



HAL
open science

Etat et ordre concurrentiel

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. Etat et ordre concurrentiel. L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, pp. 59-72, 2003, 2-87671-417-5. <hal-01728581>

HAL Id: hal-01728581

<https://hal.science/hal-01728581v1>

Submitted on 11 Mar 2018

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.



HAL Authorization

ÉTAT ET ORDRE CONCURRENTIEL

Jacques CHEVALLIER
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)
 CERSA-CNRS

L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Ed. Frison-Roche, 2003, pp. 59-72

1° A première vue, ordre concurrentiel et État se situent dans un rapport d'*opposition*, voire d'*antagonisme*, radical.

— L'ordre concurrentiel est indissociable des mécanismes de marché, au point que les deux notions adhèrent l'une à l'autre : pas d'ordre concurrentiel concevable sans existence d'un marché et pas de marché sans concurrence. Lieu (réel ou fictif) d'échanges entre agents économiques, s'effectuant sur la base d'un prix qui résulte de la confrontation des offres et des demandes de biens et services¹, le marché présuppose la concurrence ; c'est « *le lieu où s'exerce la concurrence* »². Comme le note Antoine Pirovano, « *l'économie de marché est avant tout un ordre concurrentiel et les tables de la loi de la concurrence peuvent être regardées comme « le droit constitutionnel » d'un marché transcendant les frontières nationales* »³. Il conviendrait sans doute d'approfondir cette relation ; si elle est bien la condition de l'existence d'un marché, la concurrence n'est pas la seule : Antoine Pirovano a bien montré qu'à côté de la liberté concurrentielle, la liberté contractuelle et le droit propriété étaient aussi des conditions nécessaires et ces divers impératifs ne coïncident pas toujours. Il reste que l'ordre concurrentiel constitue bien la norme sous-jacente au fonctionnement de l'économie de marché.

— Or, l'État est porteur d'un ordre différent, voire antithétique, puisque fondé à l'inverse sur l'idée de *monopole*⁴. Il est à peine besoin de rappeler, après tant d'auteurs et notamment Max Weber, que le signe distinctif de l'État réside dans le monopole de la contrainte, qui se traduit par un double pouvoir : le pouvoir de contrainte juridique, passant par l'édiction de normes que les individus sont tenus de respecter sous peine de sanctions ; le pouvoir de faire usage de la force matérielle, dans le cadre tracé par le droit. Le concept de souveraineté implique que l'État dispose d'une puissance suprême de domination, exclusive de toute idée de concurrence. Mais l'État est aussi censé avoir le monopole de la définition de l'« intérêt général », c'est-à-dire d'un intérêt qui dépasse et transcende les particularismes sociaux. Le monopole est donc la norme sous-jacente au fonctionnement, mieux à l'institution, de l'État.

¹ Marie-Anne Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Archives de philosophie du droit*, 1995.

² Michel Rainelli, « L'ordre concurrentiel : approche d'un économiste », in *L'ordre concurrentiel*, Editions Frison-Roche, 2003, pp. 13 sq.

³ « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in *Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché : le cas de l'Algérie*, L'Harmattan, 2001, p. 130.

⁴ Jacques Chevallier, *L'État*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1999.

On voit ainsi s'esquisser un *schéma dualiste*, qui est au cœur du libéralisme classique : l'économie de marché, régie par l'ordre concurrentiel ; la sphère des fonctions collectives, placée hors marché, et soustraite à l'ordre concurrentiel.

Ces deux sphères et ces deux ordres se présupposent réciproquement, mais la ligne de démarcation entre eux n'est pas fixée de manière stable : elle reste floue, fluctuante et est appelée à varier en fonction de la dynamique d'évolution sociale. L'ordre concurrentiel et l'ordre étatique apparaissent en fait comme des ordres rivaux, qui cherchent à étendre leur empire, au détriment de l'autre, *deux ordres à prétention monopolistique*. L'équilibre entre eux est dès lors par essence évolutif. Dans la société contemporaine, l'ordre concurrentiel tendrait ainsi⁵ à exercer une emprise croissante⁶, au détriment de l'ordre étatique, par un double processus de « *marchéisation* » (expansion de la logique de marché) et de « *marchandisation* » (une valeur marchande étant donnée à des choses auparavant hors commerce) — selon la distinction éclairante faite par Antoine Pirovano. Cette dynamique avait été déjà décrite par Jean-Pierre Henry⁷ : les comportements tendraient de plus en plus à être normalisés par le marché, et non plus par l'État, la « *normalisation industrielle* » se substituant à la « *normalisation institutionnelle* » et le marché imposant sa loi à l'État lui-même.

2° Cette présentation doit être cependant approfondie, pour deux raisons au moins. D'une part, l'histoire montre que le marché et l'État sont nés de manière concomitante, au sortir de la féodalité : c'est donc qu'il y a entre eux un lien profond, intime et que l'idée selon laquelle existerait entre eux un antagonisme radical est fallacieuse ; le marché a tout autant besoin de l'appui de l'État que la construction étatique s'est appuyée sur le développement de l'économie marchande. D'autre part, et corrélativement, il y a interférence nécessaire entre l'ordre concurrentiel et l'ordre étatique : de même que l'ordre étatique ne peut être envisagé que par référence à la concurrence, l'ordre concurrentiel ne se conçoit pas indépendamment de l'ordre étatique.

Sur le premier point, on peut sans doute trouver la construction d'un Nozick⁸, qui s'est efforcé de démontrer que l'État est né de la concurrence — le monopole étatique sur la violence étant issu du jeu des mécanismes de marché —, schématique : admettons au moins que l'économie de marché a permis d'asseoir l'ordre étatique, en donnant à l'État les ressources nécessaires à son fonctionnement. Sur le second point, l'ordre concurrentiel se présente comme un « ordre » : la concurrence doit être contrôlée, régulée, elle est encadrée par un ensemble de règles impératives, contraignantes ; on retrouve ainsi, au cœur même de l'ordre concurrentiel le droit et l'État. Le marché a besoin de règles juridiques visant à préserver ses éléments constitutifs — règles juridiques garantissant la propriété privée, la liberté contractuelle et aussi le jeu de la concurrence ; et l'édiction de ces règles impose l'intervention de l'État. Droit et État sont donc constitutivement présents dans l'ordre concurrentiel, qui ne se conçoit pas sans leur médiation.

⁵ Laurence Boy, « L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept », in *L'ordre concurrentiel*, préc., pp. 23 sq.

⁶ Antoine Pirovano parle du « champ magnétique de la concurrence » et Mohamed Salah de l'« impérialisme du marché » (« Droit, marché et développement. Réflexions sur un triptyque ambigu », in *L'ordre concurrentiel*, préc., pp. 195 sq.).

⁷ « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *Revue du droit public*, 1991, n° 3, pp. 631 sq. Voir aussi Jean-Arnaud Mazères, « L'un et le multiple dans la dialectique marché-nation », in *Marché et nation. Regards croisés*, Montchrestien, 1995, p. 81.

⁸ *Anarchie, État et utopie*, 1974, PUF, Coll. Libre échange, 1988.

3° Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille amalgamer purement et simple ordre concurrentiel et ordre étatique : la différence de logiques, l'opposition des rationalités subsistent bel et bien ; chacun des ordres a seulement besoin de l'autre. C'est donc un *rapport dialectique* qui les unit. Mohamed Salah⁹ fait bien ressortir cette dialectique, en montrant que le « *développement* » résulte de l'équilibre établi entre le « *marché* » (instrument privilégié de l'allocation optimale des ressources) et le « *droit* » (conçu comme l'instrument de régulation des rapports sociaux) : selon que le développement penche du côté du marché ou du côté du droit, l'équilibre entre les composantes du tryptique changera.

Cette dialectique explique par là-même l'existence d'une dynamique permanente d'évolution. L'équilibre entre ordre concurrentiel et ordre étatique tend ainsi à être modifié. Il semble qu'on puisse distinguer à l'heure actuelle *trois figures* de la relation entre État et ordre concurrentiel, qui se combinent et se conjuguent : d'abord, la figure traditionnelle de *l'État garant de l'ordre concurrentiel*, qui survit notamment à travers les dispositifs étatiques de régulation de la concurrence ; ensuite, la figure nouvelle d'un *État surplombé par un ordre concurrentiel* qui tend à être construit en dehors et au-dessus de lui ; enfin, la troisième figure, qui est le sous-produit de l'évolution précédente, est celle d'un *État soumis à l'ordre concurrentiel*.

I / L'ÉTAT GARANT DE L'ORDRE CONCURRENTIEL

Cette figure traditionnelle est la traduction directe des observations précédentes : l'idée d'un ordre concurrentiel s'auto-produisant et se reproduisant par ses propres forces, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à des dispositifs extérieurs d'encadrement, a toujours été radicalement illusoire : c'est un simple mythe, dépourvu de consistance, une fiction.. L'intervention de l'État est indispensable, non seulement pour « instituer » l'ordre concurrentiel, mais encore pour « réguler » son fonctionnement.

A) *L'institution de l'ordre concurrentiel*

L'idée selon laquelle l'avènement de l'économie marchande, dominée par l'ordre concurrentiel, aurait été le simple produit du développement spontané des échanges est une vue de l'esprit ; encore fallait-il que cette économie soit *instituée*, c'est-à-dire encadrée par des règles. Pour Max Weber, un lien étroit existe entre l'apparition de l'économie de marché et le processus d'autonomisation d'un droit, désormais dégagé de la religion, de la morale et aussi de l'économie : l'économie de marché avait en effet besoin d'un droit « séparé », garantissant les investissements, le commerce, la sécurité des transactions.

— Le rôle que l'État a joué dans l'institution de l'économie de marché a été parfaitement mis en évidence par Karl Polanyi¹⁰. Pour Polanyi, si l'idée d'un « *marché auto-régulateur* », « *s'ajustant lui-même* », a été la source et la matrice de la civilisation du XIX^e siècle — le « *modèle du marché* » tendant alors à s'étendre à l'ensemble des relations sociales —, elle était « *purement utopique* » ; il s'agissait d'un simple mythe, véhiculé par la pensée libérale. Le « *laissez-faire* » n'avait en effet rien de naturel : « *les marchés libres n'auraient jamais pu voir le jour si on avait simplement laissé les choses à elles-mêmes* » ; contrairement au credo libéral, « *le laissez-faire lui-même a été imposé par l'État* » et « *l'économie du laissez-faire*

⁹ Préc.

¹⁰ *La grande transformation*, 1972, Gallimard, 1983.

produite par l'action délibérée de l'État ». *A contrario*, la société s'est « *auto-protégée* » contre la généralisation du modèle de marché, qui aurait abouti à sa destruction, en faisant pression pour obtenir des mesures destinées à enrayer l'hégémonie du marché. Dans tous les cas, le mythe du marché auto-régulateur se serait effondré entre les deux guerres ; c'est « *la grande transformation* » qui s'est produite dans l'imaginaire libéral : l'intervention de l'État est perçue comme indispensable pour maintenir l'économie de marché.

Si l'analyse de Polanyi a été critiquée¹¹, ce n'est pas sur ce point, mais pour l'idée que l'économie marchande serait un phénomène moderne, inconnu dans les sociétés antiques : même si l'on peut admettre qu'une économie de marché existe dans ces sociétés, cette économie prend appui sur la Cité, notamment athénienne.

— L'œuvre de Hayek a pu, à l'inverse, être interprétée comme une entreprise de réactivation du mythe du marché auto-régulateur. Pour Hayek en effet¹², « *l'ordre de marché* » est un « *ordre spontané* », une « *catallaxie* », qui est engendré par l'ajustement mutuel des actions individuelles : chacun est conduit par le gain qu'il recherche à servir des besoins dont il n'a pas la connaissance directe. La régulation par le marché serait dès lors la seule forme compatible avec la liberté, si tant est qu'« *une société libre est une société pluraliste, sans hiérarchie commune de fins particulières* ».

Néanmoins, l'ordre de marché implique bien pour Hayek l'existence d'une « *armature permanente de lois* », c'est-à-dire de règles définies *a priori*, fixes, abstraites, impersonnelles, générales : il s'agit de « *règles de juste conduite* », permettant de « *déterminer quelles choses appartiennent à tel ou tel individu* », non « *ce que valent les choses* », qui « *formulent les conditions sous lesquelles toute personne peut acquérir ou céder des choses déterminées* », non ce qu'elles doivent acquérir ou céder (ce qui mettrait en cause les droits de propriété). Sans doute, ces règles (*nomoi*) dérivent-elles « *des conditions d'un ordre spontané* » et non pas posées par une autorité ; elles sont « *découvertes* », notamment dans le cadre du processus judiciaire : cependant, elles conditionnent l'existence même de l'économie de marché¹³.

Le marché et l'ordre concurrentiel qui le sous-tend ne sont donc pas des phénomènes naturels : leur institution, qui passe par la construction d'un cadre, l'élaboration de règles, est le produit de l'action de l'État. Et l'intervention de l'État va être nécessaire pour assurer leur bon fonctionnement.

B) La régulation de la concurrence

L'État ne se borne pas à établir le cadre indispensable à l'épanouissement de l'ordre concurrentiel : il intervient de manière permanente pour déterminer les règles du jeu concurrentiel ; et cette détermination s'inspire de considérations variées, ne relevant pas seulement de l'idée de liberté. Comme le note justement Laurence Idot¹⁴, s'il existe bien un « *principe de libre concurrence* », qui peut être déduit du fait que les pratiques de nature à fausser la concurrence sont interdites, il n'y a pas en revanche une « *liberté de concurrence* », dans la mesure où le principe de libre concurrence est encadré. Si le mouvement de déréglementation qui s'est développé à partir des années 1980 a eu pour ambition de réduire la

¹¹ André Bresson, *La Cité marchande*, Ed. Ausonius, 2001.

¹² *Droit, législation et liberté*, Tomes 1 et 2, 1973, PUF, 1980.

¹³ Voir Vincent Valentin, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Economica, Coll. Corpus-Essais, 2002.

¹⁴ « La liberté de concurrence en France », *Les Petites affiches*, 23 mars 2000, n° 59, pp. 4 sq.

portée de cet encadrement étatique, en réactivant les mécanismes de marché, ce mouvement a rencontré très vite des limites.

La régulation de la concurrence par l'État est un processus complexe, inspiré par plusieurs ordres de considérations, différentes, voire opposées. Comme l'a noté Antoine Pirovano¹⁵, la concurrence est, tantôt « *tempérée* » (il s'agit de la moraliser, en interdisant les pratiques déloyales), tantôt « *interdite* » (par le biais de l'établissement de monopoles privés et publics), tantôt encore « *stimulée* » (au moyen d'une législation anti-trust). L'ordre concurrentiel que l'État entend faire prévaloir à travers le droit de la concurrence se caractérise dès lors par un équilibre complexe entre le principe de libre concurrence et la prise en compte d'autres exigences, tendant à l'intérêt général ou à l'ordre public. Il y aura donc tout à la fois :

— *Protection de la libre concurrence*. C'est l'objectif poursuivi dès l'origine par les législations ou réglementations — précoces aux États-Unis (*Sherman Act*, 1890, *Clayton Act*, 1914), tardives en France (décret de 1953, modifié en 1967) — relatives à la concurrence : ces textes visent, non seulement à la préservation des structures concurrentielles (contrôle des concentrations, égalisation des conditions de la concurrence), mais encore à la protection contre les comportements anti-concurrentiels (ententes, abus de position dominante). Livrée à elle-même, la concurrence tend en effet à s'auto-détruire : comme le note Marie-Anne Frison-Roche, la concurrence produit la puissance, qui permet le comportement anti-concurrentiel, qui détruit la concurrence... ; l'État vient donc combattre cette tendance à l'auto-destruction, en protégeant l'ordre concurrentiel contre lui-même, en créant les conditions indispensables à sa reproduction. La dogmatique du marché sous-estime en effet les inégalités de puissance, les « asymétries d'information », qui ne sont pas seulement conjoncturelles, mais bel et bien structurelles et faussent le jeu de la concurrence.

— *Encadrement de la concurrence*. Il s'agit ici de corriger les mécanismes de la concurrence, en imposant aux agents économiques de prendre en compte d'autres considérations, telles que la protection des consommateurs ou des exigences d'ordre social. Antoine Pirovano a montré¹⁶ que l'élargissement du fait justificatif des ententes et positions dominantes dans la loi sur les nouvelles régulations économiques tendait à la prise en compte de considérations sociales dans l'ordre concurrentiel. Dans le même sens, en matière de passation des marchés publics, la volonté de promouvoir le « mieux-disant », de préférence à la dictature du « moins-disant », devrait permettre l'intégration des « *considérations sociales et environnementales* », dans une optique de développement durable : sans doute, la jurisprudence administrative est-elle encore réticente à cette évolution, mais la voie a été ouverte par la réforme récente du code des marchés publics.

— *Exclusion aussi de la concurrence*. Le jeu de la concurrence peut être faussé délibérément par l'État, soit que la prise en charge des fonctions collectives par le biais de la création de services publics paraisse interdire toute possibilité de concurrence (le statut de monopole, ou au moins l'octroi d'un « statut monopolistique » étant considéré traditionnellement comme inhérent au régime de service public¹⁷), soit encore que l'État contribue à la formation de monopoles privés, par l'attribution de privilèges d'exploitation, ou qu'il y incite, en favorisant la concentration des entreprises.

¹⁵ « Justice étatique, support de l'activité économique. Un exemple : la régulation de l'ordre concurrentiel », *Justices*, n° 1, janv.-juin 1995, pp. 15 sq.

¹⁶ « Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001) », *Dalloz*, 2002, I, pp. 62 sq.

¹⁷ Jacques Chevallier, « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », *Revue du droit public*, janv.-fév. 1974, pp. 21 sq.

Toutes ces considérations sont à la fois juxtaposées et imbriquées.

Cette immixtion de l'État dans le fonctionnement de l'ordre concurrentiel passe par des instances multiples — Parlement, Exécutif mais aussi Justice : la Justice contribue bien, à sa manière, à ordonner la concurrence et à « dire l'ordre concurrentiel », au prix d'un « désordre processuel », puisque de multiples juridictions interviennent désormais en France, à des niveaux et dans des cadres différents, pour réguler la concurrence¹⁸, en dépit de la volonté manifestée par le législateur en 1987 d'unifier le contentieux au profit de l'ordre judiciaire. S'y ajoutent les instances administratives de régulation, conçues sur un mode transversal (Conseil de la concurrence) ou vertical (Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des télécommunications, Commission de régulation de l'électricité...), dotées d'un statut d'indépendance au sein de l'État et dont les compétences s'entrecroisent. La régulation de la concurrence par l'État apparaît ainsi de plus en plus comme une fonction éclatée, prise en charge par des instances extrêmement diverses, dont les décisions s'ajustent de manière aléatoire.

L'État apparaît donc bien comme le garant de l'ordre concurrentiel : c'est par lui que cet ordre s'institutionnalise ; c'est par lui que cet ordre parvient à se reproduire. Cela confirme bien qu'ordre concurrentiel et ordre étatique ont partie liée. Néanmoins, ce lien tend à être remis en cause, l'ordre concurrentiel prenant désormais appui au-delà de l'État.

II / L'ÉTAT SURPLOMBÉ PAR L'ORDRE CONCURRENTIEL

Le processus de globalisation économique modifie profondément le rapport d'interdépendance et d'interaction entre l'ordre concurrentiel et l'ordre étatique : l'ordre concurrentiel tend en effet à déborder les frontières étatiques pour s'étendre au niveau mondial ; c'est devenu la *loi de l'économie mondiale*, la loi qui préside aux échanges internationaux, au commerce international, qui suppose l'élimination des entraves à la concurrence, des distorsions possibles de concurrence. De ce fait, l'État perd l'emprise dont il disposait sur l'ordre concurrentiel : il se trouve *supplanté* pour la définition des règles chargées d'encadrer la concurrence internationale par d'autres instances ; et, dans la mesure où ces règles s'imposent à lui, il devient lui-même plutôt « régulé » que « régulateur ».

A) L'État supplanté

Pas plus au niveau international qu'au niveau interne, l'ordre de marché n'est un ordre auto-régulé, qui parviendrait à maintenir ses caractéristiques essentielles par sa seule dynamique propre de développement. Ce mythe a sans doute trouvé un aliment dans le fait qu'un certain nombre de règles applicables aux échanges internationaux ont été construites à l'initiative des opérateurs économiques eux-mêmes, à partir d'usages auxquels le recours à l'arbitrage a donné force obligatoire ; cependant l'autonomie de cette *lex mercatoria* moderne est relative et elle reste dans tous les cas d'application limitée¹⁹. Des instances de régulation sont apparues au-dessus des États, en tant que garantes de l'ordre concurrentiel transnational en voie de construction et vecteurs de son institutionnalisation.

¹⁸ Didier Truchet, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », in *Les mutations contemporaines du droit public, Mélanges Jeanneau*, Dalloz, 2002, pp. 539 sq.

¹⁹ Jacques Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in Charles-Albert Morand (Ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Coll. Droit international, n° 46, 2001, p. 47.

— *Au niveau international*, c'est bien entendu l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui est de plus en plus amenée à jouer le rôle de garante de l'ordre concurrentiel, à travers, non seulement la conclusion sous son égide d'accords sectoriels multilatéraux visant à libéraliser le commerce international, mais encore et surtout la résolution des litiges survenus entre les États : l'institution d'un mécanisme de règlement des différends (ORD) est l'innovation la plus spectaculaire puisqu'elle marque la naissance d'une véritable juridiction mondiale des échanges. Reste à savoir si l'OMC exerce une véritable régulation de la concurrence : pour certains²⁰ il s'agirait seulement d'« *aider à l'instauration d'une mondialisation libérale sans limite spatiale et temporelle* » ; l'ordre concurrentiel qu'elle fonde et verrouille créerait « *toutes les conditions d'un désordre social, environnemental et même économique généralisé* », le social étant notamment perçu comme « *une pollution de l'ordre concurrentiel et du progrès économique* ».

Or, l'OMC ne saurait être seulement, ni même principalement, conçue comme le produit d'une construction inter-étatique et le prolongement de la régulation étatique : derrière les États, ce sont des intérêts économiques qui se profilent et qui s'affrontent pour la conquête de nouveaux marchés, ce qui autorise certains » à conclure que l'OMC, « *au service des firmes transnationales* », institutionnalise et encadre un ordre international économique privé. Par ailleurs, les États deviennent dans le cadre de l'OMC la cible et non plus l'instrument de protection de l'ordre concurrentiel : dans un contexte mondial caractérisé par le développement d'une concurrence économique entre États, ceux-ci sont pris eux-mêmes dans les rêts d'un ordre concurrentiel dont l'OMC est devenue la garante.

— *Au niveau communautaire*, ce basculement est ancien. La construction européenne a été fondée dès le départ sur le principe de libre concurrence, qui constitue le ressort fondamental de la dynamique communautaire. Aussi, les instances communautaires vont-elles se poser en garantes de l'établissement d'un ordre concurrentiel entendu, non pas seulement comme « moyen », mais bien comme « objectif » de la construction communautaire : à cet effet, elles lutteront contre les réglementations discriminatoires, les situations monopolistiques de toute nature — même aménagées au profit de services publics ; ici encore, les États deviennent la source même de distorsions apportées à la concurrence, distorsions qu'ils s'agit de combattre et d'éliminer.

Sans doute, le droit communautaire de la concurrence, qui est le produit d'initiatives convergentes, ne se réduit-il pas à la simple élimination des entorses et des entraves à la libre concurrence : comme au niveau interne, il s'agit d'une action plus complexe de *régulation*, prenant en compte des considérations variées. Les instances communautaires sont par exemple plus ouvertes que les autorités nationales à la prise en compte de considérations sociales et environnementales dans la passation des marchés ; et les dérogations à la concurrence dont peuvent bénéficier les « services d'intérêt économique général » montrent que la politique communautaire est sur ce plan plus nuancée qu'il paraît. Mais, en se posant ainsi en régulatrices de la concurrence, les instances communautaires apparaissent plus que jamais comme des substituts des États.

La dilatation de l'ordre concurrentiel aux dimensions de l'Europe et du monde s'est donc traduite par l'émergence de nouvelles instances de régulation, La régulation étatique s'inscrit désormais dans un édifice complexe, formé de plusieurs niveaux superposés et emboîtés, dont l'articulation ne relève pas de l'évidence et dont la cohérence est aléatoire. Mais surtout, l'État est lui-même devenu l'objet de l'action de régulation de la concurrence menée dans un cadre transnational.

²⁰ Robert Charvin, « L'ordre concurrentiel et l'OMC », in *L'ordre concurrentiel*, préc., pp. 181 sq.

B) *L'État régulé*

L'apparition de niveaux de régulation de la concurrence placés au-dessus de l'État n'a pas seulement pour effet d'insérer la régulation étatique dans un ensemble complexe : elle agit sur cette régulation elle-même. Les règles édictées par les États pour réguler la concurrence vont en effet être passées au crible des principes définis au niveau supra-étatique, et éventuellement être mises en cause comme étant de nature à fausser le jeu de la concurrence. L'ordre concurrentiel qui se déploie au niveau international est commandé par une logique propre ; il tend à saper les équilibres construits dans l'ordre interne. Aussi, les États vont-ils être conduits à réajuster les dispositifs qu'ils avaient édifiés, soit sous la pression explicite des nouveaux régulateurs de la concurrence, soit du fait de la dynamique d'évolution du marché mondial. Le droit étatique de la concurrence va être contraint, bon gré mal gré, de se mettre en conformité avec ces nouvelles règles du jeu : *l'État régulateur de la concurrence est lui-même, en tant que tel, régulé.*

Cette évolution se traduit par un double mouvement en sens contraire : d'une part, l'allègement des dispositifs traditionnels d'encadrement du jeu concurrentiel ; d'autre part, l'édition de nouvelles règles appelées par la nécessité de réduire les distorsions possibles de la concurrence. Ces mouvements se sont succédés, le second apparaissant comme le correctif et le complément du premier.

— La *déréglementation* a pris la forme, à partir des années 1980, d'un processus de libéralisation, s'attaquant aux dispositifs de régulation de la concurrence spécifiques à certains secteurs ou de nature transversale — en tout premier lieu, les dispositifs d'exclusion de la concurrence, mais aussi les dispositifs d'encadrement de la concurrence. La déréglementation s'est attaquée donc d'abord aux dispositifs restreignant la liberté d'entreprendre, tels les régimes d'autorisation administrative préalable : son ambition a été de mettre fin, dans toute la mesure du possible, aux chasses-gardées, aux divers monopoles (publics ou privés, de droit ou de fait), aux systèmes malthusiens de toute nature. Elle s'est attaquée aussi aux contraintes pesant sur les agents économiques, en restreignant leur liberté d'action : elle a entendu desserrer le carcan des réglementations, générales ou spécifiques, en redonnant aux agents économiques une capacité nouvelle d'initiative.

La déréglementation a donc entraîné la redéfinition des mécanismes de régulation de la concurrence mis en place par les États. Cette redéfinition est largement le produit d'une contrainte externe ; elle est concomitante du processus de globalisation économique, qui se traduit par l'extension de l'ordre concurrentiel, à laquelle elle vient contribuer ; au-delà des pressions exercées par les autorités communautaires, elle résulte des transformations de l'économie mondiale (mutations technologiques et développement de l'interpénétration des économies. La déréglementation tend à réduire l'emprise de l'État sur l'ordre concurrentiel : il s'agit de laisser jouer davantage la dynamique de marché. L'ordonnance française du 1^{er} décembre 1986 ne saurait donc être envisagée seulement par référence aux nouveaux équilibres politiques et économiques internes du moment : elle s'inscrit dans le mouvement plus global de libéralisation qui se développe alors au niveau international et d'émancipation de l'ordre concurrentiel vis-à-vis de la tutelle étatique.

— Cette logique sera ultérieurement infléchie. On a pris conscience, au cours de la décennie 1990, que la mondialisation des échanges suppose loyauté, transparence et égalisation des conditions de la concurrence, aussi bien entre les opérateurs économiques

qu'entre les États²¹. Les États vont donc être invités à adopter un ensemble de mesures jugées indispensables pour discipliner le jeu de la concurrence, en introduisant dans leur législation interne les dispositions nécessaires. Deux exemples témoignent de cette évolution. D'une part, la lutte contre les paradis fiscaux et le blanchiment de l'argent sale : les quarante recommandations rédigées en 1990 par le GAFI, et révisées en 1996, constituent un véritable standard international, auquel sont invités à se conformer les États ; et la publication consécutive d'une « liste noire », périodiquement actualisée, des pays et territoires « non coopératifs » donne à ce standard une force particulière. D'autre part, la construction d'un dispositif anti-corruption : une convention relative à la corruption active dans les transactions commerciales internationales a été adoptée le 17 décembre 1997 sous l'égide de l'OCDE ; et les pays signataires se sont engagés à la transposer dans leur législation interne (ce sera fait pour la France par la loi du 30 juin 2000).

L'État est donc désormais surplombé par un ordre concurrentiel dont la régulation lui échappe pour une large part. Dès lors, le rapport qu'il entretient à cet ordre s'infléchit.

III/ L'ÉTAT SOUMIS À L'ORDRE CONCURRENTIEL

Non seulement l'État a perdu son emprise ancienne sur l'ordre concurrentiel, mais encore cet ordre tend à s'imposer à lui, en modelant sa configuration et en infléchissant ses modes d'action : tout se passe comme l'État était désormais traversé de part en part par l'ordre concurrentiel qui pèse sur lui comme contrainte. Cette mutation est le corollaire de l'évolution précédente : surplombé par l'ordre concurrentiel, l'État subit sa pression ; elle s'inscrit cependant dans un processus plus large de redéfinition des rapports entre l'ordre étatique et l'ordre concurrentiel.

Dans la conception classique, le rapport de l'État à l'ordre concurrentiel est construit autour de deux aspects complémentaires.

D'une part, l'État est conçu comme étant par essence soustrait à l'ordre concurrentiel : les fins de son institution (l'intérêt général) et la nature de ses moyens d'action (l'usage de la contrainte) le placent dans une situation de monopole ; aucun acteur privé ne saurait lui faire concurrence. La concurrence est la loi qui domine le fonctionnement de la sphère privée, et plus précisément de l'économie marchande ; le monopole est, en revanche, l'attribut du public. Aussi, le statut de monopole sera-t-elle intimement liée à la notion de service public : dès l'instant où l'État est amené à prendre en charge une activité sociale, c'est la preuve que la concurrence ne peut fonctionner ou produire des effets positifs ; le service public appelle donc le monopole. Sans doute, la réalité sera-t-elle plus complexe : les services publics ont rarement été dotés d'un authentique monopole de droit : un privilège d'exclusivité ne sera attribué qu'aux services dont l'activité touche à la souveraineté ou pour des raisons techniques ; cependant, tous les services publics n'en disposeront pas moins d'une position dominante ou, à tout le moins, d'un ensemble de prérogatives, révélant l'existence d'un « statut monopolistique ».

D'autre part, et en contrepartie, l'État est limité par l'ordre concurrentiel, qu'il est tenu de respecter. Certes, la dogmatique libérale de la non-immixtion de l'État dans la sphère de

²¹ Jacques Chevallier, « Lutte contre la corruption et loyauté dans les relations internationales », in Josepha Laroche (Dir.), *La loyauté dans les relations internationales*, L'Harmattan, Coll. Logiques politiques, 2001, pp. 185 sq.

l'économique, dès le départ illusoire, a-t-elle été progressivement assouplie : néanmoins, les services publics n'en étaient pas moins tenus de s'abstenir de sortir du périmètre d'activité qui leur avait été dévolu et assigné, en faisant aux entreprises privées une concurrence « déloyale ». Même si la jurisprudence a été conduite à nuancer ce principe, en autorisant les activités annexes, qui constituent un complément nécessaire au fonctionnement du service, en améliorant les prestations fournies aux usagers ou pour des motifs de rentabilité financière, cette extension n'en sera pas moins strictement encadrée, les services publics étant tenus de respecter la loi de la concurrence²².

Ces principes ont été sensiblement infléchis : la sphère publique n'est plus soustraite à une logique concurrentielle qui s'instille au cœur de l'État et gagne des services publics toujours plus nombreux ; aussi le principe de démarcation traditionnel tend-il à faire place à un principe nouveau d'égalité de concurrence entre public et privé.

A) L'État mis en concurrence

La pénétration de la logique concurrentielle dans l'État se traduit essentiellement par la fin des privilèges d'exclusivité dont bénéficiaient les services publics économiques : dès l'instant où il entre dans la sphère des activités économiques, c'est-à-dire s'engage à offrir des biens et des services sur un marché, l'État est tenu de se plier à la loi de la concurrence qui commande ses activités. Cependant, par-delà les services économiques, l'ordre concurrentiel tend à gagner d'autres services, traditionnellement considérés comme étant placés hors marché.

— La mise en concurrence des services publics économiques est le sous-produit direct des pressions communautaires : on sait comment, en s'appuyant sur l'article 90 du traité de Rome assujettissant les « services d'intérêt économique général » (SIEG) à l'ensemble des disciplines communautaires, et notamment à la concurrence, les autorités communautaires ont mené, et continuent à mener, une action résolue, à partir des années 1980, pour obtenir l'ouverture à la concurrence des grands réseaux nationaux de service public, dotés d'une position monopolistique (communication, transports, énergie). Sans doute, des dérogations aux règles de la concurrence sont-elles possibles en faveur de ces services, dérogations pouvant aller jusqu'à l'octroi de « droits exclusifs », mais c'est à la condition que ces règles fassent obstacle à l'accomplissement de leurs missions et que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt communautaire. Vu de Bruxelles, la concurrence est donc la règle en ce qui concerne les services économiques ; les exceptions sont soumises à des conditions strictes et au contrôle étroit des instances communautaires : l'État doit abandonner les privilèges liés à son statut pour se plier aux contraintes de l'ordre concurrentiel.

La vision est plus nuancée dans l'ordre interne : non seulement l'ouverture à la concurrence des grands réseaux de service public s'est heurtée en France à des combats de retardement et s'est traduite par des demi-mesures (notamment dans le secteur de l'énergie), mais encore le pouvoir des personnes publiques de conférer des monopoles et droits exclusifs pour les besoins du service public subsiste — par exemple par la voie de l'attribution d'un droit exclusif d'exploitation au concessionnaire d'une activité de service public s'exerçant sur la domaine public ; et le Conseil constitutionnel a reconnu (décision du 16 janvier 2000) que la

²² Voir sur cette jurisprudence, Danièle Loschak, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *Actualité juridique-droit administratif*, 1971, pp. 261 sq ; Martine Lombard, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz*, 1994, O, pp. 163 sq.

liberté d'entreprendre pouvait être mise en cause « *eu égard à l'intérêt général de l'objectif* » que le législateur s'est assigné. Dans son rapport de 2002, le Conseil d'État souligne pour sa part la « *nécessité d'une conciliation entre l'impératif de la concurrence et les autres impératifs d'intérêt général dont les collectivités publiques ont la charge* »²³.

Ces nuances sont importantes ; elles ne remettent cependant pas en cause l'essentiel, à savoir la prééminence de l'ordre concurrentiel dès l'instant où l'État s'engage dans des activités économiques.

— La pénétration de l'ordre concurrentiel dans la sphère du public va cependant au-delà : l'ordre concurrentiel tend en effet à s'appliquer à des services traditionnellement placés hors marché.

Cette extension est à première vue contraire aux orientations du droit communautaire lui-même, qui opère une distinction nette entre les services marchands et les autres : les services qui ne présentent pas un caractère économique ne justifient pas « *l'application des règles de concurrence prévues par le traité* » ; c'est le cas des activités qui se rattachent, soit à l'exercice de « *prérogatives de puissance publique* »²⁴, soit à l'exercice d'une « *fonction exclusivement sociale* »²⁵. Néanmoins, cette démarcation n'est pas aussi tranchée, la « *marchéisation* » ne recouvrant pas une sphère intrinsèque d'activités mais un mode de fourniture des biens et services. Antoine Pirovano a montré comment la logique concurrentielle tendait à « *infiltrer le droit social* », notamment à travers la tendance à une redéfinition des régimes de protection sociale (maintien d'un filet de protection sociale commun et recours à un système d'assurances complémentaires). La Justice elle-même, qui est à première vue clairement placée en dehors de la sphère du marché et soustraite à la logique concurrentielle, tendrait à être attirée dans l'ordre concurrentiel, à travers la mise en concurrence des systèmes processuels (concurrence des professions judiciaires, concurrence entre juridictions) et la diffusion d'un modèle concurrentiel au sein de l'institution judiciaire (exigence de « *qualité de la Justice* »). Plus généralement l'idée de mise en concurrence systématique des services publics, sur le modèle du *market testing* expérimenté en Grande-Bretagne à l'occasion de la mise en place des Agences exécutives, tend à cheminer dans une série de domaines (santé, éducation...).

Cette mise en concurrence présuppose l'égalisation des conditions de la concurrence, qui conduit à une banalisation de la gestion publique.

B) Le principe d'égle concurrence

La logique concurrentielle n'est effective que si les opérateurs publics et privés sont placés dans des conditions égales, que si les premiers ne disposent pas de privilèges de nature à fausser le jeu de la concurrence. Au principe traditionnel de « *non-concurrence* » entre les activités publiques et privées tend ainsi à se substituer « *un principe d'égle concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé* »²⁶. Ce principe d'égalité de la concurrence n'implique pas que tous les opérateurs soient

²³ « *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, *Etudes et documents du Conseil d'État*, n° 53, La Documentation française, 2002, p. 385.

²⁴ CJCE, *Sat Eurocontrol*, 1994, à propos de la police.

²⁵ CJCE, *Poucet et Pistre*, 1993, à propos de la sécurité sociale.

²⁶ Conclusions Catherine Bergeal sur C.E., avis 8 novembre 2000, *Sté Jean-Louis Bernard*, *Actualité juridique-droit administratif*, 2000 p. 1066.

placés dans des conditions d'exploitation identiques, mais seulement qu'ils ne bénéficient pas de facilités de nature à fausser le jeu de la concurrence²⁷.

— L'application de ce principe aux services publics repose sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui vise « *toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles assurées par les personnes publiques* » (art. 53) : ainsi les services publics économiques sont-ils désormais soumis au droit commun de la concurrence.

La mise en œuvre de ce principe a soulevé, on le sait, de difficiles problèmes : s'il est clair que tout service économique est tenu, dans son fonctionnement, au respect des règles de la concurrence, sous le contrôle du Conseil de la concurrence et des tribunaux de l'ordre judiciaire, la question était plus délicate concernant les mesures d'organisation du service. Dans un premier temps, le Tribunal des conflits²⁸ avait estimé que les dispositions de l'ordonnance de 1986 ne s'appliquaient aux personnes publiques « *qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de service* », l'organisation même du service public par une collectivité publique n'étant pas, en revanche, constitutive d'une telle activité. Puis, la jurisprudence a évolué : le Conseil d'État a jugé que la légalité d'un contrat de concession pouvait être discutée devant le juge administratif au regard des art. 7 et 8 de l'ordonnance de 1986²⁹ ; une nouvelle extension s'est produite depuis, concernant les actes de gestion du domaine public³⁰ et les actes de police administrative³¹. Désormais, l'ensemble des actes administratifs pris au titre de la puissance publique sont susceptibles d'examen au regard du droit de la concurrence — la coexistence du contrôle du juge judiciaire et du juge administratif³² créant de nouvelles complexités procédurales et des risques de contradictions³³.

L'interprétation donnée par le Conseil d'État³⁴ montre cependant que, pour lui, le respect de la concurrence doit « *se concilier avec les autres nécessités de l'action publique* ». Il n'y a donc pas, à ses yeux, banalisation de l'intervention publique : l'intérêt général ne se réduit pas au seul impératif du fonctionnement concurrentiel des marchés ; « *l'idée d'égalité de concurrence entre personnes publiques et personnes privées dans le champ de l'économie n'a qu'une portée relative* ». Une telle interprétation accroît évidemment les risques de contradiction avec l'interprétation du juge judiciaire, pour qui le respect de l'ordre concurrentiel se situe au premier plan.

— La promotion du principe d'égalité de concurrence a une série d'implications concrètes concernant les rapports public-privé. Il prive d'abord le principe traditionnel de non-concurrence faite par les services publics aux opérateurs privés d'une part de sa portée : en témoigne le fait que le Conseil d'État a admis qu'une personne publique pouvait se porter

²⁷ Gabriel Eckert, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Gouverner, administrer, juger, Mélanges Waline*, Dalloz, 2002, pp. 207 sq.

²⁸ 6 juin 1989, *Préfet de la région Ile de France c/SAEDE*, *Revue du droit public* 1989, n° 6, p. 1780, note Gaudemet.

²⁹ 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais, Sté Yonne Funéraire, Sté Intermarbres*, Concl. Stahl, *Revue française de droit administratif*, 1997, n° 6, pp. 1228 sq, note Yves Gaudemet, *Revue du droit public*, 1998, n° 1, pp. 256 sq. puis

³⁰ Arrêt du 29 mars 1999, *Sté EDA*, *Dalloz* 2000, n° 9, note Markus.

³¹ Avis du 22 novembre 2000, L et P. Publicité.

³² Le Conseil de la concurrence ne pouvant connaître de pratiques indissociables d'un acte comportant l'usage de prérogatives de puissance publique (Trib. des conflits, 18 octobre 1999, *Préfet de la région Ile-de-France, Préfet de Paris c/Cour d'Appel de Paris, Actualité juridique-droit administratif*, 1999, pp. 1029 sq., note Michel Bazex. Voir Didier Truchet, précité.

³³ Nicolas Charbit, « Marée haute et écueils de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de concurrence », *Les Petites Affiches*, 21 février 2001, n° 37, pp. 3 sq.

³⁴ Rapport 2002 précité.

candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public³⁵ ; s'ils sont tenus de respecter les règles de la concurrence, les services publics disposent ainsi d'une marge de manœuvre accrue.

Corrélativement, le respect de l'ordre concurrentiel ne constitue pas un obstacle à la création de nouveaux services publics : le droit communautaire est, on le sait, en principe indifférent au statut de l'opérateur, à condition toutefois qu'il n'entraîne pas de distorsion de concurrence. Cependant, la logique concurrentielle pousse à faire appel de manière croissante à des formules de gestion privée, voire à modifier le statut des opérateurs publics : le recours à la délégation de service public est encouragé au niveau communautaire, parce que cette externalisation permet une mise en concurrence des opérateurs potentiels ; les marchés publics peuvent constituer une autre forme de transfert déguisé au privé. Quant à la privatisation des entreprises publiques, le processus est largement engagé et devrait se poursuivre au cours des prochaines années.

Si le rapport entre l'État et l'ordre concurrentiel a toujours été un rapport complexe, fondé sur l'interdépendance mutuelle, ce rapport a incontestablement évolué : au-delà de la figure traditionnelle de l'État garant de l'ordre concurrentiel, on a vu se consolider un ordre concurrentiel placé en surplomb de l'État ; et l'État apparaît désormais soumis à l'ordre concurrentiel qui régit une partie au moins de ses activités. Néanmoins, il convient de rappeler que ces trois dimensions coexistent : alors même qu'il est surplombé et régi par l'ordre concurrentiel, l'État continue à en être partiellement le garant ; et cette imbrication accroît la complexité de la relation entre les deux ordres.

³⁵ Avis du 8 novembre 2000, précité.