

LES PRINCIPES ISSUS DU DROIT DE LA CONCURRENCE, DEUXIÈME SOURCE DES PROCÉDURES DE PASSATION

862. Il serait assurément paradoxal de vouloir traiter des principes de la commande publique sans déterminer dans quelle mesure ce droit si marqué par des procédures de mise en concurrence n'est pas fondé sur les mêmes principes libéraux que ceux reconnus dans le droit de la concurrence. Étonnamment, la référence à ces principes – par ailleurs difficiles à cerner et à agencer entre eux – n'est pas retenue par le Conseil constitutionnel qui se fonde principalement sur le principe d'égalité pour justifier

¹⁵³ Art 19 : « *Sanf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* ». Cet article est identique dans les versions du Code des marchés publics du 7 mars 2001 et du 7 janvier 2004. Pour une application dans le cadre du droit antérieur à ces codes cf. à propos d'un contrat d'affermage TA Grenoble 7 août 1998, *M. Bernard Betto*, req. 96-1778 et *M. Bernard Betto et autres*, req. 96-2133 et autres, *BJCP* 1998, p. 181-190, concl. CH. CAU, obs. CH. MAUGÜÉ ; *Dr. Adm.* 1998, comm. N° 303, note C. DEVÈS. Sur le régime juridique des avenants et leur spécificité en tant que contrat, ainsi que « *l'émergence d'un régime spécifique de passation des avenants* », cf. E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA*, 1998, n° 10 pp. 760-766.

¹⁵⁴ La solution prévalait aussi avant le nouveau Code des marchés publics, cf. CE 22 juin 1998 *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. 173.025, *BJCP* 1998, n° 1 p. 36, concl. C. BERGEAL. Cet arrêt précise que les avenants dont le montant est très limité et qui ont le même objet que le marché initial ne bouleversent pas l'économie générale du contrat et ne sont par conséquent pas soumis à une mise en concurrence préalable. Il s'agit ici d'une preuve *a contrario*.

¹⁵⁵ Cf. notamment CE 30 janvier 1995, *Sté Viafrance*, *RDI* 1995, p. 318, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE

¹⁵⁶ Notons toutefois que l'avis de la commission n'est pas liant dans le vote de l'assemblée.

¹⁵⁷ Cette disposition s'applique en effet lorsqu'un avenant dépasse les 5% du marché initial et est en dessous de 15 % de celui-ci auquel cas il est illégal, par application cumulée des deux règles précitées.

l'existence des procédures de passation. Cette référence ne correspond pourtant pas parfaitement aux justifications retenues actuellement par les textes eux-mêmes. Au plan communautaire surtout, et au plan national dans une mesure moindre, ce sont les bienfaits du libéralisme qui sont recherchés. La « main invisible » d'Adam SMITH devant normalement permettre le meilleur achat au meilleur prix¹⁵⁸.

Le caractère politique de ces principes libéraux, le fait de renvoyer à ce qui apparaît à certains comme un modèle de société justifie vraisemblablement que le juge constitutionnel évite autant que possible d'y faire référence¹⁵⁹. Il suffit pour s'en convaincre de voir les commentaires doctrinaux passionnés qui ont été écrits après la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la liberté d'entreprendre à propos de la loi sur les nationalisations¹⁶⁰. Le juge administratif a depuis longtemps trouvé une solution à cette difficulté en faisant référence en général à la « liberté du commerce et de l'industrie » ou, notamment en notre matière, à un principe de « libre concurrence », ce dernier étant d'ailleurs fondé sur les textes propres aux marchés publics. L'évolution du droit de la commande publique a pourtant été parallèle sur ce point à celui du droit de la concurrence, avec un changement relativement profond de l'appréciation de ce principe, au départ centré sur la seule idée de liberté et ensuite reconsidéré à l'aune du principe d'égalité. (§ 1^{er}). Cette évolution nous permet aujourd'hui de considérer ce principe de libre concurrence comme l'un des fondements du droit de la commande publique, non seulement pour ce qui concerne la justification des procédures de passation mais aussi en dehors de procédures formalisées. On en retrouve les principales marques d'une part lorsque les personnes publiques répondent à l'appel à la concurrence d'une autre personne devant passer des contrats de la commande publique, et d'autre part lorsque ces « adjudicateurs » passent eux-mêmes un tel contrat. (§ 2^e).

¹⁵⁸ Cf. Adam SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, traduction de Rosalind GREENSTEIN, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, PUF 1995, 4 Vol. Voir aussi pour une analyse plus synthétique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy et Puf, 2003, V^o *Libéralisme* par L. JAUME. Cf. *supra*.

¹⁵⁹ Cf. l'article de G. PARLEANI, in *Les libertés économiques*, sous la direction de G. DRAGO et M. LOMBARD, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur, Paris, 2003, pp. 97-103 dans lequel l'auteur insiste sur le « mal être » du droit français face aux principes du droit de la concurrence, à propos duquel il note la confusion qui est faite entre l'économique et le social, l'incompréhension du droit français face au lien entre l'efficacité économique et l'intérêt général alors que le premier participe du second, et enfin les combats à retardements, notamment autour de la notion de « service public à la française ».

¹⁶⁰ Décision n^o 81-132 DC du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation*, 16^e considérant, Rec. 1982, p. 18 ; RJC, p. I-104 ; J.O. 17 janvier 1982, p. 299. cf. par exemple R. DRAGO, « Nationalisation et Constitution », *Economica – PUAM*, 1982, p. 59 ; J. RIVERO, « Ni lu, ni compris ? », *AJDA* 1982 p. 209 ; R. SAVY « La constitution des juges », *Dalloz* 1983, chr. p. 105 ; L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 377-420. Le débat entre les « politistes » et les « constitutionnalistes » n'a pas été moins violent qu'entre les constitutionnalistes eux-mêmes : cf. John.T.S. KEELER, « Journal. Confrontation juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au gouvernement socialiste comparé à la Cour Suprême face au New Deal », *Pouvoir*, 1985, n^o 35 p. 133-148 spé. p.140 ; B. FRANÇOIS, « Le juge, le droit et la politique », *RFDC*, 1990, p. 49.

§ 1^{er} : L'évolution du principe de libre concurrence

863. La libre concurrence contient, dans son nom même, une référence au principe de liberté. Elle semble en être une des formes, comme le sont aussi la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'entreprendre, même si ces dernières en sont, peut-être, des émanations plus directes. Les jurisprudences rendues en matière de droit de la concurrence – et le droit des marchés publics a suivi sur ce point la même évolution – ont ensuite interprété ce principe comme obligeant non seulement une *liberté de concurrence* mais aussi une *égalité dans* cette concurrence. On peut, sans forcer le trait, dire que l'on est passé d'une « *obligation de moyens* » consistant à laisser libres les opérateurs économiques sur le marché (A), à une « *obligation de résultat* » contraignant la personne publique à garantir l'effectivité d'un marché concurrentiel, quitte à devoir le créer dans le cas de la commande publique (B).

A) De la concurrence libre...

864. Le principe de la « libre concurrence » a été reconnu en droit public, droit pourtant historiquement plus fondé sur la puissance publique et le service public, deux notions réticentes à ce que l'on appelle parfois la « commercialité » (1). Il a peu à peu été précisé et rattaché aux autres principes concurrentiels (2).

1) La reconnaissance

865. L'idée de concurrence transcende le droit des marchés publics et c'est sa prégnance qui conduit en grande partie à ce que le champ d'application de la commande publique se soit étendu. On peut même raisonnablement penser, comme d'autres auteurs¹⁶¹, que la libre concurrence est sortie de la sphère du droit commercial pour entrer dans le droit public par le biais des marchés publics. C'est au moins ce que tendrait à prouver l'arrêt du Conseil d'État du 9 janvier 1868 *Servat* aux conclusions AUCOC¹⁶². Cet arrêt plus connu pour être le véritable premier arrêt – et au moins le plus clair¹⁶³ – ouvrant un recours aux participants évincés d'une passation contre l'adjudication, contient en effet une référence directe à la « *libre concurrence qui doit exister entre les soumissionnaires* »¹⁶⁴. En

¹⁶¹ Cf. sur ce point D. LINOTTE, « Le droit public de la concurrence », *AJDA* 1984 pp. 60-67

¹⁶² CE 9 janvier 1868 *Servat*, rec. p. 12 avec les conclusions L. AUCOC en note au *Lebon*.

¹⁶³ Cf. première partie

¹⁶⁴ « *Considérant [...] que le non accomplissement de cette formalité [l'obligation d'avoir élu domicile dans la commune pour soumissionner] n'avait d'importance ni au point de vue de la libre concurrence qui doit exister entre les soumissionnaires, ni au point de vue de la bonne exécution de l'entreprise* ». Notons que par ce considérant, le Conseil d'État reconnaît, d'une part que certaines formalités ne sont pas essentielles (celles qui ne portent pas atteinte à la libre concurrence ou qui n'empêchent pas la bonne exécution contractuelle) et, d'autre part, que la jurisprudence est déjà réticente à cette époque à favoriser les marchés dans lesquels un critère de localité serait exigé.

application de cet arrêt, le Conseil d'État a, en 1926¹⁶⁵, annulé une adjudication en considérant que les conditions de l'adjudication portaient « atteinte à la règle essentielle de la libre concurrence »¹⁶⁶. Un arrêt de 1937¹⁶⁷ va même plus loin dans la reconnaissance d'une libre concurrence dans le cadre spécifique des marchés publics en estimant que l'obligation d'avoir recours à la technique du béton armé et de voir ses plans validés par une société experte ne portait pas « atteinte au principe de la libre concurrence ni à la liberté du commerce et de l'industrie ». L'intérêt de cet arrêt réside non seulement dans ce considérant mais aussi dans les visas qui font référence non seulement à la loi des 2-17 mars 1791 qui fonde la liberté du commerce et de l'industrie, mais surtout à l'ordonnance du 14 novembre 1837¹⁶⁸ qui fonde les procédures de passation des marchés des communes et établissements de bienfaisance. Il semble que l'on puisse, sans trahir les intentions des juges, interpréter cet arrêt comme fondant l'existence même du principe de libre concurrence sur l'ordonnance de 1837¹⁶⁹.

866. La référence aux textes n'est d'ailleurs pas illogique. Si l'on s'en réfère aux dispositions de l'ordonnance des 4-7 décembre 1836 *Portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*¹⁷⁰, c'est bien l'idée d'une concurrence qui est partiellement recherchée dans la généralisation de l'adjudication à tous les marchés de l'État¹⁷¹. Certes, on ne saurait penser qu'il s'agit à l'époque de faire respecter à tout prix ce principe comme une règle

¹⁶⁵ Cf. CE 24 décembre 1926 *Société anonyme l'Entreprise de l'Est*, rec. p. 1172. Il s'agissait en l'espèce de l'annulation d'une décision du bureau d'adjudication qui avait modifié l'offre d'une des entreprises en retirant une réserve de responsabilité « pour imprévu » contraire au cahier des charges, cela après l'ouverture des plis, donc après la date limite de dépôt des offres.

¹⁶⁶ Il faut noter que si le motif invoqué par le Conseil d'État est celui de l'atteinte à la libre concurrence, les faits de l'arrêt nous font penser que l'illégalité résulterait plus aujourd'hui d'une atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

¹⁶⁷ CE 10 mars 1937 *Société Robiou du Pont et Henri Martin*, rec. p. 294

¹⁶⁸ Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837 *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. Ordonnance absente du DUVERGIER (mais indiquée dans la troisième partie du tome 37 de celui-ci comme ayant été volontairement écartée de ce Recueil malgré son insertion au Bulletin p. 437). Les procédures de cette ordonnance sont manifestement héritées de celles prévalant dans un décret du 10 brumaire An 14 *Concernant les travaux qui s'exécutent au compte des hospices et des établissements de charité* (IV^e série, bull. 63 n° 1101), ainsi que d'un décret du 17 juillet 1808 qui a étendu aux communes les dispositions du précédent décret.

¹⁶⁹ C'est d'ailleurs ce que fait un l'arrêt CE 22 octobre 1958, *Sieur Gambéroni*, rec. p. 494. L'arrêt précise « Considérant que si, en vertu de l'article 7 de l'ordonnance du 14 novembre 1837[...] dans les adjudications publiques un pli fixant un maximum de prix ou un minimum de rabais arrêté d'avance par l'autorité qui procède à l'adjudication doit être déposé, cacheté sur le bureau à l'ouverture de la séance, aucune disposition législative ou réglementaire n'a permis à cette autorité de fixer un minimum de prix ; qu'une telle clause, qui porte atteinte au principe de libre concurrence, ni peut valablement figurer parmi les conditions auxquelles est soumise une adjudication ».

¹⁷⁰ Ordonnance 4-7 décembre 1836 *Portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État* « Article 1 : Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article suivant (marché de gré à gré). Article 3 : Les adjudications publiques relatives à des fournitures, à des travaux, à des exploitations ou des fabrications qui ne pourraient être, sans inconvénient livrés à une concurrence illimitée, [...] ».

¹⁷¹ Le décret du 18 novembre 1882, *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État* DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 82 pp. 447-450 (XII, Bull. DCCXL, n° 12,567) D. P. 1883.4.56 ; *Code administratif Dalloz* 1926 page 273 qui remplacera le texte de 1833 et l'ordonnance de 1836 utilise aussi le terme de concurrence pour stigmatiser dans son article premier le régime qu'il décrit ensuite plus précisément : « tous les marchés de travaux, de fournitures ou transports au nom de l'État doivent être faits avec concurrence et publicité, sauf [...] »

macroéconomique qui doit, en tout état de cause, être appliquée ; la concurrence n'a encore qu'un objectif : le choix le moins cher pour la personne publique. Néanmoins, c'est bien l'idée – microéconomique cette fois-ci – que la concurrence est la pratique la plus à même de remplir le rôle qui prédomine dans le texte et dans la loi dont cette ordonnance est la mesure d'application¹⁷².

Les *Conférences* de Léon AUCOC nous permettent de dire que le droit des marchés est fondé sur la concurrence sans pouvoir être accusé de réinterpréter l'histoire, puisqu'il insiste lui-même sur ce mot de « concurrence » que l'on retrouve dans les textes que l'on vient de citer. Il montre à quel point c'est cette *idée* de concurrence – il n'aborde en effet pas cela sous l'angle des principes juridiques – qui dirige et permet de comprendre le régime posé par les textes¹⁷³.

867. Cette origine du principe de libre concurrence dans le cadre des marchés publics soulève malgré tout une légère réserve quant à sa similitude avec la libre concurrence d'aujourd'hui : il n'est à aucun moment reconnu officiellement comme un principe, le seul arrêt qui cherche à le qualifier à l'occasion de la sanction juridictionnelle d'une passation parle de « règle essentielle »¹⁷⁴ et non de « principe ». La qualité de principe ne fait pourtant pas de doute, même s'il est difficile d'en connaître la valeur exacte à cette époque. Les fondements textuels à valeur législative¹⁷⁵ nous permettent de penser qu'il s'agit plus d'un principe législatif que d'un principe général du droit, mais la référence aux lois n'étant pas constante, cette solution n'est pas certaine. En tout état de cause, le « principe » de libre concurrence permet de sanctionner une procédure et c'est certainement pour cette raison que le juge n'a pas eu besoin d'en préciser la valeur exacte, même à l'occasion de jurisprudences bien postérieures.

2) Le contenu de cette liberté et ses rapports avec les autres principes du droit de la concurrence

868. Le principe de *libre concurrence* applicable dans le cadre des marchés publics et qui se rattache à la *liberté* (a) a été rattrapé par le droit de la concurrence. Il doit être analysé au regard des autres libertés économiques (b)

¹⁷² Il s'agit de la Loi du 31 janvier 1833 *portant règlement définitif du budget de 1829*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, tome 33 p. 12 et spé p. 14 pour l'article 12 de la loi qui nous intéresse seul ici. Voir aussi : IX, Bull. LXXXIII, n° 190. Lors de la discussion parlementaire à propos de l'article qui nous intéresse, le Ministre du commerce a déclaré que les sept huitième des travaux s'exécutent par la voie de la publicité et de la concurrence.

¹⁷³ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Vve Ch. Dunod ed., 3^e ed., 1886, Tome 2^e, n° 630 p. 316.

¹⁷⁴ Il s'agit de l'arrêt CE 24 décembre 1926 *Société anonyme l'Entreprise de l'Est*, rec. p. 1172, précité note 165

¹⁷⁵ Rappelons qu'il s'agit de lois et d'ordonnances.

a) La définition de la libre concurrence du point de vue de la liberté

869. Le principe de libre concurrence est avant tout une liberté. L'idée qui prévaut est que le marché se régule de lui-même et qu'il permet à la personne publique d'avoir un prix calculé pertinemment par les opérateurs eux-mêmes, cela du simple fait qu'ils espèrent avoir le marché en fournissant la meilleure offre pour le prix le plus bas. Certes, l'adjudication, dont le principe est de se fonder sur le seul critère du prix, ne conduit pas *a priori* à avoir l'offre la meilleure – elle permet surtout d'avoir l'offre la moins chère –, mais la volonté des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires d'avoir d'autres marchés dans l'avenir les conduit à proposer une offre adaptée aux besoins de la personne publique. L'échec de l'adjudication pour avoir la meilleure offre¹⁷⁶ n'est pas venu remettre en cause le principe de libre concurrence : l'appel d'offres a été créé – certes bien plus tard¹⁷⁷ – dans le but de conserver la liberté de la concurrence tout en orientant les objets sur lesquels porterait cette concurrence : non seulement le prix mais aussi la qualité, la pérennité ou les coûts indirects d'une commande.

Il nous paraît par conséquent historiquement possible de rattacher l'ensemble des textes sur les marchés publics à un « principe » de libre concurrence qui nécessite une définition à la fois économique et relativement technique¹⁷⁸. Le professeur P. DELVOLVÉ la définit ainsi : « *Le principe de libre concurrence permet aux particuliers d'exercer leur activité dans un système de compétition qui ne doit être entravé ni par des prescriptions ni par des prestations provenant des pouvoirs publics* »¹⁷⁹. Le professeur J.-J. ISRAËL le définit pour sa part comme la « *liberté économique d'agir sur un marché concurrentiel [...] qui ne se heurte pas à la présence d'opérateurs publics*

¹⁷⁶ Essentiellement due au fait que les entrepreneurs ne cherchent en réalité qu'à baisser les coûts afin d'avoir le marché, cela soit au détriment de la qualité, soit en espérant bénéficier de suppléments de prix par avenants sous quelque prétexte fallacieux. La réalité des effets néfastes de l'adjudication étaient d'ailleurs connus bien avant sa généralisation à tous les marchés au premier tiers du XIX^e siècle. En témoigne par exemple la lettre de VAUBAN du 17 juillet 1683 et écrite à LOUVOIS (François-Michel LE TELLIER de LOUVOIS, Ministre d'État à la guerre et membre du Conseil de Louis XIV) que le professeur S. BRACONNIER a mis en avant-propos de son manuel *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie Nationale coll. *Essentiel expert*, 2002, p. 9. Notons que cette lettre, existe, à l'identique sauf un membre de phrase, du même VAUBAN mais datée du 17 septembre 1685 de Belle-Isle-en-Mer, lettre dont l'original est détenu par le ministère de la Défense, service historique de l'armée de Terre, (extrait du F* 33 F, mémoire de Vauban sur Belle-Isle-en-Mer). Ce manuscrit est par ailleurs reproduit dans le numéro 229 de la revue *Marchés publics*, de octobre-novembre 1987.

¹⁷⁷ La première réglementation nationale mettant en place l'appel d'offre est un décret du 6 avril 1942 (et plus particulièrement ses articles 20 et 21), décret remplacé par le décret n° 56-256 du 13 mars 1956 *réforme du régime des marchés de l'État* qui mettra l'appel d'offre comme deuxième procédure de droit commun à égalité avec l'adjudication (ce décret annulant par ailleurs les dernières références au décret du 18 novembre 1882). Cf. *AJDA* 1956 III p. 21 ; A. de LAUBADÈRE, « La nouvelle réglementation des marchés de l'État », *RDJ* 1958 n° 1 ; A. COUTAUD, « La réforme de la réglementation des marchés publics », *RA* 1957 p. 126. Rappelons enfin que depuis le Code des marchés publics de 2001, la notion d'adjudication a disparu du code.

¹⁷⁸ Les libertés publiques en matière économique n'ont fait l'objet que de très peu nombreuses définitions, elles sont la plupart du temps soit exclues, soit rapidement évoquées par les manuels de droits fondamentaux. Seuls les manuels de droit public économique s'y attardent quelque peu. Sur ce curieux manque d'intérêt, cf. V. DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, Thèse 2002, dactylographiée, pp. 10 et 11. La place de la libre concurrence n'est par ailleurs pas exclusive de celle de l'égalité dont nous avons montré la place dans la première section.

¹⁷⁹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. *Précis*, 1998 n° 92 p. 115

jouissant de prérogatives particulières »¹⁸⁰, mais il va déjà plus loin et analyse ce principe au moins autant comme une *liberté* que comme une *égalité*¹⁸¹.

870. L'idée de *liberté* qui prédomine dans la *liberté de la concurrence* a pour conséquence que les personnes publiques ne doivent pas aller contre le jeu normal du marché. On ne peut que remarquer l'apparente contradiction qui existe entre ce principe et l'existence même des procédures de passation. Comment en effet justifier qu'il existe des procédures de passation alors que justement elles viennent « entraver par des prescriptions »¹⁸² les activités des opérateurs économiques que sont les entreprises répondant à un marché public. Dans cette optique, non seulement la libre concurrence ne justifie pas l'existence des procédures comme nous semblons le dire, mais en plus elle vient s'y opposer. C'est qu'en réalité, les procédures ne viennent pas « entraver » la concurrence mais l'organiser, la « réguler » si l'on veut prendre un terme plus moderne.

b) Le rattachement de la libre concurrence aux autres principes du droit de la concurrence

871. Cette *libre concurrence* que l'on rencontre dans le cadre des marchés publics a ensuite été rapprochée d'autres principes du droit public de l'économie qui se trouvent, eux aussi, être des expressions particulières du principe de liberté : la *liberté d'entreprendre* et la *liberté du commerce et de l'industrie*. S'il est difficile de savoir quel principe est supérieur ou le corollaire de tel autre¹⁸³, les liens entre ces libertés ne font aujourd'hui aucun doute.

a) Le rattachement de la libre concurrence à la liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté d'entreprendre

872. Depuis 1930¹⁸⁴, c'est au principe de *liberté du commerce et de l'industrie* que l'on rattache la *liberté de concurrence*¹⁸⁵. La première, fondée sur le fameux décret d'Allarde

¹⁸⁰ J.-J. ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 1998, p. 539

¹⁸¹ Cf. B) *infra*, le professeur J.-J. ISRAEL ne précise pas cela explicitement, nous le faisons découler de la phrase suivant sa définition : « La liberté d'entreprendre [*sic* : il introduit ce terme au milieu de la définition de la libre concurrence] est entravée, voire illusoire, si la concurrence effective sur le marché est supprimée, restreinte ou faussée [...] ».

¹⁸² Pour reprendre l'expression du professeur P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Op. Cit. n° 92 p. 115

¹⁸³ Cf. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1998 n° 87, p. 109 qui écrit « Ainsi, à l'image des poupées russes, on est en présence d'une série de libertés qui s'emboîtent les unes les autres, de la liberté d'entreprendre à la liberté de la concurrence ».

¹⁸⁴ Plus précisément depuis l'arrêt CE Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, rec. p. 583, *GAJA*, 14^e ed. n° 45 p. 276 ; RDP 1930 p. 530, concl. P.-L. JOSSE ; *Sirey* 1931.3.73, concl. P.-L. JOSSE, note R. ALIBERT ; cf. P. DELVOLVÉ, *ibidem*

¹⁸⁵ On considérera que le principe de « libre concurrence » et la « liberté de concurrence » sont le même principe, aucune différence doctrinale ni jurisprudentielle n'ayant jamais été fait entre les deux.

des 2-17 mars 1791¹⁸⁶ est aujourd'hui considérée par la jurisprudence comme un principe général du droit¹⁸⁷. La doctrine¹⁸⁸ lui accorde plusieurs conséquences que l'on peut regrouper en deux principales : d'une part la *liberté de choix, d'accès et d'exercice d'une profession*, d'autre part la *liberté de concurrence*. Cette seconde liberté qui préexistait dans notre matière a donc été intégrée dans la liberté du commerce et de l'industrie. Par ailleurs, la liberté professionnelle n'est pas sans influence sur les commandes publiques puisqu'elle permet à tous de répondre à une offre pour passer un tel contrat. Bien entendu, les limites classiques à l'exercice des professions s'appliquent en la matière, limites de « police » si l'on prend le terme du décret d'Allarde. On peut par exemple penser à la nécessité d'avoir le statut d'architecte pour exercer certaines missions de maîtrise d'œuvre ou, bien entendu, à toutes les règles comptables et fiscales qui s'assimilent à la « patente » de 1791.

873. La *liberté d'entreprendre* est la seconde liberté publique à laquelle il faut rattacher le principe de *libre concurrence*. Cette liberté a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur les nationalisations du 16 janvier 1982 et expressément fondée sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reconnaissant le principe général de liberté¹⁸⁹. Cette décision a, partant, conduit à revoir la place des différentes libertés économiques entre elles. La principale question que la doctrine s'est posée est celle de savoir si la liberté d'entreprendre était synonyme de la liberté du commerce et de l'industrie, si la première était une sous-catégorie de la seconde ou si c'était à l'inverse qu'il fallait conclure.

¹⁸⁶ L'article 7 de ce décret des 2-17 mars 1791 *Décret portant suppression de tous les droits d'aides de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes*, DUVERGIER Tome 2, p. 230 ; L. 3, 918 ; *Moniteur* des 17, 18 février, 4 et 29 mars 1791 ; précise qu' « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenu de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix [...], et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.* »

¹⁸⁷ Ce qui évite le recours au décret d'Allarde dans les visas ou le texte de l'arrêt comme en témoigne CE Ass. 20 décembre 1935 *Établissements Vézia*, rec. p. 1212, RDP 1936 p. 119, Concl. R. LATOURNERIE. Le Conseil d'État a considéré que la liberté du commerce et de l'industrie faisait aussi partie des libertés publiques qu'il appartient au législateur de sauvegarder au terme de l'article 34 de la Constitution cf. CE Sect. 28 octobre 1960, *Sieur [Martial] de Laboulaye*, rec. p. 570 ; *AJDA* 1961, p. 20 ; concl. HEUMANN ; *Droit social* 1961, p. 141 concl. HEUMANN, note P.-H. TEITGEN.

¹⁸⁸ Cf. *supra* pages suivantes pour les différentes opinions fondées sur la place de la liberté d'entreprendre

¹⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, rec. 1982 p. 15, spécialement son 16^e considérant : « [...] que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ». Ce considérant est notamment à la source de la fameuse controverse entre le Doyen R. SAVY qui contestait la volonté des auteurs de la Déclaration d'inclure dans la liberté une forme de liberté économique d'entreprendre (cf. R. SAVY, « La constitution des juges », *Dalloz* 1983, Chr. XIX, p. 105) et J.-L. MESTRE qui a répondu à cet argument par une analyse poussée des débats et a prouvé que les constituants avaient au contraire entendu inclure la liberté d'entreprendre dans l'article 4 de la Déclaration (Cf. J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Dalloz*, 1984, Chron. I pp. 1-8).

β) Controverse doctrinale à propos des liens entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie : la question de la place de la libre concurrence

874. Certains ont tout d'abord considéré que ces expressions étaient synonymes en estimant que la liberté d'entreprendre était l'équivalent au niveau constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée par la jurisprudence administrative. Cette approche n'a pas eu beaucoup de retentissement dans la mesure où il apparaît curieux d'utiliser deux termes qui ne sont même pas synonymes dans le langage courant pour en faire des synonymes juridiques. Envisager cette synonymie en vient même à être incongru tant elle porte atteinte à la qualité de juriste des membres du Conseil constitutionnel, comme s'ils n'avaient pas véritablement voulu que cette différence sémantique signifiât une différence juridique...

875. Une partie importante de la doctrine a considéré que la liberté du commerce était *plus large* que la liberté d'entreprendre¹⁹⁰. Les liens entre les deux restent malgré tout très forts puisque la *liberté du commerce et de l'industrie* comprend deux principales composantes que sont la *liberté d'entreprendre* d'une part et la *libre concurrence* – qui nous intéresse au premier chef – d'autre part. La liberté d'entreprendre est alors analysée comme contenant le libre choix de sa profession, la liberté d'accès à celle-ci, la libre exploitation de son entreprise, ce qui comprend la libre gestion de celle-ci¹⁹¹. Dans cette perspective, il faut distinguer les deux rôles de la *libre concurrence* et de la *liberté d'entreprendre*. La première est la seule pouvant sanctionner un marché dont les modalités de passation n'ont pas respecté une concurrence dont on verra qu'elle doit non seulement être libre mais aussi égale. La seconde en revanche ne pourra que très indirectement sanctionner un contrat de la commande publique : en théorie, une personne ou une entreprise n'ayant pu avoir accès à une profession et, partant, n'ayant pu répondre au « marché », pourrait arguer de l'atteinte qui est faite à sa liberté d'entreprendre. En pratique, cette atteinte se fera plus en considération des principes de liberté ou d'égalité d'accès¹⁹² à la commande publique, principes spécifiques à notre matière et par conséquent plus à même de trouver un écho dans la jurisprudence. La référence à l'atteinte à la liberté d'entreprendre existe, mais elle est en amont du marché, elle ne dépend pas du marché lui-même. En revanche, il sera possible de l'invoquer lors d'un recours contre un texte réglementant la passation des contrats de la commande publique qui interdirait à une catégorie de personne de répondre aux appels d'offres.

¹⁹⁰ Cf. notamment L. FAVOREU & Alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, ed. Dalloz coll. Précis, 1^e ed. 2000, n° 273-278, spé. n° 278, avec une erreur matérielle rectifiée dans la 2^e ed. 2002, n° 274-279, spé. n° 279 C'était aussi la position des professeurs A. de LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ dans la quatrième édition du Précis Dalloz *Droit public économique*, 1983, spé. p. 190 et s.

¹⁹¹ Ce rôle est celui qui est mis en avant par le thèse de V. DELVOLVÉ *La liberté d'entreprendre*, Thèse 2002, dactylographiée. Souvent oublié, il permet pourtant de comprendre la faible portée des droits sociaux constitutionnels. La situation légale résulte en effet d'une conciliation entre cette liberté d'entreprendre dont dispose le chef d'entreprise – qui a par exemple le droit de n'embaucher que qui il veut et quand il le veut ou de modifier le lieu d'implantation ou l'organisation de son entreprise – et des droits sociaux – par exemple le droit au travail ou le droit de grève.

¹⁹² Pour la reconnaissance d'une liberté d'accès aux marchés publics et les liens que celle-ci entretient avec la libre concurrence, cf. *supra*. Pour l'égalité d'accès, cf. *infra* section première.

876. Le professeur P. DELVOLVÉ est allé dans un sens radicalement différent en considérant que la liberté d'entreprendre avait non seulement la valeur juridique la plus haute mais aussi la définition la plus large¹⁹³. Il constate tout d'abord que le décret d'Allarde ne consacre pas expressément la liberté du commerce et de l'industrie et que ses dispositions permettent au contraire d'en faire la source de la liberté d'entreprendre. Il remarque ensuite que la décision du Conseil constitutionnel entend la liberté d'entreprendre comme couvrant tous les aspects de l'activité économique, vision que l'on retrouvera dans toutes les décisions ultérieures et qui conduit à la mettre en avant. Il estime ainsi que la liberté d'entreprendre comprend plusieurs autres libertés qu'il convient d'agencer entre elles. La première est la liberté professionnelle qui consiste à pouvoir accéder à une profession et à l'exercer¹⁹⁴. Elle constitue de surcroît une liberté *primus inter pares* dans la mesure où elle fonde partiellement la seconde composante de la liberté d'entreprendre¹⁹⁵ : la liberté du commerce et de l'industrie. Cette dernière a enfin pour corollaire la liberté de concurrence qui nous intéresse¹⁹⁶.

¹⁹³ Voir ces développements in P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1998 n° 86 p. 108

¹⁹⁴ L'auteur estime que cette *liberté professionnelle* a un champ d'application plus large lorsqu'elle est comprise comme émanation de la liberté d'entreprendre que comme émanation de la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où elle inclut alors les professions qui ne sont ni de l'industrie ni du commerce. Le Conseil d'État a d'ailleurs accordé le bénéfice de la liberté professionnelle aux infirmiers et aux pêcheurs qui n'exercent pas, au sens strict, des activités industrielles et commerciales. (Cf. CE Ass. 22 juin 1963 *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, rec. p. 386 ; *AJDA* 1963 p. 460, chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ, CE Ass. 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordognes maritimes*, rec. p. 448, RDP 1989 p. 521, concl. E GUILLAUME, *AJDA* 1989 p. 82, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *Dalloz* 1990 p. 201 note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX). On nous permettra pourtant de penser que ces arrêts pourraient tout aussi bien être pris si la liberté professionnelle était un corollaire de la liberté du commerce et de l'industrie. Il nous semble en effet que le terme « d'industrie », que l'on retrouve non pas dans le décret d'Allarde mais dans les articles 17 de la « déclaration de l'An I » « *Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens* », 355 de la Constitution de l'An III « *Il n'y a ni privilège, ni maîtrise, ni jurande, ni limitation de la liberté de la presse, du commerce, et à l'exercice de l'industrie et des arts de tout espèce* » et 13 de la Constitution de 1848 « *La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie* », n'a pas le même sens que « l'industrie » aujourd'hui. Ce mot signifie selon nous « tout travail, manuel ou intellectuel », il nous semble qu'il faille donner au terme son sens le plus large. En témoigne par exemple le *Littré* qui, bien que plus tardif encore que ces textes, donne au terme d'industrie ce sens large synonyme de « métier » (« *3^o Profession mécanique ou mercantile, art, métier que l'on exerce pour vivre. Cette petite industrie lui donne de quoi subsister.* »). Par ailleurs, le texte du décret d'Allarde montre bien qu'il entend réglementer « *telle profession, art ou métier qu'il jugera bon* », ce qui laisse à penser qu'il faille de toute façon entendre la liberté du commerce et de l'industrie le plus largement possible, sans en exclure de façon artificielle les pêcheurs ou les infirmiers. Si le décret d'Allarde n'est pas ce qui fonde la liberté du commerce et de l'industrie puisqu'elle a été érigée en Principe général du droit, ce principe doit au moins s'inspirer de ce que l'on entend depuis toujours par industrie et non lui donner un sens par trop « moderne ».

¹⁹⁵ Il faut dire que la liberté professionnelle a été reconnue en elle-même comme un principe à valeur constitutionnelle, notamment pour ce qui concerne la « liberté d'établissement » cf. Conseil constitutionnel, décision 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage*, rec. p. 58, à propos de l'article 8 de cette loi. Cette solution est implicite et issue des moyens des requérants « *Considérant, d'autre part, en ce qui concerne la liberté d'établissement, qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de réglementer les conditions d'établissements d'un exploitant agricole* ».

¹⁹⁶ La logique qui limite le champ d'application d'un principe corollaire – inférieur ? – au champ d'application du principe qui lui est supérieur voudrait donc que la libre concurrence ne bénéficie

L'approche du professeur P. DELVOLVÉ rattache donc la *libre concurrence* à la *liberté du commerce et de l'industrie*, ce qui nous ramène aux considérations que l'on a pu avoir dans la description de cette situation. Si cela n'a donc qu'une influence limitée sur l'existence de la liberté de concurrence, il faut constater que « l'agencement » des libertés économiques qui met en avant la liberté d'entreprendre est récemment sorti d'un cadre essentiellement doctrinal pour rentrer clairement dans le droit positif avec des conséquences de plus en plus nombreuses au contentieux.

y) La liberté d'entreprendre interprétée par la jurisprudence

877. Jusqu'à il y a peu de temps, on ne rencontrait en effet les termes de « liberté d'entreprendre » que dans le cadre bien précis des arrêts citant la loi Royer de 1973 qui contient l'expression dans son texte¹⁹⁷. Or, depuis 1992, les arrêts ou ordonnances employant l'expression en dehors de cette hypothèse sont en nette extension. On ne saurait encore dire s'il s'agit là d'une évolution profonde conduisant à un rapprochement entre les positions des deux Conseils, si l'on ne doit voir dans ce mouvement que la marque de certains membres de la Haute juridiction administrative ou, simplement, s'il ne s'agit pas d'une évolution des moyens invoqués dans les requêtes, mais la tendance est palpable. Quoi qu'il en soit, cette évolution s'est faite en trois phases.

878. Dans une première phase, à partir de 1992, on voit apparaître des arrêts utilisant cette liberté, principalement soulevée par les requérants afin de demander l'annulation d'actes administratifs limitant leur liberté d'action en tant que chef d'entreprise¹⁹⁸ ou leur interdisant l'accès à une profession¹⁹⁹. Le Conseil d'État rejette

qu'aux personnes pouvant faire valoir leur « liberté du commerce et de l'industrie ». Si l'on acceptait une définition de cette liberté « réduite » aux seules activités commerciales et industrielles au sens actuel du terme – la transformation des matières premières et des énergies –, cela voudrait dire que ni les infirmiers ni les pêcheurs ne bénéficient d'une « libre concurrence ». On est ici encore face à un argument refusant de limiter le terme « d'industrie » à son sens actuel puisque cette limitation de la « libre concurrence » ne correspond pas au droit positif, ni interne ni communautaire : il y a bien une concurrence entre les infirmières libérales, entre elles et les infirmières du public, les seules restrictions que l'on voit – nombreuses il est vrai – sont justifiées par l'intérêt général, justification on ne peut plus classique aux libertés économiques.

¹⁹⁷ Il s'agit de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 modifiée, *d'orientation du commerce et de l'artisanat*, articles 1, 1^{er} al. et 2, 1^{er} al., alinéas non transposés aux articles L. 720-1 et s. du Code de commerce. Pour des exemples récents de l'utilisation de ces dispositions, cf. CE 2 avril 2003, *Gaec le Haut de l'Isle – établissements horticoles Foulon-Blondel et autres*, req. n° 229075 non publié ; CE 6 juin 2003, *SARL Inter'net*, req. n° 231185, non publié ; et CE 6 juin 2003, *Société Rasquer Sport*, req. n° 227285, non publié.

¹⁹⁸ Trois arrêts recourent ce type de cas : CE 12 juin 1992, *Lacombe et autres*, rec. p. 230 « *Considérant que les requérants ne sauraient sérieusement prétendre que l'arrêté contesté, en réduisant la marge bénéficiaire des pharmaciens d'officine, porterait un atteinte grave à la liberté d'entreprendre* ». CE 24 juin 1992, *SARL « agence française de communication »*, req. n° 65716, inédit au Lebon, à propos d'une obligation faite aux radios libre d'avoir un programme original et non repris d'une autre radio, obligation ne portant pas atteinte à la liberté d'entreprendre selon le Conseil d'État ; CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres*, req. n° 205253, rec. Tables, pp. 830, 866, 890 à propos de l'obligation d'un contrôle des laits à l'entrée dans les ateliers de transformation en fromage AOC « Comté », obligation ne portant pas atteinte à la liberté d'entreprendre.

d'ailleurs à chaque fois ce moyen en estimant que l'atteinte au principe n'est qu'une atteinte raisonnable aux vues des objectifs poursuivis par le texte, comme il le fait pour toutes mesures de « police ». S'il arrive que le juge, répondant aux requérants, fasse référence en même temps à l'absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie²⁰⁰, la première est le plus souvent évoquée seule.

879. Dans une seconde phase, c'est la hiérarchie entre les principes qui a été précisée. Le point de rupture est très récent puisqu'il s'agit d'une ordonnance du juge des référés du Conseil d'État du 12 novembre 2001²⁰¹, ordonnance dans laquelle le juge annule l'ordonnance de référé de première instance en estimant « qu'ainsi la délibération litigieuse ne saurait être regardée comme portant une atteinte grave à la liberté du commerce et de l'industrie qui est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre ». Les requérants n'invoquant que la liberté du commerce et de l'industrie, c'est donc par un *obiter dictum* que le juge va préciser les liens entre les deux libertés²⁰². Cette ordonnance, importante au fond mais aussi en ce qu'elle fait rentrer la liberté d'entreprendre dans les « libertés fondamentales » de l'article L. 521-2 du CJA²⁰³, sera reprise mot pour mot par d'autres arrêts ou ordonnances.

880. Enfin, dans une troisième phase, le juge administratif a posé une définition de ce qu'il entendait par « liberté d'entreprendre ». Il l'a fait à l'occasion d'une

¹⁹⁹ TA Rennes, 5 février 1997, *M. Guy Le Floch*, req. n° 9398 ; CE 18 février 1998, *Section locale du pacifique sud de l'ordre des médecins*, req. n° 171851, rec. Tables, pp. 710, 1047, 1181 limitant à un contrôle le conventionnement de médecins dans une commune ; CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres*, req. n° 205253, rec. Tables, pp. 830, 866, 890, à propos d'une appellation d'origine contrôlée « Comté » ne portant pas par elle-même atteinte à la liberté d'entreprendre ; CE ord. 1^{er} mars 2002, *M. Xavier Bonfils*, req. n° 243651, publié au Lebon, à propos de l'autorisation administrative nécessaire pour enseigner la conduite des véhicules terrestres à moteur qui est une limitation légale à la liberté d'entreprendre ; CE 3 avril 2002, *M. Jérémie Bouvet et autres*, req. n° 238237, inédit au Lebon, à propos d'un *numerus clausus* à l'entrée des études de masseur-kinésithérapeute qui ne porte pas une atteinte illégale à la liberté d'entreprendre ; CE ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, req. n° 254827, mentionné aux tables du Lebon, à l'occasion de la fermeture d'un magasin non justifiée et qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre. CE 22 octobre 2003, *M. Patrice X*, req. n° 250163, mentionné aux tables du Lebon, à propos d'un refus justifié d'indemnité de licenciement qui n'est pas une atteinte à la liberté d'entreprendre (le moyen était en l'espèce spécialement osé).

²⁰⁰ Dans les trois arrêts précités : CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres*, req. n° 205253 ; CE ord. 1^{er} mars 2002, *M. Xavier Bonfils*, req. n° 243651 ; et CE 3 avril 2002, *M. Jérémie Bouvet et autres*, req. n° 238237 ; le Conseil d'État se réfère aussi bien à la liberté d'entreprendre qu'à la liberté du commerce et de l'industrie mais en citant toujours en premier lieu la liberté d'entreprendre.

²⁰¹ CE 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840, rec. p. 551. En l'espèce, le juge ne considère pas que l'atteinte à cette liberté soit telle qu'elle puisse être qualifiée de « grave » au sens de l'article L. 521-2 du CJA et ne suspend pas la décision comme cela lui avait été demandé.

²⁰² On peut aussi considérer que la référence à la liberté d'entreprendre n'est pas un *obiter dictum* mais qu'elle sert à justifier de la qualité de « liberté fondamentale » – exigée par le texte de l'article L. 521-2 du CJA – du principe en cause ; qualité que, par elle-même, la liberté du commerce et de l'industrie n'aurait pas. Le juge aurait alors trouvé utile de rattacher la liberté du commerce et de l'industrie, non-constitutionnelle, à la liberté d'entreprendre, constitutionnelle. En tout état de cause, le considérant est une adaptation parfaite au contentieux du raisonnement du professeur P. DELVOLVÉ.

²⁰³ Il a pour la première fois sanctionné un acte administratif sur le fondement de la liberté d'entreprendre à l'occasion d'un « référé liberté » de l'article L. 521-2 du CJA dans une ordonnance du 14 mars 2003 *Commune d'Evry*, req. n° 254827, mentionné aux tables du Lebon, à l'occasion de la fermeture d'un magasin non justifiée.

ordonnance de référé du 25 mars 2002²⁰⁴ dans laquelle il précise que la liberté d'entreprendre « s'entend comme celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées ». Si l'on passe sur les limites à cette liberté que contient cette définition²⁰⁵, on constate qu'elle est effectivement définie de la façon la plus large possible puisqu'elle s'entend comme la liberté à exercer une activité économique.

La théorie voulant que la liberté d'entreprendre comprenne la liberté du commerce et de l'industrie, elle-même comprenant la libre concurrence semble donc peu à peu prendre une réalité contentieuse en plus de sa réalité doctrinale.

881. On le voit, la « libre concurrence » que l'on rencontre depuis bien longtemps dans le cadre des marchés publics a peu à peu été rattachée aux autres principes libéraux. Ce rattachement a permis deux choses : l'application de la libre concurrence en dehors du cadre des marchés publics mais aussi et surtout son incorporation dans le mouvement général du droit de la concurrence. Il s'en est suivi non seulement une profonde modification de l'interprétation de ce principe mais aussi une « réincorporation » de cette nouvelle interprétation, issue du droit de la concurrence « général », dans le cadre des marchés publics. C'est grâce à cette évolution que l'on peut aujourd'hui estimer que le principe de « libre concurrence » est réellement le second fondement qui justifie les procédures de passation, qu'elle est le deuxième plus important « principe de la commande publique ».

B)... à la concurrence libre et égale

882. Le rattachement de la libre concurrence à des principes de liberté est topique de la vision idéalisée du libéralisme, issue notamment de la théorisation d'Adam SMITH²⁰⁶ qui considère que l'économie est un « ordre spontané »²⁰⁷. Les théoriciens du

²⁰⁴ Cf. notamment CE ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries*, n° 245414 à publier au Lebon. Cette première ordonnance est spécialement notable à un triple titre : d'abord c'est la première à définir la liberté d'entreprendre dans un contentieux administratif, ensuite elle le fait alors que les requérants n'invoquaient que la liberté du commerce et de l'industrie et enfin, cette définition est posée dans le premier considérant comme c'est le cas dans les arrêts « de principe ». Une définition parfaitement identique de la liberté d'entreprendre a été donnée dans une autre ordonnance de référé : CE 17 décembre 2003, *EURL Ecosphère et autres*, req. n° 262471, à publier au lebon. Ces deux décisions étant des référés, il est possible de penser qu'il ne s'agit là que de la définition de la liberté d'entreprendre comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, mais on voit mal en même temps comment elle ne serait pas généralisable.

²⁰⁵ Cette définition renvoie de fait au Conseil constitutionnel le soin de fixer les limites de cette liberté, dans le cadre de son contrôle des lois votées qui pourraient lui porter atteinte. En ce sens, bien que peu éclairante – c'est le moins que l'on puisse dire – la définition du Conseil d'État n'est pas inutile.

²⁰⁶ Cf. Adam SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, traduction de Rosalind Greenstein, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, PUF 1995, 4 Vol. Il ne faut pourtant pas oublier que, si cet auteur se concentre sur la fin des entraves à l'activité économique, il n'en part pas moins du principe que cette liberté est encadrée, cela avant tout par les règles morales qu'il avait déjà mis en avant : cf A. SMITH, *The Theory of moral sentiments, or an essay towards an analysis of the principles by which men naturally judge concerning the conduct and character, first of their neighbours, and afterwards of themselves*,

libéralisme sont pourtant rapidement revenus sur cette approche et l'on voit apparaître des lois antitrust aux États-Unis dès le XIX^e siècle²⁰⁸. En France aussi, le droit privé développe à cette époque un droit de la concurrence, notamment contre la concurrence déloyale²⁰⁹. Par la suite va peu à peu se développer, mais très lentement, un droit de la concurrence entre les personnes privées que sont les entreprises. Le droit public n'abordant alors pour sa part les libertés économiques que comme des contraintes interdisant l'activité publique dans l'économie, tout en considérant que l'intérêt général attaché à l'activité publique en question permet en général de renverser le principe de liberté.

883. C'est après la deuxième Guerre Mondiale que sont apparus en France les textes généraux régissant les pratiques anticoncurrentielles, pour lutter contre la tendance naturelle aux monopoles et contre les pratiques des ententes ou des abus de position dominante : d'abord l'ordonnance de 1945²¹⁰, puis les modifications qu'elle a subies, notamment en 1977²¹¹, enfin l'ordonnance de 1986 et son intégration dans le code de commerce²¹². Comme on l'a vu, plus le droit de la concurrence se développait, plus le droit des marchés publics s'y rattachait jusqu'à ce que, comme les principes en témoignent, on assimile la « libre concurrence » dans les marchés publics à un principe économique général de libre concurrence. Preuve en sont les arrêts qui se fondent sur les textes du droit de la concurrence en matière de marchés publics.

C'est ce lien qui fera que le principe de libre concurrence dont l'appréciation a évolué dans le cadre du droit de la concurrence évoluera aussi dans le cadre des marchés publics, d'une part par un raisonnement finaliste (1), d'autre part par une intégration de cette nouvelle appréhension du principe dans les différentes sources (2).

London, *W. Strahan, J & F Rivington, W. Johnston, T. Longman and T. Cadell*, 1774, 476 pp. (1^e ed 1759, *l'inquiry into...* date de 1776).

²⁰⁷ L'expression est de Lucien JAUME, V^o libéralisme in, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF et Lamy, 2003

²⁰⁸ Il s'agit notamment du *Sherman Antitrust Act* du 8 avril 1890, dont le véritable nom est *Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*. Cet acte a été pris après la création, le 2 janvier 1882 de la Standard Oil, premier Trust des États-Unis. Il interdit « every contract, combination in the form of trust or otherwise that restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations ». La cour suprême réduisit pourtant à presque rien cet acte en 1895 par le cas *United States v. E. C. Knight company* lorsqu'elle déclara légal un trust de 98% sur le marché du sucre. Cet *Act* a ensuite été modifié et eu plus de succès. Il fonde encore aujourd'hui des recours comme celui contre *Microsoft* en l'an 2000.

²⁰⁹ Ces jurisprudences sont fondées sur les articles du code civil régissant la responsabilité délictuelle (art. 1382 et 1383 du Code civil). À l'origine de l'utilisation de ces articles à des cas de concurrence déloyale, il fallait qu'il y ait intention de nuire, cette condition ayant été ensuite ramenée à une faute non intentionnelle. Selon D. LOSCHAK, « les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, pp. 261-273, spé. p. 270, c'est ce qui justifie que certains parlent de concurrence illicite et non déloyale.

²¹⁰ Il s'agit de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 *Relative aux prix*, *J.O.* du 8 juillet 1945 p. 4150, rectificatif au *J.O.* du 21 juillet p. 3978, DUVERGIER, Tome 45 (=145), p. 289. Ce n'est alors que par les prix que cette ordonnance régle la concurrence, la « commission technique des ententes, remplacée en 1977 (cf. note suivante) par la commission de la concurrence n'a été créée que par le décret du 9 août 1953, premier texte s'intéressant à la répression des ententes illicites.

²¹¹ Il s'agit de la loi du 19 juillet 1977 *relative au contrôle des concentrations économiques et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante* qui modifie notamment l'article 59 de l'ordonnance de 1945 en introduisant le terme de « principe de concurrence ».

²¹² Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, codifiée au livre 4^e du Code de commerce (articles L. 410-1 à L. 470-8)

1) Une vision finaliste de la liberté conduisant à l'égalité

884. Le principe de libre concurrence avait comme objectif premier de permettre à tous les acteurs économiques d'entrer sur un marché et d'y proposer leurs biens ou services. Il s'oppose en cela à toutes les pratiques non concurrentielles du type ententes ou abus de position dominante qui permettent à un ou plusieurs opérateurs économiques d'empêcher de nouveaux acteurs d'entrer sur un marché. Il s'oppose aussi, et l'on est doublement ici dans le cadre du droit public de l'économie, à l'activité des personnes publiques sur le marché, au moins dès lors que cette personne publique empêche l'accès des personnes privées aux marchés sans justification suffisante d'intérêt général ou de service public²¹³.

885. Le raisonnement ayant conduit au glissement vers une « égale concurrence » est parti de la justification téléologique de la règle de libre concurrence – c'est-à-dire laisser un marché libre afin qu'il soit concurrentiel –, tout en constatant que, contrairement à ce que la théorie libérale avançait, la liberté de concurrence ne menait pas à un marché concurrentiel. Au contraire, afin de gagner la compétition économique, l'acteur le plus important tendait à écraser ses concurrents jusqu'à détenir un monopole, ou au moins à avoir une position dominante et à pouvoir mener le marché en abusant de celle-ci. Si aucun acteur ne se détachait, la tendance naturelle voulait que ceux-ci s'entendissent afin de conserver un *statu quo ante*, c'était procéder par ententes. L'objectif de concurrence, dont peu de personnes remettaient en cause les bienfaits²¹⁴, ne conduisait donc plus à vouloir laisser libre le marché mais au contraire à exiger que l'on organisât cette liberté, ou au moins qu'on la rationalisât. Il ne fallait plus seulement que les acteurs économiques fussent libres, il fallait aussi qu'ils eussent une égalité des armes dans cette guerre économique. L'idée était donc que la véritable liberté de concurrence ne pouvait s'exercer que si elle n'était pas « supprimée, restreinte ou faussée »²¹⁵, soit par l'un des opérateurs privés, soit par une personne publique. Le rôle de la puissance publique n'était par conséquent pas seulement de garantir la liberté mais aussi de garantir que cette liberté fut effective. C'est en cela que nous disons que la personne publique a non plus une obligation de moyen mais une obligation de résultat dans sa mission de garant de la liberté de concurrence.

²¹³ Il s'agit concrètement de deux cas principaux : d'une part le socialisme municipal et d'autre part la mise en place de concessions de service public, le premier limitant l'arrivée de nouvelles entreprises ou entravant le développement de celles qui existent, le deuxième créant un monopole. Cf. *infra* pour l'évolution de cette approche.

²¹⁴ Au contraire, on assistait plutôt à son développement avec la naissance de l'école de Chicago ou celle des Communautés européennes

²¹⁵ Nous empruntons cette suite de termes à J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ coll. *Manuel*, 1998, p. 539

Or cette obligation de moyen vise nécessairement à assurer une égalité relative²¹⁶ entre les opérateurs, le jeu de la concurrence ne pouvant dès lors subir une influence, donc perdre sa liberté. Ce raisonnement permet de considérer que, sous le terme de « liberté de la concurrence » on a en réalité une obligation de « concurrence libre et égale »²¹⁷.

2) Les sources de la concurrence libre et égale

886. Ce raisonnement vers l'égalité transcende toutes les sources du droit économique français, qu'elles soient internes ou communautaires.

a) Les sources communautaires

887. Pour ce qui est des sources communautaires, on peut considérer qu'elles ont dès l'origine une approche de la concurrence marquée tout autant par la liberté que par l'égalité. L'importance de ces principes est tel que, bien qu'absents de la version originale du Traité de Rome, ils y ont été introduits par l'Acte unique de 1986²¹⁸ dans les articles 4 (ancien 3A), et 3-G du Traité instituant la Communauté européenne. Le premier article reconnaît notamment un « principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre »²¹⁹ que l'on retrouve en effet en filigrane dans l'ensemble des directives sur les marchés publics²²⁰, ce qui est la meilleure marque de l'effectivité d'un principe. La Cour de justice met elle aussi en avant cet objectif « primordial » de mise en concurrence des marchés publics²²¹, suivie en cela par la commission qui en fait un principe applicable aux

²¹⁶ Nous précisons que cette égalité doit être « relative » dans la mesure où elle ne saurait être parfaite sans se rapprocher de la planification économique et quitter le champ des « libertés ».

²¹⁷ Le professeur D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI, *Economica coll. Science et droit administratifs*, 1987, pp. 9-20 va dans ce sens lorsqu'il écrit : « Les relations que nouent le principe de concurrence et les principes de liberté et d'égalité, sont donc, pour employer un langage théologique, consubstantielles ».

²¹⁸ Ces principes étaient considérés par la doctrine comme inhérents aux anciens articles 86 et suivants interdisant les pratiques anticoncurrentielles et 30 et 31 prohibant les restrictions quantitatives ou les mesures d'effet équivalent.

²¹⁹ Pour sa part, l'article 3-g) prescrit que « l'action de la Communauté comporte [...] g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ».

²²⁰ Nous partageons l'opinion de PH. TERNEYRE, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 84-91, spé. p. 85 lorsqu'il écrit : « Par ailleurs, si l'on envisage la philosophie générale du droit communautaire des marchés publics, force est de constater qu'il s'agit là d'un droit des objectifs, d'un droit fonctionnel tendant exclusivement à faire jouer une concurrence libre et égale dans la passation des marchés publics [...] ».

²²¹ L'arrêt de la Cour de justice du 12 juillet 2001 *Ordine degli architetti delle province du Milano e Lodi, Piero de Amicis, Consiglio nazionale degli architetti et Leopoldo Freyrie contre Comune di Milano*, affaire C-399/98, rec. 2001 p. I-5409, dont le point 75 précise clairement que « L'objectif primordial de la directive qui est [...] la mise en concurrence des marchés publics [...] ». Ce considérant est repris quasiment à l'identique dans l'arrêt de la Cour du 27 novembre 2001 *Impresa Lombardi Spa – Impresa Generale du costruzioni contre ANAS – Ente nazionale per le strade et Società Italiana per Condotte d'Acqua Spa* (C-285/99) et *Impresa Ing. Mantovani*

concessions²²². On retrouve par ailleurs cette égalité de concurrence dans les articles 81 à 89 du Traité de Rome dans lequel sont mises sur un pied d'égalité les personnes publiques et privées, sauf pour des raisons qui tiennent à leurs missions²²³. Ces sources communautaires de la libre concurrence sont par ailleurs parfois utilisées par la jurisprudence administrative, notamment en supplément des sources internes²²⁴.

b) Les sources internes

888. Pour ce qui est des sources internes, on retrouve ce glissement vers l'égalité de concurrence notamment dans les conséquences du « principe de libre concurrence » sur le régime applicable aux personnes publiques. Durant le XIX^e siècle et jusqu'au premier tiers du XX^e, le droit de la concurrence est totalement absent du droit administratif, sauf pour ce qui concerne les marchés publics. Lorsque l'administration effectue des opérations économiques, elle ne le fait que sous le couvert de monopoles, c'est-à-dire en prenant soin d'évacuer toute forme de concurrence. Même le droit des marchés publics, dont on a précisé qu'il était le seul soumis à concurrence, est dans une situation doublement différente d'aujourd'hui : d'une part la concurrence n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen de faire le meilleur choix économique ; l'objectif recherché n'est pas le respect d'un principe mais les avantages que l'on va tirer de l'application du principe. D'autre part, il faut garder à l'esprit que les procédures de passation sont alors facultatives, elles ne sont mises en place que dans l'intérêt de la personne publique qui peut, le cas échéant, s'en affranchir²²⁵.

889. Dans un second temps²²⁶, durant un deuxième tiers du XX^e siècle largement entendu, on a assisté à l'émergence de liens entre le droit administratif et le droit de la concurrence. Il nous semble possible de faire débiter cette évolution avec le

Spa contre ANAS – Ente nazionale per le strade di Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), affaires liées sur demande de question préjudicielle du Conseil d'État Italien, point 35, rec. 2001 p. I-9233

²²² La communication interprétative sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000, se fondant sur les arrêts CJCE 26 février 1992, *Raulin*, affaire C-357/89 et CJCE 7 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil*, affaire C-295/90 « estime qu'il découle de cette jurisprudence que le principe de mise en concurrence doit être respecté » dans le cadre des concessions

²²³ Ces exceptions de l'article 86 sont fondées sur les services d'intérêt économiques généraux, les monopoles fiscaux ou les entreprises publiques. Sur les principes européens du droit de la concurrence applicables aux personnes publiques, cf. C. BLUMANN, in *Les libertés économiques*, sous la direction de G. DRAGO et M. LOMBARD, ed. *Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur*, Paris, 2003, pp. 105-118. Nous reviendrons sur ce point dans le paragraphe suivant.

²²⁴ C'est la cas par exemple dans l'arrêt CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; req. n° 218067, *BJCP*, 2001, pp. 497-511, concl. C. BERGEAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60.

²²⁵ Voir les développements sur ce point dans la première partie.

²²⁶ Le découpage en trois phases des transformations du droit public de la concurrence se retrouve aussi dans l'article de D. LINOTTE, « Le droit public de la concurrence », *AJDA* 1984, pp. 60-67, spé. p. 64-65. Nous sommes pour l'essentiel en accord avec ce découpage tout en ayant une perspective mettant plus en avant le droit des marchés publics et en ayant le bénéfice des dernières et importantes évolutions que cet auteur avait si bien anticipé.

« socialisme municipal » qui a conduit le juge administratif à fixer, temporairement, le droit applicable. La concurrence devient un objectif en-soi, un véritable principe que le juge va reconnaître aux seules personnes privées. Cela a deux conséquences : d'une part les personnes publiques ne bénéficient pas de cette liberté, d'autre part elles ne peuvent porter atteinte à ce droit fondamental des personnes privées que dans des conditions très strictes. C'est ainsi que la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*²²⁷ va poser deux exigences à l'action économique des collectivités locales : d'abord que l'activité en question soit d'intérêt général, ensuite qu'il y ait une défaillance de l'initiative privée en la matière. Cette jurisprudence est par ailleurs essentiellement applicable aux activités économiques locales, l'utilisation de concessions ou de monopoles sous d'autres formes étant toujours la règle pour les activités économiques nationales²²⁸. Pour ces dernières, on comprend que le monopole, limitation ultime de la liberté de la concurrence, soit justifié par la notion de « service public ». C'est cette justification qui donne toute son importance au principe de spécialité qui, limitant matériellement le rôle du concessionnaire, va éviter que ces entreprises aillent exercer leurs activités sur des marchés qui doivent rester concurrentiels²²⁹. Anticipant encore une fois le développement du droit de la concurrence en droit public, le droit des marchés public va, lui aussi, faire un grand pas dans le sens de l'effectivité puisque c'est à partir de 1909 et l'arrêt *Barla*²³⁰ que les procédures de passation des marchés publics deviendront non seulement obligatoires mais aussi d'ordre public.

890. C'est dans un troisième temps que l'on va assister au véritable glissement vers la prise en compte d'une égalité comme condition de la concurrence. Pourtant, *a posteriori*, on peut se demander si ce qui justifiait que les personnes publiques ne puissent pas avoir des activités industrielles et commerciales en concurrence avec des personnes privées ne résultait pas autant d'une volonté de respecter un principe de liberté que de l'idée que la puissance publique était forcément en « position dominante » face aux entreprises privées. Certains arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation faisant référence dès le début des années 1930 au principe de « l'égalité qui doit présider au libre jeu de la concurrence »²³¹ vont dans ce sens²³². Pour autant, ce n'est que durant les années

²²⁷ CE Sect. 30 mai 1930 *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *GAJA* 14^e ed. n° 45 pp. 276-285 ; *RDP* 1930, p. 530 concl. JOSSE ; Sirey 1930.3.73, concl. JOSSE, note R. ALIBERT

²²⁸ Sur ce point, cf. M. LOMBARD, « La liberté du commerce et de l'industrie : archaïsme ou renouveau », in *Les libertés économiques*, sous la direction de G. DRAGO et M. LOMBARD, ed. Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur, Paris, 2003, pp. 59-64, spé. p. 60

²²⁹ Lorsque les entreprises publiques chargées de mission de service public entendent avoir des activités en dehors de leur spécialité, elle ne peuvent concurrencer l'initiative privée que dans les conditions applicables aux collectivités locales, c'est-à-dire en respectant un besoin d'intérêt public et la défaillance de l'initiative privée, ces activités devant de plus rester marginales. Cf. sur ce point un arrêt CE 23 juin 1965 *Société aérienne de recherche minière*, rec. p. 380, touchant l'IGN (déjà précurseur en matière de concurrence des services publics puisque c'est aussi à son sujet qu'a été pris l'avis *Jean-Louis Bernard Consultants cf. infra* note 52).

²³⁰ CE 5/2/1909 *Barla*, rec. p. 134, *RDP* 1910 p. 61 note G. JÉZE. Cf. sur notre première partie sur l'évolution du caractère contraignant des législations et réglementations sur les marchés publics.

²³¹ L'expression citée vient de l'arrêt de la Cour de cassation, civ. 15 janvier 1936 *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon c/ Bon*, *Gaz. Pal.* 1936.1.477, cet arrêt reprend la solution de la cour d'appel de Lyon du 5 nov. 1930 dans la même affaire, *Gaz. Pal.* 1931.2.327. On trouve une solution similaire dans un arrêt Cass. Civ 20 juin 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.328 dans des termes moins explicites. Pour ce qui est de

1960 que l'approche de la concurrence par l'égalité de concurrence va se développer et, chose curieuse, le droit des marchés publics va, cette fois-ci, suivre tardivement une évolution du droit de la concurrence en général.

891. Comme le note D. LINOTTE²³³, on assiste alors à une appréciation large du principe de spécialité²³⁴ et à un développement des activités publiques dans l'économie en dehors de toute référence au service public²³⁵. Ces deux circonstances conduisent logiquement à des cas de concurrence entre personnes publiques et privées de plus en plus nombreuses et, partant, à une référence à l'égalité des armes pour éviter que les entreprises publiques abusent d'une position dominante qu'elles tirent soit de leur statut soit de leur monopole sur un marché proche. Cette position trouve d'ailleurs une validation textuelle à l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui article L. 410-1 du code de commerce, qui précise que les personnes publiques ou les délégataires de service public sont aussi soumis au droit de la concurrence²³⁶. Le droit des marchés publics ou, disons-le, le droit de la commande publique dans son ensemble, ne prend conscience de ces considérations que bien plus tard. C'est en effet d'abord par un arrêt du 16 octobre 2000 *Compagnie Méditerranéenne d'exploitation des services des eaux*²³⁷ que le Conseil d'État va permettre aux personnes publiques de concurrencer les personnes privées en répondant aux marchés publics, tout en imposant parallèlement qu'elles le fassent dans les mêmes conditions que ces personnes privées. Cette position sera encore plus clairement établie quelques semaines plus tard dans un avis contentieux du 8 novembre 2000 *Jean-Louis Bernard consultants*²³⁸. Il y est fait une référence implicite au principe de libre concurrence

la jurisprudence administrative, on peut citer l'arrêt CE 24 novembre 1933 *Zénard*, *Sirey* 1933.III.105, concl. DELTON, note MESTRE.

²³² Il ne faudrait pourtant pas considérer que la prise la « libre concurrence » devient une « égale concurrence » à cette époque au vu du faible nombre d'arrêts dans ce sens. Par ailleurs, n'oublions pas que les communes étant assimilées à des « personnes privées mineures » durant l'essentiel du XIX^e siècle, elles ne pouvaient à cette époque être considérées comme de la « puissance publique ». En ce sens, on peut comprendre que ces premières approches à travers le prisme de l'égalité ne soient apparues qu'autour des années 1930, lorsque les communes ont été clairement identifiées comme des personnes publiques marquées par la puissance publique.

²³³ D. LINOTTE, « Le droit public de la concurrence », *AJDA* 1984, pp. 60-67, spé. p. 66

²³⁴ C'est l'époque de la diversification des entreprises publiques avec la gestion des hôtels par la SNCF, les bureaux d'étude du CNRS ou de l'IGN. L'arrêt CE 4 juillet 1973 *Syndicat national des entreprises de diffusion*, rec. p. 462 concernant la distribution, par la poste, service public administratif, de publicités repose par exemple à la fois sur une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et sur un atteinte au caractère discriminatoire des tarifs spéciaux (mais il y a rejet des deux moyens).

²³⁵ Il n'est qu'à faire référence aux nationalisations de 1982 qui a conduit à faire sortir de la concurrence – ou au moins tenté de le faire – bon nombre d'entreprises dont on ne peut pas dire qu'elles soient chargées de missions de service public à moins de l'étendre par trop.

²³⁶ Art. L. 410-1 code de commerce qui inclut dans son champ d'application « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

²³⁷ CE 16 octobre 2001 *Compagnie méditerranéenne d'exploitation du service des eaux*, req. n° 212054 ; *BJCP* 2001, p. 105, concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 2001 p. 106, concl. C. BERGEAL ; *AJDA* 2001 p. 662, note A. TREPPOZ ; *Gaz. des communes*, 15 janvier 2001, p. 56 note BRECQ-COUTANT ; *ACL* 2001, n° 56

²³⁸ CE Sect, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, req. n° 222208 ; *AJDA* 2000, p. 1066 pour l'avis et chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN p. 987-992 ; *BJCP* 2001, p. 111 concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 2001, p. 112 concl. C. BERGEAL ; *CJEG* 2001, p. 58, note M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS ; *JCP* 2001.I.357, note E. DELACOUR, *ACL* 2001, n° 86 ; *Contrats et marchés publics* 2001,

qui, pas plus qu'aucun autre principe, « n'interdit en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ». Cet avis est intéressant à trois titres principaux : d'une part il est une affirmation volontaire de la nouvelle interprétation du principe de libre concurrence²³⁹, d'autre part il lie clairement le droit de la commande publique au droit général de la concurrence en ayant recours au fondement textuel de l'ordonnance de 1986²⁴⁰, enfin, parce qu'il fait montre de l'unité de la commande publique en s'appliquant, le texte même de l'avis le précise, aussi bien aux délégations de service public qu'aux marchés publics.

892. La consécration du fait que la *libre concurrence* a nécessairement un lien avec l'*égalité* tout autant qu'avec la *liberté* est issue de la décision du Conseil constitutionnel n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, elle n'avait jamais été reconnue jusque-là²⁴¹. Pourtant, ce lien est doublement incertain même si, pour notre part, nous penchons pour sa reconnaissance implicite. D'une part, on ne saurait oublier que le texte de la décision 450 DC précise que ce lien vaut « en l'espèce ». Cela ne veut pas nécessairement dire que le lien ne vaut qu'en l'espèce mais cela ne permet pas une généralisation immédiate du raisonnement. D'autre part, les décisions 460 et 461 DC qui auraient pu préciser la nature constitutionnelle ou non du principe de « libre concurrence » et le lien qu'il avait avec le principe d'égalité ont évité cette discussion, mettant en cela un doute sur ces deux points.

n° 2 p. 4, comm. G. ECKERT ; *CTI* janv. 2001, comm. CÉLÉRIER ; *Droit. Adm.* avril 2001, chr. n° 8, pp. 4-9 de Y. LAIDIÉ intitulée « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics ». Ce avis a ensuite été suivi non seulement d'un jugement du tribunal administratif de Lyon du 13 décembre 2001, req. 2552, inédit au Lebon, mais aussi une décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-62 relative à des pratiques relevées lors de l'attribution d'un marché d'étude par l'agglomération dijonnaise, qui reprennent les critères posés dans l'avis du Conseil d'État en considérant qu'en l'espèce, il n'y a pas d'atteinte à la concurrence.

²³⁹ La chose est claire dans les conclusions du commissaire du gouvernement C. BERGEAL sous l'arrêt *Compagnie Méditerranéenne...* qui précise en se référant à d'autres études doctrinales que (*cf.* RFDA 2001 p. 109) « le droit français de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non concurrence, a désormais comme fondement un principe d'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quels que soient leurs statuts public ou privé »

²⁴⁰ L'avis précise « pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [...] ». Ce considérant ne permet pas que l'on qualifie la libre concurrence de *principe général du droit*, pas plus qu'on ne saurait prendre cet élément en considération pour refuser à la libre concurrence une valeur constitutionnelle dans la mesure où, si le Conseil d'État a déjà reconnu des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne l'a fait que dans des cas dans lesquels il avait besoin que le principe ait cette valeur. Il ne se réfère généralement qu'à la valeur nécessaire à la solution du litige et ne reconnaît normalement que des principes à valeur législative ou, si l'on suit le professeur R. CHAPUS, infra législative et supra décrétole.

²⁴¹ Décision n° 2001-450 du 11 juillet 2001 *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* ; LPA, 16 septembre 2002, n°185, pp. 4-16, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX, ; RDP 2002, p. 639-674, note D. ROUSSEAU ; RFDC 2001, pp. 721-773, chr. L. FAVOREU, N. JACQUINOT, J. PINI, T. RENOUX, D. RIBES ; LPA 20 juillet 2001, n° 144, pp. 15-25, note J.-E. SCHOETTL. 10^e considérant *in fine* : « il appartiendra tant aux autorités de contrôle qu'au juge compétent saisi par toute personne intéressée de veiller au respect du principe d'égalité qui, en l'espèce, implique la libre concurrence ; ».

La position visant à refuser le caractère constitutionnel de la liberté de concurrence est retenue par une partie de la doctrine²⁴² qui prend argument notamment du considérant de la décision 460 DC²⁴³. Ces auteurs retiennent une interprétation consistant à dire que le Conseil constitutionnel a voulu par ces mots exprimer l'absence de valeur constitutionnelle, tant du principe de libre concurrence que du principe de transparence, suivant en cela les observations du Gouvernement²⁴⁴. Nous penchons plus²⁴⁵ vers l'interprétation consistant à considérer que les articles 3 de chacune des lois déferées ne pouvaient être considérés comme portant atteinte à ces principes²⁴⁶. Deux éléments permettent de défendre cette solution. D'une part, le fait que la liberté d'entreprendre comme la liberté professionnelle aient toutes deux valeur constitutionnelle ce qui pourrait justifier en logique que la libre concurrence en bénéficiât aussi²⁴⁷. D'autre part, le fait que la libre concurrence ait deux défauts intrinsèques qui conduisent à ce qu'elle n'ait pas encore été reconnue comme ayant valeur constitutionnelle, alors qu'elle aurait pu se voir reconnaître cette valeur sans cela : d'abord le fait d'être plus « politique » que les autres libertés, ensuite le fait d'être justement fondée à la fois sur la liberté et sur l'égalité.

893. La « libre concurrence » a donc un double sens : non seulement elle impose que l'accès à un marché économique doive être libre, mais elle implique aujourd'hui que ce marché est marqué par l'égalité, seule condition d'une véritable liberté. En même temps que ce principe a évolué, qu'il s'est transformé, il a aussi pris une importance qui le conduit aujourd'hui à transcender l'ensemble des textes économiques, et notamment les textes de la commande publique. La matière a pourtant quelques spécificités, ou tout au moins un caractère particulier, dû notamment à l'existence d'un « marché économique » singulier. La traduction que le principe trouve en cette matière a ainsi des caractéristiques qui conduisent à se poser la question de l'existence d'un principe de « mise en concurrence », traduction particulière du principe de « libre et égale concurrence » dans le cadre de la commande publique.

²⁴² C'est le cas de J.-Y. CHÉROT et J. TRÉMEAU dans leur commentaire de la décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, *AJDA* 2002 pp. 1059-1069, spé. p. 1061, mais aussi des *Cahiers du Conseil constitutionnel* sur cette même décision.

²⁴³ Décision 460 DC « *Considérant [...] qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, l'aménagement, la maintenance et l'entretien d'un ouvrage public.* ». Les termes de la décision 461 DC sont sensiblement identiques.

²⁴⁴ Ces auteurs prennent aussi argument du que le Conseil constitutionnel ne répond ensuite qu'au moyen de l'atteinte au principe d'égalité, ce qui tendrait à prouver que seul ce principe est constitutionnel.

²⁴⁵ Il semble que cette position soit aussi celle de L. FAVOREU & Alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, *Dalloz coll. Précis*, 2^e ed. 2002, n° 274-279, spé. n° 279 qui expriment pour le moins un doute sur la solution de la décision.

²⁴⁶ Le fait que le Conseil précise les « *principe ou règle de valeur constitutionnelle* » peut laisser entendre que la libre concurrence – qu'il n'a pas qualifié de « principe » dans sa décision 2001-450 DC – pourrait bien être une des ces « règles » de valeur constitutionnelle.

²⁴⁷ D'autant que, comme on l'a vu, certains auteurs comprennent la libre concurrence comme une partie, comme un corollaire, de la liberté d'entreprendre qui, elle, a valeur constitutionnelle.

C) Vers un principe de mise en concurrence propre à la commande publique ?

894. Les liens qui existent entre les principes d'égalité et les principes du droit de la concurrence ainsi que les spécificités de la commande publique conduisent à proposer la reconnaissance d'un *principe de mise en concurrence de la commande publique* (1). Celui-ci impose des obligations de publicité pour tous ces contrats (2), publicité qui se traduit de différentes manières que l'on trouve déjà aujourd'hui dans les textes et la jurisprudence (3). Cela conduit à reconnaître la commande publique comme un droit doublement concurrentiel (4).

1) La « mise en concurrence », modalité de la concurrence propre à la commande publique

895. La commande publique s'insère aujourd'hui dans l'ensemble très vaste du droit de la concurrence. Elle en est pourtant une modalité bien spécifique. Cela nous conduit à penser que le principe de « libre concurrence » y prend une valeur et des concrétisations particulières. Il nous semble que l'on peut observer les effets d'un principe de « mise en concurrence », corollaire du principe de libre concurrence²⁴⁸, qui ne serait applicable que dans notre matière et qui serait le fondement d'un certain nombre d'obligations que l'on retrouve – ou que l'on devrait retrouver – dans l'ensemble de la commande publique²⁴⁹.

896. Le marché public est aussi un marché au sens économique du terme, c'est-à-dire le lieu de rencontre de la demande et de l'offre. Les juges de la concurrence vont même loin dans cette analyse puisque, dans l'application du droit « classique » de la concurrence aux actes administratifs, ils considèrent, lorsque ces actes sont issus de procédures de passation propres à la commande publique, que c'est l'étendue des prestations du contrat qui constitue le « *marché pertinent* » pris en compte pour savoir s'il y a, ou non, pratique anticoncurrentielle²⁵⁰. Cette considération va même contre les critères classiques de détermination du marché pertinent, et notamment le caractère substituable

²⁴⁸ Lui-même fondé en notre matière sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 si l'on s'en réfère à l'avis du Conseil d'État *Jean-Louis Bernard Consultants*. Précité note 52

²⁴⁹ C'est avec plaisir que nous constatons une opinion proche de celle que nous développons ici dans l'article de O. GUÉZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *CP-ACCP*, n° 20, mars 2003 pp. 43-47.

²⁵⁰ Rappelons rapidement que le « marché pertinent » est l'ensemble des activités économiques substituables entre-elles qui va permettre de déterminer les personnes qui sont effectivement en concurrence et qui sont, partant, acteur sur ce marché. Par exemple, on peut se demander si les briquet et les allumettes font partie du même marché afin de savoir si l'entreprise qui regroupe l'essentiel des activités d'allumettes est en situation de position dominante ou si l'on peut considérer qu'elle est en concurrence avec les entreprises qui produisent des briquets. Si l'on considère qu'il s'agit de deux marchés distincts, l'abus de position dominante peut être éventuellement prouvé dans le cadre du marché des allumettes ; si l'on considère qu'il s'agit d'un seul marché, l'absence de position dominante de l'entreprise exclue qu'il y ait abus de position dominante.

des produits²⁵¹. Ainsi, si la personne passant un contrat de la commande publique ne prévoit pas d'accepter les « variantes », on peut considérer que des produits « substituables » ne font pas partie du « *marché pertinent* » alors qu'ils y auraient été incorporés dans le cadre d'une analyse du « *marché pertinent* » en dehors de la commande publique. S'il y a marché économique dans les deux cas, les « marchés » de la commande publique ont donc une spécificité justifiée par certaines règles particulières²⁵².

897. Dans le cadre de ces « marchés économiques spécifiques » que sont les contrats de la commande publique, il nous semble que l'on peut remarquer une quasi-constante : l'application de procédures minimum d'organisation de ce marché. Cela nous conduit à estimer qu'il y a en la matière l'application d'un « principe de mise en concurrence » dont il faut déterminer le sens et la portée.

898 Ce principe de mise en concurrence a un sens qui se justifie par des considérations économiques et au regard du principe de libre concurrence. Ce dernier pose en effet que sur un « marché », les concurrents doivent pouvoir bénéficier d'une liberté d'activité et d'une égalité dans la comparaison des offres. Le « marché » que constitue un contrat de la commande publique doit par conséquent bénéficier de ce principe. Or, si les offreurs sont la plupart du temps en nombre, le demandeur est unique : il s'agit de la personne passant le contrat. C'est donc à elle d'organiser la concurrence, elle passe du statut « d'opérateur » sur le marché à un statut hybride « d'opérateur-régulateur »²⁵³. L'efficacité du principe de libre concurrence sur ce marché commande donc que la personne publique joue son rôle de régulateur, c'est-à-dire qu'elle « organise » la concurrence sur le marché²⁵⁴.

Le principe de libre concurrence est par conséquent la source d'un principe qui s'impose à la personne passant un contrat de commande publique, principe que l'on appellera le « principe de mise en concurrence » et qui consiste à organiser le marché.

²⁵¹ CA Paris, 31 octobre 1994, *UGAP c/ SA CAMIF, Contrat-Concurrence-Consommation*, février 1995, commentaire n° 29 de L. VOGEL, et CA Paris, 13 janvier 1998, mêmes parties, *JCP (G)*, 1998.II.10217, et *JCP (E)* 1999, n° 8 p. 375, notes S. GRANDVUILLEMIN. Par ailleurs, G. BEDOS, in « Transparence et marchés publics », *LPA*, n° 110 du 13 septembre 1995 précise pour sa part avant l'arrêt UGAP que la « définition du "marché pertinent" appliqué aux marchés publics » pour le Conseil de la concurrence est « la rencontre entre une demande spécifique et des offres substituables constitue un marché ».

²⁵² Il existe, selon la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 31 octobre 1994 précité, une « spécificité, par rapport à toute autre clientèle, de la clientèle des acheteurs publics [...] tenue à un ensemble de règles contraignantes, pour le fournisseur comme pour elle-même ».

²⁵³ J.-P. GOHON, in « le Code des marchés publics est il toujours un code de la mise en concurrence », *Marchés Publics*, n° 234 juin 1988 p. 11, écrit que l'acheteur public est un « animateur de la concurrence ».

²⁵⁴ Nous empruntons le terme d'efficacité à la terminologie de l'économie du droit. Il s'applique spécialement ici dans la mesure où le cocontractant qui est aussi partiellement régulateur est chargé d'assurer l'optimisation des bénéfices qu'il peut tirer de ce marché. Cf. T. KIRAT, *économie du droit*, ed. *La découverte*, 1999 ; A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Ed. *Panthéon-Assas, droit comparé*, 2002 ; D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, *Lamy et Puf*, 2003, V° *Économie et droit* par CH. JAMIN.

2) Portée de ce principe et obligations de publicité en découlant

899 Quelle est alors la portée de ce principe ? Autrement dit, quelles sont les procédures d'organisation du marché requises par ce principe ? Si l'on se réfère aux seuls marchés publics, on pourrait en tirer une obligation générale de mettre en place une procédure de passation relativement lourde et qui contraindrait par son résultat la personne passant le marché²⁵⁵. Cette portée ne saurait être retenue pour l'ensemble de la commande publique, les délégations de service public notamment, bien que mettant en place une procédure longue, ne sont pas soumises à une procédure qui contraint la personne publique dans son choix final. Elle n'a pas à suivre automatiquement l'avis d'une commission d'appel d'offres. En revanche, une interprétation très légèrement diminuée de ce principe peut être retenue pour l'ensemble de la commande publique.

900. Le principe de mise en concurrence peut ainsi être interprété comme imposant, par la mise en place de procédures organisées, l'existence d'un marché économique qui assure une concurrence libre et égale. Cela a pour conséquence que la personne voulant passer le contrat mette en concurrence plusieurs offres, cela notamment à la suite de procédures de publicité. Deux étapes sont au minimum nécessaires. La première est le développement d'une procédure de publicité. Celle-ci peut être très large, par publication notamment, ce qui permet de l'adapter à la complexité et surtout aux enjeux économiques du marché. Elle peut aussi s'effectuer par simple affichage, ou de manière bien plus réduite par l'envoi de simples lettres aux concurrents potentiels. On touche d'ailleurs ici le point de contact entre la publicité et la mise en concurrence : envoyer des lettres afin de faire la publicité minimum d'un marché revient, paradoxalement puisqu'il s'agit d'une publicité on ne peut plus réduite, à déjà les mettre en concurrence. Ce qui différencie à notre sens la publicité de la mise en concurrence, c'est la possibilité qui est donnée aux opérateurs de ne pas répondre à cette publicité ; en revanche, dès lors qu'ils y répondent, il s'agit déjà d'une mise en concurrence. La diversité des modes de publicité pose un problème de sécurité juridique, voire d'égalité.

La question pourrait se poser de savoir si la meilleure publicité ne serait pas très formalisée. Une telle position conduirait à revenir sur l'absence d'obligation de publicité pour les plus petits marchés, en considération du fait que cela permettrait aux opérateurs économiques de savoir où ils peuvent trouver les informations sur les futurs marchés. Il nous semble que cette solution radicale n'est pas la bonne. Il est possible d'être plus subtil, et notamment pour les petits marchés, d'obliger à une certaine forme *réduite* et *adaptée* de publicité. L'idée maîtresse pour savoir quelle forme serait la mieux adaptée consistant à vérifier qu'elle conduise à la création d'un « marché pertinent » au sens économique du terme.

²⁵⁵ Encore faudrait-il réserver pour les « marchés publics » au sens du code les cas dans lesquels, par exception à ce principe, la procédure est fondée sur une liberté de choix du cocontractant. Ces derniers, appelés historiquement « marchés par (ou sur) entente directe », puis « marchés de gré à gré » puis « marchés négociés » et enfin « marché sans formalité préalable » sont effectivement présentés dès la loi de 1833 et les ordonnances de 1836 et 1837 comme des exceptions à l'adjudication.

901. Par ailleurs, la seule obligation de publicité serait vaine si l'on ne lui associait pas une obligation, pour le commanditaire, de comparer les offres qu'elle a ainsi fait naître. C'est cette deuxième étape qui donne aux principes concurrentiels une influence aussi forte sur les procédures que le principe d'égalité tel que nous l'avons analysé dans la première section. Deux nuances doivent être apportées sur cette seconde phase. D'une part, la mise en concurrence n'est pas obligatoirement extérieure, c'est-à-dire qu'elle ne requiert pas nécessairement une commission d'appel d'offres qui va imposer son choix à un organe délibérant. D'autre part, la mise en concurrence n'est pas obligatoirement formalisée de manière aussi stricte que pour les appels d'offres actuels²⁵⁶. Il suffit que l'autorité passant le marché mette effectivement en concurrence les offres qu'elle a reçues. La seule réserve à cela est une question de preuve, il faudra en effet que cette autorité puisse démontrer qu'elle a non seulement comparé effectivement les offres, mais aussi qu'elle l'a fait dans des conditions égales. On retrouve alors l'importance de la publicité qui, quelle que soit sa forme, devra donner par avance les critères de sélection afin d'assurer l'égalité de traitement, mais la preuve de la comparaison semble pouvoir être apportée par un acte motivé présentant le choix et ses motifs.

3) Les effets actuels du principe de mise en concurrence

902. La réalité de ce principe de « mise en concurrence », son application en droit positif est tangible dans la doctrine (a) comme dans les textes (b).

a) La prise en compte d'un principe de mise en concurrence par la doctrine

903. Les commissaires du gouvernement²⁵⁷ qui ont rendu des conclusions en matière de commande publique ont à plusieurs reprises évoqué un « principe de mise en concurrence », et même si l'on pousse l'analyse, cantonné aux limites que nous avons dites. Dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, le commissaire du gouvernement THÉRY a estimé que « le principe de mise en concurrence des marchés publics est l'un des plus constants du droit des marchés publics »²⁵⁸. Trois ans plus tard, le

²⁵⁶ C'est à notre avis dans ce seul sens qu'il faut interpréter l'arrêt CE Sect. 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, rec. p. 326 lorsqu'il précise qu'« aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence lors de la passation de leurs contrats d'assurances ». Il nous semble qu'il y a bien une obligation de mettre en concurrence, au moins de façon interne, mais pas, effectivement, de mettre en place une procédure (le terme de « recourir » peut aller dans le sens de cette interprétation).

²⁵⁷ La doctrine est essentiellement issue sur ce point des commissaires du gouvernement. L'article de J.-P. GOHON intitulé « Le Code des marchés publics est-il toujours un code de la mise en concurrence », *Marchés publics*, n° 234, juin 1988, p. 11 n'aborde pas la « mise en concurrence » comme nous le faisons ici.

²⁵⁸ CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des Architectes*, rec. p. 197, la table des matières du Lebon donne une fausse référence pour la publication des conclusions, nous nous référons donc à la citation de Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, *Droit des marchés publics*, ed. du Moniteur, fasc. III.103.2/1

commissaire du gouvernement M. DANDELLOT semble revenir sur cette appréciation en estimant que « *si la généralisation de l'appel à la concurrence est évidemment une règle de bonne gestion [...], il nous semble difficile de consacrer en la matière un principe général du droit* »²⁵⁹. Les deux appréciations peuvent pourtant être combinées puisque la seconde vise « l'appel à la concurrence », en tant que procédure formalisée, alors que la première se réfère à un principe plus général de « mise en concurrence des marchés publics » qui conduit à devoir mettre en concurrence sans préciser la façon dont cela doit être fait. D'autres conclusions, de M. SAVOIE celles-ci, insistent d'ailleurs depuis sur le fait que les procédures formalisées de passation ne sont que l'application du principe de « libre concurrence », et nous avons dit que nous considérons le principe de mise en concurrence comme un corollaire de la libre concurrence²⁶⁰.

b) La prise en compte d'un principe de mise en concurrence par les textes

904. Le droit positif se développe aussi dans le sens de la généralisation d'un principe de mise en concurrence. Le droit communautaire présente la publicité comme un principe, l'arrêt *Beentjes* ne fait aucun doute sur ce point²⁶¹. Pour ce qui est du droit interne, c'est tout d'abord ce qui ressortait des articles 108 et 314 du Code des marchés publics de 1964 qui prévoyait qu'en l'absence de marché de définition, les marchés d'études conclus au nom de l'État étaient passés « *dans toute la mesure du possible après une mise en compétition* »²⁶². Plus encore, on trouve des jurisprudences se référant au « *principe de libre concurrence entre les candidats* » afin de sanctionner une procédure de passation qui, sans être expressément contraire aux procédures de passation, est contraire à leur esprit²⁶³.

905. Mais c'est surtout du Code des marchés publics de 2004 qu'est venue l'évolution majeure dans ce sens. Ainsi, si l'on s'en réfère à son article 28, on voit

²⁵⁹ CE Sect. 12 octobre 1984 *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, RFDA, 1985 p. 13, concl. M. DANDELLOT

²⁶⁰ Cf. les conclusions H. SAVOIE sur CE Ass. 9 avril 1999 *Mme Toubol Fischer et M. Bismuth*, RFDA 1999, n° 5 pp. 952-964, spé. p. 960 : « *le code des marchés publics contient pour une bonne part des règles relatives à la procédure de passation des contrats tendant à faire respecter notamment les principes de transparence, d'égalité entre les candidats et de libre concurrence* »

²⁶¹ CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, pt. 21 « *En vue de satisfaire à l'objectif de la directive d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs* ». rec. p. 4635

²⁶² Art. 108 et 314 de l'ancien Code des marchés publics. Ces articles sont issus, pour le premier de la codification du décret n° 62-928 du 3 août 1962 et pour le second de l'intégration dans le code d'un décret n° 66-887 du 28 novembre 1966. Ces articles ont été modifiés ensuite pour rendre l'appel d'offre obligatoire par le décret n° 78-494 du 31 mars 1978 (*J.O.* du 4 avril 1978), décret contesté dans l'arrêt de rejet CE Ass. 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, req. 12.851, rec. p. 198

²⁶³ Cf. CE 19 décembre 1969, *Société Socosat*, rec. p. 594. L'affaire portait sur une modification du nombre d'habitation à construire par les entreprises à la demande d'un office d'HLM. Le jury avait procédé à l'ouverture des plis avant cette modification. Le Conseil d'État a considéré que le fait que le jury ait maintenu en concurrence cinq des candidats portait « *atteinte au principe de libre concurrence entre les candidats* ».

apparaître la procédure dite « adaptée »²⁶⁴ qui semble être la conséquence la plus directe et effective de la reconnaissance du *principe de mise en concurrence*. Elle conduit en effet à laisser une part de liberté aux personnes publiques dans le choix de la mise en concurrence, ce qui sous entend que l'on ne fait plus prévaloir la procédure elle-même mais bien l'idée, le principe qui la justifie. Certes, cette liberté n'est pas totale, et en cela l'article 28 impose une « procédure » au sens formel²⁶⁵, mais il montre bien le développement du *principe de mise en concurrence*, ce dernier, parce qu'il est reconnu, permettant à lui seul de sanctionner, donc de se passer d'un formalisme par trop contraignant. C'est à l'aune du principe lui-même, c'est-à-dire de la réalité de la concurrence sur le « marché » du marché public que le juge administratif va juger de la pertinence, de l'adaptation des procédures de mise en concurrence. C'est au regard du principe qu'il va par exemple juger de l'adaptation d'une publicité dans un journal local ou national, en jugeant de la réalité de la concurrence : si le journal local permet à un nombre suffisant d'entreprises d'être au fait du marché pour permettre une réelle concurrence, cela suffira ; si tel n'est pas le cas, la publicité devra être étendue géographiquement ou à plusieurs revues.

906. Il ne faut enfin pas oublier le rôle des exceptions à l'application des procédures. Ainsi, on sait que dès les premières réglementations sur les marchés publics, qu'elles soient générales durant le premier tiers du XX^e siècle ou qu'elles soient sectorielles auparavant, on trouvait des exceptions aux procédures de mise en concurrence. Il en était – et en est encore – notamment ainsi des marchés secrets de la défense ou des marchés nécessitant une certaine rapidité comme ceux d'achat de denrées périssables. À ces hypothèses il faut aussi ajouter, bien évidemment, les marchés en dessous de certains montants. Dans ces cas précis, on peut estimer que d'autres intérêts limitent la portée du principe de mise en concurrence. Pourtant, il semble que le développement du principe devrait de plus en plus faire évoluer la « liberté » des personnes passant des contrats sans formalité. L'effet logique du principe est en quelque sorte une adaptation de la mise en concurrence au marché, ce qui sous entend que, même secret, le marché est susceptible de subir une mise en concurrence, ne serait-ce par exemple qu'entre les deux ou trois entreprises du secteur. La comparaison, même secrète, doit être une obligation pour le ministère de la Défense. Certes, la question se pose des recours contre ces actes secrets, recours par essence impossible à ouvrir aux tiers. La mise en place de contrôles non-juridictionnels pourrait peut-être dans ces cas pallier utilement l'absence de recours classiques (on peut penser à des contrôles par des commissaires aux armées regroupés dans un bureau à cet effet). Le Code des marchés publics va d'ailleurs parfaitement dans ce sens si l'on analyse les procédures négociées telles qu'elles sont posées par l'article 34 actuel qui, comme nous l'avons déjà analysé, tendent le plus possible vers une publicité ou

²⁶⁴ Article 28 : « I. - Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. »

²⁶⁵ Sur Conseil d'État point, cf. C. EMERY, « Les seuils et la publicité dans le code rénové », *AJDA* 2004 n° 7 pp. 368-370

une concurrence minimum, à tel point que le cas de procédures véritablement libres est très rare²⁶⁶.

907. On pourrait trouver d'autres cas dans lesquels on constate objectivement l'effet d'un principe de « mise en concurrence » propre à la commande publique²⁶⁷, mais la généralisation de celui-ci n'est pas encore un acquis, d'autant que, comme les autres principes applicables à la commande publique, ses effets dépendront de sa valeur. S'il est reconnu comme un principe général du droit, il pourra sanctionner les procédures de passation qui ne le respectent pas ainsi que les textes réglementaires qui régissent la commande publique²⁶⁸. Cette valeur nous semble aujourd'hui être un minimum, le droit positif arrivant à cette solution en passant par le *principe de libre concurrence* ou en visant la « mise en concurrence » sans lui reconnaître une valeur de principe tout en le fondant sur des textes. Si ce principe est un jour reconnu comme un « principe de valeur constitutionnelle », c'est alors qu'il prendra tout son intérêt puisqu'il s'imposera à tous les textes, y compris les textes législatifs qui sont notamment requis pour les délégations de service public ou la réglementation des contrats de droit privé en l'absence de délégation législative.

Le principe de mise en concurrence s'applique aux procédures de passation dont il constitue un fondement et donne les limites *a minima*. Cela n'empêche pas par ailleurs le droit de la commande publique d'être soumis, comme le reste du droit administratif, au droit de la concurrence plus classique. Cela fait du droit de la commande publique un droit « doublement concurrentiel ».

4) La commande publique, un droit doublement concurrentiel

908. Le droit de la commande publique est par lui-même un droit de la concurrence²⁶⁹. Il n'est pourtant qu'un droit de la concurrence spécial qui s'insère dans un

²⁶⁶ On peut en réalité les limiter aux cas de l'article 30 du Code des marchés publics qui dispose que « *Quel que soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230000 € HT [Ce dernier point étant l'application du droit communautaire].* » Encore pourrait on avoir une interprétation du code qui met en avant l'article 1^{er} de celui-ci et considérer au moins que le principe d'égalité d'accès s'applique en la matière nonobstant le caractère restrictif de ces dispositions.

²⁶⁷ C'est par exemple le cas de l'article 15 du Code des marchés publics qui dispose que « *Sans préjudice des dispositions des articles 35, 68 et 71 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* »

²⁶⁸ Et, pour l'instant au moins, on sait que le Code des marchés publics en fait partie, cela y compris pour réglementer les marchés des collectivités locales, par effet d'une délégation législative tirée du Décret-Loi du 12 novembre 1938. Cf. CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, req. n° 238039, *AJDA*, 2003, n° 14, p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, p. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note PH DELELIS ; *Droit administratif*, mai 2003, Comm. n° 105 p. 23 A. MÉNÉMÉNIS.

²⁶⁹ Le professeur L. RICHER exprime la même idée dans son article « L'application du droit de la concurrence aux marchés publics », *CJEG* 1989 pp. 295-307 lorsqu'il écrit « *À dire vrai, le droit des*

droit de la concurrence plus général qui est lui aussi appliqué aux activités de la commande publique. En la matière, les deux types de règles se cumulent, le spécial ne dérogeant en rien au général, même s'il est quelque peu adapté.

C'est ainsi que le droit des ententes, des abus de position dominante, des concentrations économiques s'applique aux situations régies par des contrats de la commande publique dans les mêmes conditions que pour le reste des activités privées et publiques. Cette situation n'étonnera que peu pour ce qui concerne les contrats de la commande publique soumis au droit privé qui sont le cadre le plus fréquent des atteintes à la concurrence. Au fond, on est plus étonné de savoir qu'il existe des contrats de la commande publique soumis au droit privé que de savoir que ces derniers sont soumis au droit classique de la concurrence. On peut l'être plus de voir que l'évolution des principes libéraux que nous avons décrite a conduit à leur application non seulement dans le cadre des contrats des personnes publiques, mais aussi dans celui des contrats entre personnes publiques²⁷⁰.

909. Les années 1990 ont été sources de modifications nombreuses et abondamment commentées. Si auparavant on trouvait des applications du droit de la concurrence aux marchés publics, cela même avant l'ordonnance de 1986 dont l'article 53 prévoit expressément que les règles de concurrence s'appliquent aux personnes publiques dans le cadre de leur activité économique²⁷¹, la soumission étendue des personnes publiques au droit de la concurrence date de l'arrêt *Ville de Pamiers*²⁷² et de ses suites. On peut bien évidemment voir en la matière une extension du champ d'application du droit de la concurrence sous l'influence du droit communautaire pour lequel le droit public ne conduit pas, par essence, à une inapplicabilité de la concurrence. Il faut en réalité distinguer deux choses : d'une part la personne publique qui agit en tant qu'opérateur économique, d'autre part la personne publique qui, en prenant des actes administratifs, est susceptible de porter atteinte à la concurrence.

910. Le premier cas correspond, en droit de la commande publique aux personnes publiques qui *répondent* à un marché ou une délégation. Elles exercent alors en effet une activité économique et sont soumises au droit de la concurrence par application directe de l'article 53 de l'ordonnance de 1986, devenu l'article L. 410-1 du code de

marchés publics fait partie du droit de la concurrence même si ses mécanismes d'application ne sont pas ceux de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. »

²⁷⁰ Cf. CH. MAUGÜÉ, « Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », *AJDA* 2003 p. 981-982, n° 19 et nos développements à la fin de la première partie. Pour revenir sur un point que nous évoquions auparavant, cette extension et d'ailleurs un indice concret de la très grande valeur juridique du principe de libre concurrence qu'il ne nous paraît pas objectivement possible de considérer comme infra constitutionnel, d'autant qu'il subit forcément des limitations nombreuses en application des conciliations qu'il convient de faire entre lui et les autres principes, notamment sociaux.

²⁷¹ En témoigne la thèse de A. LAGUERRE, *Marchés publics et concurrence*, th. Paris 10, préface de CH. BRÉCHON-MOULÈNES 1984, spé. pp. 115-122, qui cite des arrêts de la commission technique des ententes au sujet des marchés publics

²⁷² TC 6 juin 1989, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris et SAEDE*, dit affaire de la *Ville de Pamier*, *RFD* 1989, p. 465, concl. Stirn ; *AJDA* 1989

commerce²⁷³. Cela est bien entendu valable pour toutes les personnes publiques, que cela soit l'État, les collectivités locales ou les établissements publics²⁷⁴.

911. Le second cas correspond aux personnes publiques *passant* des marchés publics. La modification de l'article 53 en 1995 vise justement ces situations dans lesquelles, en passant un contrat, on peut considérer que la personne publique va porter atteinte à la concurrence. Il s'agit alors pour le juge de la concurrence – en l'occurrence le juge administratif²⁷⁵ – de juger de la légalité d'un acte administratif, le contrat²⁷⁶, au regard des règles et principes de la concurrence qui font clairement partie de son bloc de légalité depuis 1997²⁷⁷. Le juge va alors se demander si le contrat porte effectivement atteinte à la concurrence ; cette atteinte pouvant prendre deux formes : soit le contrat met en place un monopole trop large ou trop long, notamment lorsqu'il s'agit d'une délégation de service public²⁷⁸, soit, et c'est le cas le plus courant, le juge va considérer que le contrat met automatiquement le cocontractant dans une situation dans laquelle il va abuser de sa position dominante.

912. Le contrôle des contrats de la commande publique au regard du droit de la concurrence, s'il s'insère dans le cadre général du contrôle des règles concurrentielles pour l'ensemble du droit administratif, comprend toutefois des spécificités propres à notre matière. Ces dernières ne sont pas des exceptions mais des modalités quelque peu

²⁷³ Art. L. 410-1 C. Com. « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». La fin de cet article est issue d'une modification de l'article 53 avant son intégration dans le code par la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

²⁷⁴ Pour une série d'arrêt concernant les différentes personnes cf. J.-PH. COLSON, *Droit public économique*, 3^e ed. 2001, *LGDJ coll. Manuel*, n° 460 p. 473.

²⁷⁵ Le Tribunal de conflits a clarifié les compétences en matière de concurrence, par un arrêt TC 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, rec. p. 469, req. 03174, *AJDA*, 1999, p. 996, chr. P. FOMBEUR et M. GUYOMAR ; note M. BAZEX (p. 1030) ; *RFDA*, 2000, p. 567, note Y. LAIDIÉ ; *LPA*, 27 avril 2000, p. 4 note A. GUEDJ. On peut s'amuser de voir que la répartition des compétence en la matière a plus été compliquée que simplifiée par la loi du 20 décembre 1986 qui en a transféré une partie à la cour d'appel de Paris, ce que le Conseil constitutionnel justifiait à l'époque par les nécessités d'une « bonne administration de la justice » (décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *GDCC*, 12^e ed. n° 41). Sur ce point, voir l'article de référence : P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à J.-M. Auby*, Paris, *Dalloz*, 1992, p. 47

²⁷⁶ L'acte attaqué sera bien évidemment le plus souvent un acte détachable du contrat, sauf bien entendu les cas habituels de déféré préfectoral contre le contrat directement ou de recours des cocontractants évincés contre les clauses réglementaires en cas de délégations de service public.

²⁷⁷ CE 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, rec. p. 406 ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. J.-H. STAHL « l'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ». Ce contrôle par le juge administratif a été étendu aux actes individuels par l'arrêt CE 26 mars 1999, *Sté EDA*, rec. pp. 95 et 107, concl. J.-H. STAHL.

²⁷⁸ La tendance actuelle est en la matière à l'utilisation des « principes de la commande publique » directement issus du Code des marchés publics, même pour ce qui concerne les délégations de service public. Cf. CAA Nantes, 27 juin 2003, *Communes de Contres*, n° 00NT00635, aux Tables du recueil, dans lequel « l'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention [service public de la distribution d'eau] a pour effet d'entacher de nullité l'ensemble de ses clauses » et ce du fait d'une « atteinte excessive [...] aux règles générales destinées à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures [...] ».

particulières qui nous font dire que la commande publique est véritablement soumise à un double droit de la concurrence : le droit commun et ses dispositions propres.

913. La première spécificité est particulièrement intéressante : on ne peut annuler un acte de la commande publique²⁷⁹ pour atteinte à la concurrence que si les manquements sont commis par l'autorité responsable de la passation du contrat, que cela soit dans le cadre d'un contentieux de l'excès de pouvoir²⁸⁰ ou en référé précontractuel²⁸¹. Cela exclut notamment toutes les atteintes au droit de la concurrence faites par les cocontractants de l'administration. Par exemple, une entente des cocontractants ayant conduit à se répartir les différents marchés d'un secteur ne saurait être une atteinte à la libre concurrence pouvant fonder l'illégalité de l'acte administratif, sauf à considérer l'entente comme ayant vicié le consentement de la personne publique²⁸². Dans ce cas, l'acte n'est pas la source de l'atteinte à la concurrence, il en est en quelque sorte la « victime », et l'autorité passant le contrat n'est pas en cause. Le seul cas dans lequel il faut nuancer cette solution est celui dans lequel la personne publique pouvait analyser un comportement comme portant atteinte à la concurrence et qu'elle a participé à cette atteinte en prenant l'acte administratif en cause, ce qui correspond à une acceptation implicite du comportement, voire à une complicité. C'est de cette situation que le juge administratif des référés a eu à traiter dans une ordonnance du tribunal administratif de Rennes du 28 avril 2000²⁸³. En l'espèce, la commune a accepté l'offre d'un groupement conjoint des deux plus grandes entreprises d'un secteur alors qu'il n'était pas évident que ce groupement fût justifié par des raisons techniques, ce qui est, selon la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, la marque d'une entente²⁸⁴. En

²⁷⁹ Nous entendons par là non seulement le contrat lui-même mais aussi ses éventuels actes détachables.

²⁸⁰ L'arrêt CE 15 novembre 1996 *Société « Guadeloupe entretien et maintenance »*, req. 159520, rec. T. p. 1010 ; *RDI*, 1997 p. 73, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE ; *Dalloz*, 1997, somm. p. 294 obs. PH. TERNEYRE ; va pour la première fois dans ce sens à l'occasion d'un recours contre la décision de la commission d'appel d'offre du centre hospitalier régional de Pointe-à-Pitre. Les requérants invoquaient la connaissance de l'offre du concurrent évincé par le concurrent retenu, connaissance due à des manœuvres de la seconde et à la trahison d'un employé de la première. Le Conseil d'État a estimé que ces « moyens [étaient] inopérants », en réalité parce que la personne publique n'était en rien en cause dans les pratiques anticoncurrentielles invoquées.

²⁸¹ Cf. CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, req. 206.749 ; rec. p. 265 ; *BJCP*, n° 7, p. 620-627, concl. C. BERGEAL, obs. CH. MAUGÜÉ « considérant que si la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence par l'autorité responsable de la personne délégante peut constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il résulte des dispositions précitées de l'article L. 22 du Code des TA et CAA que les seuls manquements visés par ces dispositions sont ceux commis par l'autorité responsable de la passation du contrat. »

²⁸² Le conseil de la concurrence a déjà sanctionné pour atteinte à la concurrence des entreprises de voirie, assainissement et réseaux divers ayant ainsi eu recours à des pratiques qui « constituent, vis-à-vis des maîtres d'ouvrage, une tromperie manifeste sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ». Cf. *Cons. Conc.* 29 juillet 2002, 02-D-48, point D, 5e considérant ; *BOCCRF* du 30 septembre 2002. Le terme de tromperie est ici caractéristique de l'idée de vice du consentement, c'est donc bien sur le fondement du dol que la personne publique pourrait demander l'annulation du contrat.

²⁸³ TA Rennes, 28 avril 2000, *Entreprise Jean Lefebvre Normandie*, n° 00-697, *BJCP*, n° 14 pp. 77-78 et n° 15 pp. 164 et 170.

²⁸⁴ Cf. par exemple *Cons. Conc.* 7 avril 1998, confirmé par CA Paris 19 janvier 1999 dans l'affaire de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy, cités par CH. MAUGÜÉ,

limitant son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, le juge n'a pas permis de résoudre complètement la question mais on est là dans une hypothèse limite de l'exception.

914. La deuxième spécificité a déjà été abordée précédemment, il s'agit de l'appréciation particulière qui est faite du « marché pertinent » à prendre en compte pour l'application des pratiques anticoncurrentielles. Celui-ci est limité à l'objet du contrat, y compris lorsque cela se fait au détriment de l'application des critères plus classiques.

915. La troisième spécificité est la place que prennent les référés précontractuels dans le contentieux des marchés. Ce recours spécifique à la commande publique a été interprété largement, notamment avec l'assimilation des comportements anticoncurrentiels aux « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public » de l'article L. 551-1 du CJA. Cette extension du champ d'application de l'article a conduit le juge des référés à apprécier aussi la légalité des contrats au regard du livre IV du Code de commerce issu de l'ordonnance de 1986²⁸⁵.

916. La quatrième spécificité de l'application du droit de la concurrence dans la commande publique ne porte que sur les marchés publics au sens strict. Il s'agit du sort réservé par le code lui-même aux pratiques anticoncurrentielles. Les codes de 2001 et 2004 ont été marqués par des références explicites au droit général de la concurrence dans trois articles²⁸⁶, référence qu'on ne saurait interpréter *a contrario* pour refuser l'application du droit de la concurrence mais bien comme la marque de l'interpénétration des deux droits de la concurrence dans le cadre de la commande publique. L'article 6 du Code des marchés publics actuel soumet ainsi la référence à des normes au respect du droit de la concurrence²⁸⁷, et il ne fait aucun doute que le droit auquel il est fait référence est principalement celui du code de commerce issu de l'ordonnance de 1986, auquel il faut ajouter les principes concurrentiels. L'article 51 du Code des marchés publics dispose pour sa part que le recours aux groupements de commande doit respecter « les règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence »²⁸⁸. La référence au titre de l'ordonnance de 1986²⁸⁹ doit s'interpréter à notre sens comme une référence directe à la qualification « d'ententes » de

« Brèves de jurisprudence », *BJCP*, n° 14 p. 75-85, spé. p. 78, commentaire du TA de Rennes précité note précédente.

²⁸⁵ Sur ce point, voir la deuxième partie de l'article de L. GRAVIER et R. ROUX, « Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics », *ACCP*, n° 20 mars 2003 pp. 34-38. Cette extension est issue de l'arrêt CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, req. 206.749 ; rec. p. 265 ; *BJCP*, n° 7, p. 620-627, concl. C. BERGEAL, obs. CH. MAUGÜÉ, précité.

²⁸⁶ À ces références explicites on peut ajouter des références implicites comme l'utilisation de choix multicritères dont la pondération n'est pas indiquée par avance aux personnes répondant au marché. Ces procédures visent en effet uniquement à éviter les ententes dans la mesure où il est bien plus difficile de s'accorder sur une série de critères que sur le seul prix comme c'était le cas lorsque l'adjudication avait un rôle prépondérant.

²⁸⁷ Article 6 : « La référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. »

²⁸⁸ Article 51 : « I. - Les entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence. »

²⁸⁹ Rappelons que la codification de cette ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 dont le titre exact est *relative à la liberté des prix et de la concurrence* dans le code de commerce n'était pas encore effectuée en 2001 et que cet article est repris à l'identique du Code des marchés publics de 2001 dans celui de 2004.