

A QUOI SERT LA CONCURRENCE ?

Sous la direction de
Martine **Behar-Touchais**
Nicolas **Charbit**
Rafael **Amaro**

Concurrences
Revue des droits de la concurrence

Compétitivité, innovation,
emploi, relance...

100 personnalités répondent

www.aquoisertlaconcurrence.org

À QUOI SERT LA CONCURRENCE ?

Compétitivité, innovation, emploi, enseignement...
100 personnalités répondent

Sous la direction de :

Martine Béhar-Touchais, Nicolas Charbit et Rafaël Amaro

© Institut de droit de la concurrence, octobre 2014

www.concurrences.com

SOMMAIRE DÉTAILLÉ

AVANT-PROPOS

CONCURRENCES :

DIX ANS, UNE QUESTION1

Nicolas CHARBIT / Laurence IDOT / Frédéric JENNY, *Revue Concurrences*

PRÉFACE

À QUOI SERT LA CONCURRENCE ?5

Martine BÉHAR-TOUCHAIS, *Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*

INTRODUCTION

QU'EST-CE QUE LA CONCURRENCE ?

1. Concurrence, compétition, émulation...

De quoi parle-t-on ? 47

Emmanuel COMBE, *Autorité de la concurrence*49

Dominique DESJEUX, *Université Paris Descartes*55

Marcela IACUB, *CNRS*61

Haïm KORSIA, *Grand Rabbin*65

Claude LUCAS DE LEYSSAC, *Université Panthéon-Sorbonne*69

Dominique ROUX, *Université Dauphine* et Sandrine PENEY, *École de Management de Normandie*75

Pierre SERVAN-SCHREIBER, *Skadden Arps*83

Étienne PERROT, *Père jésuite*89

Laurent VIDAL, *Université Panthéon-Sorbonne*95

2. La concurrence : Depuis quand ? 101

Gilles CAMPAGNOLO, *CNRS*103

Yves CHARBIT, *Université Paris Descartes*111

Jean-Marc DANIEL, *ESCP Europe*117

David GERBER, *Chicago-Kent College of Law*123

Laurent PFISTER, *Université Panthéon-Assas*129

Antoine WINCKLER, *Cleary Gottlieb Steen & Hamilton* et Jorge PADILLA, *Compass Lexecon*135

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Les politiques de concurrence | 143 |
| Joaquín ALMUNIA, <i>Commission européenne</i> | 145 |
| Guy CANIVET, <i>Conseil constitutionnel</i> | 153 |
| Élie COHEN, <i>Sciences-Po – CNRS</i> | 161 |
| Laurent COHEN-TANUGI, <i>Avocat</i> | 169 |
| François HOLLANDE, <i>Président de la République française /</i> | |
| Nicolas SARKOZY, <i>Ancien président de la République française</i> | 173 |
| Angela HUYUE ZHANG, <i>King's College London</i> | 183 |
| Neelie KROES, <i>Commission européenne</i> | 187 |
| Victorin LUREL, <i>Ministère des Outre-mer</i> | 191 |
| Arnaud MONTEBOURG, <i>Ministère de l'Économie et du Redressement productif</i> | 195 |
| Mario MONTI, <i>Commission européenne</i> | 203 |
| Andreas MUNDT, <i>Bundeskartellamt</i> | 207 |
| Nicolas PETIT, <i>Université de Liège</i> | 213 |

PREMIÈRE PARTIE

LA CONCURRENCE POUR QUI ?

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Concurrence et entreprises | 219 |
| Charles BEIGBEDER, <i>Gravitation</i> | 221 |
| Eleanor M. FOX, <i>New York University School of Law</i> | 225 |
| Laurent GEELHAND DE MERXEM, <i>Michelin</i> | 229 |
| Cécile PENDARIES, <i>DGCCRF</i> | 233 |
| Patrick SPILLIAERT, <i>Autorité de la concurrence</i> | 239 |
| Louis VOGEL, <i>Université Panthéon-Assas</i> | 247 |
| 2. Concurrence et travailleurs | 253 |
| Gaspard KOENIG, <i>Génération Libre</i> | 255 |
| Francis KRAMARZ, <i>École Polytechnique, ENSAE, CREST</i> | 261 |
| 3. Concurrence et consommateurs | 267 |
| Carole AUBERT DE VINCELLES, <i>Université de Cergy-Pontoise</i> | 269 |
| Carole DELGA, <i>Ministère de l'Économie et du Redressement productif</i> | 275 |
| Phillip EVANS, <i>FIPRA</i> | 279 |
| Monique GOYENS, <i>BEUC</i> | 287 |
| Gilbert PARLÉANI, <i>Université Panthéon-Sorbonne</i> | 295 |
| Étienne PFISTER, <i>Autorité de la concurrence</i> | 305 |
| Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, <i>Université de Versailles</i> | 311 |
| 4. Concurrence et contribuables | 317 |
| Thierry DAHAN, <i>Autorité de la concurrence</i> | 319 |
| Daniel GUTMANN, <i>Université Panthéon-Sorbonne</i> | 327 |
| Philippe MARINI, <i>Sénat</i> | 333 |
| Michel SAPIN, <i>Ministère des Finances et des Comptes publics</i> | 341 |

DEUXIÈME PARTIE

LA CONCURRENCE JUSQU'OU ?

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Distribution | 347 |
| Marie-Laure ALLAIN, <i>CNRS, École Polytechnique, CREST</i> et Claire CHAMBOLLE, <i>INRA, ALISS, École Polytechnique</i> et Stéphane TUROLLA, <i>INRA, SMART, Rennes</i> | 349 |
| Daniel FASQUELLE, <i>Député</i> et Laurent ROBERVAL, <i>Université Lille Nord de France</i> | 355 |
| Nathalie HOMOBONO, <i>DGCCRF</i> | 361 |
| Irène LUC, <i>Cour d'appel de Paris</i> | 369 |
| 2. Banques – Assurances | 377 |
| Nadia CALVIÑO et Martin MERLIN, <i>Commission européenne</i> | 379 |
| Jean-Pierre JOUYET, <i>Secrétariat d'État chargé des Affaires européennes</i> | 385 |
| Reine-Claude MADER-SAUSSAYE, <i>CLCV</i> | 389 |
| Hubert DE VAUPLANE et Marco PLANKENSTEINER, <i>Kramer Levin</i> | 395 |
| 3. Énergie | 401 |
| Xavier CAÏTUCOLI, <i>Direct Energie</i> | 403 |
| Matthieu COURTECUISSÉ, <i>SIA Partners</i> | 409 |
| Claude CRAMPES et Thomas-Olivier LÉAUTIER, <i>Toulouse School of Economics</i> | 415 |
| Marie-Anne FRISON-ROCHE, <i>Sciences-Po</i> | 423 |
| Sandra LAGUMINA et Olivier BÉATRIX, <i>GrDF</i> | 429 |
| Jean-Paul TRAN-THIET, <i>Institut Montaigne</i> | 439 |
| 4. Transports | 447 |
| François BACCHETTA, <i>easyJet</i> | 449 |
| Pierre CARDO, <i>ARAF</i> | 455 |
| Guillaume PEPY, <i>SNCF</i> | 461 |
| Alain THAUVETTE, <i>Euro Cargo Rail</i> | 467 |
| 5. Internet | 471 |
| Jean-Yves ART, <i>Microsoft</i> | 473 |
| Fabien CURTO MILLET, <i>Google</i> | 479 |
| Josef DREXL, <i>Université de Munich</i> | 485 |
| Isabelle FALQUE-PIERROTIN, <i>CNIL</i> | 493 |
| Serge SOUDOPLATOFF, <i>École Polytechnique</i> | 501 |
| Florence THÉPOT et Matthieu MELIN et Arthur MERLE-BERAL, <i>Droit & Croissance</i> | 507 |
| 6. Médias | 513 |
| Francis BALLE, <i>Université Panthéon-Assas</i> | 515 |
| Élisabeth FLÛRY-HÉRARD, <i>Autorité de la concurrence</i> | 519 |
| Maxime LOMBARDINI, <i>Iliad</i> | 527 |
| Jean-Ludovic SILICANI, <i>ARCEP</i> | 531 |

7. Professions réglementées 537

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Isabelle ADÉNOT, <i>Conseil national de l'Ordre des pharmaciens</i> | 539 |
| Philippe COEN, <i>ECLA</i> | 547 |
| Pierre-Olivier SUR, <i>Barreau de Paris</i> et Louis-Bernard BUCHMAN, <i>Conseil de l'Ordre des avocats</i> | 553 |
| Jean TARRADE, <i>Conseil supérieur du notariat</i> | 561 |

8. Sports et jeux 567

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Joachim ENGLISH, <i>Université de Münster</i> et Pauline LE MORE, <i>Barreau de Paris</i> | 569 |
| Laurent EYMARD, <i>MAPP</i> | 577 |
| Ariane de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, <i>Université Panthéon-Sorbonne</i> | 585 |
| Étienne MARIQUE, <i>Commission belge des jeux de hasard</i> | 591 |
| Jean-François VILOTTE, <i>ARJEL</i> | 599 |

9. Services publics..... 607

| | |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| Pierre BAUBY, <i>CELSIG</i> | 609 |
| Diane BINDER, <i>Suez Environnement</i> | 615 |
| Françoise CASTEX, <i>Députée européenne</i> | 623 |
| Jean-Michel GLACHANT, <i>Florence School of Regulation</i> | 629 |
| Nicolas LECAUSSIN et Lucas LÉGER, <i>IREF</i> | 635 |
| Martine LOMBARD, <i>Université Panthéon-Assas</i> | 641 |
| Juliette MÉADEL, <i>lavenirnattendpas.fr</i> | 647 |

10. Enseignement..... 653

| | |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| Philip E. OGDEN, <i>Queen Mary University of London</i> | 655 |
| Bernard RAMANANTSOA, <i>HEC Paris</i> | 663 |

CONCLUSION

LA CONCURRENCE : POURQUOI ? COMMENT ?

1. Les finalités de la concurrence..... 671

| | |
|--------------------------------------------------------|-----|
| Jean-Louis DEBRÉ, <i>Conseil constitutionnel</i> | 673 |
| Laurence IDOT, <i>Université Panthéon-Assas</i> | 679 |
| Jean-Marc SAUVÉ, <i>Conseil d'État</i> | 685 |

2. La culture de concurrence..... 693

| | |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| Patrick HUBERT, <i>Clifford Chance</i> | 695 |
| Frédéric JENNY, <i>ESSEC</i> | 701 |
| Bruno LASSERRE, <i>Autorité de la concurrence</i> | 711 |
| Catherine PRIETO, <i>Université Panthéon-Sorbonne</i> | 719 |
| Jacques STEENBERGEN, <i>Autorité belge de la concurrence</i> | 727 |

AVANT-PROPOS

CONCURRENCES :
DIX ANS,
UNE QUESTION

NICOLAS CHARBIT

nicolas.charbit@concurrences.com

Rédacteur en chef de la revue Concurrences

LAURENCE IDOT

laurence.idot@sfr.fr

*Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Membre de l'Autorité de la concurrence*

FRÉDÉRIC JENNY

frederic.jenny@gmail.com

*Professeur d'économie et codirecteur du Centre européen de droit et d'économie
(ESSEC)*

En septembre 2004, *Concurrences* était un projet. Dix ans après, en septembre 2014, *Concurrences* est encore un projet, mais un projet en permanente évolution. A l'occasion des 10 ans, le souhait des fondateurs a été, non pas tant de célébrer un anniversaire, exercice par trop narcissique, mais de regarder ce qui a été fait pour s'interroger sur la finalité de la concurrence en répondant à une question « A quoi sert la concurrence ? ».

Dix ans

10 ans de *Concurrences*, c'est, d'un point de vue quantitatif, 40 numéros, 23000 abonnés individuels présents dans 32 pays. Ces résultats - que nous étions loin d'espérer en 2004 - sont le fruit de l'énergie collective de toute une équipe de permanents et de non permanents associés à un projet éditorial : universitaires, magistrats, hauts fonctionnaires, avocats... ; français, européens, étrangers. Le travail de cette équipe a permis de franchir les trois étapes indispensables à la pérennisation de ce qui a été et qui reste un projet d'auteurs.

En premier lieu, *Concurrences* a réussi à mobiliser en dix ans plus de 1 000 auteurs qui ont rédigé près de 15 000 contributions. Indépendamment de liens personnels occasionnels, les auteurs sont motivés d'abord par la qualité du projet éditorial. Maintenir un flot régulier de contributions de qualité au-delà des premiers numéros se fait par la mobilisation des membres des comités de la revue qui sollicitent leurs connaissances.

En deuxième lieu, *Concurrences* a pris dès 2005 le tournant du numérique, d'abord en investissant dans un site dédié qui rend accessible l'intégralité des archives et permet un accès individuel à chaque article et aux pages des auteurs. Puis, en 2008, la revue a lancé un supplément électronique (*Concurrences +*) en publiant dans la version en ligne des articles ne pouvant trouver leur place dans la version imprimée, tels les actes de colloques, des contributions à des mélanges et la lettre *Creda Concurrence*. Cet enrichissement considérable, qui représente environ 30 % du volume de la version imprimée, confère à *Concurrences* une double nature : celle d'une revue universitaire et celle d'une base de données.

Concurrences a assuré, en troisième lieu, son expansion géographique en allant chercher des lecteurs et des auteurs hors de France. Dès sa création, la revue était présente à Bruxelles et au Luxembourg, siège francophone de la Cour de justice, mais une politique éditoriale européenne et extra-européenne a été rapidement développée. Un bulletin d'actualité électronique – *e-Competitions* – a couvert en anglais dès 2005 l'actualité jurisprudentielle et administrative des Etats membres de l'Union européenne. Depuis 2010, la revue a renforcé sa présence dans la capitale européenne avec un séminaire *Law & Economics* au rythme d'une session par mois. En 2011, *Concurrences* a ouvert un bureau permanent à New York afin de nouer des partenariats avec des grandes universités américaines – *New York University*, *George Washington University* et *George Mason University* – et des cabinets d'avocats internationaux. Cette orientation européenne et internationale a rendu nécessaire l'apparition de l'anglais dans ses colonnes, mais l'attachement à la langue française reste prioritaire dans la revue trimestrielle.

Ces différentes étapes ont permis une diversification de *Concurrences* selon quatre pôles éditoriaux : revue trimestrielle, bulletin d'actualité, ouvrages et conférences. La pérennité du projet d'auteurs et l'indépendance de la revue passent par le développement de ces pôles en liaison avec les comités de direction de la revue.

A quoi sert la concurrence ?

Les quarante numéros de *Concurrences* fournissent une analyse systématique des pratiques et des politiques de concurrence, française, européenne et internationale sur une période longue. L'arrêt sur image à laquelle conduit un anniversaire est une occasion de voir les choses autrement, avant de continuer de plus belle.

Voir les choses autrement, c'est, notamment, proposer une autre lecture de ces pratiques et de ces politiques en donnant la parole à des nouveaux auteurs. La revue – devenue pour la cause un ouvrage – a ouvert ses colonnes à 100 personnalités, pour partie des habitués de ses colonnes, mais dans leur majorité, des inconnus de la politique et du droit de la concurrence : des historiens, un sociologue, un anthropologue, un démographe, deux hommes d'église, des essayistes et des entrepreneurs, des hommes et des femmes politiques. Ces contributions viennent de France, mais aussi de Belgique, d'Allemagne, de Grande-Bretagne, des Etats Unis, de Chine.

Cette pléiade d'auteurs a livré pour les dix ans de la revue cent contributions. Dix de celles-ci sont une sélection d'éditoriaux et d'interviews publiés entre 2004 et 2014, dont, entre autres, les entretiens avec les quatre candidats aux élections présidentielles de 2007 et 2012 qui ont marqué l'ouverture de la revue, sans parti pris, vers une vision politique de la concurrence.

Les promoteurs de ce nouveau projet éditorial - que soient ici remerciés Martine Béhar-Touchais et Rafael Amaro, aidés de Déborah Thebault - ont voulu permettre à chacun de ne plus avoir d'idées reçues sur la concurrence et se forger sa propre réponse à la question "À quoi sert la concurrence ?". La concurrence est-elle l'arme de la "guerre économique", conduisant à "l'extermination réciproque" ? Peut-elle être assimilée à la "loi de la jungle" ? Crée-t-elle des emplois en favorisant l'innovation ? Est-elle un principe harmonieux d'organisation de la vie en collectivité ? La concurrence est-elle facteur de progrès ? Les 100 contributions proposent autant de visions différentes selon l'origine des auteurs sollicités. Le pluralisme des idées est assuré par la pluridisciplinarité des auteurs.

Au terme de dix ans de revue *Concurrences*, une occasion est ainsi offerte à chacun de voir autrement la concurrence et d'en découvrir les multiples facettes.

La « concurrence dans les services publics » et la « concurrence pour le service public »

MARTINE LOMBARD

martinelombard@martinelombard.fr

Professeure

Université Panthéon-Assas (Paris II)

La question des relations entre concurrence et service public est un exemple de ces thèmes qui suscitent passions et débats, puis se banalisent et occupent une place moins importante que naguère dans le champ des controverses publiques, au moment même où, pourtant, l'expérience acquise et leur actualité mériteraient la plus grande attention.

Les polémiques sont d'abord apparues avec force à l'occasion de la libéralisation européenne de certains secteurs autrefois organisés sous forme de monopoles publics. Elles ont été d'autant plus vives que la concurrence a souvent été présentée comme imposée par une Europe ignorante du service public, au risque de voir la France dépossédée d'une partie de sa culture de solidarité.

Il est vrai que la concurrence peut apparaître comme contraire à l'idée de service public, en ce qu'elle sape jusqu'à ses fondements, du moins dans une première approche, celle que l'on appellera ci-dessous « la concurrence dans les services publics ». La concurrence veut, en effet, servir l'intérêt des consommateurs, considérés comme des clients, en leur offrant la plus grande liberté de choix possible entre différentes prestations et

entre différents prestataires. Le service public repose, quant à lui, sur le principe de l'égalité de traitement des usagers. Ces derniers sont dans un rapport de droits et d'obligations à l'égard du service public, qui est l'expression d'une forme de solidarité. Les clients, à l'inverse des usagers, s'inscrivent dans une relation commerciale d'échange. Alors que la concurrence entend garantir la liberté des clients, le service public postule l'égalité entre les usagers : ce sont là deux logiques *a priori* étrangères l'une à l'autre, du moins lorsqu'on prétend les juxtaposer plutôt que de les articuler dans le temps.

En outre, le « service public à la française » reposait, en pratique, sur une identification entre le service public et une entreprise donnée, organisée le plus souvent sous forme d'établissement public doté d'un monopole. Lorsque des secteurs comme les télécommunications, les transports, l'énergie ou encore le service postal ont été soumis, dans le cadre communautaire, à un processus progressif d'ouverture à la concurrence, les entreprises qui incarnaient les valeurs du service public aux yeux des Français et étaient dotées jusqu'alors d'une exclusivité en sont sorties profondément transformées. Certaines ont été privatisées, comme France Télécom, Air France, Gaz de France, avec plus ou moins de regrets. D'autres ont changé de statut pour devenir des sociétés commerciales de droit privé, tout en restant des entreprises publiques, comme EDF ou La Poste.

Ce mouvement de libéralisation et de remise en cause des entreprises de service public est allé si loin et dure depuis si longtemps – pour avoir commencé à la fin des années 1980 et ne s'être jamais interrompu – qu'il semble avoir largement contribué à nourrir une opposition sourde ou déclarée à la construction européenne telle qu'elle s'est réalisée à travers l'édification d'un marché intérieur. L'un des reproches souvent adressés à l'Europe des traités de Rome, de Maastricht et de Lisbonne reste toujours de faire primer la concurrence jusqu'à risquer de faire disparaître le service public tel que la France l'avait conçu.

Il est grand temps, dans ce contexte, de faire un bilan des relations entre concurrence et service public. Cela paraît d'autant plus urgent que le mouvement de libéralisation gagne aujourd'hui tous les modes de transport, y compris les transports collectifs de passagers par la route ou le rail, et il commence à s'étendre, par une interprétation extensive de la notion d'activités « économiques », jusqu'aux services sociaux (logements, hôpitaux, etc.), au point de ne devoir s'arrêter sans doute qu'aux services régaliens (police, justice, etc.).

Pour ce bilan, il est proposé de s'inspirer de la distinction classique entre la « concurrence dans le marché » (plusieurs entreprises sont en concurrence au sein d'un même marché de biens ou de services) et la « concurrence pour le marché » (les entreprises rivalisent pour obtenir le droit d'exercer une activité donnée pendant une période définie). Une déclinaison de cette opposition conduit à distinguer la « concurrence dans les services publics » (plusieurs entités exercent simultanément la même activité de service public) et la « concurrence pour le service public » (plusieurs entités sont

mises en concurrence pour l'exercice d'une activité de service public avec une exclusivité temporaire jusqu'au renouvellement de l'appel d'offres).

Après quelques décennies de libéralisation européenne, la « concurrence dans les services publics » témoigne d'un certain nombre de fragilités, voire de contradictions, alors que la « concurrence pour le service public », outre le fait qu'elle bénéficie en France d'une longue et solide expérience dans les services locaux, apparaît, y compris dans le cadre européen, mieux adaptée aux prochaines étapes de la libéralisation des services collectifs.

La « concurrence dans les services publics » a été d'abord privilégiée par les directives et règlements européens dans les secteurs des télécommunications comme de l'énergie, et des transports aériens. Elle a certes eu le mérite paradoxal de permettre une clarification des obligations de service public, puisqu'il fallait expliciter celles qui subsisteraient à l'avenir dans le secteur concerné. Cet effort de précision a fait tantôt apparaître que ces obligations de service public étaient encore plus importantes qu'on ne le pensait, parfois qu'elles étaient à l'inverse quasi inexistantes. Il a fallu constater qu'une entreprise qui était considérée comme exerçant des missions de service public ne supportait guère en réalité d'obligations en ce sens : ce fut le cas pour Air France à l'issue de l'exercice de vérité imposé par l'ouverture à la concurrence du transport aérien. Parfois les contours des obligations de service public et de la charge financière qu'elles représentent se sont révélés différents de ce que les représentations courantes permettaient de penser. C'est ainsi que, pour une entreprise comme EDF, l'obligation de « péréquation géographique », permettant de faire bénéficier les régions non interconnectées au réseau métropolitain des mêmes tarifs que les autres, est une charge de service public d'un coût financier important, mais la charge la plus lourde pour l'entreprise est en réalité ailleurs. Elle résulte des obligations de service public qui pèsent sur elle au titre du développement durable. L'obligation d'acheter toute l'électricité produite à partir de sources renouvelables (panneaux solaires, éoliennes, cogénération notamment) se révèle en particulier d'un coût extrêmement élevé. À l'inverse, la « péréquation sociale », c'est-à-dire le droit pour les personnes en situation de précarité de bénéficier d'un tarif social pour l'électricité de première nécessité, est une obligation de service public d'un coût quasi symbolique pour EDF – du moins au regard de ce que représente le poids financier de la mission précédente.

À côté de ce mérite de clarification, la « concurrence dans les services publics » présente cependant, à l'expérience, des risques, du point de vue de la pérennité du service public, comme beaucoup le craignaient, mais aussi sous l'angle de la réalité d'une concurrence non faussée. Lorsque les obligations de service public pèsent sur toutes les entreprises du secteur, elles semblent en pratique souvent se diluer au point de n'apparaître plus guère que comme une étape transitoire avant leur disparition. Dans le secteur des communications électroniques, la Commission européenne avait initialement indiqué que les obligations de service universel évolueraient avec le temps et seraient enrichies au fil des évolutions technologiques et de l'apparition de nouveaux besoins sociaux. En réalité le service universel s'est plutôt réduit comme peau de chagrin au fil du temps. En matière d'énergie, le coût des obligations de service public, qui était censé être

La « concurrence dans les services publics »
et la « concurrence pour le service public »

intégralement compensé pour EDF, ne l'est qu'avec retard. En outre, les pouvoirs publics, face à la croissance vertigineuse des coûts liés aux obligations de service public qui viennent d'être rappelées, semblent avoir été surtout préoccupés d'en réduire l'impact.

Ces secteurs témoignent aussi de la difficulté pour les autorités de régulation, dans le cas où plusieurs entreprises sont censées exercer une activité de service public tout en étant en situation de concurrence, d'exercer un double rôle tendant à veiller à ce que la concurrence devienne réalité, mais aussi que les obligations de service public soient pleinement respectées. L'ARCEP pour les secteurs des télécommunications et postal, la CRE pour l'électricité et le gaz, et l'ARAF pour le transport ferroviaire n'ont certes pas démerité, mais sans que leurs moyens paraissent à ce stade toujours suffisants.

À l'inverse, la « concurrence pour le service public » offre des avantages comparables – voire supérieurs – à la « concurrence dans les services publics », en termes de clarté de la teneur des obligations de service public, sans présenter les mêmes dangers et inconvénients pratiques. Cette forme de concurrence peut en effet être un atout pour le service public, en ce qu'elle conduit nécessairement à clarifier les obligations de service public pour les inscrire dans un cahier des charges, et à les rendre contractuels, donc obligatoires pour le prestataire du service, et créateurs de droits pour l'utilisateur. En outre, la régulation de la concurrence peut être organisée selon un mode d'autant plus simple et effectivement sanctionné que la mise en concurrence ne s'exerce qu'au moment de la passation de la concession, pour être ensuite renouvelée à intervalles périodiques.

Or, autant la « concurrence dans les services publics » a bousculé le modèle français des entreprises publiques depuis une vingtaine d'années, autant la France avait très tôt donné l'exemple en termes de « concurrence pour le service public », avec sa très longue pratique des concessions depuis plusieurs siècles et le développement, au XIX^e siècle, de grandes entreprises spécialisées dans les services collectifs pour les collectivités locales.

Initialement, le régime juridique applicable à ces concessions n'impliquait pas, il est vrai, une véritable mise en concurrence. Ce n'est que depuis la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993 qu'a été généralisée en France l'obligation d'organiser une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes avant l'attribution à telle ou telle entité de la gestion déléguée d'un service public. Alors qu'il n'existait aucun texte communautaire pour généraliser une obligation de mise en concurrence, ce sont les juges de la Cour de justice des Communautés européennes qui, quelques années plus tard, ont déduit des principes fondamentaux du traité une « obligation de transparence » pour l'attribution des concessions, consistant à « *garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat (...) ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* » (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745). Si notre pays a longtemps été en avance sur le reste de l'Europe en ce domaine, l'harmonisation réalisée par la directive n°2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession, qui a été adoptée en février 2014 par le

Parlement européen et le Conseil, va pourtant à nouveau obliger la France à certaines mesures d'adaptation. Elle renforce en effet les procédures de mise en concurrence pour les concessions dont la valeur, c'est-à-dire le chiffre d'affaires généré pendant leur durée, dépassera 5 millions d'euros. Dorénavant, une publicité devra être réalisée selon des formes précises et l'attribution des concessions devra être faite sur la base de critères préalablement définis et hiérarchisés, tels qu'ils ne conféreront pas « *une liberté de choix discrétionnaire* » aux autorités publiques. D'ores et déjà, la crainte s'exprime en France de ce que le régime des concessions pourrait être ainsi conduit à se rapprocher de celui des marchés publics, même si la personne publique conservera « *la liberté d'organiser une négociation* ». En outre, la durée des concessions sera en principe limitée à cinq ans, sauf si une durée supérieure s'avère nécessaire pour le concessionnaire afin d'amortir les investissements qu'il aura effectués. Bref, le processus de mise en concurrence devra être renouvelé plus fréquemment qu'aujourd'hui pour la gestion déléguée des services publics et selon des formes plus contraignantes à certains égards. Sont exclus du champ de cette directive, mais parce qu'ils sont d'ores et déjà soumis à d'autres régimes de mise en concurrence définis par des textes européens, les secteurs des concessions de service de transport aérien et surtout celui des services publics de transport de voyageurs relevant du règlement (CE) n° 1370/2007.

Or, ce dernier exemple montre précisément toute l'ampleur du changement susceptible de résulter du choix de la « concurrence pour le service public » plutôt que de la « concurrence dans les services publics » pour un secteur tel que le transport régional ferroviaire. À partir de 2019, en France, les régions pourront continuer à confier l'exploitation des TER à la SNCF si elles le souhaitent, mais elles pourront aussi, si tel est leur choix, organiser des appels d'offres et attribuer l'exploitation des trains régionaux à telle autre entreprise qui leur apparaîtrait faire une offre plus avantageuse tant en termes économiques que de qualité de service. Des opérateurs comme Arriva, filiale de la Deutsche Bahn, se préparent d'ores et déjà pour l'échéance de 2019. Les régions aussi, dans cette perspective, exercent une pression croissante sur leur partenaire traditionnel, la SNCF, en exigeant d'elle plus de transparence tant sur les coûts que sur la qualité du service assuré. Elles font savoir que le risque n'est pas nul pour la SNCF qu'elles choisissent un autre prestataire, quand cette possibilité leur sera ouverte, si les réponses apportées par l'opérateur historique leur apparaissent insuffisantes.

Le transport ferroviaire est, en ce sens, une bonne illustration des avantages et inconvénients comparés de la « concurrence dans les services publics » et de la « concurrence pour le service public ». Selon la première logique, la Commission européenne a présenté début 2013 une proposition destinée, si elle est adoptée, à ouvrir l'ensemble du transport ferroviaire de passagers à la concurrence. Il est remarquable qu'à ce jour elle n'éveille guère d'intérêt même de la part des opérateurs potentiellement concurrents des entreprises historiques du secteur et que, simultanément, les obligations de service public qui pourraient peser sur ces derniers dans ce cadre paraissent floues. En revanche, la concurrence pour la désignation du prestataire en matière de transport ferroviaire régional devrait être une réalité dans quelques années. Or, pour que la concurrence soit effective dans ce cadre, ce processus devra nécessairement comporter une défini-

tion précise des obligations de service public sur lesquelles les concurrents devront contractuellement s'engager. Il est possible d'en espérer en définitive une rénovation du service public, à laquelle les usagers des TER ne manqueraient pas d'être sensibles, quitte à repenser la relation entre concurrence et service public.

Biographie

Martine Lombard est professeure agrégée des facultés de droit à l'Université de Paris II Panthéon-Assas. Directrice juridique d'Air France lors de l'ouverture à la concurrence du transport aérien, membre du comité de prospective de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de 2009 à 2011, elle est, depuis 2011, membre du Conseil supérieur de la magistrature.

Revue Concurrences

Une revue trimestrielle dédiée aux droits interne et européen de la concurrence

Concurrences est une revue universitaire trimestrielle dédiée aux droits interne et européen de la concurrence. Créée en 2004 par Laurence Idot, Frédéric Jenny et Nicolas Charbit, la revue est un forum de discussions entre universitaires, magistrats et praticiens du droit de la concurrence. Son rayonnement en dehors du champ des spécialistes est tel que plusieurs personnalités publiques de premier plan ont publié des points de vue dans ses colonnes : Jacques Attali, Elie Cohen, François Hollande, Christine Lagarde, Nicolas Sarkozy...

COMITÉ SCIENTIFIQUE ET COMITÉ INTERNATIONAL

Un Comité scientifique, présidé par Laurence Idot assure l'indépendance de la revue et sélectionne les articles soumis à la revue sur des critères de rigueur de la démonstration et d'objectivité. Un Comité international, présidé par Frédéric Jenny, contribue à la diffusion de la revue à l'international et à l'organisation des conférences hors de l'Europe.

VERSION ÉLECTRONIQUE

Depuis 2004, Concurrences a publié 40 numéros totalisant 14000 articles (au 1^{er} septembre 2014). La version électronique reprend l'intégralité des articles parus dans la version imprimée depuis 2004 ainsi qu'environ 20 % d'articles supplémentaires. Ce supplément électronique correspond à des contributions publiées exclusivement sur le site de la revue notamment en raison de leur ampleur : actes de colloques, articles de fond, contributions économiques...

CONTRIBUTEURS

Plus de 1000 contributeurs provenant de 15 pays ont publié dans la revue Concurrences. Ces contributeurs sont universitaires, magistrats ou représentants d'autorités de concurrence, avocats ou conseils juridiques, tous spécialisés en droit ou en économie de la concurrence.

A QUOI SERT LA CONCUR RENCE ?

Compétitivité, innovation,
emploi, relance...

100 personnalités répondent

Sous la direction de
Martine **Behar-Touchais**
Nicolas **Charbit**
Rafael **Amaro**

Concurrences
Revue des droits de la concurrence

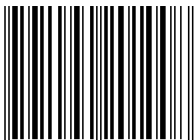
100 personnalités répondent à la question « A quoi sert la concurrence ? » :
historiens, économistes, juristes, sociologues, hommes d'église, acteurs
politiques, essayistes et entrepreneurs...

L'ouvrage rassemble les réponses de plus de 100 contributeurs parmi
lesquelles François Hollande, Arnaud Montebourg, Michel Sapin, Nicolas
Sarkozy et des contributions de Easy Jet, Free, Google, Microsoft, Michelin,
la SNCF...

Un site internet interactif complète cet ouvrage avec des quiz et un sondage :

www.aquoisertlaconcurrence.org

ISBN 979-10-94201-00-8



9 791094 201008