

AJDA 2004 p.2210**Les conditions d'accès à un ponton au risque des règles de la concurrence****Arrêt rendu par Conseil d'Etat****30-06-2004**

n° 250124

Sommaire :

Une personne morale de droit public ne peut accorder à une entreprise chargée d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires. Il lui appartient, en revanche, dans des limites compatibles avec le respect des règles de la concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés du service public l'appui nécessaire, ce qui peut inclure des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public.

Texte intégral :

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 6 septembre 2002 et 23 décembre 2002 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le département de la Vendée, représenté par le président du Conseil général domicilié à l'Hôtel du département 40, rue du Maréchal Foch B.P. 823 à La Roche-sur-Yon (85021) ; le département de la Vendée demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 28 juin 2002 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes, réformant le jugement du 6 janvier 2000 du tribunal administratif de Nantes, a annulé à la demande de la société Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), le premier alinéa de l'article 4, l'article 5 et l'article 8 de l'arrêté du 30 mars 1998 du président du conseil général de la Vendée formant règlement d'utilisation des installations portuaires de Fromentine et a condamné le département requérant à verser à cette société une somme de 1 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter la requête d'appel de la société Vedettes inter-îles vendéennes et de faire droit à sa demande tendant à ce que cette société soit condamnée à lui payer la somme de 762,25 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

3°) en tout état de cause, de condamner la société Vedettes inter-îles vendéennes à lui verser la somme de 3 300 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré présentée le 11 juin 2004 pour la société Vedettes inter-îles vendéennes ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. El Nouchi, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Coutard, Mayer, avocat du Conseil général de la Vendée et de la SCP Monod, Colin, avocat de la société Vedettes inter-îles vendéennes,
- les conclusions de M. Collin, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la desserte maritime de l'île d'Yeu est assurée notamment à partir du port départemental de Fromentine, situé dans la commune de la Barre-de-Monts (Vendée) ; que ce port est constitué d'une estacade en bois de 76 m débouchant sur une plate-forme d'accostage, posée et ancrée au fond par des pieux ; que cette plate-forme comprend deux postes d'amarrage dont l'un, situé sur le côté ouest, permet l'amarrage

des paquebots alors que l'autre, situé au nord, constitué d'un ponton flottant ancré sur le débarcadère, est destiné à l'accostage des navires de plus petit gabarit ; que ce ponton flottant est utilisé, à la fois, par l'unité rapide de la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV) et par les vedettes de compagnies privées dont la société Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV) ; que par arrêté du 30 mars 1998, le président du conseil général de la Vendée a réglementé l'utilisation des installations du port de Fromentine ; que l'article 4 de cet arrêté dispose que l'accostage au ponton flottant des bateaux des compagnies privées pour l'embarquement et le débarquement de passagers est interdit : / - une demi-heure avant l'arrivée prévue et un quart d'heure après le départ effectif de l'unité rapide de la régie/ - pendant l'escale de ladite unité/ - une demi-heure avant l'arrivée prévue et un quart d'heure après le départ effectif d'un paquebot de la régie/ - pendant une heure après l'arrivée et pendant une heure avant le départ d'un paquebot de la régie [...] ; qu'aux termes des dispositions de l'article 8 du même arrêté : Le stationnement au ponton des bateaux des compagnies privées est strictement limité au temps nécessaire à l'embarquement ou au débarquement des passagers ; que l'article 5, non divisible des articles 4 et 8, prévoit que dans les créneaux horaires non réservés au service public exercé par la régie départementale, l'accostage au ponton flottant des bateaux des compagnies privées pour l'embarquement et le débarquement des passagers est interdit une demi-heure avant l'arrivée prévue de l'unité suivante et un quart d'heure après le départ effectif de l'unité suivante ; que, par jugement du 6 janvier 2000, le tribunal administratif de Nantes a rejeté la demande de la société Vedettes inter-îles vendéennes tendant à l'annulation de cet arrêté ; que le département de la Vendée se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 28 juin 2002 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes, statuant sur l'appel de la société Vedettes inter-îles vendéennes, a, infirmant sur ce point le jugement du tribunal administratif de Nantes, annulé les dispositions précitées des articles 4 (alinéas 1 à 5), 5 et 8 de l'arrêté du 30 mars 1998 ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Considérant que, s'il appartient aux collectivités et personnes morales publiques, auxquelles sont affectées ou concédées les installations des ports maritimes, de permettre l'accès aussi large que possible des armements à ces installations, elles n'en sont pas moins corollairement en charge de fixer, par une réglementation adaptée à la configuration des ports concernés, des conditions d'utilisation de ces installations propres à assurer la sécurité des usagers et la protection des biens du domaine public maritime ; qu'en outre, si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public ;

Considérant qu'en jugeant, après avoir rappelé les principes énoncés ci-dessus, que les exigences découlant de la mission de service public de la régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV) ne pouvaient être regardées, au même titre que les contraintes techniques ou de sécurité, comme des nécessités de fonctionnement du port que pouvait prendre en compte, dans les limites énoncées plus haut, l'autorité réglementaire, la cour a commis une erreur de droit ; que l'arrêt attaqué doit, dès lors, être annulé dans ses articles 1 et 2 ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

Considérant, que le moyen tiré par la société Vedettes inter-îles vendéennes de ce que le jugement attaqué du tribunal administratif de Nantes n'aurait pas répondu au moyen tiré par elle de l'illégalité de l'article 8 du règlement litigieux manque en fait ;

Sur la légalité des trois premiers alinéas de l'article 4 et de l'article 8 du règlement attaqué :

Considérant, que les dispositions combinées des alinéas 1 à 3 de l'article 4 de l'arrêté du 30 mars 1998 interdisent l'accostage au ponton flottant des bateaux des compagnies privées, d'une part, une demi-heure avant l'arrivée de l'unité rapide de la régie départementale et un quart d'heure après son départ effectif, d'autre part, pendant l'escale de cette unité rapide ; que l'article 8 du même règlement limite strictement le temps de stationnement de ces mêmes bateaux au temps

nécessaire à l'embarquement ou au débarquement des passagers ; que la société Vedettes inter-îles vendéennes soutient que la combinaison de ces dispositions aboutit en pratique à ce que, pendant le stationnement de l'unité rapide de la régie qui peut se prolonger pendant six heures à marée basse, ses bateaux sont empêchés d'accoster au ponton flottant et donc d'assurer, par suite, la desserte de l'île d'Yeu, en méconnaissance tant du principe de la liberté du commerce et d'industrie que du principe d'égalité de traitement entre armateurs ;

Considérant toutefois qu'il ressort des pièces du dossier que la régie départementale assure en ce qui concerne la desserte de l'île d'Yeu une mission de service public qui implique des traversées régulières toute l'année et par tous temps ; que l'accomplissement de cette mission explique que l'unité rapide de la régie départementale ait un tirant d'eau sensiblement plus important que celui des unités de la société Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), ce qui la rend tributaire des horaires des marées et lui interdit notamment de sortir du port de Fromentine ou d'y accéder à marée basse ; que la société Vedettes inter-îles vendéennes n'est pas, compte tenu de son activité exclusivement estivale et de la taille, de la capacité et du tirant d'eau de ses bateaux, dans une situation identique à celle de l'armement chargé du service public ; que la longueur limitée du ponton flottant rend techniquement difficile et, en tout état de cause, dangereux pour la sécurité des opérations d'embarquement et de débarquement des passagers compte tenu de la taille des bateaux concernés, l'accostage simultané de deux unités rapides ; que dès lors, eu égard aux circonstances rappelées ci-dessus, le président du conseil général a pu, sans porter d'atteinte excessive au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ni méconnaître les règles de concurrence ainsi que l'égalité de traitement entre armateurs, apporter à la régie départementale l'appui nécessaire à l'exploitation du service public dont elle est chargée en faisant bénéficier la seule unité rapide de la régie de la possibilité d'un stationnement prolongé sur le ponton flottant au cours des périodes de marée basse pendant lesquelles cette unité ne peut, compte tenu de son tirant d'eau, passer dans le chenal d'accès et en interdisant, pendant ce stationnement prolongé, toute possibilité d'accostage d'une unité rapide appartenant à la compagnie VIIV, qui dispose d'ailleurs, à 500 m du port de Fromentine, d'un site propre de mouillage à partir duquel elle peut assurer ses liaisons maritimes vers l'île d'Yeu ;

Considérant que le détournement de pouvoir allégué n'est pas établi ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Vedettes inter-îles vendéennes n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande tendant à l'annulation des trois premiers alinéas de l'article 4 ainsi que de l'article 8 du règlement attaqué ;

Sur la légalité des quatrième et cinquième alinéas de l'article 4 du règlement attaqué :

Considérant que les dispositions combinées des premier, quatrième et cinquième alinéas de l'article 4 du même règlement ont pour effet de limiter aux seuls bateaux des compagnies privées l'interdiction d'accostage au ponton flottant, d'une part, pendant l'escale d'un paquebot de la régie, d'autre part, une demi-heure avant l'arrivée prévue et un quart d'heure après le départ effectif d'un tel paquebot ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'une telle restriction, constitutive d'une rupture d'égalité entre les vedettes de la régie et celles des compagnies privées, soit rendue nécessaire par des contraintes de sécurité publique liées soit aux conditions de navigation dans le chenal d'accès au port de Fromentine, soit aux modalités d'embarquement et de débarquement des passagers des unités rapides lors des manoeuvres ou de l'escale d'un paquebot de la régie ; qu'il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que la mission de service public dont est investie la régie départementale justifierait que ses unités rapides soient exonérées du respect de règles édictées dans l'intérêt de la sécurité des mouvements de navires et de passagers ; que, dès lors, la société Vedettes inter-îles vendéennes est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation des quatrième et cinquième alinéas de l'article 4 de l'arrêté litigieux, en tant que leurs dispositions ne s'appliquent qu'aux bateaux des compagnies privées ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le département de la Vendée et la société Vedettes inter-îles vendéennes sur le fondement de ces dispositions ;

Décide :

Art. 1^{er} : Les articles 1^{er} et 2 de l'arrêt du 28 juin 2002 de la cour administrative d'appel de Nantes sont annulés.

Art. 2 : Le jugement du 6 janvier 2000 du tribunal administratif de Nantes est annulé en tant qu'il rejette les conclusions de la société Vedettes inter-îles vendéennes tendant à l'annulation des quatrième et cinquième alinéas de l'article 4 de l'arrêté du 30 mars 1998 du président du conseil général de la Vendée.

Art. 3 : Les quatrième et cinquième alinéas de l'article 4 de l'arrêté du 30 mars 1998 du président du conseil général de la Vendée sont annulés, en tant qu'ils ne s'appliquent qu'aux bateaux des compagnies privées pour l'embarquement et le débarquement des passagers ;

Art. 4 : Le surplus des conclusions de la demande présentée par la société Vedettes inter-îles vendéennes devant le tribunal administratif de Nantes est rejeté.

Art. 5 : Les conclusions présentées par le département de la Vendée et la société Vedettes inter-îles vendéennes au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Art. 6 : La présente décision sera notifiée au département de la Vendée, à la société Vedettes inter-îles vendéennes et au ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer.

Demandeur : Vendée (Dpt)

Composition de la juridiction : M. El Nouchi, rapp. - M. Collin, c. du g. - SCP Coutard, Mayer, SCP Monod, Colin, av.

Mots clés :

COLLECTIVITE TERRITORIALE * Service public local * Service public local industriel et commercial

DOMAINE * Domaine public * Occupation du domaine public

DROIT PUBLIC DE L'ECONOMIE * Liberté économique * Liberté du commerce et de l'industrie
* Règles de concurrence

TRANSPORT * Transport maritime

AJDA 2004 p.2210**Les conditions d'accès à un ponton au risque des règles de la concurrence****Sophie Nicinski, Professeure à l'université d'Orléans**

L'essentiel

Une personne morale de droit public ne peut accorder à une entreprise chargée d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires. Il lui appartient, en revanche, dans des limites compatibles avec le respect des règles de la concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés du service public l'appui nécessaire, ce qui peut inclure des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public.

Les règles de la concurrence vont-elle bouter hors du paysage administratif français la célèbre jurisprudence *Société des autobus antibois* ? C'est la question que l'on peut se poser à la lecture de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, concernant une application particulière de la jurisprudence *Société des autobus antibois*. Cet arrêt nourrit également la réflexion sur le caractère complémentaire des sources du droit administratif et du droit de la concurrence et autorise quelques remarques sur la signification actuelle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

La société Vedettes inter-îles vendéennes conteste les conditions d'utilisation des installations du port de Fromentine, point de départ des liaisons maritimes entre le continent et l'île d'Yeu. En particulier, la réglementation édictée par le département de la Vendée lui semble particulièrement protectrice pour la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, assurant le service public de transport maritime à toute époque de l'année. Le litige semble s'être concentré autour des conditions d'accès à un ponton flottant utilisé pour l'embarquement et le débarquement des passagers. Après que le juge administratif a censuré l'institution d'un monopole d'utilisation au profit de la Régie départementale (TA Nantes 8 avril 1997), le président du conseil général a réglementé l'accès à cette installation par arrêté du 30 mars 1998. Pour résumer l'économie de cette réglementation préférentielle, on peut dire que l'accès au ponton est interdit aux compagnies privées avant, après et pendant son utilisation par la vedette de la Régie, de même que pendant les mouvements du paquebot de la Régie, et ce, alors même que le paquebot n'accoste pas au ponton flottant mais à un autre quai. Un problème particulier résulte du fait que les bateaux de la Régie ont un tirant d'eau important, car ils doivent effectuer les liaisons en toutes conditions climatiques. Ils sont donc immobilisés à quai pendant la marée basse, privant par là même les compagnies privées d'utiliser l'installation pendant de longues heures.

Bien qu'à classer dans la catégorie des utilisations collectives du domaine public, les activités commerciales qui y sont exercées (transport, vente ambulante, enseignement de la conduite, activités artistiques, etc.) peuvent faire l'objet d'une réglementation plus pesante que celle commandée par les nécessités de l'ordre public ou de la conservation du domaine public. Sous couvert de ses pouvoirs domaniaux, il a même été admis que l'administration puisse protéger un concessionnaire de service public contre la concurrence. Cependant, s'agissant d'activités commerciales ou professionnelles, les sujétions imposées par l'administration se heurtent fréquemment à la liberté du commerce et de l'industrie, et l'application récente du droit de la concurrence par le juge administratif aux actes administratifs aurait pu laisser présager une remise en cause des prérogatives de l'administration. L'arrêt *Département de la Vendée* n'est cependant pas le signe d'un bouleversement absolu de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat en la matière, mais autorise cependant quelques réflexions sur les sources actuelles du droit public économique et sur la complémentarité droit de la concurrence/droit administratif.



Rappel des prérogatives dont dispose l'administration pour protéger l'opérateur de service public contre la concurrence



L'administration dispose de prérogatives étendues pour limiter les activités commerciales exploitées sur le domaine public et concurrençant un service public. Le Conseil d'Etat a défini les prérogatives de l'administration dans son célèbre arrêt de principe *Société des autobus antibois* du 29 janvier 1932 (S. 1932, III, p. 65, note P. L. ; RD publ. 1932, p. 501, concl. Latournerie ; D. 1932, III, p.60, concl. Latournerie, note C. Blaevonet), rendu à propos d'une entreprise de transports en commun, qui concurrençait la société concessionnaire de la ville. Il ressort de cet arrêt que l'autorité de

police peut soumettre l'activité à autorisation préalable, lui interdire d'effectuer tout trafic de voyageurs à l'intérieur de l'agglomération, prescrire des itinéraires spéciaux et n'autoriser la montée et la descente des voyageurs qu'en certains endroits. Quant à la possibilité d'instituer un monopole au profit d'un concessionnaire, si la solution était en germe dans l'arrêt *Société des autobus antibois*, elle est pleinement confirmée en 1956 (pour une activité de traction de péniches sur les voies navigables, CE 16 novembre 1956, *Société Désaveines*, et, du même jour, *Société des grandes tuileries Perrusson et Desfontaines*, Lebon p.440 et 441 ; RD publ. 1957, p. 529, note M. Waline ; RDP 1957.1, concl. Laurent ; solution confirmée à propos de l'activité de pilotage dans les ports, CE Sect. 2 juin 1972, *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, AJDA 1972, p. 647, concl. Rougevin-Baville, puis à propos de la mise à l'eau ou à terre des bateaux dans un port de plaisance, CE 29 avril 1981, *Etablissements Fine Frères*, Lebon p. 200).

Il s'avère que cette jurisprudence est fondée sur deux types de considérations. Tout d'abord, jouent des considérations tirées à la fois de la nécessité de préserver une bonne utilisation du domaine public (raisons techniques) et d'assurer la sécurité publique. Ensuite, des considérations plus économiques visent à protéger le concessionnaire contre la concurrence afin de préserver *in fine* le bon fonctionnement du service public en assurant sa rentabilité. Ainsi, les pouvoirs domaniaux et de police générale des autorités publiques viennent se combiner avec la nécessité de préserver le bon fonctionnement du service public, au détriment d'une libre concurrence.

Cependant, cette jurisprudence connaît des limites. Lorsque l'activité en cause ne s'exerce pas entièrement sur le domaine public, les prérogatives de l'administration sont moins attentatoires à la libre concurrence. Il en va ainsi, par exemple, des activités de transport maritime qui, si elles utilisent les infrastructures portuaires (domaine public), s'exercent principalement en mer, dont on sait que l'eau est une *res communis*. Pour résumer, on peut dire que l'administration ne peut pas réserver à son concessionnaire le monopole de l'utilisation de certaines infrastructures, mais peut en réglementer l'utilisation. Par ailleurs, une telle réglementation ne pourrait être justifiée que par le souci d'apporter au concessionnaire l'appui nécessaire à l'exploitation du service, et non dans le but de la préserver de la concurrence. C'est ce qui résulte de l'arrêt de 1981, *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var* (CE Sect. 9 octobre 1981, AJDA 1981, p. 579, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre). La justification d'une telle limite aux prérogatives consenties à l'administration par la jurisprudence *Société des autobus antibois* est clairement expliquée dans la chronique de Frédéric Tiberghien et Bruno Lasserre. En effet, dans la jurisprudence *Société des autobus antibois*, les pouvoirs de l'administration trouvent une « assise domaniale », qui n'a d'effet que concernant les activités s'exerçant entièrement sur le domaine public. « Seule la recherche d'une meilleure exploitation du domaine public permet d'expliquer la possibilité pour l'autorité gestionnaire d'écarter l'initiative privée ». On trouvait déjà cette idée clairement exprimée dès l'arrêt *Desaveines* : une concurrence aurait pour effet de rendre la gestion du service public « plus difficile et plus onéreuse, et, par suite, d'entraîner une moins bonne exploitation du domaine public ». Si l'assise domaniale disparaît, l'administration voit ses prérogatives amoindries.

S'agissant toujours du transport maritime, il apparaît encore que, lorsque le concessionnaire évolue dans un environnement pleinement concurrentiel, « il appartient au concédant de ne pas prendre de mesures manifestement susceptibles d'empêcher le concessionnaire de poursuivre son activité de service public », et notamment de ne pas délivrer un nombre excessif de licences d'armateur à des compagnies concurrentes, agissement susceptible d'engager la responsabilité de l'administration (CAA Paris 4 juin 1992, *SA Tahiti Moorea Service*, AJDA 1992, p. 140  et p. 97, chron. J.-P. Jouguelet, J.-F. Gipoulon et P. Cadenat ).

Cependant, l'autorité administrative ne peut pas sous couvert de la gestion du domaine public instituer un régime d'autorisation préalable d'accès aux infrastructures portuaires, sans porter atteinte à la liberté d'entreprendre (CE 2 juillet 2003, *Commune de Collioures*, à citer aux tables du Lebon  ; AJDA 2003, p. 2218, note J.-P. Markus ).

En 2004, compte tenu de la sensibilité accrue du juge administratif au respect du droit de la concurrence, peut-on encore accorder les mêmes prérogatives à l'administration ?

Un revirement de jurisprudence envisageable, compte tenu de la sensibilisation du juge administratif au respect d'une libre et égale concurrence

En premier lieu, on peut s'autoriser à penser que la lignée jurisprudentielle *Société des autobus antibois* repose sur une confusion des genres. La rentabilité d'un service public exploité sur le domaine public serait le gage d'une exploitation économique optimale du domaine public. De ce fait, les pouvoirs domaniaux d'une autorité administrative peuvent être utilisés pour préserver la

rentabilité d'un service public ayant pour siège une dépendance domaniale. Il est vrai que le domaine public et le service public sont intimement liés. Le régime juridique protecteur du domaine public peut être considéré comme une garantie de l'existence et de la continuité des services publics dont il est le siège (v., à ce propos, E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003, p. 1192 [📄](#), et, L. Richer, Le Conseil constitutionnel et le droit commun de la commande publique et de la domanialité publique, AJDA 2003, p. 2348 [📄](#)). Mais l'inverse est-t-il vrai, notamment si le raisonnement est transposé sur le plan économique ? La rentabilité d'un service public ayant pour siège une dépendance domaniale est-t-elle une garantie d'une exploitation économique optimale du domaine public ? Une réponse affirmative ne va pas de soi. On peut même soutenir qu'au contraire une exploitation économique du domaine public serait mieux assurée par la possibilité d'accorder un droit d'utilisation à plusieurs opérateurs, qui paieraient chacun une redevance (comme les taxis, par exemple). Ainsi, il est permis de ne pas être entièrement convaincu par les raisons économiques avancées pour soutenir la jurisprudence *Société des autobus antibois* et ses applications particulières.

En deuxième lieu, la distinction entre les services s'exploitant exclusivement sur le domaine public et ceux ne l'occupant qu'en partie ne semble pas pertinente. D'ores et déjà, tout en se rangeant à la solution adoptée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var* (préc.), Frédéric Tiberghien et Bruno Lasserre s'interrogeaient sur la logique que sous-tendait cette solution : « faut-il dès lors placer [les transports maritimes] dans une situation moins favorable et leur refuser les garanties qui ont été reconnues aux transports publics terrestres, qu'ils soient routiers ou ferroviaires, parce qu'un bras de mer sépare le point de départ du point d'arrivée ? » De plus, la nécessité d'assurer la rentabilité d'un service public en le protégeant contre la concurrence reste la même, qu'il s'agisse de transports terrestres ou maritimes. On en arrive à la conclusion quelque peu surprenante que la rentabilité d'un service public va dépendre de la qualification des dépendances occupées. Le fondement domanial des interventions économiques de l'administration conduit à des distinctions curieuses et il aurait été envisageable que le juge administratif profite d'un litige pour remettre en cause l'économie de cette jurisprudence.

En troisième lieu, le juge administratif accepte désormais d'appliquer le droit de la concurrence, y compris aux activités de gestion du domaine public. Ainsi, dans l'arrêt *EDA* (CE Sect. 26 mars 1999, *Société EDA*, Lebon p. 107 [📄](#) ; AJDA 1999, p.427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex [📄](#)), le Conseil d'Etat a jugé que, « s'il appartient à l'autorité publique affectataire de dépendances du domaine public de gérer celles-ci tant dans l'intérêt du domaine et de son affectation que dans l'intérêt général, il lui incombe en outre [...] de prendre en considération les diverses règles telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le cadre desquelles s'exercent [les] activités » dont le domaine public est le siège. Il en va de même pour les pouvoirs de police de l'administration (CE Sect. 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité*, Lebon p. 426, concl. Austray [📄](#) ; AJDA 2001, p. 198, note M.-C. Rouault [📄](#) ; D. 2001, p. 2110, note N. Albert, obs. G. Gonzalez [📄](#) ; RFDA 2001, p. 872, concl. S. Austray [📄](#) ; RD publ. 2001, p. 393, note C. Guettier). En privilégiant son concessionnaire dans l'accès aux installations portuaires, l'administration ne le place-t-elle pas en situation d'abuser automatiquement d'une position dominante ? La réponse à cette question n'est pas évidente, puisqu'il faut définir un marché pertinent, qualifier une position dominante, puis un abus automatique, mais elle n'en mérite pas moins d'être posée.

En quatrième lieu, on peut constater que l'administration réserve à son concessionnaire un accès privilégié aux infrastructures portuaires, à la fois pour préserver un bon fonctionnement du service public et parce qu'il arrive souvent que la configuration technique des installations ne permette pas un usage par un nombre indéfini d'opérateurs. Mais n'était-ce pas les mêmes arguments qui étaient invoqués pour éviter la libéralisation des services publics en réseau ? On avançait l'idée que les voies ferrées, les réseaux des télécommunications, d'électricité et de gaz n'étaient pas démultipliables et que de nombreuses contraintes techniques s'opposaient au démantèlement des grands services publics en réseaux. Pourtant, à l'heure actuelle, différents opérateurs utilisent ces infrastructures dans un environnement de libre concurrence. Le droit de la concurrence les qualifie d'infrastructures essentielles et encadre strictement leur utilisation (v. M.-A. Frison-Roche, Libres propos sur le service public marchand dans la perspective de la régulation des réseaux d'infrastructure essentielle, RJDA 1995, p. 847 ; L. Richer, *Essential facilities*, version française, D. 1999, chron. p. 523 [📄](#) ; Conseil d'Etat, Rapport public pour 2002, *Collectivités publiques et droit de la concurrence*, EDCE n° 53, Doc. fr. 2002, p. 240, etc.). L'accès à ces infrastructures ne peut être refusé sans raison objective, ni accordé dans des conditions discriminatoires ou à un prix excessif (M. Thill-Tayara et C. Couadou, Le droit d'accès à l'épreuve de la théorie des installations essentielles, Contrats, conc. consomm. mai 1999, p. 4). Ces règles pourraient tout à fait être

opposables à une réglementation administrative organisant un accès privilégié à une infrastructure essentielle. La Commission européenne a appliqué cette théorie à des installations portuaires, dans le cas d'une autorité portuaire qui avait limité dans le temps l'accès à certaines installations pour protéger son activité d'opérateur (décision de la commission 94/19/CE du 21 décembre 1993, *Sea Containers c/ Stena Sealink*, JOCE L 15 18 janvier 1994) ou pour sanctionner le refus d'un opérateur d'accorder l'accès à une installation, alors même que ce refus résultait d'une mesure étatique (décision de la commission 04/119/CE du 21 décembre 1993 relative au refus d'accès aux installations du port de Rodby, JOCE L 55 26 février 1994).

En cinquième lieu, pour assurer aujourd'hui la rentabilité d'un service public, d'autres solutions que la limitation de la concurrence semblent privilégiées. Le droit communautaire est un exemple particulièrement significatif d'une évolution en la matière (v. G. Eckert, Les modes de financement du service public dans l'environnement concurrentiel, *in Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, Doc. fr. 1998, t. II, p. 429, et le dossier consacré par l'AJDA à ce thème, Le financement du service public face au droit communautaire, 2004, p. 1011 [📄](#), et plus particulièrement l'article de D. Ritleng, Financement du service public et aides d'Etat). En effet, la restriction de la concurrence était une solution admise par la jurisprudence *Corbeau* (CJCE 19 mai 1993, AJDA 1993, p. 865, note F. Hamon [📄](#)). Puis, le droit communautaire semble s'être tourné vers la solution des fonds de péréquation, alimentés par l'ensemble des opérateurs et bénéficiant à l'opérateur chargé du service universel. Enfin, la solution d'un financement par une aide publique est également envisageable.

Ainsi, il n'aurait pas été surprenant que le Conseil d'Etat s'engage dans un revirement de jurisprudence dans l'affaire *Département de la Vendée*. L'annulation de la réglementation de l'utilisation des installations portuaires de Fromentine aurait eu peut-être pour conséquence une réorganisation de l'ensemble du service de transport maritime dans le sens d'une ouverture plus large à la concurrence, impliquant une réflexion sur le devenir de la Régie, le financement des trajets non rentables et surtout le financement de l'immobilisation de ses bateaux entre deux trajets de telle manière qu'il n'y ait pas d'atteinte à la concurrence.

La solution du Conseil d'Etat : le maintien des prérogatives de l'administration « dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence »

Deux aspects de la réglementation de l'accès aux installations du port de Fromentine sont à distinguer. En premier lieu, la restriction imposée pour l'accès au ponton flottant aux armateurs privés du fait des mouvements du paquebot de la Régie, qui n'utilise pas ce ponton, est censurée par le Conseil d'Etat en tant qu'elle ne s'applique qu'aux bateaux des armateurs privés et non à ceux de la Régie. Cette application du principe d'égalité n'appelle pas réellement de commentaire. En second lieu, l'accès privilégié au ponton flottant offert à la navette rapide de la Régie et les restrictions corrélatives imposées aux armateurs concurrents avaient fait l'objet d'une censure par le juge d'appel sur le fondement de la rupture du principe d'égalité (CAA Nantes 28 juin 2002, *Société Vedettes inter-îles vendéennes*, AJDA 2002, p. 908, chron. J.-F. Millet [📄](#)). Le Conseil d'Etat valide au contraire cet accès privilégié, ce qui mérite quelques observations.

Le considérant de principe de l'arrêt *Département de la Vendée* rappelle d'abord l'obligation à la charge de l'autorité domaniale d'assurer la protection des biens du domaine public (CE 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, Lebon p. 144 [📄](#) ; AJDA 2003, p. 1935, note P. Subra de Bieusses [📄](#) ; RFDA 2003, p. 903, note J. Soulié [📄](#) : « la protection du domaine public est un impératif d'ordre constitutionnel ») et la sécurité des usagers. Dans les arrêts *Désaveine* ou *Fédération française des syndicats professionnels de pilotes maritimes*, il était question de l'obligation d'assurer la meilleure « utilisation » ou « exploitation » du domaine public, alors qu'aujourd'hui c'est sa « protection » qui est mise en avant, comme si le Conseil d'Etat voulait rattacher les prérogatives de l'administration aux nouvelles bases constitutionnelles du domaine public.

Puis, le Conseil d'Etat reprend dans une formulation quasi identique le considérant de principe de l'arrêt de 1981, *Chambre de commerce et d'industrie de Toulon et du Var*. Y figure un *vade-mecum* des prérogatives de l'administration. En l'absence de loi l'y autorisant et sauf circonstances exceptionnelles, l'administration ne peut pas accorder un monopole d'utilisation des installations portuaires à une entreprise chargée d'un service public. Mais il appartient à l'administration d'apporter à l'entreprise chargée d'un service public l'appui nécessaire à son exploitation et, le cas échéant, de lui accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public.

La formulation retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Département de la Vendée* conduit à s'interroger sur les fondements des prérogatives de l'administration. Comme le note le commissaire

du gouvernement Pierre Collin dans ses conclusions sur cet arrêt (aimablement communiquées par le service de documentation du Conseil d'Etat), il convenait de faire reposer la solution sur l'apport de la décision de Section de 1981, *Chambre de commerce et d'industrie du Var et de Toulon*, dont Pierre Collin résume l'économie : « à défaut « d'assise domaniale » [...], autorisant purement et simplement la soustraction de l'activité à la concurrence, le pouvoir réglementaire peut toujours apporter au jeu de la libre concurrence les restrictions nécessitées par les besoins du service public. En d'autres termes, si la limitation de la concurrence ne saurait constituer le but de la réglementation, celle-ci peut légalement avoir cet effet du fait de la prise en compte des contraintes du service public ». La cour administrative d'appel de Nantes avait fondé les prérogatives de l'administration sur les « nécessités de fonctionnement du port », fondement qui, en soi, n'appelle pas la censure. Mais elle avait interprété cette notion comme se limitant aux contraintes techniques et de sécurité dues à la présence d'un service public, en excluant la prise en compte des autres exigences du service public. Son raisonnement encourait donc la censure pour erreur de droit.

Si l'on combine les différentes solutions retenues par le Conseil d'Etat jusqu'à présent, on parvient à la conclusion suivante : lorsqu'une activité est entièrement exercée sur le domaine public, l'administration peut s'appuyer sur ses compétences domaniales pour soustraire une activité de service public à la concurrence et, lorsque l'activité n'est pas entièrement exercée sur le domaine public, le pouvoir réglementaire peut tout de même restreindre fortement la concurrence, uniquement au nom des besoins du service public. Finalement la présence d'une dépendance du domaine public autorise l'administration à amplifier ses pouvoirs d'intervention économique et la présence d'un service public lui permet de ne pas les perdre entièrement. La rentabilité du service public reste en tout cas protégée, au détriment de la concurrence privée. On peut s'autoriser à ne pas être entièrement convaincu par ce qui peut apparaître comme la recherche « à tout prix » d'un fondement à une prérogative de l'administration par ailleurs légitime.

Si le Conseil d'Etat valide l'accès privilégié de la Régie au quai, il juge cependant que les prérogatives de l'administration s'exercent « dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie », formulation qui n'appartient pas dans les arrêts antérieurs. L'utilisation de cette formule par le Conseil d'Etat est riche de sens, ne serait-ce que parce qu'elle marque l'adaptation de la lignée jurisprudentielle *Société des autobus antibois* au contexte récent d'application par le juge administratif des règles de la concurrence.

L'utilisation d'une telle formulation appelle des commentaires dans deux directions : d'une part, l'arrêt illustre la complémentarité des sources du droit administratif et du droit de la concurrence et, d'autre part, il permet de poursuivre la réflexion initiée en doctrine sur la signification actuelle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

En premier lieu, l'évocation par le Conseil d'Etat des « règles de concurrence » aurait pu laisser penser qu'il allait censurer l'accès privilégié au quai de la Régie départementale, au nom du respect d'un impératif de libre, saine et égale concurrence entre opérateurs. Or, il n'en est rien. La lecture de l'arrêt lui-même et des conclusions de Pierre Collin permettent cependant d'éclairer la solution.

Tout d'abord, alors que la cour administrative d'appel avait censuré l'accès privilégié au quai au profit de la Régie départementale sur le fondement du principe d'égalité, le Conseil d'Etat juge que les opérateurs privés, du fait du tirant d'eau de leurs bateaux et de leur activité exclusivement estivale, ne sont pas dans la même situation que la Régie, justifiant par là même une différence de traitement et neutralisant les effets du principe d'égalité. Si toute étude sur la complémentarité des sources du droit administratif et du droit de la concurrence est handicapée par le fait que le juge est lié par le choix des moyens invoqués par les parties, une remarque s'impose tout de même. On pourrait estimer que le principe de libre, égale et loyale concurrence n'apporte rien de plus que celui d'égalité et traduit un effet de mode. Or, ici, du fait de la neutralisation du principe d'égalité, les règles de la concurrence démontrent bien leur utilité potentielle, même si elles ne conduisent pas le juge à la censure de la réglementation.

Ensuite, le nombre de stationnements prolongés du bateau de la Régie se limite à une vingtaine dans l'année et la compagnie privée dispose d'un autre site d'embarquement à proximité. Le Conseil d'Etat en déduit que les règles de la concurrence ne sont pas méconnues. On peut dresser un parallèle avec la théorie des infrastructures essentielles, dont l'accès peut être refusé si l'opérateur qui en réclame le bénéfice dispose de solutions alternatives offrant un degré suffisant d'interchangeabilité (M. Thill-Tayara, C. Couadon, préc.). Ici, l'appropriation par le juge administratif du droit de la concurrence par le biais de ce qu'il nomme les « règles de la

concurrence » et la manière dont il les interprète offre au litige, peu ou prou, la même solution. Dire que l'opérateur privé dispose d'un autre site d'embarquement à proximité, c'est dire de manière simple que l'opérateur qui réclame l'accès à une infrastructure essentielle dispose d'une solution alternative offrant un degré suffisant d'interchangeabilité.

Enfin, on lit dans les conclusions de Pierre Collin que « les atteintes admises au libre jeu de la concurrence [doivent] être proportionnelles aux besoins du service ». On ne peut s'empêcher de penser à l'hypothèse du service d'intérêt économique général du droit communautaire, qui permet de soustraire une activité à la concurrence, lorsque le libre jeu de la concurrence constituerait un obstacle à l'accomplissement de la mission particulière de l'opérateur et dans la mesure où l'ampleur de la distorsion de concurrence est strictement proportionnée au but recherché. Ici, les deux sources ne sont pas interchangeables, car il semble que l'exception issue du droit communautaire soit d'appréciation plus stricte.

En second lieu, la signification exacte de la formule employée par le Conseil d'Etat reste obscure. Faut-il voir dans le rapprochement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et des règles de la concurrence une « formule stéréotypée destinée à faire l'amalgame entre les sources » (comme dans CE avis Sect. 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité SARL*, préc.) ou comme la mutation annoncée d'un principe qui « d'une interdiction d'agir à l'origine » se transforme en régulateur d'une « coexistence pacifique de l'administration et de l'économie » (B. Faure, Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, note sous CE 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, RFDA 2004, p. 299 ; à paraître au *Lebon*) ? Si l'arrêt *Département de la Vendée* s'inscrit lui aussi dans la confusion des deux sources, il semble qu'une distinction devrait néanmoins être établie. Si la signification du principe de la liberté du commerce et de l'industrie a évolué au fil du temps, l'évocation des règles de la concurrence ne doit pas être uniquement considérée comme le signe d'une telle évolution, mais constituer une source de droit autonome. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie peut être invoqué, d'une part, pour s'opposer aux initiatives économiques de l'administration (conception ancienne) non en cause ici et, d'autre part, pour contester les réglementations professionnelles trop invasives de l'administration (sous couvert de ses pouvoirs domaniaux par exemple, conception moderne évoquée par Bertrand Faure). Les règles de concurrence, quant à elles, auraient pour objet d'assurer une égale, saine et loyale concurrence entre opérateurs. Mais une réglementation peut porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie sans porter atteinte aux règles de la concurrence, si elle restreint ou gêne l'exercice d'une profession en s'appliquant indifféremment à tous les opérateurs sans en privilégier aucun (réglementation des taxis par exemple). De même, un acte administratif peut entraver la concurrence en privilégiant un opérateur, sans nécessairement réglementer abusivement l'exercice d'une profession toute entière (dévolution d'un marché public, par exemple). Les deux sources seraient complémentaires, mais différentes.

Mots clés :

COLLECTIVITE TERRITORIALE * Service public local * Service public local industriel et commercial

DOMAINE * Domaine public * Occupation du domaine public

DROIT PUBLIC DE L'ECONOMIE * Liberté économique * Liberté du commerce et de l'industrie * Règles de concurrence

TRANSPORT * Transport maritime