

Catherine BERGEAL

Conclusions sur CE, 27 juillet 2001, CAMIF c. UGAP, req. n° 218067

Cette affaire est un nouvel épisode de la guérilla juridique, qui oppose depuis de nombreuses années la coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France - la CAMIF - à l'union des groupements d'achat public - l'UGAP-.

L'UGAP, qui avait été créée comme service administratif de l'Etat par un décret du 17 janvier 1968 a été transformé par le décret du 30 juillet 1985 en un établissement public industriel et commercial. Sa mission est, aux termes de l'article 1^{er} du décret, « *d'acheter et de céder des produits et services destinés aux personnes publiques et aux organismes de droit privé assurant une mission de service public, d'apporter à ces personnes et organismes l'assurance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et d'apporter son concours à des opérations d'intérêt général* ». L'article 34 du code des marchés publics ouvre, par ailleurs, à l'Etat, à ses établissements publics ainsi qu'aux communes, départements et leurs établissements publics la possibilité de demander que leurs achats de matériels soient effectués par l'UGAP. Ce même article prévoyait dans un alinéa abrogé par le décret portant nouveau code des marchés publics que le recours à l'UGAP était obligatoire pour les achats de véhicule opérés par les services civils de l'Etat et de ses établissements publics administratifs.

Aux termes de l'article 25 du décret du 30 juillet 1985, les commandes passées à l'UGAP sont dispensées de marchés. Là réside le principal avantage du dispositif, avantage tel qu'il permet à l'UGAP de facturer, semble t'il au-dessus de ses concurrents. Parmi ses concurrents, le premier d'entre eux est la CAMIF, juridiquement société anonyme de droit privé, très implantée dans le secteur de l'éducation nationale. La CAMIF considère que les avantages, que le décret du 30 juillet 1985 et le code des marchés publics réservent à l'UGAP, faussent la concurrence.

La CAMIF a poursuivi en justice deux actions : la première a été attribuée au juge judiciaire par le tribunal des conflits par une décision du 4 novembre 1991 CAMIF p 476¹. Elle a eu quelque succès, puisque la cour d'appel de Paris le 13 janvier 1998, a jugé que l'UGAP dispose d'une position dominante sur le marché qui provient du monopole que lui attribue l'article 25 déjà mentionné et que certaines de ses pratiques publicitaires résultaient d'un abus de position dominante.

La CAMIF a poursuivi parallèlement une action devant les autorités administratives, avec moins de succès. Elle a, en 1991, une première fois, demandé au Premier ministre d'abroger le décret du 30 juillet 1985 et l'article 34 du code des marchés publics et vous a saisi du refus qui lui a été opposé. Par une décision du 29 juillet 1994 Camif p 365², vous avez rejeté la demande de la Camif au motif que le décret du 30 juillet 1985 n'entrait pas dans le champ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui ne pouvait donc être invoquée et que, par ailleurs, ce décret n'était pas contraire aux stipulations invoquées du traité de Rome.

Le 25 août 1999, huit années plus tard, la CAMIF a de nouveau demandé au Premier ministre, pour les mêmes motifs, l'annulation des mêmes dispositions. Elle vous saisit de la même requête. Devez vous y faire la même réponse ?

¹ CJEG mars 1996 p 116 note critique EBD.

² Publié CJEG mars 1996 p 116 avec note critique de EB.B.

Cette présentation succincte de l'affaire vous aura fait saisir les deux difficultés principales que pose ce nouveau recours. Elles sont de nature différente, mais toutes deux assez délicates. L'une est procédurale : dans quelle mesure pouvez vous opposer à la CAMIF l'autorité de la chose jugée par votre précédente décision ? L'autre touche au fond, mais influe sur la question de procédure : les évolutions légales et jurisprudentielles profondes qu'a connu ces dernières années le droit de la concurrence modifient elles la réponse à faire aux moyens de nouveau soulevés ?

1 Une troisième question se pose au préalable qui a conduit votre 7ème sous section à communiquer aux parties un moyen d'ordre public tiré de ce qu'un non-lieu pourrait être prononcé sur les conclusions vous demandant l'annulation de l'article 34 du code des marchés publics. Le nouveau code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001, en transférant les dispositions de l'article 34 de l'ancien code à l'article 9 du nouveau, a abrogé l'alinéa 3 de l'ancien article, relatif au monopole de l'UGAP pour l'achat des véhicules de l'Etat et de ses établissements publics administratifs. Ce sont notamment ces dispositions dont l'UGAP demandait l'abrogation au Premier ministre.

Y a t'il lieu encore de statuer sur les conclusions de la CAMIF, dirigées contre l'article 34 alinéa 3 ?

Nous pensons que oui, pour deux motifs :

1.1 le premier est que l'abrogation qui n'interviendra avec l'entrée en vigueur du code qu'au 8 septembre 2001 ne donne pas satisfaction à l'UGAP qui a demandé que cette abrogation soit faite en août 1999. Ces dispositions sont restées en vigueur deux années de plus et ont pu porter préjudice à la CAMIF. Vous avez, au demeurant, déjà jugé que la circonstance que les dispositions dont le requérant demandait l'abrogation ont été abrogées en cours d'instance, ne rend pas sans objet la demande d'annulation du refus de les abroger cf vos décisions 29 décembre 1997 *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire* n° 124562 et surtout 22 novembre 2000 *Fédération nationale des familles de France* n° 210718.

- Le second motif est que trois requêtes ont, à ce jour, été introduites contre le décret du 7 mars 2001, dont l'instruction est en cours. Lorsque la décision d'abrogation se trouve elle-même déferée au juge, le risque qu'elle soit annulée fait obstacle au non-lieu (Section, 13 juillet 1961, *Cons Bec* p. 485 ; Ass., 14 avril 1995, *Caisse autonome de retraite des médecins français*, p. 181). Certes vous ne l'avez jugé que lorsqu'il s'agissait de recours directs en annulation, nous ne voyons pas cependant de motifs pour en juger autrement, lorsque vous êtes saisi d'un recours contre un refus d'abroger.

Vous devrez donc statuer sur les conclusions dirigées contre l'article 34 du code des marchés publics. Ces dispositions sont, contrairement à ce que soutient l'UGAP, divisibles du reste du code des marchés publics et même des autres dispositions du chapitre de ce code auquel elles appartiennent et dont la Camif n'a pas demandé l'annulation. Les conclusions de la Camif dirigées contre cet article sont donc recevables.

2 Nous en arrivons alors à la question délicate que soulève l'exception de chose jugée opposée par l'UGAP à la requête de la CAMIF. L'UGAP souligne que la CAMIF vous demande la même chose qu'elle vous demandait en 1990, par les mêmes moyens.

2.1 L'exception de chose jugée fait, en effet, obstacle à ce que les mêmes requérants poursuivent le même objet en se fondant sur les mêmes causes : ce sont les trois identités de l'article 1351 du code

civil. Elle n'est pas une fin de non recevoir, elle concerne, comme l'explique fort bien le président Odent p. 1299 « le fond du droit ». N'est ici en cause que l'autorité relative de la chose jugée, puisque votre précédente décision rejetait le recours pour excès de pouvoir de la CAMIF (27 octobre 1965 *Blagny* p 559). Que l'autorité ne soit que relative signifie qu'elle ne joue qu'entre les mêmes parties et que vous ne pouvez la soulever d'office (Section, 2 mai 1947, *Vaudrey*, p. 175). Mais si l'exception est opposée par celui qui en bénéficie, ce qui est le cas en l'espèce, l'autorité est absolue dans le cadre du nouveau litige.

Le principe élémentaire « *res judicate pro veritate habetur* » est, souligne le président Odent (p. 1288) d'une « application très nuancée » ; René Chapus a montré que coexistait dans votre jurisprudence une ligne orthodoxe et des solutions éparses plus ou moins aberrantes (*Droit du contentieux administratif*, n°1201 et suivants).

L'application de cette jurisprudence au cas des demandes réitérées d'abrogation d'un règlement illégal est assez délicate. Si la condition de l'identité des parties est à l'évidence remplie, tant l'identité d'objet que celle de cause font difficulté.

* La CAMIF fait valoir qu'il n'y a pas identité d'objet, puisqu'elle ne demande pas l'annulation de la même décision. Votre décision de 1994 juge d'une décision implicite prise par le Premier ministre en 1991, le présent litige porte sur une décision prise par un autre Premier ministre en 1999. La distinction des décisions n'exclut pas toutefois l'identité d'objet : un fonctionnaire demandant à plusieurs reprises sa titularisation dans un corps peut se voir opposer l'autorité de chose jugée par un arrêt statuant sur un recours dirigé contre le refus précédent 17 juin 1974 *Plas* p 344. Comme l'explique le président Odent (p. 1292) « *le juge tient compte de l'objet réel de la demande et non pas de son objet apparent... il serait anormal qu'un requérant astucieux puisse éluder l'autorité de la chose jugée en provoquant une nouvelle décision, en l'attaquant et en se prévalant du caractère nouveau de cette décision... il n'y a donc autorité de la chose jugée que dans la mesure où une demande a même objet qu'une précédente demande qui a donné lieu à une décision juridictionnelle* ».

Cependant, vous entendez strictement ce qu'est l'identité d'objet : elle ne saurait résulter de ce que la nouvelle requête pose les mêmes questions de droit que celles déjà examinées (Section, 3 mai 1963, *Alaux*, p. 261, conclusions président Combarrous). Comme le dit fort bien le professeur Chapus « ce n'est pas parce que la question est la même que le deuxième recours peut être regardé comme ayant le même objet que le précédent. Ainsi l'autorité de chose jugée en ce qui concerne la légalité d'un décret n'est pas opposable, lorsque la légalité de ce décret est discutée par voie d'exception au soutien de conclusions dirigées contre un autre acte, fut il le décret modificatif du premier (Section, 24 janvier 1992, *Association des centres distributeurs Edouard Leclerc*, p. 39, *AJDA* 1992, p. 336 ; *RFDA*, 1992, p. 449, conclusions P. Hubert).

Il n'y a pas toutefois de doute en l'espèce que la demande de la CAMIF a pour objet, comme en 1994, l'abrogation de l'article 34 du code des marchés publics et du décret du 30 juillet 1985.

* Sur l'identité de cause, l'UGAP et le ministre de l'économie et des finances font valoir que la CAMIF reprend les moyens que vous avez rejetés en 1994 et tirés de la violation de la liberté du commerce et de l'industrie, de la violation des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et de celle des stipulations des articles 85 et 86 du traité de Rome.

La CAMIF argue que vous ne pouvez y faire la même réponse dès lors que deux changements importants dans les circonstances de droit se sont produits : en premier lieu, l'évolution récente de votre jurisprudence sur le droit de la concurrence, en second lieu, l'intervention des directives

européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics. La circonstance que le moyen tiré de la violation des directives européennes services et fournitures ne figurait ni dans sa demande au Premier ministre, ni dans sa requête initiale n'est pas, contrairement à ce que soutient l'UGAP de nature à le rendre irrecevable, dès lors qu'il relève de la même cause juridique - la légalité interne- que ceux soulevés dans la demande et dans la requête.

Cependant, ce moyen nouveau relève aussi de la même cause juridique (au sens de votre jurisprudence Section, 20 février 1953, *Société Intercopie*) que ceux que vous avez rejetés en 1994 : l'autorité de chose jugée devrait, par conséquent, lui être opposée (cf. 21 janvier 1955, *Muller*, p. 41 ; 22 juin 1955, *Ottavioli*, p. 349 ; 16 janvier 1959, *Pailloux*, p. 44 ; 25 juin 1958, *Bilger*, p. 384 et en plein contentieux votre décision Section, 29 novembre 1974, *Époux Gevrey*, p. 601).

2.2 Les conséquences logiques des deux constatations que nous venons de faire : il y a identité d'objet, il y a identité de cause, entendu au sens *Intercopie*, entre le recours que vous avez rejeté en 1994 et le présent recours conduiraient à ne pas admettre la nouvelle requête de la CAMIF.

Nous pensons qu'une telle exclusion se heurte directement aux principes posés par votre décision rendue Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, p. 44, *GAJA* n° 105. Lorsque l'administration statue sur une demande tendant à l'abrogation d'un règlement, elle doit en apprécier la légalité à la date à laquelle elle se prononce cf. votre décision 10 mars 1997, *Ass. Seine et marnaise de sauvegarde de la nature*, Tables, p. 669. Dans l'hypothèse où le règlement est devenu illégal du fait d'un changement de circonstances de droit ou de fait, après une première décision refusant une abrogation du même règlement, ni l'autorité de chose décidée ni l'autorité de chose jugée ne peuvent s'opposer à l'intervention d'une nouvelle décision et d'un nouveau jugement

Doit-on alors en tirer la conséquence que l'autorité de chose jugée ne peut jamais être opposée à un recours dirigé contre un refus d'abroger un règlement, lorsque le précédent recours ayant le même objet a été rejeté ? Ce serait ouvrir aux administrés la possibilité de réitérer sans limite des demandes identiques et contraindre le juge à rejurer également sans limite.

La seule construction logique compatible à la fois avec le principe d'autorité de la chose jugée et l'obligation qu'a l'administration de prendre en compte un changement de droit ou de fait, est, nous semble t'il de considérer qu'il y a nouvelle décision, si et seulement si un changement de droit ou de fait est intervenu depuis la décision précédente de refus d'abrogation.

Doit-on alors considérer que la décision n'est nouvelle qu'en tant qu'elle statue sur les conséquences du changement de droit intervenu ? Une telle analyse conduirait en l'espèce à analyser la décision attaquée comme confirmative en tant qu'elle statue sur l'ensemble des moyens déjà examinés par la première décision - l'autorité de la chose jugée par votre précédente décision lui serait opposable - et nouvelle en tant qu'elle statue implicitement sur la demande de réexamen de la légalité du décret du 30 juillet 1985 au regard des directives européennes de passation des marchés publics - l'autorité de chose jugée ne lui serait pas opposable.

Une telle distinction nous paraît complexe et, surtout, peu conforme, d'une part, à l'esprit de la jurisprudence *Alitalia*, d'autre part, au cantonnement progressif par votre jurisprudence de l'exception de chose jugée. Une circonstance de droit nouvelle empêche, par principe, d'opposer l'autorité de chose jugée 21 décembre 1994 Commune d'Aurillac à propos du logement d'un instituteur changeant d'affectation. Derrière l'habillage de la distinction de deux décisions, ce serait pensons nous revenir sur la décision rendue en section 3 mai 1963, *Alaux*, déjà citée, par laquelle vous avez renoncé à

opposer l'exception de chose jugée aux moyens.

En conclusion sur ce second point, nous vous proposons :

- 1) de considérer qu'une nouvelle circonstance de droit est intervenue depuis le précédent refus du Premier ministre d'abroger les dispositions litigieuses. Cette circonstance de droit n'est pas contrairement à ce que soutient longuement la CAMIF la modification de votre jurisprudence relative au droit de la concurrence. Une évolution jurisprudentielle entraîne une application de la règle nouvelle, rétroactivement, de telle sorte que l'ancienne est censée n'avoir jamais existé. Un changement de jurisprudence ne peut donc pas constituer une modification dans les circonstances de droit. En revanche, l'intervention des directives européennes après le premier refus du Premier ministre, est bien une circonstance de droit nouvelle au sens de la jurisprudence *Alitalia* ;
- 2) d'admettre que la décision attaquée est une décision nouvelle ;
- 3) d'en déduire que la requête n'ayant pas le même objet que celle que vous avez jugée en 1994, il ne peut être opposé à la décision litigieuse l'exception de chose jugée, malgré la circonstance que la plupart des moyens soulevés sont identiques. Ce qui démontre d'ailleurs comme l'écrivait le président Odent (p 1292) que dans certains cas les notions d'objet et de cause ne sont pas faciles à dissocier.

3 Nous en venons au fond

On peut regrouper les moyens que la CAMIF développe au long de ses mémoires successifs en trois ensembles d'inégale importance ; la CAMIF invoque la violation des directives européennes relatives à la passation des marchés publics, la violation du principe de libre et égale concurrence entre les opérateurs économiques, et enfin la violation des dispositions du droit de la concurrence relatives à l'abus de position dominante, et à l'interdiction des ententes et de pratiques concertées.

3.1 Le contexte jurisprudentiel dans lequel vous examinez aujourd'hui la requête de la CAMIF a profondément évolué depuis 1994.

La première évolution est celle qui vous a conduit à tirer toutes les conséquences de la décision du 6 juin 1989, TC, *Ville de Pamiers*, p. 293 ³ en intégrant l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le bloc de la légalité que doit respecter toute décision administrative par la décision Sect., 3 novembre 1997, *Société Millon et Marais*, p. 406, conclusions J.H. Stahl, après y avoir intégré le droit communautaire de la concurrence par votre décision Section, 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurance ⁴. Les chroniqueurs de cette dernière décision à l'*AJDA* (chron. D. Chauvaux et Th. Girardot, *AJDA* 1997, p. 142) avaient d'ailleurs souligné qu'elle remettait en question votre décision *CAMIF* de 1994. Peu après, vous avez soumis au même contrôle les actes réglementaires d'organisation des services publics (17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la cour de paris*, p. 491) puis les actes de gestion du domaine public (26 mars 1999, *Société EDA*). Il n'est donc plus possible de rejeter pour inopérance, comme vous l'aviez fait en 1994, les moyens tirés de la violation de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

La seconde évolution, pour partie induite par la première tout en se déroulant sur la longue durée, est

³ Cf. conclusions Stirn, *RFDA*, 1989, p. 457 ; article de Bernard Stirn, « Droit public et de la concurrence », in : *Mélanges Champaud*.

⁴ Conclusions J.C. Bonichot, *CJEG* 1997, p. 132.

celle qui a conduit à la transmutation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'abord conçu comme l'interdiction aux personnes publiques de concurrencer le secteur privé et devenu l'affirmation du principe de la liberté d'intervention des personnes publiques sur le marché, sous réserve de respecter les contraintes de la concurrence, depuis votre décision Section, 30 mai 1930, *Chambre syndicale de Nevers*, p. 583⁵ jusqu'aux décisions 16 octobre 2000 *Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* et 8 novembre 2000 *Société Jean Louis Bernard consultant*⁶. Dans ce nouveau contexte, la réponse au moyen tiré de la violation du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être exactement la même.

3.2 Ces remarques générales faites, permettez-nous de commencer l'examen des moyens de la CAMIF, de manière un peu hétérodoxe, par celui des moyens qui ne peut conduire qu'à une annulation partielle des dispositions dont l'annulation vous est demandée. Il s'agit de celui tiré de la violation des directives européennes sur la passation des marchés publics. Il est recevable, bien qu'invoqué seulement dans le mémoire en réplique, nous l'avons dit.

La directive applicable en l'espèce est la directive 93/36 du 14 juin 1993, relative aux marchés publics de fournitures. Elle devait être transposée le 14 juin 1994, elle l'a été par une loi du 22 janvier 1997 et un décret du 27 février 1998. Cette directive soumet à certaines obligations de publicité et de mise en concurrence les contrats conclus à titre onéreux, entre un pouvoir adjudicateur et une personne morale distincte, ayant pour objet la fourniture de produits lorsque leur montant est supérieur à 200.000 écus.

Ces obligations sont difficilement compatibles avec deux dispositions :

- tout d'abord, celles de l'alinéa 3 de l'article 34 du code des marchés publics, qui contraint les services de l'Etat et ses établissements publics administratifs à faire appel à l'UGAP pour leurs achats de véhicules automobiles
- ensuite, celles de l'article 25 du décret 1985 qui dispensent de marché les commandes passées à l'établissement public.

L'UGAP soutient qu'elle échappe aux obligations communautaires en raison de trois particularités.

* Elle se prévaut, tout d'abord, des liens juridiques qui l'unissent à l'Etat et qui serait de nature à la faire considérer comme une simple émanation des services de l'Etat, du moins dans ses rapports avec celui-ci. Une telle argumentation a déjà été écartée, tant par vous-même, que par le juge communautaire.

Par une décision du 20 mai 1998 *Cté de communes du Piémont de Barr*, p. 202⁷, la section du contentieux a jugé que le contrat passé entre deux établissements publics de coopération intercommunale pour gérer par des moyens communs, un service relevant de leur compétence n'était pas un marché relevant du code des marchés publics, mais devait être regardé comme un marché public de services au sens de la directive du 18 juin 1992. Dans une décision fort commentée du 18 novembre 1999 *TECKAL Srl*, C-107/98, la CJCE a jugé, par ailleurs, qu'entraînait dans le champ de la

⁵ *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, n°47.

⁶ Nos conclusions, *RFDA* 2001, p. 112. « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », Y. Laidié, *DA*, avril 2001, p. 4 ; « De la candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public » G. Eckert, *Contrats et marchés publics*, février 2001, p. 3. M Degoffe et JD Dreyfus, « Commentaires de l'avis du 8 novembre 2000 », *CJEG* 2001, p. 58 ; *Chronique AJDA* 2000, p. 487 ; note *AJDA* 2001, p. 470 ; *LPA*, 21 février 2001, p. 4, note Charbit.

⁷ Avec conclusions Henri Savoie.

directive fournitures le contrat conclu entre une commune et un groupement de collectivités territoriales constitué pour la fourniture d'énergie et dont la commune était membre. La décision *Teckal* est surtout célèbre par l'écho qu'elle donne à la théorie développée par certains avocats généraux de la prestation « in house » selon laquelle même dans le cas de dualité de personnes morales il n'y a pas marché, lorsqu'il y a totale dépendance de l'une par rapport à l'autre⁸. La cour de Luxembourg a posé deux conditions très restrictives, dont aucun cas d'application ne s'est encore trouvé réuni :

- l'entité adjudicatrice doit exercer sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services,
- la personne morale prestataires de services doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent. En l'espèce, ces conditions ne sont pas réunies. L'UGAP ne réalise pas l'essentiel de son activité avec l'Etat ; cette part de son activité est même devenue minoritaire. Malgré la tutelle qu'il exerce sur l'UGAP il n'est pas possible de considérer que l'Etat, ni a fortiori aucune collectivité locale, exerce sur l'ensemble des activités de l'UGAP un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres activités.

*L'UGAP se prévaut aussi de ce qu'elle est, elle-même, soumise et au code des marchés publics (en vertu de l'article 17 du décret du 30 juillet 1985) et à la directive fournitures (son annexe mentionne expressément l'UGAP).

Cette circonstance est indifférente à l'analyse. Dans l'affaire *Teckal*, le fait que le groupement communal avec lequel contractait la commune était lui-même un pouvoir adjudicateur tenu à la mise en concurrence pour se procurer les fournitures commandées a été jugé sans aucune influence sur les obligations propres de la commune.

* Nous vous proposerons, enfin, d'écarter la troisième argumentation de l'UGAP - L'article 34 §1 et 2 du code des marchés publics qui ouvrent à l'Etat et aux collectivités publiques la possibilité et non l'obligation de recourir aux services de l'UGAP, n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre l'établissement dans la situation de mandataire de ses clients au nom duquel il pourrait prétendre remplir les obligations de mise en concurrence.

L'article 34§ 3 du code des marchés publics et l'article 25 du décret, en tant qu'ils dispensent de toute publicité et de toute mise en concurrence les contrats conclus entre les collectivités publiques et l'UGAP, supérieurs au seuil communautaire, sont illégaux.

Votre décision ne saurait surprendre l'UGAP. Nombre de commentateurs de la décision *Teckal* avait déjà souligné⁹ les conséquences de cette décision sur le cas de l'UGAP. Le gouvernement français s'attache, d'ailleurs, actuellement à promouvoir une révision des directives communautaires, pour prendre en compte la spécificité des centrales d'achats publics.

3.3 Nous en venons à l'examen de la série de moyens tirés de la violation du principe de libre et

⁸ Cf. conclusions La pergola CJCE 10 novembre 1998, *BFI Holding c. Gemmente arnhem*, *BJDCP* 1999, p. 155 et conclusions Siegbert sur CJCE 9 septembre 1999, *Ri san srl c/Commune d'Ischia*.

⁹ Articles de J.M. Peyrical et C. Emery, *AJDA*, juillet-août 2000 et réponse B. Brenet, directeur juridique de l'UGAP, *AJDA* octobre 2000, p. 784. Cf aussi article de D. Chabanol, *BJDCP* 2001 p. 201.

égale concurrence

La CAMIF se prévaut d'un principe général du droit garantissant la liberté du commerce et de l'industrie et l'égalité entre les opérateurs économiques qu'elle estime violé.

*Nous observerons, en premier lieu, que la liberté du commerce et de l'industrie ne s'oppose pas à l'existence même de l'UGAP, centrale d'achats publics créée par l'Etat dans des conditions qui la mettent en concurrence directe avec le secteur privé au premier rang duquel figure la CAMIF.

Certes, il n'est plus possible d'invoquer la jurisprudence résultant des décisions Section 27 juin 1930, *Bourrageas* et 29 avril 1970 *Unipain* p. 280, aux termes de laquelle la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas « *obstacle à ce que l'Etat satisfasse par ses propres moyens, aux besoins de ses services* ». D'abord, parce que l'UGAP ne travaille plus que minoritairement pour l'Etat - elle sert, outre les collectivités locales un nombre croissant d'organismes de droit privé, concurrençant directement les entreprises privées. Ensuite et surtout, parce que la jurisprudence *Unipain* ne vaut que si les services sont rendus au sein d'une même personne morale. Dès lors qu'est créée une personne juridique autonome - ici un établissement public et industriel - les rapports entre la collectivité publique et la personne morale autonome qu'elle a créée ne peuvent plus être des services considérés comme internes.

Telle qu'elle est entendue aujourd'hui, la liberté du commerce et de l'industrie permet toutefois à la personne publique d'intervenir sur le marché, comme tout opérateur, sous réserve de le faire dans le respect du principe de liberté de la concurrence cf. vos décisions du 8 novembre 2000 *Société Jean Louis Bernard* déjà mentionnée ; 28 mars 2001 *Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance*, à paraître. La liberté du commerce et de l'industrie autorise l'UGAP à concurrencer les opérateurs privés CAMIF compris, sous réserve du respect du principe de la spécialité de cet établissement public et du respect des principes issus du droit de la concurrence, malgré le fait, invoqué par la CAMIF, qu'il n'y a pas défaillance du secteur privé.

*Ce qui nous amène à l'argumentation principale de la CAMIF, qui conteste les avantages concurrentiels dont l'établissement public dispose sur le marché par rapport à ses concurrents.

Ce sont toujours les deux dispositions centrales que critique la CAMIF sous ce nouvel angle : l'article 34 du code des marchés publics et l'article 25 du décret du 30 juillet 1985.

La CAMIF soutient que ces dispositions violent le principe de la libre concurrence.

- Le périmètre de ce principe, coïncé entre celui de la liberté du commerce et de l'industrie qui est un principe général du droit et celui de la liberté d'entreprendre qui, seul, a valeur constitutionnelle (DC 81-132 16 janvier 1982, DC 2000-439 16 janvier 2001) n'est pas très clair, lorsqu'il n'est pas rattaché à une disposition identifiée du droit des marchés publics, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou du traité de Rome. Certaines de vos décisions le font découler directement de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sans le rattacher à un article précis (1^{er} avril 1998, *Féd. intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée*, p. 114) en le distinguant de celui de la liberté du commerce et de l'industrie. Le conseil constitutionnel dans sa récente décision le 16 janvier 2001 portant sur la loi relative à l'archéologie préventive l'a plutôt rattaché à la liberté d'entreprendre.

- En tout état de cause, la liberté de la concurrence, pas plus que les principes auxquels elle se rattache - que ce soit celui de la liberté du commerce et de l'industrie ou celui de la liberté d'entreprendre -

n'est pas un principe absolu : elle doit se concilier avec d'autres législations, telles celle de police voyez votre avis 22 novembre 2000 *Société L et P publicité SARL* à paraître, ou avec les exigences du service public. À cet égard, pour reprendre les propos de Jean Denis Combrexelle dans ses conclusions sur votre décision 17 décembre 1997 *Ordre des avocats de la cour de Paris*, votre décision *Millon et Marais* doit être regardée comme la première marche « d'une évolution vous conduisant à réinventer un nouveau droit du service public conciliant les exigences traditionnelles du service public avec celui du droit de la concurrence ». Cette démarche est celle aussi que l'article 90 devenu 86 du traité de Rome a conduit la CJCE à adopter. Ces stipulations autorisent les entreprises chargées d'un service économique d'intérêt général à déroger aux règles de concurrence si celles-ci font obstacle à l'accomplissement de leur mission d'intérêt général. La cour européenne a admis, dans sa jurisprudence récente, plus largement que des missions particulières de service public puissent justifier une atteinte aux principes de la libre concurrence, par exemple pour compenser les déficits des activités de service public par des activités économiques rentables *cf.* en particulier les décisions 19 mai 1993 *Corbeau*, 27 avril 1994 *Commune d'Almelo*, 3 octobre 1997, *Commission c/France*, 23 mai 2000, *Affads C-209/98*. Vous avez souligné dans votre rapport public pour 1999, la progressive convergence entre les juges nationaux et européens ¹⁰. Le conseil constitutionnel, dans sa décision déjà mentionnée sur la loi relative à l'archéologie préventive, rejoint la même démarche en combinant les impératifs de l'intérêt général avec ceux découlant du principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre.

*Avant d'examiner si les avantages concurrentiels dont dispose l'UGAP sont justifiés au regard de sa mission de service public, il faut vous prononcer sur la question de savoir s'il s'agit bien d'un service public, qualification que dénie expressément la CAMIF.

Contrairement à ce qu'elle soutient, la question n'a pas été tranchée par la décision *TC UGAP c/ SMC Activ* rendue le 5 juillet 1999 ¹¹. Le tribunal des conflits, saisi de la question de la nature des contrats entre l'UGAP et ses fournisseurs a seulement jugé que le fournisseur de l'UGAP ne peut être regardé comme l'usager d'un service public dont les rapports avec l'établissement seraient toujours de droit privé. Certes le fait que l'UGAP soit un établissement public ne suffit pas à caractériser l'existence d'une mission de service public, bien qu'en principe un établissement public soit un service public personnalisé. Certes encore l'activité de l'UGAP ressemble de bien près à celle de la CAMIF et ne se différencie guère de n'importe quelle centrale d'achats privée.

La mission assurée par l'UGAP est bien cependant une mission de service public.

- Par son origine et sa nature juridique, tout d'abord : l'UGAP a été créée par un décret du 17 janvier 1968 comme service interministériel, né de la fusion d'une partie du service des domaines du ministère de l'économie et des finances avec le service d'achat du ministère de l'éducation nationale. Il est à l'époque certainement un service public, qui fournit ses prestations à l'usage interne des administrations. Il est aujourd'hui un établissement public.

- Service public par son objet, ensuite : son changement de statut en 1986 n'a pas modifié sa mission qui est d'acheter pour les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public exclusivement et de leur apporter son concours pour une assistance technique ou des opérations d'exportation d'intérêt général afin de gérer au mieux les deniers publics.

¹⁰ Rapport public 1999, p. 340 et suivantes. En particulier E. Honorat, « La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la CJCE ».

¹¹ *DA*, 1999, n° 273.

- Service public, enfin, par le contrôle qu'exerce l'Etat sur l'établissement : notamment par l'application des règles de la comptabilité publique, la présence d'un comptable public et celle de représentants de l'Etat au sein du conseil d'administration.

*Cette mission de service public justifie-t-elle les deux avantages concurrentiels critiqués par la CAMIF, résultant des articles 34 du code des marchés publics et 25 du décret du 30 juillet 1985 ?

L'article 34 du code des marchés publics est critiqué dans deux dispositions : les deux premiers alinéas, tout d'abord, qui selon la CAMIF accorderait à l'UGAP un mandat automatique de représentation des collectivités qui font appel à elles. Ces dispositions, nous le rappelons, ouvrent la possibilité aux collectivités publiques de faire appel à l'UGAP. Leur valeur normative est des plus faibles ; elles n'ont pas, nous l'avons dit, ni pour objet ni pour effet de faire de l'UGAP un mandataire de ses clients. Elles ne lui donnent par conséquent aucun avantage concurrentiel.

Il en va différemment des dispositions de l'alinéa 3 qui font obligation à l'Etat et ses établissements publics administratifs, pour acheter leurs véhicules, de passer par l'UGAP. Ses droits exclusifs accordés à l'UGAP sont-ils justifiés par les besoins de sa mission de service public ? Le droit de la concurrence n'interdit pas les monopoles, s'ils sont justifiés par l'intérêt général et sous réserve qu'ils n'abusent pas de leur position dominante ; nous reviendrons sur ce dernier point pour répondre aux autres moyens de la CAMIF. Le juge européen se livre à un contrôle de proportionnalité en vérifiant que « *l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à l'entreprise ne peut être assuré que par le maintien de tels droits* »¹². Dans sa décision du 16 janvier 2001, le conseil constitutionnel a vérifié que les droits exclusifs accordés au nouvel établissement public chargé de l'archéologie préventive d'exécuter opérations de diagnostic et fouille étaient justifiées par l'intérêt général de ses missions et qu'il n'en résultait pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre. Nous pensons que l'application du critère de proportionnalité au cas du monopole des ventes d'automobiles à l'Etat conduit à considérer que ce droit exclusif est illégal, car il ne nous paraît pas justifié par un intérêt général suffisant. On ne voit pas, en effet, en quoi ce droit est nécessaire à l'accomplissement de sa mission, ni à l'équilibre économique global de ses activités.

Nous vous proposons, par conséquent, d'annuler l'article 34 § 3 du code des marchés publics, non pas seulement en tant qu'il concerne des achats supérieurs au seuil communautaire mais dans son intégralité.

Les conséquences de votre annulation seront assez restreintes, car le nouveau code n'a pas repris ces dispositions.

Sur le fondement de la même analyse, nous arriverons, en ce qui concerne l'article 25 du décret du 30 juillet 1985, à une conclusion différente. Rappelons que cet article dispense de marchés les contrats d'achats conclus auprès de l'UGAP. Contrairement à ce que soutient la CAMIF, l'article 25 n'a pas pour effet de doter l'UGAP du droit exclusif de fournir les collectivités locales : celles-ci sont libres d'avoir recours à d'autres fournisseurs et le font largement. Cependant la dispense de marchés est un facteur incitatif puissant. C'est, sans doute, le principal avantage concurrentiel de l'établissement public.

Nous ne sommes pas persuadée que l'UGAP a parfaitement rempli les objectifs visés : les enquêtes effectuées auprès des collectivités locales montrent que les prestations de l'UGAP sont jugées

¹² Point 74, affaire Affalds.

médiocres et ses prix supérieurs en moyenne à ceux des autres fournisseurs¹³. La dispense de marchés, qui soulage les collectivités d'une procédure longue et complexe et devenue, de plus, dangereuse depuis l'institution du délit de favoritisme, devient dans ce contexte, la raison principale de contracter avec l'UGAP. Il y a certainement une mutation de la mission de l'UGAP, qui n'est plus celle d'économiser les deniers publics mais de garantir à ses clients un allègement de leurs tâches administratives et une sécurité juridique.

Ces observations ne remettent pas en cause, toutefois, la légalité du dispositif réglementaire. L'avantage concurrentiel que l'article 25 du décret donne à l'UGAP nous semble consubstantiel à sa mission même de centrale d'achats des services publics. Si les collectivités locales ne pouvaient contracter avec l'UGAP que, comme avec n'importe quel fournisseur, par voie de marchés, il n'y aurait plus de regroupement de la commande publique et l'UGAP resterait, sans doute, une centrale d'achats, mais elle ne serait plus la centrale d'achat du secteur public. Le champ de l'avantage concurrentiel ici accordé à l'UGAP, est strictement limité aux clients définis à l'article 1^{er} du décret. Il est, par ailleurs, contrebalancé par la contrainte qui pèse sur l'UGAP de soumettre ses propres marchés au code des marchés publics, contrainte qui ne pèse pas sur ses concurrents privés. Dans ces conditions, cet avantage concurrentiel nous paraît suffisamment justifié par sa mission de service public.

Il en est de même des articles 4, 19, 20, et 24 du décret, relatifs respectivement à la composition du conseil d'administration de l'UGAP, à la possibilité pour l'établissement de conclure des marchés négociés, à la possibilité qui lui est ouverte de verser une avance à son fournisseur dans des conditions un peu différentes de celles du code des marchés publics et enfin, aux modalités de contrôle de ses marchés. Il est douteux que ces différentes dispositions dérogatoires constituent réellement pour l'UGAP des avantages concurrentiels ; en tout état de cause, elles sont justifiées par l'organisation particulière de l'établissement public pour l'accomplissement de sa mission de service public.

3.4 La CAMIF présente enfin une troisième série de moyens tirés de la violation de dispositions du traité de Rome et de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relatives à l'abus de position dominante et à l'interdiction des pratiques concertées et des ententes.

A - En ce qui concerne, tout d'abord, l'abus de position dominante

La CAMIF estime que l'UGAP se trouve en situation d'abuser de sa position dominante sur deux marchés : celui des véhicules vendus à l'Etat et celui du service consistant à prendre en charge les procédures de mise en concurrence. Ce sont encore les articles 34 § 3 du code des marchés publics et 25 du décret qui sont ainsi contestés. Si vous nous avez suivi, vous aurez annulé l'article 34 alinéa 3 du code des marchés publics dans son entier pour violation du principe de libre concurrence et n'aurez pas à examiner ce nouveau moyen au regard de l'article 34. Reste à l'examiner au regard du décret du 30 juillet 1985.

La Camif reproche à l'article 25 de placer l'UGAP en situation d'abuser de sa position dominante.

- Au regard, d'abord, de l'ex article 86 du traité de Rome comme vous l'avez jugé du décret, attribuant

¹³ « Achats publics et théorie des coûts de transaction : le cas des achats de fournitures dans les collectivités territoriales » Cahiers de recherche du CREPA, Université de Paris-Dauphine octobre 1999; « Pratiques et logiques des achats dans les collectivités publiques françaises : résultats d'une enquête » J Desmazes et M Kalika.

à une entreprise la gestion d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse Sec., 8 novembre 1996, *FFSA* précité ou d'un arrêté ministériel attribuant à des organismes financiers le droit exclusif de recevoir en dépôt certains fonds 26 mars 1997 Association française des banques p 110. Au regard, aussi, de l'article 8 de l'ordonnance de 1^{er} décembre 1986 auxquels vous soumettez désormais les dispositions réglementaires d'organisation d'un service public 17 décembre 1997 *Ordre des avocats à la cour de Paris*, 1^{er} avril 1998 *Union hospitalière privée*. La même analyse peut être faite au regard de ces deux séries de dispositions européennes et internes, dès lors que ne peut être ici retenue l'exception de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui exclut du champ d'application des articles 7 et 8 les pratiques résultant de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris sur son fondement. Les avantages accordés à l'UGAP n'ont, en effet, aucun fondement législatif.

Nous avons ici l'avantage de disposer déjà d'une analyse du conseil de la concurrence 96-A-13 du 17 janvier 1996 avis relatif à l'UGAP et de la cour d'appel de Paris du 13 janvier 1998 rendu sur la base de cet avis. Le conseil de la concurrence a estimé que l'UGAP n'était en « *position dominante ni sur le marché global des fournitures publiques ni sur le segment de marché de l'éducation nationale, dès lors que sa part était très faible quel que soit le segment de marché considéré : 0,9% de la commande publique, 4% des fournitures techniques, 7% du matériel hospitalier, 3% du matériel informatique, 14% du mobilier* ». En revanche, le conseil a identifié le marché correspondant « *à une demande spécifique exprimée par certaines collectivités et établissements publics, d'un service accessoire à la l'approvisionnement en mobilier et matériel collectif et consistant en la prise en charge des procédures obligatoires de mise en concurrence instaurées par le code des marchés publics* ». Sur ce marché assez virtuel, l'UGAP dispose d'un monopole, donc par définition d'une position dominante.

L'octroi d'une position dominante n'est pas, en soi, condamnable, dès lors qu'elle est justifiée par l'intérêt général. Ce qui est en revanche condamnable est l'abus de position dominante.

Sur le marché délimité par le conseil de la concurrence la cour d'appel de Paris a jugé que plusieurs des pratiques de l'UGAP constituaient de sa part un abus de position dominante. Elle a enjoint à l'UGAP d'y mettre fin.

La cour d'appel a déduit de votre précédente décision du 29 juillet 1994 qu'il était inopérant de rechercher si ces pratiques de l'UGAP résultaient d'un texte législatif ou réglementaire : c'est la question qu'il vous appartient cependant aujourd'hui de trancher.

Il peut arriver, en effet, - c'est ici ce que soutient la CAMIF - que l'existence de la position dominante porte en elle-même son propre abus, dès lors que l'entreprise « *par le simple exercice de son droit exclusif* » ne peut qu'exploiter ce droit de façon abusive. Cette analyse est celle que fait la cour de justice des communautés européennes depuis sa décision du 23 avril 1991 *Hofner C 41/90* et qu'elle a repris à plusieurs reprises en particulier dans les décisions *ERT* 18 juin 1991 C 260/89, *Port de Gênes* du 10 décembre 1991 C -79/905, *Crespelle* du 5 octobre 1994 C-323/93, *Silvano Raso*, 12 février 1998, C-193/96, *Pavel Pavlov*, 12 septembre 2000, C-180/98. La cour de Luxembourg n'a toutefois que très rarement à retenu un tel lien entre l'acte légal ou réglementaire et l'abus de position dominante.

Tel est le cas lorsque la loi confère à une entreprise un monopole alors qu'elle n'est pas en mesure de satisfaire la demande du marché (*Hofner* précité). Tel est encore le cas, lorsqu'une entreprise qui s'est vu conférer le monopole d'exécution des opérations portuaires est amenée soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne, soit à octroyer des réductions de prix à certains utilisateurs avec compensation concomitante de ces réductions par une augmentation des prix facturés à d'autres utilisateurs : *Port de Gênes* précité.

Tel est aussi le cas, lorsqu'une loi octroie à une compagnie portuaire le droit exclusif de fournir la main d'œuvre et en même temps lui permet de concurrencer les entreprises qu'elle fournit en main d'œuvre sur le marché des services portuaires : *Silvano Raso* précité.

Vous ne l'avez vous-même retenu qu'une seule fois, lorsque vous avez jugé que le décret qui confiait à la caisse nationale d'assurance vieillesse agricole le monopole de la gestion du régime complémentaire d'assurance vieillesse et lui réservait un avantage fiscal décisif conférait à la caisse un droit exclusif la conduisant à abuser automatiquement de sa position dominante : Section 8 novembre 1996, *Féd. française des stés d'assurance*. À l'inverse, vous avez considéré qu'il n'y avait pas abus automatique d'une position dominante dans le système attribuant à un nombre limité d'établissements financiers le droit exclusif de recevoir les fonds détenus par les notaires depuis moins de trois mois : 26 mars 1997, *Association française des banques*, p. 110 ; ni davantage dans le décret du 31 mai 1996 organisant le service public de données juridiques : *Ordre des avocats* précité.

Or tel ne nous paraît pas être le cas en l'espèce : les dispositions de l'article 25 attaqué n'obligeaient nullement l'UGAP aux pratiques qui lui ont été reprochées par la cour d'appel et qui sont les suivantes : faire figurer sur les contrats qu'elle passait avec ses fournisseurs les taux de remise qu'elle allait accorder à ses clients, mentionner dans sa publicité que ses clients étaient dispensés de passer des marchés et obliger les collectivités contractant avec elle à lui attribuer des enveloppes budgétaires en début et en cours d'exercice imposant de fait un approvisionnement exclusif. Ces pratiques ne nous paraissent en rien découler des dispositions réglementaires régissant l'UGAP; la dernière est même directement contraire à l'article 34 du code des marchés publics, aux termes duquel les collectivités sont libres de s'adresser ou non à l'UGAP. L'UGAP y a mis fin sur l'injonction de la cour d'appel de Paris, ce qui prouve que ces pratiques n'étaient pas consubstantielles au fonctionnement de l'établissement public.

L'article 25 du décret attaqué ne met donc pas l'UGAP en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante.

*En ce qui concerne l'interdiction des ententes et positions dominantes

Quelques mots enfin du dernier groupe de moyens assez peu développés et encore moins convaincants. La CAMIF reproche au décret attaqué de prévoir dans son article 4 que le conseil d'administration de l'UGAP comprend des représentants des acheteurs publics, notamment des 2 représentants des collectivités territoriales et 6 représentants de l'administration centrale. Nous ne voyons pas en quoi ces liens sont constitutifs d'une entente prohibée par l'article 81 ex 85 du traité de Rome et l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui régit les ententes entre entreprises et non les liens entre les entreprises et leurs clients. L'article 4 ne met pas davantage en place une pratique concertée au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

4 Il nous reste à examiner la demande d'injonction que vous présente la CAMIF sur le fondement de l'article L 911-1 du code de justice administrative, pour voir ordonner au Premier ministre d'abroger, sous un mois, l'article 34 du code des marchés publics et le décret du 30 juillet 1985 dans sa totalité.

Vous admettez que l'article L 911-1 soit appliqué lorsque l'administration refuse d'abroger un texte illégal CE Sect. 20 juillet 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, p. 293 avec conclusions Christine Maugué.

Si vous nous avez suivie, vous n'aurez annulé que le refus d'abroger l'article 34 §3 du code des marchés publics d'une part et l'article 25 du décret du 30 juillet 1985, en tant qu'il concerne les marchés dont le montant hors taxe est supérieur à 200.000 écus.

Nous vous proposerons par conséquent de faire droit à la demande de la Camif dans cette mesure.

En ce qui concerne l'article 34 alinéa 3, il a été abrogé par le décret du 7 mars 2001 et cette abrogation entre en vigueur le 8 septembre prochain. L'administration a pris par avance les mesures rendues nécessaires pour l'exécution de votre décision, vous rejetterez les conclusions de la CAMIF sur ce point.

Vous ferez droit, en revanche, aux conclusions à fin d'injonction, en ce qui concerne l'article 25 du décret du 30 juillet 1985. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'assortir cette injonction d'une astreinte.

Vous accorderez, enfin, à la CAMIF la somme qu'elle demande sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de la décision par laquelle le Premier ministre a refusé d'abroger l'article 34 du code des marchés publics et le décret du 30 juillet 1985, en tant qu'elle concerne l'alinéa 3 de l'article 34 et l'article 25 du décret du 30 juillet 1985 pour ce qui concerne les marchés passés par l'UGAP pour un montant hors taxe égal ou supérieur à 200 000 écus
- à ce qu'il soit enjoint au Premier ministre d'abroger dans cette mesure l'article 25 du décret du 30 juillet 1985 dans un délai que nous vous proposons de fixer à quatre mois à compter de la notification de votre décision
- à ce que l'Etat soit condamné à payer à la CAMIF une somme de 25 000F
- au rejet du surplus des conclusions de la requête

CONSEIL D'ÉTAT fb

statuant
au contentieux

N° 218067

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COOPERATIVE DE CONSOMMATION
DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE
ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE
FRANCE (CAMIF)
contentieux

Le Conseil d'État statuant au

(Section du contentieux, 7ème et 5ème sous-sections réunies)

M. Casas
Rapporteur

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

Mme Bergeal
Commissaire du gouvernement
Séance du 9 juillet 2001
Lecture du 27 juillet 2001

Vu la requête, enregistrée le 1^{er} mars 2000 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée pour la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE (CAMIF), dont le siège est à Trevins de Chauray, à Niort Cedex (79045), représentée par son président en exercice, M. Jean Gasol ; la CAMIF demande au Conseil d'État:

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur sa demande d'abrogation du décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 et de l'article 34 du code des marchés publics ;

2°) d'enjoindre à l'État d'abroger l'article 34 du code des marchés publics et le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, sous astreinte de 2 000 F par jour de retard

3°) de condamner l'État à lui payer la somme de 25 000 F au titre de l'article 75-1 de la loi du 10 juillet 1991 ;

Vu les autres pièces du dossier;

Vu le traité du 25 mars 1957 instituant la communauté économique européenne devenue la communauté européenne ;

.....

N° 218067

-2

Vu la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ;

Vu la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures

Vu le code civil

Vu le code des marchés publics

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée

Vu le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985

Vu le code de justice administrative

Après avoir entendu en séance publique

- le rapport de M. Casas, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Baradue, Duhamel, avocat de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE,

- les conclusions de Mme Bergeal, Commissaire du gouvernement

Considérant que la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE (CAMIF) demande l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande du 25 août 1999 tendant à l'abrogation, d'une part, de l'article 34 du code des marchés publics relatif à la coordination et à la centralisation des commandes et achats publics, d'autre part, du décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'union des groupements d'achats publics (UGAP) ;

Considérant qu'aux termes de l'article 34 du code des marchés publics : "Les services de l'État et les établissements publics de l'État, quel que soit leur caractère, peuvent demander que leurs achats de matériels soient effectués par l'union des groupements d'achats publics./ Les départements, les communes et leurs établissements publics bénéficient de la même possibilité. / Les services civils de l'État, même dotés de l'autonomie financière, et les établissements publics de l'État autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial doivent faire appel à l'union des groupements d'achats publics pour leurs achats de véhicules et engins automobiles ; que, l'article 4 du décret du 30 juillet 1985 fixe la composition du conseil d'administration de l'UGAP en y incluant notamment des représentants de l'État et des collectivités territoriales ; que les articles 20 et 24 du même décret aménagent les dispositions du code des marchés publics en fixant les règles relatives, respectivement, aux avances forfaitaires pouvant être versées par l'UGAP à ses fournisseurs et aux contrôles spécialisés auxquels sont soumis les marchés publics passés par l'UGAP ; qu'enfin, les dispositions de l'article 25 du décret

dispensent d'appel à la concurrence les marchés par lesquels les collectivités achètent des fournitures à IUGAP ;

Sur les conclusions de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE en tant qu'elles concernent l'article 34 du code des marchés publics

Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, publié au Journal officiel le 8 mars 2001, portant code des marchés publics: « Le code des marchés publics, dans sa rédaction antérieure aux dispositions annexées au présent décret, est abrogé. Cette abrogation prend effet à l'issue du délai prévu au deuxième alinéa de l'article 1^{er} du présent décret » qu'aux termes de l'article 1^{er} de ce décret : "Les dispositions annexées au présent décret constituent le code des marchés publics./ Elles entrent en vigueur à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publication du présent décret au Journal officiel de la République française" ; que, du fait de l'abrogation ainsi prononcée de l'article 34 du code des marchés publics et alors même qu'elle ne prendra effet que de façon différée, les conclusions de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE tendant à l'annulation de la décision du Premier ministre refusant d'abroger cet article doivent être regardées comme n'ayant plus d'objet ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'y statuer;

Sur les conclusions de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE en tant qu'elles concernent le décret du 30 Juillet 1985 :

Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ;

Considérant que, le 29 avril 2001, la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE a une première fois demandé au Premier ministre d'abroger le décret visé par la présente requête ; que si, par une décision du 29 juillet 1994, le Conseil d'État statuant au contentieux a rejeté les conclusions de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE dirigées contre le refus implicite que le Premier ministre avait opposé à cette demande, l'expiration, le 14 janvier 1994, du délai de transposition de la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, constitue une circonstance de droit nouvelle, postérieure à la décision implicite par laquelle le Premier ministre avait rejeté la précédente requête de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE; qu'ainsi, la présente requête n'a pas le même objet que celle qui a donné lieu à la décision du Conseil d'État statuant au contentieux en date du 29 juillet 1994 ; que, par suite, et contrairement à ce que soutient le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, l'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision ne peut lui être opposée

Sur le moyen tiré de ce que le maintien en vigueur des dispositions litigieuses serait contraire à la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 :

No 218067

-4

Considérant que, contrairement à ce que soutient l'UGAP, la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE est recevable à soutenir que le décret attaqué serait contraire à cette directive, alors même qu'elle n'avait pas invoqué ce moyen dans sa demande au Premier ministre tendant à l'abrogation du décret du 30 juillet 1985 ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 6 de la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de passer un marché public de fournitures avec une entité distincte de lui, ce marché, si son montant hors taxe sur la valeur ajoutée est égal ou supérieur à 200 000 écus, doit faire l'objet de procédures de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'UGAP est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial sur lequel l'État n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services; qu'en outre, aucun des clients de l'UGAP, et notamment pas l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP ; qu'ainsi, les dispositions susmentionnées de la directive sont applicables aux marchés que l'UGAP passe avec ses clients, dont elle est une entité distincte ; que, par suite, la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE est fondée à soutenir que les dispositions de l'article 25 du décret litigieux sont contraires à la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, en tant qu'elles dispensent d'appel à la concurrence les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 écus hors taxe sur la valeur ajoutée, par lesquels un pouvoir adjudicateur achète des fournitures à l'UGAP ;

Sur les moyens tirés de ce que le maintien des dispositions litigieuses serait contraire au droit de la concurrence :

Considérant, en premier lieu, qu'il découle tant de l'ordonnance du 1^{er} juillet 1986 que des stipulations du traité ayant institué la communauté économique européenne, notamment de son article 90 (devenu, après modification, l'article 86 CE), que doivent être respectés le principe de libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics;

Considérant que, pour permettre à l'UGAP de remplir sa mission de service public consistant à centraliser les achats et commandes des personnes publiques et des personnes privées investies d'une mission de service public dans les meilleures conditions de coût et de qualité, à prodiguer à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et à apporter son concours à des exportations d'intérêt général, le pouvoir réglementaire peut légalement aménager les règles du code des marchés publics ; que, toutefois, l'intérêt général qui s'attache au bon accomplissement des missions de l'UGAP ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence, justifier l'octroi de droits exclusifs à l'UGAP que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui a été

impartie à cette dernière ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure excessive ;

Considérant que les dispositions des articles 4, 20, 24 et 25 du décret litigieux ne sont pas de nature, eu égard à leur portée, à méconnaître le principe de libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics dès lors que les clients de l'UGAP disposent de la faculté de s'adresser à d'autres fournisseurs, conformément aux dispositions des premier et deuxième alinéas de l'article 34 du code des marchés publics ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 86 du traité instituant la communauté économique européenne (devenu article 82 CE) : "Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci " ; qu'aux termes de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : "Est prohibée (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise : 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci (...)" ;

Considérant que la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE soutient que les dispositions de l'article 25 du décret dont l'abrogation est demandée, qui dispensent les collectivités publiques d'appel à la concurrence lorsqu'elles achètent des fournitures à l'UGAP, sont de nature à placer l'UGAP en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché pertinent du service, accessoire à la vente de fournitures, consistant à prendre en charge les procédures obligatoires de mise en concurrence ;

Considérant qu'en offrant à la seule UGAP des mesures avantageuses d'une telle nature, les dispositions ont accordé à cet organisme un droit exclusif au sens des stipulations précitées du traité instituant la communauté économique européenne et des dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} juillet 1986 ; qu'elles ont ainsi créé à son profit, ainsi que l'a d'ailleurs relevé le conseil de la concurrence dans un avis du 17 janvier 1996, une position dominante sur le marché de la prise en charge des procédures de mise en concurrence; que le fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un droit exclusif n'est incompatible avec les règles du droit de la concurrence que si l'entreprise en cause est conduite, par le simple exercice du droit exclusif qui lui est conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive ;

Considérant qu'en l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'un tel comportement, sur le marché accessoire en cause, soit la conséquence directe de la mise en oeuvre des dispositions litigieuses; que par suite, la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE n'est pas fondée à soutenir que ces dispositions seraient devenues illégales en tant qu'elles placeraient l'UGAP dans la situation d'abuser automatiquement de sa position dominante

Considérant, en troisième lieu, qu'en vertu des dispositions de l'article 4 du décret du 30 juillet 1985, le conseil d'administration de l'UGAP comprend notamment des représentants de plusieurs ministères et collectivités territoriales, lesquels sont susceptibles, le cas échéant, d'être des clients de l'UGAP ; qu'alors même que ces dispositions auraient pour effet, comme le soutient la requérante, de procurer à l'UGAP une meilleure connaissance des besoins de ses clients, elles ne seraient constitutives ni d'une entente ni de pratiques concertées au sens des articles 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et 85 du traité instituant la communauté économique européenne (devenu article 81 CE) ;

No 218067

-6

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la décision du Premier ministre refusant de déférer à la demande de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE tendant à l'abrogation du décret du 30 juillet 1985 n'est illégale qu'en tant qu'elle concerne l'article 25 de ce décret pour les marchés d'un montant hors taxe sur la valeur ajoutée égal ou supérieur à 200 000 écus ;

Sur les conclusions tendant à ce qu'il soit fait application des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative:

Considérant qu'aux termes de l'article L. 911-1 du code de justice administrative: "Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution" ; que l'annulation de la décision du Premier ministre refusant d'abroger l'article 25 du décret du 30 juillet 1985 en tant qu'il concerne les marchés, d'un montant hors taxe sur la valeur ajoutée égal ou supérieur à 200 000 écus, par lesquels les pouvoirs adjudicateurs achètent des fournitures à l'UGAP, implique nécessairement l'abrogation de cet article dans les limites ci-dessus définies ; qu'il y a lieu pour le Conseil d'État d'enjoindre au Premier ministre de prononcer cette abrogation dans un délai de quatre mois ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'assortir cette injonction d'une astreinte;

Sur les conclusions de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE relatives aux frais exposés et non compris dans les dépens :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de condamner l'État à payer à la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE la somme qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens:

DECIDE:

Article 1^{er}: Il n'y a pas lieu de statuer sur la requête de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE en tant qu'elle concerne le refus du Premier ministre d'abroger les dispositions de l'article 34 du code des marchés publics.

Article 2 : La décision du Premier ministre refusant d'abroger le décret du 30 juillet 1985 est annulée en tant qu'elle concerne l'article 25 de ce décret et pour les marchés passés par l'UGAP avec un de ses clients pour un montant hors taxe sur la valeur ajoutée égal ou supérieur à 200 000 écus.

Article 3 : Il est enjoint au Premier ministre, dans les quatre mois suivant la notification de la présente décision, de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'exécution de l'article 2 de la présente décision.

Article 4 : L'État est condamné à payer 25 000 F à la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE au titre des frais engagés par elle et non compris dans les dépens.

Article 5 : Le surplus des conclusions de la requête de la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE est rejeté.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la COOPERATIVE DE CONSOMMATION DES ADHERENTS DE LA MUTUELLE ASSURANCE DES INSTITUTEURS DE FRANCE, à l'UGAP, au Premier ministre et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.