

Un objectif, deux systèmes

■ L'examen du droit des marchés publics et du droit de la concurrence révèle une communauté d'objectifs qui permet de les rapprocher mais, le droit des marchés publics qui a pour objet principal de définir des règles de mise en concurrence, ne relève pas du droit de la concurrence qui lui est seulement opposable.

Auteur

Laurent Richer, professeur, université de Paris I Panthéon-Sorbonne, avocat au Barreau de Paris

Mots clés

Droit de la concurrence • Droit des marchés publics • Mise en concurrence • Offre • Prix • Entente • Position dominante • Principes de la commande publique • Transparence • Égalité • Opérateur économique •

POUR ALLER PLUS LOIN

- Conseil d'État « Collectivités publiques et concurrence » EDCE 2002, n°53
- S. Nicinski, « Droit de la concurrence », LGDJ, 2005
- L. Richer, « Droit des contrats administratifs » LGDJ, 2006

La prévention et la répression du favoritisme et de la corruption dans les marchés publics a préoccupé le législateur bien avant la lutte contre les trusts et cartels et le droit des marchés publics s'est développé avant le droit de la concurrence, ce qui n'empêche pas qu'existe entre eux une communauté d'objectifs qui incite à les rapprocher.

C'est ainsi que dans son important rapport de 2002 « Collectivités publiques et concurrence » le Conseil d'État traite aussi bien des activités marchandes des collectivités publiques que des cas dans lesquels les personnes publiques sont en situation de demandeur de biens et de services sur le marché. Faut-il aller jusqu'à assimiler, comme on le fait parfois dans le langage courant, soumission à une obligation de mise en concurrence et soumission au droit de la concurrence ?

I. Concurrence et mise en concurrence

Le droit de la concurrence, au sens strict, recouvre le droit de l'antitrust, le droit des concentrations et le droit des aides d'État. Il n'est pas inexact qu'il impose parfois des obligations de mise en concurrence, par exemple pour l'accès à une infrastructure essentielle ou pour légitimer un avantage public accordé à une entreprise, mais, cela reste assez exceptionnel. Les règles de la concurrence ont pour objet principal d'empêcher les pratiques qui perturbent le marché, plus que d'imposer des modalités d'intervention sur le marché et, sauf à faire perdre toute signification à l'expression « droit de la concurrence », il n'est pas possible de considérer que toute norme qui impose une mise en concurrence relève du droit de la concurrence. En particulier, le droit des marchés publics, dont l'objet principal est de définir des règles de mise en concurrence, ne relève pas du droit de la concurrence.

Cette affirmation peut paraître relever de l'évidence et, pourtant, certaines interprétations contemporaines la méconnaissent en introduisant dans le droit des marchés publics des

concepts du droit de la concurrence afin de faire coïncider les domaines des deux droits.

Le droit de la concurrence s'applique en matière de marchés publics, le droit des marchés publics recoupe sur certains points le droit de la concurrence, mais cela n'empêche pas que chacun d'entre eux se développe selon ses propres critères et méthodes.

II. Droit de la concurrence et marchés publics

A) L'application du droit de la concurrence en matière de marchés publics

L'application du droit de la concurrence en matière de marchés publics représente une part importante de l'activité de l'Autorité de la concurrence. Paradoxalement, alors qu'en 1987 la compétence de la Cour d'appel de Paris a été consacrée sur les décisions du Conseil de la concurrence au motif que les affaires dont il aurait à connaître relèveraient du droit privé, il s'avère qu'un nombre important d'affaires concernent des ententes en matière de marchés publics.

Pour autant, les règles applicables au fonctionnement du marché des marchés publics ne deviennent pas des règles du droit public ; ce sont bien les concepts et analyses du droit de la concurrence qui sont utilisés.

L'Autorité de la concurrence est loin de s'être approprié le droit des marchés publics ; on est même surpris du faible nombre de points de passage entre règles de passation et règles de concurrence. Le principal point de contact consiste en ce que la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence a admis que le lancement d'un appel d'offres a pour effet de créer un marché, mais les décisions rendues en matière de marchés publics retiennent aussi d'autres définitions du marché pertinent, selon la situation qui est en cause.

B) Le droit de la concurrence dans le droit des marchés publics

Une certaine symétrie existe entre droit de la concurrence et droit des marchés publics, puisque, de la même manière, le droit des marchés publics ne comporte pas véritablement de renvois aux notions du droit de la concurrence. Même la notion d'offre anormalement basse, qui évoque celle de prix prédateur, diffère de cette notion, compte tenu à la fois de ce que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté d'appréciation du caractère anormal de l'offre et de ce que ce caractère ne tient pas forcément au prix.

Si les notions diffèrent, il n'en demeure pas moins, cependant, que le juge administratif a établi une passerelle entre les deux droits en jugeant que le pouvoir adjudicateur est tenu de prendre en compte l'existence d'une entente ou d'une position dominante, pour ne pas ratifier les résultats d'une entente ou permettre un abus de position dominante. Mais, tout en illustrant l'unité de l'ordre juridique, cette solution marque bien les distances entre les deux droits en ce qu'elle consacre seulement, selon la formule d'Olivier Guézou, l'« opposabilité » des règles de concurrence à l'administration et non l'application de ces règles⁽¹⁾. Les deux droits mènent donc des vies parallèles, tout

en visant un objectif identique, qui est de garantir la satisfaction maximale du consommateur privé ou public en droit de la concurrence, public en droit des marchés publics. Deux systèmes coexistent parce que les fondements diffèrent.

III. Des principes fondateurs différents

A) Droit de la concurrence et liberté

Le droit de la concurrence prévient et corrige les perturbations apportées au bon fonctionnement du marché ; sa norme fondamentale est la liberté d'entreprise et il est symptomatique que le texte fondateur du droit contemporain de la concurrence en France ait été une ordonnance « relative à la liberté des prix et de la concurrence ». Certes, l'égalité n'est pas étrangère au droit de la concurrence : l'exploitation abusive d'une position dominante revient pour le détenteur du pouvoir de monopole à mettre en place une police privée du marché ; les parties à une entente anti-concurrentielle conspirent en vue de décider l'attribution des marchés à la place du pouvoir adjudicateur. Dans un cas comme dans l'autre l'égalité entre les opérateurs économiques est méconnue, mais, il n'en reste pas moins que même si le droit de la concurrence, au passage, combat des atteintes à l'égalité, c'est uniquement parce que les pratiques perturbatrices entravent la liberté sur le marché.

Le droit des marchés publics présente d'emblée une physionomie très différente.

B) Droit des marchés publics et égalité

Le pivot du droit des marchés publics est l'égalité. Les règles de concurrence ont pour objet d'empêcher les phénomènes de domination ou de collusion portant atteinte au fonctionnement normal du marché, donc au bien-être du consommateur. Mais, en matière de marchés publics le fonctionnement normal du marché n'est en rien donné, il doit être construit. En effet, certaines particularités de l'achat public entraînent inévitablement des défaillances du marché.

Lesdites défaillances sont perçues différemment par le droit national et par le droit communautaire, mais ont dans un cas comme dans l'autre, cette conséquence que la réglementation a pour objet principal de supprimer des risques d'atteinte à l'égalité.

IV. Les défaillances du marché

A) Première défaillance du marché

Une première défaillance du marché est liée à la « relation d'agence » qui est toujours présente dans l'achat public.

La personne publique agit toujours par l'intermédiaire d'agents. Ces fonctionnaires sont en relations directes avec les entreprises, ils bénéficient d'une information privilégiée et peuvent faire passer leur intérêt personnel avant l'intérêt général, d'où le risque de corruption. Et nul n'ignore que, depuis ses origines, le droit des marchés publics a pour but de lutter contre la corruption.

Mais, dira-t-on, la situation est la même quand l'acheteur est une société commerciale, ce qui n'a pas pour autant provoqué l'adoption d'un code des achats des sociétés. Cela tient à ce qu'il existe une différence de taille entre la commande publique et la commande privée ; elle tient à la présence en arrière-plan

(1) CE 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais et a.* : Lebon, p. 393, concl. Stahl ; AJDA 1997, 1012, chron. Girardot et Raynaud, p. 945 ; AJDA 1998, 247, note O. Guézou ; CJEG 1997, 441, concl. Stahl ; RFDA 1997, 1228, concl. Stahl ; RDP 1998, 256, note Y. Gaudemet, GAJA p. 764.

du contribuable. Il en résulte, ainsi que l'a fait apparaître la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cette conséquence capitale que s'applique la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui peut être considérée comme la norme fondamentale du droit des marchés publics.

Le Conseil constitutionnel a considéré que les principes de la commande publique découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789. L'article 6 est mentionné parce qu'il consacre l'égalité « La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

L'article 14 prévoit que « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ». L'article 14 fonde le principe de transparence, mais c'est l'égalité qui est centrale parce que c'est d'elle que résulte pour l'État l'obligation de contrecarrer les effets négatifs potentiels de la relation d'agence. En effet, en luttant contre la corruption l'État empêche que les marchés publics soient attribués sur la base des préférences instituées par l'agent en fonction de ses intérêts propres, alors que si la préférence, inhérente à toute conclusion d'un marché, est fondée sur un motif d'intérêt général, il est permis de considérer que le principe d'égalité n'est pas enfreint.

B) Seconde défaillance du marché

À la base du droit communautaire des marchés publics se trouve une double présomption fondatrice :

- la compétition sur le marché est, en principe, le meilleur moyen d'allouer les ressources, présomption qui est partagée par le droit de la concurrence ;
- les pouvoirs adjudicateurs n'étant pas des opérateurs sur un marché, sont étrangers à la rationalité économique ; faute d'être motivés par leur intérêt économique, ils risquent de faire prévaloir des considérations politiques contraires à la concurrence.

En d'autres termes, la réglementation des marchés publics est rendue nécessaire par une tendance naturelle des États à pratiquer la préférence nationale à l'encontre de l'objectif de développement d'un marché unique.

Or, la préférence nationale est contraire à la fois aux libertés fondamentales consacrées par le traité et au principe de non-discrimination, qui tient une place centrale dans le droit communautaire des marchés publics. C'est sur le principe de non-discrimination que repose l'obligation de transparence, dont la mise en concurrence est le corollaire (voir notamment le raisonnement suivi dans le célèbre arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000). Et les directives sur les marchés publics ont avant tout pour objet de faire respecter les libertés fondamentales et le corollaire de ces libertés qu'est l'égalité.

Un avocat général a observé que les bases juridiques des directives « sont liées aux libertés fondamentales et au marché commun, mais ne se réfèrent pas expressément à la concurrence », même si « les trois directives classiques sur les marchés publics

- ainsi que d'autres - possèdent cependant un autre point de rattachement avec la concurrence », qui est un des objectifs poursuivis⁽²⁾. En résumé, l'existence de points de rattachement du droit des marchés publics au droit de la concurrence n'implique nullement un rattachement du droit des marchés publics au droit de la concurrence.

C'est pour cette raison que les tentatives de cantonnement du domaine d'application du droit des marchés publics par référence à celui du droit de la concurrence paraissent vouées à l'échec. On pense, en particulier, à la conception selon laquelle le droit des marchés publics n'aurait vocation à s'appliquer que dans les relations entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique.

V. Relations avec un opérateur économique

Certains arrêts du Conseil d'État ont pu donner à penser que celui-ci admettait qu'un contrat passé avec un cocontractant autre qu'un opérateur économique échapperait aux règles de mise en concurrence de la même manière qu'une activité non économique échappe au droit de la concurrence⁽³⁾.

Si telle était la solution adoptée, elle introduirait une regrettable confusion ; mais, même si la rédaction des arrêts a pu inciter à penser le contraire, telle n'est pas, on va le voir, la solution qu'ils retiennent.

A) Un opérateur sur un marché non concurrentiel

Il pourrait, à première vue, sembler logique que l'obligation de mettre en concurrence les marchés publics ne s'applique pas si le contrat n'est pas conclu avec un opérateur économique, si l'on part du principe que l'opérateur économique est celui qui intervient sur un marché concurrentiel : pourquoi mettre en concurrence s'il n'existe pas de marché concurrentiel ?

Ce raisonnement assimile à tort opérateur sur un marché et opérateur sur un marché concurrentiel. Un opérateur monopolistique intervient sur un marché et exerce une activité économique ; s'il arrive qu'un marché puisse être conclu avec lui sans mise en concurrence c'est parce que son monopole étant légal (s'il détient un brevet par exemple), le droit des marchés publics en tire les conséquences, et non parce que l'opérateur a perdu la qualité d'opérateur économique. C'est donc en ce cas parce que l'opérateur économique intervient sur un marché non concurrentiel que le droit des marchés publics admet une exclusion ; l'arrêt *Commune d'Aix* ne juge pas autre chose : il admet la possibilité de ne pas passer un contrat soumis à concurrence « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

Ce faisant, contrairement à ce qu'ont cru certains commentateurs, le Conseil d'État n'a pas introduit dans le droit des

(2) *concl. Stix Hackl* sur CJCE 7 octobre 2004 *Sintesi SpA*, aff. C-247/02, points 29-31.

(3) *CE* sect. 6 avril 2007, *Cne d'Aix-en-Provence* : *BJCP* 2007, n° 53, p. 283, *concl. Séners* ; *RFDA* 2007, 812, *concl. Séners*, note J.-C. Douence ; *AJDA*, 2007, 1020, *chronique* F. Lenica et J. Boucher ; *JCP A*, 2007, 2128, note J.-M. Pontier ; *JCP A*, 2007, 2125, note F. Linditch ; *JCP A*, 2007, 2111, note M. Karpenschiff ; *Contrats marchés publ.*, 2007, com. 191, note G. Eckert ; *Dr. Adm.* 2007, 95, note M. Bazex et S. Blazy ; *CP-ACCP* n° 68 juill/août 2007, p. 50, S. Pugeault, p. 45 et 64, note P. Proot — *CE* 4 mars 2009, *Synd. national des Industries d'information de santé* : *JCP A* 2009, 2145, *concl. Courrèges*, note C. Devès ; *AJDA* 2009, 891, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2009, 759, note Apollis.

marchés publics un critère tiré du droit de la concurrence, il s'est contenté de renvoyer par la formule synthétique d'« opérateur sur un marché non concurrentiel » à un ensemble d'exceptions consacrées par le droit des marchés publics et autres contrats publics.

La démarche ne pouvait être différente, car l'intégration à la définition du marché public de la notion d'« opérateur sur un marché non concurrentiel » apparaît comme une impossibilité logique : une personne qui s'engage à fournir une prestation ou un bien à titre onéreux a nécessairement le caractère d'un opérateur économique, quel que soit par ailleurs son statut⁽⁴⁾.

Au nombre des contrats conclus avec des opérateurs sur un marché non concurrentiel figurent ceux qui sont passés avec des entités en quasi-régie (in house).

B) Application au cas de la quasi-régie

Il résulte de la jurisprudence⁽⁵⁾ que si les contrats conclus avec une personne en situation de quasi-régie peuvent être exclus de l'obligation de mise en concurrence, ce n'est pas parce que l'opérateur n'intervient pas sur un marché non concurrentiel, mais parce qu'il est placé dans une dépendance telle par rapport au pouvoir adjudicateur qu'il peut être assimilé à un service de celui-ci. L'absence d'intervention sur le marché apparaît seule-

ment comme un des deux critères de la dépendance, qui est à la fois institutionnelle (« contrôle analogue ») et économique (essentiel de l'activité au profit du pouvoir adjudicateur, donc absence d'intervention sur le marché).

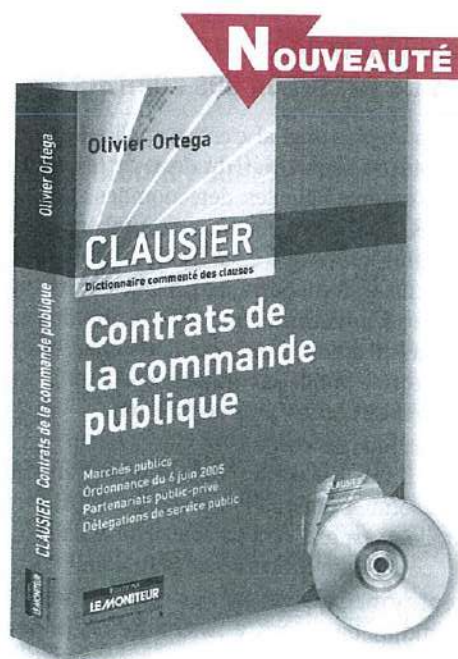
Cette analyse ne procède pas d'un raisonnement concurrentiel, il ne s'agit pas de savoir si le marché est ou non perturbé par l'absence de mise en concurrence : il est évident qu'il l'est presque toujours, puisque les prestations in house ne sont pas confiées aux concurrents privés. L'explication est ailleurs ; la « théorie » de la quasi-régie repose sur le principe de liberté d'organisation des services publics et peut se justifier par l'idée qu'à partir du moment où le pouvoir adjudicateur désigne un « autre lui-même », le principe d'égalité n'a pas lieu d'être appliqué.

Mais, ce raisonnement n'est en rien apodictique, il peut être perturbé par l'intervention du principe de liberté du commerce et de l'industrie, si celui-ci est interprété comme ne permettant à une personne publique de s'engager dans une activité économique, même à son propre bénéfice, qu'après une mise en concurrence avec le secteur privé. C'est la solution retenue aux États-Unis, en application de la circulaire A 76 de l'Office of Management and Budget⁽⁶⁾, qui subordonne l'exercice d'activités commerciales par l'administration fédérale à un processus préalable de Streamlined competition ; mais, le respect du marché n'est pas poussé aussi loin en France et dans l'Union européenne pour des raisons qui ne relèvent pas du raisonnement économique.

(4) Voir récemment CJCE 23 décembre 2009 *Conorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*, aff. C-305/08.

(5) CJCE 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98, concl. Cosmas, Rec. I-8121 – suivi d'une dizaine d'autres arrêts.

(6) <http://www.whitehouse.gov/search/site/circular%20A%2076>



L'outil indispensable pour rédiger vos contrats en toute sécurité

Ce livre et son CD-Rom associé présentent l'ensemble des clauses à intégrer lors de la rédaction de vos contrats de commande publique (marchés publics, délégations de service public, contrats de partenariat et baux assimilés). 52 clauses classées par ordre alphabétique sont définies, commentées et analysées en fonction des contrats auxquels elles se rapportent pour en permettre une adaptation simple et pratique. Chaque clause est étudiée selon une méthode éprouvée : source, définition, objet, intérêt, bibliographie et enfin la clause proprement dite. Ces éléments sont commentés à l'aide des dernières solutions dégagées par les textes officiels, l'administration et la jurisprudence.

Olivier Ortega – Hors collection – 2010 – 320 pages + CD-Rom Mac/PC indissociable – 55 € – Réf. commande : 112636

Commander cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com

EDITIONS
LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com