

F121

- 1<sup>re</sup> PARTIE -**DOCTRINE**

# LE POIDS DES IDÉES DANS LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE JUGES JUDICIAIRE ET ADMINISTRATIF EN MATIÈRE DE CONCURRENCE AU REGARD DE LA LOI DU 8 FÉVRIER 1995

**MARIE-ANNE FRISON-ROCHE,**

*Professeur à l'Université Paris IX-Dauphine,  
Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social.*

1. La loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public a modifié l'art. 53 de l'ordonnance de 1986, lequel disposait antérieurement : *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques.*

Le complément apporté par la loi précitée engendre désormais la formulation suivante : *Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public.*

Quel est l'apport de la loi sur l'état du droit positif, notamment au regard de la règle jurisprudentiellement posée par l'arrêt du Tribunal des conflits, *Ville de Pamiers*, du 6 juin 1989 (1) ? On se souvient que le Tribunal avait à cette occasion posé que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une activité de production, de distribution ou de services à laquelle une personne publique doit se livrer pour tomber sous le coup de l'art. 53. Il en conclut que l'acte

juridique de dévolution de l'exécution de ce service ne relève que de la connaissance des tribunaux de l'ordre administratif. L'art. 53 ne permettrait que d'exiger des comptes aux entreprises délégataires pour des actes détachables de cette dévolution. Ainsi le juge judiciaire ne pouvait connaître du droit des marchés publics proprement dit. La lutte contre la corruption allait s'en trouver affectée et l'on comprend que ce soit une loi ayant un tel objet qui ait eu pour dessein de modifier cet état du droit.

2. Pour traiter cette question technique et exégétique de l'influence de la loi du 8 février 1995 sur la répartition des compétences juridictionnelles en matière de concurrence, à l'occasion plus particulièrement cruciale des marchés publics et des délégations de service public, on peut songer à partir de très loin, tant il est vrai que cette simple question est chargée d'une dimension politique et théorique prégnante et d'évolutions historiques contraignantes.

Plus particulièrement sur ce dernier point, on doit admettre que l'histoire a une pertinence positive en droit (2) en ce qu'elle façonne le système juridique, lequel ne peut ni sortir tout casqué de la cuisse de quelque législateur jupitérien ni se transformer radicalement, instantanément et sans douleur par l'insertion d'une autre logique que celle façonnée par la civilisation qu'il encadre et traduit tout à la fois. C'est bien en cela que les règles juridiques, même celles qui relèvent à première vue de la technique, résultent bien de l'esprit du peuple. L'école historique du droit a mis en exergue cet aver-

10. Même s'il est historiquement vrai que l'affirmation de la dualité des ordres de juridictions avait pour but premier d'empêcher le juge judiciaire, non pas tant de juger l'Etat, que d'administrer à sa place (14), l'interprétation qui en a été faite a attribué à l'Etat un juge spécial, issu de l'administration, apte à le comprendre dans l'ambiguïté toujours inhérente de la connaissance et de la proximité, ambiguïté que conserve le Conseil d'Etat, conseil du gouvernement et juge de l'administration.

11. C'est ici qu'il existe une compétence irréductible du juge administratif lorsque l'Etat est en jeu (15), irréductibilité dont ne pourrait venir à bout la théorie correctrice des blocs de compétence (16) qui a pourtant joué tant en matière de concurrence (17) qu'en droit boursier pour asseoir la compétence de la Cour d'appel de Paris en la matière, organe juridictionnel dont on s'accorde à affirmer le maintien de la nature judiciaire (18). Comme l'a fort logiquement relevé Bernard Stirn dans ses conclusions sous l'arrêt *Ville de Pamiers*, affirmer que l'attribution d'un marché public, cet acte administratif de délégation de service public, pourrait être contrôlé par le juge judiciaire signifie conceptuellement qu'il n'y aurait plus en France de droit public et d'ordre des juridictions administratives. Décider du contraire ferait perdre « toute consistance » au principe de la séparation des pouvoirs (19) ou porterait atteinte « à l'application irréductible de certaines règles du droit administratif » (20). Il est vrai que le rapport du Conseil d'Etat, *Service public, services publics ; déclin ou renouveau ?*, présenté le 12 avril 1995, rappelle que c'est sur la notion de service public que s'est construit le droit administratif.

Plus fondamentalement encore, lorsque nous sommes dans une logique de l'Etat, nous ne pouvons admettre une logique de marché.

## 2) L'Etat et la concurrence.

12. Il y a en effet antinomie théorique entre Etat et marché concurrentiel. Fondamentalement, le marché libéral a été inventé pour se passer du politique ! (21). Ce dernier a été arraisonné par la théorie du marché (22). Le marché libéral, correspondant à une définition analogique du contrat social, dispense de sa dimension politique, telle que l'Etat avait vocation à la prendre en charge. La « main invisible » d'Adam Smith est non seulement définie comme celle qui guide l'ajustement des prix mais elle doit être aussi appréhendée comme celle qui relie les hommes entre eux : la cohésion et la prospérité sont apportées par le marché.

13. Le politique n'est pas simplement évincé par le marché libéral : il est néantisé par lui parce que le marché ne comprend pas l'Etat, au double sens du terme (23). Le marché a la vocation théorique de neutraliser conceptuellement la spécificité de l'Etat. On peut considérer que cela est pire. Dans une logique de l'Etat, si l'Etat intervient sur le marché, c'est pour imposer une autre rationalité, un intérêt général supérieur à l'intérêt économique. Mais le marché neutralise l'Etat en le ravalant d'une façon dérisoire au statut économique de l'entreprise. Le droit de la concurrence est ainsi apte à broyer l'Etat par le déclassement opéré.

14. L'on comprend dès lors aisément les raisons théoriques profondes d'un refus de laisser l'Etat, ses démembrements,

les collectivités locales, à la merci du juge judiciaire et du droit de la concurrence, notamment dans les actes de dévolution des marchés publics et de délégation de service public. On observera ainsi que, pour affirmer l'incompétence du juge judiciaire, la jurisprudence judiciaire elle-même, faisant écho de la jurisprudence *Ville de Pamiers*, fait appel à la notion d'« acte de service public » (24), alors même que le droit communautaire de la concurrence récuse cette référence en tant qu'elle est la marque d'un rattachement jugé sans pertinence à la théorie de l'Etat (25). On assiste de ce fait à un dialogue de sourds entre l'Etat français et les institutions communautaires sur la question des services publics (26). Le très récent rapport du Conseil d'Etat consacré au service public s'en inquiète (27). Cette présence implicite de cette théorie dans la question technique qui nous occupe est encore attestée lorsque, non seulement le Conseil d'Etat pour la décision d'une collectivité locale (28), mais encore la Cour d'appel de Paris fait référence à la notion de « prérogative de puissance publique » pour soustraire les actes du ministre de l'Economie à l'emprise de l'art. 53 (29). C'est cette même perspective qui est présente lorsque le Conseil de la Concurrence affirme dans son rapport qu'il n'est pas question d'« empiéter sur le domaine qui est celui des prérogatives de puissance publique dans lequel il n'a pas à s'immiscer » (30). En cela, l'on peut effectivement dire que « les critères du contentieux administratifs semblent avoir triomphé » (31).

Mais l'enracinement de cette position théorique, justifiant fondamentalement la solution retenue, ne doit pas cacher les difficultés pratiques par ailleurs engendrées par la décision de principe du Tribunal des conflits.

## B. - Les difficultés pratiques de la répartition des compétences.

15. Si politiquement fondée que paraisse la compétence du juge administratif en ces matières, il demeure que les résultats pratiques en sont critiquables dès l'instant que le juge administratif, liant ainsi compétence et fond, n'applique pas le droit de la concurrence 1). On en vient à penser que la situation française aboutit à une sorte de déni de justice, d'autant moins admissible qu'il perd tout légitimité au regard du droit européen 2).

### 1) L'absence d'application du droit de la concurrence par le juge administratif.

16. Il ne semble pas que jusqu'à aujourd'hui, le juge administratif ait appliqué le droit de la concurrence et plus particulièrement l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Pourtant, rien dans l'arrêt *Ville de Pamiers* n'impliquait une telle conséquence. En effet et tout d'abord, on peut très concevoir que le juge administratif fasse application de normes de droit privé puisque d'une façon plus générale et symétrique on connaît le mécanisme d'application du droit administratif par le juge judiciaire (32). La Cour de cassation suggère elle-même cette association d'une compétence du juge administratif et l'applicabilité de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (33). Il fut encore suggéré que le juge administratif, s'il voulait s'en tenir au droit administratif, aurait pu considérer que le comportement anticoncurrentiel afférent à l'acte de délégation de service public affectait la légalité de ce dernier (34), lui permet-

tissement : le pouvoir normatif ne peut négliger cette prégnance historique qui constitue les racines du droit mais entrave aussi du même fait son évolution.

3. Quel est l'esprit du droit français ? On s'accordera à penser que, même si l'on note d'étonnants retours vers un esprit d'Ancien Régime - et il suffit d'évoquer ici les arrêts de règlement dont la résurgence est aujourd'hui indiscutable (3) et dont l'arrêt *Ville de Pamiers* constitue d'ailleurs un exemple - l'esprit du droit moderne reste façonné par la rupture révolutionnaire. Celui-ci a voulu un pouvoir politique exprimant la volonté générale, traduisant sûrement l'intérêt général, et constituant de ce fait une personne proprement dite, incommensurable et infallible.

L'Etat va exprimer ce statut, sorte de « Dieu laïc » qui gouverne et concrétise la Raison, dans une fusion entre politique et Etat (4). C'est pourquoi le droit français va exprimer cette distance infinie entre l'Etat et les autres personnes en le hisant tout en haut du pouvoir normatif, dans une légitimité accordée *a priori*. Dès lors, les rapports de l'Etat avec cette toute autre théorie que constitue le marché libéral seront de violence, voire de survie (5). Ainsi, l'avancée de la théorie du marché signifie mécaniquement la remise en cause de l'Etat, son recul ou son retour (6).

4. En contrepoint, la situation anglo-saxonne est tout autre, historiquement, théoriquement et concrètement. Même si l'on peut soutenir que la France a aussi développé une « mentalité de marché » (7), l'idée de marché, dans sa puissance théorique, est la marque de l'anglo-saxon. Cela ne doit pas être négligé en pratique. En effet, ce sont les idées qui, résultant certes de ce que l'on se plaît à appeler l'histoire des doctrines, mènent l'histoire et façonnent le contingent. Or, d'une part, la théorie politique anglo-saxonne s'est construite sur les notions de loi fondamentale (8) - dont la Révolution française avait récusé l'héritage - et de Constitution, lesquelles sont alternatives de la théorie de l'Etat (9). C'est dans cette perspective que la Communauté européenne, laquelle constitue un droit sans Etat (10), est plus apte à recueillir une problématique constitutionnelle (11). C'est d'ailleurs l'Europe qui remet le plus nettement en cause le service public (12). D'autre part, la culture de marché et l'absence de recours à l'idée d'Etat sont essentiellement anglo-saxonnes. Dès lors, les systèmes juridiques anglo-saxons ne connaissent pas et sans doute ne peuvent pas fondamentalement comprendre les difficultés, voire les affres, que le système juridique français endure lorsqu'il s'agit concrètement de déterminer quel juge aurait vocation à connaître des agissements de l'Etat et des personnes publiques, notamment les collectivités locales, et dans quelle mesure cela pourra-t-il s'opérer à l'aune des règles du marché concurrentiel, lorsqu'il s'agit notamment d'actes de délégation de service public et de passation de marchés publics.

5. On pourrait alors dire que dans le système anglo-saxon, la question ne se pose pas, notamment parce que la distinction du droit public et du droit privé n'a guère de trace comme idée (13), tandis que dans le système français, une réponse ne peut y être formulée sans contradiction, parce qu'elle révèle un affrontement de logiques...

Il apparaît ainsi que poser la question technique de la détermination du juge apte à connaître de la conformité des agis-

sements administratifs au droit du marché concurrentiel, c'est ouvrir une boîte de Pandore et faire venir au jour des problèmes élémentaires, donc cruciaux, relatifs aux fondements de l'organisation de notre système juridique. C'est à ce titre que l'on peut dire que la jurisprudence *Ville de Pamiers* du Tribunal des conflits aboutit à une impasse, voire un vide juridique, voire un déni de justice (I). Mais l'on comprend aussi que la loi du 8 février 1995 n'a finalement pas eu la puissance suffisante pour venir à bout de cette question, le législateur ayant ici donné une sorte de rendez-vous raté à un système juridique français où Etat et marché s'affrontent, où droit public et droit privé s'arc-boutent (II).

## I. - L'impasse de la jurisprudence du Tribunal des conflits Ville de Pamiers.

6. La jurisprudence *Ville de Pamiers* est exemplaire d'un conflit de logiques, celle du droit administratif, c'est-à-dire le droit de l'Etat, avec celle du droit de la concurrence, c'est-à-dire le droit du marché. Dès lors, le droit des marchés publics oscille, on oserait dire vacille, de l'un à l'autre. La loi du 8 février 1995 le fait-il basculer du premier au second ? Les enjeux théoriques sont si fondamentaux que ce n'aurait pas été en tout pas chose aisée (A). Les difficultés pratiques résultant de la jurisprudence *Ville de Pamiers*, et qu'il s'agissait de pallier, sont pourtant considérables (B).

### A. - Les enjeux fondamentaux de la répartition de compétences.

7. L'enjeu théorique de la répartition des compétences entre juges judiciaire et administratif est de taille. Il s'agit de poser la question du juge naturel de l'Etat, y compris lorsque ce dernier intervient dans la sphère économique (1), ce qui aboutit nécessairement à poser la question du rapport entre l'Etat et le marché concurrentiel (2).

#### 1) L'Etat et son juge.

8. Reprenons la démonstration classique du rapport entre l'Etat et le juge, l'Etat ne pouvant admettre que son juge. L'Etat est une personne incommensurable dont les agissements tendent vers la satisfaction de l'intérêt général, alors que les agissements de toutes les autres personnes juridiques, fussent-elles « morales », tendent vers la satisfaction d'intérêts privés ou d'intérêts collectifs, ces derniers n'étant que l'expression de l'intérêt particulier d'un groupe. L'Etat sert un intérêt supérieur, éventuellement incompris des personnes particulières, voire du droit : il s'agit alors de la théorie de la Raison d'Etat, forme légitime de violence contre le droit.

9. Admettant que l'Etat se soumette au droit et la notion d'Etat de droit est fort récente... - en deçà de la raison d'Etat, il demeure que cette personne incommensurable ne pouvait être une personne de « droit commun » et le principe de l'autonomie du droit administratif est avant tout un principe politique. De la même façon, il ne pouvait être jugé parmi les personnes communes et relever du juge ordinaire qu'est le juge judiciaire.

Cela résulte exactement de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 18 juin 1991 (50) : « Le droit communautaire ne s'oppose pas à l'attribution d'un monopole de télévision, pour des considérations d'intérêt public, de nature non économique ». Reste certes à ne pas en abuser, mais le monopole est préservé en lui-même. De là l'enjeu stratégique de l'attribution du discours éthique. Si le marché est non vertueux, alors l'Etat peut incarner la morale et, par un rétablissement, se situer de nouveau au-dessus des règles du marché. On comprend dès lors pourquoi, par une sorte de choc en retour, c'est au nom de l'impératif moral de la lutte contre la corruption que la loi du 8 février 1995 a eu la velléité de soumettre le droit des marchés publics au droit de la concurrence, puisque la logique du droit public ne suffisait pas à cela.

25. Mais, s'il en reste au niveau du marché, l'Etat est constitutionnellement en position de faiblesse. En effet, comme le soutient, par un renversement rhétorique de la proposition, la Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt du 19 mars 1991 (51), si l'art. 90-3, conférant à la Commission un droit, d'ailleurs largement interprété, de prendre des directives en la matière, présuppose l'existence de droits exclusifs ou spéciaux, cela ne veut pas pour autant dire que « tous les droits spéciaux ou exclusifs sont nécessairement compatibles avec le Traité ». Le regret exprimé par l'avocat général dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 mars 1991 devant ce qu'il désigne comme la contradiction fondamentale entre l'objectif du Traité de Rome et le maintien d'un choix de politique économique aux mains des Etats membres, est en train de trouver une issue dans l'étouffement progressif de la seconde branche de l'alternative.

26. Si le droit français se refuse, par un cantonnement strict du juge-administratif au droit public, à penser la compatibilité et l'adaptation du service public (52), - c'est-à-dire l'action spécifique de l'Etat -, au modèle du marché, alors c'est le droit communautaire qui s'en chargera, en éliminant sans doute le service public comme idée et donc transitivement comme fait. Il est ainsi exact et paradoxal d'affirmer, - concernant l'une des plus vieilles et fondamentales notions de notre droit -, que « le statut du service public reste entièrement à élaborer » (53) au regard du droit de la concurrence (54).

La loi du 8 février 1995 allait-elle le permettre ?

## II. - Le rendez-vous raté de la réforme législative.

27. La loi nouvelle soumet les « conventions de délégation de services publics » au droit de la concurrence. Certes, elle ne précise pas quel serait le juge en charge d'appliquer dans ce cas le droit de la concurrence, mais on a vu que la compétence du juge administratif en ces matières n'était critiquable qu'en tant que s'y était associée l'exclusion du droit substantiel de la concurrence. Il s'agit là d'une tentative avérée d'application du droit de la concurrence, fût-ce par le juge administratif. Comme on a pu observer les fondements théoriques très puissants tendant vers la solution contraire, il con-

vient d'analyser en premier lieu les fondements d'une telle volonté (A). Mais dès l'instant que ce qui constitue à première vue une extension de compétence ne vise que les conventions de délégation de service public et non les actes de délégation de service public, ce qui ne vise implicitement que les comportements détachables, on doit constater l'échec de l'intervention législative et le maintien du droit positif en l'état (B).

### A. - Le fondement de l'intervention législative.

28. Si l'on pouvait espérer que la législation en question puisse aller à l'encontre des fondements théoriques profonds qui ont fourni l'assise de la jurisprudence *Ville de Pamiers* (55), c'est qu'elle pouvait se prévaloir d'une perspective nouvelle, celle qui avait précisément présidé à l'ensemble des propositions de loi dont la loi du 8 février 1995 est issue, à savoir le principe politique de lutte contre la corruption 1). En outre, si l'on doit considérer que la jurisprudence précitée engendre une immunité pour les organismes délégants, pouvait encore être invoqué le principe, économique celui-ci, de l'égalité de traitement des acteurs économiques, notamment des personnes publiques et des personnes privées 2).

#### 1) Le principe politique de la lutte contre la corruption.

29. Le droit de la concurrence est un droit qui vise à l'efficacité du marché concurrentiel et ne comprend pas en son sein de visée morale, absence attestée notamment par le fait qu'il puisse y avoir « abus » de position dominante sans faute. Il n'a pas même l'objectif de protéger en tant que tel le faible contre le fort. Mais il est susceptible par un effet mécanique d'avoir ces effets non recherchés. Cela explique d'ailleurs le statut très ambigu de l'équité dans les mécanismes d'efficacité (56) et la place encore incertaine du consommateur en droit de la concurrence. Certes, dans notre perspective, ce n'est qu'en tant que le comportement de corruption est anti-concurrentiel qu'il sera sanctionné au regard des art. 7 et 8 de l'ordonnance et non en tant qu'il est répréhensible au regard d'une prohibition de la corruption. Mais il sera néanmoins sanctionné, avec la sévérité croissante du droit de la concurrence, ce qui aura pour effet de mettre fin à la corruption.

30. On peut ainsi penser que si la matière des marchés publics avait été susceptible d'être appréhendée sous l'angle de la prohibition des comportements anticoncurrentiels, non pas dans l'exécution, détachable, de la convention de marché public mais dans les actes de désignation qui la précèdent, alors, comme l'ont souligné maintes fois les parlementaires, le mécanisme de la corruption aurait pu trouver un butoir. Faute d'avoir pu opérer un tel contrôle dont le droit de la concurrence offrait l'instrument, même au juge administratif, le droit et la société française ont été confrontés à une crise grave.

#### 2) Le principe économique de l'égalité des chances entre les acteurs économiques.

31. De la même façon que la jurisprudence a exprimé en droit boursier un principe juridique d'égalité des compétiteurs (57), la liberté de la concurrence, dont on a fort bien démontré qu'elle doit jouer entre opérateurs publics et opérateurs privés (58) est liée à l'égalité d'accès, notion familière. Or, s'il a une rupture d'égalité des chances dans l'attribution d'une dé-

tant ainsi de tirer effet de l'ordonnance tout en affirmant les contours du royaume du droit administratif.

17. Plus encore, la distinction opérée, en deçà des répartitions de compétences juridictionnelles, entre les droits matériels privé et public n'est guère heureuse en présence d'un texte qui procède d'une logique de marché, laquelle ne perçoit que des entreprises en fonction essentiellement des activités déployées et non des personnes juridiques, le critère organique étant indifférent ou constituant à la rigueur un simple indice. Ainsi, en dehors même de l'affirmation de l'art. 53 de l'ordonnance, le droit de la concurrence a vocation à se développer dans une unité de l'ordre juridique (35) au regard duquel il n'accorde pas de pertinence au critère organique.

18. Certes, la jurisprudence *Ville de Pamiers* ne méconnaît pas le critère de l'activité et relève que l'acte qui décide de la délégation de service public, duquel peuvent se détacher par ailleurs des comportements des entreprises délégataires, ne constitue précisément pas une activité ; il s'agit d'un acte ou d'un accord administratif. Est ainsi posée la perspective de l'organisation, ce qui n'entre pas dans le champ d'application de l'ordonnance de 1986. L'on relève pourtant que « le critère de la mesure d'organisation du service public » paraît extrêmement flou et, surtout, ... ne participe pas d'une approche économique » (36). Seule la situation dans laquelle la personne publique offre elle-même des « prestations » réactive l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (37). Cette dissociation a été reprise par le Conseil d'Etat (38).

19. Mais l'on pourrait dire cela de tous les contrats d'organisation par rapport aux contrats d'exécution, lesquels relèvent seuls *stricto sensu* d'une activité. Beaucoup de relations économiques, et il suffit d'évoquer un instant les rapports de distribution, se déroulent ainsi, par un acte d'organisation dans un premier temps et des actes d'exécution dans un second. Or, le droit de la concurrence a toujours fait porter son contrôle sur les contrats-cadre, sur les organisations sociétaires, etc., au regard notamment des ententes. Non seulement parce que le lien économique et stratégique est d'évidence entre organisation et comportements d'exécution mais encore parce que c'est dans cette première période, celle-ci où les choses se décident et non dans celle-là où les choses s'aménagent, que les atteintes à la concurrence peuvent se perpétuer le plus aisément et le plus dangereusement.

Faute de l'admettre, le droit français aboutit à une sorte de déni de justice. Cela paraît d'autant moins admissible si l'on se place dans une perspective communautaire.

## 2) Le déni de justice et le traité de Rome.

20. Si l'on veut bien considérer que le droit de la concurrence vise à conserver l'intégrité d'un marché concurrentiel, lequel demeure par essence non réglementé (39), et que les marchés publics constituent un marché, il faut bien que, d'un juge à l'autre, un contrôle puisse en être opéré au regard de la prohibition des comportements anticoncurrentiels.

Certes, le droit des marchés publics et des services publics appartient, ne serait-ce qu'universitairement, au droit public et l'on a assez naturellement tendance à affirmer que « la compétence administrative se justifie par le droit administratif qu'il s'agit alors d'appliquer » (40). Mais la doctrine publiciste a elle-même relevé le « très grand laissez-aller dans les

relations entre le trio célèbre service public-droit administratif-juge administratif » (41) et c'est sans doute lier un peu vite compétence normative et compétence « décisionnelle », dans ce que l'on a pu qualifier de « confusion latente » (42).

21. En outre, l'on sait combien le droit économique a du mal à passer sous les fourches caudines de la distinction du droit public et du droit privé ; il a vocation à constituer un droit commun substantiel, le « Code de conduite fondamental des relations économiques internes et externes » (43), lequel implique d'ailleurs en retour l'avènement d'un « droit processuel économique », dépassant la distinction des contentieux (44). Dès lors, l'on ne voit pas pourquoi le juge administratif en charge de faire respecter les prescriptions du Code des marchés publics n'y ajouterait pas naturellement les exigences de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986. Ce refus d'appliquer des règles communes au droit économique dont le droit des marchés publics fait aussi partie - ce qui peut donc justifier la compétence juridictionnelle du juge administratif mais devrait le contraindre à appliquer le droit économique substantiel - peut être analysé comme un déni de justice, un refus du juge de juger, tel que l'art. 4 du Code civil, commun à tout le système juridique en tant qu'il exprime un principe fondateur, le prohibe.

22. Cela est d'autant plus net si l'on adopte la perspective communautaire. En effet, on peut considérer que ce n'est pas tant la technique qui fait la puissance de l'Europe que sa réalité d'un droit qui n'a pas pour l'origine l'Etat. Il est certes technocratique, régulateur à l'extrême, projection du fantasme du Législateur suprême (45). Mais il n'est pas un droit étatique car il n'existe pas d'Etat européen. Il est ainsi apte, au regard de son évolution actuelle, à briser le droit commun (46) et particulièrement le droit public.

En effet, le droit européen, droit raisonné, droit « de professeurs » (47), droit sans Etat, ne bénéficie donc pas d'une rationalité *a priori*. Il ne vaut que par ses mérites, que l'on mesure en termes d'efficacité au regard de son contenu, de son effectivité et de son adéquation à la situation qu'il régit. Ainsi la légitimité donc la puissance du droit européen repose sur son but. Le Traité de Rome pose comme finalité l'établissement du marché intérieur concurrentiel. Il en résulte que la base, au sens de fondation, du droit européen, n'est pas en amont l'Etat mais est en aval le marché.

23. Dès lors, l'Etat a la charge de prouver sa légitimité, au regard d'un modèle qui n'a pas besoin de lui, voire l'évince. La question est alors : l'Etat fait-il mieux que le marché concurrentiel ? C'est ainsi que la Cour de justice des Communautés européennes, par un arrêt du 23 avril 1991 (48), a posé que l'institution par l'Etat d'un monopole est par elle-même abusive si l'office public bénéficiaire est incapable de satisfaire la demande. On sait que l'art. 90-2 du Traité de Rome relègue les notions transposées de service public à ce rang d'exception (49) et il faut à ce dernier une force herculéenne pour, à son tour, se glisser dans les interstices du marché concurrentiel, et comme en s'excusant.

24. L'Etat ne peut aujourd'hui le faire que s'il arrive à justifier son respect des lois du marché ou à se hisser au-dessus du marché. La question est alors : l'Etat fait-il autre chose que le marché ? Et cet « autre chose » vaut-il plus que le marché ?

Par rapport à la proposition initiale d'amendement, la rédaction définitive du texte montre cette volonté étonnamment affirmée d'absence d'innovation puisque la phrase autonome prévue a été remplacée par un simple complément de phrase (« ..., notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public »). Les débats lors de la commission paritaire mixte ont insisté sur la vertu sémantique de l'adverbe *notamment* (69), concrétisant le fait que la règle générale de la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence en est précisée mais non modifiée ni affectée dans l'interprétation qu'en avait donnée la jurisprudence.

40. On peut ainsi conclure, hélas, que le nouveau texte n'est que du sable qui coulera entre les mains des différents organes juridictionnels ou quasi juridictionnels concernés. Il s'agit bien là d'un refus radical et assez cyniquement exposé : soit le texte voulait dire quelque chose, c'est-à-dire qu'il obligeait à examiner l'acte de délégation au regard de la prohibition de comportements anticoncurrentiels, mais auquel cas les parlementaires s'y seraient opposés ; soit le texte ne veut rien dire, car il est affirmé que le droit positif en demeure absolument inchangé, ce qui était la condition même de son adoption.

41. On peut certes observer que, d'une façon générale, la jurisprudence a toujours le pouvoir de faire dire au texte autre chose que ce qu'il a voulu dire ou qu'il dit et que la loi du 8 février 1995 pourrait offrir au juge le prétexte d'un revirement de jurisprudence par rapport à la règle prétoriquement dégagée dans l'affaire *Ville de Pamiers*. Mais ce serait manifestement contraire à la volonté du législateur, si l'on veut bien qualifier de « volonté » le fait de ne rien vouloir. Il faudrait alors assumer qu'un arrêt de règlement soit remplacé par un autre. En dehors de la preuve ainsi apportée du poids des idées et des fondements du système français en la matière (70), on peut penser que ce gaspillage de procédure parlementaire se justifie peut-être par la crainte d'une inconstitutionnalité.

## 2) Le spectre de l'inconstitutionnalité.

42. Il faut en effet revenir ici à la théorie des blocs de compétence au regard du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Dans sa décision du 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel a affirmé que dans la mise en œuvre du principe de séparation, il est « loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé », observant qu'il s'agissait, à propos du transfert de la connaissance des recours contre les décisions de l'autorité de concurrence du Conseil d'Etat à la Cour d'appel de Paris, d'un « aménagement précis et limité ».

43. Une loi qui confierait le contrôle de la conformité d'actes administratifs de délégation de services publics à la prohibition des comportements anticoncurrentiels opérerait-elle un aménagement trop large pour satisfaire les limites de l'exception reconnue par le Conseil ? Le faire aurait en tout cas permis à ce dernier de se prononcer. En tout cas, sur le terrain du contentieux financier très proche sur bien des points du contentieux de la concurrence, on sait que le Tribunal des conflits n'a pas hésité, dans un arrêt du 22 juin 1992 (71), à affirmer la compétence de l'ordre judiciaire pour engager la

responsabilité pécuniaire de l'Etat à l'occasion des agissements de la C.O.B. Le commissaire du Gouvernement rappelle à cette occasion, faisant expressément l'analogie avec la décision précitée du 23 janvier 1987 que « l'expression "aménagement précis et limité", qui ne doit pas être isolée de son contexte, car les énonciations de la décision s'articulent les unes avec les autres, ne peut signifier que la loi restreint la compétence judiciaire au seul contentieux de l'annulation des décisions », soulignant en outre que le Conseil n'a pas utilisé le terme de « dérogation », ce qui permet de mettre en doute le caractère véritablement exceptionnel du regroupement de compétence.

44. D'ailleurs, si l'on tire les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 28 juillet 1989, qui reprend le thème de la réserve de compétence attribuée au juge administratif, la doctrine observe que « la réserve de compétence ne concerne que le contentieux de l'annulation et de la réformation », les auteurs précisant que « le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ne peuvent interpréter restrictivement les textes donnant compétence à l'autorité judiciaire en matière administrative que si l'on est dans le domaine du contentieux de l'annulation ou de la réformation » (72). Or, le contentieux des comportements anticoncurrentiels est un contentieux de la sanction, liée aux art. 7 et 8 de l'ordonnance, pouvant faire abstraction de l'annulation des actes, cette dernière question relevant de l'art. 9 et pouvant être éventuellement renvoyée devant le juge administratif.

45. Ainsi, l'on peut penser, sauf à admettre qu'il existerait une sorte de droit administratif naturel répulsif de tout autre juge que le juge administratif, tenant éloignée toute autre règle que celle du droit administratif *stricto sensu*, qu'une loi aurait eu le pouvoir de contraindre le droit positif à revenir sur la jurisprudence *Ville de Pamiers*. Soit radicalement en concevant le contrôle des actes administratifs de délégation de services publics entre les mains du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris au regard de la prohibition des comportements anticoncurrentiels, soit en dissociant domaine d'application des textes et compétence juridictionnelle et en contraignant le juge administratif à appliquer en la matière l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

46. Cela ne fut malheureusement pas opéré. Et l'on peut alors penser que l'évolution du droit positif va régler plus brutalement la question, en faisant entrer dans la danse des marchés publics et des délégations de service public le juge pénal, ce qui est un remède bien radical et qui n'est pas sans présenter des inconvénients importants.

## 3) La perspective offerte par le délit de favoritisme.

47. L'art. 432-14 du nouveau Code pénal vise l'hypothèse des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Voilà donc concrétisé sous une forme pénale le principe d'égalité des chances qui aurait pu justifier le contrôle par le droit de la concurrence (73), appliqué par l'un ou l'autre juge, des délégations de services publics. Le délit de favoritisme est constitué par le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, d'un établissement public n'ayant pas le caractère industriel ou commercial, d'une collectivité terri-

légation de service public, par exemple par le fait d'une pratique discriminatoire ayant pour cause une entente liée à une corruption notamment, le principe d'égalité des compétiteurs est atteint, indépendamment du fait même de la désignation, et le droit de la concurrence doit avoir vocation à qualifier le comportement au regard de ses propres qualifications. Le raisonnement vaut *a fortiori* lorsque nous sommes dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres pour l'attribution de marchés publics.

32. Ainsi, il y avait moyen pour le législateur de sortir du cercle vicieux de la première problématique d'opposition entre logique de marché et logique d'Etat et d'arriver dialectiquement à imposer une autre solution. Cela ne fut sans doute pas fait. Il convient d'étudier alors les raisons et les conséquences de l'échec de la loi du 8 février 1995 en la matière.

### **B. - L'échec de l'intervention législative.**

33. La jurisprudence *Ville de Pamiers* avait posé que les actes administratifs ne sont pas des activités. Le cœur de la question était donc bien la question du contrôle des actes administratifs. La loi nouvelle se réfère aux conventions, lesquelles sont les contrats qui exécutent les actes de délégation. Elle modifie donc à première vue la jurisprudence *Ville de Pamiers*, laquelle avait précisément visé la convention administrative comme échappant au droit de la concurrence, contrairement aux comportements qui en sont détachables. Mais on a vu le caractère très ambigu de la distinction entre l'organisation et l'exécution. Et il apparaît au contraire, pour reprendre l'expression même des travaux préparatoires, utilisée au terme de la procédure parlementaire, qu'on en reste donc à l'application la plus classique du « critère normal de répartition des compétences » (59), celui qui avait justifié la jurisprudence précitée. Cette dernière reste donc hors d'atteinte de la loi nouvelle.

34. Comment a-t-on pu arriver à une telle absence de résultat ? Il faut sans doute tenir compte de l'opposition qui s'est développée au sein du Parlement 1) et du spectre de l'inconstitutionnalité qui planait sur la loi si elle avait visé les actes de délégation 2). Sans doute, la véritable perspective d'évolution des répartitions de compétence réside plutôt par contrecoup dans l'organisation du nouveau délit de favoritisme 3).

#### **1) L'opposition d'interprétation au sein du Parlement.**

35. La modification de l'art. 53 de l'ordonnance de 1986 ne résulte pas du florilège de propositions de loi déposées par Pierre Mazeaud pour enrayer la corruption, pas même à celles relatives aux marchés publics et aux délégations de service public, mais d'un amendement déposé par Véronique Neiertz et Xavier de Roux, ce dernier étant par ailleurs rapporteur de l'ensemble au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale. A la tribune, la première expose que l'idée lui en est venue en constatant que « l'affaire dite *Ville de Pamiers* » engendrait « un vide juridique puisque le Conseil de la concurrence ne peut connaître ce type d'affaire ». Et le député de conclure sa proposition d'amendement ainsi : « L'amendement que nous présentons en commun a pour objet de préciser la portée de la règle en vigueur et d'inviter le Conseil de la concurrence à faire échec aux pratiques anticoncurren-

tielles qui peuvent entacher les conventions de délégation de service public, et notamment celles relatives à la distribution de l'eau » (60).

36. Si l'amendement a été combattu par le ministre, c'est au nom d'une mauvaise interprétation de l'arrêt du Tribunal des conflits ; il affirme qu'il n'existe aucun vide juridique puisque « Le juge administratif juge des actes administratifs et le Conseil de la concurrence peut effectivement juger des problèmes de position dominante et de concurrence des entreprises » (61). Mais cette présentation dichotomique, distributive, révèle bien la lacune, correspondant à la troisième branche de l'alternative : l'acte administratif n'est pas jugé au regard du droit de la concurrence. C'est sans doute pourquoi cet amendement fut néanmoins adopté.

37. Mais le rapport fait par Christian Bonnet au nom de la commission des lois au Sénat proposa un amendement de suppression de l'article fraîchement voté. Il reprend la distinction binaire et critiquable qu'avait opposée le ministre en affirmant que le Tribunal des conflits avait fort bien fait de réaffirmer « le principe selon lequel le contrôle des décisions des collectivités publiques qui sont l'expression de prérogatives de puissance publique (62) relève du juge administratif, (ce qui) n'interdit pas au Conseil de la concurrence d'examiner le comportement des délégataires de service public, ni au juge administratif d'appliquer le cas échéant l'ordonnance aux actes des personnes publiques » (63). On observera que c'est précisément le lien jurisprudentiellement fait entre compétence juridictionnelle et textes applicables (64) qui justifiait la réforme, ce qui rend la fin de l'affirmation du parlementaire très discutable. Mais la suppression de l'amendement fut néanmoins effectivement proposée par la commission.

38. Mais lors des débats en séance publique du Sénat, c'est plus exactement que l'enjeu est posé et c'est donc plus sciemment qu'il sera rejeté. En effet, le rapporteur s'exprime ainsi : « C'est très certainement dans un moment d'inattention que l'Assemblée nationale a cru devoir retenir une proposition de Madame Véronique Neiertz ... L'art. 5 *bis* tend, en effet, à mettre en échec une jurisprudence constante du juge administratif - et du seul juge administratif (65) - pour contrôler l'acte juridique de dévolution du service public, position qui est d'ailleurs admise par le Conseil de la concurrence » (66). On observera que, là encore, c'est la question des compétences qui est première, au détriment de celle de l'applicabilité du droit. Et le texte est retiré. Mais cette fois-ci, il ne l'est plus sous prétexte qu'il ne servira à rien car le droit positif a déjà tout prévu et tout réglé, mais au contraire en ce qu'il s'autoriserait à contrarier l'état d'un droit jurisprudentiel qui a la tradition pour lui.

39. Certes, la Commission mixte paritaire va restaurer le texte mais en précisant qu'il ne s'agit que d'une « simple disposition de précision, qui ne remet pas en cause les règles de compétence entre les juridictions. La convention, par elle-même, demeure un acte administratif ressortissant à la compétence de la juridiction administrative. Seules sont soumises au Conseil de la concurrence les opérations découlant de la convention » (67). Voilà de nouveau la distinction de l'arrêt *Ville de Pamiers* qui oppose l'acte administratif et les comportements d'exécution (68).

- (27) « Service public, services publics ; déclin ou renouveau ? » dont les conclusions rejoignent beaucoup de celles du rapport précédemment cité.
- (28) Cons. d'Etat, 23 juillet 1993, « Compagnie générale des eaux » (D.1993.I.R.222).
- (29) Paris, 11 janvier 1994 (D. 1994.I.R.72).
- (30) Rapport 1987, p. III.
- (31) G. Mathieu, « L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques » (D. 1995, chron., p. 27).
- (32) R. Drago, « Le juge judiciaire, juge administratif » (R.F.D.A. 1990.757). Sur la connaissance par le juge judiciaire de recours formé contre des décisions administratives, v. P. Delvolvé, « La nature des recours devant la Cour d'appel de Paris contre les actes des autorités boursières » (Bull. Joly 1990.499 s.) ; L. Richer, « Les recours contre les décisions administratives devant le juge judiciaire (aperçu de droit administratif judiciaire) », CJEG 1990, p. 67 s. ; A. Viandier, « Compétence du juge judiciaire en matière de recours contre certaines décisions du C.B.V. » (Bull. Joly, 1991.773 s.).
- (33) Com., 14 décembre 1993.
- (34) J.-J. Israël, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », préc., p. 329.
- (35) V. d'une façon générale, R. Chapus, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique » (R.F.D.A. 1990.739 s.) et J.-M. Auby, « Dualité juridictionnelle et dualisme juridique », in *Le contrôle juridictionnel de l'administration - bilan critique*, Economica, 1991. Sur la question qui nous occupe, v. G. Mathieu, préc., p. 30.
- (36) G. Mathieu, préc., p. 30.
- (37) Paris, 31 octobre 1991 (D. 1992.312, note V. Sélinisky - *Gaz. Pal.* 1992.1.357, concl. Thin, note J.-P. Marchi).
- (38) Cons. d'Etat, 23 juillet 1993, « Compagnie générale des eaux », préc.
- (39) M.-A. Frison-Roche, « Le marché comme modèle », préc.
- (40) P. Delvolvé, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », préc. p. 141.
- (41) J.-F. Lachaume, « Personnes publiques, service public, droit administratif, compétence du juge administratif dans le service de la gestion de la poste et des télécommunications issu de la loi du 2 juillet 1990 », *Mélanges J.-M. Auby*, préc., p. 130.
- (42) M.-Ch. Boutard Labarde et G. Canivet, « Droit français de la concurrence », coll. « Droit des affaires », L.G.D.J., 1994, n° 17, p. 23.
- (43) J.-J. Israël, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », préc., p. 315.
- (44) M.-A. Frison-Roche, « Vers le droit processuel économique » (*Revue Justices*, 1995, n° 1, p. 91 s.).
- (45) B. Oppetit, « L'eurocratie ou le mythe du Législateur suprême » (D. 1990, chron., p. 73 s.).
- (46) Pour une autre évolution souhaitable, v. B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 s.
- (47) J. Foyer, « Le droit communautaire, droit de professeur français » (*Rev. hist. Fac. dr.*, 1992.201 s.).
- (48) Höfner K., *J.O.C.E.* 23 mai 1991, n° C 132.
- (49) V. notamment M. Bazex, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », *R.F.D.A.* 1995, p. 295 s.
- (50) E.R.T., *Rec. I*, p. 2925.
- (51) République française et autres c. Commission, concurrence sur les marchés de terminaux des télécommunications (*Rec. I*, p. 1123).
- (52) V., cep., J.-F. Lachaume, préc., p. 129 s.
- (53) M.-Ch. Boutard Labarde et G. Canivet, préc., n° 21, p. 26.
- (54) On observera ainsi et par exemple que l'auteur de deux ouvrages importants, l'un de *Droit des services publics* (coll. « Droit fondamental », PUF, 1991), l'autre de *Droit public économique* (coll. « Droit fondamental », PUF, 1994) n'aborde guère la question sous cet angle.
- (55) V. *supra* n° 7 et s.
- (56) Atelier de la concurrence, D.G.C.C.R.F., « La finalité économique de la réglementation de la concurrence », à paraître.
- (57) M.-A. Frison-Roche, « Le principe juridique d'égalité des compétiteurs sur le marché boursier » (*Bull. Joly*, Bourse Produits financiers, 1993, n° 138, p. 720 s.).
- (58) M. Lombard, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés » (D. 1994, chron. p. 163 s.).
- (59) J.-J. Israël, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », préc., p. 321.
- (60) Débats Ass. nat., 2<sup>e</sup> séance du 15 décembre 1994, p. 9196.
- (61) *Ibidem*, p. 9197.
- (62) Sur l'utilisation de ce critère, v. *supra* n° 19.
- (63) Doc-Sénat n° 185, 1994-1995, p. 31 s.
- (64) V. *supra* n° 20.
- (65) C'est nous qui soulignons.
- (66) Déb. Sénat, séance du 22 décembre 1994, p. 8028.
- (67) Déb. Sénat, séance du 23 décembre 1994, p. 8119.
- (68) Sur le caractère très discutable de cette distinction, v. *supra* n° 18 s.
- (69) Rapport de la CMP, p. 4.
- (70) V. *supra* n° 1.
- (71) Diamantaires d'Anvers (*J.C.P.* 1993.II.22035, concl. F. Flipo, note M.-A. Frison-Roche).
- (72) L. Favoreu et L. Philip, obs. sous Cons. const. 23 janvier 1987, préc., « Grands arrêts » 43, p. 716, n° 9.
- (73) V. *supra* n° 31 s.
- (74) Le dévoiement pénal, à paraître.
- (75) M. Long et al., « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 9<sup>e</sup> éd. (S. 1990.471 et la jurisprudence citée).
- (76) D. 1952.271, note Blaevoet ; *J.C.P.* 1951.II.623, note Homont.

toriale ou d'un de ses établissements public ou d'une société d'économie mixte, ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susvisées, de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un contrat contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés passés par l'Etat et les collectivités ou organismes mentionnés plus haut.

48. Comme on a pu le constater d'une façon générale, lorsque le droit économique ne remplit pas correctement son office, la tangente pénale est utilisée. Il y a là une forme de ce que l'on a appelé le « dévoiement pénal » (74), dénaturant tant le droit pénal, ravalé au rang de voies d'exécution, que le droit économique. La pénalisation de la vie économique ne signifie pas tant une reprise en main par une volonté de répression que la marque d'une instrumentalisation du droit pénal, qui participe alors au vaste mouvement d'instrumentalisation du droit en matière économique. Le droit pénal constitue alors un rattrapage des défaillances du droit civil. Mais il est dangereux d'utiliser des moyens si puissants. Ici, puisque le transfert vers le juge judiciaire n'a pu se faire d'une façon ou d'une autre, le rappel de corde est brutal, vers le juge pénal.

49. Ainsi le droit des marchés publics, sans doute pour avoir voulu rester sous la dominante fort cohérente du droit public, loin du droit de la concurrence, et notamment du contrôle des ententes engendrant des pratiques discriminatoires, par une notion analogique de favoritisme, laquelle utilise également la notion d'avantage injustifié, se retrouve partagé entre le juge administratif et le juge pénal. Le juge pénal va donc, comme principe de base de l'incrimination, appliquer - et donc interpréter - le droit administratif des services publics et des marchés publics.

50. Or, sur la question très classique de l'appréciation par le juge pénal de la légalité des actes administratifs servant de base à la poursuite pénale, on a déploré l'impasse dans laquelle se trouve le droit positif, en présence d'interprétations différentes du juge pénal et du juge administratif pour un même texte, dans la mesure où « il n'existe actuellement aucun mécanisme juridique permettant de remédier à cette divergence » (75). Ce cumul de compétences résulte d'une jurisprudence du Tribunal des conflits, par le célèbre arrêt du 5 juillet 1951, *Avranches et Desmarets* (76), ce qui explique peut-être qu'en 1989, la même juridiction ait entendu refuser tout mélange. En raison de l'évolution législative, on ne voit pas comment on évitera ces contradictions en matière de favoritisme dans les délégations de service public et les divergences d'interprétation des textes.

Le remède serait-il pire que le mal ? Il signe en tout cas l'opportunité qu'il y aurait eu à soigner différemment le mal, par application simple et générale du droit de la concurrence, au besoin par le juge administratif.

(1) *J.C.P.* 1990.II.21395, note Ph. Terneyre ; *J.C.P.* 6d.E, 1989.II.15611, note J. Azéma ; *D.* 1990.418 s., note J.-J. Israël ; *D.* 1990, somm. comm., p. 101, obs. Ch. Gavaldà et Cl. Lucas de Leyssac ; *Gaz. Pal.* 1989.2.582, concl. B. Stirn ; *R.D.P.* 1989.1780, note Y. Gaudemet ; *R.F.D.A.* 1989.547 s., concl. B. Stirn. V. encore, M. Bazex, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence » (*A.J.D.A.* 1989.467 s.) ; M.-Ch. Boutard-Labarde et L.

Vogel, « Droit de la concurrence et personnes publiques » (*Gaz. Pal.* 1989.2, doctr. p. 747).

(2) Illustré notamment par l'expression heureuse de « droit vivant ». V., not. J. Hilaire, « La vie du droit », coll. « Droit, éthique, société », P.U.F., 1994.

(3) V., par exemple, « L'image doctrinale de la Cour de cassation », *Doc. fr.*, 1994.

(4) V., par exemple, les développements de M. Troper, « Pour une théorie juridique de l'Etat », coll. « Droit fondamental », 1994.

(5) M.-A. Frison-Roche, « Le marché comme modèle », *Archives de Philosophie du Droit* 1995, à paraître.

(6) V., not. le dossier de la revue « ENA mensuel » de mars 1995, « Le retour de l'Etat ».

(7) L. Tarride, « La naissance du marché : spécificités françaises », conférence de l'Ecole doctorale d'histoire, de sociologie et de philosophie du droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 12 avril 1995.

(8) V., par exemple, J. W. Gough, « L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise », coll. « Léviathan », P.U.F., 1992.

(9) Sur les difficultés pratiques engendrées en France par ce choc entre l'Etat et la Constitution, v. O. Beaud, « La puissance de l'Etat », coll. « Léviathan », P.U.F., 1994.

(10) M.-A. Frison-Roche, « L'Etat, le marché et les principes de droit interne et communautaire de la concurrence », *Les Petites Affiches*, 17 mai 1995, n° 59, p. 4 s.

(11) Sur cette perspective, v. le très intéressant ouvrage de C. Grewe et H. Ruiz Fabri, « Droits constitutionnels européens », coll. « Droit fondamental », P.U.F., 1995.

(12) V. *infra* n° 22 s.

(13) M. Troper, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique », in *Politiques et management public*, 1987, p. 181 s.

(14) P. Delvolvé, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 135 s., spéc. n° 2 s.

(15) Cons. const., 23 janvier 1987, (D.1988.117, note F. Luchaire - *J.C.P.* 1987.II.20854, note F. Sestier - *R.D.P.* 1987.1341, note Y. Gaudemet - *A.J.D.A.* 1987.315, note J. Chevallier - *R.F.D.A.* 1987.287, note B. Genevois ; p. 301, note L. Favreau).

(16) V. *infra* n° 42 s.

(17) J.-Y. Chérot, « La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution » (*D.* 1991, chron., p. 163 s).

(18) V. la démonstration en sens contraire de P. Delvolvé, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Mélanges Auby, Dalloz*, 1992, p. 47 s., opérée au regard d'un droit positif ayant évolué depuis dans le sens d'une affirmation judiciaire de l'organe en question ; dans le même sens, J.-J. Israël, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », *Mélanges R. Chapus*, préc., p. 315 s.

(19) Expression de P. Delvolvé, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », préc., n° 6, p. 139.

(20) J.-J. Israël, « Contentieux administratif et contentieux de la concurrence », préc., p. 320.

(21) P. Rosanvallon, « Le libéralisme économique », coll. « Points politique », 1989.

(22) Ainsi, la « philosophie morale et politique "anglo-saxonne" ... de Smith à Hayek, des utilitaristes à Rawls, de Locke à Nozick, fait corps avec une société dominée par l'économie » (J.-P. Dupuy, « Le sacrifice et l'envie. Le libéralisme aux prises avec la justice sociale », *Fondation Saint-Simon/Calmann-Lévy*, 1992, p. 7).

(23) M.-A. Frison-Roche, « L'Etat, le marché et les principes de droit interne et communautaire de la concurrence », préc.

(24) *Cass. com.*, 29 mars 1994, arrêt non publié au Bulletin, *Contrats, conc. cons.* 1994, n° 177, obs. L. Vogel.

(25) Ch. Stoffa, « L'Europe de l'utilité publique », rapport au Ministre de l'Economie.

(26) M.-A. Frison-Roche, « Services publics et principe de concurrence : les discours acceptables », *Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*, Commissariat général du Plan, 1994.