/01, Rec. I-14243
CJCE, Plénière, 11 juillet 2006, *FENIN* (C-205/03), disponible sur le site de la Cour de justice

Décisions de la Commission européenne

Déc. Comm. n°88/138/CEE, *Eurofix-Bauco/Hilti*, 22 décembre 1987, JOCE 11 mars 1988, n°L 65, p. 19
Déc. Comm. n°94/19/CE, *Sea Container contre Sealink*, 21 décembre 1993, JOCE, n° L 015 du 18 janvier 1994 p.8.
Déc. Comm. *Deutsche Post AG* n°2001/354/CE, 20 mars 2001, JOCE 5 mai 2001, n°L 125, p.27

Conseil constitutionnel

Décision 82-139 DC du 16 janvier 1982 relative aux lois de nationalisations
Décision n°88-224 DC du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence
Décision 92-316 DC du 20 janvier 1993, loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques
Décision 2000-439 DC du 16 janvier 2001 la loi relative à l'archéologie préventive
Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale

Tribunal des conflits

TC, *Ville de Pamiers* du 6 juin 1989, Rec.293
TC, *Aéroport de Paris* du 18 octobre 1999, Rec.469

Juridictions administratives

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec.333
CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec.583
CE, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec.86
CE, 21 janvier 1944, *Leoni*, Rec.26
CE, Sect., 18 décembre 1959, *Delansorme*, Rec. 692
CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec. 563
CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec. 280
CE, Sect., 23 juin 1972, *Société La plage de la forêt*, Rec. 477
CE, Sect., 10 février 1988, *Mézy*, Rec. 53
CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux d'Aveyron*, req.n°97449
CE, Sect., 8 novembre 1996, *FFSA*, req.n°122644
CE, 3 novembre 1997, *Millon et Marais*, Rec.406
CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 491
CE, Avis, 8 novembre 2000, *Société J.-L. Bernard Consultants*, Rec.492
CE, 29 juillet 2002, *CEGEDIM*, n°200886
CAA Paris, 11 décembre 2002, *Territoire de la Polynésie française*, req.n°02PA01600
CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, req.n°250124
CE, 23 février 2005, *Association coordination nationale Natura 2000*, req.n°241796
CE, 18 mars 2005, *Territoire de la Polynésie française*, req.n°254199
CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, req.n°275531

Cour de cassation

Cass.com., 5 novembre 1991, BOCCRF 26 novembre 1991
Cass.crim., 25 novembre 1992, Bull. Crim., n°389, p.1068
Cass.com., 12 décembre 1995, BOCCRF 24 janvier 1996
Cass.com., 2 décembre 1997, BOCCRF 31 décembre 1997
Cass.com., 25 janvier 2000, BOCCRF n°3, 7 mars 2000
Cass.com., 30 mai 2000, BOCCRF 25 juillet 2000
Cass.com., 29 juin 2000, BOCCRF n°10, 12 septembre 2000
Cass.com., 10 décembre 2003, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004
Cass.com., 14 décembre 2004, Bull. I, n° 326, p. 270
Cass.com., 9 juin 2004, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004
Cass.com., 14 décembre 2004, Bull. civ. IV, n°. 225 p. 254

Cour d'appel de Paris

CA Paris, 17 janvier 1990, BOCCRF 25 janvier 1990
CA Paris, 29 septembre 1994, BOCCRF, 27 octobre 1994

CA Paris, 14 juin 1995, BOCCRF 1995 p. 279
CA Paris, 9 septembre 1997, BOCCRF 7 octobre 1997
CA Paris, 8 septembre 1998, BOCCRF 30 septembre 1998
CA Paris, 16 février 1999, BOCCRF n°4, 26 février 1999
CA Paris, 15 juin 1999, BOCCRF 25 août 1999
CA Paris, 21 novembre 2001, BOCCRF n°2, 31 janvier 2002
CA Paris, 26 juin 2002, BOCCRF n°15, 21 octobre 2002
CA Paris, 29 avril 2003, BOCCRF n°10, 29 septembre 2003
CA Paris, 24 juin 2003, BOCCRF n°10, 29 septembre 2003
CA Paris, 28 juin 2005, BOCCRF N°9, 28 octobre 2005
CA Paris, 4 juillet 2006, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006
CA Paris, 7 novembre 2006, disponible sur le site du Conseil de la concurrence
CA Paris, 6 février 2007, disponible sur le site du Conseil de la concurrence

Conseil de la concurrence

** En cas d'absence de mention au BOCCRF, les décisions et avis cités sont disponibles sur le site du Conseil de la concurrence.*

Cons.conc., décision n°89-D-24 du 4 juillet 1989 relative à des pratiques de la SDRM, BOCCRF 28 juillet 1989
Cons.conc., décision n°90-MC-12 du 12 décembre 1990 relative à l'Ecole de ski Snow fun, BOCCRF 29 décembre 1990
Cons.conc., décision n°93-D-20 du 8 juin 1993 relative à une saisine de la Confédération européenne de défense des travailleurs indépendants, BOCCRF 25 juillet 1993
Cons.conc., avis n°94-A-15 du 10 mai 1994, relatif à la diversification d'EDF-GDF, BOCCRF 12 octobre 1994
Cons.conc., décision n° 94-D-30, 24 mai 1994, dite « Béton prêt à l'emploi », BOCCRF 14 juillet 1994, p. 272
Cons.conc., décision n°94-D-40 du 28 juin 1994, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski, BOCCRF 14 juillet 1994
Cons.conc., avis n°96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à La Poste, BOCCRF 1996, p.443
Cons.conc., décision 96-D-51 du 3 septembre 1996, Héli-inter assistance, BOCCRF n°1, 8 janvier 1997
Cons.conc., avis n°96-A-12 du 17 septembre 1996, relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat, concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, BOCCRF 17 janvier 1997
Cons.conc., avis n°97-A-10 du 25 février 1997, Service hydrographique et océanographique de la Marine, BOCCRF, 18 novembre 1997
Cons.conc., décision n° 97-D-71 du 7 octobre 1997, relative à une saisine présentée par les sociétés ASICS France, BOCCRF 31 décembre 1999.
Cons.conc., avis n°98-A-05 du 28 avril 1998, relatif au marché électrique, BOCCRF n°1, 23 janvier 2001
Cons.conc., décision n°98-D-31 du 13 mai 1998, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'escrime, BOCCRF 1998 p. 490
Cons.conc., décision n°98-D-70 du 24 novembre 1998 relative aux droits de diffusion audiovisuelle, BOCCRF n°14, 25 août 1999
Cons.conc., avis n°99-A-14 du 28 septembre 1999, relatif au projet d'acquisition des boissons de la marque « Orangina » par la société Coca Cola Company, BOCCRF n°14, 30 décembre 2000

Cons.conc., avis n° 99-A-21 du 8 décembre 1999, intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers, BOCCRF n°4, 31 mars 2000,

Cons.conc., décision n°00-D-27 du 13 juin 2000 relative à une saisine de l'UFC du Val d'Oise BOCCRF n°8 du 25 juillet 2000

Cons.conc., avis n°00-A-21 du 6 septembre 2000, relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle.

Cons.conc., décision n°00-D-47 du 22 novembre 2000, relative à des pratiques de la société EDF et de sa filiale Citélium, BOCCRF n°14, 30 décembre 2000

Cons.conc., décision n°00-D-59 du 6 décembre 2000, relative à des pratiques de la société PFG, BOCCRF n°14, 30 décembre 2000

Cons. conc., avis n°00-A-31 du 12 décembre 2000 relatif à une demande d'avis présentée par la Fédération de la formation professionnelle (FFP)

Cons.conc., décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001, Française des jeux, BOCCRF n°6, 24 avril 2001

Cons.conc., avis n°01-A-01 du 16 mars 2001, relatif aux tarifs de France Télécom, BOCCRF n°11, 18 octobre 2000

Cons.conc., avis n°01-A-17 du 6 novembre 2001, relatif à un projet de lignes directrices concernant l'homologation des tarifs de téléphonie fixe de France Télécom

Cons.conc., avis n°01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE

Cons.conc., décision n°02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes, BOCCRF n°8, 27 mai 2002

Cons.conc., avis n°02-A-08 du 22 mai 2002, APDP, BOCCRF n°9, 11 août 2003

Cons.conc., décision n°02-MC-07 du 15 mai 2002, Pharma Lab, BOCCRF n°11, 28 juin 2002

Cons.conc., décision n°02-D-31 du 30 mai 2002, relative à la saisine de la société EVIC à l'encontre de la société MAN Camions, BOCCRF n°11, 28 juin 2002

Cons.conc., décision n°02-D-63 du 8 octobre 2002 relative au secteur des communications

Cons.conc., avis n°03-A-01 du 10 janvier 2001, relatif à une demande du TGI de Paris concernant la concurrence dans le domaine sportif, BOCCRF n°7, 16 juin 2003

Cons.conc., décision n°03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à une demande de mesures conservatoires de la société TPS, BOCCRF n°7, 16 juin 2003

Cons.conc., décision n°03-D-15 du 17 mars 2003, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré, BOCCRF n°7, 16 juin 2003

Cons.conc., avis n°03-A-06 du 16 mai 2003, relatif au projet de loi sur la transposition de la directive 97/67/CE, BOCCRF n°9, 11 août 2003

Cons.conc., avis n°03-A-07 du 21 mai 2003, relatif à une demande d'avis du Ministre de la Culture, BOCCRF n°9, 11 août 2003

Cons.conc., décision n°03-D-33 du 3 juillet 2003 relative aux pratiques mises en oeuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Toulouse, BOCCRF n°12, 8 octobre 2003

Cons.conc., décision n°03-D-41 du 4 août 2003 concernant la société TOTAL, BOCCRF n°16, 17 décembre 2003

Cons.conc., décision n° 03-D-44 du 17 septembre 2003, relative à des pratiques relevées dans les secteurs du chauffage collectif au gaz, BOCCRF n°16, 17 décembre 2003

Cons.conc., décision n°03-D-62 du 18 décembre 2003, Société Bernard Louis Consultants, BOCCRF n°1 du 13 février 2004

Cons. conc., avis n°03-A-21 du 31 décembre 2003 relatif à la Mutualité Fonction Publique, BOCCRF n°4, 26 avril 2005

Cons. conc., avis n°04-A-04 du 29 janvier 2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants

Cons.conc., avis n°04-A-05 du 30 janvier 2004, relatif au projet de décret fixant les tarifs d'accès aux réseaux de transport du gaz, BOCCRF n°4, 26 avril 2005

Cons.conc., décision n°04-D-62 du 10 février 2004, relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société SOGEC Gestion dans la décision n° 02-D-33, BOCCRF n°3, 31 mars 2005

Cons.conc., décision n°04-D-21 du 17 juin 2004, relatif à une demande d'avis de la FICOME, BOCCRF n°9, 8 novembre 2004

Cons.conc., avis n°04-A-12 du 30 juin 2004, relatif à l'IGN, BOCCRF n°4, 26 avril 2005

Cons.conc., avis n°04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du service emploi-entreprise, BOCCRF n°4, 26 avril 2005

Cons.conc. décision n°04-D-34 du 22 juillet 2004, relative à l'exécution de l'article 1er 1er tiret de la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004

Cons.conc. décision n°04-D-37 du 27 juillet 2004, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne, BOCCRF n°10, 9 décembre 2004

Cons.conc., décision n°04-D-17 du 11 mai 2004, relative à une saisine de la société AOL, BOCCRF n°6 du 6 septembre 2004

Cons.conc. avis n°04-A-21 du 28 octobre 2004, relatif à une demande d'avis de la Fédération Interprofessionnelle de la Communication d'Entreprise (FICOME), BOCCRF n°4, 26 avril 2005

Cons.conc., décision n°04-D-79 du 23 décembre 2004, relative à une saisine de la société Vedettes Inter-Iles Vendéennes, BOCCRF n°3 du 31 mars 2005

Cons.conc., décision n°05-D-11 du 16 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'affichage publicitaire au sein du réseau ferroviaire, BOCCRF n°9, 28 octobre 2005

Cons.conc., avis n°05-A-08 du 31 mars 2005, relatif à la mise en place d'un service universel bancaire BOCCRF n°9, 28 octobre 2005

Cons. conc., décision n°05-D-29 du 16 juin 2005, relatif à des pratiques mise en œuvre par les Haras Nationaux, BOCCRF n°4, 14 mars 2006

Cons.conc., avis n°05-A-11 du 17 juin 2005, relatif au projet de décret sur les tarifs des installations de gaz naturel liquéfié, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006

Cons.conc., décision n°05-D-39 du 5 juillet 2005, relatif à une saisine des Monuments comtois, BOCCRF n°4, 14 mars 2006

Cons.conc., avis n°05-A-19 du 20 octobre 2005, relatif aux principes à respecter pour l'établissement par EDF d'une comptabilité séparée pour les clientèles éligibles et non éligibles, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006

Cons.conc., décision n°05-D-60 du 8 novembre 2005, Sté Trans Côte d'Azur, BOCCRF n°4 du 16 mars 2006

Cons. conc., décision n°05-D-63 du 17 novembre 2005 concernant La Poste, BOCCRF n°5, 29 avril 2006

Cons.conc., avis n°05-A-22 du 2 décembre 2005 relatif à la privatisation de la SEMCA, BOCCRF n°10, 8 décembre 2006

Cons.conc. décision n°05-D-68 du 12 décembre 2005, relative à des pratiques du CNED, BOCCRF n°1, 23 janvier 2001

Cons.conc., décision n°06-MC-03 du 11 décembre 2006, relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent

INDEX

*Les numéros renvoient aux pages
Les termes ayant fait l'objet de développements conséquents sont soulignés*

Index thématique

A

Abus de position dominante, 50, 60-61, 68-71, 77, 83-84

Affectation du commerce entre les Etats membres (notion), 16-17

Aide d'Etat, 32

Asymétrie d'information, 21

Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes, 80

Autorité administrative indépendante, 9

Autorité morale, 79

B

Biens collectifs, 21

C

Carence de l'initiative privée, 19-36

Centre national d'enseignement à distance, 13, 34, 65, 69, 77

Commission européenne (compétence), 32

Commission européenne (décisions), 17, 40, 70, 83, 85

Commission européenne (publications), 7, 9-10, 19, 47

Concession de service public, 38, 40

Conseil d'Etat, 6-8, 17-20, 23-36, 40, 44-45, 56, 60, 62, 66-67, 71, 75, 79-90, 92-93,

Contrats (administratifs), 64

Cours administratives d'appel, 27

Cour d'appel de Paris, 9, 12, 63, 65, 71, 81, 86-90

Cour de cassation, 9, 12-13, 17, 50, 60, 71, 73, 74, 79,

Cour de justice des Communautés européennes, 10-14, 16-17, 32, 38, 40, 44, 58, 71, 74, 83-84

Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, 70

Coûts incrémentaux, 80-92

D

Défaillance de marché, 19-36

E

Electricité de France, 30, 52, 72, 73

Egale concurrence (principe), 25, 36, 58, 66

Egalité, 62, 73, 75, 88

Entente, 17, 39, 60-61, 79

Entreprise (notion), 12

Externalités, 20, 23

F

Facilités essentielles (théorie des), 50, 53, 68, 70-73

G

GDF, 30, 69, 72, 73

I

Image (du service public), 77, 92

Institut national de la statistique et des études économiques, 69

Intérêt général, 10, 24, 32-33, 38, 40, 47-49, 56, 66, 75, 79

L

Liberté d'entreprendre, 26

Liberté de la concurrence et des prix, 8, 71

Libertés économiques communautaires, 11

Liberté du commerce et de l'industrie, 26, 30, 35, 66

Lois de Rolland, 40

M

Marché pertinent, 61

Marché public, 40, 64

Monopole, 6, 14, 18, 21-22, 47, 50-51, 57-59, 60, 65, 68-73, 84- 87

N

Neutralité (principe), 29

P

Principe de solidarité, 14

Principe de spécialité, 30-31

Prix abusivement élevés, 83-84

Prix prédateurs, 50, 65, 68, 81,

Proportionnalité (principe), 43-44, 48, 90

R

Régulation, 46, 53, 85

S

Séparation (des activités), 49-53, 73

Service d'intérêt économique général, 7, 11-12, 90

Service d'intérêt général, 10-12

Service universel, 7-10, 18-19, 32-34, 40-43, 80

T

Transparence, 20, 38-40, 48, 51-53

Tribunal des conflits, 63, 80

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	6
Chapitre 1 LE SERVICE PUBLIC ET LE MARCHÉ.....	16
Sect. 1 La création du service public : la légitimité par le marché ?.....	19
I La divergence des principes.....	19
A Un critère d'origine économique.....	19
1 <i>La défaillance de marché dans la théorie économique.....</i>	<i>19</i>
2 <i>L'économie de la défaillance de marché dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence.....</i>	<i>22</i>
B Les divergences d'avec la jurisprudence administrative.....	23
1 <i>Le Conseil d'Etat et la légitimité de la création d'un service public...24</i>	
2 <i>L'ampleur des divergences.....</i>	<i>26</i>
II La convergence dans l'application.....	28
A Le champ d'application différencié des critères.....	28
1 <i>Le principe de la neutralité du régime des entreprises.....</i>	<i>29</i>
2 <i>L'absence de contrôle du respect du principe de spécialité des établissements publics.....</i>	<i>29</i>
B La portée limitée de l'apparente distinction.....	32
1 <i>La libre définition de l'intérêt général.....</i>	<i>32</i>
2 <i>L'utilisation souple du critère.....</i>	<i>34</i>
Sect.2 Les modalités de création d'un service public.....	37
I Contrôler le choix du mode de dévolution et de fonctionnement du service.....	37
A La mise en avant des exigences communautaires.....	37
1 <i>L'acte de création : l'exigence de transparence.....</i>	<i>38</i>
2 <i>La mise en concurrence comme procédure de principe.....</i>	<i>40</i>

	B	Le contrôle du mode d'organisation du service : le critère du moindre dommage.....	42
		1 <i>Le principe de proportionnalité.....</i>	43
		2 <i>L'analyse au cas par cas du marché.....</i>	44
II		Contrôler le fonctionnement ultérieur du service.....	45
	A	Le souci d'un contrôle ex ante : la régulation du service public.....	46
	B	La volonté de garantir l'effectivité du contrôle ex post.....	49
		1 <i>Les justifications théoriques de la séparation des activités.....</i>	50
		2 <i>Les différentes formes de séparation des activités.....</i>	52
Chapitre 2		LE SERVICE PUBLIC DANS LE MARCHÉ.....	55
		Sect. 1 La banalisation du service public.....	57
	I	Un régime juridique uniformisé.....	57
		A Une banalisation inhérente au droit de la concurrence.....	57
		1 <i>La banalisation dans la théorie.....</i>	58
		2. <i>La banalisation dans la pratique.....</i>	60
	B	Une banalisation mise en œuvre par le Conseil de la concurrence ?.....	62
		1 <i>Les limites à la compétence du Conseil de la concurrence.....</i>	62
		2 <i>La banalisation œuvre du juge administratif ?.....</i>	65
II		La banalisation du service public : un objectif plus qu'un état de fait ?.....	67
	A	Les particularités de certains secteurs.....	68
	B	La théorie des facilités essentielle, la banalisation à marché forcée ?	70
		1 <i>Les fondements de la théorie.....</i>	70
		2 <i>Une mise en œuvre visant surtout certains opérateurs.....</i>	72

Sect.2	<i>La différenciation du service public</i>	75
I	La particularité de l'image du service public	77
II	La complexité du prix du service public	80
	A Les coûts incrémentaux dans le calcul des prix prédateurs	82
	1 <i>La notion de prix prédateurs</i>	82
	2 <i>La question de la pertinence des coûts</i>	84
	B Un mode de calcul avantageux ?	86
	1 <i>Les problèmes soulevés par la méthode</i>	87
	2 <i>Une hiérarchisation implicite des activités ?</i>	89
	CONCLUSION.....	93
	BIBLIOGRAPHIE.....	94
	INDEX.....	106
	TABLE DES MATIERES	108