

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique », *Actualité juridique. Droit administratif*, n° 44, 2007, p. 2420-2425.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Secteur public et concurrence : la convergence des droits. A propos des droits de la concurrence et de la commande publique

L'essentiel

L'application du droit de la concurrence aux contrats de la commande publique est aujourd'hui acquise. L'application de ces deux droits de manière simultanée pose cependant la question de leur compatibilité. Le droit des marchés apparaît comme favorisant parfois les pratiques anticoncurrentielles et l'acheteur public comme le régulateur désemparé de son propre marché.




Historiquement, et avant même de devenir un droit des contrats, le droit des marchés publics était un droit budgétaire. L'objectif des procédures de passation était alors de pousser l'État, puis les autres personnes publiques, à dépenser avec parcimonie les deniers publics. Puis ce droit a pris la forme d'un droit des contrats et même, jusqu'au développement du droit communautaire des marchés publics à partir des années soixante-dix, d'un droit des contrats administratifs. L'objectif des procédures était alors l'achat le moins cher, puis l'achat au meilleur rapport qualité-prix, avec le développement de l'appel d'offres au détriment de l'adjudication (1).

A priori, ce droit des marchés publics n'avait rien à voir avec le droit de la concurrence. La personne publique n'est pas ici en situation de vendeur, elle achète. Certes, le droit de la concurrence s'intéresse parfois à l'acheteur (R. Kovar, Les acheteurs institutionnels et le droit communautaire de la concurrence, C. et marchés publics 2007, n° 1, Et. 1), mais lorsque celui-ci est public, le cumul de ces deux éléments conduisait à ignorer le droit de la concurrence général. C'était du moins le cas jusqu'à il y a une dizaine d'années. Depuis, deux évolutions ont conduit à développer les liens entre concurrence et marchés publics.

D'abord, à la suite des arrêts *Inno c/ Attab* rendu par la Cour de justice le 16 novembre 1977 (aff. 13/77, Rec. 2115) et surtout *Million et Marais* rendu par la Section du contentieux du Conseil d'Etat le 3 novembre 1997 (Lebon 406 ; GAJA, Dalloz, 16^e éd., n° 103 ; AJDA 1997. 1012, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud et 1998. 247, note O. Guézou ; D. 1997. IR. 259 ; RFDA 1997. 1228, concl. J.-H. Stahl ; RD publ. 1998. 256, note Y. Gaudemet), de nombreuses études se sont emparées du sujet de l'application du droit de la concurrence aux actes administratifs. Parmi ces actes, les contrats ne sont pas exclus ni par eux-mêmes, ni bien entendu à travers leurs actes détachables.

Ensuite, les marchés publics ont de plus été appréhendés dans leur dimension économique. Dans un premier temps dans leur dimension macro-économique à travers la lutte contre la corruption interne et internationale ; dans un second temps et sous l'influence communautaire, en les envisageant simplement comme des actes de la sphère marchande.

La question de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques s'est beaucoup posée au regard de la distinction des contentieux, à l'occasion notamment de la dévolution du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la cour d'appel de Paris en appel et, partant, à la Cour de cassation ensuite. On sait que ce choix a non seulement été l'occasion de constitutionnaliser l'existence de la

juridiction administrative (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*, GAJA, Dalloz, 16^e éd., n° 93 ; AJDA 1987. 345, note J. Chevallier ; RFDA 1987. 287, note B. Genevois et 301, note L. Favoreu ; RD publ. 1987. 1341, note Y. Gaudemet), mais qu'il a aussi été à l'origine d'un contentieux important et largement commenté sur la compétence du Conseil d'Etat en matière économique (not. T. confl. 18 oct. 1999, *Préfet de la région Ile-de-France c/ CA Paris [Aéroport de Paris]*, AJDA 1999. 996, chron. P. Fombeur et M. Guyomar  ; D. 2000. Jur. 607, note A. Louvaris  ; RFDA 2000. 567, note Y. Laidié .

Aujourd'hui, la question de l'application du droit de la concurrence aux contrats se pose plus largement qu'aux simples marchés publics. Les contrats soumis à des procédures propres de passation sont en effet plus nombreux qu'auparavant : délégations de service public, contrats de partenariats de l'ordonnance de 2004 ou spécifiques à certains secteurs, baux autorisant la construction et constitutifs de droits réels, conventions d'aménagement ou contrats inclus dans l'une de ces catégories (comme les concessions de plage). C'est bien toute la commande publique qui est en cause quand on se pose la question du cumul de ces procédures spécifiques - à la fois contractuelles et de mise en concurrence - et le droit de la concurrence général.

Le droit de la commande publique, en tant qu'il est un droit des contrats, est soumis au droit de la concurrence. D'un côté, la passation et l'exécution de ces contrats sont l'occasion de pratiques anticoncurrentielles de la part des personnes privées ou publiques répondant aux marchés. D'un autre, l'acte administratif contractuel ou ses éléments détachables doivent respecter le droit de la concurrence, alors même que les procédures de passation favorisent parfois les illégalités. Cependant, le droit de la commande publique est aussi par lui-même un droit de la concurrence spécial sur un marché réduit et dont le pouvoir adjudicateur apparaît comme le régulateur.

Le droit de la commande publique, un droit des contrats soumis au droit de la concurrence

Les candidats, publics ou privés, à un contrat de la commande publique sont parfois à l'origine de pratiques anticoncurrentielles réprimées principalement par le Conseil de la concurrence. Limiter les atteintes à la concurrence à cela serait pourtant une erreur dans la mesure où les procédures de la commande publique sont parfois, paradoxalement, sources de pratiques anticoncurrentielles.


Les pratiques anticoncurrentielles des candidats aux contrats de la commande publique




L'activité des personnes qui candidatent à un contrat de la commande publique est une activité d'opérateur sur un marché économique. Comme l'a souvent répété le Conseil de la concurrence, dans le cadre de ces contrats, le marché pertinent est le champ d'application contractuel (par ex. Cons. conc. 6 juin 2006, n° 06-D-13, analyse qui est aussi celle de Com. 13 juill. 2004, Bull. civ. IV, n° 163 ou CA Paris 31 oct. 1994, *UGAP c/ CAMIF*, CCC févr. 1995, n° 29, obs. L. Vogel). Leur caractère onéreux, ainsi que l'activité économique à laquelle ils conduisent en font de plus des actes marchands par nature.




Les pratiques anticoncurrentielles sont avant tout celles que l'on trouve aux articles L. 420-1 et suivants du code de commerce, c'est-à-dire les situations d'ententes ou d'abus de position dominante. Elles sont

parfois aussi une atteinte aux principes du droit de la concurrence en général. Quelle que soit l'hypothèse, c'est principalement la personne répondant à une mise en concurrence par un pouvoir adjudicateur (ou une entité adjudicatrice, aux sens communautaires des termes) qui va effectuer l'illégalité.

La situation classique est celle dans laquelle des personnes privées concluent une entente lors de la réponse à une mise en concurrence. Cela peut prendre la forme soit d'un accord pour soumettre des offres sans prix agressifs, soit d'une répartition des différents marchés. Dans ce dernier cas, le critère de répartition peut être géographique ou plus subtil avec des participations de filiales sous-traitantes d'une entreprise aux marchés gagnés par d'autres, à charge de revanche (TA Paris 16 mars 2004, *Société Renault véhicules industriels c/ Etat*, LPA 2004, n° 237, p. 17, concl. A. Guedj). Rappelons que la simple concertation suffit et que si l'objectif de répartition du marché n'est pas atteint, cela n'empêche pas la condamnation pour entente. La loi NRE (nouvelles régulations économiques) du 15 mai 2001 a renforcé les amendes en cas de pratiques anticoncurrentielles, celles-ci pouvant aujourd'hui aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes, une injonction étant même possible depuis 2004 en cas de non-exécution (cf. art. L. 464-2 I et II C. com.).

Des sanctions ont bien sûr été infligées dans le cadre de marchés publics, même si les marchés, comme les autres contrats de la commande publique, souffrent d'une image qui n'est pas, loin de là, conforme à la réalité. L'une des affaires les plus retentissantes est celle du logiciel Drapo qui a fait l'objet d'une condamnation du Conseil de la concurrence le 22 mars 2006 à l'encontre de 34 entreprises du BTP pour un montant de 48 millions d'euros (décis. n° 06-D-07 du 21 mars 2006 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des travaux publics dans la région Ile-de-France, D. 2006. AJ. 1165 ). Il s'agissait d'une affaire dans laquelle un logiciel permettait à des entreprises de gérer un système particulièrement complexe de répartition des marchés après des « tours de tables » occultes. Quarante marchés furent ainsi faussés, dont certains de la SNCF ou de la RATP (not. la ligne 14 « Météor »). L'entente constituée avait ainsi passablement augmenté les offres et, partant, le prix payé par les personnes publiques. L'action pénale étant prescrite, les entreprises fautives avaient bénéficié d'un non-lieu pénal en 2002, mais la sanction de 5 % du chiffre d'affaires (taux maximum avant la loi NRE) avait été appliquée à Bouygues, Eiffage ou Vinci - par exemple - par le Conseil de la concurrence.

Cet exemple n'est pas le seul, puisqu'on retrouve une condamnation à 33,6 millions d'euros à l'encontre de six entreprises, et principalement Colas, pour les travaux routiers de la Seine-Maritime par une décision du 15 décembre 2005 (décis. n° 05-D-69, D. 2006. AJ. 223  ; v. également decis. n° 05-D-19 du 12 mai 2005 pour une sanction de 17 millions d'euros, D. 2005. AJ. 1411 ). Les très grosses sanctions ne sont pas les seules, en témoigne la décision n° 07-D-02 du 23 janvier 2007 (D. 2007. AJ. 441 ) , relative à des pratiques ayant affecté l'attribution de marchés publics et privés dans le secteur de l'élimination des déchets en Seine-Maritime qui n'a prononcé que 1,398 million d'euros de sanction. Sur les 120 milliards d'euros de marchés publics conclus par an, ces situations restent marginales, même si elles constituent une partie non négligeable du contentieux devant le Conseil de la concurrence.

De manière plus originale, les personnes publiques qui répondent à un appel d'offres d'un autre pouvoir adjudicateur peuvent aussi commettre des pratiques anticoncurrentielles. Il faut d'abord pour cela qu'elles aient une activité en tant qu'opérateur économique. Or, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans un arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* (Lebon 272  ; AJDA 2006. 1592, chron. C. Landais et F. Lenica  ; RFDA 2006. 1048, concl. D. Casas ) , « si les personnes publiques entendent prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le

respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ». Le considérant reprend ensuite non seulement les limites tenant à la compétence de la personne publique et à la carence de l'initiative privée qui correspondent à l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie, mais encore l'obligation, pour la personne publique, d'être dans une situation comparable aux autres opérateurs agissant sur le marché pour ne pas fausser la concurrence. Elle ne saurait ainsi bénéficier des avantages qu'elle peut tirer de ses missions de service public, par exemple des subventions d'équilibre, du régime de la domanialité ou indirectement des droits exclusifs. Pour éviter cela, il doit y avoir une distinction si ce n'est organique, du moins comptable, entre la mission publique et la mission marchande.

En matière de commande publique, cette distinction joue un rôle particulier - mais pas unique - avec les établissements publics industriels et commerciaux ou à double visage, ainsi qu'avec certaines sociétés d'économie mixte. L'avis contentieux du Conseil d'Etat *Jean-Louis Bernard Consultant* du 8 novembre 2000 (Lebon 493 ¹ ; RFDA 2001. 112, concl. C. Bergeal ² ; AJDA 2000. 1066, chron. M. Guyomar et P. Collin ³), rappelle que la personne publique qui répond à un appel à concurrence d'un pouvoir adjudicateur doit respecter le « principe de la liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ». L'apport de cet avis est double : il permet de confirmer que les personnes publiques peuvent répondre à une offre de contrat de la commande publique (l'avis peut être entendu largement, même s'il ne se réfère qu'aux marchés publics et délégations de service public), mais encore de constater que le droit de la concurrence n'est pas seulement dans les dispositions de l'ordonnance, il est aussi dans le principe qui la guide (v. sur ce point, EDCE, 2002, *Collectivités publiques et concurrence*).

Le droit de la commande publique, un droit favorisant parfois les pratiques anticoncurrentielles

Dans deux principales hypothèses, l'application du droit de la commande publique est à la source d'atteintes au droit de la concurrence.

Accord de droits spéciaux et exclusifs et abus automatique de position dominante

Le droit de la commande publique est aussi un droit des actes administratifs et, sans qu'une activité anticoncurrentielle soit nécessaire en amont du contrat ou dans son exécution, ces actes ne doivent pas, par eux-mêmes, porter atteinte à la concurrence et aux pratiques interdites tant par le droit interne que communautaire.

L'hypothèse de l'arrêt *Million et Marais* est en effet parfaitement applicable à l'ensemble de ces contrats. Ainsi, si l'octroi d'une délégation ou d'un marché de service ou fourniture met souvent le cocontractant en situation de position dominante, cette position n'est pas toujours interdite. Parfois cependant, la position dominante ainsi accordée par l'acte administratif met automatiquement le cocontractant de l'administration, qui agit sur un marché concurrentiel, en situation d'abuser de cette position dominante. C'est la théorie de l'abus automatique de position dominante initiée par le droit communautaire (CJCE 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. I-1979, pt 27 ; D. 1991. IR. 155 ⁴) et définie comme la situation dans laquelle : « L'entreprise est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive, ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus » (CJCE 10 déc. 1991, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c/ Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-179/90, Rec. I-5889 ; D. 1992. IR. 42 ⁵). Le Conseil d'Etat qui applique également cette théorie (cf. CE 26 janv. 2007, *Syndicat*

professionnel de la géomatique, AJDA 2007. 744, note S. Nicinski⁽¹⁾) peut ainsi annuler des actes détachables ou des contrats de la commande publique qui accorderaient des droits exclusifs (et notamment des délégations de service public) conduisant le cocontractant à abuser automatiquement de sa position dominante.

Les procédures de passation, sources d'ententes


Les procédures de passation sont parfois sources d'ententes ou autres pratiques anticoncurrentielles. Il ne s'agit pas là de l'hypothèse déjà envisagée dans laquelle les entreprises s'entendent pour contourner une procédure qui devrait sélectionner le meilleur, mais des cas dans lesquels c'est la procédure elle-même qui crée la pratique. Le code des marchés et des procédures proches pour les autres contrats de la commande publique sont en effet susceptibles d'avoir cet effet.

La procédure de l'accord-cadre, issue des directives communautaires et reprise dans le code des marchés de 2006 vise à renforcer l'efficacité de la commande publique (H. Pongérard-Payet et T. Bangui, *La procédure de l'accord-cadre : un nouvel instrument du droit de la commande publique*, AJDA 2007. 1055⁽²⁾). Son application n'est pourtant pas exempte de défauts au regard du droit de la concurrence. Cette nouvelle procédure prévoit que des accords sont conclus entre un pouvoir adjudicateur (au sens du code des marchés publics ou de l'ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005) et un ou des opérateurs économiques afin que le premier présélectionne pour un certain temps des entreprises qui devront ensuite être remises en concurrence sur le fondement de critères précisés dans l'accord-cadre. Ces accords ayant une durée de quatre ans maximum et pouvant être limités à un seul opérateur économique, il nous semble possible de mettre en avant leur caractère anticoncurrentiel. Ils conduisent en effet à la réservation des marchés d'un pouvoir adjudicateur à quelques entreprises pendant cette durée, au détriment de nouvelles entreprises entrantes sur le marché. Plus encore, l'effet anticoncurrentiel le plus important est peut-être que ces accords facilitent les ententes entre les « présélectionnés » qui, se connaissant et sachant que le marché leur est réservé, pourront facilement se répartir les marchés d'application de l'accord en laissant croire à des remises en concurrence très actives et efficaces. Il y aura là un champ de contrôle sérieux et très complexe pour le Conseil de la concurrence.

Le code des marchés et la plupart des autres procédures de passation prévoient que les critères de choix de l'offre la plus avantageuse soient préalablement publiés, avec leur pondération, en amont de la procédure de passation (art. 53-II C. marchés). Cette pratique s'est récemment développée parce qu'elle apparaît comme facteur d'égalité entre les candidats à la commande publique. Comme le Conseil de la concurrence l'a déjà fait, il est pourtant possible sur ce point également, de montrer à quel point cela favorise les ententes entre opérateurs (Cons. conc. avis n° 03-A-05 du 25 avr. 2003 ; n° 00-A-25 du 20 nov. 2000 ; n° 97-A-11 du 5 mars 1997, notamment).


Les entreprises ne sont pas contraintes de répondre seules à une offre, elles peuvent aussi le faire à travers un groupement d'entreprises. Cela se justifie le plus souvent par la multiplicité des compétences nécessaires à la réponse à un marché lorsque celui-ci n'est pas alloti, l'allotissement étant aujourd'hui la règle, rappelons-le. Ces groupements sont autorisés alors qu'ils peuvent être source d'ententes à peine déguisées : soit par des sous-traitances croisées, soit par des réponses en groupement après des premières candidatures concurrentes, soit enfin par la simple négociation et donc l'échange de renseignements entre les entreprises qui, *in fine*, ne se grouperaient plus. Les risques d'atteintes sont si flagrants que l'article 51 du code des marchés publics prévoit que ces groupements peuvent être créés « sous réserve du respect des

règles relatives à la concurrence ».

Les procédures négociées peuvent également être l'objet de ces critiques, au même titre que la constitution de groupements. Ainsi, la négociation avec la personne publique peut permettre de favoriser une entreprise par rapport à une autre, l'égalité entre les candidats devant être un souci constant. Par ailleurs, la concurrence n'est loyale que si la négociation ne conduit pas à donner aux autres concurrents des secrets technologiques ou des informations qui porteraient sur les prix ou les délais d'exécution des autres candidats. Cette question de l'information des candidats se retrouve aussi à la fin de la procédure et pose les mêmes questions (en application de l'art. 83 C. marchés ; cf. par ex. CE 20 oct. 2006, *Syndicat des eaux de Charente-Maritime*, AJDA 2006. 2281, note J.-D. Dreyfus  ; CCC janv. 2007, note C. Prebissy-Schnall).

Enfin, dans le cadre de contrat de longue durée, les atteintes à la concurrence existent par le simple fait que le marché est fermé durant le temps du contrat. C'est ainsi que les articles 40 de la loi Sapin et L. 1411-2 du CGCT prévoient que la durée des délégations de service public est limitée par « la durée normale d'amortissement des installations mises en oeuvre ». Ce même article prévoit d'ailleurs une durée maximale de vingt ans pour les délégations d'eau potable, d'assainissement ou d'ordures ménagères. L'article 16 du code des marchés publics est encore plus explicite : la durée du marché public et ses reconductions « sont fixées en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ». En matière d'occupation domaniale, l'avis du Conseil de la concurrence n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 à propos de la distribution de journaux gratuits estime que le libre jeu de la concurrence nécessite que les autorisations soient régulièrement remises en concurrence.

Quelle que soit l'atteinte à la concurrence que l'on envisage par l'utilisation frauduleuse ou maladroite des procédures de la commande publique, reste que la preuve de l'atteinte est très difficile à apporter. Elle oblige au développement d'une expertise de la part du juge (sur ce point, v. le rapport 2006 du Conseil de la concurrence, partie Etudes thématiques, « La preuve des accords de volonté constitutifs d'entente », pp. 77-138), qui justifie peut-être la répartition actuelle des compétences entre la cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence et le Conseil d'Etat.

Les nombreux débats sur les critères sociaux et environnementaux, ainsi que les conditions d'application du code des marchés aux entreprises coopératives ressortissent tout autant de cette question de l'égalité concurrence. Le concept de discrimination positive porte en lui la question de l'égalité d'accès aux marchés et se doit d'être justifié (L. Richer, SBA à la française, AJDA 2007. 1897 .

Le droit de la commande publique, un droit de la concurrence spécial dont le régulateur est l'acheteur

Le droit de la commande publique est depuis son origine un droit marqué par des procédures de mise en concurrence (cf. G. Kalflèche, *Des marchés publics à la commande publique, l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse Paris II, dactyl., 2004). Si la commande publique s'apparentait alors à une simple technique de bon achat, elle est aujourd'hui clairement rattachée à un droit de la concurrence spécial, droit complémentaire au droit de la concurrence général.

Le droit de la commande publique est un droit de la concurrence spécial

Les procédures de passation des contrats de la commande publique sont qualifiées de « procédures de mise en concurrence », et effectivement, leur objectif est bien de créer un marché (au sens économique) où se rencontrent la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques. D'ailleurs, dans la loi de 1833 et les ordonnances de 1836 et 1837, les marchés que l'on excluait de l'application des procédures d'adjudication, ceux qui sont devenus nos marchés négociés, étaient appelés « marchés par (ou sur) entente directe », terme on ne peut plus explicite. Dès l'arrêt *Servat* rendu aux conclusions L. Aucoc le 9 janvier 1868, le Conseil d'Etat fait par ailleurs une référence directe à la « libre concurrence qui doit exister entre les soumissionnaires »... Lu à l'aune des principes d'aujourd'hui, la proximité avec le droit de la concurrence semblait déjà exister.

Cette dimension concurrentielle a cependant été occultée en France par la doctrine qui s'est concentrée sur la question du caractère administratif ou non de ces contrats, et cela jusqu'au début des années quatre-vingt-dix (not. jusqu'à l'article de L. Richer, *L'application du droit de la concurrence aux marchés publics*, CJEG 1989. 295). Le droit allemand n'avait pas cette tradition doctrinale et a par conséquent inséré les grandes lignes du droit des marchés publics dans son « code de la concurrence » (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) dont elles forment la quatrième partie (§ 97-129), le reste des directives étant inséré dans des textes spéciaux (*die Verdingungsordnungen*).

Cette approche du droit de la commande publique comme un droit de la concurrence à part entière a obligé et oblige encore à des changements de mentalité dans la pratique de l'achat public. Ainsi, l'objectif de la saine concurrence est bien l'efficacité économique et pas seulement de faire une procédure lourde pour éviter les achats trop chers et les détournements. Il y a là une question d'équilibre entre le formalisme classique et une diminution de celui-ci de manière à trouver une procédure efficace. En plus de la nécessité de transposer les directives communautaires, on a dans cette tension la meilleure explication de la multiplication des réformes en matière de marchés publics, et notamment de l'existence de quatre codes différents dans les huit dernières années. La recherche de procédures efficaces avec une part de négociation passe de plus par une meilleure formation des acheteurs publics, notamment locaux. Les concours actuels d'attaché territorial ou des instituts régionaux d'administration sont, sur ce point, très insuffisants.

Ce droit de la concurrence spécial est marqué par la reconnaissance récente de principes propres au droit de la commande publique, mais liés aux principes généraux du droit de la concurrence. C'est d'abord le fait du Conseil constitutionnel qui a consacré la constitutionnalité des principes « rappelés » à l'article 1^{er} du code de 2001, c'est-à-dire la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures (cons. 10), ainsi que « l'égalité devant la commande publique » (cons. 18) dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* (AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme et J.-E. Schoettl[☞]). Il va à cette occasion plus loin que dans ses décisions n° 2002-460 (AJDA 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau[☞] ; D. 2003. SC. 1125, obs. D. Ribes[☞]) et n° 2002-461 DC (D. 2003. SC. 1127, obs. L. Domingo et S. Nicot[☞]) des 22 et 29 août 2002 à propos des partenariats publics-privés spéciaux de la gendarmerie et de la justice. On peut être critique sur les principes retenus, déterminés par décret et assez mal écrits pour avoir été reformulés dans le code des marchés de 2006. Cependant, l'essentiel à noter est que le Conseil reconnaît lui-même que de ces principes découle un « droit commun de la commande publique », ce qui doit être compris comme un droit constitué des procédures de passation, obligatoires en principe. La décision donne comme « base constitutionnelle » au droit de la commande publique les articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789, mais on notera que la

libre concurrence est utilisée par le droit interne (CE 19 déc. 1969, *Société Socosat*, Lebon 594).

Le droit communautaire aussi, voire plus encore, rattache aux principes concurrentiels et à la création du marché intérieur le droit des marchés publics. Il s'agit là du principal apport du fameux arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 (aff. C-324/98, AJDA 2001. 106, note L. Richer¹), qui reconnaît les principes de transparence et d'égalité de traitement à partir des articles 43 et 49 du traité CE. La Cour de justice n'hésite pas à qualifier l'objectif de mise en concurrence des marchés publics de « primordial » (CJCE 12 juill. 2001, *Ordine degli Architetti delle province di Milano e Lodi*, aff. C-399/98, D. 2001. IR. 2873²), la Commission en faisant un principe applicable aux concessions et aux autres marchés non soumis aux directives marchés (cf. les communications interprétatives de la commission des 12 avr. 2000 et 23 juin 2006 ; pour la seconde, v. Europe 2007, n° 7, Et. 18).



L'acheteur public devient un nouveau régulateur



L'acheteur public (le « commanditaire » pourrait-on dire pour toute la commande publique) voit son rôle dépasser la simple passation du contrat et le respect des procédures, il se doit aujourd'hui de prendre en compte, dans des conditions encore mal déterminées, le droit de la concurrence et, partant, d'être le régulateur de son marché.

Dans le cadre des référés précontractuels, on a pu penser, à la suite de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1999 *SA Bouygues* (Lebon 265³ ; D. 1999. IR. 258⁴ ; CJEG 1999. 357, concl. C. Bergeal), que les « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence » requises par le texte même de l'article L. 551-1 du CJA pouvaient comprendre « la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », même si cet arrêt limitait cette possibilité aux manquements « commis par l'autorité responsable de la passation du contrat ». Cependant, dans son arrêt du 5 juin 2007 *Société Corsica Ferries* (AJDA 2007. 1522, note J.-D. Dreyfus⁵ ; Lamy coll. territ. avr. 2007. 29, note F. Tenailleau), le Conseil d'Etat dit expressément qu'il résulte de l'article L. 551-1 du CJA que « la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels ». En somme, il refuse de contrôler en référé précontractuel les pratiques anticoncurrentielles. Il faut dire que la nature et le moment du contrôle du juge des référés précontractuels sont peu propices à l'analyse fouillée du droit de la concurrence. Reste que les principes issus de l'ordonnance peuvent, en plus des principes de la commande publique et de toutes les règles de passation, être invoqués lors d'un référé précontractuel. La nuance est délicate, mais elle permet un contrôle plus souple et moins limité aux conditions de l'abus de position dominante.

Lorsque le juge administratif ne rend pas sa décision en référé, l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 avril 2003 *Fédération nationale des géomètres experts* (Lebon T. 623⁶) laisse entendre que son contrôle est plus poussé. Il précise qu'à l'engagement des procédures, il « appartient à la personne publique responsable du marché public » de s'assurer « que les règles de libre concurrence sont effectivement respectées ». Il s'agit donc de transférer à l'autorité passant un contrat de la commande publique le soin de vérifier qu'elle respecte bien à la fois les règles de passation et le droit de la concurrence. C'est ce type de contrôle qu'avait déjà opéré le tribunal administratif de Bastia (6 févr. 2003, *SARL Autocars Mariani*, AJDA 2003. 738, note S. Palmier⁷). Si cela vaut à l'engagement de la procédure, la solution n'est pas assurée pour le choix du candidat qui est limité par les articles 52 et 53 du code des marchés publics à certains critères, repris et pondérés par l'avis d'appel à la concurrence. Comme Sophie Nicinski (*Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Systèmes, spéc. p. 65), on peut se demander si l'insertion du droit de la concurrence ne pourrait

pas être contraire au code des marchés et, par conséquent, applicable aux autres contrats de la commande publique seulement.

La solution à cette question pourrait alors être dans l'utilisation des principes de la commande publique et, plus largement, des principes du droit de la concurrence. Pour simplifier, pourrait être illégale une procédure contraire aux principes concurrentiels spéciaux ou généraux, quel que soit le moment de la procédure subissant l'illégalité. L'utilisation des principes en plus des procédures elles-mêmes permet de développer un contrôle qui prenne en compte le droit de la concurrence général, sans s'opposer aux dispositions procédurales du code. La plupart du temps, les principes constitutionnels de la commande publique, repris à l'article 1^{er} du code des marchés publics pourront être utilisés (et notamment la liberté d'accès et l'égalité de traitement). Si l'on accepte cette évolution, le rôle de la personne publique acheteuse sera rendu plus complexe, de même que celui du juge administratif. Il ne faudrait pas en effet qu'un soupçon d'entente puisse permettre d'évacuer une offre intéressante, volontairement ou par excès de précaution. Il y a là matière à développer un contrôle de proportionnalité de la part du Conseil d'Etat. La question sera de savoir s'il faudra l'étendre aux référés précontractuels ou le limiter au contrôle de l'excès de pouvoir ou au nouveau contrôle « Tropic » ? En tout état de cause, c'est cette solution du recours aux principes qui a été habilement retenue dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 mars 2006 *Commune d'Houlgate* (Lebon 138  ; AJDA 2006. 751, note J.-D. Dreyfus  ; RFDA 2006. 633, note P. Terneyre), à propos d'une concession de casino rendue irrégulière pour rupture de l'égalité entre les candidats du fait d'une décision du ministre de l'Intérieur.

L'autre solution serait d'interpréter le droit de la commande publique comme une « législation indépendante » des autres dispositions du droit de la concurrence général (code de commerce, mais aussi droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles ou des aides). Cette indépendance des législations permettrait qu'il y ait annulation du marché (par la personne publique ou par le juge ensuite) sur le fondement d'une pratique anticoncurrentielle, même si le contrat était passé régulièrement. C'est la solution qui a été retenue par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 27 février 2006, *Compagnie Ryanair* (Lebon 95  ; AJDA 2006. 519  ; Europe 2006, n° 5, p. 22, note P. Cassia ; C. et marchés publics 2006, n° 4, p. 30, note G. Eckert ; JCP A, n° 12, p. 388, note M. Karpenschif), dans lequel la rémunération de la « prestation de service » de promotion touristique de Ryanair était bien supérieure à ce qu'aurait versé un investisseur privé en économie de marché et par conséquent qualifiée d'aide illégale en se fondant sur le droit communautaire (cf. R. Kovar, Les achats publics et l'interdiction des aides d'Etat, C. et marchés publics 2004, n° 8, Et. 8).

Ces deux solutions - utilisation des principes ou approche par l'indépendance des législations - ne sont pas incompatibles. La seconde, plus sécurisante, sera préférée par les acheteurs pour déclarer une offre irrecevable ou infructueuse selon le moment. Reste que le pouvoir adjudicateur doit faire ce contrôle de l'application du droit de la concurrence général lors de la passation d'un contrat de la commande publique, donc devenir régulateur du marché créé par son contrat, sans quoi il pourra se le voir annuler par le juge administratif.

Bibliographie – pour en savoir plus

- G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 51, 2006 ;
- Conseil d'Etat, *Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence*, EDCE n° 53 ;
- E. Fatôme et L. Richer, « La procédure de passation des concessions d'aménagement », *AJDA* 2007. 409 ;
- L. Gravier et R. Roux, « Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics », *ACCP* mars 2002, n° 20, p. 34 ;
- O. Guezou, « Droit de la concurrence et contrats publics - Contentieux administratif et pratiques anticoncurrentielles », Mélanges « Contrats publics », en l'honneur du professeur Michel Guibal, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 107-140 ;
- O. Guezou, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse sous la direction de C. Bréchon-Moulènes, dactyl., 1998, Université de Paris X-Nanterre, 729 pages ;
- A. Louvaris, « Les contrats des collectivités territoriales et le droit de la concurrence », *C. et marchés publics*, mai 2007, Et. 9, p. 33 ;
- S. Nicinski, « Les évolutions du droit administratif de la concurrence », *AJDA* 2004. 751 ;
- S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Systèmes, 2005, 230 pages.