

Les conventions d'occupation du domaine public confrontées au droit de la concurrence

Dans le cadre de la gestion du domaine public, l'administration est tenue de respecter le droit de la concurrence lors de la passation des conventions d'occupation du domaine public notamment. Le titulaire d'une telle convention doit lui aussi veiller à ne pas méconnaître ces règles lors de la sous-occupation du domaine...



Auteur

Simon Daboussy

Avocat – associé
AdDen Méditerranée

Auberi Gaudon

Avocat
AdDen Méditerranée



Mots clés

Domaine public • Conventions d'occupation • Mise en concurrence • Abus de position dominante • Ententes

Jusqu'à une période assez récente, l'occupation du domaine public renvoyait exclusivement aux prérogatives de puissance publique de l'administration dont l'objectif principal était d'en assurer la protection. Police administrative et gestion du domaine étaient alors des notions intimement liées, pour ne pas dire indistinctes^[1].

Désireuses de tirer profit de leurs dépendances inoccupées, les personnes publiques ont entrepris la valorisation économique du domaine public et suscité l'intérêt des opérateurs intervenant sur des marchés concurrentiels auxquels étaient accordés des conventions d'occupation.

L'absence d'encadrement de ces conventions, qui contrastait avec la rigueur des règles applicables en matière de commande publique, a pu laisser croire que l'administration disposait d'un pouvoir discrétionnaire sans borne dans la gestion de son domaine public. Saisis par des candidats déçus à l'occupation du domaine, les juges administratif et judiciaire ont toutefois instauré des freins au pouvoir de l'administration en lui imposant

[1] Voir sur ce point : Rapport public du Conseil d'État, « Collectivités publiques et concurrence », 2002

le respect de principes complexes issus du droit économique auxquelles elle était alors totalement étrangère.

Bien que les conventions d'occupations du domaine public se soient aujourd'hui familiarisées avec le droit de la concurrence, on ne saurait toutefois exagérer l'impact de ces règles qui, d'une part doivent toujours être conciliées avec les impératifs de la domanialité publique, d'autre part pourraient perdre de leur intérêt du fait de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 venant réglementer le régime applicable aux conventions d'occupation.

Si l'administration est tenue de respecter le droit de la concurrence à l'occasion de la gestion du domaine public, le titulaire d'une convention d'occupation doit lui aussi veiller à ne pas méconnaître ces règles lors de l'attribution des conventions et de la sous-occupation du domaine.

L'obligation pour l'administration de ne pas méconnaître le droit de la concurrence à l'occasion de la gestion du domaine public

Le gestionnaire du domaine doit respecter les règles de concurrence lors de la passation de conventions d'occupation du domaine public

L'application du droit de la concurrence au gestionnaire du domaine public n'est pas nouvelle. En effet, si les règles issues de ce droit, par nature économique, sont en principe étrangères au droit public, le juge administratif a accepté de les intégrer au bloc de légalité au regard duquel sont notamment appréciées les conventions d'occupation du domaine public⁽²⁾. De même, dès lors qu'elle se livre à une activité de production, de distribution ou de services, à l'instar de la gestion du domaine public à des fins économiques, la personne publique doit s'abstenir de se livrer à des pratiques qui seraient contraires aux règles prévues aux articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce⁽³⁾.

(2) « Considérant que s'il appartient à l'autorité administrative affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre lorsque, conformément à l'affectation de ces dépendances, celles-ci sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération les diverses règles, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dans le cadre desquelles s'exercent ces activités ; qu'il appartient alors au juge de l'excès de pouvoir, à qui il revient d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles et qu'ils en ont fait, en les combinant, une exacte application » CE 26 mars 1999, Société EDA, req. n° 202260.

(3) Conseil de la concurrence, décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998.

La passation des conventions d'occupation du domaine public est particulièrement susceptible de donner lieu à un contrôle du juge administratif ou de l'Autorité de la concurrence chargés de s'assurer du respect du droit de la concurrence par l'administration. L'attribution des conventions est en effet souvent contestée par les « concurrents évincés » du domaine, que ce soit à l'issue d'une procédure organisée par la personne publique⁽⁴⁾ ou à l'occasion du refus qui a été opposé à leur demande individuelle de délivrance d'un titre⁽⁵⁾.

À cette occasion, le grief le plus souvent invoqué est celui tiré de la méconnaissance, par la personne publique, de l'article L. 420-2 du Code de commerce selon lequel « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ». C'est la situation privilégiée de l'administration à l'égard du domaine public, vis-à-vis duquel elle occupe nécessairement une position dominante, qui conduit le juge ou l'autorité compétente à vérifier que celle-ci n'a pas abusé de cette position lors de l'octroi d'une convention d'occupation⁽⁶⁾.

En cas de méconnaissance avérée de ces règles par la personne publique, celle-ci peut voir sa responsabilité pécuniaire engagée à l'égard du candidat occupant évincé⁽⁷⁾ ou être enjointe de prendre les mesures qui s'imposent pour remédier à la distorsion de concurrence ainsi causée⁽⁸⁾.

Le contrôle du comportement de l'administration au regard de ces règles se comprend aisément en l'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence. L'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 avril 2017 pourrait néanmoins changer la donne dès lors que l'administration est désormais tenue d'organiser librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence « lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique »⁽⁹⁾. La généralisation de telles procédures a vocation à limiter les possibilités d'abus de position dominante par le gestionnaire du domaine puisque celui-ci conclura une convention

(4) CE 23 mai 2012, RATP, req. n° 348909.

(5) CAA Paris 4 décembre 2003, SETIL, req. n° 00PA02740 et CAA Douai 16 novembre 2004, Société Autoforum du Particulier, req. n° 01DA00715.

(6) « que, de même, et à supposer que la RATP puisse être regardée comme constituant une entreprise au sens des dispositions précitées, elle s'est bornée à agir comme simple gestionnaire de son domaine et n'a pas abusé d'une position dominante en accordant ainsi l'autorisation litigieuse » CAA Paris 7 février 2013, RATP, req. n° 10PA05686 ; voir également CAA Paris 6 décembre 2007, Société Buffet d'Avignon, req. n° 06PA01489.

(7) CAA Paris 4 décembre 2003, SETIL, req. n° 00PA02740.

(8) Conseil de la concurrence, décision n° 98-D-77 du 15 décembre 1998.

(9) CGPPP, article L. 2122-1-1.

en ayant au préalable consulté l'ensemble des acteurs potentiellement intéressés.

On relève toutefois que le second alinéa de l'article précité permet à l'administration de se contenter d'une publicité préalable « lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité ». Dans cette hypothèse, la question se pose de savoir s'il pourrait être reproché à la personne publique d'abuser de sa position dominante lorsqu'elle refuse de consentir une convention d'occupation à un candidat alors qu'elle dispose de plusieurs emplacements pour une activité économique donnée. Rien ne semble y faire obstacle puisqu'en pareil cas, l'administration pourra s'abstenir d'organiser une procédure de sélection.

En tout état de cause, il nous semble que l'invocation de la méconnaissance de l'article L. 420-2 du Code de commerce présente désormais un intérêt limité dès lors que les nouvelles dispositions du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) fournissent tous les outils nécessaires au juge administratif pour sanctionner le gestionnaire. Si l'abus de position dominante pourrait encore trouver écho auprès de l'Autorité de la concurrence, sa saisine par des candidats déçus risque toutefois également d'être plus exceptionnelle.

On notera enfin que l'invocation de l'abus de position dominante du gestionnaire en dehors de la passation des conventions d'occupation n'a, en principe, pas vocation à prospérer puisque les règles applicables à la gestion du domaine sont ici aussi fixées par le CGPPP et par la jurisprudence administrative. Tel est notamment le cas en présence d'une résiliation de la convention d'occupation par la personne publique⁽¹⁰⁾.

Le gestionnaire ne doit pas mettre l'occupant en situation de contrevenir aux règles de concurrence

Outre le respect, par l'administration gestionnaire elle-même, des règles de concurrence, le juge administratif s'assure également que les conditions d'occupation dans lesquelles est placé l'occupant ne sont pas susceptibles d'entraîner une méconnaissance par celui-ci de ces mêmes règles. Dans l'affaire portant sur la distribution des journaux gratuits dans l'enceinte du métro parisien, le Conseil d'État a ainsi rappelé « que la personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce »⁽¹¹⁾. La personne publique doit ainsi veiller, lorsqu'elle consent à l'occupation du domaine public par un acteur écono-

mique, à ne pas lui octroyer des conditions d'occupation jugées trop avantageuses.

Loin d'être réservé aux conventions d'occupation du domaine public, ce contrôle a pour origine la contestation de concessions de service public octroyées par une personne publique à un opérateur économique unique dont la situation privilégiée pouvait également conduire à un abus de sa position⁽¹²⁾.

La rareté de certains emplacements situés sur le domaine public fait en effet souvent obstacle à ce que l'administration puisse sélectionner plus d'un occupant. Dans cette hypothèse, les conditions dans lesquelles le titulaire de la convention est amené à occuper le domaine sont déterminantes puisque celui-ci peut être conduit à bénéficier d'une véritable rente de situation.

Tel est particulièrement le cas lorsque le domaine public est considéré comme une infrastructure essentielle au sens du droit de la concurrence⁽¹³⁾. L'occupant jouit alors d'une position monopolistique privilégiée lui permettant d'imposer à ses concurrents potentiels des conditions d'accès discriminatoires⁽¹⁴⁾. Dans ce cas, la personne publique doit s'assurer au préalable que la convention d'occupation consentie ne lui permet pas de faire obstacle à toute concurrence.

Là encore, l'absence de procédure de sélection préalable rendait particulièrement nécessaire le contrôle opéré par le juge administratif sur la convention d'occupation. Les nouvelles dispositions du CGPPP issues de l'ordonnance du 19 avril 2017 devraient toutefois le priver de tout ou partie de son intérêt puisque les concurrents à l'attribution de l'emplacement auront eu la possibilité de faire valoir leurs droits dans le cadre d'une procédure préalable. À l'occasion des débats portant sur la nécessité de réglementer la passation des conventions d'occupation, certains auteurs avaient alors souligné les effets bénéfiques de l'instauration de la procédure de mise en concurrence sur la méconnaissance ultérieure des

(12) CE 3 novembre 1997, Million et Marais, req. n° 169907.

(13) Une infrastructure essentielle a été définie à partir des critères suivants « En premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; En deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ; En troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; En quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ; En cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible » Conseil de la concurrence, avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002.

(14) Conseil de la concurrence, décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996

(10) CGPPP, art. L. 2122-3.

(11) CE 23 mai 2012, RATP, req. n° 348909.

règles de concurrence par l'occupant installé^[15]. Nous partageons cette analyse au terme de laquelle l'octroi de la convention d'occupation est nécessairement légitimé lorsque son titulaire a été sélectionné à l'issue d'une procédure impartiale et transparente.

Par conséquent, il nous semble que c'est désormais davantage la méconnaissance, par la personne publique, des règles fixées aux articles L. 2122-1-1 et suivants du CGPPP qui a vocation à être invoquée lorsque sera contestée l'attribution d'une convention d'occupation du domaine public devant le juge administratif plutôt que les règles issues du droit de la concurrence dont l'application sera réservée à l'Autorité de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire.

L'application des règles de concurrence à l'occupant du domaine public

La méconnaissance des règles de concurrence à l'occasion de l'attribution des conventions d'occupation du domaine public

Si l'occupant n'est pas directement mis en situation d'abus automatique par la convention conclue avec le gestionnaire, il peut néanmoins se livrer à des pratiques anticoncurrentielles de son propre fait.

Les nouvelles règles issues de l'ordonnance du 19 avril 2017 risquent à cet égard de devenir le terrain de pratiques anticoncurrentielles, les opérateurs ayant désormais la possibilité de candidater à l'occupation du domaine dans un cadre formalisé. Il y a lieu de craindre en effet que l'organisation de procédures de sélection préalable par les gestionnaires pourrait conduire certains candidats à s'entendre préalablement au dépôt de leur candidature en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce selon lequel « Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions ».

[15] « On ne peut nier qu'en délivrant une autorisation d'occupation du domaine public, le propriétaire public accorde un avantage économique à un opérateur économique qui est ipso facto placé en abus automatique. Cet avantage, d'autres que lui pourraient sinon en avoir besoin du moins le lui envier. C'est pourquoi le meilleur, sinon le seul moyen de prévenir les pratiques anticoncurrentielles sur le marché aval est d'organiser une publicité et une mise en concurrence sur le marché amont de l'autorisation », C. Vautrot-Scwhartz, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats - Marchés publ.* n° 12, décembre 2012, étude 8.

Un rapprochement avec les pratiques mises en œuvre par certains candidats dans le cadre de la passation de marchés publics, ayant déjà donné lieu à d'importantes sanctions^[16], nous semble ici s'imposer. À l'instar de l'intérêt économique que représente pour les opérateurs l'attribution d'un important marché de travaux, l'occupation du domaine et la rareté qui peut y être attachée devrait générer une importante concurrence que certains candidats pourraient tenter de maîtriser en passant des accords entre eux. Cela peut aisément se concevoir s'agissant d'occupations domaniales similaires qui font l'objet d'attributions dans plusieurs villes et pour lesquels une répartition géographique du marché pourrait être envisagée par les opérateurs.

De telles pratiques pourront bien évidemment faire l'objet d'un contrôle devant l'Autorité de la concurrence, à l'instar de celui auquel elle se livre lorsqu'elle est saisie par des concurrents estimant que les occupants en place mettent en œuvre des pratiques concertées^[17]. Si les ententes mises en place à l'occasion des procédures de sélection seront principalement dénoncées par les candidats n'y ayant pas pris part, le gestionnaire du domaine pourrait lui aussi saisir l'autorité compétente afin de faire constater ces pratiques et d'obtenir, par la suite, une indemnisation du préjudice subi à cette occasion.

Ainsi, alors que l'Autorité de la concurrence et le juge judiciaire ont, selon nous, moins vocation à contrôler la méconnaissance des règles de concurrence par l'administration qui doit désormais se conformer au cadre établi par le CGPPP, ces derniers pourraient voir leur champ d'action élargi à l'égard des occupants potentiels du domaine public du fait de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 19 avril 2017.

La sous-occupation du domaine public confrontée au droit de la concurrence

La confrontation des conventions d'occupation du domaine public au droit de la concurrence nous invite enfin à nous interroger sur l'application de ces règles à la sous-occupation du domaine public.

Les conventions d'occupation du domaine public peuvent prévoir la possibilité pour l'occupant de consentir des conventions de sous-occupation à des tiers. Si elle doit nécessairement être autorisée par le gestionnaire, l'attribution de ces conventions reste souvent relativement libre pour l'occupant. Il n'en demeure pas moins que celui-ci peut faire l'objet d'un contrôle de l'Autorité de la concurrence et, par suite, du juge judiciaire lorsqu'il attribue des sous-conventions sur le domaine public^[18], à l'instar du contrôle qui peut être exercé sur l'administration gestionnaire.

[16] Conseil de la concurrence, décision n° 06-D-07 du 21 mars 2006.

[17] Autorité de la concurrence, décision n° 17-D-03 du 27 février 2017.

[18] Autorité de la concurrence, décision n° 15-D-15 du 18 novembre 2015.

L'adoption des nouvelles dispositions du CGPPP qui imposent à la personne publique l'organisation d'une sélection préalable lorsque la dépendance présente un intérêt économique n'aborde pas le cas des sous-occupations. Une interprétation littérale de ces dispositions nous conduit donc à penser que l'occupant sélectionné au terme d'une procédure pourrait continuer de contracter librement avec des sous-occupants en étant contrôlé uniquement au regard des règles du droit de la concurrence.

À cet égard, il est possible de considérer que l'organisation d'une procédure au stade de la convention d'occupation légitime désormais suffisamment l'occupant pour que celui-ci puisse ensuite décider librement des modalités dans lesquelles il souhaite faire procéder à la sous-occupation de son emplacement. Il nous semble toutefois que les effets bénéfiques de l'organisation d'une procédure préalable sur les pratiques anticoncurrentielles auxquelles sont susceptibles de se livrer les occupants pourraient également s'appliquer à la sous-occupation du domaine. Ainsi, si le respect des modalités prévues par le CGPPP n'a pas été rendu obligatoire pour les conventions de sous-occupation, une procédure semblable pourrait néanmoins être mise en place direc-

tement par l'occupant lorsqu'il envisage de sélectionner un ou plusieurs sous-occupants.

Le non-respect d'une telle procédure ne pouvant faire l'objet d'aucun recours devant le juge administratif, il est évident que les griefs tirés de la méconnaissance du droit de la concurrence pourraient toujours être invoqués à l'encontre de l'occupant et du sous-occupant sélectionné. De tels moyens seraient toutefois moins enclins à prospérer dès lors que ces derniers seraient en mesure de justifier d'une attribution impartiale et transparente.

Les règles prévues par le CGPPP, qui englobent désormais la quasi-totalité des conditions de gestion du domaine public, auront sans doute pour effet de rendre subsidiaire le recours au droit de la concurrence par le juge administratif pour sanctionner d'éventuels comportements de la personne publique affectataire qui faisaient jusque-là l'objet d'un contrôle au regard de ces règles. Le droit de la concurrence a néanmoins toujours vocation à s'appliquer aux conventions d'occupation du domaine public dès lors que l'attribution des conventions d'occupation est susceptible de donner lieu à des pratiques anticoncurrentielles de la part des opérateurs économiques intéressés.