LES PRINCIPES JUSTIFIANT LES PROCÉDURES DE PASSATION

781. Le constat historique de l'existence permanente de procédures de passation pour tous les contrats de l'administration visant à l'achat ou à la réalisation de biens a déjà été fait. Certains pourraient être tentés de nous reprocher de définir le « marché public » comme le contrat que les lois et les règlements soumettent à des procédures de passation et d'en conclure, ce qui pourrait apparaître comme un sophisme facile, que le principal principe de la commande publique est qu'ils doivent être conclus après publicité et mise en concurrence. Faire cette critique serait oublier que ce ne sont pas les procédures que nous avons recherchées dans les textes et la doctrine passés, mais simplement le régime des « contrats d'achat et de fourniture de biens par des personnes utilisant des deniers publics ». Bien loin du sophisme, il y a au contraire une constatation objective : depuis – au moins – la Révolution, le droit de la commande publique est essentiellement fondé sur des procédures de passation. La question des principes vient ensuite : elle consiste à se demander si l'on pourrait revenir sur cet état de fait ou si, au-delà de ces législations, on peut trouver un principe, ou des principes, imposant des procédures de passation.

782. Les décisions récentes du Conseil constitutionnel, à la suite d'autres sources, laissent à penser que le principe de la « passation réglementée » trouverait son fondement dans le principe d'égalité, et plus spécialement dans une de ses formes, particulière à la commande publique (section 1^{ère}). Si cette approche est en grande partie convaincante, elle fait, nous semble-t-il, l'impasse sur une justification économique de ces procédures : la recherche d'un marché concurrentiel « pur ». Cette justification, bien plus moderne et actuelle ne peut pas être tirée du seul principe d'égalité, elle se rattache bien plus à des principes comme la liberté d'entreprendre ou celle du commerce et de l'industrie (section 2^e). Le véritable fondement des procédures de passation est en réalité dans une synthèse de ces deux derniers principes, synthèse due à l'évolution historique du droit de la commande publique et qui justifierait, selon nous, que l'on reconnaisse un principe de mise en concurrence, circonscrit et propre à la commande publique. Ces principes fondateurs, justifiant l'existence même des procédures de passation, n'ont cependant pas uniquement ce rôle puisqu'on peut aussi leur trouver, comme les autres principes applicables à la commande publique, d'autres implications pratiques dans le détail de ces procédures.

SECTION 1^{RE} :
LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ
AU CŒUR DE LA COMMANDE PUBLIQUE

783. Le lien logique entre le principe d'égalité et les procédures de passation de la commande publique n'est pas immédiat. Assurément, on comprend que la passation doit être un cadre procédural *respectant* le principe d'égalité ; mais la justification même de ces procédures *par* le principe d'égalité mérite quelques explications. L'influence du principe d'égalité parmi les principes fondateurs des procédures de passation trouve pourtant des échos dans toutes les sources cherchant à rattacher les procédures à des principes. La difficulté la plus importante porte en réalité sur les différences qui existent entre, d'une part, le principe de « *l'égalité d'accès à la commande publique* » qui fonde l'obligation de mise en concurrence (§ 1^{er}) et, d'autre part, le principe « *d'égalité de traitement durant la passation* » qui, tout en justifiant aussi les procédures, a des conséquences concrètes plus nombreuses (§ 2^e)¹.

§ 1^{er} : Le principe de « l'égalité d'accès à la commande publique » et l'obligation de mise en concurrence

784. Le principe de « *l'égalité d'accès à la commande publique* » a été récemment reconnu par le Conseil constitutionnel. La création d'un principe spécifique à notre matière démontre l'importance qu'on veut lui donner au sein de celle-ci. Les conséquences à tirer de cette reconnaissance et la portée qu'elle peut avoir sur l'obligation de mettre en place des procédures de passation (A) ne doivent pas faire oublier que ce principe a aussi des conséquences sur le contenu des procédures de passation (B).

¹ On peut trouver une similitude entre ce plan qui distingue l'égalité d'accès et l'égalité de traitement – c'est-à-dire l'influence de ce principe avant et pendant la phase de sélection – et la distinction classique entre l'égalité *devant la loi* et l'égalité *dans la loi*. Cette distinction que l'on retrouve chez H. KELSEN (*in, Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 pp. 189-190) et chez CH. LEBEN (*in, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », RDP, 1982, pp. 295-353, spé. p. 299 et s.*) est appelée *égalité matérielle* et *justice formelle* chez CH. PERELMAN, (*in, Justice et raison*, ed. de l'Université de Bruxelles, 1972, spé. p. 9 et s.) L'égalité *dans la loi* consiste en une obligation, pour le législateur, de respecter une vision générale égalitaire ; l'égalité *devant la loi* étant pour sa part une obligation pour les tribunaux d'appliquer le principe d'égalité en prenant en compte les différences de situations, c'est-à-dire en créant des catégories au sein desquelles il va falloir respecter l'égalité mais entre lesquelles l'égalité ne peut être absolue. On se référera avec intérêt pour cette dernière égalité à l'article de O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16 p. 131-139. Pour ce qui nous concerne, *l'égalité d'accès* est un principe général qui va principalement guider le législateur ou l'auteur des réglementations et le contraindre à mettre en place des procédures de passation ; *l'égalité de traitement* étant celle qui va – principalement encore – préciser le contenu de ces procédures de passation et les discriminations possibles.

A) Définition du principe d'égal accès à la commande publique

785. La définition de principe d'égal accès à la commande publique et son lien avec l'existence des procédures de passation passe, d'une part, par l'analyse du sens de la notion et ce qu'elle implique (1) et d'autre part par une analyse des sources et de la portée de ce principe (2).

1) L'égal accès à la commande publique, un principe fondant les procédures de passation

786. La nouveauté de ce principe d'égal accès à la commande publique nécessite que l'on en précise la consistance (a) avant de voir en quoi il fonde l'existence même de procédures de passation dans tous les contrats de la commande publique (b).

a) La consistance du principe

787. L'égalité d'accès à la commande publique est un principe imposant une méthode d'analyse identique de la situation des différentes personnes voulant avoir accès aux contrats de la commande publique. Ce principe, en tant que corollaire du principe d'égalité devant la loi, en contient aussi les limites – l'égalité de situation et les contraintes de l'intérêt général.

788. L'égalité est l'un des principes les plus multiformes de nos droits fondamentaux. Égalité devant la loi, égalité devant les charges publiques², égalité de traitement des fonctionnaires³, égalité devant la justice⁴ et aujourd'hui égalité d'accès à la commande publique ne sont que des « applications ou des corollaires »⁵ du principe

² cf. P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Préface de G. VEDEL, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 88, 1969, 467 pp. Ce principe a été consacré comme « corollaire » de l'égalité devant la loi par le Conseil constitutionnel (décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, dite « Ponts à Péage »*, rec. p. 31 ; RJC, p. I-73 ; J.O. 13 juillet 1979, 4^e considérant).

³ Décision du Conseil constitutionnel n° 76-67 du 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, dite « Dossier des fonctionnaires »*, rec. p. 35 ; RJC, p. I-39 ; J.O. 20 juillet 1976, p. 4330 ; 1^{er} considérant

⁴ Reconnue comme « inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la constitution » par une décision du Conseil constitutionnel, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, dite « Juge unique »*, rec. p. 22 ; RJC, p. I-32 ; J.O. du 24 juillet 1975, p. 7533.

⁵ Cette position est celle de F. LUCHAIRE, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, pp. 1229-1274, spé. p. 1261, sauf pour le dernier principe reconnu (l'égalité d'accès à la commande publique) dont il ne pouvait alors avoir connaissance.

d'égalité devant la loi⁶. En ce sens, les principes corollaires sont très proches du principe général, leurs définitions contiennent les mêmes éléments essentiels⁷. Ainsi, tous nécessitent que, dans une situation à laquelle ils sont applicables, toutes les personnes soient traitées de la même manière ou, autrement dit, que tous les bénéficiaires de ces principes aient les mêmes droits et les mêmes devoirs⁸. Si cette égalité ne peut être comprise que dans le cadre d'une égalité de situation⁹, elle doit aussi être appliquée à la matière qu'elle régit lorsqu'il s'agit des principes « corollaires ».

789. Pour ce qui concerne l'égalité d'accès à la commande publique, la question de la définition de la « commande publique » est par conséquent posée. On ne saurait aujourd'hui estimer que la définition que nous avons proposée pour cette notion est celle qu'a retenue le Conseil constitutionnel. La haute juridiction lui donne vraisemblablement un sens moins précis, qu'elle entend certainement apprécier au cas par cas. Par ailleurs, c'est à l'occasion du contrôle de lois mettant en place des procédures de passation en dehors de la définition des marchés publics ou des délégations de service public qu'elle a été amenée à utiliser le terme de « commande publique », et on peut penser qu'elle a justement recherché un terme qui n'avait pas de rigueur juridique afin de se laisser une future marge de manœuvre. Est-ce à dire que cette notion aura un sens différent selon qu'on l'appréciera dans le cadre des décisions du Conseil constitutionnel ou du droit administratif ? La réponse est à notre sens négative. L'alternative se pose plutôt en ces termes : soit le Conseil constitutionnel pourrait au fil des décisions montrer qu'il se fonde sur la même notion de commande publique que celle qui pourrait apparaître en droit administratif, soit il ne le fera pas mais alors on se demande bien quelle pourrait être la loi déferée qui conduira le Conseil constitutionnel à qualifier un contrat de « commande

⁶ On considère que le « principe d'égalité » quand il est pris dans son sens général est en réalité plus précisément le « principe d'égalité devant la loi » Cf. CH. LEBEN, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RDP, 1982, pp. 295-353

⁷ Sur le principe d'égalité, ses sources et les principes corollaires reconnus comme Principes généraux du droit, cf. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, 2000, 91 pp., 999 n^o., spé. n^o 114 et s.

⁸ Cette deuxième partie de la définition est celle sur laquelle insiste le *Vocabulaire juridique*, de G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 8^e ed., 2000.

⁹ Selon une formule aujourd'hui classique, le Conseil constitutionnel affirme que le principe d'égalité « ne s'oppose, ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». On retrouve cette formule notamment dans les décisions n^o 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole*, dite « Mutualisation de la CNCA », 10^e considérant ; n^o 91-302 DC du 30 décembre 1991, *Loi de finances pour 1992*, 6^e considérant ; n^o 91-304 DC du 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, 14^e considérant ; n^o 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n^o 92/49 et n^o 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, dite *Transposition des directives communautaires*, 5^e considérant ; n^o 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, dite *Transfert d'entreprises publiques au secteur privé*, 8^e considérant *in fine* ; n^o 98-397 DC du 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux*, 14^e considérant, n^o 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, dite *Taxe d'habitation*, 8^e considérant ; ou enfin n^o 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF*, 5^e considérant. Le Doyen G. VEDEL avait trouvé, pour la préface de la Thèse du professeur P. DELVOLVÉ, une formule qui a fait école : le principe d'égalité s'entend « toutes choses égales par ailleurs ». Cf. P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 88, 1969, 6-468 pp.

publique » sans que ce contrat rentre dans la définition relativement – et nécessairement – large du droit administratif.

b) Comment le principe d'égalité d'accès fonde l'existence de procédures de passation

790. La définition du principe d'égal accès posée, reste à comprendre en quoi ce principe contient en lui-même des obligations de mise en concurrence. Deux justifications peuvent être avancées, la première fondée sur la solution du Conseil constitutionnel, la seconde, plus théorique, fondée sur le lien entre égalité et formalisme dans le contrôle de légalité.

a) Explication fondée sur la décision du Conseil constitutionnel

791. Le Conseil constitutionnel énonce dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, que « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique [séparation des fonctions dans les opérations de construction, séparation en lots différents impliquant un jugement par lot et utilisation du crédit-bail ou d'une option d'achat] serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique [...] ». Il sous-entend par conséquent le lien entre le principe « d'égalité devant la commande publique » et les procédures de passation dans le droit de la commande publique, sans pour autant développer le raisonnement qui le fait aboutir à cette conclusion¹⁰. Il reste que l'on peut tenter de le reconstituer.

L'égalité d'accès à la commande publique sous-tend que toutes les personnes susceptibles de vouloir être le cocontractant d'un *Commanditaire* doivent être traitées de façon identique. La spécificité de cette égalité réside en premier lieu dans le fait qu'il s'agit des personnes « susceptibles de vouloir » et pas uniquement « voulant » être cocontractant. Cette approche large implique non seulement que les personnes voulant répondre puissent le faire dans des conditions égalitaires, mais aussi que l'on mette toutes les entreprises susceptibles de répondre dans les conditions égales de le faire. Cela entraîne une obligation d'organiser des procédures permettant à toutes les entreprises d'abord de savoir – de manière égale – qu'un marché va être passé ; puis, qu'on leur permette – de manière tout aussi égale – de participer au choix.

Pour le dire autrement, l'égalité d'accès implique que l'accès soit possible à tous de manière égale et pas seulement qu'il soit égal pour tous ceux qui le veulent. Cette égalité

¹⁰ F. LICHÈRE, « Le conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : *bis repetita non placent*. Commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », *RDP*, 2003, n° 4, pp. 1163-1178, spé. p. 1169 analyse sur d'autres points en quoi les dérogations qui font l'objet des réserves d'interprétation sont des atteintes à l'égal accès à la commande publique

implique par conséquent au moins autant des procédures de publicité que des procédures obligeant à comparer les offres¹¹.

β) Explication théorique

792. La seconde explication du lien entre le principe d'égalité et la nécessité de procédures de passation est plus théorique. Il s'agit ici de marquer le lien entre le formalisme et le principe d'égalité. En effet, la mise en place d'un formalisme est la meilleure garantie de l'égalité dans la mesure où elle permet de lutter non seulement contre des inégalités de traitement entre personnes égales ou en faveur d'une personne ayant le plus d'avantages, mais aussi contre des inégalités « positives » en faveur du plus faible. Là où l'égalité d'accès, en tant que principe, lutte contre la corruption et évite qu'une politique « commerciale » agressive favorise le plus fort, le formalisme qui découle du principe d'égalité est plus à même de lutter contre la mise en place de phénomènes favorisant le plus faible. En effet, un juge pourrait estimer que l'argument défendant le plus faible, parce qu'il constitue une mesure ayant un intérêt général, doit se concilier avec le principe général d'égalité. Or, les discriminations positives demeurent des discriminations¹². À l'inverse, lorsque la procédure vient mettre en œuvre le principe, le juge ne contrôle plus ce dernier mais exerce un contrôle objectif de légalité¹³. Tout manquement à la procédure est alors sanctionné comme une illégalité, en dehors de toute considération d'intérêt général¹⁴. La mise en place de procédures permet donc un meilleur respect du principe d'égalité, en ce qu'elle minimise le nombre de discriminations positives.

793. Pourtant, à la suite d'une partie de la doctrine, on peut noter que cette justification de l'existence des procédures de passation fondée sur le principe de l'égalité d'accès ne se traduit pas exactement dans la jurisprudence du Conseil d'État. On remarque en effet que le juge administratif a accepté¹⁵ de considérer qu'était contraire au principe

¹¹ Nous reviendrons plus longuement sur ce point dans le B qui suit.

¹² On peut en effet se demander pourquoi l'égalité *dans la loi* qui permet de faire une différence de traitement entre deux situations différentes *n'obligerait* pas à faire cette différence de traitement dès lors que la situation est suffisamment différente. On pourrait dans ce cadre estimer que les discriminations positives sont « plus égalitaires » que traiter deux personnes inégales de façon égales. Cette évolution de l'égalité *dans la loi* serait en réalité tellement contraire à la vision universaliste de l'égalité *devant la loi* qu'elle n'est pas envisageable. De surcroît, on peut se demander quel juge aurait l'autorité pour distinguer des catégories et surtout pour estimer la différence de traitement qu'il faudrait faire découler de cette différence de catégorie. Ce sont peut-être ces arguments qui ont pesé dans l'interdiction des discriminations positives qui ressort par exemple de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, cette dernière interdisant les discriminations positives en l'absence de texte communautaires. Cf. l'arrêt CJCE 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel*, rec. I-4047, ou, plus nuancé mais dans le même sens CJCE 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c/ Land de Brême*, rec. I-3051

¹³ Comme le montrait H. Kelsen, le contrôle du principe d'égalité est ainsi très proche du contrôle de légalité, tous deux attachés au formalisme.

¹⁴ Comme le dit M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996 n° spécial pp.168-177, spé. p. 171 « le formalisme pourrait s'interpréter comme une soumission à la règle générale qui suppose que le juge ne fasse pas d'exceptions non prévues par la règle qu'il ne crée pas lui-même. »

¹⁵ Dans un arrêt CE 10 juillet 1995, *Contremoulin*, rec. p. 293 ; req. 147212 ; *AJDA* 1995 pp. 925-927, concl. Y. AGUILA

d'égalité – et plus précisément au principe d'égalité de traitement des usagers du service public de l'enseignement – le fait de ne pas accorder à un requérant une dérogation à la carte scolaire alors que cette dérogation avait déjà été accordée à d'autres parents dans la même situation, en fondant ce refus soudain sur le respect des règlements qui interdisaient les dérogations dans l'hypothèse d'espèce. Le texte ne pouvait donc pas légalement créer des inégalités en n'étant pas appliqué durant une période et en retrouvant une force contraignante ensuite. Au lieu de faire prévaloir le texte et de dire qu'il est la garantie de l'égalité entre les administrés – et que par conséquent il aurait fallu attaquer les autorisations antérieures pour que la légalité et l'égalité fussent préservées – le Conseil d'État fait une appréciation *in concreto* et estime que c'est le non-respect du texte qui permet de rétablir l'égalité entre les administrés.

794. Cette évolution est remarquable à deux égards. Premièrement elle peut être interprétée comme portant atteinte à la justification théorique du lien entre égalité et procédures de passation. Il faudrait pourtant fortement surestimer la portée de l'arrêt pour arriver à une conclusion rendant le lien entre les deux caduc, même si cet arrêt est topique d'une évolution plus générale¹⁶. Deuxièmement, si cette jurisprudence discordante est la marque d'une évolution réelle de l'appréciation du principe d'égalité vers une appréciation au cas par cas du principe et, au fond, un développement de son effectivité « directe », cela va dans le sens de notre thèse. En effet, en permettant plus facilement le recours direct au principe pour contester la légalité d'un contrat, cela permet d'unifier l'ensemble des contrats de la commande publique derrière ce principe sans attendre une unification – forcément partielle – des différentes procédures de passation. Au fond, si ce n'était pour des considérations temporaires de sécurité juridique, on ne pourrait que souhaiter cette évolution.

La reconnaissance du principe « d'égalité d'accès à la commande publique » permet donc de fonder théoriquement l'existence même des procédures de passation. Ce principe n'est pourtant pas reconnu par l'ensemble des sources du droit de la commande publique, ce qui, partant, limite la portée que peut avoir cette justification.

2) La portée du principe d'égal accès à la commande publique

795. Le principe d'égal accès à la commande publique est un corollaire du principe d'égalité, ses sources sont donc parmi les plus reconnues du droit français (a), sans compter qu'il a de plus été reconnu en lui-même par le juge constitutionnel (b). Le Conseil d'État ne s'est pour l'heure pas prononcé sur son existence, mais il fait montre, dans le cadre d'une analyse autonome, d'une ouverture qui laisse penser qu'il en fera un principe général du droit s'il en a l'occasion. Les droits européens enfin comprennent déjà « l'égalité d'accès » dans d'autres formes du principe d'égalité (d).

¹⁶ En ce sens M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, *Op. cit.*. Elle estime que le phénomène américain des *affirmative actions* – les discriminations positives – s'est amorcé de la même manière Outre-Atlantique.

a) Sources textuelles du principe d'égalité

796. Les sources du principe d'égalité devant la loi sont essentiellement écrites. On le retrouve de nombreuses fois dans la Constitution ou dans les textes auxquels elle renvoie. Ainsi, le Préambule contient ce principe dans son propre texte¹⁷ mais aussi à trois reprises à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'il incorpore – aux articles 6, 13 et surtout 1^{er} – et indirectement par des principes « corollaires » au principe d'égalité que l'on trouve à plusieurs reprises dans le Préambule de la Constitution de 1946¹⁸. Pour ce qui est du corps du texte constitutionnel, il fait référence à l'égalité dans ces trois premiers articles¹⁹, ce qui démontre, par le nombre et par la place, la force que le constituant a voulu donner à ce principe. Ces multiples sources écrites ont bien évidemment conduit le Conseil constitutionnel à rappeler à de nombreuses reprises la valeur constitutionnelle de cette notion²⁰.

b) Source du principe d'égalité d'accès à la commande publique

797. La valeur constitutionnelle des principes généraux *d'égalité* ou *d'égalité devant la loi*²¹ est considérée par le Conseil constitutionnel comme entraînant celle des principes qu'il considère comme leurs « corollaires ». En application de cette règle, il a reconnu

¹⁷ « La République offre aux territoires d'Outre-Mer [...] des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité [...] »

¹⁸ On pense notamment aux principes particulièrement nécessaires à notre temps de l'égalité homme-femme, de l'égalité dans le travail, de l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales, de l'égal accès à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture, de l'égalité des droits entre la France et les peuples d'outre-mer et l'égal accès aux fonctions publiques.

¹⁹ Article 1^{er} : « [La France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. », article 2^e : « La devise de la République est Liberté, Égalité, Fraternité », article 3^e : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » issu de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999. Notons que l'article 4 fait un renvoi à l'article 3 dernier alinéa, donc au principe d'égalité. À cela on peut ajouter l'interprétation qui est faite de cet article 3 comme reconnaissant une égalité devant le suffrage, cf. sur ce point M-F CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, spécial pp.168-177, spé. p. 168.

²⁰ On se référera à l'ouvrage de L. FAVOREU et L. PHILIP *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed. 2003, n° 21, sous la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 *Loi de finances pour 1974*, dite *Taxation d'office* pour la liste des décisions faisant appel à ce principe ou à ses corollaires (spé. p. 273-275 et 279-280). L'essentiel des décisions ne fait pas de référence aux textes, plus rarement il est fait appel aux articles 6 de la DDHC ou 2 de la Constitution. Pour une analyse juridique et statistique des recours utilisant le principe d'égalité, cf. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préface G. Vedel, PUAM/*Economica*, 1997, 397 pp.

²¹ Ces deux termes sont le plus souvent pris comme synonymes, le second étant une façon de ne pas confondre le premier avec ses corollaires. Cf. *Ibidem*. Les auteurs listent les arrêts précisant la portée des corollaires : principes d'égalité devant la justice, principe de l'égalité du suffrage, principe de l'égalité d'admission dans les emplois publics, principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires, principe d'égalité devant les charges publiques, principe d'égalité devant la loi pénale ou principe d'égalité devant l'impôt ou devant la loi fiscale.

l'existence d'un « *principe d'égalité d'accès à la commande publique* »²² de valeur constitutionnelle dans deux décisions récentes, avant d'utiliser dans un cas similaire la formule étonnante d'« *exigences constitutionnelles inhérente à l'égalité devant la commande publique* »²³.

798. Cette nouvelle formule est en réalité plus dérangement qu'il n'y paraît. Le 18^e considérant qui reconnaît cette « égalité devant la commande publique » ne fait en effet aucune référence à un texte pouvant fonder ce principe. Si cet oubli est intentionnel, on n'en voit pas le sens, s'il ne l'est pas, il est regrettable²⁴. Par ailleurs, le principe reconnu « d'égalité devant la commande publique », garanti par les procédures « de droit commun de la commande publique »²⁵ ne semble pas non plus pouvoir être parfaitement assimilé au « principe d'égalité d'accès à la commande publique » puisque les décisions qui emploient l'une ou l'autre de ces expressions ne sont espacées que de quelques mois. Devrait-on alors estimer que ce principe d'égalité devant la commande publique comprend à la fois le principe d'égal accès et d'égalité de traitement. Mais alors, il faudrait considérer que le principe d'égalité a pour corollaire le principe d'égalité devant la commande publique, lui-même composé de l'égalité d'accès à la commande publique et de l'égalité de traitement entre les candidats. Cette « étape supplémentaire » dans les catégories d'égalité nous semble inutile et confuse. À l'aune de cette décision 473 DC, le principe clair posé par les deux décisions 460 et 461 DC devient difficile à replacer dans l'ordonnement des principes fondamentaux. L'inflation textuelle existante en droit de la commande publique nous permet de penser qu'il y aura dans les mois à venir d'autres décisions du Conseil constitutionnel ; décisions dont on peut espérer un minimum de clarification et de rationalisation.

799. Certes, le principe de l'égalité d'accès à la commande publique qui fonde aujourd'hui officiellement l'existence des procédures de passation est un principe que les jurisprudences ne rattachent pas aux textes, qui n'a été reconnu que récemment, et que le Conseil constitutionnel n'a pas expressément repris dans toutes ses décisions. Pourtant, l'apport de ces jurisprudences est de nous préciser que ce principe se voit reconnaître une valeur constitutionnelle, ce qui permet de le placer dans la hiérarchie des normes et

²² Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, 7^e considérant et décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 *Loi d'orientation pour la justice*, 5^e considérant.

²³ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18^e considérant. *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, note A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

²⁴ La volonté du Doyen G. VEDEL de fonder textuellement toutes les solutions du Conseil constitutionnel lorsqu'il en était un membre actif ne trouve pas ici de concrétisation et l'on retrouve de ce fait les craintes qu'il exprimait quant à l'effet d'ajuridicité des décisions.

²⁵ Cette expression est issue du considérant.

d'envisager ses influences sur les normes inférieures. Il reste que le Conseil d'État n'est pas aussi clair sur ce point.

c) Le juge administratif et l'égalité d'accès à la commande publique

800. Le juge administratif, qui ne s'est pas prononcé sur ces principes depuis ces décisions du Conseil constitutionnel, avait pour sa part reconnu à deux reprises des principes ou des « exigences » proches de l'égalité d'accès²⁶. Il s'agit d'une part d'un « principe général [de] l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation », et d'autre part, « d'exigences de l'égal accès aux marchés publics ». Le fait que le premier soit reconnu dans le cadre des délégations de service public et le second dans celui des marchés publics démontre un rapprochement de ces deux grandes sous-catégories des contrats de la commande publique, bien que l'on ne puisse pas, dans le cadre actuel de ces ordonnances et arrêts de la juridiction administrative, considérer que ces deux « principes » sont identiques.

801. Pour ce qui concerne le premier, le « principe général [de] l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation », il a été reconnu à l'occasion d'un référé précontractuel contre le contrat à l'origine du Stade de France²⁷ et qualifié de délégation de service public²⁸. Le Président du Tribunal administratif estima alors que les dispositions de l'article 38 de la loi Sapin²⁹ « consacrent » ce « principe général ». Plusieurs remarques peuvent être ajoutées au sujet de cette ordonnance³⁰.

²⁶ On notera que le principe d'égalité avait déjà été reconnu comme un « principe général du droit » par le Conseil d'État, alors même que normalement les PGD sont des principes non-textuels et que l'égalité a un fondement textuel. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, 2000, 91 pp., 999 n^os., spé. n^o 116 justifie cela par le fait que la Déclaration de 1789 n'a eu pendant longtemps aucune valeur juridique impérative.

²⁷ Ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fongerolle, SPIE Citra, AJDA*, 1995, pp. 147-153, note CH. BRÉCHON-MOULÈNES

²⁸ On marquera notre réserve sur cette qualification en notant qu'outre le critère de la rémunération qui nous fait pencher vers la qualification de marché public, on cherche encore en vain le service public qui est délégué au Consortium Stade de France. À moins de considérer que la gestion même de l'ouvrage – les compétitions sportives étant de la compétence des Fédérations comme on le sait – est un service public, ce qu'on ne saurait penser sous peine de rayer de notre système juridique l'idée de concessions de travaux.

²⁹ Loi n^o 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, J.O. du 30 janvier 1993, aujourd'hui codifiée pour tout ce qui concerne les collectivités locales (mais encore applicable à l'État) aux articles L. 1411-1 et s. du CGCT, l'article 38 de la loi Sapin étant codifié dans cet article L. 1411-1 CGCT.

³⁰ Le principe d'égalité est, lui aussi, considéré comme un principe général du droit par la jurisprudence administrative depuis fort longtemps. Le premier arrêt faisant référence au « principe de l'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs. » est l'arrêt CE 9 mai 1913, *Sieur Roubeau et autres*, rec. p. 521, spé. p. 522. Sur le rôle éminent du Conseil d'État dans la mise en œuvre du principe d'égalité avant que le Conseil constitutionnel n'apparaisse, cf. EDCE, *Sur le principe d'égalité*, pp. 26 et s. Sur la nature de PGD de l'égalité et de l'influence des nuances posées par le Conseil d'État sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. aussi F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préface G. VEDEL, PUAM/économica, 1997, spé. p. 33 et s. n^o 39 et s.

D'une part, on notera une reconnaissance unique et dans une décision dont la portée n'est pas celle d'un arrêt d'Assemblée du Conseil d'État ; aussi bien parce qu'elle est prise dans le cadre d'une ordonnance en référé, et spécialement en l'espèce par une juridiction à juge unique, que parce qu'elle est prise par un Tribunal administratif. Cette opinion doit pourtant être nuancée par le fait que le référé de l'article L. 22 du Code des tribunaux administratif et cours administratives d'appel³¹ apparaît comme spécialement adapté pour trouver un principe spécifique aux délégations dans la mesure où ce recours est propre à notre matière.

D'autre part, notons que le juge administratif ne se réfère pas plus à un texte de valeur constitutionnelle que ne le fait le juge constitutionnel lui-même, il tire le principe directement de l'existence des procédures de passation issues de la loi Sapin³², comme la décision du 26 juin 2003 tire ses premiers principes du texte du Code des marchés de 2001, qui lui-même les tiraient pour partie du code de 1964. On peut en effet établir un lien évident entre l'article 1^{er} du code de 2001 qui pose, comme le laisse entendre le titre 1^{er} du code, les « principes fondamentaux » et l'article 47 du Code des marchés publics issu du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992³³. Cette origine des principes de l'article 1^{er} du code actuel permet d'ailleurs partiellement d'expliquer que la juridiction administrative n'ait pas reconnu auparavant le principe « d'égalité d'accès à la commande publique ». Pourquoi en effet le juge administratif aurait-il découvert l'égalité d'accès alors que le Code des marchés publics³⁴, texte principal de cette matière jusqu'en 1993, n'y faisait pas référence ? L'utilisation des seuls principes reconnus par le Code – liberté de candidature et égalité de traitement – justifie que l'égalité d'accès n'ait été reconnue, pour ce qui est des marchés eux-mêmes, qu'une fois et sans une véritable valeur de principe.

802. L'obligation pour les personnes publiques de respecter les « exigences de l'égal accès aux marchés publics » a en effet été imposée dans un arrêt important³⁵, après avoir été évoquée dans un avis³⁶. Le premier point qu'il faut souligner est que l'arrêt ne reconnaît pas un « principe » mais des « exigences ». La nuance est d'autant plus importante que le considérant qui utilise ce terme précise « *que doivent être respectés le principe*

³¹ Actuel article L. 551-1 du CJA

³² Peut-être peut-on y voir l'effet du principe de la loi-écran mais cette possibilité ne convainc pas sur la pertinence de l'absence de référence, notamment pour les marchés publics dont le fondement est pour l'essentiel réglementaire.

³³ L'article 49 issu de ce décret disposait : « *Sous réserve des dispositions [...], les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics. Sous réserve des dispositions [...], ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres.* »

³⁴ et cela nonobstant la valeur réglementaire que ce code a toujours eu.

³⁵ CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; rec. p. 401 ; 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. Les commentaires se sont toutefois concentrés sur un autre aspect de l'arrêt : le statut des marchés de l'UGAP.

³⁶ CE Avis, 8 novembre 2000, à propos de la candidature des personnes publiques aux marchés publics, *MBTP*, 15 novembre 2000 supplément « Textes officiels », p. 425.

de la libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics »³⁷, ce qui tend à montrer la volonté du Conseil d'État de faire une différence entre des « exigences » et un « principe ». Pourtant, il semble raisonnable de penser que la qualification « d'exigences » constitue en quelque sorte une antichambre de la qualification de « principe », cela a en effet déjà été le cas pour le principe d'impartialité qui a été reconnu comme tel après avoir été une « exigence », dès lors que l'impartialité a été raccrochée à un texte de valeur constitutionnelle³⁸ par le Conseil constitutionnel.

803. L'arrêt *CAMIF* montre aussi une évolution dans le sens d'une plus grande prise en compte des principes d'origine européenne puisque c'est sur le fondement aussi bien de l'ordonnance de 1986 que sur celui de l'article 86 du Traité CE qu'est reconnue cette exigence de l'égal accès aux marchés publics. L'évolution du principe communautaire d'égalité vers une reconnaissance implicite d'un principe d'égalité d'accès scelle ce principe comme fondement des procédures de passation.

d) L'égalité d'accès et les droits européens, des rapprochements avec le droit interne

804. La reconnaissance de « principes de la commande publique » par des sources internationales du droit n'a pas la même portée que la reconnaissance de ces mêmes principes par le droit interne. La principale différence entre les deux réside dans les possibilités que les principes « internationaux » offrent au juge de sanctionner directement un acte sur leur fondement en faisant fi de la théorie de la loi-écran³⁹. Cette spécificité trouve une application particulièrement notable en droit de la commande publique dans la mesure où elle permet non seulement de fonder l'annulation d'un contrat ou de ses actes détachables, mais aussi de contrer l'application des procédures de passation. En effet, au cas où une procédure de passation serait contraire à un principe de la commande publique issu du droit international, le juge pourrait écarter l'application du texte mettant en place les procédures et sanctionner l'acte détachable du contrat directement sur le fondement du principe pour « inconventionnalité ». Ainsi, on pourrait théoriquement envisager qu'un

³⁷ Ces termes sont repris à trois reprises aux considérants 9, 10 et 11 de l'arrêt. Le terme d'exigence est aussi celui employé par l'avis Conseil d'État du 8 novembre 2000 *Op. Cit.*

³⁸ Cette évolution du principe d'impartialité tel qu'il est reconnu par le juge constitutionnel a été amenée par ce dernier de manière relativement subtile. Le 27^e considérant de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. CC, p. 29, précise en effet « qu'est ainsi satisfaite l'exigence d'impartialité et d'indépendance de la Cour ». Cette décision a été suivie par la décisions n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, dont le point 23 précise pour sa part que le nouvel article en cause « n'est pas contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité du juge qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Le fait de raccrocher ainsi l'« exigence » à une disposition textuelle de la Déclaration élevant l'impartialité au niveau des principes constitutionnels.

³⁹ Il est inutile ici de développer la place respective de la loi et du traité dans l'ordre juridique interne telle qu'elle résulte du « grand arrêt » CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo* et de ses nombreuses suites. Pour plus de précisions, cf. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *GAJA*, 14^e ed. n° 98 pp. 695-705

principe communautaire de la commande publique permette de sanctionner la passation d'un contrat passé conformément à une loi comme la loi Sapin⁴⁰.

Reste que le principe d'égalité, déjà difficile à apprécier dans le cadre des droits européens (α) a, quoique sous une dénomination différente, une importance pratique et théorique comparable à l'égalité d'accès en droit interne (β).

α) Égalité et droits européens

805. Si l'égalité est apparue en droit interne comme un droit fondamental de manière aussi évidente, tel n'a pas été exactement le cas en droit européen. Le terme « d'égalité » n'est en effet posé comme principe général ni dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni dans les Traités qui ont peu à peu mis en place l'Union européenne. Au mieux peut-on y trouver des principes généraux de « non-discrimination » dont il faut examiner s'ils sont, ou non, des synonymes de l'égalité ou des sous-catégories de principes d'égalité dans des matières spécifiques. Seul le droit communautaire a récemment intégré un principe général d'égalité dans la « Charte de droits fondamentaux » dont la valeur juridique est aujourd'hui limitée.

806. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne connaît pas directement le principe d'égalité. Le principe de non-discrimination qu'elle reconnaît aujourd'hui n'a de surcroît été introduit expressément dans son article 14 que par le 11^e protocole additionnel, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998⁴¹. Si des différences entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination de la CEDH existent, aussi bien pour ce qui concerne le contenu du principe que, et surtout, pour son application⁴², on ne peut pourtant que les rapprocher⁴³. Des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme rattachent en effet à l'article 14 et à la non-discrimination d'autres principes comme l'égalité de traitement⁴⁴, et elles apportent des limites proches de celles que le droit français pose pour le principe d'égalité⁴⁵.

⁴⁰ La loi Sapin n'est pour sa part contraire à aucun principe international, l'hypothèse est ici théorique.

⁴¹ Il est vrai que l'ancien article 14 précisait que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention devait être assurée « *sans distinction aucune*, fondée notamment sur le sexe, la couleur... », et que cette formule pour le moins étonnante était introduite dans la version anglaise en utilisant l'expression « *without discrimination* », ce qui laissait peu de doute sur l'interprétation qu'il fallait donner au texte français.

⁴² Pour une analyse de ces deux catégories de différences, cf. M. SOUSSE, « Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 1999 pp. 985-991. Cet article traite du principe de non-discrimination en droit de la CEDH et non en droit communautaire.

⁴³ En l'absence d'une parfaite adéquation entre les deux notions, on ne saurait qu'approuver avec satisfaction l'utilisation de deux termes différents.

⁴⁴ Cf. notamment CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, rec. Série A, n° 6

⁴⁵ Elle estime notamment qu'il y a rupture de ce principe lorsqu'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » n'est pas respecté. Cf. CJCE 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, rec. Série A n° 31. La Cour laisse toutefois une marge de manœuvre assez grande aux États dans l'appréciation du rapport entre les distinctions de traitement et les différences de

807. Le droit communautaire a pendant longtemps évité, lui aussi, le principe d'égalité. Il ne figure en effet expressément dans aucun des traités institutifs jusqu'au Traité de Nice inclus, sauf sous la forme de certaines de ses applications sectorielles comme l'égalité entre hommes et femmes⁴⁶ ou, et cela nous intéresse plus précisément, dans le cadre de « contrats de la commande publique » bien spécifiques. Il s'agit des cas visés dans un article de la Quatrième partie du Traité sur l'association des pays et territoires d'Outre-Mer qui impose une égalité entre ressortissants des « États membres et des pays et territoires » pour « la participation aux adjudications et fournitures »⁴⁷. Sans exagérer ici l'importance de cet article, on peut pourtant y voir un indice justifiant que le principe d'égalité soit effectivement central dans l'idée même d'un droit de la commande publique.

808. En revanche, le Traité fait de nombreuses références à un principe de non-discrimination, mais uniquement précisé par domaine⁴⁸. La principale application de ce principe est la « non-discrimination en raison de la nationalité » qui irrigue l'ensemble du droit communautaire. Cette dernière, que l'article 6 du Traité permet de rattacher à la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁹, trouve aussi occasionnellement des prolongements dans certains secteurs d'activité⁵⁰ tous d'effet direct. La non-discrimination a ensuite été reconnue comme un principe du droit communautaire⁵¹, principe que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de « règle cardinale

situation, puisqu'elle ne reconnaît de traitement discriminatoire que lorsque le texte « manque de justification objective et raisonnable » cf. CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, rec. IV-1996, p. 1142, § 42 et CEDH 18 février 1999, *Larkos c/ Chypres*, Rec. I-1999, spé. § 29

⁴⁶ Art. 141 (ex 119) du Traité CE

⁴⁷ Article 183, point 4) « Pour les investissements financés par la Communauté, la participation aux adjudications et fournitures est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales ressortissantes des États membres et des pays et territoires ».

⁴⁸ Pour une analyse du principe de non-discrimination cf. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ coll. Domat droit public, 2^e ed. 2001, spé. pp. 81-83, n° 102 à 104 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ coll. Manuel, 3^e ed. 2002, spé. n° 212 à 219

⁴⁹ L'article 6 du Traité, point 2 (repris pratiquement à l'identique à l'article 7-3 du Projet de Constitution pour l'Europe) précise que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles des États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. ». L'article 7-2 du même projet montre toutefois les difficultés qui découlent de la coexistence de ces deux déclarations : « L'union s'emploie à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Une telle adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution ».

⁵⁰ On peut se référer à l'article de P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDEur*, 2002, pp. 413-449, spé. p. 415 où il précise les applications de ce principe et les articles du Traité sur lesquels elles sont fondées : discrimination en raison de la nationalité entre les travailleurs des États membres, pour le droit d'établissement, pour la libre prestation de services ou entre producteurs et consommateurs dans le cadre de la Politique agricole commune.

⁵¹ Notamment en premier lieu par l'arrêt CJCE 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, Aff. 13/63, rec. 1963 p. 337, qui se fonde sur l'article 7 du Traité CEE. On remarquera dans cet arrêt ainsi que dans les arrêts ultérieurs une grande proximité dans les analyses de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des communautés européennes pour ce qui concerne le caractère objectif du contrôle et l'analyse de la proportionnalité de la discrimination au regard des buts projetés ; cf. par ex. CJCE 10 février 1994, *Mund et Festern*, Aff. C-398/92, rec. I-467, spé. point 16.

du droit communautaire »⁵². À cela il faut ajouter le nouvel article 13 issu du Traité d'Amsterdam qui permet au Conseil de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre les discriminations fondées sur « le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». On ne peut, à la suite d'autres auteurs, qu'analyser cette extension du champ d'application du principe de non-discrimination comme la reconnaissance d'un principe général d'égalité⁵³.

809. C'est de surcroît le sens de l'évolution du droit communautaire qui reconnaît de plus en plus directement le principe d'égalité lui-même, au-delà de celui de non-discrimination. L'égalité avait été élevée au rang des principes généraux du droit communautaire⁵⁴ par la Cour de justice⁵⁵ avant d'être reconnue textuellement dans la Charte des droits fondamentaux signée à Nice, incorporée comme deuxième partie du projet de Traité constitutionnel élaboré par la Convention⁵⁶. Dès son préambule, la Charte fait référence à l'égalité comme principe fondateur⁵⁷, avant de consacrer un Titre III complet à ce principe. Ce titre constitue en quelque sorte l'aboutissement actuel du principe de non-discrimination (tout en étant intitulé « principe d'égalité ») : d'une part, il met en avant le principe d'égalité puisque le premier article de ce titre⁵⁸ est intitulé « égalité en droit » et proclame que « Toutes les personnes sont égales en droit », c'est-à-dire une égalité devant la loi qui se rapproche de ce que l'on connaît déjà dans la déclaration de 1789. D'autre part, le deuxième article du Titre⁵⁹, intitulé « non-discrimination », reprend l'ensemble des discriminations interdites en respectant l'histoire des textes communautaires puisqu'il continue à faire une liste des différentes discriminations sans en

⁵² cf. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ coll. Domat droit public, 2^e ed. 2001, spé. pp. 81, n° 102. Ces auteurs notent que ce principe est inscrit « en tête des trois libertés qui concrétisent la liberté professionnelle ».

⁵³ Sur cet article, cf. P. DOLLAT, « Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne », *JTDE*, 2002 pp. 57-64 & P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDEur*, 2002 p. 413-449, spé. p. 415 où l'auteur écrit « A travers le principe de non-discrimination, c'est en réalité le principe d'égalité qui transparait ». Cette opinion est aussi celle de Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire*, PUAM, 1999, 552 p., spé. p. 19.

⁵⁴ Sur l'importance de la découverte des Principes généraux du droit communautaire et des autres droits de l'homme dans la création du droit communautaire, cf. J. RIDEAU, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 265, Nijhof 1997

⁵⁵ Cf. par exemple CJCE 8 oct 1980, *Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Aff. 810/79, Rec. 1980, p. 2747, point 16 : « Le principe général d'égalité, dont l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire » ; CJCE 7 décembre 2000, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-168/98, rec. I-9131, spécialement point n° 23 « l'interdiction de discrimination édictée par cette dernière disposition [art 52 du Traité] n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité ».

⁵⁶ La Charte européenne des droits fondamentaux a été signée et proclamée par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission le 7 décembre 2000. Elle constitue le deuxième titre du projet de Traité constitutionnel, article II-1 et s.

⁵⁷ 2^e alinéa du préambule de la charte des droits fondamentaux : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. »

⁵⁸ Article II-20 du projet de Traité constitutionnel

⁵⁹ Article II-21 du projet de Traité constitutionnel

faire une norme générale. L'insertion de ces cas de non-discrimination dans le titre sur l'égalité montre bien qu'ils ne sont que des applications sectorielles du principe général d'égalité. Ce phénomène de « liste » continue ensuite aux articles II-22 à II-26⁶⁰, et reconnaît d'autres sous-catégories du principe d'égalité – mais qui n'étaient pas considérés comme des cas de non-discrimination auparavant – comme des expressions particulières du principe général.

Reste que l'égalité ainsi reconnue et l'interdiction des discriminations ne sont pas *stricto sensu* l'égalité d'accès à la commande publique. L'égalité dans le cadre des marchés publics trouve plutôt un pendant dans le principe communautaire d'égalité de traitement.

β) Égalité d'accès à la commande publique, égalité de traitement et droit communautaire

810. L'analyse du principe d'égalité en droit communautaire de la commande publique conduit à la constatation d'une absence de reconnaissance de *l'égalité d'accès à la commande publique* mais d'une extension du principe *d'égalité de traitement* afin qu'il ait les mêmes conséquences que *l'égalité d'accès à la commande publique* du droit interne.

811. *L'égalité d'accès à la commande publique* n'est pas un principe reconnu par les instances communautaires. Il est pourtant possible de constater certains des effets de ce principe dans la mise en œuvre d'un autre principe propre au droit communautaire : *l'égalité de traitement*⁶¹. Ce principe ne fait pas partie des sous-principes d'égalité dont les articles II-20 et suivants du Projet de constitution font la liste, il est une création jurisprudentielle et doctrinale. Si l'on se réfère aux hypothèses dans lesquelles il est employé, on peut dire qu'il est l'expression du principe d'égalité lorsqu'est en cause une « activité concurrentielle ». On ne sera pas étonné alors que les auteurs qui traitent du droit communautaire utilisent indifféremment « égalité » et « égalité de traitement » dans la mesure où les compétences de l'Union sont essentiellement économiques⁶², donc qu'elles se préoccupent de l'égalité dans le cadre presque exclusif des activités concurrentielles⁶³. Cette utilisation indifférenciée de

⁶⁰ Article II-22 : Diversité culturelle, religieuse et linguistique ; article II-23 : Égalité entre hommes et femmes ; article II-24 : Droits de l'enfant ; article II-25 : Droits des personnes âgées ; article II-26 : Intégration des personnes handicapées. À ces articles, il faut ajouter l'article III-2 qui précise que « *Pour toutes les actions visées par la présente partie, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes* », qui, même bien qu'absent de la Charte des droits fondamentaux est dans le texte du projet de Traité constitutionnel.

⁶¹ Cf. M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz*, 1994, n° 22, chron. pp. 163-169

⁶² On peut notamment constater une complète assimilation de ces termes chez P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDEur*, 2002 p. 413-449, spé. pp. 416-417.

⁶³ N. de GROVE VALDEYRON, in « Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Marchés Publics-La Revue de l'achat public*, n°2, 1^{er} février 1996 pp. 25-30, estime pour sa part que l'égalité de traitement est le « prolongement » de l'égalité en général, ce dernier étant issu de l'article 6 du Traité CE. Cet article du

L'égalité ou de l'égalité de traitement semble valoir pour la Cour de justice⁶⁴ mais aussi, de manière quelque peu contestable dans la forme, pour la Commission européenne⁶⁵. Par extension, « l'égalité de traitement » est donc aussi synonyme « d'égalité » dans le cadre des marchés publics qui sont eux-mêmes dans le champ d'application de l'Union comme ils étaient dans celui de la CEE.

812. Pourtant, *l'égalité de traitement* paraît relativement éloignée de *l'égalité d'accès* telle qu'elle est reconnue par le droit interne. Par certains aspects ces deux visages du principe sont même opposés puisque le traitement dont il est question en droit interne est le traitement des offres, alors que « l'égalité d'accès » se situe, dans la procédure, en amont de l'analyse des offres. Une nouvelle fois, une conception extensive des principes par les institutions communautaires a permis que l'égalité de traitement ait un rôle en matière d'accès des candidats potentiels au marché. Plus encore, on retrouve un raisonnement à double niveau proche de celui du droit interne puisque non seulement ce principe semble en partie justifier l'existence des procédures, mais en plus il a quelques conséquences sur l'accès aux marchés.

Une similitude des principes interne – égalité d'accès – et communautaire – égalité de traitement – dans le rôle de justification des procédures.

813. Pour ce qui est de la justification des procédures, on en retrouve une trace dans l'arrêt de la Cour de justice *Storebealt* du 22 juin 1993⁶⁶. Le point 33 de cet arrêt précise en effet que « le devoir de respecter ce principe [d'égalité de traitement] correspond à l'essence même de cette directive [71/305 Travaux] ». Il semble donc que l'égalité de traitement, comme source des directives, soit aussi et surtout la source de l'existence des procédures comme c'est le cas pour l'égalité d'accès en droit français. On notera toutefois une différence entre les deux ordres juridiques : si le droit communautaire reconnaît la place de l'égalité, c'est

Traité condamnant les discriminations en fonction de la nationalité ayant été interprété comme obligeant à « traiter sur un pied d'égalité la totalité des opérateurs économiques ». Si notre approche historique diverge, l'application de l'égalité de traitement aux « opérateurs économiques » est une considération commune.

⁶⁴ Dans un arrêt CJCE 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland plc*, aff. C-311/97, rec. I-2651, point 21, la Cour estime que l'article 6 CE, mis en œuvre par l'article 52 du même Traité dans le domaine des activités non-salariées, « consacre » « l'égalité de traitement »

⁶⁵ Nous faisons ici référence au point 3.1.1 de la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000. Ce point, dont le titre est « *L'égalité de traitement* » se réfère expressément (note 39) à l'arrêt CJCE 8 oct 1980, *Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Aff. 810/79, Rec. 1980, p. 2747 pour estimer que ce principe est reconnu par la Cour de justice. Or, la « citation » de l'arrêt est bien loin d'être stricte, notamment en ce que la Commission utilise le terme de « principe général d'égalité de traitement » alors que l'arrêt lui-même n'utilise que le terme de « principe général d'égalité ». Notons que la version anglaise de l'arrêt ne permet pas de justifier cette modification malvenue du texte de la Cour puisqu'elle utilise les termes de « *General Principle of equality* » (Cf. *European Court Reports* 1980 p. 2747).

⁶⁶ Arrêt CJCE 22 juin 1993 *Commission des communautés européennes contre Royaume de Danemark*, dit « *Storebaelt* » du nom de la société chargée de construire un pont sur le chenal ouest du Grand Belt et qui a suscité le recours en manquement, Aff. C-243/89, Rec. 1993 p. I-3353

principalement parce qu'elle est une condition nécessaire au « *développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics* »⁶⁷.

814. On touche vraisemblablement ici à une différence fondamentale entre l'esprit du droit interne et celui du droit communautaire, à savoir le fait que le premier refuse une justification fondée sur le droit de la concurrence – au sens large – alors que le second prend ce même droit de la concurrence comme première justification dont les autres principes – et notamment le principe d'égalité – sont principalement des modalités ou des éléments. Le fait qu'un arrêt postérieur⁶⁸ fasse référence à l'arrêt *Storebealt* en reprenant la première partie de son point 33 sans en reprendre la seconde ne change rien à cette différence ontologique⁶⁹.

Une similitude des principes interne – égalité d'accès – et communautaire – égalité de traitement – dans le développement d'une égalité dans l'accès des opérateurs aux contrats de la commande publique.

815. Pour ce qui est de l'influence du principe communautaire de l'égalité de traitement sur l'égalité d'accès au marché, on en retrouve quelques traces dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour a implicitement accepté le moyen tiré de *l'inégalité de traitement des candidats* dans le fait de ne pas avoir mis en place de procédure de publicité. Si elle n'a pas eu besoin d'examiner au fond ce moyen dans la mesure où elle a eu recours à l'argument « objectif » de la non-application des procédures, il semble qu'elle n'a en effet pas refusé *a priori* de juger directement en fonction du principe si le besoin s'en faisait sentir (et comme l'y a invité la Commission, requérante dans l'affaire)⁷⁰. En acceptant implicitement de sanctionner la passation d'un contrat sur le fondement de « l'inégalité de traitement » même si une procédure n'était pas obligatoire, la Cour reconnaît que *l'inégalité d'accès* – au sens interne – correspond à une partie de *l'inégalité de traitement* au sens communautaire.

816. Par ailleurs, d'autres arrêts communautaires se référant à l'égalité de traitement se rapprochent plus de l'égalité d'accès au sens du droit interne dans la mesure où, *ab initio*, ils interdisent l'accès de certaines entreprises aux marchés. C'est par exemple le cas de marchés exigeant de la part des candidats une certification nationale ou

⁶⁷ *Ibidem*, suite du point 33 de l'arrêt.

⁶⁸ Arrêt CJCE 25 avril 1996, *Commission des communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, Rec. 1996 p. I- 2043, point 51

⁶⁹ Nous reviendrons sur cette double référence à l'égalité et à la concurrence pour justifier de l'existence des procédures car elle n'est pas complètement absente du droit interne. Cf. *infra* section deuxième. Voir aussi J.-P. COLIN et M. SINKONDO, « principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit communautaire », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, pp. 36-55, spé. p. 49. L'exposé des motifs de la directive 93/37 du 14 juin 1993 précise « *considérant que le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs membres; que les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux entrepreneurs de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent* ».

⁷⁰ Il s'agit de l'arrêt CJCE 17 septembre 1998, *Commission des communautés européennes contre Royaume de Belgique*, Aff. C-323/96, rec. 1998 p. I-5063, mieux connu pour sa reconnaissance du Parlement flamand du système fédéral belge (*Vlaamse Raad*) comme pouvoir adjudicateur au sens de la directive 93/37. Au point 6, l'arrêt précise que la Commission soutenait que la procédure appliquée constituait une « *violation claire [...] du principe d'égalité de traitement des candidats, qui constitue le fondement [des directives]* ».

l'inscription à un ordre professionnel⁷¹, de ceux exigeant le respect de normes internes⁷², voire de ceux exigeant que les entreprises soient des entreprises nationales. L'égalité « de traitement [dans l'accès] » au sens du droit communautaire trouve en effet un rapprochement des plus significatifs avec « l'égalité d'accès » interne lorsqu'elle interdit les non-discriminations en fonction de la nationalité. La jurisprudence associe alors le plus souvent l'égalité de traitement à la libre prestation de service ou à la liberté d'établissement, on peut presque dire que c'est la conciliation de ces principes qui est la forme la plus topique de « l'égalité d'accès » interne dans « l'égalité de traitement » communautaire⁷³. L'atteinte au principe de non-discrimination entre les nationalités étant une partie de l'atteinte à l'égalité en général, donc à l'égalité de traitement dans le cadre des marchés publics ; et l'atteinte à l'égalité de traitement étant, dans ces cas, une atteinte à l'égalité d'accès aux marchés.

817. Pour conclure, « l'égalité de traitement » en droit communautaire ne semble être qu'une expression économique, issue de l'idée de concurrence, de l'égalité en général. Elle regroupe par conséquent non seulement l'égalité dans le traitement des offres tel que nous allons l'aborder (§ 2^e) mais aussi en partie l'égalité d'accès à la commande publique. À cet égard, il est intéressant de noter que, comme c'est le cas en droit interne, elle fonde partiellement l'existence des procédures de passation – même si c'est à travers le prisme de la concurrence – mais aussi qu'elle justifie dans certains arrêts la sanction de procédures qui n'ont pas permis l'accès des candidats au contrat. L'existence d'une justification profonde des procédures n'empêche en effet pas que le principe d'égal accès ait aussi, en parallèle, un rôle direct au contentieux qui permette de sanctionner certaines procédures de passation (B).

⁷¹ La certification interne était le respect de la classification vérifiée par l'organisme professionnel français « Qualibat » (de qualité des constructions) et l'obligation d'inscription à un ordre professionnel requis en l'espèce était celle à l'ordre des architectes. Cf. CJCE 26 septembre 2000, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-225/98, rec. 2000 p. I-7445 ; *AJDA* 2000 pp. 1055-1059, note Ch. LAMBERT ; *Contrats et marchés publics*, décembre 2000, comm. F. LLORENS, n° 38. Le point 83 de l'arrêt montre bien l'influence de cette qualification sur « l'accès » au marché et non pas sur le traitement de l'offre : « La désignation des lots par référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux, elle constitue de ce fait une discrimination indirecte ». Ce type de discrimination constitue par ailleurs en droit communautaire une atteinte à la libre prestation de services

⁷² C'est le cas de CJCE 22 septembre 1988, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, aff. 45/87, rec. 1988 p. 4929, point 1. Il s'agissait de l'imposition, dans le dossier d'appel d'offre, du respect de la norme Irlandaise concernant les conduites en amiante-ciment devant permettre l'extension du réseau de distribution d'eau du district de Dundalk. Le point 19 de l'arrêt nous conforte dans l'idée que l'égalité de traitement dont il est ici question concerne ce que le droit français appelle « l'égalité d'accès » en précisant « que l'insertion d'une clause comme celle de l'espèce dans un avis de marché peut avoir pour conséquence que des opérateurs économiques [...] s'abstiennent de répondre à des appels d'offre ».

⁷³ On retrouve ce rapprochement entre égalité de traitement et liberté d'établissement ou de prestation de service in, S. ROBIN-OLIVIER préf. M.-A. MOREAU, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, 552 pp. spé pp. 59-65 pour les marchés publics. L'auteur écrit p. 59 : « À cet égard, il est tout à fait significatif que la suppression des discriminations entravant la possibilité de présenter des offres ou de participer comme cocontractant à sous-traitant aux marchés de l'État ou d'autres personnes morales de droit public ait été inscrite dans les programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services ».

B) Mise en œuvre du principe d'égalité d'accès dans les procédures actuelles

818. Le principe d'égalité d'accès bénéficie en droit de la commande publique d'un statut tout à fait central. Le droit interne comme le droit communautaire lui reconnaissent ainsi un rôle fondateur dans l'existence même des procédures de passation, de manière directe pour le premier et indirecte pour le second. C'est pour cette raison qu'une partie des procédures textuelles vise à mettre en œuvre ce principe d'égalité d'accès. (1) L'intérêt de la reconnaissance de ce principe pour l'ensemble de la commande publique – prise comme notion juridique – ne se limite pourtant pas à cela. On peut en effet lui reconnaître un effet direct permettant de sanctionner des contrats pour des défauts de procédure, et en cela lui accorder un double rôle : d'une part une notion large comme celle de la commande publique englobe des contrats qui ne sont pour l'heure soumis à aucune procédure de passation⁷⁴. Le rôle du principe d'égalité d'accès peut alors être celui de fonder des décisions obligeant à respecter cette égalité sans imposer des procédures par trop contraignantes. D'autre part, dans un sens radicalement contraire, lui reconnaître une efficacité propre permet de faire évoluer les textes imposant des procédures de passation vers moins de lourdeur : le seul non-respect du principe d'égalité d'accès pourrait permettre une sanction, sans qu'il soit nécessaire que l'atteinte à l'égalité résulte du non respect d'une procédure formelle⁷⁵ (2).

1) Un principe fondant des procédures textuelles de passation et imposant un minimum de publicité

819. Principe de « l'essence » des procédures communautaires de passation ou principe constitutionnel fondant le « droit commun de la commande publique »⁷⁶, l'égalité d'accès connaît des applications textuelles nombreuses. La première conséquence d'une égalité d'accès porte en général sur la mise en place de procédures de publicité. Comme on l'a vu, ouvrir un accès égal à l'ensemble des entreprises susceptibles d'être candidates suppose qu'elles aient toutes la possibilité de savoir qu'un marché va être passé. Dans une perspective plus axée sur le droit économique, on peut dire que la publicité « crée » le marché – au sens de lieu où se rencontrent l'offre et la demande. C'est ainsi que l'on peut constater que la publicité constitue une sorte de « minimum » des procédures textuelles de

⁷⁴ On peut penser aux marchés en dessous des seuils de passation ou aux marchés portant *rationae materiae* aux bien exclus des procédures par l'article 3 du Code des marchés publics.

⁷⁵ Le sens du principe n'est bien évidemment pas contradictoire, ce qui l'est c'est que dans un cas il y a un renforcement des procédures puisque les personnes qui n'étaient soumises à aucune procédures sont confrontés aux principes qui impose certaines formes, et que dans l'autre cas, les formes très nombreuses pourraient être diminuées par le simple recours au principe.

⁷⁶ Cf. *infra*, A).

la commande publique. La conséquence est qu'aussi bien le droit interne des marchés publics (a) que celui des délégations de service public (b) ou encore le droit communautaire (c) reconnaissent une place particulière à la publicité, même si ce n'est pas la seule traduction textuelle du principe d'égalité d'accès.

a) Exemples de mise en œuvre dans le droit français des marchés publics

820. Les textes internes visant les marchés publics sont partiellement fondés sur la recherche d'une égalité dans l'accès des candidats aux marchés publics. On en retrouve des éléments dans la place de la publicité au sein du Code des marchés publics, mais aussi dans l'interdiction de dispositions discriminatoires dans l'appel à la concurrence. Nous nous concentrerons sur quelques exemples, l'exhaustivité étant difficile à obtenir en la matière, d'autant qu'à une même procédure peuvent correspondre diverses justifications fondées sur différents principes.

821. On retrouve des modalités de publicité dans toutes les procédures de marchés publics internes, y compris dans les procédures les plus simples, à savoir la nouvelle « mise en concurrence simplifiée »⁷⁷ et les « marchés négociés »⁷⁸. Pour ces derniers, trois des quatre modalités de marchés négociés⁷⁹ excluent officiellement une publicité, mais l'analyse montre en fait que la publicité doit, en réalité, être respectée dans un de ces cas, qu'elle l'a été à un autre moment dans un autre et que le principe de la publicité doit être concilié avec d'autres pour le dernier. En somme, soutenir qu'il y aurait une absence de publicité serait une erreur dans la plupart des marchés négociés.

Ainsi, le II de l'article 35 du Code des marchés publics prévoit en substance que l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles, les marchés secrets ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État est incompatible avec des mesures de publicité, de même que les marchés que la personne publique doit urgemment⁸⁰ faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant n'obligent pas à une

⁷⁷ Selon l'art 32 du Code des marchés publics, la mise en concurrence simplifiée « est la procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché à la suite de négociations avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence ».

⁷⁸ Les marchés négociés existent aussi en droit communautaire et les exposés des motifs des directives 93/37 et 93/36 du 14 juin 1993 précisent à leur sujet « que, plus spécialement dans les procédures restreintes, la publicité a pour but de permettre aux entrepreneurs des États membres de manifester leur intérêt aux marchés en sollicitant des pouvoirs adjudicateurs une invitation à soumissionner dans les conditions requises ».

⁷⁹ Les marchés négociés sont ouverts selon quatre modalités différentes dans des cas limitativement énumérés aux I, II, III et IV de l'article 35 du Code des marchés publics. Ces cas sont limitatifs et si un marché est conclu selon des modalités négociées en dehors de ces hypothèses le marché est nul, cette nullité devant être constatée d'office par le juge et excluant toute action contractuelle entre les parties, cf. CE Sect. 29 janvier 1982, *Martin*, rec. p. 44 à propos des marchés d'une école ; CE 28 juillet 2000, *Jacquier*, rec. T. p. 1091 ; *BJCP*, 2000, n° 13 p. 429, concl. H. SAVOIE, obs. CH. M.

⁸⁰ On remarquera une différence entre « l'urgence impérieuse » du II-1° de l'article 35 et « l'urgence » du II-3° de ce même article. Pour une appréciation de l'urgence impérieuse que le Conseil d'État estime devoir être stricte comme toutes les justifications de dérogations à la procédure de l'appel d'offre (avec en l'espèce une appréciation de l'urgence comme n'étant pas impérieuse, ce qui entraîne

publicité préalable, même si elles obligent à une mise en concurrence⁸¹. Or on peut voir dans cette disposition une forme d'illogisme : comment mettre en concurrence s'il n'y a pas de publicité ? L'absence totale de publicité exclut en effet la moindre connaissance de la passation du contrat, donc la moindre concurrence. C'est pour cette raison que l'on ne peut interpréter « absence de publicité » dans ce texte que comme « l'absence d'avis d'appel à la concurrence », c'est-à-dire de publicité large et organisée par les textes. En revanche, une concurrence minimum oblige au moins à une publicité restreinte consistant, par exemple, à envoyer des lettres à des candidats potentiels. La soi-disant « absence de publicité » est donc plus une publicité restreinte qu'une exclusion totale de publicité.

822. Pour ce qui concerne l'absence de publicité et de mise en concurrence dans les marchés négociés du III de l'article 35 du Code des marchés publics, on remarquera que les hypothèses visées par ce texte sont celles des marchés complémentaires, des marchés identiques à un marché précédent, ceux conclus après un concours qui comprend plusieurs lauréats et ceux pour lesquels la concurrence est impossible⁸². Par conséquent, les marchés dont il s'agit ici ont, sauf pour le dernier cas, déjà fait l'objet d'une mesure de publicité spécialement complète avant que des conditions particulières viennent permettre d'éviter, malgré des changements, une nouvelle publicité.

823. Enfin, pour le dernier cas, celui des marchés de fournitures de la défense nationale⁸³, le principe de l'égal accès aux marchés publics n'est pas non plus bafoué, il est simplement concilié avec d'autres impératifs, ceux de la sécurité nationale qui imposent à la fois le secret et la rapidité des fournitures en cas – ou en prévision – de conflits. Cette justification n'est par ailleurs pas une nouveauté puisqu'elle constitue la première exception à l'application de l'adjudication que l'on trouve dans les textes post-révolutionnaires⁸⁴.

824. L'égalité d'accès se retrouve aussi dans l'obligation pour les personnes publiques de ne pas interdire – ou réserver – l'accès au marché à une catégorie de cocontractants potentiels sans justification suffisante, notamment en termes de différence de situation⁸⁵. L'égalité d'accès doit pourtant en la matière être distinguée de l'égalité de traitement.

un refus), cf. CE 8 février 1999, *Préfet de Seine et Marne c/ EPA*, req. n°167523 ; *BJCP* 1999, n° 5 p. 474, non publié au *Lebon*.

⁸¹ Art. 35-II du Code des marchés publics

⁸² Il s'agit ici des quatre hypothèses envisagées par les 1, 2, 3 et 4 du III de l'article 35 du Code des marchés publics.

⁸³ Cf. article 35, IV du Code des marchés publics.

⁸⁴ Décret des 20 septembre-14 octobre 1791, *relatif aux commissaires des guerres*, Duvergier, *Lois et décrets* t. 3 page 319, Titre 2, Article 6 et s. ; Arrêté du directoire exécutif du 8 fructidor An VI (25 août 1798), *concernant l'adjudication publique et aux rabais des fournitures du département de la guerre*, Duvergier, *Lois et décrets*, tome 10 page 333 ; 2^e, *Bull.* 220, n° 1974 ; ce dernier texte ne contient pas de mesure d'urgence parce qu'il n'a qu'une portée prévisionnelle pour les neuf derniers mois de l'An VII et ne revient pas sur les dispositions du décret de 1791 en dehors de ce qu'il dispose comme règles spéciales.

⁸⁵ La jurisprudence semble pourtant parfois souple sur ce point comme en témoigne l'arrêt CE 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, req. n° 171293, rec. Tables p. 889, dans lequel le cahier des charges d'un marché négocié – passé il est vrai après un appel d'offre infructueux – précise qu'un des produits nécessaire à la réfection de la voirie objet du marché doit correspondre à une marque déterminée. Le Conseil d'État estime que l'exigence d'une marque n'est pas contraire au « principe d'égalité entre les

On ne peut en effet parler d'égalité d'accès que dans le cas où l'inégalité est automatique à la lecture des *conditions d'accès* au marché (conditions de compétences techniques ou financières par exemple). Si c'est l'application des *critères de passation* qui conduit à porter atteinte à l'égalité, il s'agira d'une atteinte à l'égalité de traitement. Ainsi, un marché qui spécifie qu'il ne peut être conclu qu'avec des sociétés coopératives ou nationales portera atteinte à l'égalité d'accès ; en revanche, un marché dont les critères de sélection de l'offre poseront une préférence pour des sociétés coopératives ou nationales portera atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Dans le second cas, le marché est susceptible d'être passé sans atteinte à l'égalité, l'inégalité ne résultant que du traitement des critères par la personne choisissant le cocontractant. Dans le premier cas au contraire, l'accès est en tout état de cause inégal, c'est-à-dire interdit sauf à ce que la discrimination soit justifiée⁸⁶.

825. Avant d'analyser des exemples de mise en œuvre de ce principe dans le cadre des délégations de service public, notons que le Conseil constitutionnel a estimé à l'occasion des premières décisions sur les contrats globaux en matière de justice, de police et de gendarmerie⁸⁷ que les dispositions prévues ne portaient pas atteinte à l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés en prévoyant l'allotissement, ce qui laisse ouvert l'éventuelle sanction d'une loi par le Conseil si cette loi ne permettait pas cet accès égal⁸⁸.

b) Exemples de mise en œuvre dans le droit des délégations de service public

826. La loi « Sapin » du 29 janvier 1993⁸⁹ met pour la première fois en place une procédure de passation pour une série de contrats qu'elle regroupe sous la notion de

candidats », « dès lors que seul ce produit répondait aux exigences du cahier des clauses techniques particulières ». La « technique » consistant à faire des cahiers trop précis est pourtant bien connue comme source de détournement de procédures visant à choisir son cocontractant.

⁸⁶ On peut notamment envisager que la discrimination corresponde à l'objectif de « l'offre économiquement la plus avantageuse » qui, selon la proposition de directive du 10 mai 2000 de la Commission, doit s'apprécier par rapport au pouvoir adjudicateur. Sur cette question, cf. L. DUBIN, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA*, 2002, pp. 493-499.

⁸⁷ Décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002, rec. p. 198 et n° 2003-461 DC du 29 août 2002, rec. p. 204 ; *AJDA*, 2002, p. 1059, note J.-Y. CHÉROT et J. TRÉMEAU

⁸⁸ La Conseil constitutionnel précise « que ces dispositions ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique » mais il ajoute que « au demeurant, le I de l'article 3 de la loi déferée prévoit la possibilité, pour les petites et moyennes entreprises, de se grouper pour présenter une offre commune ; qu'il n'écarte pas la faculté pour l'État, maître de l'ouvrage, d'allotir le marché : que ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous-traitance, il permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique ». L'utilisation de l'expression « au demeurant » laisse entendre qu'au cas où « par elle-même » une loi serait susceptible de porter atteinte à l'égalité d'accès, ces éléments seraient pris en compte pour l'appréciation de cette atteinte. L'analyse du Conseil constitutionnel est par conséquent elle-aussi *in concreto* et l'on pourrait envisager que cela conduise à la reconnaissance de discriminations positives.

⁸⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* dite « loi Sapin », *J.O.* du 30 janvier 1993

« délégations de service public ». Cette soumission à des procédures n'étant pas requise par le droit communautaire mais étant bien une initiative interne, le législateur a limité au maximum les contraintes pesant sur les cocontractants, tant que les objectifs de la loi – et notamment la lutte contre la corruption – semblaient pouvoir être atteints. Or, comment ne pas constater que ce « minimum » de procédures s'est traduit par la mise en place d'une publicité des futures délégations et plus précisément l'obligation d'un « avis d'appel à la concurrence » de la part de l'autorité délégante. Le choix qui a été fait est donc celui d'une procédure essentiellement fondée sur la publicité afin de répondre à l'objectif d'égalité d'accès à ces contrats, alors même que le choix final de la collectivité se fait sans que la procédure de sélection soit contraignante⁹⁰.

Outre le fait que le législateur lui-même faisait nettement le lien entre le principe d'égalité d'accès et la publicité, rappelons que le Conseil constitutionnel l'a exprimé de manière on ne peut plus claire dans sa décision du 20 janvier 1993⁹¹ en estimant « que la procédure de publicité préalable prévue à l'article 38 de la loi qui a précisément pour objet de favoriser un égal accès à l'octroi de délégations de service public n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ».

c) Exemples de mise en œuvre dans le droit communautaire

827. Les procédures de publicité, qui sont la marque la plus essentielle du principe de l'égalité d'accès, se rencontrent aussi en droit communautaire. Elles font bien évidemment partie, et selon plusieurs modalités, de la panoplie des procédures dans le cadre de la passation des marchés ; elles sont même le centre de la procédure de passation des concessions de travaux publics de la directive 2004/18 comme elles l'étaient de la directive 93/37.

828. Dans le cadre des marchés publics, les différentes directives mettent en place des procédures de publicité au niveau communautaire⁹². Ces dernières comportent notamment deux étapes afin de renforcer l'effectivité de l'égalité d'accès aux marchés : d'abord un avis de pré-information qui est une forme de publicité de la future publicité, ensuite la publicité elle-même avec les éléments utiles afin de répondre effectivement à l'offre. Ces dispositions ont notamment été transposées en droit interne dans les actuels

⁹⁰ Cette procédure de simple publicité fondée sur la seule *égalité d'accès* doit elle même respecter l'*égalité de traitement* durant la *passation* entre les candidats (*cf. infra*), que cela soit dans le cadre de l'admission à présenter une offre qui se fait par la commission de l'article L. 1411-5 pour les collectivités locales, pour les demandes des offres, pour l'analyse des offres par la même commission ou dans le cadre des négociations engagées par la collectivité ou l'État.

⁹¹ Décision n° 92-316 du 20 janvier 1993, rec. 1993 p. 14 ; *RFDA*, 1993 pp. 902-920, note D. POUYAUD intitulée « Concurrence, transparence et libre administration » ; *LPA*, 2 juin 1993, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFDC*, 1993 p. 375, note L. FAVOREU

⁹² *Cf.* notamment les articles 11 et suivants de la directive 93/37 du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* ; les articles 9 et suivants de la directive 93/36 du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture* ; et les articles 15 à 22 de la directive 92/50 du 18 juin 1992 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services*.

articles 39 et 40 du Code des marchés publics qui prévoient aussi bien la publicité interne que celle communautaire⁹³. À cela il faut ajouter les autres mesures spéciales de publicité, par exemple les « avis pour douze mois »⁹⁴ ou les modalités de publicité pour les marchés négociés ou restreints⁹⁵.

829. Pour ce qui est des concessions de travaux, elles ont été incluses dans le champ d'application de la directive⁹⁶, et soumises elles aussi au minimum de procédures possibles afin de mettre en œuvre le principe d'égalité d'accès, à savoir une partie des procédures de publicité prévues pour les marchés publics⁹⁷, et l'on a vu que les marchés de ces concessionnaires devaient eux-mêmes respecter ce minimum de publicité dans la mesure du possible⁹⁸.

D'autres dispositions issues des directives permettent de mettre en avant le souci d'une égalité d'accès aux marchés publics. Il en est notamment ainsi, *a contrario*, des dispositions permettant de ne pas respecter une égalité parfaite entre les candidats, par exemple en posant une restriction d'accès aux candidats n'ayant pas payé leurs cotisations sociales⁹⁹ ou à ceux ayant commis un délit ou une faute professionnelle grave¹⁰⁰. Si la

⁹³ L'avis de préinformation prévu par les directives communautaires a été à l'origine de développements contentieux à propos de son caractère obligatoire. L'arrêt CE 19 novembre 2003 *Ville de Nîmes c/ Sté Dalkia France*, req. n° 257100 a d'abord estimé que l'annulation de l'article 39 par l'arrêt CE du 28 avril 2003 *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers*, req. n° 237717 n'avait été que partielle. De plus, ce qui va parfaitement dans le sens d'une reconnaissance de l'égalité d'accès à la commande publique comme un principe général, le Conseil d'État précise que : « *L'envoi d'un avis de préinformation pour les marchés entrant dans les prévisions du I de l'article 39 [...] constitue [...] une obligation générale à laquelle sont soumis ces marchés* » et que « *ces dispositions, en tant qu'elles renforcent les règles de publicité [...] contribuent aux objectifs de cette directive [du 18 juin 1992]* », le Commissaire du gouvernement G. LE CHATELIER insistant par ailleurs sur ce caractère obligatoire (cf. MBTP du 12 décembre 2003, supplément détachable). Pourtant, cette position n'étant pas celle de la Cour de justice des communautés européennes telle qu'elle est précisée dans l'arrêt du 26 septembre 2000 *Commission c/ France, Région Nord-Pas-de-Calais et département du Nord*, aff. C-225/98, rec. 2000, p. I-7445 ; le Code des marchés publics de 2004 revient sur la jurisprudence du Conseil d'État et précise aujourd'hui que « *L'envoi de cet avis n'est obligatoire que lorsque la personne responsable du marché a recours à la faculté de réduire le délai de réception des offres conformément aux articles 57 II, 62 II et 65* ». Sur la situation avant le code de 2004, cf. S. DELUZ, « Du caractère obligatoire ou facultatif de la préinformation », MBTB, 12 décembre 2003 pp. 88-89

⁹⁴ Cf. art. 40-I al. 2 du Code des marchés publics.

⁹⁵ Cf. par exemple l'article 12 de la directive 93/37 du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*

⁹⁶ Cf. l'exposé des motifs de la directive 93/37 du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* qui précise que « *considérant que, compte tenu de l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et de leur nature spécifique, il est opportun d'inclure dans la présente directive des règles de publicité en la matière* ».

⁹⁷ L'article 3-1 de la directive 93/37 dispose que : « *Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux publics, les règles de publicité définies à l'article 11 paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13 et à l'article 15 sont applicables à ce contrat lorsque sa valeur égale ou dépasse 5 000 000 d'écus* »

⁹⁸ Articles 3-3 et 3-4 de la directive 93/37, prescrivant cette procédure aussi bien lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur que quand il n'en est pas un.

⁹⁹ « *qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations sociales selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur* » Article 20 point e) de la directive 93/36/CEE, article 24, point e), de la directive 93/37/CEE, auxquels fait référence l'article 31, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE, et l'article 29, point e) de la directive 92/50/CEE.

Commission met en avant ces exceptions, c'est bien qu'elle entend qu'en dehors de ces cas une stricte égalité d'accès soit respectée entre les soumissionnaires.

830. Dans le cadre d'une notion juridique de commande publique, le *principe de l'égalité d'accès* peut assurément être généralisé à l'ensemble des contrats relevant de la notion. De la même manière qu'il fonde aujourd'hui l'existence des procédures et le contenu même d'une partie d'entre elles, il pourra justifier non seulement les cas dans lesquels l'ensemble du droit de la commande publique sera soumis à des procédures, mais aussi, au contentieux, être le moyen qui servira à de fondement direct à la sanction d'un contrat « de la commande publique » ou ses actes détachables.

2) Un principe d'ores et déjà d'effet direct

831. Le principe d'égalité d'accès à la commande publique ne se contente pas de justifier l'existence de procédures et de fonder certaines d'entre elles, il reste un principe reconnu en lui-même et pouvant, à lui seul, fonder des solutions en droit. On peut ainsi lui reconnaître un double rôle, d'une part en matière de sanction directe des actes détachables ou du contrat lui-même (a), d'autre part en matière de sanction ou d'interprétation des textes imposant les procédures (b).

a) *Égalité et sanction directe de la procédure de passation*

832. Le recours contre les actes détachables du contrat – ou contre le contrat lui-même lorsque cela est possible¹⁰⁰ – peut bien entendu être fondé sur les *illégalités de la procédure* de passation. La plupart du temps, c'est l'absence d'une formalité substantielle qui ouvre droit à une annulation. Pourtant, *lorsqu'il n'y a pas de procédure obligatoire* ou lorsque ces procédures ne permettent pas l'annulation recherchée, les requérants peuvent invoquer *directement* les principes du droit de la commande publique dont fait partie le principe de l'égalité d'accès.

Ce moyen est voué à se développer dans le cadre d'une notion large de « commande publique » puisque, si une partie des contrats que regroupera cette

¹⁰⁰ Exclusion d'un soumissionnaire « qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de la chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle » ou « qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier ». Article 20, points c) et d) de la directive 93/36/CEE, article 24, points c) et d) de la directive 93/37/CEE, auxquels fait référence l'article 31, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE, et l'article 29, points c) et d) de la directive 92/50/CEE. Cf. aussi *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés* (2001/C 333/08) COM(2001) 566 final, JOCE du 28/11/2001

¹⁰¹ Sur ce point, on ne saurait se faire une opinion sans référence à la thèse de D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Préf. de P. WEIL, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 158, 1991 et ses suites, notamment D. POUYAUD, note sous CE 27 novembre 1996, *Cne de Moulin c/ Mme Henriques, RFDA*, 1997, n° 2 p. 335.

qualification juridique n'est pour l'heure soumise à aucune procédure formalisée, leur inclusion dans cette catégorie juridique les soumettra expressément – même s'ils le sont à notre avis déjà de manière non formelle – aux principes de la commande publique. Par ailleurs, dans le cadre des contrats soumis à des procédures obligatoires, rien n'empêche de soulever devant le juge une atteinte aux principes de la commande publique, en complément ou en remplacement de moyens fondés sur le non-respect de la procédure.

La jurisprudence a d'ores et déjà accepté les moyens fondés sur les principes, tant dans le cadre des marchés publics que dans celui des délégations de service public. Les référés précontractuels¹⁰² sont notamment source d'un contentieux intéressant à cet égard. Une ordonnance du Tribunal administratif de Besançon de 1994¹⁰³ considère ainsi que s'il y a référence à une norme technique dans le règlement d'appel d'offres, mais que l'entreprise choisie n'est pas titulaire de la qualification en cause, alors que certains des requérants évincés le sont, la commission qui a fait le choix « a violé le principe d'égalité entre les candidats à un appel d'offres ». Le Conseil d'État¹⁰⁴ a pour sa part estimé qu'une entreprise ayant participé à un marché conclu pour assister un responsable public de projet informatique, et ainsi participé à la définition des besoins, pouvait éventuellement, si la quantité et la qualité des informations qu'elle avait pu collecter durant cette première phase était faible, participer à l'appel d'offres du marché définitif sans « porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats ». Si le Conseil d'État utilise ici le terme d'*égalité de traitement*, c'est vraisemblablement au sens communautaire puisqu'il s'agit clairement d'une atteinte à l'égalité d'accès au marché¹⁰⁵. Remarquons que si ces solutions paraissent logiques, elles démontrent une conception large du texte même de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Celui-ci dispose en effet que le juge des référés¹⁰⁶ est saisi des « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence », ce qui pourrait laisser à penser que le juge ne devrait se référer qu'aux procédures de passation, qui sont la forme que prennent les « obligations » de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'État estime de manière plus large que les « principes » comme l'égalité d'accès font partie de ces « obligations », solution à laquelle on ne peut qu'adhérer et qui va dans le sens de l'efficacité contentieuse des principes de la commande publique.

833. Pour ce qui concerne les délégations de service public, l'ordonnance prise à la suite d'un référé précontractuel par le tribunal administratif de Paris dans l'affaire du Stade de France¹⁰⁷ doit aussi être comprise comme ouvrant la possibilité de sanctionner la

¹⁰² Issus des anciens articles L. 22 et L. 23 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, devenus L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative.

¹⁰³ TA Besançon, 14 avril 1994, *Groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagne*, RFDA 1994 pp. 747-755, concl. F. MALLOL

¹⁰⁴ CE 29 juillet 1998, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Sté Génicorp*, req. n° 177952, *Dr. Adm.* 1998, n° 304, obs. DELELIS ; *BJCP* n° 1, 1998 p. 104, brèves par CH. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ

¹⁰⁵ Les visas ne contiennent aucun texte régissant la commande publique, ni internes ni communautaires.

¹⁰⁶ Pour cet article le « président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue »

¹⁰⁷ Ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fongerolle, SPIE Citra*, *AJDA*, 1995, pp. 147-153, note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES

passation du contrat pour « *non-respect de l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation* ». Si en l'espèce la solution du tribunal administratif n'a pas été dans ce sens, c'est bien la reconnaissance d'un principe directement sanctionnable qu'opère cette ordonnance.

834. En dehors des référés, on retrouve des références à l'égalité d'accès, plus ou moins présentée comme principe, dans d'autres jurisprudences. Ainsi, dans un arrêt du 27 juillet 2001 *CAMIF*, le Conseil d'État¹⁰⁸ analyse le décret attaqué en considération des « exigences de l'égal accès aux marchés publics ». Certes, la portée de cet arrêt est limitée dans la mesure où l'égalité d'accès n'est pas posée comme un principe et où, on le constate à la lecture de l'arrêt, l'égal accès n'est en l'espèce considérée que comme une exigence liée au principe de la libre concurrence issue du droit communautaire¹⁰⁹. Pourtant, cet arrêt montre que le juge administratif n'est en rien opposé à l'utilisation d'un principe d'égal accès comme moyen de sanction directe d'une procédure.

Le principe de *l'égal accès à la commande publique*, sans être actuellement reconnu par le juge administratif comme un principe à part entière, devrait, à la suite de sa reconnaissance par le Conseil constitutionnel, permettre une sanction des contrats ou de leurs actes détachables sans qu'il y ait non-respect d'une procédure formelle. Cette sanction « directe » des actes détachables du contrat fondé sur une atteinte au principe par le commanditaire permettrait d'éviter d'atteindre « l'objectif » d'égalité en développant les procédures lourdes. Il reste que son rôle ne se limitera pas à cela, il permettra aussi une sanction ou une interprétation des textes mettant en place des procédures.

b) Égalité et sanction ou interprétation des textes mettant en place des procédures.

835. Les procédures de passation des marchés doivent respecter l'égalité d'accès, ce qui est spécialement utile pour les cas où aucune procédure n'est définie par les lois et règlements ; mais l'égalité d'accès doit avant tout être respectée par les textes mettant en place des procédures. Plus encore, l'égalité d'accès permet de servir de grille d'interprétation à ces textes, comme elle devrait – ou qu'elle a – servi de grille à leur rédaction.

836. Pour ce qui concerne le rôle de l'égalité d'accès dans la sanction, par le juge, des textes mettant en place des procédures de passation, l'intérêt est évidemment de servir la cohérence textuelle du droit de la commande publique. La valeur constitutionnelle du principe permet ainsi de sanctionner aussi bien des textes législatifs lorsque la loi est transmise au Conseil constitutionnel que des actes administratifs devant le juge administratif. Cette volonté de sanctionner directement des textes sur le fondement de ce principe, si elle n'est pas courante, est notamment advenue avec l'arrêt *M. Guivarc'h* du

¹⁰⁸ 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. BERGÉAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60.

¹⁰⁹ L'arrêt utilise de surcroît sur le texte de l'article 90 du Traité CEE (devenu 86 du Traité CE) pour fonder textuellement l'existence de ces « exigences de l'égal accès ».

5 septembre 2001¹¹⁰. Dans cette espèce, le Conseil d'État a estimé que le décret précisant les conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique et technologique ou d'enseignement supérieur pouvaient fournir des moyens de fonctionnement à des entreprises ou des particuliers – ce qui s'analyse comme des marchés publics – n'était pas contraire au « principe d'égalité de traitement ». Les moyens invoqués étant tirés du droit communautaire, il s'agit en réalité ici d'une atteinte à l'égalité d'accès¹¹¹, cette dernière étant par conséquent étendue au bénéfice des personnes publiques. L'arrêt a donc conclu que le décret n'était pas en contradiction avec le principe d'égalité d'accès, les personnes publiques n'ayant aucune raison, par leur nature, de se voir interdire la réalisation de prestations de services.

837. Le second rôle du principe d'égalité d'accès est l'interprétation des dispositions textuelles, par le juge ou par les administrateurs eux-mêmes. Ce que l'on peut appeler la « conciliation » des textes avec les principes généraux est même un des fondements du droit administratif français puisque c'est dans un arrêt *Dugave et Bransiet c/ Commune de Caluire, le département du Rhône et l'État* du 8 février 1873 que le Tribunal des conflits a considéré qu'« *il y a lieu d'interpréter et d'appliquer, en les conciliant avec les principes généraux du droit, ces lois ou ces règlements* »¹¹². On remarquera avec intérêt et plaisir que cet arrêt a été pris à la même date que l'arrêt *Blanco* qui contient lui aussi le verbe « concilier »¹¹³ ; le droit administratif serait-il un droit de la conciliation ? Pour ce qui est de la conciliation du principe d'égalité d'accès avec les textes, on peut facilement comprendre que le principe qui transcende un texte soit aussi recherché lors de l'interprétation de ce texte. Il s'agit là en quelque sorte une interprétation téléologique extrême puisque le principe va être recherché alors que ce n'est pas forcément lui qui aura fondé l'intention du pouvoir réglementaire ou du législateur.

838. Pour ce qui est de la référence au principe « *d'égalité d'accès à la commande publique* », on en a vu une application comme source d'interprétation d'un texte dans l'arrêt

¹¹⁰ CE Sect. 5 septembre 2001, *M. Guivarc'h*, req. 225473. Cet arrêt est inédit au recueil Lebon mais figure deux fois sur le site *Légifrance* : une fois sous son véritable nom et indiqué comme publié au Lebon, et l'autre fois de manière anonyme et indiqué comme inédit au Lebon. Le requérant voudra bien nous pardonner de mettre ici son patronyme, le publiciste y est habitué et désincarne l'arrêt tout en rendant hommage à celui qui a bien voulu faire avancer sa science.

¹¹¹ On a vu qu'en droit communautaire, l'égalité de traitement comprenait aussi bien ce que le droit interne appelle l'égalité de traitement [sous-entendu des offres] que l'égalité d'accès.

¹¹² TC 8 février 1873 *Dugave et Bransiet c/ Commune de Caluire, le département du Rhône et l'État*, rec. 1^{er} suppl. p. 70, Spé. 75. « *que ce sont aussi des lois spéciales et des règlements administratifs qui déterminent la distribution des pouvoirs et des attributions, l'organisation et la répartition des services, la hiérarchie, le contrôle et la surveillance des fonctionnaires, des agents ou des employés, et que, pour reconnaître dans quels cas l'État peut être déclaré responsable et quelle est la mesure de sa responsabilité, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer, en les conciliant avec les principes généraux du droit, ces lois ou ces règlements, et de les contrôler, au point de vue de la responsabilité générale de la nation, les actes des autorités diverses sous la direction desquelles les services publics sont placés ;* »

¹¹³ TC 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1^{er} suppl. p. 61, *GAJA*, n° 1 : « *Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ».

du Conseil d'État *SMITOM* du 30 juin 1999¹¹⁴. Il s'agissait en l'espèce de savoir si la personne publique pouvait, ou non, choisir librement le nombre des personnes admises à concourir à une délégation de service public après avoir reçu les réponses à l'avis d'appel public à la concurrence. Le syndicat mixte avait en effet choisi quatre candidats alors que l'avis d'appel d'offres ne faisait pas référence à un nombre limité de candidats. Le Conseil d'État a substitué les motifs de l'ordonnance L. 22 attaquée et rejeté la requête en estimant que le texte de l'article L. 1411-1 du CGCT ne permettait pas une présélection des candidats qui répondaient aux critères posés par l'avis d'appel public. Si l'arrêt n'utilise pas le terme d'égalité d'accès à l'octroi de la délégation, les conclusions du commissaire du gouvernement C. BERGEAL montrent que c'est bien ce principe qui a fondé l'interprétation du texte, et ce, alors même que les travaux parlementaires montrent clairement que l'intention du législateur était de laisser plus de latitude à la personne publique passant le marché¹¹⁵. En se fondant sur la théorie de l'interprétation du président R. ODENT, le commissaire considère que le texte du décret n'est pas « clair »¹¹⁶ et qu'il ne faut donc pas se fonder sur lui mais plutôt sur son esprit ; elle va au contraire rechercher l'esprit du texte, esprit qu'elle va trouver non dans les travaux parlementaires qui sont « trop loin de la disposition à appliquer », mais dans une solution médiane qui correspond justement à l'application du principe d'égalité d'accès.

839. Conclusion du paragraphe : Comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport de 1996, Aristote disait que « le juste est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte le principe d'égalité »¹¹⁷. Il n'est pas exagéré nous semble-t-il de rapprocher les rôles du principe d'égalité d'accès avec cette réflexion de l'auteur de *l'Éthique à Nicomaque* : c'est lui qui fonde les textes et qui en détermine en partie le sens – et en cela il contribue au « juste » – mais c'est aussi ce principe même qu'il convient d'appliquer, non seulement quand il n'y a pas de textes mais aussi quand le texte lui-même ne respecte pas le principe.

¹¹⁴ CE 30 juin 1999, *SMITOM* (*syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*) ; rec. p. 229 ; req. n° 198147 ; *Dr. Adm.* 1999, n° 246 ; *AJDA*, 1999, p. 714, concl. C. BERGEAL, note J.-M. PEYRICAL ; *CJEG*, 1999 p. 344, concl. C. BERGEAL ; *RFDA.*, 1999, p. 1147, note L. VIDAL ; *LPA*, 28 févr. 2000 p. 10, note C. BOITEAU

¹¹⁵ Cf. notamment *AJDA* 1999 p. 720

¹¹⁶ R. ODENT, *Contentieux administratif*, 6^e ed. 1977-1981, *Les cours du Droit*, Mme BERGEAL cite les pp. 444 et 445, on peut y ajouter les pages 449 à 470 dans lesquelles le Président R. ODENT précise les méthodes d'interprétation des textes « obscurs », dont, p. 452 à 458 la référence aux « principes du droit ». Il y précise que « la logique juridique veut que le texte [...] s'insère aussi harmonieusement que possible dans un ensemble juridique [...] le législateur [...] doit être réputé avoir voulu respecter les principes du droit [...] »

¹¹⁷ *EDCE* 1996 *Sur le principe d'égalité*, pp. 84-85. Aristote donne deux conditions de l'équité – qui correspond à ce que l'on appelle aujourd'hui l'égalité devant la loi – : une condition procédurale de respect des actes de l'autorité publique et une condition d'égalité comme principe applicable à tous, non seulement sans loi mais éventuellement contre la loi, contre son caractère fictivement universel.