

Gestion du domaine public et droit de la concurrence : acte 2, 14 ans après
Conseil d'État, 23 mai 2012, RATP, n° 348909, au Lebon  ; AJDA 2012. 1037  ; *ibid.* 1129, tribune S. Braconnier  ; *ibid.* 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser  ; AJCT 2012. 445, obs. A.-S. Juilles 

Norbert Foulquier, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

« Considérant que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ; que la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public ; 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 ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour administrative d'appel de Paris que la Régie autonome des transports parisiens (RATP) a décidé d'autoriser des entreprises à installer des présentoirs sur son domaine public pour y diffuser des journaux gratuits ; que, pour annuler les décisions par lesquelles le président-directeur général de cet établissement, à l'issue de la procédure de mise en concurrence ouverte par la publication d'un avis le 11 septembre 2006, a rejeté l'offre présentée à cette fin par la société 20 Minutes France, a décidé de conclure avec la société Bolloré SA un contrat l'autorisant à occuper son domaine public et a rejeté la demande de la société 20 Minutes France tendant à ce qu'il soit mis un terme à ce contrat, le tribunal administratif de Paris a estimé que l'autorisation accordée à la société Bolloré SA portait une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie ;

Considérant qu'en estimant que le moyen d'appel de la RATP, tiré de l'absence d'atteinte à cette liberté, ne paraissait pas sérieux, alors que pour retenir une telle atteinte, les premiers juges s'étaient fondés, non sur une intervention de la personne publique sur le marché de la distribution de journaux gratuits, mais sur les effets qui en résulteraient dans les relations entre les entreprises de presse, lesquels ne pouvaient relever que d'une éventuelle situation d'abus de position dominante ou de manquements à d'autres règles de concurrence, la cour a commis une erreur de droit ; que dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, les articles 2 et 3 de son arrêt doivent être annulés ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire, dans cette mesure, au titre de la procédure de sursis à exécution engagée par la RATP ;

Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 : "[...] doivent être motivées les décisions qui [...] refusent une autorisation [...]]" ; que la décision rejetant une offre présentée en vue de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public constitue un refus d'autorisation au sens de ces dispositions et doit, par suite, être motivée ; qu'il ressort cependant des pièces du dossier que par sa décision du 18 septembre 2007

rejetant l'offre présentée par la société 20 Minutes France, la RATP se borne à lui indiquer qu'après analyse de l'ensemble des offres, la sienne n'a pas été retenue ; que le moyen tiré de l'insuffisance de motivation de cette décision paraît dès lors, en l'état de l'instruction, de nature à confirmer l'annulation de cette décision par le tribunal administratif de Paris ;

Considérant, en revanche, qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que le moyen tiré de ce que les décisions annulées par le tribunal administratif de Paris ne portaient, contrairement à ce qu'il a jugé, aucune atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie doit être regardé, en l'état de l'instruction, comme sérieux ; que si la société 20 Minutes France a invoqué, à l'appui de ses demandes d'annulation, des moyens tirés de ce que la société Bolloré SA serait placée en situation d'abuser nécessairement d'une position dominante, de ce que la RATP aurait elle-même abusé de sa propre position dominante, de la méconnaissance du principe de la libre concurrence, de l'atteinte portée au pluralisme de la presse ainsi qu'à la libre diffusion de la presse, de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 2125-3 du code général de la propriété des personnes publiques, aux termes duquel la redevance doit tenir compte des avantages procurés au titulaire de l'autorisation, de l'absence de justification du montant de la redevance et de la méconnaissance, par le contrat signé, de la disposition du règlement de la consultation prohibant la distribution des journaux par colportage, aucun de ces moyens n'apparaît, en l'état de l'instruction, de nature à confirmer l'annulation de la décision de la RATP de signer le contrat et de sa décision refusant d'y mettre fin ni, par voie de conséquence, à confirmer l'injonction qui lui est faite de saisir le juge du contrat afin qu'il prononce la résolution du contrat ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen invoqué par la RATP et tiré de l'absence d'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie paraît, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet, d'une part, des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement, sauf en tant qu'elles sont dirigées contre la décision du 18 septembre 2007 par laquelle le président-directeur général de la RATP a rejeté l'offre présentée par la société 20 Minutes France, et, d'autre part, des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la RATP de saisir le juge du contrat afin qu'il en prononce la résolution » ;

Observations

Par leurs solutions respectives, les arrêts *Société EDA* de 1998 et *RATP* de 2012 ne diffèrent pas profondément. Il n'en va pas de même de leur « esprit », c'est-à-dire du rapport qu'ils instaurent entre la gestion domaniale et le respect du droit de la concurrence : en 2012, le Conseil d'État adopte une formulation moins soupçonneuse envers les personnes publiques que 14 ans auparavant.

En 1998, le Conseil d'État avait jugé 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 » (1). En 2012, le Conseil a modifié la formulation de son considérant de principe. Dorénavant, il pose la règle selon laquelle « l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ; que la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique, d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas

justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi et, d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public⁽²⁾ ; 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 »

En pratique, dans les deux cas, le juge impose au gestionnaire domanial de ne pas accorder des autorisations d'occupation privative du domaine public si cela conduit à violer le droit de la concurrence et notamment à mettre à même leur titulaire d'abuser d'une position dominante, en violation de l'article L. 420-2 du code du commerce.

Mais l'esprit des deux arrêts diverge. En effet, en 2012, le Conseil d'État pose que par principe la décision de délivrer ou non une autorisation domaniale « n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ». Ce disant, s'il ne supprime évidemment pas l'obligation pour l'administration de respecter la liberté du commerce et de l'industrie quand elle prend une décision relative à la gestion de son domaine, il élimine le soupçon que renfermait l'arrêt *Société EDA* selon lequel une décision relative à son domaine - lorsque celui-ci est le siège d'activités de production, de distribution ou de services, ce que toute dépendance domaniale est ou peut devenir - était spontanément susceptible de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et au droit de la concurrence. Dorénavant, le Conseil estime que c'est seulement par ses effets que la décision domaniale peut aller à l'encontre du droit de la concurrence. Les principes et les obligations à la charge de l'administration restent les mêmes, mais en modifiant leur agencement et en insistant sur le fait qu'une décision domaniale « n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie » qui constitue la raison d'être du droit de la concurrence, puisque, sans un minimum d'ordre et d'égalité entre les acteurs, la liberté disparaît toujours à terme, le Conseil place l'autorité domaniale dans une situation plus confortable face aux requérants contestant ses actes.

Pour ce faire, le Conseil adopte un raisonnement qui a fait l'objet de critiques. MM. Llorens et Soler-Couteaux lui adressent les reproches suivants. L'idée sous-jacente de cet arrêt consisterait à considérer que « l'atteinte [à la liberté du commerce et de l'industrie] ne peut exister que si, par son intervention sur le marché, l'autorité administrative limite directement l'exercice par l'opérateur économique de son activité. Elle est en revanche absente lorsque cette intervention n'a d'autre incidence que de modifier les conditions de la concurrence entre opérateurs économiques. Cette situation qui est censée ne pas concerner l'autorité administrative relève exclusivement du droit de la concurrence. Intellectuellement, la distinction se comprend. D'un point de vue pratique, elle apparaît beaucoup plus fragile. Elle repose en effet sur ce présupposé qu'en délivrant l'autorisation d'occupation du domaine public, l'autorité gestionnaire n'intervient pas sur le marché des journaux gratuits. Mais peut-on soutenir pareille position, alors que l'autorisation en cause constitue un avantage substantiel pour l'entreprise qui en bénéficie, qu'elle modifie les rapports économiques entre elle et ses concurrents, et qu'elle présente pour la RATP elle-même une valeur économique non négligeable ? Et ne doit-on pas considérer qu'en attribuant une autorisation d'occupation exclusive à un opérateur, l'autorité gestionnaire du domaine limite nécessairement la liberté de ses concurrents de développer leur activité ? ». De plus, poursuivent les deux annotateurs, en pratique il est en réalité très difficile de distinguer une « intervention sur le marché de ses effets »⁽³⁾. Ces critiques sont pertinentes, mais il est à parier que le Conseil en avait conscience et que c'est en connaissance de cause qu'il a adopté la solution la plus favorable à la liberté des autorités domaniales. L'avenir dira si les juges du fond en tireront toutes les conséquences.

L'arrêt *RATP* innove plus encore au regard de l'arrêt *Société Compagnie des bateaux-mouches* du 15 mai 2009⁽⁴⁾. Dans cet arrêt, prolongeant son avis *L & P Publicité SARL*⁽⁵⁾, le Conseil avait jugé que « dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en

compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence ». Certes, il n'affirmait pas que, « par elle-même » (pour reprendre la terminologie de l'arrêt *RATP*), une décision de police administrative est susceptible d'avoir de tels effets. Mais comme il est rare qu'indirectement une décision de police n'affecte en rien les activités de production, de distribution ou de services qui sont le cœur de l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, toute décision de police est susceptible de porter atteinte à cette liberté (6). Or, le rapprochement de l'arrêt *RATP* avec la jurisprudence *Société Compagnie des bateaux-mouches* pose problème car aucune autorisation domaniale n'est exempte de considération d'ordre public : toute décision domaniale est un peu une décision de police administrative. Certaines même - les permis de stationnement - sont pleinement assimilées à des actes de police administrative. C'était le cas jusqu'à présent. Faudra-t-il dorénavant les analyser autrement ? Ce serait faire beaucoup dire à l'arrêt *RATP*. Pourtant, il faudra tirer les choses au clair car le raisonnement du Conseil d'État repose sur une différence de nature entre l'acte de police et l'acte domanial. En effet, dans l'arrêt *RATP*, pour justifier que « la décision de délivrer ou non une telle autorisation [...] n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie », le juge paraît se fonder sur la liberté de l'administration d'octroyer les autorisations domaniales, sur son obligation de garantir l'affectation du domaine public et sa conservation. Ce serait donc autant la liberté associée au droit de propriété que les exigences spécifiques au domaine public qui semblent fonder cette solution. Le conditionnel s'impose car le considérant essentiel de cet arrêt reste flou, le Conseil juxtaposant des principes sans que l'on sache précisément comment ceux-ci s'enchaînent. Sous cette réserve, en soulignant que l'administration n'est jamais tenue d'accorder une autorisation domaniale, même quand celle-ci serait compatible avec l'affectation du domaine et l'intérêt général (7), il ne semble pas que le Conseil d'État mobilise cette vieille idée du XIX^e siècle selon laquelle le domaine public est d'abord destiné à l'usage du public et que son occupation privative constitue toujours peu ou prou une dérogation à cette destination principielle. Même si cette conception fonde sans difficulté l'absence de droit pour les administrés à occuper le domaine public, il semble peu crédible que le Conseil revienne à cette conception, car, à cette époque où régnaient les théories du droit de garde ou de surintendance, le domaine public constituait l'espace par nature de la police administrative. En effet, si on le compare à l'arrêt *Société Compagnie des bateaux-mouches*, l'arrêt *RATP* paraît justement établir une distance entre l'acte domanial et l'acte de police. Dans cette affaire, le droit de propriété paraît donc gagner encore quelques galons ; la propriété publique serait le ferment de la liberté de l'administration, sachant que, dans la jurisprudence du Conseil d'État, les conceptions du domaine public - qu'il s'agisse, pour ne mentionner que les plus différentes, celle du droit de garde et celle de la propriété - ne se succèdent pas ; elles s'empilent.

Mots clés :

DOMAINE PUBLIC * Occupation * Droit de la concurrence * Liberté du commerce et de l'industrie * Abus de position dominante

(1) CE, 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA*, au Lebon ; AJDA 1999. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex ; D. 2000. 204, note J.-P. Markus ; RDI 1999. 234, obs. F. Llorens ; AJDA 1999. 427, concl. J.-H. Stahl et note M. Bazex ; RFDA 1999. 977, note D. Pouyaud.

(2) Condition notamment déjà soulignée dans l'arrêt CE, 3 mars 2010, n° 306911, *Département de la Corrèze*, au Lebon ; AJDA 2010. 469 ; *ibid.* 957, concl. N. Boulouis ; *ibid.* 1246, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; RDSS 2010. 341, note G. Koubi et G. J. Guglielmi ; Contrats Marchés publ. 2010. Comm. 146, note G. Eckert.

(3) F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Autorisations d'occupation du domaine public et liberté du commerce et de l'industrie, Contrats Marchés publ. 2012. Repère 8.

(4) CE, 15 mai 2009, n° 311082, *Compagnie des bateaux mouches*, au Lebon ; AJDA 2009. 1015 ; *ibid.* 1812, chron. S. Nicinski et P.-A. Jeanneney.

(5) CE, 22 nov. 2000, n° 223645, *Société L & P publicité SARL*, au Lebon ; AJDA 2001. 198, note M.-C. Rouault ; D. 2001. 2110, note N. Albert ; *ibid.* 1235, obs. G. Gonzalez ; RFDA 2001. 872, concl. S. Austry ; RTD com. 2001. 658, obs. G. Orsoni.

(6) Cela ne signifie pas qu'elle est illégale ; elle ne le devient que si cette atteinte est disproportionnée.

(7) Doit-on déduire de cet arrêt que le Conseil autorise le gestionnaire domanial à refuser une autorisation d'occupation (évidemment compatible avec l'affectation du domaine), même quand ce refus aurait pour effet de préserver de la concurrence une entreprise s'étant constitué une situation dominante (sans même occuper le domaine) dont elle serait en situation d'abuser ? Quoique plutôt négative, la réponse ne saurait être catégorique car il incomberait à l'Autorité de la concurrence de sanctionner cette entreprise en cas d'abus et interdire ce refus réduirait probablement exagérément les droits du propriétaire public sur son bien en lui faisant assumer une obligation très positive de préservation de la libre concurrence. Mais il faut par ailleurs compter avec l'hypothèse où le domaine public constituerait une infrastructure essentielle. Les mêmes enjeux interviendraient pour déterminer si le gestionnaire domanial a l'obligation de retirer ou corriger un titre à un occupant s'étant constitué une situation d'abus de position dominante.