
Relations économiques, libre concurrence et vulnérabilités en Europe

Grégory Godiveau



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/crdf/6457>

DOI : [10.4000/crdf.6457](https://doi.org/10.4000/crdf.6457)

ISSN : 2264-1246

Éditeur

Presses universitaires de Caen

Édition imprimée

Date de publication : 19 novembre 2020

Pagination : 101-109

ISBN : 978-2-84133-987-7

ISSN : 1634-8842

Référence électronique

Grégory Godiveau, « Relations économiques, libre concurrence et vulnérabilités en Europe », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 19 novembre 2021, consulté le 15 novembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/crdf/6457> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/crdf.6457>

Relations économiques, libre concurrence et vulnérabilités en Europe

Grégory GODIVEAU

Maître de conférences en droit public à l'université de Caen Normandie

Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (CRDFED, EA 2132)

I. Les vulnérabilités des concurrents

A. La protection des concurrents contre l'anticoncurrence

1. Des phénomènes anticoncurrentiels variés
2. Des instruments de mise en œuvre adaptés

B. La préservation des concurrents contre l'ultraconcurrence

1. La rationalisation du jeu de l'offre et de la demande
2. La recherche de cohérence des branches du droit

II. Les vulnérabilités des utilisateurs

A. Les utilisateurs de droit commun

1. Les consommateurs
2. Les usagers

B. Les acheteurs publics

1. Des vulnérabilités particulières
2. Une stratégie multiniveaux

La politique ne se fait plus aujourd'hui sans l'économie. Or, il n'est pas un seul problème économique du moment qui ne soit international. Tous les pays d'Europe dépendent étroitement les uns des autres dans leur production comme dans leur consommation. Nous savons aujourd'hui que nous sommes solidaires, dans la vie et dans la mort. Nous savons que la faim d'un peuple voisin est une menace pour nous, comme peut l'être aussi une excessive puissance économique. À une économie internationale, il n'est pas possible de faire correspondre seulement des politiques nationales. Si ces politiques nationales sont aujourd'hui inévitables, il faut pourtant que dans l'avenir les systèmes d'entente européenne reflètent cette interdépendance et cette solidarité.

A. Camus, éditorial du journal *Combat*,
3 décembre 1944¹.

1. Camus à "Combat", J. Lévi-Valensi (éd.), Paris, Gallimard, 2002 (Cahiers Albert Camus; 8), p. 369.

En cette sombre période sanitaire, les mots de Camus restent d'une saisissante intelligence. Jamais, depuis très longtemps, l'interdépendance bienveillante et l'exigence de solidarités multiples n'auront été plus nécessaires pour faire face et front aux différents aspects de nos vulnérabilités. Si l'on part et l'on parle en premier lieu des mots, la personne « vulnérable » (étymologiquement liée au terme latin *vulnus, vulneris* – la blessure) peut être définie comme celle qui est susceptible d'être blessée parce qu'elle y est *prédisposée*, parce qu'elle y est *plus disposée* que d'autres, en raison de ses éléments constitutifs, ainsi que des circonstances de droit et / ou de fait qui entourent et déterminent son existence et parce que, finalement, elle est plus *exposée* que d'autres aux dangers de certaines situations, à leurs débordements et à ce qui devient pour elle la *démessure* de certains comportements.

Un champ lexical révélateur des liens étroits entre la concurrence et les vulnérabilités. La concurrence est, dans son acception dynamique, *jeu* de l'offre et de la demande. Mais ce jeu, lorsqu'il est joué avec ferveur, prend les atours de la violence, de la guerre économique aux conséquences desquelles les personnes vulnérables sont particulièrement et sensiblement assujetties. Dans le prolongement, le droit de la concurrence se penche sur les *pouvoirs*, la *puissance* de marché en vue d'appréhender, par exemple, les situations de *domination* ou les *positions dominantes* et les *abus* qui en sont commis. Dans un registre proche, il s'intéresse aux *cartels*, dont la résonance sémantique criminelle est claire, et dont les degrés de nuisance et de menace sont à leur paroxysme lorsqu'ils deviennent *hard core*. De même le droit de la concurrence traite-t-il de la *dépendance économique*², de la *rupture brutale* de relations commerciales établies³, du *déséquilibre significatif*⁴. L'on n'hésite d'ailleurs pas à parler en doctrine, en jurisprudence, et dans les textes, de *victimes* de pratiques anticoncurrentielles. Elles sont à vrai dire de divers ordres. L'on songe, en premier lieu, aux concurrents illégalement évincés du libre jeu de l'offre et de la demande, ou à ceux qui se trouvent pour les besoins de leurs activités dans une situation de dépendance économique (un distributeur vis-à-vis de son fournisseur et réciproquement). Il peut s'agir, en deuxième lieu, des utilisateurs vis-à-vis desquels a été pratiqué un prix supra-concurrentiel ; ou encore de ceux auxquels on a indûment refusé l'accès à un produit ou à un service. Hommage doit aussi être rendu, en troisième lieu, aux « victimes collatérales » qui font indirectement les frais du jeu de l'offre et de la demande, par exemple lorsqu'elles perdent leur travail à défaut pour l'entreprise

qui les emploie d'être suffisamment compétitive pour continuer à jouer le jeu en question. Et la liste n'est pas exhaustive.

À ces différentes catégories de victimes correspondent plusieurs hypothèses de vulnérabilités. Essentiellement économiques pense-t-on immédiatement. Les choses sont plus complexes que cela, car les fragilités économiques s'entremêlent le plus souvent à d'autres formes de faiblesses, voire ont des rapports de cause à effet avec ces dernières. Les vulnérabilités sociales, environnementales, sanitaires, territoriales, éducatives entretiennent, en effet, des liens étroits avec les vulnérabilités économiques. Ainsi ne bénéficiera-t-on pas d'un accès à tel produit ou à tel service en raison d'une situation d'éloignement, parce que la logique concurrentielle ne portera pas les opérateurs économiques à offrir leurs biens ou leurs services sur les territoires concernés. Dans d'autres cas, certains biens, en raison de l'excessivité de leur prix et / ou de la limitation des débouchés qui résulte d'une pratique anticoncurrentielle⁵ qui les affectent, sont tout simplement inaccessibles à certaines catégories de consommateurs. Que l'on songe à cet égard à l'accès aux traitements et aux soins médicaux : la vulnérabilité des malades à ce type de pratique est à la fois économique, sanitaire et sociale.

Un champ d'application magnétique. Et pourtant, le droit de la *libre* concurrence, qui doit être ici compris comme un droit protecteur des entraves injustifiées aux libertés dont doivent pouvoir jouir les personnes dans leurs différentes dimensions et fonctions économiques, dispose *a priori* d'une force protectrice importante. Ses vertus, au moins dissuasives, voire punitives, à l'égard d'un très grand nombre de sources potentielles de création, d'aggravation ou d'exploitation des situations de vulnérabilité doivent être rappelées. De ce point de vue, la qualification d'activité économique est centrale. En effet, le droit de la concurrence s'applique aux entreprises qu'il s'agisse de considérer leurs comportements (ou pratiques, qui relèvent à la fois du droit *antitrust*, du droit des pratiques restrictives et du droit de la concurrence déloyale) ou qu'il faille se pencher sur leurs restructurations (qui sont assujetties au droit des concentrations) qui ont un objet ou un effet anticoncurrentiel. Le dénominateur commun d'identification des entreprises est de ce point de vue l'*activité économique* c'est-à-dire celle qui revient à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment du statut juridique et du mode de financement de l'entité qui y pourvoit⁶. La qualification

2. L'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de commerce prohibe ainsi les abus de dépendance économique.

3. Art. L. 442-1, II du Code de commerce.

4. Art. L. 442-1, I, 2° du Code de commerce.

5. À titre d'illustration, aux termes de l'article L. 420-1 du Code de commerce les ententes sont qualifiées d'anticoncurrentielles lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet de : « Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; / Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; / Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; / Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ». Les dispositions de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui fondent l'interdiction des ententes anticoncurrentielles en droit de l'Union européenne sont quasiment identiques et ont le même sens et la même portée.

6. CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macroton*, C-41/90.

d'entreprise n'est réduite ni à l'existence d'un but lucratif ni à la présence de formes sociétaires, ni encore à la considération de la forme publique ou privée (pas plus d'ailleurs qu'à l'appartenance au secteur public ou privé) des entreprises en question. L'éventail des secteurs concernés est parallèlement très vaste. Il peut donc agréger les problématiques sanitaires, sociales, environnementales et territoriales évoquées à l'instant. C'est dire l'ampleur du champ d'application du droit de la concurrence, même si ce n'est pas dire que tout est économique. *A contrario*, la qualification d'*activité non économique*, parce qu'elle emporte une soustraction aux règles du marché, comporte des enjeux de toute première importance. On peut, en effet, considérer que certaines activités doivent rester hors marché pour être préservées de la concurrence libre et non faussée et que cette mise à l'écart est nécessaire dans la lutte contre les vulnérabilités, parce que l'application des lois du marché serait à cet égard contre-productive. C'est ainsi que les activités *purement* sociales y échappent, comme les prestations d'assurance sociale fondées sur la solidarité nationale et un système de répartition⁷. Cette conclusion peut être étendue à d'autres services publics (ou services d'intérêt général) non économiques dès lors qu'ils sont hors marché (qu'ils en sont *exclus, exceptés*), comme le service public de l'éducation, d'aide à la petite enfance, de soutien aux personnes en situation de handicap⁸. Cependant, cette exclusion dépend souvent de plusieurs facteurs. Certaines activités peuvent revêtir un caractère économique dans certaines circonstances et pas dans d'autres. C'est ce que fonde l'arrêt du Conseil d'État *Ordre des avocats au barreau de Paris*⁹, à propos du service de prestation intellectuelle – presté gratuitement par l'État au bénéfice des collectivités territoriales – de soutien logistique aux montages contractuels complexes, au grand dam des avocats qui y virent – à tort – une démarche anticoncurrentielle. C'est encore ce qu'illustre l'affaire *Société Enfanceconfiance*, au sujet du service rendu par la Caisse nationale des allocations familiales à l'égard des départements dans le domaine de la petite enfance¹⁰. Selon le professeur Gabriel Eckert, ces solutions s'analysent « comme une réduction du champ du marché économique par l'organisation publique de la fourniture d'une prestation non économique »¹¹.

Le caractère économique d'une activité peut également évoluer dans le temps, le temps parfois que se constitue un marché les concernant¹². L'inclusion à la sphère de l'activité économique ne condamne en toute hypothèse pas un traitement concurrentiel particulier et, du moins l'espère-t-on, adapté des services d'intérêt économique général (SIEG). L'article 106, § 2 TFUE permet en effet de n'appliquer les règles de concurrence que si et dans la mesure où elles ne font pas échec en droit ou en fait aux missions particulières d'intérêt général qui leur ont été imparties. Et plus encore, les activités non économiques ne sont pas irrémédiablement soustraites aux logiques concurrentielles. Certaines activités de puissance publique sont spécifiquement appréhendées par le droit de la concurrence en raison de leur aspect concurrentiel intrinsèque : c'est le cas des soutiens publics financiers, soumis au droit des aides d'État. D'autres manifestations de la puissance publique ont une dimension concurrentielle incidente : les pouvoirs publics ont ainsi l'interdiction (sous peine d'illégalité, voire d'engagement de leur responsabilité) de susciter, d'imposer ou de favoriser une infraction aux règles de concurrence¹³. Cela concerne leur activité de passation de certains contrats¹⁴, voire leur activité de réglementation¹⁵ ou de législation. D'une façon ou d'une autre, le service et la puissance publics appartiennent bel et bien à la sphère concurrentielle.

Dans ce contexte, il nous faut nous mettre d'accord sur ce qu'implique le respect des règles de concurrence.

Tout d'abord, il nous faut nous entendre sur le sens originel du droit de la libre concurrence : elle n'est, en Europe, qu'un moyen de parvenir à la réalisation de l'intérêt général et admet que des considérations extraconcurrentielles viennent remettre en cause sa logique primaire. Ainsi en est-il des considérations sociales, environnementales, d'aménagement du territoire, pour ne pas dire de cohésion économique, sociale, territoriale (et environnementale). Les cartes sont d'ailleurs rebattues depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'objectif qu'il fixe à l'article 3 du traité sur l'Union européenne (TUE) d'une *économie sociale de marché hautement compétitive*. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est à cet égard symptomatique des évolutions amorcées. C'est ainsi, par exemple, que des considérations liées à la gouvernance

7. CJCE, 13 février 1993, *Poucet et Pistre c. AGF et Cancava*, C-159 et C-160/91 ; CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00 ; CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband et autres c. IchthyolGesellschaft Cordes, Hernani & Co et autres*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01.

8. CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911.

9. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531.

10. CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, n° 328731. Dans cette affaire, la requérante était une entreprise qui fournit, dans le cadre de marchés publics de services à l'endroit des départements, des prestations de réalisation, de maintenance et d'actualisation de sites Internet d'information sur les structures d'accueil de la petite enfance. L'exercice d'activités comparables par la Caisse nationale des allocations familiales à travers le site *mon-enfant.fr* avait incité les départements à ne pas recourir à ses services. C'est alors que, se posant ainsi en concurrente, la requérante avait demandé l'application des principes de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence, sans succès.

11. G. Eckert, « Notion d'activité économique », *Contrats et marchés publics*, n° 8-9, août 2010, comm. 268 ; « Légalité du site "mon-enfant.fr" », *La semaine juridique, administrations et collectivités territoriales*, n° 23, 7 juin 2010, act. 447.

12. Sur tous ces points, voir la communication de la Commission européenne relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 262, 19 juillet 2016.

13. CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke c. ASPA*, C-267/86.

14. CE, sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169907.

15. CE, sect., avis, 22 novembre 2000, *Société L&P Publicité*, n° 223645.

sociale d'une entreprise peuvent être, en droit des aides d'État, décisives de la qualification d'un investisseur privé en économie de marché – et déterminer la compatibilité concurrentielle d'un soutien public à une entreprise¹⁶.

Plus largement, et contrairement à une idée trop souvent répandue, le droit de la libre concurrence a une vocation essentiellement protectrice – contre les abus et excès de pouvoir du marché – qu'il s'agisse de protéger les entreprises dans le libre exercice de leur activité économique ou qu'il faille défendre les utilisateurs de produits ou de services contre la démesure de certaines puissances économiques. Il n'est à cet égard pas anodin qu'un rapprochement soit depuis toujours opéré (depuis les ordo-libéraux, voire depuis le Sherman Act américain) entre la nécessité de contre-pouvoirs politiques et l'exigence d'une lutte contre le pouvoir de marché¹⁷. Il faut donc dissiper le « grand malentendu »¹⁸ sur la nocivité de la liberté de concurrence et tenter de la comprendre comme un instrument de lutte contre les vulnérabilités.

Ensuite, il est nécessaire de rappeler les mouvements actuels du droit de la concurrence, et notamment de sentir le vent de procéduralisation qui souffle sur cette matière¹⁹. L'inscription et l'enracinement toujours plus profonds du droit de la concurrence dans les procédures répondent aux enjeux de la garantie des droits des acteurs de la concurrence. Qu'il s'agisse de porter des actions visant à en faire constater la violation, et d'en tirer alors toutes les conséquences, ou qu'il faille contenir les excès de procédure, d'importants courants sont à l'œuvre. Le droit de la concurrence est traversé par deux mouvements parallèles de *public enforcement* et de *private enforcement* qui s'animent à la recherche d'équilibres publics et privés dans la poursuite de ses différents objectifs.

Enfin, il convient d'orienter le propos sur la dialectique des rapports de systèmes juridiques européen et nationaux. Car les vulnérabilités s'envisagent aujourd'hui dans un espace non plus seulement local ni national, mais régionalisé et mondialisé. Elles se manifestent au plan européen et, du point de vue de la concurrence, au sein du marché intérieur, lequel s'est construit en réaction aux abominations de la guerre, pour mettre sous clé l'industrie d'armement, et reconstruire l'Europe exsangue autour de solidarités de fait puis de droit, économiques puis politiques, sectorielles puis générales. En a résulté une multitude de rapports juridiques singuliers entre l'Union, ses États membres, les États tiers, les entreprises,

les individus. En sont nées des relations économiques complexes.

Traiter de la question des vulnérabilités et de la libre concurrence en Europe impose que l'on resitue l'analyse dans ce cadre-là. C'est à (et dans) ces conditions qu'il devient alors possible, par l'association (la confrontation ?) des vulnérabilités aux forces de la libre concurrence, d'envisager l'analyse en deux temps : les vulnérabilités des concurrents (I), puis les vulnérabilités des utilisateurs (II).

I. Les vulnérabilités des concurrents

En premier lieu, les concurrents sont exposés aux phénomènes anticoncurrentiels qui mettent en péril leur liberté économique (A). En deuxième lieu, les concurrents encourent le risque des excès de la concurrence. Il convient de les en préserver, soit en rationalisant le sens et la portée des règles matérielles, soit en favorisant la cohérence de leur mise en œuvre (B).

A. La protection des concurrents contre l'anticoncurrence

Alors que les atteintes à la concurrence peuvent revêtir des formes variées (1), le droit de la libre concurrence s'est doté d'un ensemble composite d'instruments (2).

1. Des phénomènes anticoncurrentiels variés

Ces variations s'attachent respectivement à protéger le marché et les concurrents. Elles se rattachent à des enjeux communs, car « sans concurrent pas de concurrence ». La protection du marché prend ainsi en premier lieu pour objet les pratiques – ententes et abus de position dominante qui ont un objet ou un effet anticoncurrentiel²⁰ –, les opérations de concentration – restructurations qui causeraient une entrave significative à une concurrence effective notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante – et les aides d'État – soutiens publics financiers sous quelque forme que ce soit qui avantageraient certaines entreprises ou certaines productions au détriment de leurs concurrentes. Parallèlement, la protection de la concurrence va de pair avec une protection des concurrents. Or, et consécutivement à la communauté problématique qu'ils partagent avec le

16. Voir Tribunal UE, 11 septembre 2012, *Corsica Ferries c. Commission*, T-565/08. Dans cet arrêt, le Tribunal juge que dans une économie sociale de marché hautement compétitive, un investisseur avisé ne saurait faire abstraction ni de sa responsabilité envers l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise ni de l'évolution du contexte social, économique et environnemental dans lequel il se développe. Les enjeux tirés de la responsabilité sociale et du contexte d'entreprise sont en effet susceptibles d'avoir une influence majeure sur les décisions concrètes, économiquement rationnelles et les orientations stratégiques de l'entrepreneur privé avisé. Ainsi, le versement par un investisseur privé d'indemnités complémentaires de licenciement est, en principe, susceptible de constituer une pratique légitime et opportune dans le but de favoriser un dialogue social apaisé et maintenir l'image de marque d'une société.

17. Voir L. Gard, « Conclusions », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2015, *Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence*, G. Godiveau (dir.), p. 114.

18. L. Idot, « Europe et concurrence : le grand malentendu... », *Europe*, n° 7/8, 2005, p. 3.

19. Voir à cet égard les actes du colloque du Havre, « La "procéduralisation" du droit du marché intérieur », 18 et 19 octobre 2018, à paraître aux Presses universitaires de Rennes en 2020.

20. C'est ce que prend pour objet le droit dit « antitrust ».

marché, les concurrents disposent d'instruments propres à la défense de leurs intérêts particuliers. On songe ici au droit de la concurrence déloyale qui interdit et fonde, en droit civil interne, la sanction du parasitisme, de la désorganisation, de l'imitation et du dénigrement. C'est aussi le cas du droit des pratiques restrictives qui organise, sur le fondement des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce, la sanction de l'avantage indu, du déséquilibre significatif dans les relations contractuelles, de la rupture brutale des relations commerciales établies, de la violation de l'interdiction de la revente hors réseau ou de la revente à perte, entre autres.

2. Des instruments de mise en œuvre adaptés

À ces dimensions macro- et micro-juridiques correspondent des instruments de mise en œuvre du droit de la concurrence calibrés sur ces différents types de maux.

L'intérêt public qu'il y a à préserver l'ordre public économique et concurrentiel justifie que des organes spécialisés soient chargés, par le droit institutionnel et procédural, d'en assurer la garantie. Ce que l'on a coutume de désigner par la locution anglophone de *public enforcement* désigne ainsi l'exécution du droit de la concurrence, aux fins du respect de cet impératif global, par des autorités spécialement désignées à cet effet (les autorités de concurrence) et dotées de moyens procéduraux spécifiques adéquats. Quant au respect des droits subjectifs des sujets de droit de la concurrence – consommateurs, entreprises victimes de phénomènes anticoncurrentiels –, il suppose leur garantie juridictionnelle par les juges ordinaires dans le cadre du *private enforcement*. Il s'agit alors pour les juridictions nationales de constater la nullité d'un acte juridique qui est le support d'une pratique anticoncurrentielle ou de tirer les conséquences indemnitaires d'un tel comportement, notamment.

La protection de la concurrence et des concurrents s'inscrit, en toute hypothèse, dans le cadre de véritables *politiques* de concurrence définies et conduites au plan européen et national. Se pose alors inévitablement la question de l'articulation des différents instruments mobilisés. Les équilibres sont ici différents selon les branches concernées. Les droits européen et nationaux *antitrust* peuvent ainsi s'appliquer cumulativement dans le cadre d'un système d'exception légale – sous réserve du respect du principe de primauté et de la prévalence rationalisée des solutions supranationales –²¹, alors que le contrôle des concentrations s'inscrit dans une procédure

de notification / suspension / autorisation préalables et une logique de guichet unique fondant l'application alternative du droit européen et des droits nationaux²². La protection contre l'anticoncurrence est donc plus ou moins diffuse selon les domaines.

B. La préservation des concurrents contre l'ultraconcurrence

Cette préservation suppose à la fois que l'on puisse penser une exposition rationnelle des concurrents à la rigueur du jeu de l'offre et de la demande (1). De même cela implique-t-il que l'on songe à la cohérence dans l'articulation des différentes branches du droit (2).

1. La rationalisation du jeu de l'offre et de la demande

Tout d'abord, *rationalisation* rime avec *détermination* du périmètre dans lequel s'exerce la libre concurrence. Et, outre le fait que certaines activités – non économiques – sont exceptées du champ d'application de son droit²³, ce dernier offre de plus en plus de perspectives aux pouvoirs publics pour se mettre à l'abri de sa logique initiale. C'est ce que permettent, par exemple, les instruments contemporains d'autosatisfaction des besoins publics. Ces derniers prennent notamment les traits de l'exception *in house* qui autorise les collectivités publiques à recourir, sans procédure de publicité et de mise en concurrence, à des entités dans lesquelles les capitaux privés sont exclus, sur lesquelles elles exercent un contrôle analogue à celui qu'elles opèrent sur leurs propres services, et qui réalisent avec elles l'essentiel de leur activité. Ce mécanisme tend d'ailleurs à se généraliser et ne fait, il est vrai, plus vraiment figure d'exception. Dans un registre proche, il faut encore mentionner les contrats de coopération intercommunale. Ils permettent à plusieurs collectivités locales de mutualiser leurs ressources en vue d'exercer en commun certaines missions de service public sans avoir à passer un contrat de marché public²⁴. Ils témoignent en tout cas de l'émergence de nouvelles solidarités publiques.

Ensuite et de façon plus générale, *rationalisation* signifie *exemption* des comportements, structures et soutiens qui, bien que comportant des restrictions de concurrence, génèrent des efficacités économiques. Ainsi un bilan concurrentiel positif justifie-t-il l'exonération de l'interdiction qui serait, en son absence, prononcée. Il

21. Voir règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 1, 4 janvier 2003, p. 1.

22. Voir règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 24, 29 janvier 2004, p. 1.

23. Voir, *supra*, l'introduction au présent article.

24. CJCE, 9 juin 2009, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, C-480/06, pt 47; voir également, sur ces différentes hypothèses de soustraction aux obligations de mise en concurrence, la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 94, 28 mars 2014, p. 1; directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 94, 28 mars 2014, p. 65.

faut d'ailleurs insister sur le fait que la prise en compte du bien-être de l'utilisateur est, à cette occasion, prépondérante. Et si les concurrents (ou les utilisateurs d'ailleurs) trouvent dans des phénomènes anticoncurrentiels une source de fragilisation, ces derniers seront autorisés s'ils leur sont en définitive bénéfiques. D'un point de vue particulier, le régime juridique applicable aux services d'intérêt économique général doit être relevé²⁵.

Enfin, le droit des aides d'État prévoit, malgré une interdiction de principe des soutiens publics aux entreprises qui ont un objet ou un effet anticoncurrentiel, leur exemption pour tenir compte d'impératifs environnementaux, sociaux, éducatifs, sportifs, etc. (art. 107, § 2 et 3 et 109 TFUE)²⁶. Le droit des aides d'État s'empare également des enjeux relatifs aux entreprises en difficulté lesquelles peuvent bénéficier de certains soutiens publics sous conditions, par exemple en vue de la reprise des entreprises concernées, auquel cas une synergie s'opère alors avec le droit des concentrations, dont les procédures seront activées pour autoriser l'opération de changement durable de contrôle. Le droit des concentrations admet en effet un traitement juridique bienveillant à l'égard des opérations qui constituent la seule alternative à la disparition pure et simple de l'entreprise concernée (et à condition qu'il n'y ait pas de dommage concurrentiel pour les consommateurs) sur le fondement de la théorie de l'entreprise défaillante (*failing firm defence*)²⁷. De ce point de vue, les deux branches du droit de la concurrence se rejoignent sur le critère de la *défaillance du marché* qui, lorsqu'elle est caractérisée, impose un tempérament aux règles de concurrence et un traitement adapté aux situations de vulnérabilité. Ou quand la faiblesse des mécanismes du marché lui-même justifie un traitement synchrétique de la question.

2. La recherche de cohérence des branches du droit

La lutte contre les vulnérabilités rejoint alors la question de la cohérence du droit économique. Cohérence entre les branches du droit de la concurrence tout d'abord, comme l'illustre l'hypothèse évoquée à l'instant. Cohérence entre autorités et juges de la concurrence ensuite,

dont les désaccords peuvent, lorsqu'ils se penchent sur une même affaire dans un sens contradictoire, exposer les acteurs économiques à des conséquences possiblement catastrophiques. C'est ce qu'illustre l'affaire *SeaFrance*, emblématique des faiblesses du secteur du transport maritime, et affectée par les approches discordantes des autorités française et britannique de la concurrence. Leurs dissonances ont, rappelons-le, empêché la reprise d'une entreprise pourtant en passe de retrouver une bonne santé économique et exposé les membres de l'entreprise concernée à un plan social qu'une application économiquement raisonnable du droit de la concurrence aurait permis d'éviter. Une meilleure cohésion aurait d'ailleurs permis de conserver une certaine (et troisième) forme de cohérence entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives, ainsi qu'avec le droit social, dont l'application ne s'opposait pas en l'espèce au sauvetage de l'entreprise²⁸.

La multiplicité et la complexité des enjeux s'incarnent aussi dans la désormais célèbre affaire *Apple* dans laquelle les avantages fiscaux consentis par l'Irlande à cette entreprise américaine avaient pour « contrepartie » l'engagement de cette dernière de redynamiser le bassin d'emploi dans la région de Cork. L'objectif et le dispositif en furent neutralisés par la décision d'interdiction de la Commission européenne qui considéra que cette aide était illégale et incompatible avec le marché intérieur²⁹. L'affaire est aujourd'hui pendante devant le juge de l'Union européenne³⁰. Pourquoi ne pas envisager qu'à l'occasion de son arrêt les règles de concurrence soient interprétées à l'aune de l'objectif d'une économie sociale de marché hautement compétitive ? La prise en considération des impératifs liés à l'emploi ne pourrait-elle changer la donne ?

Ultime rempart contre les outrances de l'ultraconcurrence, le juge a, depuis les origines, joué un rôle de premier plan dans cette démarche de mise en cohérence. Il a, tout d'abord, amplement contribué au respect des libertés fondamentales des entreprises et des individus, en orientant les grands mouvements du droit administratif européen des procédures de concurrence. Ainsi en a-t-il été au sujet des pouvoirs d'instruction, d'enquête³¹ et de sanction de la Commission européenne, de la garantie des droits de la défense³², de l'ouverture des procédures aux tiers. Le juge a au total stimulé l'édification d'un système

25. Voir, *infra*, II.A.2.

26. Voir, à cet égard, le règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 TFUE, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 187, 26 juin 2014.

27. Voir, par exemple, l'autorisation du rachat Olympic Air par Aegean Airlines le 9 octobre 2013 (affaire COMP/M.6796) ; sur cette question, voir L. Gard, « Actualité : Droit européen des transports (janvier à décembre 2013) », *Jurisque Europe Traité*, fasc. 1129, 27 mars 2014. Voir également, dans cette perspective, V. Correia, « Transport aérien et marché intérieur », *Jurisque Europe Traité*, fasc. 1160, 19 septembre 2016, spéc. n° 63 sq.

28. Pour un récapitulatif de la saga *SeaFrance* / Eurotunnel / MyFerryLink, voir R. Doutrebente, « Droit social et droit de la concurrence », in *La systématique des contentieux concurrence en Europe*, G. Godiveau (dir.), Bruxelles, Bruylant (Droit de la concurrence), 2020, à paraître.

29. Décision (UE) 2017/1283 de la Commission du 30 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 187, 19 juillet 2017.

30. Voir les affaires T-778/16, T-892/16 et C-12/18, C-678/17.

31. La consécration de la protection du domicile en est, par exemple, une question centrale. Voir CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c. Commission des Communautés européennes*, affaire jointes 46/87, 227/88. Les réponses apportées concernent aussi les pouvoirs du juge dans le contrôle des perquisitions : CJCE, 22 octobre 2002, *Société Roquette Frères SA c. DGCCRF*, C-94/00.

32. Voir, par exemple, CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem c. Commission des Communautés européennes*, 374/87. Si l'arrêt *Orkem* ne consacre pas le droit de ne pas s'auto-incriminer, il précise en revanche que « [...] la Commission ne saurait imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve ».

– majoritairement – respectueux des garanties procédurales fondamentales. Mais il a aussi donné du souffle au mouvement visant à garantir le respect des droits matériels dont peuvent se prévaloir les acteurs du jeu de l'offre et de la demande. C'est ainsi – presque naturellement – qu'il a permis que le sens et la portée du droit au juge soient profondément repensés – notamment sur le fondement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Cela est vrai au bénéfice des concurrents ayant fait l'objet d'une procédure et qui recherchent l'annulation d'une décision dont ils ont fait l'objet (ou la minoration de la sanction qui a été prononcée). Cela vaut aussi pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles cherchant à en obtenir la sanction – administrative, civile ou pénale dans certains cas –, ou la réparation *in integrum* des préjudices qu'ils ont subis³³. Et cette dernière hypothèse concerne aussi bien les concurrents que les utilisateurs vulnérables.

II. Les vulnérabilités des utilisateurs

Placer le curseur sur les utilisateurs revient, en premier lieu, à nous interroger sur les utilisateurs tels que les envisage le droit commun de la concurrence. Il s'agit, à titre général, des consommateurs ainsi que, dans une mesure particulière, des usagers du service public économique (A). Cela nous conduit, en second lieu, à nous questionner sur la position des acheteurs publics, non seulement au sujet des rapports du droit de la concurrence et du droit des contrats (et de la commande) publics, mais aussi en considération de ce que les acheteurs publics ne sont pas des utilisateurs comme les autres. Le recours au marché visant à pourvoir des besoins publics s'inscrit, en effet, dans des politiques publiques dont les enjeux dépassent le cadre primaire de l'*utilisation* de biens ou de services (B).

A. Les utilisateurs de droit commun

Le terme d'« utilisateur » permet de viser de façon générique les « consommateurs » (1). Il convient cependant de faire une place, dans cet ensemble général, au cas particulier des « usagers » du service public (2).

1. Les consommateurs

Les consommateurs sont, dès l'origine, au cœur des dispositions concurrence. L'analyse concurrentielle est, aujourd'hui de façon incontournable, centrée sur leur « bien-être ». C'est ainsi que l'article 101, § 3 TFUE dispose, par exemple, que l'exemption d'une entente n'est possible que si celle-ci réserve à ces derniers une « part équitable du profit qui en résulte ». Plus généralement, le bilan concurrentiel d'un comportement, d'une structure ou d'un soutien financier public n'est positif qu'à condition qu'il ou elle profite aux consommateurs.

Aux premiers moments de la modernisation du droit de la concurrence – début des années 2000 –, laquelle a vu des évolutions majeures en droits *antitrust* et des *concentrations*, cette préoccupation est réapparue comme centrale³⁴. Y ont été étroitement associés des débats fondamentaux sur la *citoyenneté*, la *démocratie* et la *Constitution* économiques³⁵. Sur un plan technique, la mesure des efficacités s'est consécutivement focalisée sur les bienfaits quantitatifs et qualitatifs pour le consommateur. C'est ce dont attestent notamment les règlements d'exemption par catégorie³⁶.

En définitive, si les consommateurs sont vulnérables face aux phénomènes de marché, ces derniers ne sont en toute théorie juridiquement valables qu'à condition que les premiers ne soient finalement pas « perdants ». Encore faut-il alors bien définir ce que l'on entend par « profit » et par « part équitable » de ce dernier. Et que l'on admette que le système, malgré ces préceptes qui ont vocation à le justifier, a sans doute des failles.

2. Les usagers

Les usagers du service public économique sont des consommateurs *à part entière*. Mais ils restent tout de même des consommateurs *à part*, et cela tient à la singularité de l'offre de service d'intérêt économique général. Consécutivement, leur régime juridique est particulier ne serait-ce que parce qu'il institue certains tempéraments à la logique concurrentielle. L'article 106, § 2 TFUE permet en effet que la rigueur des règles de concurrence soit atténuée *si et dans la mesure où* leur application ferait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été

33. CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, C-453/99; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, C-295 à C-298/04. Ce mouvement a d'ailleurs conduit à plusieurs initiatives du législateur européen dont la plus remarquable est l'adoption de la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

34. S'adressant au Parlement européen avant l'investiture de la Commission Barroso, la future commissaire à la concurrence Neelie Kroes rappelait ainsi que « le bien-être des consommateurs est le but principal de la politique de concurrence » et qu'elle souhaitait le « mettre [...] au centre » de cette dernière (N. Kroes, « Une proximité idéologique avec Karel Van Miert », *Concurrences*, n° 2, 2005, p. 6).

35. Parmi les très nombreux travaux sur la question, voir notamment L.-J. Constantinesco, « La Constitution économique de la CEE », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, p. 244; D. Briand-Mélédou, « Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2004, p. 205; et pour une étude rappelant les origines du concept, les différentes luttes constituant sa dialectique fondatrice et une source de bibliographie abondante et précieuse, voir C. Joerges, « What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy », *European Law Review*, n° 30, 2005, p. 461-489; *La Constitution économique*, F. Martucci, C. Mongouachon (dir.), Paris, La mémoire du droit, 2015; H. Rabault, « La constitution économique de la France », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, 2000, p. 707-745.

36. Voir, par exemple, le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, cons. 8, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 102, 23 avril 2010, p. 1.

impantie. Cette disposition s'inscrit, au demeurant, dans un ensemble matériel et procédural plus vaste sur lequel est fondée l'ouverture à la concurrence de certains secteurs jusque-là monopolisés (106, § 1 et 3, 114 et 115 TFUE). L'idée n'en est pas d'écraser les considérations de service public qui ont justifié ces monopoles, mais de faire en sorte qu'elles soient réinterprétées à l'aune des exigences de la liberté économique et des besoins des usagers. Cela emporte des reconfigurations parfois vigoureusement contestées – et à certains égards franchement contestables. Mais l'ouverture à la concurrence s'accompagne d'obligations de service public pour les opérateurs entrants et les opérateurs restants. L'accès à ces services s'inscrit d'ailleurs dans les valeurs de l'Union européenne (article 14 TFUE, Protocole n° 26), en tant que droit fondamental (article 36 de la Charte des droits fondamentaux), et dans son rôle de préservation de la cohésion économique, sociale et territoriale³⁷. Il est sans doute possible d'établir un parallèle avec les principes d'égalité, de continuité et de mutabilité qui caractérisent le service public français et font de lui une pièce maîtresse de la lutte contre les vulnérabilités. Il est également peut-être envisageable de resituer le débat autour des questions de politiques publiques globales auxquelles contribuent les politiques d'achat public.

B. Les acheteurs publics

L'examen de la situation des acheteurs publics met au jour (à nu ?) les fragilités singulières qui leur sont propres (1). Il permet surtout de comprendre que les stratégies dans lesquelles ils s'engagent sont complexes, sur un plan concurrentiel et extraconcurrentiel (2).

1. Des vulnérabilités particulières

Les acheteurs publics semblent particulièrement vulnérables et exposés aux phénomènes anticoncurrentiels. En effet, la commande publique se caractérise, « outre la masse des achats réalisés »³⁸, « par une répétition facilement identifiable par les opérateurs économiques »³⁹. Et « la transparence prévue par le droit de la commande publique peut paradoxalement faciliter la mise en œuvre d'une entente à l'encontre des appels d'offres »⁴⁰. De façon plus générale, les procédures de publicité et de mise en concurrence attachées à la commande publique réduisent

les incertitudes informationnelles et affaiblissent *de facto* les pressions concurrentielles.

Mais l'acheteur public doit, au sens du droit de la concurrence, être distingué du consommateur, auquel les autorités de concurrence et la jurisprudence refusent de l'assimiler⁴¹. Cela signifie que le droit commun de la concurrence ne lui est pas applicable en tant que tel, et qu'il ne peut notamment pas rechercher la réparation d'un dommage qu'il aurait subi comme un utilisateur de droit commun dans les conditions ordinaires du *private enforcement*. De ce point de vue, le droit de la commande publique fait office de droit complémentaire, de droit spécial de la concurrence en ce qu'il permet par exemple d'appréhender les offres anormalement basses – lesquelles entretiennent une proximité notionnelle avec les prix prédateurs que connaît bien le droit de la concurrence – ou de rejeter comme irrégulières des « offres qui comportent des éléments manifestes de collusion »⁴². Cela n'empêche pas que ces pratiques peuvent corrélativement faire l'objet d'une sanction par l'autorité de concurrence⁴³.

2. Une stratégie multiniveaux

Cette distinction reste en toute hypothèse essentielle au maintien de la singularité de l'acheteur public : il est le démembrement fonctionnel d'une entité composite, chargée de politiques publiques cohérentes. Cela signifie, d'abord, que la commande publique peut servir de support politique de lutte contre les inégalités sociales, environnementales et territoriales. À cet effet, elle doit en tout premier lieu pouvoir faire face à ses propres faiblesses. Et sa mobilisation doit de surcroît être envisagée en plusieurs dimensions. Car l'achat public doit ensuite être repositionné dans un ensemble politique transversal : à la fois européen, national et local ; en même temps économique et non économique ; traversé par l'objectif d'une économie sociale de marché hautement compétitive et la perspective d'une égalité réelle, d'une justice et d'une solidarité sociales. C'est à cette condition, *sine qua non*, que les différentes formes de nos vulnérabilités seront converties, et deviendront la force de nos sociétés postmodernes.

L'actuelle crise sanitaire du Covid-19 nous oblige à nous confronter, à plus forte raison, à ces enjeux. L'Union européenne, par ailleurs largement décriée sur le point de la solidarité matérielle qu'elle n'a pas su organiser entre

37. Sur ces questions, on se permet de renvoyer à G. Godiveau, « La place des services d'intérêt économique général parmi les valeurs de l'Union », in *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, L. Potvin-Solis (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 379-413.

38. V. Bridoux, *Droit de la commande publique et droit de la concurrence de l'Union européenne. Étude sur une dynamique commune*, thèse de doctorat en droit, université Paris 1, 2019, p. 287.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

41. Autorité de la concurrence, 11 juin 2009, *Situation de la concurrence dans le secteur des travaux d'entretien routier en Région Rhône-Alpes*, n° 09-D-20 ; Autorité de la concurrence, 15 novembre 2007, *Demande de mesures conservatoires dans le secteur de la boulangerie industrielle*, n° 07-D-38 ; CA Paris, 14 novembre 2000, *Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement*, cités par V. Bridoux, *Droit de la commande publique...*, p. 219.

42. Art. 26 et 35 de la directive n° 2014/104/UE.

43. Voir, à cet égard, CJUE, 17 mai 2018, *UAB*, C-531/16.

ses États membres, n'a à cet égard pas totalement et irrémédiablement « tout faux ». Elle a notamment su activer le levier concurrentiel, sur le fondement du droit des aides d'État, afin d'homogénéiser les règles gouvernant aux

soutiens publics financiers⁴⁴, dans le cadre d'un marché intérieur en péril imminent. Gageons que cela serve à donner l'impulsion, que l'on peut encore espérer, dans le cadre des autres politiques européennes, à notre Union.

Ver-sur-Mer, le 29 avril 2020

44. Communication de la Commission européenne relative à l'encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de Covid-19, *Journal officiel de l'Union européenne*, C 091I, 20 mars 2020, p. 1. Voir D. Berlin, « Des aides pour pallier une perturbation grave de l'économie », *La semaine juridique, édition générale*, n° 13, 30 mars 2020, 387.