



HAL
open science

Concurrence entravée et concurrence excessive : Liberté d'accès au marché et le développement durable

Patrice Reis

► **To cite this version:**

Patrice Reis. Concurrence entravée et concurrence excessive: Liberté d'accès au marché et le développement durable. Droit. Université Nice Sophia Antipolis, 2008. tel-00735835

HAL Id: tel-00735835

<https://theses.hal.science/tel-00735835>

Submitted on 26 Sep 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
Faculté de Droit, des Sciences Politiques, Economiques et de Gestion
Centre de recherches en droit économique
CREDECO GREDEG UMR 6227 CNRS/UNSA

ÉCOLE DOCTORALE
« MARCHÉS ET ORGANISATIONS : DROIT - ECONOMIE – GESTION »

Concurrence entravée et concurrence excessive :
Liberté d'accès au marché et le développement durable

HABILITATION A DIRIGER DES RECHERCHES
EN DROIT PRIVE

Présentée et soutenue par

Patrice REIS

Maître de conférences en droit privé
Université de Nice-Sophia Antipolis

JURY

Madame le Professeur Laurence BOY

Université de Nice-Sophia Antipolis, Directrice de recherche

Monsieur le Professeur Jean Yves CHEROT

Université d'Aix en Provence, Rapporteur

Madame le Professeur Laurence IDOT

Université de Paris I, Rapporteur

Madame le Professeur Catherine PRIETO

Université d'Aix en Provence, Rapporteur

Monsieur le Professeur Fabrice SIIRIAINEN

Université de Nice-Sophia Antipolis, Professeur, Directeur du CREDECO

Soutenance le 7 Février 2008 à 15 heures

Faculté de droit, de sciences politiques, économiques et gestion de Nice-Sophia Antipolis
Av. doyen Louis Trotabas, 06050 NICE Cedex 1
tél : 04-92-15-70-00

INTRODUCTION

La liberté du commerce et de l'industrie consacrée par le décret d'Allarde des 2 et 17/3/1791 et la loi Le Chapelier de 1791 est, pour reprendre les termes du doyen Ripert à la fois une **conquête de la révolution** et la **sœur de la liberté politique**.

La liberté du commerce et de l'industrie étant le fondement de la liberté d'entreprendre, principe de valeur constitutionnelle¹, elle a pour corollaire, pour prolongement, la liberté de la concurrence². La libre concurrence a été réaffirmée par l'article 1° de la loi dite Royer du 27/12/1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat³ ainsi que dans l'intitulé de l'ordonnance du 1/12/1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence intégrée depuis 2000 dans le titre du Livre IV du code de commerce.

La liberté de la concurrence se traduit pour les acteurs du marché par l'affirmation de la liberté d'accès au marché.

L'affirmation de cette liberté d'accès au marché se retrouve aussi bien en droit interne et communautaire de la concurrence qu'en droit du commerce international notamment en raison de la mise en place de l'Organisation Mondiale du Commerce à l'issue des accords de Marrakech en 1994. De plus l'affirmation de cette liberté d'accès au marché dépasse la distinction classique entre droit public et droit privé dans la mesure où elle concerne dans ses dimensions nationale, européenne et internationale aussi bien les marchés publics que les marchés privés⁴.

Nos travaux portent sur la question de la garantie de cette liberté d'accès au marché pour les entreprises. Ces travaux s'inscrivent dans le cadre d'un des axes traditionnels de recherches

¹ Voir en ce sens les décisions du conseil constitutionnel du 16/1/1982 relative aux nationalisations et du 12/1/2002 censurant l'article 107 de la loi de modernisation sociale du 17/1/2002, *semaine sociale Lamy* 21/1/2002, p. 1.

² Voir en ce sens les propres termes du conseil d'Etat, CE 13/5/1994, Prés. Ass. Territoriale de la Polynésie française, Rec. CE, p. 324, D. 1994, IR p. 194 ; CE 24/6/1998, Mutuelle autonome générale de l'Education nationale, Rec. CE, p. 245. Voir J.B. RACINE, L'ordre concurrentiel et les droits de l'Homme, in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, Ed. Frison-Roche 2003, p. 419 et spéc. p. 431 ; M.A. FRISON ROCHE, *droit de la concurrence*, Dalloz 2006 ; C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *droit du marché*, PUF, 2002. M. MALAURIE VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Dalloz 2005

³ Article 1 alinéa 1 de la loi n° 73-1193 du 27/12/1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat « A compter du 1 avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier ».

⁴ Voir en ce sens l'accord AMP sur les marchés publics conclu au sein de l'OMC.

du CREDECO⁵ qui repose sur le droit de la concurrence et notamment sur l'affirmation de l'existence d'un ordre concurrentiel⁶. Ces travaux s'inscrivent en droit économique⁷ et s'appuient sur une méthode d'analyse qui lui est particulière : l'analyse substantielle⁸.

La concurrence est avant tout un concept économique, même si le droit ne l'ignore pas. En effet, la concurrence est un mécanisme permettant sur un marché pertinent la formation des prix par le simple jeu de l'offre et de la demande émanant de vendeurs isolés les uns des autres. La concurrence est perçue comme une liberté que le droit se doit de garantir ce qui justifie la volonté des pouvoirs publics nationaux ou supranationaux de combattre les entraves à une libre concurrence.

Si la concurrence est une liberté qu'il faut garantir, elle est en même temps perçue par les acteurs du marché, les concurrents, comme une entrave, une contrainte. En effet, la concurrence peut être définie comme étant une « *confrontation entre entreprises dont chacune cherche à augmenter ses parts de marché le plus souvent au détriment des autres* »⁹. Cette définition de la concurrence à laquelle a fait référence le conseil de la concurrence dans son rapport de 1988 insiste sur la perception de la concurrence par les acteurs du marché. Les réactions de ces acteurs face à cette contrainte peuvent conduire à remettre en cause la concurrence en tant que mécanisme mais aussi et surtout en tant que liberté garantie par le droit de la concurrence.

Dès lors, cette crainte d'atteintes à la concurrence justifie une organisation de la concurrence destinée à discipliner le comportement des acteurs sur le marché. C'est là l'objet des règles de la concurrence. La concurrence va effectivement être contrôlée et régulée car elle n'est qu'un moyen et non une fin¹⁰. Elle n'est qu'un mode d'organisation, voire pour certains auteurs un ordre concurrentiel. L'existence même d'un droit de la concurrence démontre implicitement que le fonctionnement concurrentiel des marchés ne peut être spontané.

⁵ Centre de recherches en droit économique, équipe de recherche faisant partie du Groupement de recherches en droit, économie et gestion, GREDEG UMR 6227 CNRS/UNSA

⁶ A. PIROVANO, L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne, in *L'Algérie en mutation* sous la direction de R. CHARVIN et de A. GUESMI, Paris, L'Harmattan, 2001, p.19 ; voir Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, *L'ordre concurrentiel*, Ed. Frison Roche 2003, 686 p..

⁷ FARJAT G., *Droit Economique*, PUF, 1982 ; BOY L., *Droit économique*, L'Hermès, 2002 ; FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

⁸ FARJAT G., "L'importance d'une analyse substantielle en droit économique", *Revue Internationale de Droit Economique*, n° 0, p. 9.

⁹ A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica 1998, spéc. p. 5 ; E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 1re éd., 2005

¹⁰ Théorie de la concurrence-moyen cf. article 2 et 3 du Traité de Rome et Y. AUGUET, *Le droit de la concurrence*, Ellipses, 2002, spéc. p. 10.

La liberté de la concurrence va être donc une situation garantie par le droit tant au niveau national qu'au niveau européen.

Au niveau national, elle trouve son origine dans l'affirmation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par le décret d'Allarde. Au niveau européen, la liberté de la concurrence a été affirmée par l'article 3-1 g du traité de Rome du 25/3/1957 qui précise que l'action de la communauté européenne comporte un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur. Cette affirmation a d'ailleurs provoqué des débats assez vifs à l'occasion de l'adoption du nouveau traité européen de décembre 2007 lors du sommet de Lisbonne¹¹ où il fût question, en vain, de supprimer cette référence à une concurrence non faussée.

La liberté de la concurrence peut donc se voir limitée du fait de l'action des opérateurs économiques ou des pouvoirs publics mais elle peut aussi se traduire par des excès de la part des opérateurs économiques¹². Dès lors, les règles de la concurrence interviennent soit pour sanctionner les limitations apportées à la concurrence en tant que mode d'organisation soit pour sanctionner les excès de la concurrence.

Les règles de concurrence vont alors avoir pour fonction d'une part la protection de la libre concurrence par le biais des pratiques anticoncurrentielles et du contrôle des concentrations et d'autre part le maintien de la concurrence dans des limites « raisonnables » en sanctionnant des excès par le biais, par exemple, de l'interdiction des pratiques restrictives ou encore par le biais des pratiques dites déloyales. Si la sanction des atteintes à la concurrence a pour objet la protection de la libre concurrence, la sanction des excès de concurrence permet aussi de garantir l'existence même de cette libre concurrence en assurant au préalable l'égalité des conditions d'exercice de la concurrence.

Cependant, les excès de concurrence ne concernent pas selon nous seulement les hypothèses de concurrence interdite incarnée par la prohibition des pratiques restrictives de concurrence et les hypothèses de concurrence déloyale, mais aussi et surtout les excès mêmes d'un fonctionnement concurrentiel basé sur un seul critère le prix le plus bas. Or, cette logique concurrentielle basé sur le seul critère du prix se concilie difficilement avec l'objectif affirmé en droit interne, européen et international d'un développement durable¹³. Ainsi par exemple, l'article 6 du traité de l'Union européenne rappelle que « *Les exigences de la protection de*

¹¹ Traité de Lisbonne du 13/12/2007 modifiant le Traité de l'Union européenne, *JO C 306, 17/12/2007*.

¹² J.B BLAISE, *Droit des affaires*, LGDJ 3° Ed. 2002, p.313 et s..

¹³ G.-H. Brundtland, *Votre avenir à tous*, éd. Le Fleuve, Montréal, 1988.

l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté en particulier afin de promouvoir le développement durable ». L'intégration de considérations sociales, environnementales et de protection de la santé publique en tant que conditions d'accès au marché et/ou en tant qu'éléments mêmes de la concurrence entre entreprises constitue un des enjeux essentiels de nos sociétés¹⁴. Elle explique une partie de nos travaux portant sur le principe de précaution dans le cadre du commerce international¹⁵ ou encore sur les considérations sociales et environnementales dans la passation des marchés publics¹⁶. En effet, il nous semble comme certains auteurs que le fonctionnement concurrentiel du marché et le droit de la concurrence tendent à « *prendre en charge un certain nombre d'exigences sociales au moment même où se délite sous la poussée de l'ordre concurrentiel un ordre public social* »¹⁷. La notion d'ordre concurrentiel tend à prendre ainsi en compte un certain nombre d'exigences a priori peu liées au marché. Cette notion d'« ordre concurrentiel » est aujourd'hui au cœur de toutes les interrogations sur la façon dont le droit peut apporter ses réponses à la globalisation de l'économie¹⁸. La concurrence en tant que mécanisme connaît donc deux écueils : l'entrave (I) ou l'excès (II). Ces deux écueils sont au cœur des travaux de recherches déjà effectués ainsi que des thématiques de recherches futures.

D) La concurrence entravée ou limitée.

La concurrence peut être entravée ou limitée en raison de l'intervention soit des opérateurs économiques (A) soit des pouvoirs publics (B).

¹⁴ Voir par exemple la communication de la commission européenne relative à la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable, du 2/7/2002 COM 2002, 347 ; Livre Vert de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Bruxelles, juillet 2001, voir aussi le numéro spécial de la *Revue Internationale de Droit Economique* 2002 2-3 « Mondialisation et Droit Economique ».

¹⁵ - « L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices ». Article objet d'une communication à Bruxelles les 12 et 13 janvier 2001 en vue de la constitution d'un GDR Droit économique, communication à la journée de droit économique à la Sorbonne, vendredi 23 mars 2001, publié dans l'ouvrage collectif « *le droit au défi de l'économie* » sous la direction d'Yves Chaput, Ed. PUB, 2002, p. 61 à 79, ISBN : 2859444629 ; « La mise en œuvre du principe de précaution dans l'accord SPS de l'OMC : les enseignements des différends commerciaux », article coécrit avec Laurence BOY, Michel Rainelli et Christophe Charlier, *Revue économique*, novembre 2003, numéro spécial relatif au principe de précaution, p.1291 à 1306.

¹⁶ « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », présenté au Colloque des 5 et 6 décembre 2002 à Nice en l'honneur d'Antoine Pirovano, *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed Frison-Roche, 2003, p. 145 à 166 (ISBN 2876714329).

¹⁷ A. PIROVANO, Droit de la concurrence et progrès social, *D. 2002, chr. p. 62*

¹⁸ L. BOY, Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile, *RIDE* 2003, n°3/4, p. 471.

A) L'intervention des opérateurs économiques.

Le risque de voir la concurrence limitée fonde à la fois le contrôle des pratiques anticoncurrentielles des entreprises et le contrôle des concentrations tant en droit national qu'en droit communautaire de la concurrence. En effet, il s'agit de sanctionner des limitations injustifiées de la concurrence. Inversement d'autres limitations pourront être justifiées à condition que l'atteinte à la concurrence respecte les principes de proportionnalité et de nécessité comme l'illustre, par exemple, la notion de contribution au progrès économique présente en droit national et en droit communautaire.

Le droit aura alors pour fonction soit de sanctionner les atteintes injustifiées à la libre concurrence par les opérateurs économiques (1) soit d'exempter de sanctions les atteintes justifiées à la libre concurrence (2).

1) Les atteintes injustifiées à la libre concurrence.

La concurrence limitée par les opérateurs économiques repose soit sur des pratiques anticoncurrentielles soit sur des opérations de concentrations. Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est un contrôle *a posteriori* opéré sur des comportements d'entreprises alors que le contrôle des concentrations est un contrôle des structures opéré *a priori*¹⁹.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles a été l'objet d'un certain nombre de travaux de recherches reliant l'effectivité de la règle de droit à l'aspect dissuasif des sanctions prononcées.

Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles en droit français ou en droit européen de la concurrence constitue ce que l'on considère traditionnellement comme étant le droit antitrust classique. Il s'agit du « cœur » du droit de la concurrence. L'objectif de ce cœur est le maintien d'une libre concurrence sur le marché. Il s'agit de garantir l'existence de la concurrence sur le marché en prohibant d'une part, les ententes visées par l'article L 420-1 du code de commerce et l'article 81 du Traité de l'Union Européenne et d'autre part les abus de position dominante visées par l'article L 420-2 alinéa 1 du code de commerce et l'article 82 du Traité de l'Union européenne. L'effectivité de la règle de droit dépendant ici essentiellement de l'effet dissuasif des sanctions prononcées dans la mesure où le mécanisme

¹⁹ Sur le contrôle communautaire des concentrations, voir le règlement n°4064-89 du 21/12/1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations entre entreprises, *JOCE L 395 du 30/12/1989, p.1*. Règlement modifié par le règlement n°1310/97 du 30/6/1997 et substitué par le Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE 29/1/2004*. Le contrôle national a, quant à lui, été institué pour la première fois par la Loi du 19 juillet 1977, *J.O. 20/7/1977*, modifié par l'ordonnance du 1/12/1986, intégré au code de commerce en 2000 et modifié par la loi du 15/5/2001, il figure aux articles L430-1 et L430-10 du code de commerce.

de contrôle n'est mis en œuvre qu'une fois la pratique anticoncurrentielle détectée par les autorités chargées de la concurrence. Cette thématique de la sanction des pratiques anticoncurrentielles a été développée dans nos premiers travaux. Elle a été développée dans la seconde partie de la thèse de doctorat intitulée « *la concurrence et les marchés publics* »²⁰ et dans un article intitulé « *ententes de répartition des marchés, vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ?* »²¹.

Parmi les propositions figurant dans la thèse, l'accroissement du montant maximum des sanctions pécuniaires pouvant être infligées par le conseil de la concurrence ainsi que la prise en compte du groupe de sociétés dans la détermination de l'assiette servant de base de calcul au montant de la sanction avaient été avancés en 1999.

En effet, l'analyse de la jurisprudence du conseil de la concurrence en matière d'ententes dans le secteur des marchés publics nous avaient permis de déterminer une certaine ineffectivité des sanctions pécuniaires infligées par le conseil de la concurrence. Bien que le secteur des marchés publics soit devenu un des lieux privilégiés des ententes et des contentieux devant le conseil de la concurrence²², la réitération des mêmes pratiques par les mêmes acteurs économiques demeurait aisée dans la mesure où la filialisation des activités à risques par certains opérateurs économiques permettait de limiter le montant des sanctions infligées.

Les autorités chargées de la concurrence ont alors réagi en durcissant leurs politiques de sanctions des pratiques anticoncurrentielles. Les sanctions aggravées prononcées par le conseil de la concurrence dans sa décision du 29/11/1995 et confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6/5/1997²³ dans le secteur du génie civil et des travaux publics semblaient démontrer cet état de fait. Le conseil de la concurrence a ici infligé la sanction pécuniaire la plus élevée pour l'époque²⁴.

²⁰ Le titre II de la seconde partie de la thèse étant intitulé : le contrôle de la concurrence dans les marchés publics : un contrôle des pratiques anticoncurrentielles, - « La concurrence et les marchés publics » Thèse NICE 1999, presses universitaires du Septentrion, janvier 2001 (ISBN 22 840 20 224).

²¹ « Ententes de répartition des marchés : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ? » article publié dans un ouvrage collectif intitulé *Le processus de concurrence sous la coordination de J. KRAFFT*, édité chez ECONOMICA, 1999, p.312 à 332. (ISBN 2-7178-3923-2).

²² Il représente à lui seul chaque année entre 20 et 30% des contentieux traités par le conseil de la concurrence.

²³ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 6/5/1997 relatif aux recours formés par la société Bouygues SA et autres contre la décision du conseil de la concurrence en date du 29/11/1995 relative à des pratiques d'ententes relevées à l'occasion de marchés de grands travaux concernant des infrastructures routières et ferroviaires, d'une part lors des procédures de mise en concurrence pour la construction du pont de Normandie et d'autres ouvrages d'art, d'autre part, lors des procédures de mise en concurrence des lignes T.G.V. Nord, de son interconnexion et du T.G.V. Rhône Alpes, *BOCCRF 1997 p.440* et arrêt rectificatif *p.453*. Cet arrêt maintient les sanctions pécuniaires à l'encontre de l'ensemble des entreprises et groupes en cause à l'exception de la SAE.

²⁴ Les sanctions pécuniaires concernaient 31 entreprises du BTP pour un montant de 378,8 millions de francs.

Néanmoins, une intervention législative demeurerait nécessaire. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques²⁵ a alors permis un alignement sur le droit européen du montant maximum des sanctions pécuniaires pouvant être infligées à un opérateur économique en faisant passer ce montant maximum de 5% du chiffre d'affaires hors taxes à 10 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes. Mais elle a surtout conduit à prendre en compte le groupe de sociétés en faisant référence au chiffre d'affaires hors taxes consolidé ce qui permettait d'additionner les chiffres d'affaires des filiales incluses dans la consolidation des comptes. Cette prise en compte du groupe de société demeure cependant modeste dans la mesure où il faut que les comptes de l'entreprise soient consolidés ce qui est loin d'être toujours le cas. De plus, le périmètre de consolidation des comptes est limité, il ne prend pas en compte les chiffres d'affaires de toutes les filiales mais seulement les chiffres d'affaires des sociétés dont les comptes sociaux sont consolidés. Nous plaitions à l'époque pour une prise en compte de l'ensemble du groupe de société au sens du code de commerce²⁶. De plus la spécificité du contentieux en matière de concurrence dans les marchés publics ne permet pas d'appréhender les comportements anticoncurrentiels associant l'acheteur public et une entreprise candidate devant le conseil de la concurrence. Le contrôle des pratiques de l'acheteur public relevant de la compétence des juridictions administratives qui peuvent certes se prononcer sur la légalité du comportement de l'acheteur public au regard des règles sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles sans pour autant prononcer les sanctions pécuniaires spécifiques à cette matière qui relèvent quant à elles de la compétence du conseil de la concurrence.

La création du délit de favoritisme par le législateur permet, pour la première fois, de songer à un élargissement de la sanction aux ententes unissant acheteurs publics et les entreprises candidates aux marchés publics. Les notions de recel et de complicité sont ici susceptibles de s'appliquer aux entreprises parties à une entente avec l'acheteur public²⁷. La complicité de l'entreprise candidate révèle l'existence d'une collusion préalable à la pratique discriminatoire de l'acheteur public visé par le délit de favoritisme. Ce délit permet de démontrer l'existence d'une pénalisation de la sanction de certaines pratiques anticoncurrentielles alors qu'en principe la dépénalisation du droit des pratiques anticoncurrentielles semble la règle. En effet,

²⁵ Loi n° 2001-420 du 15/5/2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JO 16/5/2001*, p. 7776.

²⁶ Articles L. 233-1 et L. 233-2 du code de commerce : le groupe inclut dès lors les entreprises contrôlées directement ou indirectement à plus de 50 % et celles où l'entreprise dominante possède une participation comprise entre 10 et 50 %.

²⁷ « Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles ». *Petites affiches 4/7/2003*, p. 4 à 11.

bien que l'article L 420-6 du code de commerce²⁸ ait prévu des sanctions pénales, cette disposition ne vise que les personnes physiques et les juridictions répressives n'en font que très rarement l'application²⁹. Cependant cette pénalisation partielle conduit à sanctionner pénalement certaines ententes qui associent l'acheteur et une entreprise et à continuer à faire relever du conseil de la concurrence les autres ententes : celles où ne sont en cause que des entreprises. Afin d'unifier réellement l'ensemble du contentieux et de garantir l'effectivité de la règle de droit une extension de la compétence du conseil de la concurrence aux activités économiques des acheteurs publics semble souhaitable.

L'article intitulé « *ententes de répartition des marchés, vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ?* » nous a permis aussi d'aborder le problème aiguë de la preuve. En effet, en présence d'ententes de répartition des marchés étalées dans le temps et dans l'espace, il est difficile pour les autorités chargées de la concurrence de trouver des preuves directes de l'entente. Les contacts entre concurrents sont presque toujours informels et reposent sur des échanges d'informations sur les offres à déposer par les entreprises concurrentes au cours de différents appels d'offres. Les pratiques étant occultes, les autorités utilisent la méthode du faisceau d'indices précis, graves et concordants afin de démontrer l'existence d'ententes anticoncurrentielles. Ainsi, ces échanges d'informations étaient contraires au principe de l'indépendance des offres. En effet, s'il est normal que la transparence existe dans les relations verticales afin de préserver les acteurs situés à des stades différents du processus économique d'éventuelles discriminations, il est inconcevable d'admettre du point de vue du droit de la concurrence des échanges d'informations entre concurrents sur leurs stratégies vis-à-vis de leurs mêmes clients³⁰.

Le droit français de la concurrence va cependant plus loin en matière de pratiques anticoncurrentielles que le droit communautaire en prévoyant l'interdiction de deux autres comportements d'entreprises en plus des prohibitions communes des ententes et des abus de position dominante.

Il s'agit tout d'abord, de la prohibition des abus de dépendance économique visée par l'article L. 420-2 alinéa 2. L'abus de dépendance économique concerne les hypothèses de

²⁸ « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2 ».

²⁹ Crim 21/11/1991, GP 1992 I 256, note J.C. FOURGOUX ; J.C. FOURGOUX, complémentarité ou superposition des procédures de contestation et de répression des pratiques anticoncurrentielles - ou la victime surmenée, *RSC 1991*, p.774 et spéc. p.775.

³⁰ Sélinski V., transparence, échanges d'informations et transparence, *JCP Ed(E) 1995*, n°5, p.24 et spéc p.25.

domination relative dans les relations verticales par opposition à la domination absolue visée par les abus de position dominante. L'abus de dépendance économique a été abordé dans nos travaux dans le cadre du mémoire de DEA portant sur les relations entre la grande distribution et ses fournisseurs pour souligner son ineffectivité. Cette ineffectivité était d'autant plus paradoxale que l'abus de dépendance économique avait été précisément créé par l'ordonnance du 1/12/1986 afin de lutter contre les abus de dépendance de la grande distribution dans ses relations avec les fournisseurs. L'exigence d'une incidence actuelle ou potentielle sur le marché comme pour toute pratique anticoncurrentielle conduisait à écarter l'application par le conseil de la concurrence de l'article 8-2 de l'ordonnance devenue par la suite l'article L 420-2 alinéa 2 du code de commerce. Le contentieux civil nous semblait alors une solution possible en faisant basculer certaines pratiques de la grande distribution tels que le déréférencement ou la menace de déréférencement dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence. Ces dernières étant sanctionnées *per se*, elles présentaient l'avantage indéniable pour la victime de ne pas avoir à rapporter la preuve d'un effet sur le marché. La loi du 15 mai 2001 ainsi que la loi du 1^o juillet 1996 relative à l'équilibre et à la loyauté des transactions commerciales ont permis d'introduire dans le code de commerce de nouvelles pratiques restrictives de concurrence visant implicitement la grande distribution. Ainsi, par exemple, l'article L 442-6 I -5^o du code de commerce instaure un préavis en cas de rupture des relations commerciales établies et précise que ce préavis est doublé en cas de rupture des relations commerciales établies avec des entreprises produisant des marques de distributeurs³¹.

Le droit français de la concurrence connaît une dernière pratique anticoncurrentielle qui ne connaît pas d'équivalent en droit de l'Union Européenne, il s'agit de la prohibition des pratiques de prix abusivement bas³² prévue par l'article L. 420-5 du code de commerce c'est-à-dire d'une pratique de prix prédateurs³³ autonome par rapport aux ententes ou aux abus de domination. Les prix abusivement bas étaient déjà connus du droit français et communautaire de la concurrence sous le terme de prix de prédation ou prix prédateurs mais ils n'étaient sanctionnés qu'à la condition d'être le révélateur d'une entente, d'un abus de position dominante ou d'un abus de dépendance économique³⁴. Avec l'article L-420-5, la pratique des

³¹ Sur ce point voir un de nos articles de vulgarisation, - « Marques de distributeurs et accès au marché des fournisseurs de la grande distribution », publication de l'école doctorale marchés et organisations, Newsletter n°5/2004 de l'ADMEO, <http://www.unice.fr/edmo/index.html?page=pagenewsaccueil.htm>.

³² Prohibition introduite par la loi du 1^o juillet 1996 relative à la loyauté et l'équilibre des relations commerciales

³³ Dite aussi de prix de prédation.

³⁴ Pour un abus de position dominante avec prix prédateurs sur le marché des produits chimiques voir CJCE 3/1991 aff. AKZO chimie, *JCP ed(E) 1992 II 273*, note L. VOGEL ; en droit interne pour des ententes avec prix

prix abusivement bas est sanctionnée indépendamment de toute référence aux autres pratiques anticoncurrentielles prévues par le code de commerce ou par le traité de l'Union européenne.

Dans le cadre de nos travaux de thèse nous avons proposé d'étudier une application particulière de cette prohibition aux pratiques des offres anormalement basses déposées par certains candidats à l'accès aux marchés publics lorsque ces offres avaient pour objet ou pour effet de restreindre, de fausser ou de limiter la concurrence sur le marché. Nous avons, en effet, démontré que ces dernières étaient le plus souvent le fait des principales entreprises des secteurs des fournitures, des travaux et des services et qu'elles permettaient d'éliminer les PME concurrentes présentes sur le marché ou d'éviter l'entrée de nouveaux concurrents. Cette piste mériterait d'être exploitée dans la mesure où les entreprises qui pratiquent ces offres anormalement basses ne sont pas forcément en position dominante sur le marché pertinent concerné ou ne sont pas partie à une entente anticoncurrentielle concernant ce marché³⁵.

Cependant l'article L420-5 du code de commerce vise les pratiques de prix abusivement bas faites aux consommateurs c'est-à-dire aux utilisateurs finaux. Il n'y a donc pas de prix abusivement bas lorsque l'on est en présence de relations commerciales entre professionnels. Dans nos travaux de thèse nous étions interrogé sur le point de savoir si l'acheteur public devait être considéré comme un professionnel ou comme un consommateur. Il nous semblait difficile de le considérer comme un consommateur final dans la mesure où la plupart des achats publics sont effectués afin de se procurer les moyens de fonctionnement des services publics fournis aux usagers. Il s'agit donc d'une consommation intermédiaire et la notion de prix abusivement bas ne pourrait ici s'appliquer. Face à une offre anormalement basse qui pourrait être assimilée à une pratique de prix anormalement bas, l'acheteur public ne dispose que de mécanismes de traitement des offres anormalement basses. Cette procédure lui permet de demander des précisions sur les prix et d'écarter l'offre ou les offres anormalement basses, cependant ces dernières ne seront pas sanctionnées alors mêmes qu'elles auraient pu avoir une incidence potentielle sur la concurrence.

Dès lors, en l'absence de réforme permettant de prendre en compte la spécificité de l'achat public, il n'existe pas de cas d'application de cette prohibition à des hypothèses d'offres anormalement basses.

prédateurs sur le marché du béton prêt à l'emploi, Conseil de la concurrence décision n°97-D-39 du 17 juin 1997, BOCCRF 30/8/1997, et *D. Aff. 1997, n°36, p.1177, Recueil Lamy, n°726* commentaire V. Selinsky

³⁵ P. REIS, *La concurrence et les marchés publics*, presses universitaires du Septentrion, janvier 2001 (ISBN 22 840 20 224), spéc. p. 215 et s.

L'ensemble de ces pratiques anticoncurrentielles suppose la définition d'un marché de référence. L'appréhension de la concurrence par les autorités chargées de la concurrence est basée sur une vision plus dynamique, moins statique que par le passé. Les atteintes à la concurrence s'apprécient donc toujours par rapport à une concurrence dite efficace ou praticable (workable competition) et non par rapport à une concurrence parfaite. En effet, pour la cour de justice des communautés européennes *"le jeu de la concurrence doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux"*³⁶. Ce cadre réel suppose donc une délimitation du marché de référence dit marché pertinent afin « *d'identifier et définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* ». Les autorités nationales et communautaires chargées de la concurrence attachent beaucoup d'importance dans leurs décisions à cette définition. Ainsi, dans l'affaire relative au secteur du génie civil et des travaux publics, le conseil de la concurrence a considéré que *"les pratiques visées concernent les procédures de mise en concurrence dans lesquelles au demandeur unique, représenté par le maître de l'ouvrage dont la demande précise était exprimée dans les documents contractuels réglementaires, répondaient les offres des entreprises ou groupements soumissionnaires"*³⁷.

Il s'agit là de limitations de concurrence injustifiées et donc sanctionnées par le droit de la concurrence afin d'assurer une concurrence libre. La concurrence limitée peut aussi dans certaines situations être acceptée par le droit, il s'agira alors d'atteintes justifiées à la libre concurrence.

2) Les atteintes justifiées à la libre concurrence.

Les atteintes à la libre concurrence par les opérateurs économiques et justifiées par les pouvoirs publics peuvent être regroupées en trois catégories :

Il s'agit des systèmes d'exemptions propres au droit national et communautaire de la concurrence, des interdictions contractuelles de concurrence par le biais des clauses de non concurrence et enfin le domaine des droits de propriété industrielle. Nos travaux ont abordé deux de ces trois catégories à s'avoir les systèmes d'exemption et l'atteinte sensible à la concurrence **(a)** et les droits de propriété industrielle **(b)**.

³⁶ CJCE, 30/06/66, aff.56/65, Rec.337.

³⁷ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996, p.174 et spéc. p.215.*

a) Les exemptions et l'atteinte sensible à la concurrence.

Avant même d'envisager les systèmes d'exemption des sanctions prévues par le droit interne et le droit communautaire de la concurrence, il convient de se demander si les pratiques anticoncurrentielles sont susceptibles de perturber sensiblement le jeu de la concurrence sur un marché.

- L'atteinte sensible à la concurrence

Dans le cadre de nos travaux, le commentaire de la décision du conseil de la concurrence du 29/11/1995 relatif au secteur du génie civil et des travaux publics nous a permis d'aborder la théorie du seuil de sensibilité en droit interne et la question des accords d'importance mineure.

Dans cette affaire, les entreprises en cause ont invoqué lors du contentieux la théorie du seuil de sensibilité consacrée par la cour de cassation³⁸ et la notion d'accords d'importance mineure. Le conseil a ici rappelé que, pour bénéficier de ces dispositions communautaires, les entreprises devaient réaliser un chiffre d'affaires inférieur aux seuils prévues à 'époque par la communication de la commission européenne³⁹ et devaient demander à la commission une attestation négative ou lui avoir notifié les accords et pratiques en cause. Or en l'espèce, les entreprises, loin d'être des P.M.E., avaient des chiffres d'affaires supérieurs⁴⁰, appartenaient à de grands groupes, de sorte que leurs "*pratiques et accords modifient de façon sensible la position sur le marché des entreprises étrangères tierces et des utilisateurs*"⁴¹. Il y avait indubitablement une atteinte sensible à la concurrence⁴² puisque les ententes portaient sur des marchés de plusieurs milliards de francs.

- Les systèmes d'exemptions en droit interne et en droit communautaire de la concurrence.

³⁸ Chambre commerciale de la cour de cassation, 4/5/1993 SA Rocamat/ SA Sogepierre, *Bull. Civ. IV*, n°172 ; Boutard Labarde M. C., réflexions sur le seuil de sensibilité en droit de la concurrence, *JCP 1989 Ed(E) II 15400*, Cot J. M., le seuil de sensibilité en droit français de la concurrence, *GP 14/9/1993*.

³⁹ Ce seuil communautaire était à l'époque de 200 millions de francs voir l'actualisation de la communication du 3/9/1986, *JOCE n° C231 12/9/1986*, concernant les accords d'importance mineure, modifié par la suite en 1994 *JOCE n°C368 23/12/1994*, p.20. Communication du 9/12/1997 relative aux accords d'importance mineure, entrée en vigueur le 1/3/1998, *JOCE 9/12/1997*, p.13, note Vogel L., *CCC mars 1997*, n°44.

⁴⁰ La seule société Bouygues avait un chiffre d'affaires supérieur à 1 milliard de francs.

⁴¹ Décision n°95 D 76 du 29/11/1995, *BOCCRF du 15/5/1996*, p.174 et spéc. p.224.

⁴² Targa A., la notion d'atteinte à la concurrence sur le marché en droit français, *RCC 1993 n°76*, 15.

Les pratiques anticoncurrentielles pourront être exemptées de sanctions par les autorités nationales et communautaires de la concurrence dans la mesure où la limitation apportée à la concurrence sera considérée comme justifiée.

La première justification est commune au droit interne et au droit communautaire de la concurrence, il s'agit de la contribution au progrès économique.

Ainsi, une entente n'est pas sanctionnée lorsqu'elle contribue au progrès économique en vertu de l'article L 420-4 I-2 du code de commerce. En effet, échappent à la prohibition des ententes les pratiques dont *"les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause"*.

Le droit communautaire prévoit le même type d'exemption pour les ententes à l'article 81-3 du Traité de l'Union. L'entente peut être légitimée en vertu de ces textes si elle répond à certaines conditions de validité⁴³. Ces conditions reviennent à exiger que l'atteinte à la concurrence soit, en pratique, nécessaire et proportionnelle. L'atteinte à la concurrence ne devant pas aller au-delà de ce qu'exige l'objectif de progrès économique.

Cette justification n'est utilisée tant en droit national qu'en droit européen que pour les seules ententes, les abus de position dominante étant toujours des limitations de concurrence injustifiées.

Cette justification a été traitée dans l'un de nos travaux pour souligner la demande d'exemption introduite en cours de contentieux devant les autorités chargées de la concurrence. Au cours du contentieux, la notion de contribution au progrès économique et invoquée par les entreprises mises en cause en tant que fait justificatif⁴⁴.

Ainsi dans l'affaire du secteur du génie civil et des travaux publics, le conseil de la concurrence a rejeté l'application de l'article 85-3 en constatant, tout d'abord, que, dans le secteur concerné, aucun règlement d'exemption par catégories n'avait été publié par la commission. En outre, les accords et pratiques incriminées n'avaient pas été notifiés à la

⁴³ L'entente doit

- contribuer à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique (et social pour le droit interne),
- réserver une part équitable du profit qui en résulte aux utilisateurs,
- ne pas imposer aux entreprises concernées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs
- ne pas donner la possibilité à des entreprises d'éliminer la concurrence.

⁴⁴ « *Le progrès économique n'est pour un juriste, rien d'autre qu'un fait justificatif presque au sens du droit pénal : le fait qui permet qu'une règle sanctionnatrice ne s'applique pas* » Lazarus M., l'approche française et communautaire du progrès économique, *RCC nov./déc.1993, p.13.*

commission, ils n'avaient donc pu faire l'objet d'attestations négatives individuelles. À cet égard, nous avons souligné dans le commentaire de cette décision du conseil qu'une telle demande d'exemption pour ce secteur auprès de la commission européenne aurait eu peu de chances d'aboutir si l'on prenait en compte une décision antérieure de la commission du 5/2/1992⁴⁵ confirmée en appel par le tribunal de première instance des communautés européennes du 21/2/1995⁴⁶. Dans cette affaire, la commission européenne avait rejeté la prétention de légitimer des ententes de répartition des marchés publics entre 4000 entreprises des Pays-Bas par les pratiques des maîtres d'ouvrages. Les entreprises invoquaient, en effet, les conditions particulières du marché qui auraient dû motiver une exemption, car il existerait *"un déséquilibre entre une demande transparente et une offre pour laquelle il n'y aurait aucune transparence et qui devrait supporter des coûts de transaction élevés pour accéder au marché"*. La commission et le tribunal de première instance ont considéré que le système d'ententes ne saurait rétablir ce déséquilibre car il ne bénéficiait qu'aux entreprises hollandaises et ne réservait pas aux pouvoirs adjudicateurs une part équitable du profit qui pouvait résulter de l'entente.

De plus il convient de souligner que la contribution au progrès économique était justifié dans la décision commentée par la réalisation de grands ouvrages tels que le pont de Normandie ou la ligne TGV Nord. Cette dernière prétention a, elle aussi, été rejetée par le conseil car, même si la réalisation de cet ouvrage pouvait contribuer au progrès économique, il n'était pas établi que ce progrès n'aurait pu être atteint sans mise en oeuvre de pratiques anticoncurrentielles.

La contribution au progrès économique ne constitue pas en droit interne de la concurrence la seule possibilité d'exemption. Dans la décision commentée du 29/11/1995, les entreprises avaient, aussi, demandé à bénéficier du régime d'exemption national prévue par l'article L420-4-I-1. Selon ce texte, ne sont pas soumises aux dispositions des articles L 420-1 et L420-2, *"les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application."*

Les entreprises considéraient devant le conseil de la concurrence que leurs pratiques étaient la conséquence des procédures d'appel public à la concurrence prévues par le code des marchés publics et de l'application qui en serait faite par les acheteurs publics. Le conseil a aussi rejeté cette allégation en insistant sur le fait que ces procédures de passation des marchés avaient

⁴⁵ Décision du 5/2/1992 industrie de la construction des Pays-Bas, *JOCE1992 L92*.

⁴⁶ TPICE 21/2/1995 entrepreneurs de la construction des Pays-Bas contre la commission des communautés, *RAE 2/95 p.111*, commentaires de Blaise J.B. et Robin C..

précisément pour objet de veiller au respect de l'intérêt général en assurant l'exercice de la libre concurrence. Les prétentions des entreprises étaient d'autant plus contestables que leurs pratiques visaient à induire les acheteurs publics en erreur, en leur faisant croire à une réelle concurrence sur le marché et en leur faisant supporter des prix élevés afin de dégager des sur-bénéfices.

Cependant tant en droit national qu'en droit communautaire, l'entente pour constituer une atteinte justifiée à la concurrence ne doit pas pour cela supprimer toute concurrence. La limitation de la concurrence n'est donc pas absolue mais partielle elle ne recouvre pas encore l'hypothèse de la limitation *a priori* absolue concernant le monopole conféré par un brevet.

b) Les droits de propriété industrielle.

La justification de l'atteinte à la concurrence peut aussi reposer, par exemple, sur la protection de l'invention par le biais du brevet et plus largement par l'utilisation des droits de propriété industrielle par les opérateurs économiques. Il s'agit ici d'un cas de concurrence interdite. Le brevet confère, en effet, un monopole et permet à l'opérateur économique d'interdire toute concurrence pendant un certain laps de temps. La concurrence interdite est donc forcément précaire, elle est temporaire et même limitée dans l'espace⁴⁷. Dès lors la limitation absolue à la concurrence n'en est pas réellement une. Ce monopole temporaire et précaire va être justifié par la nécessaire récompense de l'effort de recherche⁴⁸, mais ce monopole n'existe que s'il y a exploitation de l'invention. Il faut donc qu'il soit nécessaire et proportionnel au but recherché comme l'illustrent, en matière contractuelle, les conditions de validité des clauses de non concurrence⁴⁹.

Le fort développement des organismes génétiquement modifiés au cours de la dernière décennie a conduit à s'interroger sur la pertinence d'un droit de propriété intellectuelle susceptible de conduire à des monopoles et à l'appropriation d'une partie de l'agriculture commerciale par des firmes transnationales détentrices de brevets sur les gènes. Ce phénomène contemporain relance le débat relatif à l'appropriation collective ou individuelle d'un bien, ici un produit agricole. Cette thématique a fait l'objet d'un de nos derniers articles relatif à la nature du choix des Etats dans le cadre des options permises par l'accord ADPIC.

⁴⁷ Notamment si le brevet n'est pas reconnu par un pays tiers.

⁴⁸ L'atteinte à ce monopole constitue alors un excès de concurrence, ouvrant la possibilité d'une action en contrefaçon ou à une action en concurrence déloyale.

⁴⁹ Sur le principe de proportionnalité, voir aussi le cas des clauses de non rétablissement ou des clauses de non concurrence, Com. 4/1/1994, D. 1995, 205, note Y. SERRA, Civ. 11/5/1999, BRDA 1999, n°14, p.7 ; Soc. 10/7/2002, TPS août/septembre/2002 dossier du praticien, n°290..

En effet, à la lecture de l'article 27-3 b) de l'accord ADPIC, les Etats semblent avoir la possibilité d'appliquer d'autres systèmes de protection « *sui generis* » distincts des brevets ou des droits d'obtention végétales. Dans le cadre du commerce international, le choix d'un Etat, comme le Brésil, de limiter la protection par brevet de certaines inventions biotechnologiques, est valable sur le seul territoire de l'Etat concerné. Par contre, si le brevet n'est pas reconnu dans cet Etat, cela justifie le blocage dans les ports européens de certaines cargaisons de soja transgénique provenant de ce pays d'Amérique latine. En effet, en cas d'exportation du produit agricole vers un Etat membre de l'OMC reconnaissant la protection par brevet, l'entreprise titulaire du droit peut agir contre l'entreprise exportatrice car le droit de propriété intellectuelle est reconnu dans le pays d'importation alors qu'il ne l'est pas dans le pays d'exportation⁵⁰. Afin d'éviter que les producteurs se retrouvent dans une telle situation, les propres firmes transgéniques incitent les producteurs de pays tels que le Brésil et l'Argentine, à signer des contrats afin de percevoir des royalties directement auprès de ces derniers, alors que leurs brevets ne sont pas forcément reconnus par les autorités nationales. Par ce biais, les firmes transgéniques réussissent à étendre le paiement des droits non seulement aux cargaisons exportées vers des pays reconnaissant les brevets mais aussi toutes les cargaisons destinées à d'autres marchés extérieurs voire au propre marché national. La liberté d'accès à ces différents marchés se trouve alors conditionné par le respect d'un brevet y compris sur le territoire d'un Etat où il n'est pas reconnu.

Les firmes transgéniques réussissent ainsi dans la pratique à remettre en cause la souveraineté des Etats. Elles contraignent par le biais du commerce international, les Etats à accepter dans la pratique le paiement de droits sur des biens qui *a priori* ne font pas l'objet d'une protection formelle dans leur droit positif par le biais des brevets. La marge de manœuvre des Etats dans le cadre des options permises par l'accord ADPIC semble donc se réduire.

L'entrave à la concurrence justifiée par le brevet repose ici sur l'intervention de pouvoirs privés économiques. Aux cotés des atteintes à la concurrence justifiées ou non susceptibles d'être le fait des opérateurs économiques, la concurrence peut aussi être entravée par l'intervention des seuls pouvoirs publics.

⁵⁰ M. VARELLA, « Propriété intellectuelle : les moyens du contrôle des exportations agricoles par les entreprises multinationales », *RIDE 2006*, p. 211 et spéc. p.217.

B) L'intervention des pouvoirs publics.

Les pouvoirs publics du fait de leurs interventions sur le marché peuvent contribuer aussi à une concurrence limitée. Face à ce risque de concurrence limitée par les pouvoirs publics, l'affirmation de la nécessaire protection de la libre concurrence justifie aujourd'hui la mise en œuvre de politiques d'ouverture à la concurrence des monopoles publics notamment sous l'influence du droit communautaire. Elle explique aussi l'existence d'un droit public de la concurrence (1) et de règles ayant pour objet le contrôle des aides publiques (2), deux thèmes sur lesquels ont porté certains de nos travaux.

1) Le droit public de la concurrence.

Le droit public de la concurrence recouvre l'ensemble des obligations de mise en concurrence pesant sur les pouvoirs adjudicateurs, c'est le droit des marchés publics et des délégations de services publics. Ce droit public de la concurrence repose tout d'abord sur des obligations de faire qui prennent la forme d'obligation de mise en concurrence et de transparence. Cette transparence se traduit, par exemple, par des avis d'appel public à la concurrence et des avis d'attribution ce qui démontre que la transparence est à la fois précontractuelle et post-contractuelle.

Ces obligations ayant pour objet essentiel de garantir l'accès aux marchés pour les opérateurs économiques. En ce sens la concurrence devient une obligation, une contrainte pour les pouvoirs adjudicateurs tant au niveau national en vertu du nouveau code des marchés publics⁵¹ qu'en droit communautaire en raison des directives européennes⁵² ou encore au niveau international en vertu de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce⁵³. En effet, les marchés publics semblent empreints d'une valeur d'exemplarité dans la mesure notamment où sont en cause les deniers publics. Le fonctionnement concurrentiel des marchés publics devrait donc a priori servir d'exemple aux autres marchés.

Certains de nos travaux ont porté sur ces obligations de transparence destinées à garantir l'accès aux marchés publics. Dans la première partie de notre thèse, nous avons mis en avant l'existence d'une transparence à sens unique de l'acheteur envers l'offreur. La liberté contractuelle suppose le libre choix de son fournisseur ou de son client. Cependant, en matière

⁵¹ Décret du 1/8/2006, *JO du 4/8/2006*.

⁵² Directive du 31/3/2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services, *JOCE 30/4/2004*.

⁵³ L'accord sur les marchés publics dit AMP a été signé par l'union européenne, il est disponible sur le site de l'organisation mondiale du commerce, <http://www.wto.org>

de marchés publics, une liberté totale octroyée à l'acheteur public conduirait à des atteintes à la liberté d'accès au marché pour les entreprises en se traduisant, par exemple, par des pratiques de favoritismes locaux. Dès lors, l'influence du droit de la concurrence sur la liberté contractuelle se traduit ici par une transparence de la demande, de l'acheteur, à l'inverse des relations entre acheteurs et vendeurs sur un marché privé. Les obligations d'informations notamment précontractuelles pèsent ici sur l'acheteur alors que pour les marchés privés relevant du code de commerce, ces obligations reposent sur les fournisseurs, les offreurs, le code de commerce leur imposant la communication sur simple demande de leurs conditions générales de vente conformément à l'article L441-6 du code de commerce sous peine de sanctions pénales.

Cette différence de traitement repose sur un *a priori*, l'acheteur public de par sa position sur le marché serait susceptible de porter atteinte au fonctionnement concurrentiel dans la mesure où il aurait la possibilité de restreindre la liberté d'accès des entreprises candidates. Cette affirmation est certes plausible mais elle semble conduire à la mise en place d'une transparence à sens unique dans laquelle seul l'acheteur semble tenu par des obligations précontractuelles d'informations destinées à garantir la protection de la concurrence. De telles obligations de transparence ne sont pas imposées aux offreurs alors que ces derniers sont susceptibles par les pratiques de porter eux aussi atteinte au fonctionnement concurrentiel des marchés. La transparence en matière de marchés publics ne se soucie que de la seule information et protection des offreurs, elle n'est dès lors pas suffisante selon nous. En effet, une information de la l'acheteur public sur le fonctionnement du marché⁵⁴ permettrait de mieux garantir la liberté d'accès au marché en rendant plus difficiles les pratiques discriminatoires et anticoncurrentielles des offreurs.

La transparence précontractuelle dans le cadre de la passation des marchés publics a pour objet de prévenir les pratiques discriminatoires auxquelles pourraient se livrer les acheteurs publics. Dès lors l'acheteur public se voit imposé une obligation de ne pas faire, il se voit contraint de respecter le principe national et communautaire d'interdiction des discriminations. Le contrôle et la sanction de ces pratiques discriminatoires relèvent de la compétence des juridictions administratives. Le respect de l'ensemble de ces obligations d'informations et de non discrimination est néanmoins conditionné par l'efficacité du contrôle

⁵⁴ Notamment par une communication des conditions générales de vente, par une information sur les conditions de sous-traitance, une obligation d'information sur les liens de sous-traitance sur d'autres marchés entre entreprises concurrentes, la publication de l'organigramme du groupe.

juridictionnel. L'aspect dissuasif des sanctions prononcées et donc le rôle du juge conditionnent alors l'effectivité de la règle de droit.

Cependant, face à un contrôle qualifié parfois de platonique, une pénalisation de la sanction des pratiques discriminatoires a paru nécessaire au législateur.

La loi du 3 janvier 1991⁵⁵ dans son article 7 a créé le délit d'avantage injustifié dit de favoritisme qui, à l'origine, visait les seuls marchés publics⁵⁶. L'intervention du juge judiciaire vient, ici, pallier les défaillances du contrôle effectué par les juridictions administratives en matière de protection de la concurrence dans les marchés publics. En effet, si dans la pratique des délits tels que la corruption ou l'ingérence permettent de sanctionner des pratiques discriminatoires, ce n'est que de manière indirecte alors que le délit d'avantage injustifié vise, lui, expressément ces pratiques⁵⁷. Le législateur cherche ainsi à dissuader les pratiques discriminatoires des pouvoirs adjudicateurs en ne laissant plus seulement la responsabilité de la pratique reposer sur l'administration.

La crainte des discriminations de la part des acheteurs publics conduit à des exigences supplémentaires : les critères de choix des offres doit être spécifiés y compris lorsqu'il s'agit de considérations sociales et environnementales⁵⁸.

Au-delà du cas des marchés publics, il convient de constater que le droit du commerce international affecte aussi les interventions des pouvoirs publics en sanctionnant leurs entraves à la liberté d'accès au marché. La sanction d'une entrave contraire aux accords de l'organisation mondiale du commerce⁵⁹ par l'organe de règlement des différends démontre la soumission des Etats au principe de concurrence et à la nécessité d'assurer un cadre réglementaire permettant la libre concurrence.

⁵⁵ Loi n°91-3 du 3/1/1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *J.O. 5/1/1991, p.236*, commentaire de B. BOULOC, *RSC 1991, p.611* ; M. GUIBAL, *AJDA 20/4/1991, p.296* .

⁵⁶ La loi Sapin n°93-122 du 29/1/1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, a étendu aux délégations de service public le champ d'application du délit de favoritisme, de même la loi du 8/2/1995 a soumis à ce texte les contrats passés par les sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public ainsi que les contrats passés par les établissements publics industriels et commerciaux.

⁵⁷ A. ROGER, la notion d'avantage injustifié, *JCP Ed(G) 1998 I 102*. L'introduction de ce délit correspond à la volonté du législateur "d'assurer l'égalité des droits des candidats", *Débats A.N. J.O. 26 /11/1990, p.6011*.

⁵⁸ « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », présenté au Colloque des 5 et 6 décembre 2002 à Nice en l'honneur d'Antoine Pirovano, *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed Frison-Roche, 2003, p. 145 à 166 (ISBN 2876714329).

⁵⁹ Voir, par exemple, le contentieux de la viande aux hormones, « La mise en oeuvre du principe de précaution dans l'accord SPS de l'OMC : les enseignements des différends commerciaux », article coécrit avec Laurence BOY, Michel Rainelli et Christophe Charlier, *Revue économique*, novembre 2003, numéro spécial relatif au principe de précaution, p.1291 à 1306.

La concurrence n'est dès lors pas seulement une confrontation entre entreprises mais aussi entre Etats. La concurrence concerne alors les systèmes juridiques, le phénomène concurrentiel va jusqu'à s'immiscer dans des branches du droit *a priori* hors marché : ainsi à défaut de régulation internationale le choix de procéder à des recherches sur le clonage humain revient à un choix du lieu de recherches qui sera déterminé en fonction du système juridique.

2) Le droit des aides publiques

Le droit des aides publiques illustre aussi les risques de limitations artificielles de la concurrence du fait de l'intervention des pouvoirs publics. Ce droit des aides publiques justifie un contrôle des autorités européennes en l'occurrence de la commission européenne et un contrôle national opéré par les juridictions administratives.

Ce contrôle des aides publiques a été abordé dans un de nos articles. Ce travail effectué avec des économistes⁶⁰ permet à travers une analyse des décisions de la commission européennes relatives aux aides publiques en faveur des constructeurs automobiles de démontrer que le contrôle des aides publiques dans ce secteur ne s'inscrit pas seulement dans le cadre d'une politique de la concurrence. En effet, la prise en compte des surcapacités constitue un élément potentiellement constitutif d'une politique industrielle implicite, se diffusant par le biais de la mise en œuvre des règles de concurrence. Tout se passe comme si la politique de la concurrence visait à prévenir le risque du développement d'une concurrence destructrice sur le marché intérieur européen, en adressant des signaux clairs aux constructeurs, via la modulation des aides, en faveur de la limitation ou du moins du plafonnement des capacités productives.

L'obligation qui pèse sur les pouvoirs publics semble être en quelque sorte une obligation de protection envers un mode de fonctionnement, envers « un ordre concurrentiel ». Les obligations de mise en concurrence dans les marchés publics, de transparence et de non discrimination dans les aides publiques et d'ouverture à la concurrence ont pour objet la protection de la concurrence. La protection de cette concurrence se traduit par la garantie d'une liberté d'accès au marché, condition première de la libre concurrence mais condition insuffisante. Il est aussi nécessaire d'assurer une égalité dans l'accès au

⁶⁰ "Choix de localisation des firmes automobiles et aides publiques : Une analyse des décisions de la Commission européenne relative aux aides publiques en faveur des constructeurs", Barreiro E., Marty F. et Reis P., *Annales de la Faculté de Droit, Economie et Administration de l'Université de Metz*, numéro 6, 2006.

marché par la sanction de pratiques discriminatoires telles que le délit de favoritisme en matière de marchés publics, de contrôle des aides publics ou d'ouverture à la concurrence des industries de réseaux en contrôlant les éventuelles pratiques discriminatoires tarifaires de l'opérateur historique propriétaire du réseau. La théorie des infrastructures essentielles⁶¹ garantit la libre concurrence en contrôlant au préalable si l'égalité est assurée dans l'accès à l'infrastructure en contrôlant les pratiques discriminatoires.

La sanction des limitations apportées à la concurrence vise alors à protéger la libre concurrence mais aussi à assurer l'égalité dans les conditions d'exercice de la concurrence alors que cette égalité est traditionnellement assurée par la sanction des excès de concurrence. La concurrence entre entreprises, pour être effective, doit être certes libre mais aussi loyale.

II) La concurrence excessive ou le maintien d'une certaine égalité dans les conditions d'exercice de la concurrence.

Les excès de concurrence ne constituent pas tant une atteinte à la libre concurrence qu'une atteinte à l'égalité dans la concurrence et plus précisément une atteinte à l'égalité dans les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché. Les excès de concurrence peuvent relever des opérateurs économiques et/ou des pouvoirs publics et justifient la protection des autres opérateurs économiques ou d'autres Etats contre les conséquences de cette concurrence. La règle de droit a ici pour objet d'assurer la protection de certaines entités contre la concurrence excessive et plus précisément contre certaines formes de concurrence agressive. Il s'agit traditionnellement d'une part de l'ensemble des pratiques d'entreprises déloyales contraires à une certaine « *éthique des affaires* » et d'autre part, les excès de l'interdiction de certaines pratiques dites restrictives de concurrence, ces pratiques étant des formes de concurrence illicite.

Dans le cadre de nos travaux nous avons décidé de considérer la concurrence excessive sous l'angle d'une troisième approche. La concurrence loyale ne passe pas simplement par la sanction des pratiques déloyales et des pratiques restrictives de concurrence, elle suppose aussi la définition de conditions d'accès au marché au risque de voir une logique concurrentielle basé sur le seul critère du prix conduire à un moins disant social, environnementale ou encore sanitaire (A). La définition de ces conditions d'accès au marché permet par la suite de s'inscrire dans une optique de mieux disant permettant

⁶¹ Cette théorie repose sur la maîtrise par un opérateur des moyens d'accès à un marché comme par exemple l'accès à un port, à un aéroport, la détention de réseau d'énergie ou de télécommunications.

l'intégration d'éléments environnementaux et/ou sociaux dans le cadre d'une logique concurrentielle. Cette promotion du mieux disant s'inscrit ainsi dans une optique de développement durable⁶². (B).

A) Les conditions d'accès au marché, garanties d'une concurrence libre et loyale.

Un ordre concurrentiel obéissant à une logique de concurrence fondée sur le seul critère du prix conduit à des excès de concurrence si les conditions d'accès au marché ne sont fixées par les pouvoirs publics afin d'assurer le respect de la législation sociale et environnementale. Cette problématique a été abordée dans le cadre de nos travaux aussi bien dans le cadre des marchés publics que dans celui plus vaste du commerce international. Les volets environnementaux et sociaux du développement durable ont ainsi été successivement abordés dans les marchés publics⁶³, dans le secteur de l'énergie⁶⁴. La dimension sociale du développement durable nous paraissant être le parent pauvre du développement durable, le volet social a été développé dans le cadre d'un article sur le travail décent, le respect des législations sociales étant selon l'organisation internationale du travail une des conditions de lutte contre la pauvreté⁶⁵.

Les risques concurrentiels posés par la prééminence du seul critère du prix nous semblaient au départ ne concerner que les marchés publics. En effet, certains de nos travaux ont souligné que logique concurrentielle basée sur le seul critère du prix est potentiellement favorable à un déclin de la qualité des achats publics et à une remise en cause du fonctionnement concurrentiel du marché. En effet, une compétition effrénée entre entreprises en se traduisant par un développement des offres anormalement basses peut conduire à une concentration accélérée de l'offre susceptible de favoriser, par la suite, les pratiques

⁶² Le développement durable doit permettre de "répondre aux besoins actuels sans compromettre l'aptitude des générations futures à répondre aux leurs", Rapport de la commission mondiale sur l'environnement et le développement dite commission BRUNDTLAND, "Notre avenir à tous" 1987.

⁶³ « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », présenté au Colloque des 5 et 6 décembre 2002 à Nice en l'honneur d'Antoine Pirovano, *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed Frison-Roche, 2003, p. 145 à 166 (ISBN 2876714329) ; « Fonctionnement et dysfonctionnements du système d'enchère dans l'attribution des marchés publics : un éclairage sur la genèse de la réforme du code des marchés publics » article co-écrit avec M. Deschamps ; publication dans un ouvrage collectif « *Le Management public en mutation* », L'Harmattan, Paris, 2007 sous la direction de J. SPINDLER et D. HURON.

⁶⁴ « L'utilisation d'huiles végétales pures comme biocarburant sanctionnée par le juge » note sous TA Bordeaux 20 juin 2006, Préfet de Lot-et-Garonne, *Revue droit de l'environnement mai 2007*, p.117-118.

⁶⁵ Le rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté, colloque Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté des 5 et 6 mai 2006 faculté de droit de Marrakech, publication des actes du colloque dans un ouvrage collectif en cours.

anticoncurrentielles et ainsi de renchérir le coût des achats⁶⁶. Cette prééminence du prix dans l'attribution des marchés publics s'est traduite aussi par le développement d'un moins disant social et environnemental⁶⁷. La prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics suppose au préalable de prohiber sur ces marchés le développement du moins disant social et environnemental. Leur accès doit, dès lors, être réservé aux entreprises qui présentent des garanties relatives au respect de ces réglementations sociales et environnementales. L'exclusion de l'accès au marché des entreprises aurait, ici, pour objectif d'assurer l'instauration d'une concurrence loyale dans les marchés publics.

L'exclusion de l'accès aux marchés repose traditionnellement sur le paiement des cotisations sociales et sur l'exigence de respect des minimas sociaux du lieu d'exécution notamment dans le cadre du détachement de travailleurs salariés au sein de l'Union Européenne. Ces premières causes d'exclusions sont limitées à certaines considérations sociales alors pourtant que d'autres causes d'exclusions s'appuyant sur les notions de faute grave et de délits affectant la moralité professionnelle des candidats prévues par les directives communautaires sont encore insuffisamment exploitées et permettraient de garantir le respect plus général de toute la législation sociale et environnementale⁶⁸.

Au-delà du cas des marchés publics, il convient de constater que la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans le cadre du commerce internationale par l'OMC pose problème.

Concernant le volet environnemental, l'affirmation du principe de précaution⁶⁹ dans une multitude d'accords multilatéraux environnementaux se heurte à l'absence de prise en compte

⁶⁶ P. REIS, *La concurrence et les marchés publics*, Thèse Nice, Ed. Presses Universitaires du Septentrion, 2001, 527 p.; spéc. p. 141 et s.

⁶⁷ CJCE 27/3/1990, *Rush portuguesa*, aff. C-113/89, *Rec. p.1439* les ouvriers portugais chargés de la construction de la ligne T.G.V. Atlantique travaillaient dans des conditions ne respectant pas les minimas sociaux français ; *D. 1991 Somm. p. 102*, obs. Ph. TERNEYRE ; *JDI 1991, p.471*, note M.C. BOUTARD-LABARDE ; *RTDE 1990, p.632*, note P. RODIERE , L. IDOT, le détachement dans le cadre d'une prestation de services, commentaire de la directive 96/71 du parlement européen et du conseil du 16/12/1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *Europe mars 1997, n°77*.

⁶⁸ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, *JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026* ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41*.

⁶⁹ Le principe de précaution est une réponse à l'impossibilité de trouver des solutions scientifiques certaines aux questions soulevées par le développement des sciences et des techniques en matière environnementale et en matière de santé, L. BOY, La référence au principe de précaution et l'émergence de nouveaux modes de régulation, *PA n° 4, 1997, p. 4* ; L. BAGHESTANI-PERREY, Le principe de précaution : nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science, *D. 1999, chr. p. 457* ; G. J. MARTIN, apparition et définition du principe de précaution, *PA n° spécial relatif au principe de précaution 30/11/2000, p. 7* ; voir aussi A. LAUDON et C. NOIVILLE, Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, Rapport au

du principe de précaution par l'organe de règlement des différends de l'OMC alors pourtant que l'article 5-7 de l'accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires semble permettre à un Etat d'utiliser des mesures de précaution en cas d'incertitudes scientifiques⁷⁰. La mise en avant de la liberté d'accès au marché conduit ici à considérer les mesures de précaution prises par l'Union européenne dans l'affaire de la viande aux hormones et plus récemment dans celles des OGM comme étant des barrières non tarifaires aux échanges injustifiées pouvant incarner un protectionnisme déguisé⁷¹. Le maintien de telles mesures de précaution n'est pas sans coût pour l'Etat ou le groupe d'Etats condamnés⁷² ainsi que pour ceux les opérateurs économiques qui subissent les rétorsions commerciales éventuelles en vertu d'une condamnation des mesures de précaution dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Les rétorsions commerciales appliquées en vertu des décisions de l'organe de règlement des différends peuvent, en effet, causer des préjudices à des entreprises ou à des secteurs non parties aux différends qui chercheront des compensations auprès des pouvoirs publics de l'Etat ou du groupe d'Etats condamnés.

Concernant le volet social du développement durable nos travaux ainsi que nos recherches en cours nous conduisent à nous interroger sur l'éventuelle insertion d'une clause sociale dans le cadre des accords de l'Organisation Mondiale du commerce⁷³. La déclaration de l'OIT du 18/6/1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail fixe quatre droits fondamentaux⁷⁴ qui sont inscrits dans huit conventions de l'OIT. Cette déclaration demande

Ministère de l'environnement, nov. 1998 ; P. KOURILSKY et G. VINEY, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 2000

⁷⁰ « La mise en oeuvre du principe de précaution dans l'accord SPS de l'OMC : les enseignements des différends commerciaux », article coécrit avec Laurence BOY, Michel Rainelli et Christophe Charlier, *Revue économique*, novembre 2003, numéro spécial relatif au principe de précaution, p.1291 à 1306.

⁷¹ Sur ce risque, voir J. M. SIROEN, Sécurité alimentaire ou relent mercantiliste ? *Sociétal* n° 26, septembre 1999, p. 15 et spéc. p. 19 et 20 ; C. NOIVILLE, Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce, le cas du commerce alimentaire, *JDI* 2000, p. 263 ; pour éviter un tel risque certains préconisent l'inscription du principe de précaution dans les accords de l'OMC ; A. LAUDON et C. NOIVILLE, Le principe de précaution, le droit de l'environnement et l'OMC, Rapport au Ministère de l'environnement, nov. 1998 ; P. KOURILSKY et G. VINEY, Le principe de précaution, Rapport au premier ministre, 2000

⁷² « L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices ». Article objet d'une communication à Bruxelles les 12 et 13 janvier 2001 en vue de la constitution d'un GDR Droit économique, communication à la journée de droit économique à la Sorbonne, vendredi 23 mars 2001, publié dans l'ouvrage collectif « *le droit au défit de l'économie* » sous la direction d'Yves Chaput, Ed. PUB, 2002, p. 61 à 79, ISBN : 2859444629.

⁷³ Le rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté, colloque Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté des 5 et 6 mai 2006 faculté de droit de Marrakech, publication des actes du colloque dans un ouvrage collectif en cours.

⁷⁴ Le premier droit social fondamental repose sur l'affirmation de la liberté d'association et le droit à la négociation collective qui figurent dans les conventions n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale et celle n°98 de 1949 sur le droit à l'organisation et à la négociation collective.

Le second droit social fondamental reconnu par l'OIT s'appuie sur l'abolition du travail forcé qui est visée par la convention n° 29 de 1930 sur la travail forcé et par la convention n° 105 de 1957 relative à l'abolition du travail forcé.

aux membres de l'OIT de « *respecter, promouvoir et réaliser de bonne foi les principes concernant les quatre droits sociaux fondamentaux affirmés par ce texte* ». Ces quatre droits sociaux fondamentaux affirmés par l'OIT constituent la clause dite sociale dont l'éventuelle intégration au sein du corpus juridique de l'organisation mondiale du commerce pose problème depuis la création de cette institution⁷⁵. L'insertion d'une telle clause sociale dans les règles du commerce internationale permettrait de garantir un commerce international plus juste et fondé sur un développement durable. Le respect de ces droits constituerait des conditions d'accès aux marchés. A défaut d'intégration dans le corpus juridique de l'OMC, ils pourraient constituer des barrières non tarifaires aux échanges.

Cependant, ces clauses sociales existent déjà dans certains accords bilatéraux, elles peuvent conduire à une remise en cause du multilatéralisme promue par l'OMC et par voie de conséquence remettre en cause la liberté d'accès au marché⁷⁶.

La clause sociale peut contenir des mesures positives ou négatives. Les mesures négatives ont un caractère restrictif dans la mesure où le pays importateur pourra par exemple entraver l'accès à son marché national à un produit dont les conditions de production ne respecteraient pas les normes minimales sociales définies par la convention. Il s'agit donc ici de conditions d'accès au marché.

Les mesures positives ont quant à elles un caractère incitatif, il s'agit dans la pratique d'un stimulant de concurrence, elles reposent sur l'octroi de conditions préférentielles d'accès à un marché national pour des produits respectant les conditions sociales minimales définies par la clause et reposant le plus souvent sur une amélioration de la performance sociale des exportateurs.

Une même clause sociale peut bien entendu contenir ces deux types de mesures de manière cumulatives afin d'encourager à un mieux disant social participant ainsi à l'objectif de développement durable.

Le troisième droit social fondamental consiste en l'interdiction du travail des enfants qui repose sur la convention n° 138 de 1973 sur l'âge minimum au travail et sur la convention n° 182 de 1999 sur les pires formes de travail des enfants

Enfin le quatrième et dernier droit social fondamental affirme l'interdiction de la discrimination sur le lieu de travail qui repose sur la convention n° 100 de 1951 sur l'égalité des rémunérations et sur la convention n° 111 de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de travail.

⁷⁵ J. M. Siroën, A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale, *Revue de l'IREs*, 1998, n°29, p. 165.

⁷⁶ Communication à venir Le commerce international entre bi et multilatéralisme : l'OMC et les normes sociales, Sorbonne mars 2008, voir les accords bilatéraux de libre échange signés par les USA avec la Corée du Sud ou avec le Panama.

B) L'intégration d'éléments sociaux et environnementaux par l'ordre concurrentiel : le respect de l'objectif de développement durable.

Une logique concurrentielle fondée sur le seul critère du prix couplée à l'absence d'obligations d'informations précontractuelles à la charge des entreprises dans les marchés publics facilite la mise en œuvre par certaines d'entre elles de pratiques discriminatoires et anticoncurrentielles. Ces pratiques ayant pour conséquence des atteintes à la liberté d'accès au marché qui ne sont contrôlées qu'*a posteriori*. La prévention de ces pratiques étant ici négligée. L'intervention des pouvoirs publics au stade précontractuel a aussi pour objet de remettre en cause la prééminence du prix en tant que seul critère de la concurrence entre entreprises en matière de marchés publics. Les multiples réformes du code des marchés publics et les nouvelles directives européennes mettent en avant l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse en insistant sur un choix multicritères⁷⁷.

Cependant comment définir cette notion d'offre économiquement la plus avantageuse ? Doit-elle impliquer que chaque critère d'attribution présente un avantage économique qui bénéficie directement au pouvoir adjudicateur ou bien impliquer plus simplement que chaque critère soit mesurable du point de vue économique sans qu'il offre directement un avantage économique au pouvoir adjudicateur pour l'achat considéré ? Si l'on retient la première interprétation, il devient difficile de justifier l'introduction de certains critères environnementaux et de presque tout critère social en tant que critère d'attribution. En effet, l'avantage retiré n'est pas forcément un avantage purement économique et surtout il ne bénéficie pas forcément au pouvoir adjudicateur mais plutôt à d'autres personnes, par exemple des chômeurs ou des personnes en insertion, ou à l'environnement en général. La cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt Concordia du 17 septembre 2002 affirme que l'article 36 paragraphe 1 de la directive 92/50 du 18 juin 1992 relative à la passation des marchés publics de service "*ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit être de nature purement économique. Il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur*"⁷⁸.

⁷⁷ « Fonctionnement et dysfonctionnements du système d'enchère dans l'attribution des marchés publics : un éclairage sur la genèse de la réforme du code des marchés publics » article co-écrit avec M. Deschamps ; publication dans un ouvrage collectif « *Le Management public en mutation* », L'Harmattan, Paris, 2007 sous la direction de J. SPINDLER et D. HURON.

⁷⁸ Point 55 de l'arrêt, CJCE 17/9/2002 aff. C-513/99, CONCORDIA Bus Finland Oy Ab, non publié, dans le même sens voir les Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, 13/12/2001, points 103 à 105, *Lamy droit des affaires*, nov. 2002, p. 37, n°3459 ; T. GLIOZZO, L'utilisation de critères additionnels dans la passation des

La cour considère désormais que chaque critère d'attribution doit être effectivement mesurable du point de vue économique sans qu'il offre directement un avantage économique au pouvoir adjudicateur pour l'achat considéré⁷⁹. Cette interprétation de la cour est bien entendu valable pour l'insertion de critères sociaux⁸⁰. Néanmoins, l'insertion de critères sociaux et environnementaux se trouve soumise à certaines conditions. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché, ne pas conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et enfin respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non discrimination.

Afin de promouvoir le mieux disant ou l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, la réforme du Code des marchés publics et les directives européennes insistent sur le rôle de l'acheteur dans la définition précise et préalable de ses besoins. Il est libre, dans la pratique, de définir contractuellement l'objet du marché sous réserve de non discrimination. Une fois le marché défini, l'offre la mieux disante sera celle qui correspond le mieux aux besoins exprimés par l'acheteur public dans son cahier des charges et dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ainsi, l'offre la mieux disante correspondrait aux attentes de l'acheteur public exprimées en termes, par exemple, de qualité, de conditions de service après vente ou de maintenance, de respect des conditions d'exécution, d'esthétique, de coût d'utilisation, de capacité à permettre des économies de fonctionnement, notamment, d'énergie. De cette définition dépend la détermination et la hiérarchisation des critères de choix à retenir pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.

La hiérarchisation et la pondération des critères d'attribution des marchés publics constituent alors des éléments propres à mettre en place une logique de mieux disant social et/ou environnemental. La hiérarchisation des critères ne donne aux candidats aux marchés publics qu'une information relative au classement des offres, du critère le plus important au moins important. La pondération peut être définie comme étant un système par lequel l'acheteur attribue un coefficient à chaque critère. Pour attribuer le marché, il affecte à chaque critère une note et prend en compte son coefficient. Ce système de classement par points permet de favoriser les entreprises faisant des efforts de qualité, respectant les délais ou

marchés publics par appel d'offres, *AJDA* 2002, p. 1471 et spéc. p. 1474 ; S. PIGNON, La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics, *PA* 23/12/2002, p. 4.

⁷⁹ La cour contredit ici l'interprétation de la commission européenne, Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE* n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41.

⁸⁰ CJCE 26/9/2000 C-225/98 Commission contre France, région Nord-Pas de Calais, et département du Nord, *Bulletin juridique des contrats publics*, 2001, n°14, p. 13 ; CJCE 20/9/1988, Beentjes, aff. 31/87, *Rec.* p.4635.

assurant la prise en compte de l'impact environnemental de leurs produits. L'entreprise totalisant le plus de points se verra attribuer le marché.

La hiérarchisation et la pondération sont deux modes objectifs d'évaluation des critères de choix des offres. La Cour de justice des communautés européennes a considéré dans l'arrêt EVN AG Wienstrom du 4 décembre 2003 qu'un critère d'ordre environnemental affecté d'un coefficient de 45 % n'est pas en soi illégal à la condition que ce critère figure dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le Conseil d'état interprétant la directive du 31/3/2004 dans un arrêt rendu le 29 juin 2005, commune de la Seyne-sur-Mer considère alors que la pondération devient ainsi la règle de principe et la hiérarchisation l'exception tolérée, dans les situations où la pondération s'avère impossible⁸¹. La communication des critères d'attribution des marchés et celle de leur hiérarchisation apparaissent comme des garanties assurant la liberté d'accès au marché aux offreurs ; il semble donc difficile de les remettre en question. Cependant, la communication obligatoire de la pondération peut être potentiellement dangereuse pour la concurrence comme l'estime le Conseil de la concurrence.⁸² Selon son avis du 2 juillet 1997 si les pouvoirs adjudicateurs doivent communiquer aux entreprises les critères sur la base desquels sera sélectionnée l'offre à retenir, cela rend « *enfantine la confection d'offres de couvertures puisqu'il suffit de veiller à ce qu'elles ne correspondent pas aux critères* »⁸³.

La lutte contre la concurrence excessive n'est donc pas sans risques pour la libre concurrence. Néanmoins, l'utilisation de critères sociaux et environnementaux dans cette phase d'attribution tendrait ainsi à démontrer que la logique concurrentielle dans les marchés publics n'est pas forcément inconciliable avec certains aspects propres aux logiques sociale et environnementale⁸⁴. Une telle promotion du mieux disant social ne paraît pas antinomique avec l'objectif des autorités de régulation du marché qui est d'établir les conditions d'une concurrence saine et loyale.

⁸¹ La directive du 31/3/2004 impose, en priorité, notamment dans son considérant 40 paragraphe 2, la pondération des critères de choix des offres déposées par les entreprises candidates.

⁸² Avis n° 96-A-08 du 2/7/1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant réforme du droit de la commande publique, *BOCCRF 1997, p.307 et spéc. p.309* ; Avis n° 97-A-11 du 5/3/1997 relatif à un avant-projet de loi portant Code des marchés publics, *BOCCRF 1997, p. 311 et spéc. p.312* ; Avis n° 00-A-25 du 20/11/2000 relatif à un projet de décret portant Code des marchés publics ; avis n°03-4-05 du 25/4/2003 relatif à un projet de décret portant Code des marchés publics.

⁸³ Cette prise de position a été réitérée dans son avis du 20 novembre 2000 sur le projet conduisant au Code des marchés publics de 2001 et dans son avis du 25 avril 2003 sur le projet conduisant au Code de 2004.

⁸⁴ A. PIROVANO, Droit de la concurrence et progrès social, *D. 2002, chr. p. 62*.

La promotion du mieux disant dans les marchés publics peut être rapprochée de la logique d'amélioration continue de la performance environnementale et sociale promue par les systèmes de normalisation. Ainsi en matière sociale, nous avons dans le cadre de nos travaux, abordé la thématique des référentiels normatifs sociaux dans le cadre du rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté⁸⁵.

L'élaboration de référentiels normatifs tels que OHSAS 18001 en matière de santé et de sécurité au travail⁸⁶ ou Sa 8000 en matière de politique sociale de l'entreprise est le fait d'une autorité extérieure⁸⁷ et donne le plus souvent lieu à un audit dit social par un tiers certificateur. Ces référentiels privés en matière tendant à se multiplier, l'organisation mondiale de normalisation ISO a lancé en janvier 2005 un groupe de travail chargé de rédiger pour fin 2008 une norme internationale ISO 26000 en matière sociale⁸⁸. Le contrôle du respect du référentiel par un tiers permet d'assurer une certaine effectivité à l'amélioration continue recherchée dans l'adhésion à ces systèmes de management social. La norme OHSAS 18001 repose sur l'amélioration continue des performances de maîtrise des risques pour la santé et la sécurité au travail, même si elle n'établit pas d'exigences minimales en matière de niveau des performances. C'est en cela qu'elle est compatible avec la norme ISO14001 qui concerne le système de management environnemental et ISO9000 relatif à la qualité. Ces normes privées ne renvoient donc pas à des normes publiques en tant que conditions d'adhésion à leur référentiel ce qui ne constitue pas une garantie de respect des droits sociaux fondamentaux mais simplement un engagement à améliorer les conditions sociales au sein de l'entreprise.

Cependant il existe une norme privée qui déroge à ce constat. Il s'agit de la norme américaine SA 8000⁸⁹ qui reprend les éléments de la clause sociale en faisant explicitement référence aux huit conventions de l'OIT contenues dans la déclaration des droits sociaux fondamentaux de 1998 et en s'appuyant sur la déclaration universelle des droits de l'homme et la convention de l'ONU sur les droits des enfants. Elle constitue aujourd'hui la norme sociale privée la plus

⁸⁵ Le rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté, colloque Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté des 5 et 6 mai 2006 faculté de droit de Marrakech, publication des actes du colloque dans un ouvrage collectif en cours.

⁸⁶ La spécification OHSAS 18001, publiée en 1999, est une spécification internationale qui s'applique à tous les types d'organisations qui permet d'évaluer et de certifier leur système de management de la santé et de la sécurité au travail.

⁸⁷ I. Desbarats, De la normalisation en matière sociale, *Petites Affiches* 15/7/2003, p. 4.

⁸⁸ Cette norme ISO 26000 n'imposera probablement pas le respect des normes d'origine étatique ou supra étatiques comme condition d'obtention de la certification comme elle l'a déjà fait en matière environnementale où la norme ISO 14000 n'impose pas le respect des règles étatiques en matière de protection de l'environnement, il s'agit, en effet simplement de mesure l'amélioration continue des performances.

⁸⁹ Norme élaborée par l'association américaine SAI <http://www.sa-intl.org/>.

exigeante en imposant le respect de règles publiques pour que les sites de production soient certifiés⁹⁰. Une fois la norme obtenue, elle est ouverte à la vérification par une tierce partie pour certifier les sites de production, à condition que l'organisme de contrôle soit agréé par l'association SAI à l'origine de la norme. La question du contrôle du respect de ces engagements sociaux est aujourd'hui centrale avec l'apparition d'organismes certificateurs illustrant l'événement d'un contrôle privé du respect des normes qui vient se substituer à un contrôle public défaillant ou absent notamment dans certains pays en voie de développement.

⁹⁰ En ce sens, elle est relativement proche du système EMAS, système de management et d'audit environnemental européen qui impose le respect des règles nationales et européennes en matière de protection de l'environnement pour que l'entreprise puisse recevoir une telle certification.

Bibliographie

- Mélanges en l'honneur d'A. PIROVANO, L'ordre concurrentiel, Ed. Frison Roche, 2003.
- A. BIENAYME, *Principes de concurrence*, Economica, 1998.
- J. B. BLAISE, Droit des affaires, LGDJ 2003.
- L. BOY, Droit économique, L'Hermès, 2002.
- E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 1re éd., 2005
- A. DECOQ, droit de la concurrence interne et communautaire, LGDJ 2002.
- G. FARJAT G., Droit Economique, PUF, 1982
- G. FARJAT, Pour un droit économique, PUF, 2004.
- M.A FRISON ROCHE, droit de la concurrence, Dalloz 2006.
- C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, droit du marché, PUF, 2002.
- M. MALAURIE VIGNAL, Droit de la concurrence interne et communautaire, Dalloz 2005

Rappel des publications et communications du candidat.

Ouvrage

- « La concurrence et les marchés publics » Thèse de doctorat en droit, NICE 1999, presses universitaires du Septentrion, janvier 2001 (ISBN 22 840 20 224).

Articles dans des ouvrages collectifs

- 1) - « Ententes de répartition des marchés : vers une sanction aggravée des pratiques anticoncurrentielles ? » article publié dans un ouvrage collectif intitulé « *Le processus de concurrence* » sous la coordination de J. KRAFFT, édité chez ECONOMICA, 1999, p.312 à 332. (ISBN 2-7178-3923-2).
- 2) - « L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices ». Article objet d'une communication à Bruxelles les 12 et 13 janvier 2001 en vue de la constitution d'un GDR Droit économique, communication à la journée de droit économique à la Sorbonne, vendredi 23 mars 2001, publié dans l'ouvrage collectif « *le droit au défi de l'économie* » sous la direction d'Yves Chaput, Ed. PUB, 2002, p. 61 à 79, ISBN : 2859444629.
- 3) - « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », présenté au Colloque des 5 et 6 décembre 2002 à Nice en l'honneur d'Antoine Pirovano, *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Ed Frison-Roche, 2003, p. 145 à 166 (ISBN 2876714329).

4) - Le rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté, colloque Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté des 5 et 6 mai 2006 faculté de droit de Marrakech, publication des actes du colloque dans un ouvrage collectif en cours.

5) - « Fonctionnement et dysfonctionnements du système d'enchère dans l'attribution des marchés publics : un éclairage sur la genèse de la réforme du code des marchés publics » article co-écrit avec M. Deschamps ; publication dans un ouvrage collectif « *Le Management public en mutation* », L'Harmattan, Paris, 2007 sous la direction de J. SPINDLER et D. HURON.

6) - « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique » in *Sécurité Juridique et Droit économique*, De Boeck/ Larcier Bruxelles 2007.

Articles dans des revues

7) - « Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles ». *Petites affiches* 4/7/2003, p. 4 à 11.

8) - « La mise en oeuvre du principe de précaution dans l'accord SPS de l'OMC : les enseignements des différends commerciaux », article coécrit avec Laurence BOY, Michel Rainelli et Christophe Charlier, *Revue économique*, novembre 2003, numéro spécial relatif au principe de précaution, p.1291 à 1306.

9) - « Rappeler ou ne pas rappeler ? L'affaire Mitsubishi », avec Edouard Barreiro et Frédéric Marty, *Automobile & Composants*, Groupe Les Echos, n° 200, 14 octobre 2004.

10) - « Les rappels dans le secteur automobile : une analyse en termes d'investissements réputationnels », avec Edouard Barreiro et Frédéric Marty, *Revue Economique et Sociale*, n° 3 – 2005, septembre, pp. 173-184.

11) - "Choix de localisation des firmes automobiles et aides publiques : Une analyse des décisions de la Commission européenne relative aux aides publiques en faveur des constructeurs", Barreiro E., Marty F. et Reis P., *Annales de la Faculté de Droit, Economie et Administration de l'Université de Metz*, numéro 6, 2006.

12) - « L'utilisation d'huiles végétales pures comme biocarburant sanctionnée par le juge » note sous TA Bordeaux 20 juin 2006, Préfet de Lot-et-Garonne, *Revue droit de l'environnement* mai 2007, p.117-118.

13) – « L'article 27-3 B de l'accord ADPIC : quels choix pour les Etats membres de l'OMC pour la protection des variétés végétales ? », article coécrit avec M.A. NGO, présentation lors du Colloque de Brasilia « Gouvernance internationale du commerce des OGM » Brasilia 6 et

7 décembre 2007 (dans le cadre de l'ANR Gouvernance internationale du commerce des OGM, ANR à laquelle participe le CREDECO).

Communications

- 1) - « L'impact de l'application ou de l'absence d'application du principe de précaution quant aux préjudices ». Article objet d'une communication à Bruxelles les 12 et 13 janvier 2001 en vue de la constitution d'un GDR Droit économique, communication à la journée de droit économique à la Sorbonne, vendredi 23 mars 2001, publié.
- 2) - « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics », présenté au Colloque des 5 et 6 décembre 2002 à Nice en l'honneur d'Antoine PIROVANO, publié.
- 3) - « Le rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté », colloque Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté des 5 et 6 mai 2006 faculté de droit de Marrakech, publication en cours.
- 4) - « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », Colloque Sécurité juridique et droit économique, Nice 26 et 27 octobre 2006, publication 2007 chez De Boeck/Larcier.