

Commande publique - Contrat administratif et pratiques restrictives de concurrence - Repère par Guylain CLAMOUR

Document: Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2021, repère 8

Contrats et Marchés publics n° 8-9, Août 2021, repère 8

Contrat administratif et pratiques restrictives de concurrence

Repère par Guylain CLAMOUR professeur à l'université de Montpellierdoyen de la faculté de droit et de science politique

[Accès au sommaire](#)

Depuis 35 ans, les règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence « *s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* » (Ord. n° 86-1243, 1er déc. 1986, art. 53, devenu C. com., art. L. 410-1). Malgré la portée de la jurisprudence centenaire Bac d'Eloka (T. confl., 22 janv. 1921, *Sté commerciale de l'Ouest africain* : Lebon, p. 91 ; DP 1921, 3, p. 1, concl. P. Matter), la précision organique était alors loin d'être « *superflue pour imposer aux collectivités et entreprises publiques, dès lors qu'elles participent à des activités concurrentielles, d'en assumer pleinement les contraintes et les risques* » (D. Brault, *L'État et l'esprit de concurrence en France* : Economica, 1987, p. 101).

De cette pleine soumission des personnes publiques au droit de la concurrence (V. S. Destours, t. 50 : Litec, coll. Bibl. de droit de l'entreprise, 2000), seule l'application du droit des pratiques anti-concurrentielles a mobilisé la pratique et passionné la doctrine. Il faut dire que l'intervention d'une autorité administrative indépendante – le Conseil de la concurrence, devenu Autorité – et le transfert de son contentieux à la cour d'appel de Paris focalisèrent l'attention tout en cristallisant les crispations jusqu'à la naissance du droit public de la concurrence à partir de la jurisprudence Société Million et Marais (CE, sect., 3 nov. 1997 : Lebon, p. 406, concl. J.-H. Stahl ; GAJA).

Depuis 35 ans, l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques n'a véritablement concerné que la dimension objective du droit de la concurrence, celle à laquelle se réfère le « *grand droit de la concurrence* » s'intéressant à la protection du marché et à la préservation des structures concurrentielles en prohibant les pratiques anti-concurrentielles en fonction de leur effet sur le marché (V. not. L. Idot, *La liberté de concurrence en France* : LPA 23 mars 2000, n° 59, p. 8). Distincte d'un tel droit économique fondé sur une analyse du marché, la dimension subjective du droit de la concurrence, parfois appelée « *petit droit de la concurrence* », qui se satisfait de prohibitions *per se* dans une logique de droits des concurrents, n'a pas connu les grands honneurs de la jurisprudence s'agissant de son application aux personnes publiques. Tel n'est plus le cas depuis deux décisions récentes affirmant la compétence du juge administratif pour statuer sur les conséquences indemnitaires d'une pratique restrictive de concurrence commise dans le cadre d'un contrat administratif (T. confl., 8 févr. 2021, n° 4201, *SNCF Réseau* : Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 124, note M. Ubaud-Bergeron ; Dr. adm. 2021, comm. 27, note P. Blanquet. – T. confl., 5 juill. 2021, n° 4213, *EPIC Pays de Fontainebleau Tourisme*).

En première analyse, l'affirmation de la compétence du juge administratif pour faire application, dans le cadre d'un contrat administratif, du « *petit droit de la concurrence* », composé des règles de transparence et de responsabilité du fait de pratiques restrictives de concurrence, s'appuie sur une forte logique ayant déjà brisé le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence (V. D. Truchet in Mél. B.t Jeanneau : Dalloz, 2002, p. 539). Le fond du

droit à appliquer pouvant être commun aux deux ordres de juridiction, la répartition des compétences contentieuses repose en effet davantage sur la notion clé en cause (*J.-F. Lachaume, La compétence suit la notion : AJDA 2002, p. 77*), sur la question posée au juge (*B. Seiller, Droit administratif, t. 1 : Flammarion, 2021*) ou sur la fonction du juge (*D. Labetoulle, L'avenir du dualisme juridictionnel. Point de vue d'un juge administratif : AJDA 2005, p. 1770*). Ainsi, caractériser la nature administrative d'un contrat emporte compétence du juge administratif pour tout contentieux contractuel indemnitaire, tout comme la présence d'un acte administratif emporte la même compétence s'agissant des contentieux de l'excès de pouvoir. Telle est d'ailleurs toute la logique qui fonde la compétence et le rôle du juge administratif en matière d'application du droit de la consommation aux personnes publiques (*V. G. Clamour, Personnes publiques et droit de la consommation : JCI. Administratif, fasc. 150-10, 2013*). Cela étant, la compétence administrative est encore plus étoffée en matière contractuelle puisqu'en relèvent tous les litiges relatifs à la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d'avoir altéré les stipulations d'un contrat administratif, mais aussi d'avoir ainsi causé un préjudice à la personne publique qui a conclu ce contrat (*T. confl., 16 nov. 2015, n° 4035, Région Île-de-France c/ Nautin : JurisData n° 2015-027028 ; Lebon, p. 513 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 49, note M. Ubaud-Bergeron ; AJDA 2016, p. 786, note G. Eveillard ; Dr. adm. 2016, comm. 19, note M. Bazex et R. Lanneau ; AJDA 2015, p. 2401, note S. Braconnier*). L'extraordinaire « pouvoir d'attraction » du contrat administratif (*A. Berriat, concl. sur T. confl., 8 févr. 2021, n° 4201*) va ainsi bien au-delà des conséquences contentieuses de la primauté de la responsabilité contractuelle, s'étendant à des hypothèses de responsabilités extracontractuelles liées à un contrat administratif qui, telle la question de la réparation d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie relevant, au moins pour le juge judiciaire, de la responsabilité délictuelle (*Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13.178 : JurisData n° 2007-037247 ; Bull. civ. IV, n° 21*), amène, devant le juge administratif, « des litiges dépassant le contrat stricto sensu » (*C. Malverti et C. Beauvils, Contrats administratifs : les petits caractères : AJDA 2021, p. 734*). Si la compétence juridictionnelle par pseudo-blocs et par attractivité s'affiche avec la sympathie de son apparente simplicité, elle peut désespérer par sa construction invertébrée. Avec 35 ans de recul, peut-on vraiment considérer qu'il soit conceptuellement sain d'avoir confié au juge judiciaire tout le contentieux purement administratif des pratiques anti-concurrentielles, tout en étendant une compétence administrative désinhibée pour des litiges certes liés à un contrat administratif mais dépourvus de tout fondement contractuel ?

Pour la dimension subjective du droit de la concurrence, la potentielle compétence administrative ainsi consacrée est loin de constituer la principale difficulté. Ce qui ouvre d'innombrables interrogations réside davantage dans le fond du droit que le juge administratif sera amené à appliquer, c'est-à-dire les articles L. 441-1 à L. 443-4 du Code de commerce, exception faite des nombreuses dispositions pénales contenues dans le titre concerné. Certes, certaines règles sont hors de propos, notamment celles relatives aux marques distributeurs, à la revente ou encore aux produits agricoles. Certes, d'autres sont assez indifférentes au regard de celles que doivent déjà respecter les acheteurs publics, notamment s'agissant de la facturation ou des délais de paiement. Mais bien d'autres, notamment au titre des pratiques restrictives de concurrence, posent de véritables problèmes d'articulation avec le régime des contrats administratifs. Il en va notamment ainsi de la rupture brutale d'une relation commerciale établie (*C. com., art. L. 442-1, II*) qui, pour ne pas engendrer de conséquences indemnitaires, doit être précédée en amont d'un préavis écrit. Si l'on peut discuter de la distinction entre préavis et mise en demeure, la question que devra trancher le juge administratif portera sur l'appréciation de la « durée de la relation commerciale en référence aux usages du commerce » qui doit fonder la date du préavis, à moins qu'il ne prenne le parti d'interpréter l'article L. 442-1, II, à la lumière de l'article L. 6 du Code de la commande publique, voire des règles générales applicables aux contrats administratifs, pour minorer sa portée ou même pour écarter toute « relation commerciale établie » en présence d'exigences de mise en concurrence. Le même type de réflexions devra nourrir la question du déséquilibre significatif (*C. com., art. L. 442-1, I, 2°*) au moment où des critiques s'élèvent sur l'ampleur des transferts de risques (*V. Ph. Terneyre et T. Laloum, Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! : Contrats-Marchés publ. 2021, étude 5*), ou encore la limitation des cessions de créance au regard de l'article L. 442-3 du Code de commerce. Par ailleurs, les contrats administratifs par lesquels

la personne publique occupe une place d'offreur sur un marché devront veiller à respecter les règles de transparence relatives aux conditions générales de vente, ce qui concerne notamment la mise à disposition du domaine à titre onéreux, qu'elle soit contractuelle ou unilatérale.

Comme l'écrivait le professeur François Llorens à propos des marchés publics d'assurance, « *voici que se trouvent confrontés deux mondes qui étaient restés jusqu'alors très largement étrangers* » (F. Llorens, *Les tribulations des marchés publics d'assurance : RFDA 2000*, p. 29). La dimension subjective du droit de la concurrence, au demeurant largement détachée du droit de l'Union européenne, n'ayant pas les fonctions du grand droit de la concurrence, les deux mondes risquent fort de se regarder en chien de faïence.

© LexisNexis SA