

L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit des contrats publics

« Il n'est donc pas vrai, même dans les sociétés capitalistes les plus développées, que "tout est à vendre" »¹

Laurent Richer

*Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
Avocat au barreau de Paris*

Tout au long du XX^e siècle la doctrine a souligné la place faite au pouvoir discrétionnaire par le droit public économique. Mais, progressivement, ce droit s'est enrichi de nouvelles règles procédurales, puis déployé en droit public de la concurrence et de la régulation. Du coup, il apparaît que, dans des cas de plus en plus nombreux l'action administrative est plus encadrée en matière économique qu'en d'autres domaines. Cette situation se rencontre en matière de contrats de l'administration.

En effet, les contrats de l'administration qui présentent un caractère économique sont conclus moins librement que les autres, parce qu'eux seuls relèvent des obligations de transparence et de concurrence. Comment caractériser cette catégorie des contrats publics au sein des contrats publics ?

La question se pose d'abord parce qu'il peut sembler que tout contrat est économique dans la mesure où tout contrat réalise une opération d'échange. À cela, il est, cependant, possible d'objecter d'une part que tout contrat ne réalise pas un échange, d'autre part, que tout échange n'est pas économique.

Si, délaissant l'objet, on s'attache aux effets du contrat, il n'est guère possible d'identifier un ensemble bien déterminé, car on cherche vainement un exemple de contrat auquel il ne serait pas possible de prêter quelque effet économique. Certes, le degré d'« économicité » varie ; un monde sépare un marché public de 500 millions d'euros et une convention de coordination de l'article L. 2212-6 du CGCT ; pourtant, si le marché se donne d'emblée comme un objet économique, la convention de coordination des missions de police a des effets économiques, parce qu'elle a des répercussions budgétaires et parce que la sécurité publique est une condition fondamentale du bon fonctionnement des mécanismes de l'économie.

1 - Maurice Godelier, *Au fondement des sociétés humaines*, Albin Michel, 2007, p. 86.

Cela ne signifie pas qu'il faut renoncer à définir une catégorie de contrats publics économiques. Il existe, en effet, une méthode simple d'identification : un « contrat économique » est un contrat signé avec un « opérateur économique ». Il apparaît alors clairement que le marché public est un contrat économique, alors que la convention de coordination signée entre autorités de police n'est pas un tel contrat.

Ainsi identifiés, les contrats publics économiques représentent statistiquement la majorité des contrats publics, même s'ils ne recouvrent pas tous les contrats administratifs susceptibles d'intéresser les opérateurs économiques, puisqu'on n'y retrouve pas, par exemple, les contrats de projet État-région.

Pour autant, l'absence d'activité économique peut-elle justifier la non-application des règles de passation des contrats publics ; la notion d'opérateur économique a-t-elle vocation à servir de critère pour délimiter le champ d'application des règles de passation des contrats publics ? Et, symétriquement, lorsque l'activité économique est le fait non du cocontractant, mais du pouvoir adjudicateur, cela ne doit-il pas avoir un effet d'éviction sur les règles de passation des contrats publics, rendue inutiles ?

I. L'activité du cocontractant, activité économique

L'application des principes de transparence, publicité, concurrence est liée au caractère économique de l'activité du cocontractant. Lorsque ces principes ne sont pas intégrés au droit national, le doute existe sur la validité des contrats conclus avec un opérateur économique sans publicité et concurrence préalable. C'est le problème qui se pose pour les conventions d'occupation du domaine public² et qu'aura sans doute à résoudre un jour le Conseil d'État. On traitera seulement ci-après de ce qui a déjà fait l'objet de décisions ou d'avis du Conseil d'État.

Dans l'avis qu'il a donné sur le projet de code des marchés publics en 2006 le Conseil d'État a indiqué que « les contrats par lesquels une personne publique commande des prestations de service ne constituent des marchés publics soumis au code que si les cocontractants de l'administration sont, comme le précise l'article 1^{er} du code, des opérateurs économiques » (EDCE, 2007, n° 58, p. 83). Nombre de commentateurs ont considéré que cette solution, selon eux contestable, a été consacrée et étendue à la délégation de service public par l'important arrêt de Section du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*³ qui juge que les collectivités publiques peuvent confier la gestion d'un service public sans passer de contrat de délégation de service public ou de marché public et, donc,

2 - V. Conseil de la concurrence, avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 ; S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 53 et suiv.

3 - BJDGP, 2007, n° 53, p. 283, concl. Sénors ; RFDA, 2007.812, concl. Sénors, note J.-C. Douence ; AJDA, 2007.1020, chronique Lenica et Boucher ; JCPA, 2007.2128, note Pontier ; JCPA, 2007.2125, note Linditch ; JCPA, 2007.2111, note Karpenschiff ; Contrats et marchés publics, 2007/com. 191, note Eckert ; *Dr. Adm.*, 2007.95, note Bazex et Blazy.



sans mise en concurrence, « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

En réalité, les deux notions d'opérateur économique et d'opérateur sur un marché concurrentiel doivent être distinguées.

La thèse qui sera ici développée est d'une part que la notion d'« opérateur économique » ne peut pas constituer un critère d'application du principe de transparence et des législations et réglementations applicables aux marchés publics, concessions ou délégations de service public, d'autre part, que la notion d'« opérateur sur un marché concurrentiel » peut légitimement fonder des restrictions à l'application des règles sur la passation des contrats susmentionnés sans pouvoir, pour autant, être considérée comme un critère opératoire, ce n'est qu'une idée directrice.

A. Opérateur économique

L'avis du Conseil d'État sur le projet de code de 2006 est directement inspiré par l'article 1^{er} de la directive 2004/18 selon lequel « les "marchés publics" sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive ».

La notion d'opérateur économique ne fait pas l'objet d'une définition, ce qui est normal car, selon l'article 1^{er} § 8 de la directive 2004/18 : « le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte ». Cette dernière phrase paraît signifier que l'expression « opérateur économique » n'a pas de contenu conceptuel, qu'il n'y a donc pas lieu de se préoccuper de savoir si l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services agit en tant qu'opérateur économique.

De son côté, la CJCE, pour qualifier un contrat de marché public de travaux, relève dans l'arrêt Auroux⁴ que « la SEDL, en tant qu'opérateur économique actif sur le marché qui s'engage à réaliser les travaux prévus par la convention, est à qualifier d'entrepreneur au sens de la directive » 93/37. Et pour les concessions la Commission observe que « dans la mesure où ces concessions résultent d'actes étatiques ayant pour objet des prestations d'activités économiques ou la fourniture de biens, elles sont soumises aux dispositions pertinentes du traité ainsi qu'aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en la matière » (Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire; JOCE, 2000/C 121/02 du 29 avril 2000, § 2).

La notion d'opérateur économique peut donc apparaître comme un des critères de définition du marché public et de la concession et à partir du moment où un

4 - CJCE, 18 janvier 2007, affaire 220/05, Rec. 385, point 44.

contrat n'est pas conclu avec un opérateur économique, il ne serait pas un marché ou une concession.

Ce raisonnement paraît, cependant, difficile à admettre. En effet, si un contrat présente les caractéristiques du marché ou de la concession, il porte nécessairement sur une opération consistant à fournir un bien ou service à titre onéreux. Or, à partir du moment où le cocontractant fournit un bien ou une prestation à titre onéreux, son activité est économique, car une activité économique est « une activité exercée en contrepartie du versement d'une rémunération au sens large » (CJCE, 7 novembre 1996, *Züchner*, C-77/95, Rec. 5689, point 13). C'est en ce sens qu'a statué la CJCE pour répondre à un argument tiré par l'Italie de ce que les contrats de transports sanitaires conclus à titre onéreux, mais avec des associations désintéressées, comme la Croix-Rouge, ne seraient pas des marchés publics. La Cour a rejeté cet argument en se référant à la définition jurisprudentielle de l'entreprise « au sens des dispositions du traité relatives à la concurrence » (CJCE, 29 novembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-119/06, point 37) et, conformément à cette définition, elle a jugé que ni la nature (sociale), ni les conditions d'exercice de l'activité (absence de but lucratif) ne faisaient obstacle au caractère économique de l'activité exercée⁵.

Il ne semble pas inexact de synthétiser l'état du droit en affirmant que si un contrat présente les caractéristiques du marché ou de la concession, le cocontractant est un opérateur économique.

À cela il pourrait être objecté que dans la jurisprudence en matière de concurrence la CJCE a admis que certaines activités « non marchandes » ne sont pas des activités économiques⁶.

Il est vrai que la CJCE a admis l'absence de caractère économique des activités régaliennes et des activités sociales reposant sur un principe de solidarité. Ne faut-il pas admettre que si un contrat à titre onéreux confie une prestation relevant d'une telle activité il échappe aux règles du droit économique ?

Cela paraît difficile à envisager.

Prenons l'exemple des activités régaliennes. Cette notion d'activité régalienne est conçue assez largement ; il ne s'agit pas seulement de l'exercice de prérogatives de puissance publique : ont été considérées comme des activités régaliennes des activités de lutte contre la pollution, relevant par leur but de la police⁷. Peut-on accepter qu'un contrat portant sur un service de dépollution ne soit pas soumis au principe de transparence au motif qu'il poursuit un but de police ? Pourrait-on, de même, admettre que soit soustrait à toute mise en concurrence

5 - Tout au plus l'arrêt admet-il, a contrario, que pourrait ne pas être un marché public le contrat qui prévoirait le simple remboursement des frais (point 48)

6 - Cf. Waelbroeck M. et Frigani A., *Concurrence*, commentaire Mégret, t. 4, 1997, p. 35 et suiv. ; Ancelin L., *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003 ; Maddalon P., *La notion de marché dans la jurisprudence de la CJCE*, LGDJ, 2007, p. 253 et suiv. ; Raclet A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, p. 235 et suiv.

7 - Exemple : CJCE, 18 mars 1997, *Cali*, affaire C-343/95, Rec. 1547 ; décision de la Commission du 9 novembre 2005 concernant la mesure mise à exécution par la France en faveur des mines de potasse d'Alsace, *JOUE*, L 86/20 du 24 mars 2006.



le contrat par lequel un exploitant public d'aéroport confie à une entreprise de surveillance l'inspection – filtrage⁸ des voyageurs, au motif que cette mission relève de la police ? Cela ne paraît pas concevable.

En réalité, la notion d'opérateur économique présente un caractère relatif, elle ne peut être définie dans l'absolu et à partir du moment où l'opérateur d'une activité, fût-elle régaliennne, l'exerce à titre onéreux sous la forme d'une prestation de service⁹, il intervient en tant qu'opérateur économique.

Dans ces conditions, il apparaît que la notion d'opérateur économique ne peut être un critère du marché public ou de la concession ou de la délégation de service public.

C'est sans doute la raison pour laquelle, en fin de compte, la réflexion s'étant affinée, l'arrêt *Commune d'Aix* ne fonde pas la solution qu'il retient sur cette notion d'opérateur économique.

B. Opérateur sur un marché concurrentiel

Il résulte de l'arrêt *Commune d'Aix* que, même dans le cas où sont réunis les éléments économiques de l'opération d'achat public ou de délégation d'activité publique, le principe et les règles de transparence ne s'appliquent pas dès lors que « *eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel* ». Il ne résulte pas de l'arrêt que les relations du pouvoir adjudicateur avec le « tiers » n'ont pas un caractère économique, la distinction est faite entre opérateur économique et opérateur sur un marché concurrentiel.

Une telle distinction a-t-elle un sens ?

On pourrait être tenté d'objecter que ces deux notions sont synonymes. En effet, selon la CJCE « *constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁰.

Mais, la jurisprudence communautaire n'exige pas une concurrence effective. Après avoir considéré qu'une activité est économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, dès lors qu'elle s'exerce ou est « susceptible » de s'exercer en concurrence avec des entreprises privées, la Cour juge que l'activité est économique si elle s'exerce dans les conditions du marché : « *ce n'est pas le simple fait que l'activité peut, théoriquement, être exercée par des opérateurs privés qui importe, mais le fait que l'activité est exercée dans des conditions de marché. Celles-ci sont caractérisées par un comportement en*

8 - Cf. article L. 282-8 code de l'aviation civile : « *sont également habilités à procéder à ces fouilles et visites, sous le contrôle des officiers de police judiciaire ou des agents des douanes..., les exploitants d'aérodrome, les entreprises qui leur sont liées par contrat* ».

9 - Sur la relation entre les deux notions cf. P. Thieffry, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », AJDA 2007.1331.

10 - CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov e. a.*, affaire C-180/98 à C-184/98, Rec. 6451 ; 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, affaire C-475/99, Rec. 8089



vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité. C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un marché, même si les dispositions légales en vigueur empêchent l'émergence d'une concurrence réelle sur ce marché » (concl. Poiares Maduro sur CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, affaire C-205/03 P, Rec. 6295, § 13).

Il est, par conséquent, tout à fait possible qu'un opérateur économique n'intervienne pas sur un marché concurrentiel ou même sur un marché. La CJCE a même admis que le titulaire d'un contrat d'emploi peut être un opérateur économique¹¹.

Une fois reconnu que l'absence d'intervention sur un marché concurrentiel n'est pas incompatible avec le caractère d'opérateur économique, il est concevable que le titulaire d'un contrat répondant à la définition du marché public ou de la concession, parce qu'il a pour objet une prestation à titre onéreux, soit un opérateur économique mais ne soit pas un opérateur sur un marché concurrentiel.

L'exclusion du champ d'application des règles de passation des contrats publics des contrats conclus avec des opérateurs n'intervenant pas sur un marché concurrentiel paraît logique dans la mesure où lesdites règles ont pour raison d'être la préservation de la libre concurrence contre les défaillances du marché liées à la présence d'un acheteur public (sur ce point v. not. P. Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, 2004, p. 63 et suiv.).

Au demeurant, cette définition du champ d'application par référence à la *ratio legis* est présente dans la législation communautaire : les directives 2004/17 et 2004/18 ne s'appliquent pas aux « contrats d'emploi », l'article 1^{er} § 8 de la directive 2004/18 dispose que « les termes "entrepreneur", "fournisseur" et "prestataire de services" désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché », cette dernière précision (« sur le marché ») étant une innovation de 2004, la directive 2004/18 ne s'applique pas aux marchés de service conclus avec les titulaires d'un droit exclusif.

De son côté, une jurisprudence célèbre a admis que si le marché ou la concession est conclu par le pouvoir adjudicateur avec un opérateur qui est placé sous sa dépendance (« in house »), ni les directives, ni les principes du Traité ne sont applicables, ce qui peut s'expliquer par l'absence de mise sur le marché de la prestation fournie par l'opérateur interne.

Dans son principe, la solution de l'arrêt *Ville d'Aix* consistant à dispenser de mise en concurrence les contrats avec un tiers autre qu'un opérateur sur un marché concurrentiel est donc dans la logique du droit européen des contrats

¹¹ - Exemple : CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie-Blum*, affaire 66/85, Rec. 2121, qui décide à propos de la situation d'un enseignant stagiaire « qu'on ne saurait [...] objecter que les prestations accomplies dans le cadre de l'enseignement ne rentrent pas dans le champ d'application du traité comme n'étant pas de nature économique » et ce, alors même que le stagiaire relève d'un statut de droit public – point 20 de l'arrêt.



publics, qui définit des règles de passation afin de préserver le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché.

Mais, une fois admis le principe, on a plus de difficulté à voir dans la notion d'opérateur sur un marché un « critère » permettant de circonscrire le champ d'application des règles de publicité et concurrence et cela à cause des éléments qui servent à définir la notion d'opérateur sur un marché concurrentiel, selon l'arrêt *Ville d'Aix*, à savoir « la nature de l'activité en cause » et les « conditions particulières » dans lesquelles elle est exercée par le tiers.

La référence qui est faite à la nature de l'activité est ambiguë dans la mesure où elle peut donner à penser que c'est le caractère régalien ou « solidariste » de l'activité qui pourrait être pris en considération, ce qui, on l'a vu, n'est pas acceptable, si l'on admet avec nous que le prestataire d'une telle activité n'en peut pas moins être un opérateur économique. La référence aux conditions particulières dans lesquelles le tiers exerce l'activité n'est utilisable que si ces conditions correspondent à une des situations dérogatoires admises par le droit communautaire, ce qui renvoie à l'exclusion du contrat d'emploi, du contrat « *in house* » ou à toute exclusion fondée sur des motifs établis dans le traité CE, tels par exemple la sécurité publique ou la santé publique, ou sur des intérêts généraux au sens de la jurisprudence « *Cassis de Dijon* ».

Dans ces conditions, la notion d'opérateur sur un marché concurrentiel n'apparaît pas en droit communautaire comme autre chose qu'une idée-force sous-tendant un ensemble de règles particulières, non comme un critère opératoire par lui-même.

Mais, fera-t-on observer, les principes et règles communautaires ne s'imposent que pour les contrats qui comportent une dimension transfrontalière¹², c'est-à-dire sont susceptibles d'intéresser des entreprises d'autres États membres, ce qui est loin de concerner la majorité des contrats économiques publics. En dessous des seuils communautaires, pour les petits marchés, les petites concessions, le droit français est libre de tirer les conséquences de l'absence d'opérateur sur un marché concurrentiel. Un pouvoir adjudicateur pourrait alors ne pas mettre en concurrence une prestation à titre onéreux, parce qu'il estimerait que les exigences de l'intérêt général ou de l'organisation du service public justifient des conditions de rémunération ou des contraintes qui rendent inconcevable ou improbable la compétition. Si tel est le cas, la jurisprudence *Commune d'Aix* peut être riche de développements, mais cela au prix d'un dédoublement partiel du droit des contrats publics, car il est à penser que la « productivité » de la notion sera plus forte au niveau national qu'au niveau communautaire.

Cette question des objectifs du droit des contrats publics se pose également quand on envisage l'activité économique du côté du pouvoir adjudicateur.

12 - Ce qui est le cas si le contrat n'a pas d'impact sur le commerce intracommunautaire (cf. CJCE, 26 avril 2007, *Commission c/ Finlande*, affaire C-195/04, BJDCP 2007, p. 348, concl. Sharpston ; CJCE, 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, affaire C-507/03).



II. L'activité contractuelle publique, activité économique

L'expression *activité contractuelle publique*, que nous empruntons aux juristes italiens¹³, désigne l'ensemble d'actes juridiques et matériels concourant à la passation des contrats de l'administration. Cette activité consiste à accueillir ou solliciter des propositions de contrat, rédiger et publier des documents et projets, négocier des contrats et, enfin, les signer et accomplir les éventuelles formalités subséquentes. Par elle-même, une activité contractuelle n'a pas un caractère économique, même s'il n'est pas inconcevable qu'elle prenne un tel caractère lorsque les actes qu'on vient d'énumérer sont accomplis à titre onéreux pour le compte d'un tiers, par exemple dans le cadre d'une activité de mandataire. Il est également logique d'admettre que, lorsque ces actes sont passés pour les besoins d'une entreprise, ils ont eux-mêmes un caractère économique et que, à l'inverse, s'ils visent à satisfaire aux exigences d'une activité non économique, ils n'ont pas un caractère économique.

Le droit de la concurrence n'est pas applicable aux pratiques d'entente ou d'exploitation abusive de position dominante lorsque l'activité contractuelle n'est pas économique. Telle est la solution de principe qui est appliquée à l'activité contractuelle publique, mais cette solution fait l'objet de remises en cause.

A. Immunité de l'activité contractuelle publique

Bien que l'état du droit jurisprudentiel ait connu des évolutions non négligeables depuis 1989, on peut considérer comme toujours valable l'affirmation qui figure dans le célèbre arrêt *Ville de Pamiers*¹⁴ : les règles de la concurrence ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant qu'elles se livrent à des activités de production, de distribution et de services or, « *l'organisation du service public de distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité* ». L'« activité normative contractuelle »¹⁵ n'est pas une activité économique relevant du droit de la concurrence.

Le développement postérieur de la jurisprudence n'entame pas cette affirmation. En effet, si le droit de la concurrence en est venu à être appliqué par le juge administratif aux collectivités publiques à l'occasion de leur activité contractuelle, c'est soit parce qu'elles ont induit une pratique anticoncurrentielle de la part des entreprises privées, soit parce qu'elles ont adopté un acte contrariant

13 - Voir par exemple A. Crosetti, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi*, Turin, Giappichelli, 1984 ; G. Fazio, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milan, Giuffrè, 1988-1989, II.

14 - Tribunal des conflits du 6 juin 1989, *Préfet d'Île-de-France c/ SAEDE/Ville de Pamiers*, Rec. 293 ; RFDA 1989, 459, concl. Stirn ; AJDA 1989, 467, note Bazex ; RDP 1989, 1780, note Gaudemet ; JCP 1990, II, 21395, note Terneyre.

15 - S. Destours et G. Clamour, « Collectivités territoriales et droit de la concurrence », *JCL Coll. Territ.*, Fasc. 724, n° 164.



l'effet utile des règles de la concurrence qui leur sont « opposables », mais pas pour autant « applicables »¹⁶.

En dépit de l'étroite insertion dans le marché – et donc dans le droit de la concurrence – de l'activité contractuelle de dévolution du service public, cette activité reste dénuée de caractère économique, non pas tant par son caractère de puissance publique (qui n'est mentionné dans l'arrêt *Ville de Pamiers* qu'*in fine*¹⁷ et pour justifier l'incompétence du juge judiciaire et non l'inapplicabilité du droit de la concurrence) que par son objet qui est l'organisation du service public, laquelle est considérée comme étrangère à la sphère économique, même quand il s'agit d'un service public économique. Cette notion d'organisation du service public a été reprise ultérieurement par le Conseil d'État, qui a considéré, dans l'avis du 23 octobre 2003 Fondation Jean Moulin¹⁸, qu'une convention d'organisation du service public n'est pas un contrat relevant de la directive sur les marchés publics.

C'est pour un motif assez proche que l'activité consistant à attribuer des autorisations sur le domaine public n'est pas considérée comme une activité économique : « l'attribution [...] de la jouissance d'une partie du domaine public pour y exercer une activité commerciale ne constitue nullement une activité de production, de distribution ou de services [...], mais un acte de gestion du domaine public et l'exercice [...] de prérogatives de puissance publique » (CA Paris, 6 juin 2000, *BOCCRF*, 25 juillet 2000, p. 389). Comme dans l'arrêt *Ville de Pamiers*, deux motifs coexistent, mais celui qui est tiré de l'existence de prérogatives de puissance publique ne se rapporte qu'à la question de compétence, ainsi que cela résulte, d'ailleurs, clairement d'un arrêt de la Cour de cassation qui juge que « les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et qui peuvent constituer des actes de production, de distribution et de services [...] ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence » (Com., 16 mai 2000, *NAVSA* et concl. Stahl, CE Sect., 26 mars 1999, soc. EDA, rec. 96).

Pour une raison différente, l'activité d'achat public, c'est-à-dire celle de passation des marchés publics, n'est pas non plus une activité économique¹⁹, mais cela n'est pas lié au caractère public de l'activité : les conditions dans lesquelles des administrations aussi bien que des entreprises choisissent une prestation, n'entrent pas dans le champ d'application du droit de la concurrence (Conseil de la concurrence, 2 mars 1994, 94-D-15); le choix des entreprises et les modalités d'application du marché « ne constituent pas des actes de production, de distribution ou de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce » (Conseil de la concurrence, 17 février 2005, 05-D-04). L'interprétation ainsi

16 - Cf. O. Guezou, note sous CE, 23 juillet 1993, CGE, *LPA* 8/7/94, n° 81, p. 15 et de façon générale : S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005, p. 53 et suiv.

17 - Curieusement, ni dans le Recueil Lebon, ni sur Legifrance n'est reproduit le dernier considérant de la décision du TC : « considérant que dès lors que l'allégation de pratiques anticoncurrentielles... ne tend en réalité, qu'à faire échec à l'exécution de la décision d'une collectivité territoriale prise dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique... »

18 - EDCE, n° 55, p. 209 ; CP-ACCP, 2004, n° 34, note E. Fatôme et L. Richer.

19 - Cf. C. Bréchon-Moulènes (dir.), *Droit des marchés publics*, Éditions Moniteur, III. 132.2 (par O. Guezou).



retenue de la notion d'activité économique a un caractère fonctionnel : le droit de la concurrence ne s'applique pas aux actes d'achat parce qu'une telle application est rendue inutile par le fait que l'acheteur n'a pas intérêt à mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles (Conseil de la concurrence, 24 avril 2003, 03-D-22, § 18).

Il est clair, dans ces conditions, que c'est à la nature intrinsèque de l'activité que s'attache la jurisprudence pour la qualifier, sans tenir compte de l'existence d'effets sur le marché.

Cette façon d'isoler l'activité de son contexte suscite depuis longtemps des réserves. Ainsi, dans l'affaire *Ville de Pamiers*, la cour d'appel de Paris avait admis l'application du droit de la concurrence à l'activité de dévolution du service public en s'appuyant sur l'existence d'effets sur le marché²⁰ et d'éminents auteurs ont émis des doutes, depuis longtemps, sur la solution relative aux actes d'achat (cf. G. Canivet et M.-C. Boutard-Labarde, *Droit français de la concurrence*, 1994, n° 16).

Il est vrai qu'il peut paraître étrange de voir échapper au droit de la concurrence des activités auxquelles l'État entend imprimer un caractère de plus en plus économique. En matière de domaine public, les propriétaires publics sont encouragés à développer la valorisation de leur patrimoine, notamment à l'occasion de la délivrance des autorisations d'occupation et d'utilisation. En matière de marchés publics, les réformes des dernières années ont été orientées prioritairement vers la valorisation de l'aspect économique de l'activité d'achat public par l'introduction de plus de flexibilité. Il peut sembler contradictoire de laisser en dehors du droit de la concurrence des activités de plus en plus immergées dans le marché.

Sans aller jusqu'à sauter le pas en supprimant les frontières dont on vient de rappeler les tracés, la jurisprudence est venue opérer quelques rectifications dans les secteurs de l'occupation domaniale et de l'achat public.

B. Levée partielle d'immunité

En ce qui concerne les contrats (ou autorisations) d'occupation du domaine public, il a été admis qu'existe une forme de gestion domaniale qui a un caractère économique : à côté de l'activité de délivrance d'un titre d'occupation du domaine public, l'offre d'une prestation de services sous forme d'utilisation du domaine public. S'agit-il de deux qualifications conjointes par la même activité ou de deux types d'activités ?

La CJCE juge que la « mise à disposition d'infrastructures par des entités chargées de celles-ci » constitue une activité de nature économique (CJCE, 24 octobre 2002, ADP, affaire C-82-01, Rec. 9297), ce qui amène à considérer que tout contrat d'occupation du domaine public est concerné²¹, même si la Cour de cassation paraît faire une distinction entre « offre d'une prestation de services » et délivrance d'un

20 - « En faisant appel à plusieurs entreprises spécialisées afin de choisir celle à qui serait confiée la distribution d'eau, la Ville de Pamiers a exercé une action sur le marché » (Paris, 30 juin 1988, SAEDE, *Gaz. Pal.*, 1988, II, 60, note Richer).

21 - En ce sens S. Destours et C. Clamour, *op. cit.*, n° 227.



titre d'«occupation privative du domaine public» (Com., 7 janvier 2004, *APH-PAR*, pourvoi 00-12451). Cela conduit logiquement à ce que le droit de la concurrence est toujours applicable à l'activité de conclusion de contrats d'occupation du domaine public, l'utilisation éventuelle de prérogatives de puissance publique n'ayant d'incidence que sur la répartition des compétences²².

L'extension de la notion d'activité économique concerne aussi les marchés publics, pour le moment, seulement en droit communautaire.

Le droit communautaire des marchés publics s'applique à tout achat public quelle qu'en soit la finalité²³. Le droit communautaire de la concurrence, quant à lui, fait un sort particulier à l'achat pour revendre.

Alors que, comme on l'a vu, le droit de la concurrence ne s'intéresse pas, en principe, au comportement de l'acheteur, il en va autrement quand l'acheteur est aussi vendeur. La différence entre les deux situations avait été soulignée par MM. Waelbroeck et Frigani²⁴.

C'est la thèse qu'est en voie de consacrer la jurisprudence *FENIN*²⁵. Dans cette affaire une plainte a été déposée contre un pouvoir adjudicateur pour exploitation abusive de position dominante consistant à imposer de trop longs délais de paiement à des fournisseurs dépendants. Ce pouvoir adjudicateur conclut des marchés pour acheter du matériel médical utilisé dans la fourniture de services de santé gratuits à ses affiliés. La Commission ayant rejeté la plainte des fournisseurs, ceux-ci ont saisi le TPICE qui a confirmé le rejet (4 mars 2003, *FENIN*, T-319/99); la CJCE saisie d'un pourvoi l'a rejeté (11 juillet 2006, *FENIN*, C-205/03P) en considérant qu'en l'espèce l'activité d'achat n'a pas un caractère économique.

Le raisonnement du juge communautaire est le suivant :

– l'activité d'achat ne doit pas être dissociée de l'utilisation ultérieure qui est faite du produit acheté;

22 - Étant cependant observé que l'incompétence des autorités de la concurrence n'est pas sans poser problème au regard du droit communautaire, car « l'on voit mal comment cette jurisprudence restreignant les compétences de l'ANC en droit communautaire pourrait être maintenue, ne serait-ce que parce qu'il est impossible d'inclure les juridictions administratives dans le Réseau européen de concurrence » (L. Idot, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, p. 57).

23 - L'achat pour revendre n'est exclu que du champ d'application de la directive 2004/17 et seulement dans quelques cas précis.

24 - « Si les achats se font pour les besoins d'une activité qui, en elle-même, est une activité d'entreprise, il n'est pas douteux que ces achats participent de la même nature. Mais s'ils sont destinés à assurer le fonctionnement de l'État en sa qualité d'autorité publique, nous ne pensons pas qu'on puisse y voir une activité d'entreprise, quels que soient par ailleurs les effets qui puissent en résulter pour le fonctionnement du marché. Il en est ainsi, notamment, si les achats visent à couvrir des besoins non économiques de l'État, tels la défense nationale, l'instruction publique, la culture », (Waelbroeck M. et Frigani A., *Concurrence*, commentaire Mégret, t. 4, 1997, p. 40).

25 - Tribunal de première instance des Communautés européennes du 4 mars 2003, *FENIN/Commission*, (T 319/99, Rec. p. II-357), CJCE, 11 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, affaire C-205/03 P ; *RLC*, 2006.53, note Destours ; O. Guezou, « Certains demandeurs sont des offreurs comme les autres », *CP-ACPP*, n° 25, septembre 2003, p. 59 ; R. Kovar, « Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence », *Contrats et marchés publics*, 2007. Étude 1 ; L. Idot, « Activité d'achat et application du droit des pratiques anticoncurrentielles », *Europe*, 2006.288.



- si cette utilisation ultérieure consiste à offrir des biens ou des services sur un marché, il s'agit d'une activité économique ;
- en l'espèce, les pouvoirs adjudicateurs ont une activité purement sociale fondée sur le principe de solidarité.

Il s'en déduit *a contrario* que, dans les cas où l'activité à laquelle se rattache l'activité contractuelle a un caractère économique, le droit de la concurrence s'applique.

Compte tenu de l'extension donnée à la notion d'activité économique, une part importante de l'achat public a vocation à entrer dans le champ d'application du droit de la concurrence. Tel est le cas non seulement des achats des services publics à caractère industriel et commercial, mais aussi des achats de la plupart des services culturels et sociaux comme par exemple ceux qui interviennent dans les secteurs du logement ou de la santé quand leur activité n'est pas fondée sur le principe de solidarité. Cette situation aboutit à remettre en question la cohérence des relations entre droit des contrats publics, et plus particulièrement des marchés publics, et droit de la concurrence.

C. Rupture d'équilibre

Il peut paraître peu logique de ne soumettre qu'une partie de l'activité d'achat public au droit de la concurrence, alors que tout le mouvement de réforme des marchés publics vise à faire de l'achat public une activité économique ; en sens inverse, il ne semble guère cohérent de soumettre au droit de la concurrence l'activité d'achat public, alors que l'une des principales justifications de la réglementation des marchés publics est que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas soumis à la concurrence. Ces deux critiques posent ainsi le problème de la coexistence entre droit de la concurrence et droit des marchés publics.

La première critique, celle qui est tirée du caractère économique de tout achat public, peut être écartée. En effet, quand le code des marchés publics entend donner à l'achat public un caractère économique, il ne faut pas entendre par là que cette activité serait économique au sens du droit de la concurrence. L'idée des réformateurs est que les modalités de passation des marchés publics doivent être rapprochées de celles qui sont utilisées par les entreprises privées, de manière à faire prévaloir les considérations économiques sur l'obsession réglementaire ; mais il ne s'agit là que d'un simulacre. En effet, l'introduction d'une plus grande flexibilité dans les procédures ne suffit pas, à elle seule, à transformer la nature de l'activité d'achat public dans son ensemble. Comme l'a relevé, récemment, un rapport américain « *personne ne s'attend à ce que l'administration soit un véritable acheteur commercial, compte tenu des contraintes constitutionnelles sur la dépense publique, du contrôle sur celle-ci, des obligations de mise en concurrence, des objectifs économiques et sociaux* »²⁶.

La deuxième critique amène à remettre en cause l'existence même d'une réglementation des marchés publics, du moins au niveau communautaire.

26 - Acquisition Advisory Panel, *Report of the Acquisition Advisory Panel to the Office of Federal Procurement Policy and the United States Congress*, (January 2007). http://www.acqnet.gov/comp/aap/24102_GSA.pdf.



Cette réglementation repose sur un présupposé de base : les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices ne sont pas soumis aux forces du marché et, par conséquent, ne sont pas poussés par la rationalité économique, c'est-à-dire par leur intérêt, à rechercher l'achat le plus avantageux économiquement, il en résulte le risque de discrimination irrationnelle, notamment sous forme de préférence nationale. La place fondamentale de ce raisonnement a été particulièrement mise en évidence par l'évolution de la directive sur les marchés des entités dans les secteurs de réseaux, puisque, au fur et à mesure de la libéralisation des secteurs concernés, les marchés conclus dans lesdits secteurs sont soustraits à la réglementation, soit par voie générale, ce qui correspond au cas des télécommunications qui ne sont plus visées par la directive 2004/17, soit par la voie d'une décision de l'article 30. Mais le lien entre réglementation des marchés et absence de soumission de l'acheteur à la concurrence ne se vérifie pas seulement dans le secteur des réseaux ; il constitue un des postulats de base de la réglementation communautaire, dont l'objectif est de pallier les défaillances du marché spécifiques au secteur public (P. Trepte, *Regulating Procurement*, Oxford University Press, *op. cit.* ; *loc. cit.*). À maintes reprises, cet objectif a été rappelé par les avocats généraux : « l'application des directives doit empêcher que les organismes qui ne sont pas soumis aux lois du marché donnent une préférence à un soumissionnaire » (concl. S. Alber sur CJCE, 3 octobre 2000, *The Queen ex parte University of Cambridge*, affaire C. 380/98).

La soumission de l'activité contractuelle publique aux règles de la concurrence, et par là, la consécration de son caractère économique, signifie que cette activité peut être soumise aux lois du marché ; alors, la réglementation des marchés publics et autres contrats publics devient inutile et devrait donc cesser de s'appliquer.

Corrélativement, dès lors que cette réglementation existe, la référence à la notion d'activité économique est inutile, autant que cette notion est incertaine.

En fin de compte, la cohérence du système juridique en matière de contrats publics est affectée par l'incertitude de la notion d'activité économique, par les résistances nationales à l'invasion de la discipline économique, par la remise en cause potentielle et partielle de l'existence d'une réglementation des contrats publics qui résulte de l'extension du droit de la concurrence. De nouvelles frontières sont à délimiter, le Protocole sur les SIG annexé au traité de Lisbonne devrait guider la démarche²⁷.

27 - Article premier : « Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment :

- le rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales dans la fourniture, la mise en service et l'organisation des services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ;
- la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;
- un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ».

Article 2 : « Les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres relative à la fourniture, à la mise en service et à l'organisation de services non économiques d'intérêt général ».



— |

| —

— |

| —