



**HAL**  
open science

# L'aquacycle, le service public (administratif) et la concurrence

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. L'aquacycle, le service public (administratif) et la concurrence : note sous T. confl., 9 janv. 2017, n° 4074, Société Centre Léman, concl. B. Vassallo et CAA Lyon, 17 nov. 2020, n° 18LY00140, Société Centre Léman, concl. S. Deliancourt. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2021, 102, pp.15-19. hal-03189102

**HAL Id: hal-03189102**

**<https://hal.science/hal-03189102>**

Submitted on 9 Apr 2021

**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.

« L'aquacycle, le service public (administratif) et la concurrence »

Note sous :

TC, 9 janvier 2017, *Société Centre Léman*  
CAA Lyon, 17 novembre 2020, *Société Centre Léman*

*Version de travail ; publication RLC, 2021*

**Sébastien BRAMERET**

Maître de conférences  
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble

*La gestion d'un centre d'aquacycle et d'aquagym peut être qualifiée d'activité de service public administratif, lorsqu'elle est réalisée dans le cadre plus général d'un centre aquatique géré en régie municipale. Cela ne dispense pas pour autant la personne publique de respecter les règles de la concurrence (notamment en matière tarifaire), dès lors que l'activité relève d'un marché concurrentiel. Cette affaire donne l'occasion de revenir sur certains aspects baroques de l'application du droit de la concurrence aux activités des personnes publiques.*

**Trib. conf., 9 janvier 2017, n° 4074, Société Centre Léman, concl. B. Vassallo**  
**CAA Lyon, 17 nov. 2020, n° 18LY00140, Société Centre Léman, concl. S. Deliancourt**

Les faits à l'origine de l'espèce sont assez simples en comparaison des questions juridiques qu'ils ont soulevées. La Société Centre Léman (SCL) exploite depuis 2008 un centre de remise en forme dans la commune de Vétraz-Monthoux en Haute-Savoie. En avril 2013, elle a étendu son offre et propose désormais des activités de gymnastique et de vélo aquatiques (aquagym et *aquabike* ou aquacycle). En parallèle, la communauté d'agglomération d'Annemasse — Les Voirons a ouvert, après de très importants travaux, un complexe aquatique dénommé « Château bleu » comprenant, notamment, un bassin olympique, un bassin ludique, un espace bien-être avec sauna, hammam, jacuzzi et solarium, et, depuis juillet 2014, un espace aquatique (au sein du bassin olympique) permettant la pratique des activités de gymnastique et de vélo aquatiques.

Le contentieux entre la SCL et la communauté d'agglomération ne s'est, semble-t-il, pas cristallisé autour de la question de la possibilité, pour une personne publique, de prendre en charge une telle activité (économique ?), mais plutôt de celle des pratiques du centre liées à sa tarification. Par délibération du 26 février 2014, le conseil de l'EPCI a « fixé à 81 euros le tarif par trimestre pour l'activité aquabike contre 168 euros au centre Léman pour 10 séances ; que, par délibération du 8 avril 2015, pour faire face à la "nécessité de recouvrement de recettes supplémentaires pour financer une partie du déficit structurel de l'établissement, à la prise en considération des demandes formulées par les usagers ou pour répondre à des nouvelles pratiques constatées depuis l'ouverture du centre aquatique", le prix de cette activité a été fixé à 11 euros pour une séance

*d'aquabike ou 96 euros par trimestre correspondant à 10 séances ; que, le 3 avril 2017, ce prix a été porté à 11,45 euros la séance*»<sup>1</sup>. La société requérante invoque, à l'appui d'un recours indemnitaire devant le juge administratif, le préjudice financier résultant de la mise en place de prix abusivement bas au sens des dispositions de l'article L. 420-5 du code de commerce.

Afin de comprendre les enjeux de l'affaire, il est nécessaire de revenir sur la répartition — parfois complexe — du contentieux en matière concurrentielle. À la distinction entre les juridictions administratives et judiciaires s'ajoute en effet une compétence propre de l'Autorité de la concurrence. Lorsqu'un litige naît entre deux personnes privées, un choix est offert à la partie qui s'estime lésée : saisir l'Autorité de la concurrence pour faire cesser toute pratique anticoncurrentielle et éventuellement prononcer des sanctions de nature administrative à l'encontre de l'entreprise (C. com., art. L. 462-6) ; intenter une action en responsabilité civile devant le tribunal de commerce lorsqu'elle est dirigée contre une entreprise ayant la qualité de commerçant (C. com., art. L. 721-3). Une difficulté supplémentaire apparaît lorsqu'une personne publique est impliquée, car la présence d'un acte administratif pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique implique la compétence du juge administratif<sup>2</sup>. En conséquence, si l'Autorité de la concurrence reste par principe compétente pour sanctionner toute pratique anticoncurrentielle résultant « *des activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* » (C. com., art. L. 410-1), le juge administratif doit être saisi lorsque l'action est dirigée contre des pratiques « *en réalité indissociables* » d'un acte administratif manifestant l'usage d'une prérogative de puissance publique<sup>3</sup>. Par ailleurs, l'action indemnitaire en responsabilité peut toujours être dirigée contre la personne publique commerçante devant le juge judiciaire, sauf lorsque la personne publique est en réalité en charge d'un service public administratif. De la même façon, le contentieux de l'excès de pouvoir demeure l'apanage du juge administratif. Lorsqu'il est compétent, ce dernier applique le droit de la concurrence, que l'administration agisse comme autorité normative<sup>4</sup>, comme acteur économique<sup>5</sup> ou comme cocontractant d'une autre personne publique<sup>6</sup>. C'est à travers cette grille à double entrée que le justiciable doit se frayer un chemin, pour saisir la bonne autorité, sur le bon fondement... Cela peut parfois être d'une très grande complexité, illustrant la difficulté d'appréhension du droit (public) de la concurrence.

En l'espèce, le requérant avait choisi de former un recours indemnitaire contre la pratique de la personne publique résultant, selon eux, de la fixation d'une tarification des activités d'aquagym et d'aquacycle deux fois inférieurs aux siens. Il considérait que celle-ci pouvait s'apparenter à un prix prédateur au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce, ouvrant droit à une action en concurrence déloyale. Après que le Tribunal des conflits a reconnu la compétence des juridictions administratives<sup>7</sup>, les juridictions administratives ont, en premier ressort puis en appel, rejeté les demandes en considérant que « *la société*

<sup>1</sup> TA Grenoble, 9 nov. 2017, n° 1700446, *Société Centre Léman*, point 1.

<sup>2</sup> TC, 6 juin 1989, n° 02578, *Ville de Pamiers*, Rec. 293.

<sup>3</sup> TC, 18 oct. 1999, n° 03174, *Aéroport de Paris*, Rec. 469.

<sup>4</sup> CE, 3 nov. 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*, Rec. 406.

<sup>5</sup> CE, 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272.

<sup>6</sup> CE, 30 déc. 2014, n° 355563, *Société Armor SNC*, Rec. 433.

<sup>7</sup> Trib. conf., 9 janvier 2017, n° 4076, *Société Centre Léman*.

*requérante n'est pas fondée à soutenir que l'exploitation par la communauté d'agglomération d'Annemasse — Les Voirons de l'activité d'aquabike porterait une concurrence illégale à sa propre activité*»<sup>8</sup>. Sur le fond, la Cour administrative d'appel de Lyon confirme logiquement l'absence de violation du droit de la concurrence (II). Bien plus surprenant est le raisonnement retenu par les diverses juridictions saisies successivement — pas moins de cinq en plus de cinq ans — et notamment la Cour administrative d'appel, qui a dû tenir compte de la qualification étonnante de service public administratif de l'activité d'aquacycle et d'aquagym réalisée par le Tribunal des conflits (I).

## I. Une étonnante qualification de l'activité de service public administratif

À la question de fond posée par la société s'est ajouté, en préalable, un conflit de compétence juridictionnelle. La société requérante a, en effet, saisi le tribunal administratif d'une action en concurrence déloyale du fait des pratiques tarifaires du centre aquatique Château bleu. Ce dernier a, par une ordonnance du 25 novembre 2015, rejeté la requête comme ayant été présentée devant une juridiction incompétente, en application de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative. Elle relève « *qu'en raison de la nature industrielle et commerciale de l'activité (...), l'action en concurrence déloyale (...) ressortit de la juridiction judiciaire* »<sup>9</sup>. Exprimant également des doutes sur sa compétence, le tribunal de commerce de Thonon-les-Bains a renvoyé l'affaire devant le Tribunal des conflits, sur le fondement de la loi du 24 mai 1872 et du décret du 27 février 2015<sup>10</sup>. Ce dernier a reconnu la compétence de la juridiction administrative, considérant que le centre présente, « *pour l'ensemble de ses activités, un caractère administratif* »<sup>11</sup>.

Pour arriver à cette conclusion — qui peut *a priori* surprendre le lecteur même le plus avisé — le Tribunal des conflits mobilise la méthode classique du faisceau d'indices puis retient une approche globalisante de l'activité en cause. Ainsi, il relève que les activités en cause sont proposées par un centre aquatique municipal, qui comprend divers équipements liés aux activités aquatiques. Plus particulièrement, le rapporteur public, dans ses conclusions, centre son analyse sur la présence d'une piscine au sein de laquelle les activités sont organisées. Mme Vassallo relève, de jurisprudence ancienne et (quasi) constante des juridictions tant administratives que judiciaires, que la gestion en régie d'une piscine municipale en régie révèle l'existence d'un service public administratif<sup>12</sup>. Le juge s'appuie sur un triple faisceau d'indices pour caractériser l'existence d'une activité de nature administrative, c'est-à-dire différente de celle qui pourrait être proposée par une entreprise privée : un service public est industriel et commercial à raison de son objet, de

---

<sup>8</sup> TA Grenoble, 9 nov. 2017 préc., point 9, confirmé par CAA Lyon, 17 nov. 2020, n° 18LY00140, *Société Centre Léman*.

<sup>9</sup> TA Grenoble, Ordonnance du 25 novembre 2015, *Société Centre Léman*, point 2.

<sup>10</sup> Déc. citée par Trib. conf., 9 janvier 2017, préc. Dans ses conclusions, B. Vassallo précise que cette saisine se fonde sur l'article 32 du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 (concl. publiées sur le site du Tribunal des conflits, point 5).

<sup>11</sup> Trib. conf., 9 janvier 2017 préc.

<sup>12</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, v. pour le juge administratif : CE, 14 juin 1963, *Epoux Hébert*, Rec. 364 ; CE, 9 juillet 1975, n° 94884, *Commune de Saint-Pierre-de-Trivisy* ; C. cass., 5 mars 1997, n° 94-41.203. V., sur ce point, les conclusions éclairantes de Mme Vassallo (préc.).

son financement et (les conditions sont cumulatives) de ses modalités de fonctionnement<sup>13</sup>.

La qualification de SPA de l'activité de gestion de la piscine municipale ne fait dès lors guère de doute en l'espèce, car « *ce centre est exploité directement par la communauté d'agglomération d'Annemasse — Les Voirons, qui en assure la direction et y affecte des agents dont certains ont la qualité de fonctionnaire ; que les produits et charges d'exploitation sont portés au budget de la communauté d'agglomération ; qu'en égard à son organisation et à ses conditions de fonctionnement, le centre ne saurait être regardé comme un service public industriel et commercial* »<sup>14</sup>. Cette qualification n'est toutefois pas automatique, comme le relève le rapporteur public de ses conclusions<sup>15</sup>, et la reconnaissance de la nature de SPIC pourrait tout à fait résulter, par exemple, du fait que la gestion de l'équipement a été confiée à un tiers par voie de concession de service public<sup>16</sup>.

Une fois la gestion de la piscine qualifiée de SPA, encore fallait-il déterminer si la prise en charge d'activités d'aquacycle et d'aquagym relevait de la gestion de ce service. De cette réponse dépendait directement la compétence juridictionnelle. Le tribunal adopte une approche globalisante de la question, considérant que le centre aquatique « *présente par suite, pour l'ensemble de ses activités, un caractère administratif* »<sup>17</sup>. Pour le rapporteur public, l'activité en cause constitue « *une activité annexe fournie dans le prolongement de la piscine* », car « *il paraît (...) difficile de dissocier l'activité d'aquabike de celle de la piscine* » dès lors qu'elle est physiquement pratiquée à l'intérieur de celle-ci<sup>18</sup>. C'est ce qui différencierait cette pratique d'autres activités annexes, telle que la vente de boissons non alcoolisées et de petite restauration, qui sont plus aisément dissociables de l'activité principale<sup>19</sup>.

Si le raisonnement est teinté d'une forte logique, la recherche d'une simplification dans la répartition du contentieux qu'elle permet — mise en avant par le rapporteur public dans ses conclusions — ne convainc pas totalement. En effet, s'il est indéniable que les activités d'aquacycle et d'aquagym peuvent être exercées dans une piscine municipale, cela n'est en aucun cas une condition nécessaire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la SCL attaque la communauté d'agglomération : cette activité peut aisément être réalisée dans des petites structures, car elle relève du marché concurrentiel et semble donc difficilement rattachable à l'activité de gestion d'un bassin — qui plus est olympique. Il en eût peut-être été différemment pour des activités de plongée ou de formation au secourisme, qui nécessitent, par définition, un espace plus conséquent pour être pratiquées. *A contrario*, pourrait-on considérer que, dans le cadre d'un bassin en plein air, l'ouverture d'un service de restauration attenant et accessible uniquement depuis le bassin serait dès lors, par

---

<sup>13</sup> CE, 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec. 434. V., sur ce point, R. Chapus, *Droit administratif général (T1)*, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd., 2001, n° 767-772 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2020, n° 676.

<sup>14</sup> Trib conf., 9 janv. 2017 préc.

<sup>15</sup> Concl. B. Vassallo préc., point 8.

<sup>16</sup> V., par ex., CAA Marseille, 10 nov. 2003, n° 03MA01460, *SAN du Nord-Ouest de l'étang de Berre* ; CRC Île-de-France, ROD, 12 juillet 2017, *Communauté de communes Plaines et Monts de France*, 4.3.3.1.

<sup>17</sup> Trib conf., 9 janv. 2017 préc.

<sup>18</sup> Concl. B. Vassallo préc., point 9.

<sup>19</sup> Trib. conf., 9 déc. 2013, n° 3930, *Mme Hélène Calvet c/ Commune de V alleraugue*.

accessoire, une activité de SPA ? Confronté à une difficulté d'interprétation similaire, le juge financier a mis en avant le fait qu'une piscine « *peut être considérée comme un "équipement sportif de proximité" (car) elle offre d'autres types de prestations de nature concurrentielle (activités payantes de fitness, musculation et cardio-training, club-house pour la restauration) et qu'ainsi, sans être un parc aquatique, elle est plus qu'un simple bassin de natation* » : « *dès lors, la chambre maintient que l'assimilation de cet équipement à un SPA ne va pas de soi et reste susceptible d'une qualification en SPIC par le juge du contrat* »<sup>20</sup>.

Il semble que la nature essentiellement économique de l'activité aurait pu (ou dû) conduire le juge à écarter la qualification globalisante du centre aquatique de SPA. D'autant que le juge aurait pu mobiliser sa jurisprudence *ADP*, considérant que la pratique en cause (les tarifs appliqués par le centre) est « *en réalité indissociable* » de l'acte administratif fixant la grille tarifaire<sup>21</sup>. Il est d'ailleurs étonnant que les requérants n'aient pas saisi directement le juge administratif de l'une des délibérations fixant ou modifiant cette grille, que le juge administratif accepte de longue date de contrôler au regard du droit de la concurrence<sup>22</sup>. Une fois l'acte éventuellement reconnu illégal, le juge administratif aurait pu rechercher la responsabilité pour de l'administration découlant de l'illégalité de l'acte, ouvrant ainsi droit à indemnisation. Cela aurait évité de recourir à cette qualification baroque d'activité de service public administratif à résonance économique, pour ne pas dire de *service public administratif économique*...

## II. Une absence logique de violation de la concurrence par la personne publique

Malgré la qualification opérée par le Tribunal des conflits, l'incertitude liée à la nature réelle de l'activité d'aquacycle et d'aquagym transparait dans les décisions des juges administratifs. Classiquement, le juge administratif applique les règles de la concurrence aux personnes publiques dans deux situations distinctes, ayant donné naissance à deux branches contentieuses spécifiques. D'une part lorsque la personne publique prend elle-même en charge une activité économique : le juge cherche alors à concilier le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence, par application d'un « *droit de la concurrence publique* »<sup>23</sup> issu des jurisprudences *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* et *Ordre des avocats au barreau de Paris (OABP)*<sup>24</sup>. D'autre part, lorsque la personne publique édicte un acte de puissance publique (par ex. portant sur l'organisation d'un service public) qui, s'il n'est pas en tant que tel contraire à la concurrence, peut placer son destinataire dans une situation contraire à la concurrence : le juge de la légalité administrative applique alors un « *droit public de la concurrence* »<sup>25</sup>, par application des jurisprudences *Ville de Pamiers* et *Million et Marais*<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> CRC Île-de-France, ROD 14 déc. 2016, *Commune de Boulogne-Billancourt. Gestion de la piscine municipale*, 2.4.

<sup>21</sup> TC, 18 oct. 1999, préc.

<sup>22</sup> CE, 29 juil. 2002, n° 200886, *Société Cegedim*, Rec. 280.

<sup>23</sup> G. Clamour, S. Detours, A. Podlinski, *Droit de la concurrence publique*, J. Cl. Coll. terr., fasc. 571.

<sup>24</sup> CE, 30 mai 1930, n° 06781, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. 583 ; CE, 31 mai 2006, n° 275531, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272.

<sup>25</sup> G. Clamour, S. Detours, M. Foglia, *Droit public de la concurrence*, J. Cl. Coll. terr., fasc. 572.

<sup>26</sup> TC, 6 juin 1989, n° 02578, *Ville de Pamiers*, Rec. 293 ; CE, 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, Rec. 406.

La difficulté d'espèce provient du fait que les requérants n'attaquent ni l'acte portant création d'une activité économique (l'aquacycle a été qualifié de SPA) ni celui de fixation des tarifs, mais une pratique découlant de ce dernier. Le juge administratif est alors contraint de trouver une solution — à notre sens inédite — au croisement de ces deux lignes jurisprudentielles. Tant le TA que la CAA invoquent la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris* pour justifier leur position<sup>27</sup>. Le juge doit distinguer entre deux situations : d'une part « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique* ». Dans ce cas, leur intervention est par nature autorisée. D'autre part, « *si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. Pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ou de la volonté d'amortir des équipements* ». Leur intervention est alors soumise au respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et du respect du droit de la concurrence.

L'application de la jurisprudence *OABP* au cas d'espèce interroge, car elle a été élaborée pour encadrer les conditions de prise en charge d'une activité économique par une personne publique. Or, l'activité en question a été expressément qualifiée d'administrative par le Tribunal des conflits<sup>28</sup>. Cela signifie-t-il qu'elle n'a pas de nature économique au sens de la jurisprudence *OABP*? Le juge administratif se trouvait ici face à une difficulté inédite et a dû se résoudre à lever des contradictions théoriques nées de la qualification de l'activité de service public administratif, mais à forte dimension économique.

Le rapporteur public, dans ses conclusions, déduit fort logiquement de la position du Tribunal des conflits que l'intervention de l'EPCI est « *légitime et justifiée, sans qu'il soit nécessaire de vérifier l'existence ou non d'une carence de l'initiative privée* »<sup>29</sup>. La décision se place résolument dans la première branche de l'alternative offerte par l'arrêt *OABP* : une activité nécessaire à la réalisation de la mission de service public dont elle est investie. Cela soulève cependant deux difficultés. En premier lieu, on voit mal en quoi les activités d'aquacycle ou d'aquagym pourraient être un complément nécessaire à l'activité de service public principal de la gestion de la piscine. Et ce d'autant plus qu'elles ne représentent en réalité qu'une utilisation marginale du bassin, évaluée à 3,3 % du temps total<sup>30</sup>. Il faut s'en tenir ici à la qualification artificielle retenue par le Tribunal des conflits. En second lieu — et même si la lettre de la décision *OABP* ne le précise pas — il semble que l'esprit de cette décision était de distinguer les activités qualifiées de naturelles de l'administration (et donc exercées librement, c'est-à-dire sans avoir besoin de respecter les règles de la LCI) de celles qui, d'une façon ou d'une autre, relèvent du champ concurrentiel. Cette frontière est ici brouillée : le juge est conduit à fusionner ces deux considérations, en soumettant aux règles de la concurrence des activités qui, si elles sont *formellement* administratives (et qualifiées de SPA), n'en restent pas moins *matériellement* économiques et donc doivent être

---

<sup>27</sup> TA Grenoble, 9 nov. 2017 préc., point 5, repris par CAA Lyon, 17 nov. 2020 préc., point 3.

<sup>28</sup> Trib conf., 9 janv. 2017 préc.

<sup>29</sup> Concl. S. Déliancourt préc. sur CAA Lyon, 17 nov. 2020.

<sup>30</sup> Concl. B. Vassallo préc., point 9

légitimement soumises aux règles de la concurrence. Cela illustre une nouvelle fois le caractère attractif du droit de la concurrence (d'aucuns emploieraient l'expression d'effet utile) et le mouvement de transformation du juge administratif en un véritable juge économique.

Le sentiment de malaise qui se dégage de la lecture de la décision peut s'expliquer par le fondement de la saisine du juge administratif retenu par le requérant. Celui-ci a engagé un recours indemnitaire de plein contentieux, sur le fondement de l'article L. 420-5 du Code de commerce, cherchant à obtenir la réparation du préjudice découlant, selon lui, de la pratique de prix prédateurs. Là encore, il aurait peut-être été plus simple d'attaquer l'acte administratif à l'origine de ces pratiques. Le résultat aurait été le même (sanction du comportement de la personne publique pour prédation), mais le cheminement intellectuel bien plus satisfaisant et la décision plus claire pour le justiciable.

Sur le fond, la décision de la Cour aurait très certainement été motivée de la même façon, pour aboutir à des conclusions identiques<sup>31</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'une saisine par voie de recours pour excès de pouvoir aurait également permis au juge de se poser la question d'un éventuel abus automatique de position dominante (C. com., art. L. 420-2), par application de la jurisprudence *Cegedim*<sup>32</sup>. En l'espèce, il est très peu probable que ce moyen aurait pu prospérer, dès lors que « *la circonstance que les prix pratiqués par (le centre) sont inférieurs à ceux proposés par la Société Centre Léman ne saurait en elle-même établir une atteinte au droit de la concurrence* »<sup>33</sup>. Il appartient en effet au requérant de démontrer la réalité de la distorsion de concurrence. Dans le contentieux de la légalité d'une intervention publique, le Conseil d'État a ainsi jugé qu'une « *telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci* »<sup>34</sup>. Dans le contentieux de la candidature d'une personne publique à un contrat de la commande publique, il s'attache à ce que « *le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* »<sup>35</sup>. Il vérifie que la personne publique n'a pas utilisé des moyens (principalement financiers, mais également matériels ou humains) issus de l'exploitation du service public pour intervenir de façon déloyale sur un marché concurrentiel. En l'espèce, le rapporteur public relève que « *les éléments fournis démontrent que l'espace bien-être, l'aquabike et l'aquafitness sont entièrement financés par les recettes issues des entrées et*

---

<sup>31</sup> Sur la question de l'analyse économique, nous renvoyons aux très éclairantes conclusions de S. Deliancourt **publiées dans cette revue**, qui reprennent les conditions cumulatives exigées par la loi pour qu'une pratique puisse être qualifiée de prix prédateur. Le contentieux s'était cristallisé en l'espèce sur les modalités concrètes d'évaluation de la prédation et la prise en compte des coûts incrémentaux par la personne publique dans la détermination de son offre. Les juges de première instance comme d'appel ont conclu dans le même sens de l'absence de prédation, alors même que les prix proposés par le centre municipal étaient inférieurs à ceux de l'entreprise privée.

<sup>32</sup> CE, 29 juill. 2002, n° 200886, *Société Cegedim*, Rec. 280.

<sup>33</sup> CAA, 17 nov. 2020 préc., n° 5.

<sup>34</sup> CE, 31 mai 2006 préc.

<sup>35</sup> CE, 30 déc. 2014, préc., n° 2.



*des abonnements, sans subvention aucune allouée ou transfert de charge*»<sup>36</sup>. Dès lors, les prix, même inférieurs à ceux de l'entreprise privée, ne sont ni prédateurs ni ne placent le centre dans une position d'abuser d'une situation dominante.

\*\*\*

L'affaire des pratiques tarifaires du centre aquatique de la Communauté d'agglomération d'Annemasse – Les Voirons illustre une nouvelle fois les méandres de l'application du droit de la concurrence aux activités (économiques) des personnes publiques. Cette difficulté est d'autant plus aiguë que les règles (protectrices) d'attribution de la compétence de la juridiction administrative entrent en conflit avec celles (très extensives) de l'application du droit de la concurrence. *In fine*, la question de la pertinence des critères de reconnaissance d'un service public industriel et commercial peut être (de nouveau) posée. Ceux-ci, élaborés à une époque où le droit de la concurrence était encore balbutiant (pour ne pas dire inexistant) se révèlent de plus en plus en inadéquation avec la réalité de l'action publique. À tout le moins, la nécessité de cumuler les trois indices (nature de l'objet, conditions de financement et modalités de fonctionnement) pour qualifier une activité de SPIC mériterait-elle réflexion. Dans le cas d'espèce, la nature profondément économique de l'activité de l'activité aurait dû prévaloir. Peut-être serait-il désormais souhaitable, dans la continuité de la jurisprudence *APREI*<sup>37</sup>, de reconnaître qu'une activité peut-être un SPIC alors même que l'une des trois conditions ne serait pas réunie, dès lors que cela relève de l'intention manifeste de la collectivité. Cela permettrait de mettre en cohérence certains principes classiques du droit administratif avec ceux, en expansion, du droit (public) de la concurrence.

---

<sup>36</sup> S. Deliancourt, concl. préc.

<sup>37</sup> CE, 22 fév. 2007, n° 264541, *APREI*, Rec. 92.