

Benoit Delaunay

# DROIT PUBLIC DE LA CONCURRENCE

OPÉRATEURS PUBLICS  
COMMANDE PUBLIQUE  
OUVERTURE DES RÉSEAUX

3<sup>e</sup> édition



un savoir-faire de

**lextenso**



**Benoit Delaunay**

Agrégé des Facultés de droit  
Conseiller d'État

# **DROIT PUBLIC DE LA CONCURRENCE**

**OPÉRATEURS PUBLICS  
COMMANDE PUBLIQUE  
OUVERTURE DES RÉSEAUX**

3<sup>e</sup> édition

**LGDJ**

un savoir-faire de

**Lextenso**



© 2023, LGDJ, Lextenso

1, Parvis de La Défense • 92044 Paris La Défense Cedex

[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)

EAN : 9782275136677

ISSN 0990-3909

Collection : Manuels

---

# Sommaire

Abréviations principales .....	9
Bibliographie générale .....	13
Introduction .....	17
<b>Chapitre 1. Construction historique du droit public de la concurrence .....</b>	<b>21</b>
Section 1. Histoire du droit public de la concurrence en France ...	22
§ 1. Ancien Régime .....	22
§ 2. Révolution .....	24
§ 3. XIX <sup>e</sup> siècle .....	25
§ 4. Entre-deux-guerres .....	26
§ 5. Après-guerre .....	27
§ 6. Depuis les années 1980 .....	28
Section 2. Histoire du droit public de la concurrence aux États-Unis .....	31
§ 1. Le <i>Sherman Act</i> applicable aux seules pratiques privées .....	32
§ 2. L' <i>Essential facilities Doctrine</i> applicable aux infrastructures d'intérêt public .....	33
§ 3. La <i>State Action Doctrine</i> applicable aux seules personnes publiques .....	34
Section 3. Histoire du droit public de la concurrence en Europe ...	35
<b>Chapitre 2. Existence scientifique du droit public de la concurrence .....</b>	<b>39</b>
Section 1. Émancipation par rapport au droit privé de la concurrence .....	39
§ 1. Affirmation doctrinale .....	40
§ 2. Vérification empirique .....	48
Section 2. Intégration du droit de la concurrence aux sources de la légalité administrative .....	60
§ 1. Intégration tardive .....	62
§ 2. Intégration relative .....	64
Section 3. Élaboration d'une définition du droit public de la concurrence .....	67
§ 1. Nature du droit public de la concurrence .....	69
§ 2. Contenu du droit public de la concurrence .....	72

<b>Chapitre 3. Interprétation dynamique du droit public de la concurrence</b> .....	77
Section 1. Tendances du droit public de la concurrence .....	77
§ 1. Émergence d'une régulation publique de la concurrence .....	78
§ 2. Développement d'un droit du contentieux public de la concurrence .....	81
§ 3. Surdétermination du droit public par la concurrence .....	85
§ 4. Autonomisation du droit public de la concurrence par rapport au droit public de l'économie .....	87
Section 2. Reconnaissance d'un droit public général et d'un droit public spécial de la concurrence .....	92

## **PREMIÈRE PARTIE – DROIT PUBLIC GÉNÉRAL DE LA CONCURRENCE**

---

### **TITRE 1. Les opérateurs publics en droit de la concurrence** .. 101

---

<b>Chapitre 1. L'accès concurrentiel des opérateurs publics au marché</b> .....	103
Section 1. La liberté d'accès des opérateurs publics au marché .....	105
§ 1. La liberté du commerce et de l'industrie comme principe de non-concurrence .....	106
§ 2. La liberté du commerce et de l'industrie comme principe de libre concurrence .....	118
Section 2. L'égalité dans l'accès au marché des opérateurs publics	121
§ 1. Le principe d'égalité concurrence .....	122
§ 2. La pratique d'égalisation du statut l'opérateur public .....	134
<b>Chapitre 2. Les excès concurrentiels de l'opérateur public sur le marché</b> .....	173
Section 1. L'applicabilité du droit des pratiques anticoncurrentielles aux opérateurs publics .....	174
§ 1. Le principe d'applicabilité aux activités économiques des opérateurs publics .....	176
§ 2. Les dérogations à l'applicabilité aux activités économiques des opérateurs publics .....	188
Section 2. L'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux opérateurs publics .....	196
§ 1. Opérateurs publics et ententes .....	199
§ 2. Opérateurs publics et abus de position dominante .....	208

---

**TITRE 2. Les autorités publiques en droit de la concurrence** 229

**Chapitre 1. Les autorités publiques normatives en droit de la concurrence** ..... 231

Section 1. Principe de l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes des autorités normatives ..... 232

§ 1. Identification de l'opposabilité ..... 232

§ 2. Portée de l'opposabilité ..... 236

Section 2. Pratique de l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes des autorités normatives ..... 238

§ 1. Opposabilité aux décisions portant sur un objet concurrentiel ... 239

§ 2. Opposabilité aux décisions ayant un effet concurrentiel ..... 252

**Chapitre 2. Les autorités publiques de contrôle du droit de la concurrence** ..... 267

Section 1. Les autorités compétentes exerçant le contrôle ..... 268

§ 1. Identification des autorités de contrôle compétentes ..... 268

§ 2. Répartition des compétences entre autorités de contrôle ..... 300

Section 2. Le contrôle exercé par les autorités compétentes ..... 322

§ 1. Le contrôle des concentrations ..... 322

§ 2. Le contrôle des aides publiques ..... 341

---

**DEUXIÈME PARTIE – DROIT PUBLIC SPÉCIAL DE LA CONCURRENCE**


---

**TITRE 1. La mise en concurrence dans les actes de la commande publique** ..... 377

**Chapitre 1. La mise en concurrence de principe dans les actes de la commande publique** ..... 383

Section 1. La soumission aux obligations de mise en concurrence 385

§ 1. La mise en concurrence dans la passation des contrats publics .. 387

§ 2. La mise en concurrence dans l'exécution des contrats publics ... 394

Section 2. La soustraction aux obligations de mise en concurrence 402

§ 1. Les exclusions organiques ..... 403

§ 2. Les exclusions matérielles ..... 420

**Chapitre 2. La mise en concurrence dans les principaux actes de la commande publique** ..... 423

Section 1. La mise en concurrence dans les contrats de marchés publics ..... 424

§ 1. Règles de passation des marchés publics ..... 426

§ 2. Procédures de passation des marchés publics ..... 430

§ 3. Cas particulier des marchés de partenariat .....	434
Section 2. La mise en concurrence dans les contrats de concessions .....	435
§ 1. La construction progressive d'un principe de mise en concurrence .....	436
§ 2. Les obligations de mise en concurrence dans l'attribution des concessions .....	440
§ 3. Les concessions d'aménagement .....	445
Section 3. La mise en concurrence dans les contrats de propriété publique .....	447
§ 1. Les conventions d'occupation du domaine public .....	448
§ 2. Les contrats de ventes du domaine privé .....	463
<b>TITRE 2. L'ouverture à la concurrence des réseaux d'utilité publique</b> .....	<b>469</b>
<b>Chapitre 1. Les implications essentielles de l'ouverture à la concurrence des réseaux</b> .....	<b>473</b>
Section 1. La suppression des monopoles .....	474
§ 1. Le libre accès des entreprises au marché .....	474
§ 2. Le droit d'accès des tiers au réseau .....	481
Section 2. L'institution d'une régulation .....	494
§ 1. Les formes de la régulation .....	495
§ 2. Les instruments de la régulation .....	504
<b>Chapitre 2. Les applications sectorielles de l'ouverture à la concurrence des réseaux</b> .....	<b>509</b>
Section 1. Les réseaux d'énergie .....	510
§ 1. L'ouverture à la concurrence dans le secteur de l'énergie .....	511
§ 2. L'ouverture à la concurrence des réseaux de transport d'énergie .	521
§ 3. L'ouverture à la concurrence des réseaux de distribution d'énergie .....	526
Section 2. Les réseaux de communication .....	529
§ 1. Les communications électroniques .....	529
§ 2. Les communications postales .....	535
Section 3. Les réseaux de transport .....	541
§ 1. Le transport ferroviaire .....	544
§ 2. Les autres transports .....	558
Index thématique .....	567

---

## Abréviations principales

AJCA	<i>Actualité juridique des contrats d'affaires, concurrence, distribution</i>
AJCT	<i>Actualité juridique des collectivités territoriales</i>
AJDA	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
AJFP	<i>Actualité juridique de la fonction publique</i>
al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
ARAFER	Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières : v. ART
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse
ARJEL	Autorité de régulation des jeux en ligne
ART	Autorité de régulation des transports
art.	Article
ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
BJCL	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
BJCP	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
BOCCRF	<i>Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
C.	Code
c.	Contre
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>Cah. fonct. publ.</i>	<i>Cahiers de la fonction publique</i>
Cass.	Cour de cassation
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCP	Code de la commande publique
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise (supplément au JCP)
CE	Conseil d'État
Cf.	<i>Confer</i>
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts

CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Chron.	Chronique
Cie	Compagnie
Circ.	Circulaire
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJEG	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	<i>Contrats et marchés publics</i>
Cne	Commune
Coll.	Collection
Com. UE	Commission européenne
Concl.	Conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CP-ACCP	<i>Contrats publics – Actualité de la commande publique</i>
CPCE	Code des postes et communications électroniques
CP-Monit.	<i>Contrats publics – Le Moniteur</i>
CRE	Commission de régulation de l'énergie
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
D. aff.	<i>Dalloz Affaires</i>
Dactyl.	Dactylographié
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Déc.	Décision
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dir.	Directive (Union européenne)
Doc. fr.	La Documentation française
Dr. adm.	<i>Droit administratif</i>
Dr. fisc.	<i>Droit fiscal</i>
Dr. sociétés	<i>Droit des sociétés</i>
Dr. soc.	<i>Droit social</i>
ECLR	<i>European Competition Law Review</i>
éd.	Éditions
EDCE	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
EDF	Électricité de France
EPA	Établissement public administratif
EPIC	Établissement public industriel et commercial
Fasc.	Fascicule
GACE	<i>Grands avis du Conseil d'État</i>
GAJA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> (Dalloz, 23 <sup>e</sup> éd., 2021)

<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GDF	Gaz de France
<i>Infra</i>	Ci-dessous
IR	<i>Informations rapides (Recueil Dalloz)</i>
J.	Jurisprudence
<i>J.-Cl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
JCP	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)</i>
JCPA	<i>Jurisclasseur périodique (édition Administration et collectivités territoriales)</i>
JCPE	<i>Jurisclasseur périodique (édition Entreprises)</i>
JCPG	<i>Jurisclasseur Périodique (édition générale)</i>
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JO Sénat</i>	<i>Journal officiel, Sénat</i>
JOAN	<i>Journal officiel de l'Assemblée nationale</i>
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
<i>Mél.</i>	<i>Mélanges</i>
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAE	<i>Revue des affaires européennes</i>
RDAl	<i>Revue des affaires internationales</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDI	<i>Revue de droit immobilier</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
RDUE	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon)
Rec. Cons.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. T.	Recueil des décisions du Conseil d'État (Lebon) – tables
REDC	<i>Revue européenne de droit de la consommation</i>
Règl.	Règlement (Union européenne)
Rép.	Répertoire
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Requête
Rev.	Revue

<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>Rev. conc. consom.</i>	<i>Revue concurrence et consommation</i>
<i>Rev. hist. dr.</i>	<i>Revue d'histoire du droit français et étranger</i>
<i>Rev. Trésor</i>	<i>Revue du Trésor</i>
<i>Rev. UE</i>	<i>Revue de l'Union européenne</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFF</i>	Réseau ferré de France
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'entreprise publique</i>
<i>RJF</i>	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
<i>RLC</i>	<i>Revue Lamy concurrence</i>
<i>RLCT</i>	<i>Revue Lamy collectivités territoriales</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique et de droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey</i>
<i>Et s.</i>	Et suivantes
<i>Sect.</i>	Section du contentieux du Conseil d'État
<i>SIEG</i>	Service d'intérêt économique général
<i>SIG</i>	Service d'intérêt général
<i>SNCF</i>	Société nationale des chemins de fer français
<i>SPA</i>	Service public administratif
<i>SPIC</i>	Service public industriel et commercial
<i>Sté</i>	Société
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>t.</i>	Tome
<i>TA</i>	Tribunal administratif
<i>TC</i>	Tribunal des conflits
<i>TCE</i>	Traité instituant la Communauté européenne (ou Traité CE)
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>Th.</i>	Thèse
<i>TPICE</i>	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>Trib. UE</i>	Tribunal de l'Union européenne
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne (ou Traité UE)
<i>UE</i>	Union européenne
<i>V.</i>	Voir
<i>Vol.</i>	Volume

---

## Bibliographie générale

*Cette bibliographie, très succincte, est complétée par les références indiquées au début de chaque subdivision et par les notes de bas de page. Elle ne comporte ni ouvrages généraux, notamment de droit public économique, ni travaux spécifiques.*

### Sélection d'ouvrages de droit de la concurrence en langue française

- A. ANTOINE, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, N. Charbit et R. Amaro (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, Concurrences, 2014.
- J.-F. BELLIS, *Manuel de droit européen de la concurrence*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2022.
- M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL, V. MICHEL-AMSELLEM et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.
- R. BLASSELLE, *Traité de droit européen de la concurrence*, Publisud, 2008.
- D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004.
- C. CABANES et B. NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics*, Le Moniteur, 2008.
- N. CHARBIT, *Secteur public et concurrence*, Joly, 1999.
- M. CHAGNY et E. COMBE (dir.), *Dictionnaire de droit de la concurrence*, Concurrences, 2023.
- G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.
- A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2021.
- S. DESTOURS, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Litec, 2000.
- G. DEZOBRY, *La théorie des facilités essentielles. Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2009.
- M.-A. FRISON-ROCHE et J.-C. RODA, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2022.
- I. HASQUENOPH, *Contrats publics et concurrence*, Dalloz, 2021.
- L. IDOT (dir.), *Grands arrêts du droit de la concurrence*, Concurrences, 4 vol., 2017-2019.
- C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002.
- D. MAINGUY, M. DEPINCÉ et M. CAYOT, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2019.
- M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Sirey, 8<sup>e</sup> éd., 2019.

- M. MELLONI, *Dictionnaire européen de la concurrence*, Larcier, 2018.
- C. MONGOUACHON, *Abus de position dominante et secteur public*, Bruylant, 2012.
- S. NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, 2005.
- P. NIHOUL et C. VERDURE, *Droit européen de la concurrence*, Larcier, 3<sup>e</sup> éd., 2013.
- C. NOURISSAT et B. DE CLAVIÈRE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence – Liberté de circulation. Droit de l'Union – droit interne*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2020.
- G. PARLEANI et B. LECOURT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd., 2019.
- N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2020.
- C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2<sup>e</sup> éd., 2022.
- J.-M. RAINAUD et R. CHRISTINI (dir.), *Droit public de la concurrence*, Economica, 1987.
- Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993.
- F. SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2013.
- L. VOGEL, *Traité de droit économique. Droit de la concurrence*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2 t., 2020.
- L. VOGEL, *Concurrence : 10 leçons*, Bruylant, 2017.
- L. ZEVOUNOU, *Les usages de la notion de concurrence en droit*, LGDJ, 2012.
- Colloque « Pouvoirs publics et concurrence », *Concurrences* n° 3-2010. *Dictionnaire des régulations* (coll.), LexisNexis, 2016.
- Colloque *Le droit français de la concurrence, trente ans après : l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, rétrospectives et perspectives d'action*, LGDJ, 2017.
- Mélanges Laurence Idot*, *Concurrences*, 2022.
- Conseil d'État, *Guide des outils d'action économique*, 2023.

## Sélection d'ouvrages de droit de la concurrence en langue anglaise

- G. BELLAMY et G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2019.
- S. BISHOP et M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 3<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, 2010.
- M. FURSE, *Competition Law of the UK and EC*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008.
- D. GERBER, *Law and competition Policy in twentieth century Europe*, Oxford University Press, 2001.
- A. JONES et S. SUFRIN, *EU Competition Law. Text, cases, and materials*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2011.
- S. MARCO COLINO, *Competition law of the EU and UK*, 7<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2011.

B. RODGER et A. MACCULLOCH., *Competition Law and Policy in the European Community and the United Kingdom*, 3<sup>e</sup> éd., Cavendish Publishing, 2008.

R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, 8<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2015.

OCDE, *Competition Policy Roundtables 1996-2012*, Paris OCDE, 2012.



---

# Introduction

**1. Réserves initiales à l'égard d'un droit public de la concurrence.** La rencontre du droit marchand de la concurrence et du droit des acteurs publics ne relevait pas *a priori* de l'évidence<sup>1</sup> ; il n'est ainsi pas rare que le service public ou les collectivités publiques aient été placés « à l'épreuve du droit de la concurrence »<sup>2</sup> ou en situation de subir les « foudres du droit de la concurrence »<sup>3</sup> comme pour en désigner la genèse douloureuse quoique soudaine et presque inattendue. Cela tient à ce que la concurrence, qui a parfois le statut de « mot qui fâche »<sup>4</sup>, a longtemps été régie presque exclusivement par des textes de droit civil, de droit commercial et de droit pénal au point d'apparaître comme une « idée neuve »<sup>5</sup> en droit public.

Les obstacles ne manquaient en effet pas à l'origine pour reconnaître un droit public de la concurrence<sup>6</sup>. À cet égard, une « différence de sensibilité entre le secteur public et le marché »<sup>7</sup>, entre « intérêt général et concurrence »<sup>8</sup>, oppose traditionnellement le caractère exorbitant des privilèges dont bénéficient les services publics au principe de la liberté des affaires c'est-à-dire, en somme, un droit de la souveraineté étatique à des exigences de mobilité économique. La place prioritaire conférée à l'entreprise et le positionnement incertain et ambigu de l'État dans ce schéma concurrentiel, signalé par la meilleure doctrine<sup>9</sup>, atteste de la complexité de la question. À rebours du droit de l'Union européenne qui a fait le chemin exactement inverse, le service public est vu, au surplus, en droit français, comme la règle et la concurrence l'exception.

**2. Pression concurrentielle sur les personnes publiques.** En regard de cette situation première, le chemin parcouru paraît considérable : ainsi, aujourd'hui, selon les auteurs, « le droit de la concurrence prospère dans une atmosphère de droit public »<sup>10</sup> de sorte qu'il « irradie

---

1. G. Eckert, *Droit administratif et commercialité*, th. Strasbourg III, 1994.

2. B. du Marais, « L'État à l'épreuve du principe de concurrence : analyse et prospective juridique », *Politiques et management public*, vol. 20, mars 2002, p. 122.

3. M. Karpenschif, *JCPA* 29 oct. 2007, p. 21.

4. L. Idot, « Concurrence : le mot qui fâche », *Europe*, août-sept. 2007, p. 3.

5. J.-M. Sauvé, « La concurrence, composante de l'intérêt général », in M. Behar-Touchais, N. Charbit et R. Amaro (dir.), *À quoi sert la concurrence ?*, Concurrences, 2014, p. 685.

6. S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Systèmes, 2005.

7. M. Bazex, « Problématique générale de l'intervention des opérateurs publics dans une économie de la concurrence », *LPA* 19 août 1988, p. 5.

8. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, 2006.

9. M. Lombard, *L'État schizo*, J.-C. Lattès, 2007.

10. L. Grard, « Les dimensions de la sphère publique en droit de la concurrence. Conclusions », *RJ com.* janv.-févr. 2015, p. 114.

tout le droit public»<sup>11</sup> et, qu'en retour, le droit administratif français se trouve « saisi par la concurrence »<sup>12</sup> découlant des règles tant de droit interne que de droit européen.

Il est ainsi aujourd'hui acquis que les acteurs publics sont soumis à une pression concurrentielle croissante visant à favoriser l'entrée de nouveaux opérateurs dans des activités qui leur étaient traditionnellement réservées. Le couple formé par le droit public et la concurrence s'est donc progressivement imposé, empruntant plusieurs figures : lorsqu'elles sont des producteurs de biens et de services, les collectivités publiques deviennent de plus en plus des opérateurs économiques comme les autres au regard du jeu concurrentiel ; en tant qu'acheteurs de ces mêmes biens et services, elles sont aussi soumises aux règles de concurrence. Sans compter que la puissance publique doit aujourd'hui se dédoubler lorsqu'elle est à la fois opérateur et régulateur des activités économiques.

**3. Publicisation du droit de la concurrence.** S'il fallait résumer le passage en France du droit de la concurrence – qui s'est joué dans les années 1990 – d'un élément extérieur à l'administration vers un élément totalement intégré à elle, on pourrait s'en tenir à quelques mots sans éclat : le juge administratif, depuis longtemps réservé à l'égard de la règle de la concurrence, qui avait tout fait pour éviter son interaction avec l'administration, s'est résolu, sous la pression du droit communautaire, d'abord à l'appliquer aux activités économiques des personnes publiques puis à le rendre opposable aux actes administratifs pris par l'administration.

De cette évolution, on a pu tirer la conclusion d'une publicisation d'un droit de la concurrence à l'origine conçu pour les entreprises privées et qui s'est considérablement diffusé au secteur public au point que « le droit de la concurrence est devenu un pan important du droit administratif »<sup>13</sup> et qu'émerge un « volet publiciste du droit de la concurrence »<sup>14</sup>. Dans le même temps, un mouvement de « banalisation » des personnes publiques sous l'influence croissante du droit du marché s'est fait jour discutant les aspects statutaires et patrimoniaux de la personne morale de droit public qu'on croyait les mieux établis. La remise en cause de l'établissement public industriel et commercial et la contestation de la collectivité publique actionnaire en portent témoignage<sup>15</sup>.

Cette présentation ne correspond toutefois, nous le verrons, qu'imparfaitement à l'histoire et au droit positif des relations entre la concurrence et les personnes publiques ou, à tout le moins, ne décrit l'évolution qui s'est produite que dans les seuls aspects généraux du droit public de la concurrence. Or, ce dernier ne saurait s'épuiser dans la répression des pratiques

---

11. R. Schwartz, concl. sur CE 30 juill. 2003, *Sté Caen distribution*, AJDA 2003, p. 2036.

12. J. Caillosse, « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », AJDA 2000, p. 99.

13. D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2013, p. 47.

14. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2012, p. 281.

15. S. Nicinski, « Personne publique et droit du marché », *La personnalité publique*, LexisNexis, 2007, p. 229.

anticoncurrentielles des personnes publiques mais doit être étendu à sa dimension plus spéciale, c'est-à-dire à la question de la mise en concurrence dans la commande publique et à celle de l'ouverture à la concurrence des réseaux d'utilité publique.

Il reste que le droit public de la concurrence embrasse des mouvements distincts : d'un côté, il paraît ne constituer que la transposition des règles classiques du droit de la concurrence aux opérateurs publics (pratiques anticoncurrentielles par exemple) ; de l'autre, il semble offrir des éléments de particularisme qui le singularisent du droit privé de la concurrence.

La montée en puissance du droit public de la concurrence qui en résulte est confortée par la construction progressive de cette discipline qui puise aux sources des relations entre l'État et les activités économiques, s'affirme scientifiquement et se déploie selon un mouvement évolutif.

**4. Plan de l'introduction.** Dans ces conditions et au seuil de cette étude, il sera de bonne méthode de décrire la construction historique du droit public de la concurrence (chapitre 1) pour établir la preuve de son existence scientifique (chapitre 2) et observer l'interprétation dynamique qui s'en évince (chapitre 3).

