



HAL
open science

État, crise et concurrence

Raphaël Romi, Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Raphaël Romi, Sébastien Brameret. État, crise et concurrence. Revue Lamy de la Concurrence, 2021, 103, pp.4-6. hal-03189159

HAL Id: hal-03189159

<https://hal.science/hal-03189159v1>

Submitted on 6 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.

XXXX - État, crise et concurrence : lire l'état d'urgence sanitaire dans son contexte historique et culturel

Version acceptée pour publication : *RLC*, 2021, n° 103

Par Raphaël ROMI

Professeur, Doyen honoraire de la faculté de droit de Nantes

Et Sébastien BRAMERET

Maître de conférences à l'université de Grenoble

[CHAPO] La survenue d'un état d'urgence sanitaire qui se prolonge et à certains égards se pérennise ne présente en regard du droit de la concurrence que peu d'aspects surprenants. Le droit public économique est un droit cyclique, qui à l'échelle de l'histoire, passe assez régulièrement de phases marquées par un interventionnisme direct de l'État à des phases où alternent désengagements, activités de régulation et activités d'encadrement.

La pandémie mondiale de la Covid-19 et la crise sanitaire et économique qui en ont résulté ne marqueraient-ils qu'une nouvelle étape dans les relations (parfois tumultueuses) qu'entretient l'État avec le marché, surtout en période de crise¹ ? Quand on ne considère que le droit français de la concurrence, on perçoit que l'ordonnance initiale, celle de 1945², constitue une volonté de sortir d'une crise : elle est structurée comme une recherche d'une normalité idéale, et l'exception est constituée par la superposition d'une pratique des nationalisations plus conséquente qu'aujourd'hui. À bien des égards, on pourrait en dire qu'à une crise peut répondre une intervention publique qui peut être une nationalisation. Et c'est bien ce qui se produit dans le domaine de la santé avec la création de Sécurité Sociale en 1946³...

Il est donc très logique que l'on voit en période de pandémie resurgir les revendications d'une nationalisation des industries de santé⁴ (ou de certaines d'entre elles⁵), revendications parfois même portées devant le juge administratif, avec un insuccès manifeste⁶. Au-delà, c'est même la question, plus innovante, de la nationalisation du vaccin lui-même qui se pose⁷, par application de certaines dispositions spécifiques (et très

¹ S. Braconnier, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 192 », *RDP*, 2012, n° 3, p. 731 et s. ; S. Braconnier, « *Les libertés économiques et la gouvernance des crises par l'État* », *Revue de droit d'Assas*, 2020, n° 2, p. 11 et s. ; J.-C. Videlin, « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFD Adm.*, 2010, p. 727 et s.

² Ord. n° 45-1483, 30 juin 1945, relative aux prix.

³ L. n° 46-1146, 22 mai 1946, portant généralisation de la sécurité sociale.

⁴ V., par ex., Collectif Agros pour une autre PAC, « Nationaliser la santé pour renforcer la sécurité sanitaire », *Libération*, 25 mars 2020.

⁵ V., par ex., AN, Prop. L. n° 2812, 7 avr. 2020, relative à la nationalisation des sociétés Luxfer Gas Cylinders S.A. et Famar Lyon ; AN, Prop. L. n° 2855, 28 avr. 2020, de nationalisation des sociétés particulièrement nécessaires à l'indépendance sanitaire de la Nation ; Sénat, Prop. L. n° 443, 19 mai 2020, relative à la nationalisation des sociétés Luxfer Gas Cylinders SAS, Famar France et Péters Surgical.

⁶ Sur la requête du parti politique Debout la France, demandant au Conseil d'État d'enjoindre l'État à nationaliser les entreprises Luxfer et Famar, v. S. Brameret, « L'État face à la crise sanitaire : le retour des nationalisations ? », *RLC* 2020/96, n° XXXX.

⁷ J. Quatremer, « Faut-il "nationaliser" les vaccins contre le Covid-19 ? », *Libération*, 27 janv. 2021.

anciennes⁸) du droit de la propriété intellectuelle⁹ et sur le fondement de la théorie des *biens communs*¹⁰.

L'ordonnance de 1986 sur la liberté de la concurrence¹¹, reprenant les logiques du droit européen (notamment des jurisprudences et textes d'application de l'article 101 TFUE), en gardera que certaines entorses au droit de la concurrence peuvent être tolérées, notamment en matière de blocage des prix de certains produits essentiels¹², ou encore dans le domaine des ententes, dès lors qu'elles concourent au progrès économique¹³. Cette logique marque la construction ordolibérale des droits interne et européen de la concurrence¹⁴.

La pratique du droit administratif ne montre-t-elle pas à l'évidence que ce rapport houleux entre concurrence et interventionnisme est finalement culturel ? Il suffit de considérer comment le droit administratif et la jurisprudence administrative organisent les pouvoirs du maire en matière sanitaire. L'énoncé de l'article L. 2212-2, alinéa 5 du code général des collectivités territoriales place bien la police sanitaire au-dessus de la normalité – et donc des règles normales de la concurrence – et l'article L. 2212-4 du même code, selon lequel, « *en cas de danger grave ou imminent, tel que les accidents naturels prévus au 5° de l'article L. 2212-2, le maire prescrit l'exécution de mesures de sûreté exigées par les circonstances* ». Ce sont des énoncés et des pouvoirs anciens, que la jurisprudence traite avec bienveillance. Si l'on fait un pas de côté, l'évolution du droit de l'environnement montre d'ailleurs qu'à toute crise (sanitaire) correspond une mise entre parenthèses du droit commun de la concurrence : c'est le cas par exemple quand le Conseil d'État a autorisé un maire à interdire les cultures agricoles dans le périmètre d'un point d'eau dont la teneur élevée en nitrate menaçait les habitants de sa commune d'un péril imminent, sur le fondement de l'article L. 2212-4 du CGCT¹⁵. Ce ne peut être évidemment que quand la crise est suffisamment perturbante et le maire ne saurait s'immiscer dans l'exercice de la police spéciale de l'eau « *qu'en cas de péril imminent* ».

À l'occasion de la crise sanitaire actuelle (mais pour combien de temps l'est-elle ?), le législateur a déplacé le lieu principal d'exercice de la plupart de ces pouvoirs du maire vers

⁸ P. Askenazy, « Napoléon I^{er}, les vaccins et la propriété privée : "si ce remède [produit] des effets utiles à l'humanité, le secret sera publié sans délai" », Le Monde, 10 févr. 2021.

⁹ Clause dite de la licence d'office : « *si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe ; leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ; une méthode de diagnostic ex vivo* » (CPI, art. L. 613-16).

¹⁰ Sur cette théorie, v. M. Cornu, F. Orsi, J. Rochefeld, Dictionnaire des biens communs, PUF, 2017.

¹¹ Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹² V. S. Brameret, « Coronavirus et concurrence : le retour de l'État ? », Dossier spécial, RLC, 2020/96, n° XXXX ; B. Ruy, « La norme de droit et ses contre-effets économiques : l'exemple de l'encadrement du prix des gels hydro-alcooliques », RLC, 2020/97, n° XXXX.

¹³ C'est d'ailleurs ce que la Commission européenne développe très logiquement dans sa communication du 8 avril 2020, Cadre temporaire pour l'appréciation des pratiques anticoncurrentielles dans les coopérations mises en place entre des entreprises pour réagir aux situations d'urgence découlant de la pandémie actuelle de COVID-19, 2020/C 116 I/02.

¹⁴ V. la contribution de C. Mongouachon au présent numéro.

¹⁵ CE, 2 déc. 2009, n° 309684, Commune de Rachecourt-sur-Marne.

le Premier ministre, par l'instauration du régime de l'État d'urgence sanitaire au sein du code de la santé publique¹⁶.

Mais la logique de bienveillance du juge administratif à l'encontre du pouvoir exécutif est similaire, voire même renforcée par le caractère très fortement atypique de la crise¹⁷.

Le droit des aides est un autre angle de vues qui permet d'appréhender ce rapport culturel et très humain, puisqu'il abstrait des aides interdites celles de l'article 107 §2 TFUE, qui énumère les aides compensant les dommages provoqués par des calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires et permet qu'en cas de crise d'autres puissent être déclarées compatibles¹⁸.

Le droit des libertés publiques entretient-il le même rapport entre crise et exceptionnalité pour ce qui concerne notre objet, le droit de la concurrence et la liberté de la concurrence¹⁹ ? La liberté d'entreprendre n'est qu'une liberté parmi d'autres, et tout est résumé dans la jurisprudence du Conseil d'État qui estime que les « *mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession doivent (...) être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent* »²⁰. De plus le contrôle juridictionnel qu'il exerce est cantonné à l'erreur manifeste de la puissance publique et « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a, dans ce cadre, déjà prises* »²¹. Dès lors, rien d'étonnant à ce que, dans leur immense majorité²², les atteintes à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la liberté d'établissements aient été considérées comme suffisamment graves et manifestement illégales pour justifier d'un référé liberté au sens de l'article L. 521-2 du code justice administrative²³.

Nous sommes donc entrés dans un cycle d'interventionnisme (que J. Chevallier n'hésite pas à qualifier « *d'économie de guerre* »²⁴) qui sans doute va réduire, pour partie mais significativement, le champ de la liberté de concurrence.

Il est possible que les effets de la crise sanitaire dans ce champ soient aggravés par une crise de nerfs généralisée des pouvoirs publics²⁵.

¹⁶ CSP, art. L. 3131-12 à L. 3131-20, issus de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

¹⁷ V. la contribution de S. Douteaud au présent numéro.

¹⁸ V. les contributions de D. Guinard et M. Karpenschif au présent numéro.

¹⁹ V. A. Sée, « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », RDLF, 2020 chron. n° 21 (www.revuedlf.com).

²⁰ CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674, Syndicat des jeunes médecins.

²¹ CE, ord., 22 mars 2020, préc.

²² Pour un contre-exemple, v. la décision de suspendre l'arrêté du maire de Nice interdisant temporairement les locations saisonnières dans sa commune, qui portait une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété et à la liberté du commerce et de l'industrie (CE, ord., 16 fév. 2021, 449605, *Commune de Nice*).

²³ Par ex., CE, ord., 1^{er} avr. 2020, n° 439762, Fédération nationale des marchés de France.

²⁴ J. Chevallier, « Le basculement vers une économie de guerre », Le club des juristes, 2 avril 2020 (www.leclubdesjuristes.com).

²⁵ V. S. Slama, « État d'urgence "loi de 1955" versus état d'urgence sanitaire, une contamination des libertés par la logique d'exception ? » in Colloque virtuel Droit et coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles, 30 mars 2020, RDLF, 2020 (www.revuedlf.com).

Mais remise dans un contexte plus large, la situation actuelle, pour unique qu'elle soit dans les annales de l'histoire²⁶, n'en est pas moins analysable selon des modèles méthodologiques classiques. C'est d'ailleurs ce à quoi procèdent la plupart des chercheurs historiens, pour en arriver à une conclusion que le juriste peut partager, celle de Jean Garrigues²⁷ : « *la nature exceptionnelle de cette pandémie, son universalité transnationale et sociale fait qu'elle est un révélateur de dysfonctionnements, d'interrogations et d'espoirs. Elle ne peut pas être qu'un moment. On voit collectivement une aspiration à quelque chose d'autre pour l'avenir. C'est ce que nous enseigne l'Histoire. Le monde d'après 1918 n'a plus été le même, y compris sur le plan psychologique à cause du traumatisme de la guerre. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la conception collective que l'on se faisait de la démocratie n'a plus été la même. On avait besoin de beaucoup plus d'intervention, de protection, d'égalité. Étant donné la profondeur et l'universalité de la crise que l'on connaît aujourd'hui, il est évident qu'elle ne peut pas être qu'une transition, ni une parenthèse* ». Chacune de ces crises a engendré le retour de la puissance publique – à des degrés et suivant des formes divers – et un encadrement plus étroit de l'activité économique privée²⁸. Comme le relève S. Braconnier, « *si une grande partie du XX^e siècle a largement été marquée par une domination de l'État sur l'économie, au détriment des libertés, c'est bien une inversion de ce rapport qui se produit à la fin du siècle dernier. Les crises du début du XXI^e siècle ont en effet contribué à rétablir une forme d'équilibre. L'État joue désormais le rôle de régulateur afin de prévenir la survenance de nouvelles crises* »²⁹.

De même que la régulation publique des marchés, après 1918, puis après 1945, a été une réaction généralisée contre les désordres économiques, la minoration de la liberté de la concurrence après cette grève sanitaire pourrait être une conséquence prolongée de cette recherche paroxystique de la sécurité.

Espérons que de la crise puisse émerger une nouvelle vision stratégique pour l'État, mettant fin à l'attitude que M. Lombard qualifiait déjà en 2007 (à l'aune de la crise précédente...) d'« *État schizo* »³⁰.

Si l'approfondissement des outils de protection des actifs stratégiques contre les investissements étrangers peuvent le laisser paraître, il n'en demeure pas moins que les faiblesses structurelles du nouveau Haut-commissariat au plan³¹ et les difficiles tractations engagées au niveau européen autour – en particulier – du projet Hercule prévoyant la

²⁶ Ce qui est par ailleurs contesté : v. O. Faure, « Non, la France ne traverse pas la plus grande crise sanitaire de son histoire », FigaroVox, 8 avr. 2020.

²⁷ V. P. Neveux, « Covid-19: une crise historique ? Regards croisés avec J.-P. Rioux et J. Garrigues », France culture, 12 mai 2020 (<https://www.franceculture.fr/societe/covid-19-une-crise-historique>).

²⁸ Pour une vision à plus long terme de ces rapports entre État et secteur privé, v., not., R. Fauroux, B. Spitz, Notre État, Hachette Pluriel, 2002, 812 p.

²⁹ Pour une relecture de la crise actuelle à l'aune des crises du XX^e s., voir. S. Braconnier, « Les libertés économiques et la gouvernance des crises par l'État », *préc.*, 2020, n° 2, p. 26.

³⁰ M. Lombard, L'État schizo, JC Lattès, 2007, 339 p. L'idée centrale de l'ouvrage était de montrer comment l'État, sous couvert d'afficher son désaccord avec les décisions européennes relatives au secteur public, participe en réalité de la prise de décision, voire même anticipe et approfondi en réalité certaines exigences.

³¹ V. la contribution de S. Bernard au présent numéro.

division des activités d'EDF et sa privatisation partielle³² ne permettent pas d'envisager sereinement cette perspective.

³² L'entreprise publique serait réorganisée autour de trois pôles : EDF Bleu, une entité publique, rassemblant ce qui a trait au nucléaire ; EDF Vert, ouvert aux capitaux privés, regroupant le distributeur Enedis (ex-ERDF), la vente d'électricité et les énergies renouvelables ; EDF Azur concentrant dans une entreprise intégralement publique au statut particulier les barrages hydroélectriques.