



HAL
open science

Covid-19 et concurrence

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Covid-19 et concurrence : quel retour de la puissance publique à la faveur de la crise sanitaire et économique ?. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2021, 103, pp.59-62. hal-03189161

HAL Id: hal-03189161

<https://hal.science/hal-03189161>

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.

Covid-19 et concurrence
Quel retour de la puissance publique à la faveur de la crise sanitaire et économique ?

Version de travail ; publication RLC, 2021 n° 103

Sébastien BRAMERET

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

Au terme de ce numéro spécial, quelques éléments de synthèse nous semblent pouvoir être présentés. Ceux-ci n'ont aucune prétention à l'exhaustivité et ne sauraient résumer à eux seuls l'intégralité des différentes contributions présentées. Dès le mois de mai 2020, L. Idot soulignait tout à la fois que la crise incitait les institutions publiques de la concurrence, tant internes qu'européennes, à « *revoir l'articulation entre la politique de concurrence et d'autres politiques publiques* », et en particulier celle de la santé, dont l'auteur souligne que la soumission aux règles du marché « *devra être reconsidérée* »¹. Quelques mois plus tard, la question méritait d'être approfondie, sans que, pour autant, une réponse ferme et tranchée puisse y être apportée. De ce fait, la tonalité générale du présent numéro reste mesurée. Si les auteurs constatent – dans leur ensemble – des adaptations dans l'application traditionnelle des règles de droit, leur appréciation des perspectives d'évolution de ces mêmes règles à plus long terme est plus divergente. Il n'est dès lors pas possible de répondre de façon tranchée à l'hypothèse initiale d'un retour véritable – ou pérenne – de l'État dans le secteur économique.

I. Des adaptations nécessaires

La crise sanitaire de 2020 – comme toutes les précédentes (R. Romi et S. Brameret) – a rendu nécessaire un certain nombre d'adaptations des diverses branches du droit encadrant le secteur économique et la concurrence. Mais sa triple dimension « *globale, sanitaire et économique* » en fait une problématique inédite pour l'État et l'Union européenne (F. Tesson) et une « *rare mise à l'épreuve de l'ensemble des dispositifs qui concourent, ensemble, à la régulation de l'économie, à tous les niveaux de décision* » (P. Idoux). Les réponses n'ont d'ailleurs pas manqué, mais le foisonnement des textes d'urgence (et de la jurisprudence y afférente, comme le montre S. Douteaud) rend parfois leur appréhension complexe. Le droit de la commande publique est particulièrement topique à cet égard. De nombreuses modifications ont été adoptées par voie réglementaire ou d'ordonnances entre mars et octobre, avant, pour une large part, de

¹ L. Idot, « Politiques de concurrence et crise du covid-19. Premières réponses de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence », *JCP G*, 2020, n° 19, 580.

devenir caduques ou d'être reprises dans de nouveaux dispositifs (M. Amilhat). D. Jouve, pour sa part, souligne combien la diversité des dispositifs relatifs aux aides locales et leur multiplication donne le « vertige ». Un dernier élément de complexité provient du fait que ces mesures, adoptées dès les premiers temps de la pandémie, ont dû être prolongées à plusieurs reprises (D. Guinard à propos des SIEG ou M. Karpenschif à propos des aides d'État).

Ces adaptations ont été de différentes natures. Tous les auteurs reprennent et soulignent les nombreux assouplissements, atténuations et autres modulations rendues nécessaires par la pandémie. Paradoxalement, la crise a également justifié le renforcement de certains contrôles administratifs, notamment dans le domaine des investissements étrangers (S. Brameret). Au-delà, la crise a également rendu nécessaire un ajustement du fonctionnement et des missions des autorités de régulation et en particulier de leur « stratégie d'action et de communication » (P. Idoux). Ainsi, les autorités de la concurrence ont dû « adapter plus ou moins profondément » les instruments procéduraux d'appréhension des pratiques anticoncurrentielles, « pour les inscrire dans un double objectif de protection et de soutien des acteurs du marché » (C. Dumarçay). La crise a enfin incité, au titre des « conséquences inattendues », à une (re)création d'un Haut-commissariat à la planification, « fleurant la naphthaline des instruments du droit public économique d'antan » (S. Bernard).

Elles ont par ailleurs nécessairement rendu la compréhension du droit plus incertaine, pour ne pas dire impossible. C'est notamment du fait que, par exemple, les autorités de concurrence ont dû procéder à la « conciliation d'impératifs relativement étrangers aux objectifs premiers du droit des pratiques anticoncurrentielles » (C. Dumarçay). C'est ce que souligne également S. Douteaud, pour qui les pouvoirs publics (et le juge administratif à sa suite) ont cheminé en « zizanie », à la recherche d'une « harmonie » pour concilier liberté d'entreprendre et satisfaction des besoins qualifiés (peut-être un peu hâtivement) d'essentiels à la vie. C'est d'ailleurs cette recherche qui a poussé de nombreux édiles à s'égarer sur les chemins, pour le moins tortueux, de la contestation des mesures de confinement par l'adoption d'arrêtés municipaux anti-fermeture des commerces non alimentaires dits *non essentiels*².

Ces interventions, pour nécessaires qu'elles soient, ont été largement facilitées par l'assouplissement du cadre européen de la concurrence, ce qui constitue « une entorse partielle au modèle ordolibéral » (C. Mongouachon). La Commission a ainsi décidé de « libérer la dépense publique nationale du carcan juridique européen » (F. Martucci), formulant un « appel à peine voilé à l'interventionnisme étatique » (M. Karpenschif) et au renforcement des mesures de filtrage des investissements directs étrangers (S. Brameret). D'ailleurs, l'action de la Commission européenne en matière d'aide d'État peut être jugée positivement et résumée autour de quatre mots : « réactivité, célérité, adaptation et limitation » (M. Karpenschif). Au-delà, c'est une « généralisation de l'exception au fonctionnement normal du marché intérieur » que constate F. Tesson, les institutions européennes ayant autant mobilisé le droit d'exception écrit que des concepts

² S. Brameret, « Arrêtés anti-fermeture : une rébellion municipale très politique », PUG, Le Virus de la recherche, 2021 : <https://www.pug.fr/store/page/278/le-virus-de-la-recherche> (accès gratuit).

jurisprudentiels dégagés par la Cour de justice. Au-delà, il faut relever le caractère proactif de la réponse européenne, les États membres ayant, pour la première fois de l'histoire de la construction européenne, bénéficié de financements publics européens, grâce à un véritable plan de relance économique (F. Martucci), construit sur le modèle, plus classique, de la relance étatique³.

Une fois ces constats dressés, il faut essayer d'en mesurer la portée.

II. Des perspectives incertaines

La question pourrait être résumée de la sorte : assiste-t-on à un retour pérenne de l'État en matière économique ? Plusieurs auteurs considèrent qu'il est « *trop tôt* » (M. Amilhat) pour juger de l'efficacité des dispositifs dérogatoires et qu'il faut attendre la sortie de pandémie pour voir, notamment, « *si l'appréhension communautaire revient à ses standards passés* » (D. Guinard).

Cette appréciation est parfaitement transposable en droit interne, avec une conséquence pour le moins paradoxale : un retour à l'état antérieur du droit permettrait de *redécouvrir* un certain nombre de libertés économiques (en particulier la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie), pour le moins malmenées depuis le début de la pandémie⁴. La jurisprudence administrative de l'année 2020 semble en effet marquer le pas en ce sens. Très rares ont été les décisions censurant les atteintes aux libertés économiques⁵, alors même que l'État ou les collectivités territoriales adoptaient par voie réglementaire des mesures que l'on peut aisément qualifier de générales et absolues au sens de la jurisprudence administrative la plus traditionnelle. Ainsi, la fermeture de l'ensemble des stations de ski du territoire français en décembre 2020, « *dont les effets économiques sont certes très importants pour les zones concernées, mais qui a pour objectif de limiter les contaminations supplémentaires occasionnées par des flux importants de déplacements, ne porte pas aux libertés invoquées, malgré son caractère indifférencié selon les régions, une atteinte grave et manifestement illégale* »⁶. De la même sorte, la fermeture administrative des halles et marchés au printemps n'entraîne « *aucune atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie qui en est une composante et la liberté d'exercice d'une profession* »⁷. Et l'on pourrait multiplier les exemples de la sorte...

Pour autant, est-ce à dire que nous aurions changé de paradigme ? Les hésitations de la doctrine quant aux perspectives à moyen ou long terme sont aisément perceptibles à la lecture de ce dossier, notamment par l'utilisation très récurrente de la forme interrogative dans les titres de la plupart des contributions.

³ S. Nicinski, « Le plan de relance de l'économie », *RFD Adm.*, 2009, p. 273.

⁴ A. Sée, « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », *RDLF* 2020 chron. n°21 (www.revuedlf.com).

⁵ CE, ord., 16 fév. 2021, 449605, *Commune de Nice* : suspension de l'arrêté du maire de Nice interdisant temporairement les locations saisonnières dans sa commune, qui porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété et à la liberté du commerce et de l'industrie en l'absence de circonstances locales propres à justifier de telles limitations.

⁶ CE, ord. 11 déc. 2020, n° 447208, *Domaines skiables de France*.

⁷ CE, ord., 1^{er} avril 2020, n° 439762, *Fédération nationale des marchés de France*.

L'une des premières interrogations est celle du principe de l'intégration des mesures d'exception au droit commun. Entre « *sanctuarisation* » (M. Amilhat) et retour à la situation antérieure, la question ne semble pas tranchée de façon définitive et elle semble relever davantage d'une question de degré que de principe. Une fois la législation de crise disparue, « *c'est bien le droit commun de la commande publique qui se trouve modifié, sanctuarisant certaines dispositions de façon pérenne* » (M. Amilhat). L'adoption de la loi du 7 décembre 2020 (dite ASAP) a ainsi donné l'occasion de dépasser l'objectif initial des mesures d'urgence pour permettre désormais « *d'utiliser le droit de la commande publique comme un levier au service de la relance économique* ». Dans le domaine des pratiques anticoncurrentielles, si certaines adaptations « *devraient rester relativement circonscrites, d'autres pourraient durablement marquer* » le droit de la concurrence, « *invitant à expérimenter une potentielle évolution paradigmatique de l'appréhension des pratiques anticoncurrentielles* », par une forme d'internalisation des pratiques de crise (C. Dumarçay).

Au-delà, la discussion sur la finalité de ces évolutions du droit positif reste floue : en matière de commande publique par exemple, si G. Eckert constate un « *tournant interventionniste* » de la législation de crise⁸, M. Amilhat souligne, au contraire, « *la volonté de libéraliser les achats* » qui sous-tendrait les réformes législatives... La crise fournirait-elle le prétexte à un assouplissement durable des règles de publicité et de mise en concurrence ?

Poursuivant la réflexion, F. Tesson considère que la crise « *ne constitue toutefois pas un véritable retour de l'État* », car ces interventions étaient rendues « *nécessaires* » par les circonstances sanitaires. D. Jouve se place dans cette perspective, soulignant qu'il « *paraît difficile d'affirmer que nous assistons à un changement de paradigme* » dans le droit des aides locales, mais plutôt une « *confirmation de la fonction de régulation des aides publiques* », dans un contexte « *contraint et forcé par les circonstances et les nécessités sociales* ».

Se plaçant dans une perspective à plus long terme, S. Bernard s'interroge sur le caractère « *d'innovation notable* » du Haut-commissariat au plan, tout en émettant des doutes sérieux quant à ses chances de succès. Le risque est fort que le mécanisme issu de la crise en reste à une version « *low-cost, réduite à une prospective dépouillée de tout mécanisme de traduction normative et reposant donc entièrement sur le pari de la persuasion* ». Il y a fort peu de chance, dans cette perspective, que ses premiers travaux permettent de mieux appréhender les choses essentielles de la vie, comme l'appelle pourtant S. Douteaud de ses vœux...

Dès lors, ces mesures devraient disparaître une fois la crise passée... Cela semble d'ailleurs ressortir de la volonté même de la Commission européenne que de « *retrouver, le plus rapidement possible, le droit commun du droit des aides d'État* » (M. Karpenschif). D. Guinard souligne également le fait que les autorités européennes devraient revenir rapidement à un contrôle plus rigoureux des aides d'État en faveur des SIEG, une fois la crise passée. Sans se poser la question de la temporalité d'un tel retour à l'état

⁸ G. Eckert, « Le droit de la commande publique au temps de la pandémie de Covid-19 », *Contrats-Marchés publ.* 2020, étude 4.

antérieur du droit (2021, 2022, plus tard ?), il est possible de s'interroger sur la nécessité d'un tel retour en arrière. M. Karpenschif approuve ainsi les prémices d'une « *instrumentalisation renforcée* » du contrôle des aides d'État, utilisé par la Commission pour instaurer des comportements vertueux au sein des États membres.

De façon sous-jacente, plusieurs auteurs abordent la question de l'émergence d'un protectionnisme économique, à l'échelon national ou européen. Le débat pourrait être résumé autour de l'alternative entre le développement de mesures pour assurer un protectionnisme européen ou la remise en cause des dispositifs européens pour permettre le retour d'un protectionnisme national (M. Amilhat). M. Karpenschif semble se placer dans la première branche de cette perspective, soulignant que le contrôle des aides d'État est devenu « *un élément central de la relance économique et de la résilience de son modèle social* », ce qui marque une évolution assez fondamentale des cadres traditionnels de la construction européenne. Sur les aspects financiers, F. Martucci relève « *l'ambivalence* » du plan de relance européen : si son adoption « *marque dans une mesure limitée la volonté de desserrer l'étau sur les finances publiques intégrées* », il n'en demeure pas moins qu'il reste « *encore bien loin des budgets des États fédéraux* »... C. Mongouachon rappelle à cet égard que si les mesures adoptées s'écartent assez sensiblement des positions ordolibérales qui avaient dominé jusqu'ici, il ne s'agit pas pour autant de modifier en profondeur le droit de la concurrence (C. Mongouachon), dont la finalité reste prioritairement centrée sur le consommateur (F. Martucci), ce que F. Tesson désigne de l'expression de « *conception européenne propre* » de la mise en concurrence dans le marché intérieur. Au niveau interne, C. Dumarçay relève que les autorités de la concurrence ont eu pour objectif l'accompagnement des entreprises sans pour autant sacrifier le droit de la concurrence, lequel « *loin d'être un frein, peut être un moteur y compris dans ce contexte de crise globale* ».

Au final, les évolutions les plus marquantes proviendront peut-être davantage des institutions chargées de l'encadrement des marchés que du droit lui-même, comme le souligne C. Dumarçay, à travers son étude des pratiques (nouvelles ou résurgentes) des autorités de concurrence, ou D. Guinard lorsqu'il souligne que la Commission européenne exerce un contrôle « *peu intense* » de certains critères d'attribution des aides aux entreprises chargées d'un SIEG.

Certes, certains auteurs plaident – voire même militent – pour que de la crise émerge une réflexion plus générale sur la place de l'économie et de son encadrement, pour permettre « *aux juristes de sortir d'une torpeur positiviste dans laquelle ils avaient été réduits par les injonctions issues de la rationalité économique* »⁹. Cette rationalité est nécessairement au centre des préoccupations des auteurs qui ont participé à ce numéro spécial, qu'ils l'explorent ou la discutent. Peut-être le temps est-il venu de redonner une base plus solidariste au droit public¹⁰, comme le suggère F. Martucci à propos du plan de relance européen qui, « *sans constituer une révolution* », permet « *un timide rééquilibrage entre stabilité et solidarité* ». Si les autorités de concurrence devaient pérenniser la prise en compte des impératifs de

⁹ P. Lignières, « Nos certitudes et les réalités du monde », *Dr. Adm.*, 2020, n° 4, repère 4.

¹⁰ A. Antoine, E. Fraysse, « Service public, libertés et approche contemporaine du droit administratif », *RDLF*, 2020 chron. n° 83 (www.revuedlf.com).

protection de la santé publique, cela conduirait « *sans doute à une réorientation des objectifs de la politique européenne de concurrence peu en phase l'approche dite "ordolibérale"* » (C. Mongouachon). La crise sanitaire peut, dès lors, être lue comme une étape permettant une évolution plutôt qu'une rupture (ou une révolution – d'ailleurs plusieurs auteurs rejettent expressément ce terme, à l'image de D. Jouve). De ce point de vue, la crise sanitaire souligne – à nouveau – la plasticité du droit des interventions de l'État dans le secteur économique et sa vocation première d'être un droit de crise¹¹.

M. Lombard relevait, en 2010, que ce droit « *tel que nous le connaissons actuellement est fortement marqué par ses origines colbertistes et par un nationalisme économique toujours sous-jacent, qui se prête parfois difficilement aux nécessités d'une nouvelle régulation à l'échelon international* »¹². La crise sanitaire confirme la première partie de cette observation : le réflexe colbertiste est toujours (très) présent au niveau national, même s'il prend des formes renouvelées de crise en crise. Ainsi, la réponse à la crise économique résultant de la pandémie confirme certaines observations formulées lors de celle des *subprimes* quant au rôle de l'État entrepreneur, passant d'une vision traditionnelle « *faisant de l'actionnariat public un projet alternatif à la propriété privée, à une perception qui y voit, à titre transitoire, une aide au développement du secteur privé* ». ¹³ Le salut passerait moins par un retour massif de l'État entrepreneur (que le gouvernement a d'ailleurs explicitement refusé à propos de la nationalisation des entreprises Luxfer et Famar ¹⁴) que par des mesures d'accompagnement du secteur privé¹⁵. Au-delà de l'idée de protectionnisme national ou européen, c'est à une réflexion plus générale sur la souveraineté économique qu'invite la crise de la covid-19. Au niveau interne, cette question fait écho aux débats autour de la nécessaire relocalisation (ou réindustrialisation) des secteurs « stratégiques »¹⁶, ainsi que du renforcement du contrôle des investissements étrangers¹⁷ dans ces mêmes entreprises (S. Brameret)¹⁸. La création du Haut-commissariat au plan participe de cette redécouverte de la figure de l'État stratège (S. Bernard).

La seconde partie de l'observation de M. Lombard en 2010 connaît davantage d'évolutions. Certes, le mouvement de libéralisation des économies ne semble pas remis en cause¹⁹. Mais en parallèle, c'est une nouvelle forme d'interventionnisme qui se dessine (très progressivement) au niveau européen, lequel encourage désormais certaines mesures protectionnistes et de relance des économies, qui semblaient jusqu'alors relever du tabou. Pour paraphraser l'un des auteurs du présent numéro :

¹¹ J.-C. Videlin, « Le droit public économique et les crises économiques : approche historique », *RFD Adm.*, 2020, p. 727 et s.

¹² M. Lombard, « Le droit public économique face à la crise : rapport de synthèse », *RFD Adm.*, 2020, p. 764.

¹³ S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », *RFD Adm.*, 2010, p. 756 et s.

¹⁴ S. Brameret, « L'État face à la crise sanitaire : le retour des nationalisations ? », *RLC*, 2020, n° 96, p. 21 et s.

¹⁵ Ce que S. Bernard qualifie de « *basculement d'un actionnariat public alternatif à un actionnariat public auxiliaire* » (*id.*).

¹⁶ Par ex. dans le secteur du médicament.

¹⁷ De ce point de vue, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et à la transformation des entreprises* (dite PACTE) pose des jalons intéressants (B. Dondero, J.-R. Bousquet, L.-N. Ricard, « La protection des actifs stratégiques. Un renforcement du contrôle des investissements étrangers en France », in *La loi PACTE, LecixNexis*, 2020, p. 39 et s.

¹⁸ Il ne nous a cependant pas paru opportun de creuser cette piste dans le présent numéro, faute d'un recul temporel suffisant. V., cependant, C. Gauthier, *Le patriotisme économique. Quel cadre juridique pour l'action des pouvoirs publics en matière de patriotisme économique ?*, Mémoire Master 2 Droit public des affaires, 2020, 130 p.

¹⁹ Comme en témoigne l'adoption de la loi PACTE, qui permet la privatisation de la Française des jeux (réalisée fin 2019) et celle d'Aéroports de Paris (reportée *sine die* en raison de la pandémie).

seul l'avenir nous dira si nous sommes à l'orée d'une nouvelle vision du rôle de la puissance publique dans l'économie – caractérisée par davantage d'accompagnement et, pourquoi pas, d'anticipation voire même, il est permis de rêver, du « *retour d'une responsabilité en matière de planification stratégique de l'État* » (S. Bernard) – ou si, au contraire, la pandémie ne fait que perpétuer (certes en les améliorant) les réflexes classiques d'une intervention publique limitée aux périodes de crise.