

La concurrence libre et égale et les autres principes de la commande publique

917. La *libre concurrence*, quoiqu'étant un principe fondateur du droit de la commande publique, ne fait pas partie de ceux cités expressément à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2004. On sait que l'on peut trouver des traces de sa présence aux articles du Code faisant référence au droit général de la concurrence ou à ses effets dans les différentes procédures de passation, mais, à la suite de certains auteurs²⁹², on peut aussi trouver une marque plus forte de sa reconnaissance. Il semble en effet que l'on puisse voir dans l'un des principes du premier article du code, le principe de *liberté d'accès à la commande publique*, la reconnaissance partielle du principe de *libre concurrence* (A). Cette constatation conduit à mener en parallèle l'analyse d'une contradiction intrinsèque non seulement aux principes que nous avons détachés mais aussi à l'article 1^{er} du Code des marchés publics ; contradiction entre, d'une part, la liberté qui est offerte aux opérateurs économiques dans l'accès aux marchés publics et, d'autre part, les contraintes qu'on leur impose afin de respecter *l'égalité d'accès* et de traitement dont ils bénéficient également (B). Enfin, ce qui est lié, quel lien faut-il faire entre la *liberté contractuelle*, principe dont la portée est difficile à maîtriser, et la *libre concurrence* (C) ?

²⁹⁰ On se référera à l'article de V. SÉLINSKY, « La participation à des marchés publics par des entreprises groupées », *ACCP*, n° 20 mars 2003 pp. 47-52 ; pour une analyse des différents modes d'ententes réalisées soit par des groupements momentanés d'entreprise soit par les sociétés d'un même groupe, ententes inévitables et dont une partie est considérée comme licite par le Conseil de la concurrence.

²⁹¹ Art. 76 « La personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : [...] d) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises. »

²⁹² Notamment CH. BRÉCHON-MOULÈNES, *Droit des marchés publics*, fasc. III.110.2/4 dans sa version d'avril 2001, MAJ n° 26. Il est étonnant que cette position n'ait pas été reprise dans la refonte du fascicule, le droit n'ayant pas été modifié sur ce point.

A) Libre concurrence et liberté d'accès à la commande publique

918. La *liberté d'accès* est proclamée comme un principe du droit des marchés publics aussi bien dans le Code des marchés publics de 2001 que dans celui de 2004. On en retrouve auparavant la trace dans le code de 1964 dont l'article 47 précisait que « *les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidat aux marchés publics* »²⁹³ et dans l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991, devenu l'article 432-14 du Code pénal fondant le délit d'avantage injustifié, dit « de favoritisme »²⁹⁴. Il ne fait aucun doute que ce principe, bien que posé textuellement par le Code des marchés publics, soit aussi un principe applicable à l'ensemble de la commande publique²⁹⁵. Les liens entre cette liberté d'accès à la commande publique et la libre concurrence sont notables, mais on ne saurait limiter ce second principe au premier²⁹⁶.

La liberté d'accès est en effet le premier stade de la libre concurrence si on l'entend comme la « liberté d'accès au marché économique » qu'est le marché public. En ce sens, les deux principes ont pour objectif d'éviter que l'on empêche l'accès à la procédure de passation à une entreprise ou personne déterminée ou à un type identifiable de personnes sans que cela soit justifié de façon suffisante. Aucune de ces libertés n'est évidemment absolue, et réserver un marché à des entreprises ayant des capacités financières ou techniques suffisantes est une juste atteinte à ce principe, tant que ces exigences correspondent à un objectif de pérennité du projet et de garantie de bonne exécution. En la matière, l'analyse *in concreto* du juge reste irremplaçable.

919. En revanche, assimiler *liberté d'accès* et *libre concurrence* serait oublier qu'à la suite de l'évolution historique que nous avons décrite, le principe de « libre concurrence » exige aujourd'hui que la concurrence soit à la fois libre et égale. Or tel n'est pas l'interprétation qu'il faut avoir du principe de liberté d'accès qui n'impose aucune obligation à la mise en concurrence elle-même. Il n'a d'influence que sur *l'accès* à cette mise en concurrence, non sur son déroulement. La jurisprudence sur ce point est peu nombreuse en général et spécialement inexistante avant le code de 2001 et son article 1^{er}.

²⁹³ Il s'agit de la rédaction de cet article issue du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992. L'article exact est « *Sous réserve des dispositions des articles 48 à 60 du présent code, les entrepreneurs ou fournisseurs [...]* ». Nous avons déjà vu cet article à propos de l'égalité de traitement qu'il reconnaît aussi dans son 2^e alinéa.

²⁹⁴ Article 432-14 du Code pénal : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement [pour une série de personnes énumérées, le fait] de procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public* ».

²⁹⁵ On peut d'abord tirer cela de l'article 432-14 du code pénal qui cite le principe (*cf.* note précédente) et l'applique aussi bien aux marchés qu'aux délégations. On peut ensuite citer l'arrêt CAA Nantes, 27 juin 2003, *Communes de Contres*, n° 00NT00635, aux Tables du recueil, dans lequel le juge administratif fait référence à ce principe en reprenant le texte du Code des marchés publics pour l'appliquer à une convention de délégation de service public. « *L'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention [service public de la distribution d'eau, constitue une] atteinte excessive [...] aux règles générales destinées à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auxquelles doit obéir la passation de tels contrats [...]* ».

²⁹⁶ Le professeur CH. BRÉCHON-MOULÈNES aboutit à une conclusion similaire in « *Droit des marchés publics* », ed. du Moniteur, fasc. III.110.2/4 mise à jour n° 26.

Lorsque les arrêts existent, l'interprétation qui est faite de la liberté d'accès est en tout état de cause spécialement restrictive, non seulement parce que le juge exerce un contrôle minimum sur l'atteinte à cette liberté²⁹⁷, mais aussi parce qu'il accepte facilement des limitations²⁹⁸.

En ce sens, il existe une proximité entre le *libre accès à un marché public* et le *libre accès à une profession*, cette dernière étant bien différenciée de la libre concurrence au sein de la liberté d'entreprendre – ou de la liberté du commerce et de l'industrie selon les auteurs.

L'instruction d'application du Code des marchés publics de 2001²⁹⁹ a sur ce point une position un peu ambiguë. En définissant la liberté d'accès à la commande publique comme consistant « à permettre à toute personne remplissant les conditions requises de se porter candidate à un marché », elle va dans le sens de la définition stricte de ce principe qui est selon nous la seule définition acceptable. Pourtant, les exemples qu'elle donne ensuite font plus référence à l'égalité d'accès à la commande publique qu'à la liberté d'accès. Une confusion d'autant plus curieuse que l'égalité d'accès est un principe qui est lui aussi expressément reconnu par l'article 1^{er} du Code des marchés publics, et dont il est question ailleurs dans l'instruction. En réalité, cette méprise se comprend partiellement dans la mesure où le principe de liberté d'accès a un sens tellement restreint qu'il est difficile de lui trouver des applications nombreuses. Les cas les plus intéressants rentrent, soit dans l'égalité d'accès, soit dans la « libre et égale » concurrence, mais qui est plus large et qui n'est pas reconnue par le Code.

920. On pourrait éventuellement étendre un peu cette définition stricte et estimer que ce principe oblige non seulement à accepter les candidatures des personnes remplissant les conditions posées par la publicité, mais aussi que les conditions ainsi exigées soient justifiées. Cette extension poserait pourtant problème dans le sens où justifier la *condition* peut signifier justifier une *discrimination* faite par la procédure, ce qui fait appel non pas au principe de la liberté d'accès mais à celui de l'égalité d'accès. Or, les hypothèses dans lesquelles il peut y avoir limitation de l'accès sans rupture injustifiée d'égalité sont peu nombreuses, voire inexistantes. On peut par exemple envisager celle

²⁹⁷ L'arrêt du CE 28 avril 2003, *Fédération française du bâtiment*, req. 241896, mentionnée aux tables, qui concerne précisément la légalité de l'arrêté du 7 novembre 2001 *fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics* – donc les conditions précises limitant l'accès aux marchés publics – est considéré comme n'emportant « par lui-même aucune restriction illégale à la liberté d'accès à la commande publique ». Par ailleurs, cet arrêt est intéressant aussi en ce que le juge analyse les atteintes à « l'égalité entre les candidats potentiels au marché », mais qu'il le fait dans un autre considérant et sans le rattacher au principe de libre accès, ce qui montre bien que la « liberté d'accès » ne s'étend pas à « l'égalité d'accès », et par conséquent que la liberté d'accès a une définition plus réduite que la « libre concurrence ».

²⁹⁸ L'arrêt CE 21 février 2000, *Syndicat Sud Travail*, req. 204478 et 208587 liées, rec. p. 65 ; qui estime que « les auteurs du décret on pu prévoir que la consultation serait restreinte aux établissements de crédit et aux organismes ayant pour objet exclusif de participer [...] à la création ou à la reprise d'entreprises, sans porter une atteinte illégale à la liberté d'accès aux marchés publics, dès lors que ces conditions sont en rapport avec l'objet des marchés ou les conditions de leur exécution ».

²⁹⁹ Instruction d'application du Code des marchés publics de 2001 en date du 9 septembre 2001. Notons que cette définition n'a heureusement pas été reprise dans la circulaire du 7 janvier 2004 *Portant manuel d'application du code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 page 37031. Cette dernière est d'ailleurs beaucoup plus courte, peut-être afin d'éviter les problèmes comme celui que nous allons soulever.

dans laquelle la personne publique exclut les candidatures des personnes en litige avec elle. S'il s'agit là d'une atteinte au « libre accès », on est également en présence d'une atteinte à la libre concurrence comme l'a jugé le Conseil d'État. Un arrêt *Commune de Bray-sur-Somme* de 1978³⁰⁰, tend en effet à démontrer qu'il est impossible d'étendre le champ très limité du « principe de liberté d'accès à la commande publique » sans tomber dans des cas limites dans lesquels la jurisprudence préfère avoir recours, soit à l'égalité d'accès, soit au principe de libre concurrence.

921. La proximité de la *libre concurrence* avec la *liberté d'accès à la commande publique* peut être mise en parallèle avec la proximité qui existe entre *l'égalité concurrence* et les principes *d'égalité d'accès et d'égalité de traitement*. En évoluant historiquement vers « l'égalité concurrence », le principe de « libre concurrence » c'est en effet fortement rapproché du principe d'égalité. Or, ces deux principes fondent – à égalité ! – l'existence des procédures de passation. Les deux sources principales des procédures de passation – principes de libre concurrence et d'égalité – se combineraient-elles *in fine* ?

B) Libre concurrence et égalité d'accès et de traitement

922. On pourrait raisonnablement penser qu'il faille concilier les principes de libre concurrence et d'égalité d'accès et de traitement : les contraintes liées à la nécessité d'une égalité s'opposant *a priori* au principe de liberté. La contradiction n'est qu'apparente, la libre concurrence nécessitant, comme on l'a vu, une égalité de concurrence afin d'être effective, les deux principes vont dans le même sens.

Ces deux principes fondant l'existence des procédures de passation, on comprend l'embarras de la jurisprudence, de la doctrine mais aussi le texte même du Code des marchés publics. Le Code semble en effet poser les principes de manière à ce qu'ils ne se confondent pas, même partiellement. En limitant au « libre accès » le principe de « libre concurrence », cela évite qu'on l'assimile à « l'égalité concurrence », le respect d'une égalité dans les procédures devant être fondée sur le seul principe de « l'égalité de traitement des candidats ». Pourtant, on notera qu'il faut alors entendre *l'égalité de traitement* comme le fait le droit communautaire, c'est-à-dire comme *comportant* l'égalité d'accès en plus du « traitement » des candidats, faute de quoi aucun principe ne fonderait un accès égalitaire³⁰¹.

³⁰⁰ CE, 23 juillet 1976, *Cne de Bray-sur-Somme*, req. 98488 ; DA 1976 n° 303 « considérant que l'article 16 du cahier des charges relatif à la location du droit de pêche et l'article 10 de celui relatif à la location des droits de chasse à la hutte dans divers étangs et propriété de la commune de Bray-sur-Somme permettent à cette commune « d'interdire à toute personne en litige avec elle » de participer aux enchères le jour de l'adjudication : que ces clauses, conçues en termes généraux portent atteinte à la libre concurrence ». L'affaire n'est pas un marché public mais elle montre que *mutatis mutandis*, le fondement de la libre concurrence a aussi en notre matière plus de chance de prospérer que celui du libre accès.

³⁰¹ Cf. *infra* β, d, 2 A à § 1^{er}, Section 1, chapitre 1^{er}, Titre 2^e, partie 2^e à propos du fait que l'égalité de traitement du droit communautaire comprend l'égalité d'accès au sens interne.

923. La jurisprudence pour sa part ne cherche au contraire pas à choisir entre les deux fondements. En la matière, l'économie de moyen n'est pas de rigueur, le juge se fondant la plupart du temps sur les deux principes. C'est par exemple ce que le Conseil d'État fait dans l'arrêt *CAMIF*³⁰² dans lequel il invoque à la fois « *le principe de libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics* ». On remarque une triple imprécision en la matière : d'une part les juges utilisent bien un principe fondé sur la liberté – le plus souvent une liberté économique – et un autre sur l'égalité, mais ceux-ci diffèrent selon les espèces. Cela est vraisemblablement dû à la diversité des moyens des requérants. D'autre part, la qualification ou non de principe est elle aussi variable, elle est bien souvent évitée au profit d'autres qualifications comme celles « d'exigences » ou de « nécessités ». Enfin, ces principes sont indifféremment fondés textuellement ou reconnus sans références aux textes. De plus, lorsqu'il y a renvoi à un texte, ce dernier est indifféremment communautaire ou interne. Sur ce point encore, l'absence d'unité tient vraisemblablement plus aux moyens des requérants qu'à une volonté délibérée des juges de rester imprécis.

924. La doctrine ensuite n'est pas aujourd'hui univoque sur ce sujet. La doctrine « administrative » est d'abord confuse, montrant notamment des incohérences entre droit interne et droit communautaire. Ainsi, non seulement l'ancienne circulaire d'application du code des marchés publics – celle du code de 2001 – donnait des exemples d'atteinte à l'égalité d'accès dans sa définition de la liberté d'accès³⁰³, tandis que la circulaire d'application du code de 2004 ne définit même pas ce principe³⁰⁴ ; mais la communication interprétative sur les concessions en droit communautaires définit l'égalité de traitement de la même manière que l'instruction d'application du code français définissait la liberté d'accès³⁰⁵.

La doctrine universitaire montre enfin sur les différentes définitions une forme de confusion bien légitime, ne sachant pas si certaines règles – et notamment les règles de passation – sont l'effet des libertés économiques qui incluent une part d'égalité ou l'effet du principe d'égalité applicable en matière économique³⁰⁶.

³⁰² CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; req. n° 218067, *BJCP*, 2001, pp. 497-511, concl. C. BERGEAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60.

³⁰³ Cf. *infra*

³⁰⁴ Circulaire du 7 janvier 2004 *Portant manuel d'application du code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 page 37031

³⁰⁵ Le point 3.1.1 de la communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000 précise que « *le respect du principe d'égalité de traitement exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres* ». (Elle se fonde pour ce faire sur l'arrêt de la CJCE du 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, dit « *affaire des Bus Wallons* », rec. 1996, p. I-2043 ainsi que sur un arrêt du Tribunal de Première Instance du 17 décembre 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services*). Tandis que le point 1.2.1.2 de la circulaire d'application du Code des marchés publics de 2001 précisait que la liberté d'accès à la commande publique « *consiste à permettre à toute personne remplissant les conditions requises de se porter candidate à un marché public* ».

³⁰⁶ Cf. sur ce point D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction J.-M. RAYNAUD et R. CRISTINI, *Economica coll. Science et droit administratifs*, 1987, pp. 9-20. Cet article montre bien la

925. La référence conjointe aux deux principes de libre concurrence – fondant notamment le principe de mise en concurrence – et d'égalité – fondant l'égalité d'accès et l'égalité de traitement – paraît à même d'éviter ces confusions et de bien s'insérer dans l'agencement actuel des droits fondamentaux. La principale critique que l'on pourrait être tenté de faire est que tous deux se recoupent partiellement en rattachant les procédures de passation à la recherche d'une forme d'égalité. Cette considération ne semble pas de nature à restreindre l'intérêt d'avoir deux fondements différents aux procédures de passation, d'une part parce que la jurisprudence ne voit aucun inconvénient à l'existence de deux principes pour fonder un régime et d'autre part parce que l'intérêt de chacun de ces principes ne se limite pas à leurs points communs.

C) Libre concurrence et liberté contractuelle

926. La commande publique est par définition – et par histoire – limitée aux actes contractuels³⁰⁷. La question de la cohérence entre les principes propres à ce type d'actes et ceux de la commande publique se pose par conséquent. Conscient de débats classiques de la doctrine privatiste autour de l'autonomie de la volonté, le Doyen Léon DUGUIT a évoqué dès 1925 ce qu'il appelle la *liberté des contrats* dans son *Traité de droit constitutionnel*³⁰⁸, et cela dans des termes d'une actualité étonnante si l'on veut bien transposer ses réflexions aux contrats de droit public³⁰⁹.

En donnant une définition de la liberté contractuelle proche de celle qu'on propose aujourd'hui (1), en lui accordant une valeur théorique forte mais juridique floue³¹⁰ (2), et en établissant des liens complexes entre cette liberté et d'autres exigences qui conduisent à en limiter la portée³¹¹ (3), le doyen Duguit soulève en effet les mêmes

possibilité de rattacher les règles de passation à des principes diverses sans pouvoir forcément distinguer laquelle est centrale. D'autres articles essayent de rendre à chaque principe son rôle sans pour autant y arriver, cf. M. GUIBAL, « Égalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Tome 2, *Faculté de droit et de sciences économiques, université de Montpellier I CERAM*, pp 355-364. cf. aussi J. MOLHO, « Concurrence et principe d'égalité dans les achats publics », *Marchés publics*, mars 1985, n° 212 p. 30 à 33

³⁰⁷ Cf. *supra*, 2^e partie, Titre 2^e

³⁰⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Deuxième éd., *Anc. Librairie Fontemoing ed., E. Bocard successeur* ; Volume 5 et dernier « Les libertés publiques ». § 25 pp. 290-308.

³⁰⁹ L. DUGUIT traite en effet des libertés publiques en tant qu'elle bénéficient aux personnes privées et par conséquent s'opposent aux activités étatiques. La doctrine accordant le bénéfice des libertés publiques aux personnes publiques est bien plus tardive.

³¹⁰ L. DUGUIT, *Traité...*, *Op. Cit.*, p. 290 : « *Que la liberté des contrats soit un principe juridique fondamental dans toute société civilisée, la chose n'est pas contestable* ».

³¹¹ L. DUGUIT, *Traité...*, *Op. Cit.*, p. 290 : « *En effet, formuler le principe de la liberté des contrats, ce n'est pas dire que les hommes peuvent conclure des contrats quelconques. Quelque étendue que doive avoir la liberté contractuelle, elle a cependant, comme toutes les libertés, une limite ; le législateur a certainement le pouvoir et le devoir de la fixer.* » L'essentiel du paragraphe 25 de son traité est ensuite fait des exemples d'atteintes à cette liberté.

questions que celles qui se posent encore en doctrine et notamment celle qui nous intéresse ici des liens entre cette liberté et les principes concurrentiels³¹².

1) Champ d'application de la liberté contractuelle

927. La doctrine ne s'oppose pas sur les effets de la liberté contractuelle. Si les analyses ne sont pas identiques, elles contiennent des éléments communs suffisants pour parler d'une quasi-unanimité. On peut ainsi distinguer, comme le font des auteurs privatistes³¹³ ou publicistes³¹⁴, trois conséquences principales à la reconnaissance de cette liberté.

928. Le premier effet de la liberté contractuelle est que celui qui en bénéficie peut choisir de passer, ou non, par la voie contractuelle pour atteindre un objectif. Cette conséquence est certes à la limite de la liberté contractuelle et peut aussi être rattachée tout simplement au principe de liberté, mais nous préférons cette approche qui a le mérite d'être plus précise. Le droit privé comme le droit public comprennent un nombre non négligeable d'atteintes à cette liberté – on pense par exemple aux contrats de plan³¹⁵ – mais elle a tout de même de nombreuses applications, et cela notamment en droit de la commande publique. En effet, la personne publique voulant, par exemple, bénéficier d'un ouvrage pourra choisir d'être soumise à des procédures de passation ou ne pas l'être. Ainsi, si elle veut le construire en régie, le louer ou acheter un immeuble existant, aucune procédure de la commande publique ne sera applicable. Si elle veut le faire faire, elle pourra encore « modifier » la procédure applicable selon qu'elle passera une convention de délégation de service public ou un marché public.

³¹² La deuxième phrase de son paragraphe est que « [la liberté des contrats] est la condition même pour qu'existe la liberté du travail, du commerce et de l'industrie ». Notons que le regroupement de la liberté du travail et de celle des libertés du commerce et de l'industrie dans une même liberté recoupe exactement la définition de la « liberté d'entreprendre » telle que l'analyse le professeur P. DELVOLVÉ dans son manuel de *droit public de l'économie*, 1998, Dalloz ed. coll. *Précis*, n° 85 et s. p. 105

³¹³ Par exemple, L. LEVENEUR, in « La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle et capacité », *AJDA*, 1998, pp. 676-682 ; estime que ce principe a pour conséquence que « des personnes privées envisagent de contracter ; elles ne le font que si elles le veulent, avec qui elles le veulent et en étant libre d'aménager entre elles le contenu du contrat ».

³¹⁴ Par exemple, PH. TERNEYRE, in « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, Paris, PUG, 1995, pp. 473-486 ; qui précise que ce principe est celui « selon lequel les individus sont libres de conclure tout contrat qu'ils désirent avec les personnes de leur choix en insérant dans cette convention toutes les clauses qui leur apparaissent opportunes ».

³¹⁵ Les contrats de plan qui ont, de par la loi du 29 juillet 1982, la nature d'actes contractuels ont plutôt les caractéristiques des actes unilatéraux ; c'est d'ailleurs pour cette raison que la loi a tenu à préciser leur nature. Notons que le droit privé constate aussi le développement de limites de plus en plus nombreuses à cet aspect de la liberté contractuelle. On peut ainsi penser aux obligations d'assurances pour les voitures, pour les chantiers, ou pour l'exercice de professions comme celles de médecin ou d'avocat. L. LEVENEUR, *Op. Cit.* donne d'autres exemples de ces limites en droit privé avec l'obligation de mitoyenneté d'un mur de l'article 661 du Code civil ou la reconduction automatique sauf exceptions peu nombreuses des baux ruraux (L. 411-58 code rural) ou d'habitation.

La liberté de choisir de passer par un contrat ou non a aussi d'autres conséquences et limites. Ainsi, à ces obligations de contracter, les textes ajoutent parfois des obligations de ne pas contracter – c'est-à-dire des interdictions de passer par la méthode contractuelle. Ces cas portent d'une part sur la matière en cause, on pense en droit privé à l'interdiction des stipulations à objet universel ou à certaines décisions illimitées ; on pense en droit public aux « *services publics non déléguables* »³¹⁶. Ces cas portent d'autre part sur les personnes en cause : il en est ainsi en droit privé pour les personnes « incapables », ou pour les personnes « incompetentes » dans le cas de personnes morales. Il en est évidemment aussi ainsi en droit public pour les personnes « incompetentes », avec cette atteinte particulière dans le même temps au « principe de spécialité » pour les collectivités et établissements publics en dehors de l'État et des communes. Le choix de passer un contrat ou non est donc bien une liberté parfois reconnue aux personnes publiques même si elle comprend de nombreuses limites.

929. La deuxième condition de la liberté contractuelle est la liberté de contracter sans contrainte, notamment quant au choix des cocontractants. C'est évidemment sur ce point que le droit de la commande publique porte une atteinte particulière à la liberté contractuelle³¹⁷ : non seulement le contractant voit son choix encadré par des procédures, mais il est même parfois contraint de choisir un cocontractant qu'une commission d'appel d'offres lui propose. Pourtant, on ne saurait dire que le droit de la commande publique neutralise cette partie de la liberté contractuelle des personnes publiques, et ce pour trois raisons. Premièrement, le passage par une commission d'appel d'offres est une procédure qui est loin d'être généralisée, deuxièmement, il faut rappeler que la commission d'appel d'offres est une émanation de la personne publique passant le contrat, et troisièmement encadrer par tout type de procédure la passation des contrats n'annihile pas le choix³¹⁸, il ne fait que le réduire ; en témoignent les débats sur l'*intuitus personae* qui ont eu lieu en doctrine autour la loi Sapin³¹⁹ et qui n'ont pas abouti, l'*intuitus*

³¹⁶ J. MOREAU, « Les "matières contractuelles" », *AJDA*, 1998, n° 10 pp. 747-752. L'auteur cite notamment parmi les matières non contractuelles les compétences de souveraineté (police administrative, les services fiscaux ou la délimitation du domaine public) et les domaines à statut légal et réglementaire (parmi lesquels les dérogations par contrat au statut d'un agent public ou la délégation du pouvoir réglementaire comme dans l'arrêt CE Sect. 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, rec. p. 24, *AJDA*, 1979, p. 37 concl. R. DENOIX DE SAINT MARC. A cela il faut ajouter les règles d'ordre public comme la règle selon laquelle « les personnes morales de droit public ne doivent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas » issue de l'arrêt CE Sect. 19 mars 1971 *Sieurs Mergui*, rec. p. 235, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; *AJDA*, 1971, p. 274-276, chr. D. LABETOULLE et P. CABANES.

³¹⁷ Outre le cas des contrats de la commande publique, on peut prendre comme exemples d'autres contrats réglementés les aides publiques, les conventions d'occupation du domaine public, ou les contrats de recrutements d'agent public. En réalité, les contrats précédés de mesures préalables à leurs conclusions sont encore plus nombreux en droit public qu'en droit privé. Cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratif*, 2^{ème} ed. 1983, tome 1 n°404 et s.

³¹⁸ En ce sens, cf. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA*, 1998, n° 10 pp. 753-759, notamment sa deuxième partie p. 756 et s.

³¹⁹ TH. ALIBERT, « L' "intuitus personae" dans la délégation de service public : un principe en mutation », *La revue administrative*, 1990, p. 507 ; X. BEZANÇON, « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », *RMUE*, 1999, n° 3 pp. 11-96 ; CH. MAUGÜÉ et PH. TERNEYRE, « Les

personae étant en réalité présent aussi bien dans les marchés que dans les délégations, même si c'est dans des mesures légèrement différentes.

930. La troisième manifestation de cette liberté contractuelle, enfin, concerne le libre choix des stipulations du contrat. Cette liberté prend une valeur capitale dans le cadre de la théorie de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où elle permet aux parties d'établir l'équilibre du contrat. Ce sont elles qui se créent les obligations réciproques³²⁰ et, partant, fondent le caractère normatif du contrat³²¹. Ici encore, le droit public comme le droit privé connaissent des limites importantes. En droit privé, le développement de droits protecteurs – fondés sur l'ordre public de direction ou de protection – a conduit à imposer des clauses légales dans de nombreux contrats. On pense aux premières lois mettant en place un droit du travail au milieu du XIX^e siècle³²², mais surtout à tout le droit de la consommation qui s'est développé au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle. À l'opposé, les contrats d'adhésion limitent aussi cette liberté contractuelle. En droit public, deux tendances ici aussi contraires ont limité la liberté contractuelle des cocontractants. D'une part, le droit des marchés publics a longtemps été marqué par la présence de cahiers des charges imposés aux personnes publiques. Ces « *contrats d'adhésion* » ont ainsi limité la liberté contractuelle, et il est difficile de dire quelle liberté – celle de l'administration ou celle de son cocontractant – était la plus limitée, le caractère étatique de ces cahiers apparaissant comme une contrainte aussi bien pour les collectivités territoriales que pour les entrepreneurs ou fournisseurs. L'atteinte à la liberté contractuelle est aujourd'hui un peu moins limitée dans la mesure où les CCAG ne sont plus obligatoires pour les collectivités. D'autre part, la liberté des cocontractants d'insérer des stipulations librement dans leur contrat a aussi été limitée par le développement du droit de la concurrence. Ce dernier, applicable bien entendu aussi bien en droit public qu'en droit privé, l'est notamment en notre matière, tant pour ce qui est des dispositions du Code de commerce que pour celles du droit de la concurrence « spécial » que sont les textes de la commande publique³²³.

délégations de service public en questions », *CJEG*, 1997, p. 131 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-po et Dalloz, 2004 p. 371 et s.

³²⁰ On a vu que les contrats de la commande publique étaient par essences synallagmatiques, cf. 1^e partie, titre 2, chap. 2.

³²¹ Cf. *supra* : cette théorie était aujourd'hui peu représentée en doctrine, sauf à considérer que c'est l'ordre juridique dans lequel s'insère le contrat qui donne une valeur contraignante et qui sanctionne le contrat, mais que c'est bien la volonté des parties qui crée un acte qui se met sous l'empire de cet ordre juridique et que ce sont donc les parties qui veulent sa sanction. cf. 1^e partie, titre 2, chap. 2.

³²² Loi du 22-24 mars 1841, *Loi relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*, IX, *Bull.* DCCLXLV, n° 9203, DUVERGIER, Tome 48, p. 35. Les notes au DUVERGIER sont très nombreuses, notamment avec la présentation à la chambre des pairs. Cf. L. LEVENEUR, in « La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle et capacité », *AJDA*, 1998, pp. 676-682, spé. p. 682 pour ces exemples.

³²³ Cf. sur ce point CH. MAUGÜÉ « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, n° 9 pp. 694-700, spé. p. 696, article dans lequel l'auteur note notamment des restrictions à la liberté de rédaction des contrats pour trois catégories de clauses : les clauses de la durée, les clauses financières et les clauses obligatoires ou illicites. Elle note pourtant aussi une amélioration de la situation par rapport au caractère obligatoire des cahiers des charges.

931. Certes, ces atteintes au libre établissement des dispositions contractuelles semblent aller contre la liberté contractuelle. Pourtant, la justification théorique est que lorsque la négociation, qui conduit normalement à l'équilibre du contrat, est impossible parce que les parties ne sont pas à égalité, la loi, en rétablissant de manière autoritaire l'égalité – des clauses si ce n'est des parties – défend l'objectif de la liberté contractuelle. On le voit, les liens entre la liberté contractuelle et les libertés concurrentielles du droit des marchés publics sont centraux. Il reste que le statut de la liberté contractuelle complique le débat.

2) Valeur de la liberté contractuelle

932. L'essentiel des débats qui ont touché à la liberté contractuelle ne tenait pas à son champ d'application, mais bien à sa valeur juridique. Dans la perspective d'une comparaison de cette liberté avec les principes de la commande publique, cette question est aussi centrale. Or, si l'on peut depuis le début des années 1990 considérer que la liberté contractuelle est un principe général du droit, ce n'est que plus récemment encore que le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur supérieure.

933. Le Conseil d'État a reconnu dans la liberté contractuelle un principe général du droit pouvant sanctionner les actes administratifs³²⁴. C'est ainsi que la juridiction suprême de l'ordre administratif estime que les atteintes portées à la liberté contractuelle ne peuvent avoir pour origine que la loi et ne sauraient résulter d'un acte administratif³²⁵. En plus d'être un principe général du droit, la liberté contractuelle est alors reconnue comme faisant partie des « *obligations civiles et commerciales* » dont « *la loi détermine les principes fondamentaux* » aux termes de l'article 34 de la Constitution³²⁶, la loi devant alors encadrer les atteintes à ce principe, ce que contrôle le juge administratif³²⁷. Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que les atteintes portées à la liberté contractuelle devaient

³²⁴ Cf. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, 2000, 91 pp., 999 n^{os}, spé. n^o 511 à 513. Cf. aussi B. STIRN, « la liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, n^o 9 pp. 673-675 ; le point d'interrogation du titre de l'article est probablement dû à la qualification de « droit fondamental » qui est le terme retenu par le titre du colloque dont est issu l'article.

³²⁵ Dans l'arrêt CE 20 janvier 1989, *SA G.B.A. Berry-Loire*, rec. p. 26, le Conseil d'État annule l'article 5 du décret n^o 72-239 du 29 décembre 1972, devenu R. 231-5 du Code de la construction et de l'habitation, en tant qu'il limite à deux le nombre d'indices – économiques – utilisables pour la révision du prix dans les contrats de construction de maison individuelle, ce qui constitue une atteinte à la liberté contractuelle qui ne peut résulter que de la loi.

³²⁶ L'arrêt CE 27 avril 1998, *Cornette Saint-Cyr et autres*, rec. p. 178 annule un arrêt ministériel qui imposait un délai minimal de réflexion entre la consultation d'un médecin et l'intervention dans le cas des opérations esthétiques, et cela sur le fondement de l'atteinte non autorisée par la loi aux principes fondamentaux de l'article 34, en l'espèce explicitement à la liberté contractuelle.

³²⁷ L'arrêt CE 7 février 1986, *Association force ouvrière consommateur et autres*, rec. p. 31 montre par exemple que le juge administratif contrôle que le règlement attaqué « *n'a apporté au principe de la liberté contractuelle que les restrictions rendues nécessaires par l'application* » du texte législatif, en l'espèce l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ». Il a par conséquent vérifié l'adéquation entre les atteintes du règlement à la liberté contractuelle et les limites à ces atteintes posées par la loi.

s'interpréter strictement, ce qui découle justement de son caractère de principe³²⁸. C'est ainsi qu'il a considéré, avant même cette affirmation, que les dispositions de l'article 1792-6 du Code civil, dont les principes sont normalement applicables en droit administratif, ne devaient pas être une contrainte trop importante pour les personnes publiques, leur « puissance publique » leur permettant de bénéficier d'une plus grande liberté contractuelle en n'ayant pas à être protégée autant que devaient l'être les personnes privées³²⁹. Par ailleurs, la liberté contractuelle a été reconnue par le Conseil d'État comme une « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du CJA³³⁰.

934. Cette reconnaissance a quelques conséquences en droit des marchés publics. La principale est la multiplication des contentieux touchant à la nature réglementaire des différents Codes des marchés publics, notamment pour ce qui concerne les marchés des collectivités locales. En effet, les procédures mises en place par les Codes portent sans ambiguïté atteinte à la liberté contractuelle, ce qui ne peut ressortir que de la compétence de la loi, d'autant que leur mise en place porte aussi atteinte à la libre administration des collectivités locales. Le Conseil d'État a toujours conservé la même position sur ce point : l'autorisation législative de réglementer les marchés publics découle du décret-loi du 12 novembre 1938³³¹, toujours en vigueur avec une valeur législative sous l'empire de la Constitution de la V^e République³³². Cette solution a récemment été rappelée pour juger de la légalité du Code de 2001³³³ lui aussi ayant valeur réglementaire³³⁴.

³²⁸ CE Sect. 29 janvier 1998, *Société Borg Warner*, rec. p. 20, CJEJ 1998 p. 269, note F MODERNE : « Mais considérant que les dispositions précitées [...] qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement ; ».

³²⁹ CE Sect. 28 février 1986 *Entreprise Blondet et autres*, rec. p. 86 ; RFDJ 1986 p. 604 concl. R. DENOIX de SAINT-MARC ; *Marchés publics* 1986 n° 219 p. 17 note G. MELLERAY et PH. TERNEYRE ; *AJDA* 1986 p. 399 obs. L. RICHER ; RDP 1986 p. 1153 note J-M AUBY ; *Dalloz* 1986 IR p. 427 obs. PH. TERNEYRE. « L'article 1792-6 a été inséré au code civil [...] pour protéger les particuliers faibles et inexpérimentés, face aux constructeurs, compétents et habiles. Cette considération ne peut être retenue lorsqu'on songe aux collectivités publiques. Il doit demeurer loisible à cette dernière de renoncer, exceptionnellement, au délai de garantie ou de stipuler au contrat un délai d'une durée inférieure à un an, ainsi que l'a fait le cahier des charges. »

³³⁰ CE ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. 239840, rec. p. 551. « Considérant en outre que, pour apprécier le degré de gravité que peut revêtir une atteinte portée à la liberté d'entreprendre, à la libre disposition de son bien par un propriétaire ou à la liberté contractuelle, il y a lieu de prendre en compte les limitations de portée générale qui ont été introduites par la législation pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations entre particuliers ; que tel est le cas notamment en matière d'urbanisme »

³³¹ Décret du 12 novembre 1938, *Décret portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics*, J.O. du 12-13 novembre 1938, p. 12880, *Duvergier*, nouvelle série tome 38^e, pp. 971

³³² CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, rec. p. 198. Le décret-loi de 1938 est un décret du 12 novembre 1938 pris sur habilitation législative du 5 octobre 1938 et ayant, aux termes mêmes de cette loi, valeur législative. Le Conseil d'État contourne la principale difficulté de ce texte qui était d'avoir été abrogé par un décret de 1966 en estimant que cette abrogation était nulle car elle portait justement sur un acte de valeur législative. Cette solution n'était pourtant pas évidente parce qu'il n'avait jamais été dit que la constatation de l'illégalité d'une abrogation par voie d'exception remît en vigueur le texte original. Notons que cet arrêt ne se fonde pas seulement sur le décret-loi de 1938 mais aussi, pour les marchés de travaux, sur l'article 21 de la loi du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, loi à laquelle le Conseil applique les mêmes raisonnements.

³³³ CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *AJDA*, 2003 n° 14 p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, p. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note PH. DELELIS ; *Droit administratif*, mai 2003, Comm. n° 105 p. 23 A. MÉNÉMÉNIS. Cet arrêt reprend l'argumentation de l'arrêt *Ordre des architectes*, mais en se concentrant sur le décret-loi de 1938.

935. Le juge constitutionnel³³⁵ n'a pour sa part reconnu que récemment la liberté contractuelle en tant que liberté autonome. Il avait dans un premier temps refusé de reconnaître cette liberté, d'abord de manière implicite³³⁶, puis à plusieurs reprises de manière explicite³³⁷. Cette situation était fortement critiquée en doctrine³³⁸ et les différents auteurs estimaient que l'appel des parlementaires à cette reconnaissance devrait nécessairement être entendu dans les années à venir. Celle-ci se fit pourtant en deux étapes. C'est ainsi que dans un second temps, le Conseil constitutionnel a fait référence à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen afin de sanctionner les lois qui porteraient manifestement atteinte à « *l'économie des conventions et contrats en cours légalement conclues* »³³⁹ ; c'est-à-dire, si l'on s'en réfère aux éléments de la liberté contractuelle que nous avons détaillés, à la liberté pour les parties de déterminer le contenu de leurs contrats.

936. Comme pour montrer une forme de continuité dans sa jurisprudence, le Conseil est passé à une troisième étape, la reconnaissance explicite du principe de la liberté contractuelle, dans une décision 2001-437 DC³⁴⁰ de 12 jours postérieure à la dernière décision de la « seconde étape ». La continuité dans les jurisprudences est renforcée par le rattachement clair de la liberté contractuelle à l'article 4 de la déclaration de 1789 et à

³³⁴ Notons que les visas du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 *Portant code des marchés publics* contiennent non seulement le décret-loi du 12 novembre 1938 mais aussi la « loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, modifiée par la loi no 82-660 du 30 juillet 1982 sur les prix et les revenus, notamment son article 21 »

³³⁵ Sur ce point, voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed. 2003, n° 31.49bis, p. 489

³³⁶ C'est le cas des décisions n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, rec. pp. 119-125, 21^e considérant ; n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, rec. 1993 pp. 14-26, 26^e considérant.

³³⁷ Cf. pour des décisions on ne peut plus explicite, décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *transposition des directives communautaires*, 9^e considérant : « *Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle [...]* » et décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 *Fonds de pension*, 48^e considérant : « *Considérant que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; [...]* ». Par ailleurs, dans cette dernière décision, le Conseil a aussi précisé qu'il n'existe aucun « *principe constitutionnel dit de « l'autonomie de la volonté » [...]* » (48^e considérant).

³³⁸ Cf. notamment PH. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, Grenoble, PUG, 1995, pp. 473-486 ; E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, pp. 651-666 ; PH. TERNEYRE « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel » *AJDA*, 1998 pp. 667-672.

³³⁹ On retrouve des formules proches dans les décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, *AJDA* 1998, p. 540 avec une note de J.-E. SCHOETTL p. 495-499 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, 18^e considérant ; n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cette décision raccrochant à l'article 4 de la Déclaration de 1789 sur la liberté le fait de rompre de manière unilatérale un contrat à durée indéterminée ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, considérants 36 et s ; et n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, 54^e considérant.

³⁴⁰ Décision n° 2000-437 du 19 décembre 2000, *Loi de financement pour la sécurité sociale de 2001*, considérant 37 : qui considère que l'existence de conventions entre les entreprises pharmaceutiques et le comité économique des produits de santé visant à la maîtrise du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion « *n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution* ».

l'existence de décisions postérieure à la 437 DC reprenant les considérants de la seconde étape³⁴¹. On peut voir là la confirmation du fait que la seconde étape reconnaît en effet une partie de la liberté contractuelle dans son ensemble. Depuis la décision 437 DC, d'autres sont venues confirmer la réalité de la reconnaissance de la liberté contractuelle, sachant qu'une décision la fonde non seulement sur l'article 4 mais aussi sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 et sur le 8^e alinéa du préambule de 1946³⁴², mais aussi que les deux plus récentes ne font au contraire aucune référence à un texte de valeur constitutionnelle³⁴³.

3) La liberté contractuelle va-t-elle contre la libre concurrence ?

937. La référence à l'article 4 de la Déclaration de 1789 pour reconnaître aussi bien la libre concurrence que la liberté contractuelle est la confirmation juridique de la proximité que l'on peut intuitivement remarquer entre les deux notions³⁴⁴. D'ailleurs, avant le rattachement de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration de 1789, c'est à la liberté d'entreprendre que la doctrine la rattachait afin de lui reconnaître une valeur constitutionnelle³⁴⁵. Pourtant, dans le cadre de la commande publique, c'est l'antagonisme entre les deux principes qui semble prévaloir. La raison de cette contradiction est que d'un côté la libre concurrence vient fonder l'existence des procédures de passation alors que de l'autre, la liberté contractuelle vient poser le principe que les contraintes à la passation des contrats doivent être minimums.

938. Si l'on part du principe que les personnes publiques peuvent jouir des droits constitutionnellement garantis³⁴⁶, la reconnaissance de la liberté contractuelle vient

³⁴¹ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 27^e considérant et 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, 94^e considérant *in fine*.

³⁴² Il s'agit de la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, 4^e considérant. Il est à noter que le terme de liberté contractuelle n'est pas cité mais que c'est nécessairement à ce principe que la décision fait allusion. Pour mémoire, le huitième alinéa du préambule de 1946 traite de la participation des travailleurs « à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » ce qui était en cause dans la loi déferée. On ne saurait en faire un fondement général de la liberté contractuelle.

³⁴³ Décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, 17^e considérant : « en prévoyant d'éclairer les parties sur les conditions de l'agrément ministériel, le législateur n'a ni porté atteinte à la liberté contractuelle, ni [...] » ; et décision n° 2003-487 du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, 28^e considérant « l'article 43 de la loi déferée ne porte atteinte ni à la liberté personnelle ni à la liberté contractuelle ».

³⁴⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Anc. Librairie Fontemoing ed., E. Bocard successeur, 2^e ed. ; Volume 5 et dernier « Les libertés publiques ». § 25 pp. 290-308, spé. p. 292 fait d'ailleurs un lien indéniable entre les deux lorsqu'il écrit : « La portée de la liberté contractuelle est double. Le législateur ne peut pas [...] limiter les droits qui appartiennent aux parties de fixer leurs obligations respectives conformément aux prix qui s'établissent par le jeu normal des lois économiques. »

³⁴⁵ Cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed. 2003, n° 31.49bis, p. 489

³⁴⁶ Cf.; E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9 pp. 651-666, spé. p. 661, l'auteur reconnaît le bénéfice des droits constitutionnels aux personnes publiques, mais leur refuse celui de ce qu'il appelle les « droits

en effet contre l'existence des procédures de passation et, partant, contre les principes qui les justifient. Les procédures de la commande publique, non pas dans leur existence mais dans leur portée, sont donc le résultat de la conciliation entre, d'une part, la libre concurrence et l'égalité et, d'autre part, la liberté contractuelle.

Or l'évolution récente montre effectivement une adéquation entre cette constatation et le droit positif. D'abord, la naissance d'une notion – encore non formalisée – de commande publique correspond au développement des principes d'égalité et de libre concurrence : de plus en plus de contrats « publics » sont soumis à des procédures de passation. Mais ensuite, la liberté contractuelle limitant cette extension va aller dans le sens de procédures moins contraignantes, on pense à l'abandon de l'adjudication pour les marchés publics ou aux procédures imposées aux délégations de services publics qui se limitent à de la publicité et à une mise en concurrence non décisive. C'est le jeu entre ces principes qui va déterminer la « pression » procédurale – comme on parle de « pression » fiscale – sur les contrats³⁴⁷.

Certes, on nous objectera que les justifications officielles de ces évolutions sont d'autres ordres : meilleure gestion par des coûts de procédures moins importants, concurrence plus adaptée, lutte contre la concussion ou simplement développement des appels d'offres infructueux du fait de la lourdeur des procédures par rapport aux bénéfices attendus pas les entreprises qui préfèrent alors ne pas soumissionner. Les deux ne sont pourtant pas incompatibles, toutes ces justifications n'étant que des éléments « externes » permettant de faire, concrètement, la conciliation entre des principes fondamentaux antagonistes.

939. *Conclusion du chapitre premier* : Le droit de la commande publique doit l'existence des procédures, le cœur de son régime – si ce n'est son existence même – à la combinaison de deux principes aujourd'hui constitutionnels : le principe d'égalité et les principes issus du droit de la concurrence.

Le principe d'égalité oblige à la mise en place de procédures de passation en ce qu'elles encadrent la sélection du cocontractant et sont la seule solution permettant de s'assurer que tous les candidats sont traités de la même manière. C'est l'égalité dans l'accès à la commande publique. L'égalité ne se limite pourtant pas à cela puisqu'elle impose aussi que durant la passation, une égalité de traitement soit respectée.

Les principes concurrentiels justifieraient aussi, par eux-mêmes, que les procédures existassent. L'interprétation qui est faite de la libre concurrence est aujourd'hui qu'elle impose une égale concurrence, c'est-à-dire, pour la commande publique, que les opérateurs économiques soient mis dans des situations comparables face aux « marchés économiques » que sont les contrats de la commande publique.

fondamentaux ». R. DRAGO, « droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° spécial p. 130 leur reconnaît sans distinction.

³⁴⁷ Sans justifier cette évolution par les principes constitutionnels comme nous le faisons ici, CH. MAUGÜÉ fait la même constatation *in* « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, n° 9 pp. 694-700, spé. p. 696.

C'est ainsi que l'on peut aujourd'hui faire découler de cette double paternité un « principe de mise en concurrence » propre à la commande publique et qui justifie l'existence des procédures. Ce principe, qui doit être concilié avec les autres et notamment avec la liberté contractuelle, ne doit pas faire oublier les autres principes de la commande publique. Ceux-ci n'ont pas la même importance : ils ne fondent pas l'existence des procédures de passation, ils ne font qu'utiliser les procédures comme occasion de se concrétiser, ce qui les conduit à renforcer les procédures de passation.