

La temporalité conséquente des fonctions des principes de la commande publique.

La temporalité du droit des contrats publics étant démontrée, il convient de tirer les conséquences fonctionnelles de cette approche conceptuelle du droit de la commande publique. Les développements qui suivent doivent donc être consacrés à révéler l'utilité de la distinction chronologique des phases des procédures de passation, dans la mesure où « *on ne distingue pas pour distinguer* »¹¹⁸⁶. Bien que plus difficile à saisir¹¹⁸⁷, cette approche fonctionnelle reste fondamentale, car elle donne un sens et une utilité à la systématisation des temps de la commande publique.

Ce découpage temporel est utile pour préciser les fonctions-fins de chaque principe¹¹⁸⁸. Autrement dit, ce sont les finalités propres à chaque principe qui peuvent être dévoilées par une approche temporelle du droit de la commande publique. L'idée est de démontrer qu'il existe une véritable temporalité dans l'application des principes, une articulation temporelle des principes, qui découle de la chronologie dégagée lors du chapitre précédent. Cette approche fondée sur le facteur temps permet de singulariser chaque principe au sein de l'ensemble qu'ils forment, en rattachant les objectifs temporels et précis dégagés précédemment, à un principe spécifique. Cette démarche aboutit à l'adoption d'une classification solide et définitive des principes ainsi que de leur finalité respective, classification qui, actuellement, reste confuse¹¹⁸⁹. Ainsi, l'idée soutenue est que pour chaque

¹¹⁸⁶ O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012, p. 2.

¹¹⁸⁷ *Ibid.* p. 11 : « *en revanche, considérée d'un point de vue fonctionnel, c'est à dire lorsqu'on se concentre sur le rôle de cette technique, la distinction mérite une plus grande attention. Examinée comme un moyen au service d'une fin, comme un procédé de réalisation destiné à produire certains résultats utiles, elle ne se laisse pas saisir aisément* ».

¹¹⁸⁸ Pour la notion de fonction-fin, cf. *Introduction*.

¹¹⁸⁹ V. à ce titre les développements exhaustifs de P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 182 et s. L'auteur répertorie toutes les classifications des principes existantes, et souligne leur actuelle confusion.

temps et chaque objectif, correspond un principe de la commande publique (**Section 1**). Dès lors, un principe sert un objectif déterminé, lequel est attaché à une phase précise du processus d'achat public. C'est donc à partir de la systématisation des temps de la commande publique qu'il est possible de dégager une logique propre, une individualité caractéristique à chaque principe.

À partir de cette approche temporelle des principes de la commande publique, il convient de se pencher sur leur articulation. La question qui se pose est de savoir si cette distinction temporelle des fonctions propres de chaque principe se traduit par une séparation étanche de ces derniers au sein du tout qu'ils forment, ou si, malgré la singularité fonctionnelle dont ils disposent, ils entretiennent quand même des relations juridiques, hiérarchiques, parallèles ou complémentaires. L'articulation des principes de la commande publique est fondée sur l'articulation temporelle des objectifs (**Section 2**).

L'approche temporelle constitue ainsi une clé de lecture pertinente pour révéler les fonctions-fins de chaque principe. Cette démarche suppose de rattacher deux logiques, une temporelle dégagée dans le chapitre précédent, et l'autre principielle, et ce à partir d'éléments épars permettant de déceler l'esprit propre à chaque principe. Il s'agit donc d'opérer une liaison entre ces deux logiques. Les procédés de liaisons sont « *des schèmes qui rapprochent des éléments distincts et permettent d'établir entre ces derniers une solidarité visant soit à les structurer, soit à la valoriser positivement ou négativement l'un par l'autre* »¹¹⁹⁰. Le temps et les principes sont, de prime abord, deux éléments distincts. L'ambition de ces développements consiste à révéler le lien existant entre les différents temps qui caractérisent le droit de la commande publique et les principes. Deux conséquences positives découlent de ce rattachement, qui sert tant les objectifs que les principes. Premièrement, la liaison de chaque principe à un objectif précis, au moyen du temps, permet de préciser les implications des principes en les singularisant dans leur finalité. Deuxièmement, les objectifs inhérents au régime de la commande publique disposent, en conséquence, d'un fondement principiel pour acquérir une certaine effectivité. En effet, « *le terme d'objectif ne possède tout simplement pas d'épaisseur juridique. Il ne renvoie à aucun concept établi par le système juridique et ne*

¹¹⁹⁰ C. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, éd. de l'université de Bruxelles, préf. M. MEYER, 5^{ème} éd., p. 255.

forme à lui seul aucun régime »¹¹⁹¹. La liaison entre les principes et les objectifs permet à ces derniers d'acquiescer cette effectivité.

Cette méthodologie¹¹⁹² aboutit donc à la conclusion qu'il existe une véritable temporalité des principes de la commande publique. Ils n'interviennent pas nécessairement au même moment, dans le but de servir le même objectif. Ils n'ont pas, pour reprendre les termes de Nicolas Boulouis¹¹⁹³, la même essence, et cette différence d'essence peut s'expliquer par une temporalité distincte et la poursuite d'objectifs spécifiques à chacun.

Section 1 : La concordance des fonctions et des temps.

Afin de démontrer la temporalité des fonctions des principes, il est possible de procéder de la manière suivante. Il convient de rechercher, parmi les principes de la commande publique, celui qui se rattache le mieux à chaque logique temporelle préalablement définie¹¹⁹⁴. Il s'agit d'établir une solidarité entre les temps et les principes, afin de structurer et de valoriser les règles du droit de la commande publique par une définition plus précises des principes. Cette solidarité est justifiée par l'existence de similitudes entre une logique temporelle et une logique principielle. Chaque principe développe avec un temps déterminé une certaine concordance. Pour procéder à cette liaison, doivent être mis en avant divers éléments relatifs aux principes, comme leur sémantique, leur origine, leur esprit tel qu'il ressort des textes et de la jurisprudence. Il s'agit de réunir diverses données qui permettent de donner un sens à chaque principe, dans le but de le rattacher à une logique temporelle.

Cette démarche permet de démontrer qu'il existe une véritable temporalité dans l'application de chaque principe de la commande publique, le facteur temps précisant les fonctions propres

¹¹⁹¹ D. de BECHILLON, Ph. TERNEYRE, obs. sous CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *RFDA* 1999, p. 372.

¹¹⁹² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 18 : « une méthode est une manière de conduire la pensée, et la méthodologie juridique est l'étude des procédés et des méthodes que les juristes sont amenés à pratiquer dans leurs activités de recherche, de création et d'application du droit et, plus généralement, pour parvenir à la solution des problèmes juridiques. Les juristes ne peuvent, pour cela, se contenter de la seule connaissance des lois, de la réglementation et de la jurisprudence car les solutions juridiques dépendent aussi de principes, d'institutions, de concepts, de procédés techniques, de raisonnements déterminés ».

¹¹⁹³ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *BJCP* n° 70, p. 189.

¹¹⁹⁴ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

à chacun. Cette conception temporelle des principes ressort de certains écrits doctrinaux, sans faire l'objet de plus d'approfondissement. Gregory Kalflèche¹¹⁹⁵ dissocie les principes justifiant les procédures de passation des principes renforçant les procédures de passation. Ainsi, il distingue les principes intervenant en amont de la procédure et ceux intervenant pendant la procédure : la distinction repose donc sur un critère temporel. Florian Linditch¹¹⁹⁶ évoque également l'existence d'une temporalité des principes. Selon cet auteur, le Code des marchés publics décline le principe général d'égalité de manière chronologique : « *d'abord, permettre à l'ensemble des opérateurs de présenter candidatures et offres en réalisant une publicité suffisante ; ensuite leur garantir que leurs propositions seront traitées de manière équitable (...); enfin, l'obligation de transparence ex-post impliquera que l'administration puisse justifier après coup de l'impartialité de sa consultation* »¹¹⁹⁷. Catherine Ribot distingue « *selon une approche chronologique du processus de passation du marché, le moment de l'accès des soumissionnaires aux informations leur permettant de préparer une offre, et le moment où les offres présentées par les candidats sont examinées par le pouvoir adjudicateur, et où il est question alors de l'égalité de traitement des candidats* »¹¹⁹⁸.

Pierre Delvolvé¹¹⁹⁹ adopte également une approche temporelle des principes. L'auteur répertorie trois principes de base de la commande publique : la liberté, l'égalité et la publicité. Ils distinguent, parmi ces derniers, les principes relatifs à l'utilisation de la commande publique et les principes relatifs à la mise en œuvre de la commande publique. La première catégorie est subdivisée en deux types de principes : ceux concernant le recours à la commande publique, ceux concernant le recours au type de commande publique. Il en est de même pour la deuxième catégorie, subdivisée comme suit : les principes relatifs à l'attribution de la commande publique, et les principes relatifs à l'exécution de la commande publique. Ainsi, l'auteur distingue, par une approche chronologique, quatre grandes phases, dont il étudie distinctement les principes directeurs : le recours à une procédure de passation, le choix de la procédure de passation, la mise en œuvre de la procédure de passation, et l'exécution du contrat.

¹¹⁹⁵ G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dacty., Paris II, 2004, pp. 600 et s.

¹¹⁹⁶ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2007, p. 23.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹¹⁹⁸ C. RIBOT, « Egalité d'accès des soumissionnaires », in C. RIBOT, E. MARC et P. IDOUX, *Dico Moniteur des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 2008, p. 296.

¹¹⁹⁹ P. DELVOLVE, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI* 2003, p. 481.

L'approche temporelle révèle qu'au temps de l'accès (**paragraphe 1**), de la mise en concurrence (**paragraphe 2**) et de la fin de la procédure (**paragraphe 3**) doivent être rattachés les principes de la commande publique, afin de préciser leurs fonctions propres au sein du tout qu'ils forment. La liberté d'accès prédomine dans le premier temps ; l'égalité de traitement et la transparence sont effectives dans le deuxième temps ; la transparence est le seul principe du dernier temps.

Paragraphe 1 : Le premier temps et la liberté d'accès.

C'est logiquement par le premier temps de la commande publique que doit commencer le rattachement entre les logiques temporelles et principielles. Il convient donc de rappeler la logique attenante à ce premier temps (**A**), pour ensuite rechercher quel est le principe qui s'y rattache le plus (**B**). Différents éléments démontrent que la liberté d'accès à la commande publique concorde avec ce premier temps, les deux logiques de chacun étant ciblées sur l'accès à la mise en concurrence.

A : La logique du premier temps de la commande publique.

Le premier temps est celui de l'accès à la commande publique. Après la détermination de l'existence obligatoire d'une procédure de passation¹²⁰⁰, sa finalité est de permettre l'accès à la mise en concurrence à tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le contrat. *A contrario*, l'objectif de ce temps est de limiter les entraves possibles dans l'accès des candidats aux contrats de la commande publique. Par conséquent, l'objectif est d'appeler « *le plus grand nombre possible de concurrents : on aura ainsi plus de chances d'obtenir des*

¹²⁰⁰ Au moyen de la détermination préalable des besoins : J.-D. DREYFUS, « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre II », *RDI* 2004 p. 143 – B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* 2004, ét. 9 – H. LETELLIER, « La détermination des procédures de dévolution en fonction des besoins préalablement déterminés », *Contrats publics* n° 140, février 2014, Dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins », p. 24 – V. également le dossier spécial « Quelle méthode pour l'évaluation des besoins » paru dans le *contrats publics* n° 140, février 2014, pp. 23-64.

conditions meilleures (loi de l'offre et de la demande) »¹²⁰¹. Cet objectif d'accès, véritable phase préparatoire à la procédure de mise en concurrence, comprend plusieurs éléments. Ils résident en l'absence de libre choix si une procédure de passation est obligatoire, susciter une concurrence suffisamment large et saine au travers de l'information donnée aux candidats potentiels, déterminer des critères de sélection des candidatures qui n'entravent pas de manière injustifiée cet accès, limiter tous les éléments de fond et de forme injustifiés qui empêchent un opérateur économique intéressé de participer à la procédure. Au-delà de tels éléments, cet objectif comprend les démarches favorisant l'accès de certains candidats, tels que l'allotissement¹²⁰², l'accès des PME (petites et moyennes entreprises) à la commande publique¹²⁰³ ou encore l'accès des personnes publiques aux contrats de la commande publique.

Ce temps, poursuivant un objectif d'accès à la mise en concurrence, est donc empreint d'une logique économique¹²⁰⁴. Axé sur l'existence d'une concurrence large et idéale, il permet à tous les opérateurs économiques sur le marché d'avoir une chance d'accéder au contrat. En outre, l'information préalable quant à l'existence de la procédure est empreinte d'un impératif concurrentiel¹²⁰⁵, la publicité créant, en ce qu'elle attire les différentes offres, un marché concurrentiel¹²⁰⁶. À cet égard, il n'est pas surprenant que certaines décisions du début du siècle dernier évoquent, pour des affaires relatives à ce temps, le principe de libre

¹²⁰¹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif – Théorie générale des contrats administratifs*, Marcel GIARD, 3^{ème} éd., 1934, p. 84.

¹²⁰² L'art. 10 du Code des marchés publics relatif à l'allotissement commence comme suit : « afin de susciter la plus large concurrence ». Pour des développements v. : F. LINDITCH, « L'allotissement », *Cahiers du droit de l'entreprise* 2007, n° 5, p. 30 – L. AYACHE, « Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allotir ? », *AJDA* 2009, p. 1240 – E. DEROUESNÉ, A. STEFANINI-COSTE, « Le juge au service de l'effet utile du Code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critère », *Contrats et marchés publ.* 2009, ét. 4 – L. BENOIT, « Contrats globaux et allotissement », *Contrats publics* 2012, n° 126, p. 27.

¹²⁰³ V. notamment, sur cette question : F.-R. BERTRAND, « Commande publique et PME », *Marchés publics* n°232, mars 1988, p. 27 – J.-F. SESTIER, « L'accès des PME à la commande publique », *BJCP*, 2001, n° 16, p. 214 – A. DOMANICO, « Les PME et le code des marchés publics », *CP-ACCP*, n° 31, mars 2004, p. 115 – J.-D. DREYFUS, « Code des marchés publics et PME : le choix d'une discrimination positive », *AJDA* 2006, p. 1769 – A. DOMANICO, « Accès des PME à la commande publique : l'impossible réforme ? », *Contrats publics*, n° 69, septembre 2007, p. 24 – J.-M. PASTOR, « Les propositions françaises pour améliorer l'accès des PME aux marchés publics », *AJDA* 2008, p. 173.

¹²⁰⁴ Pour des développements sur la prise en compte du raisonnement économique dans le droit des contrats de la commande publique voir B. du MARAIS, « Le droit de la commande publique est-il un droit de la concurrence ? », *Gaz. Pal.* 2007, n° 86, p. 4.

¹²⁰⁵ D. GUINARD, « De l'effectivité du droit de la concurrence dans le droit de la commande publique : regard récent sur la sélection des offres des candidats par les pouvoirs adjudicateur », *Contrats et marchés publ.* 2011, ét. 3.

¹²⁰⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 583.

concurrence¹²⁰⁷. Ce temps aboutit à une véritable mise en concurrence donnant lieu, ultérieurement, au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, ou au choix du cocontractant. Les logiques de ce temps s'opposent par conséquent à une sclérose du marché de l'achat public.

En droit de l'Union européenne, la possibilité d'accès des entreprises ressortissantes d'autres États membres à certains contrats atteste de cette logique économique d'ouverture du marché européen à la concurrence¹²⁰⁸. Le droit de l'Union se tourne en effet vers l'offre, et laisse la place à une problématique centrée autour de l'entreprise soumissionnaire, de l'environnement économique et des rapports concurrentiels entre entreprises¹²⁰⁹. À ce titre, il convient de souligner que le droit de la commande publique européen découle directement des grandes libertés économiques contenues dans les traités¹²¹⁰. Sans entrer dans le domaine du droit de la concurrence qui reste différent du droit des contrats¹²¹¹, il est possible de constater que la poursuite de l'efficacité économique n'est pas étrangère à cette phase de la commande publique¹²¹². Il semble bien que l'objectif est ainsi « *de créer un marché (au sens économique) où se rencontrent la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques* »¹²¹³. Ce temps est donc axé sur les conditions d'application de la concurrence, préalable indispensable à la mise en concurrence elle-même, ces deux phases étant distinctes¹²¹⁴.

¹²⁰⁷ CE, 9 février 1912, *Mauguin*, Rec. p. 179 – CE, 10 mars 1937, *Société Robiou et Martin*, Rec. p. 294.

¹²⁰⁸ La politique communautaire doit être « *conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* », Traité de Maastricht, 1992. Le droit communautaire, d'essence libérale, est animé par le seul objectif d'assurer la plus parfaite des concurrences : Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 87 – F. LICHERE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », *Contrats publics* n° 69, sept. 2007, p. 39 – S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 429.

¹²⁰⁹ J.-F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, Imprimerie Nationale, 2004, p. 10.

¹²¹⁰ Il s'agit de la libre circulation des marchandises (art. 34 TFUE), de la liberté de prestations de service (art. 56 TFUE), et de la liberté d'établissement (art. 49 TFUE).

¹²¹¹ Malgré cet objectif commun d'efficacité économique, le droit de la concurrence et le droit de la commande publique restent deux domaines distincts : L. RICHER, « Un objectif, deux systèmes », Dossier « Les pratiques anticoncurrentielles », *CP-ACCP*, n° 99, mai 2010, p. 26.

¹²¹² Par exemple, l'amélioration de l'accès des PME est recherchée dans un but d'efficacité économique : G. ECKERT, « La réforme des dispositions financières du code des marchés publics », *Contrats et marchés publ.* 2011, dossier 6 : « *face à cela, la simplification des règles juridiques s'inscrit dans un double objectif, d'une part, de réduction des coûts d'achats publics par l'allègement des formalités pesant sur les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices et, d'autre part, d'amélioration de l'accès des PME à la commande publique dans un but d'efficacité économique* ».

¹²¹³ G. KALFLECHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420.

¹²¹⁴ M. GUIBAL, « L'accès aux marchés publics », in J.-M. MOUSSERON (dir.), B. TEYSSIE (dir.), *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : librairies techniques, 1978, p. 904.

La logique économique et concurrentielle de ce temps étant dégagée, il convient d'y raccrocher le principe de la commande publique qui s'y rapproche le plus. C'est sans conteste la logique principielle de la liberté d'accès qui présente une véritable similitude avec ce premier temps de la commande publique.

B : La prédominance du principe de liberté d'accès.

La liberté d'accès doit être rattachée à ce premier temps par la concordance entre la logique temporelle et sa logique principielle, car ce principe est inspiré par la même préoccupation économique. Cette logique ne peut être déduite directement de l'analyse des textes ou de la jurisprudence. Les textes ne définissent pas les fonctions précises de chacun des principes de la commande publique¹²¹⁵. Quant au juge administratif, il ne définit ni n'utilise de manière autonome ce principe, car il ne le sollicite jamais comme unique fondement, la liberté étant toujours associée à l'un ou aux deux autres principes. Seule une décision du Conseil d'État de 2013¹²¹⁶, qui porte sur les spécifications techniques et relève donc du premier temps de la commande publique, utilise la liberté d'accès de manière autonome.

La concordance entre les deux logiques se démontre par l'étude des sources normatives et de la dimension économique du principe. La liberté d'accès trouve son fondement dans les grandes libertés économiques¹²¹⁷, notamment dans la liberté du commerce et de l'industrie¹²¹⁸. C'est certainement pour cette raison que certains relèvent sa proximité avec le

¹²¹⁵ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1.

¹²¹⁶ CE, 2 octobre 2013, *Département de Lot-et-Garonne*, n° 368900 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 307, note G. Eckert ; *AJDA* 2013. 1947. obs. D. Poupeau.

¹²¹⁷ Comme l'exprime L. BATTOUE dans sa thèse, « *la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et de l'industrie exprime ainsi l'idée d'un libre accès à l'activité économique.* ». L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dacty., Paris XII, 2006, p. 341.

¹²¹⁸ C. EMERY, « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2005, p. 2269 : « *comme en matière de marchés publics, le principe de liberté d'accès aux contrats de partenariat consacré par les articles 3 et L. 1414-3 précités trouve son fondement dans la liberté du commerce et de l'industrie* ».

principe de libre concurrence, dont elle constitue le premier stade¹²¹⁹. Ce principe « est le reflet de certaines idées plus générales qui lui ont donné au XIXe siècle une assise particulièrement forte, celle du libéralisme économique fondé sur la libre concurrence »¹²²⁰. En effet, « l'article 1^{er} du code des marchés publics n'utilise pas l'expression "libre concurrence". Cependant, le principe de liberté d'accès à la commande publique qu'il pose correspond à l'un des piliers d'un système de libre concurrence qui, pour présenter ses vertus et permettre d'atteindre l'optimum économique, suppose notamment que les offreurs soient libres d'entrer et de sortir du marché »¹²²¹. La liberté d'accès s'associe donc étroitement au respect de la libre concurrence en général et des règles de la concurrence en particulier¹²²².

Ainsi, ce principe est empreint d'une dimension économique, dans la mesure où il a pour fonction de permettre une concurrence suffisamment large. Comme le souligne Laurent Richer, « pour qu'un marché (au sens économique du terme) soit concurrentiel, quatre conditions doivent être réunies : l'atomicité (absence d'effet de domination), l'homogénéité des produits (pour permettre les comparaisons), la liberté d'accès, la circulation de l'information. Le code des marchés publics met surtout l'accent sur la troisième de ces quatre conditions »¹²²³. La dimension concurrentielle soulignée par les auteurs confirme cette logique économique de la liberté d'accès. Car sans un accès des opérateurs économiques au marché concurrentiel, il ne peut y avoir de concurrence. En effet, « quand une personne publique se procure des biens et des services ou confie à un tiers la gestion d'un service public (...) la question est de savoir si elle interfère dans le fonctionnement concurrentiel et s'il est par suite justifié que des procédures lui soient imposées, qui garantissent la liberté d'accès des opérateurs économiques à sa commande »¹²²⁴. La liberté d'accès dispose donc d'une dimension économique certaine.

¹²¹⁹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 700 : « la liberté d'accès est en effet le premier stade de la libre concurrence si on l'entend comme la « liberté d'accès au marché économique » qu'est le marché public ».

¹²²⁰ A. de LAUBADERE, F. MODERNE et P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 597.

¹²²¹ O. GUEZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *CP-ACCP* n° 20, mars 2003, p. 43.

¹²²² S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, p. 528.

¹²²³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 370.

¹²²⁴ A. MENEMENIS, « L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite d'une réflexion », *Contrats publics*, septembre 2004, n° 36, p. 65.

En outre, un contrat de la commande publique constitue un véritable marché concurrentiel. En effet, « *si l'achat public est l'une des expressions les plus visibles de l'action publique, il est aussi un acte économique qui s'inscrit dans une économie de marché dominé par le principe de libre concurrence* »¹²²⁵. Dans le cadre de ces contrats, le marché pertinent est le champ d'application contractuel¹²²⁶. Par conséquent, les procédures de mise en concurrence des contrats de la commande publique ont pour objectif de « *créer un marché (au sens économique) où se rencontrent la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques* »¹²²⁷. Car « *concourir, et la comparaison sportive est tout à fait pertinente, implique à la fois l'affrontement mais aussi la rencontre sur un même terrain* »¹²²⁸. Le fonctionnement concurrentiel du marché devient ainsi le fondement du régime de passation des contrats de la commande publique¹²²⁹. Dès lors, pour assurer une saine concurrence, les opérateurs économiques doivent pouvoir être en mesure de choisir librement d'entrer ou non sur le marché que constitue le contrat. Ils doivent pouvoir exercer leur liberté d'accès à ce marché¹²³⁰. Cet objectif est inhérent au premier temps de la commande publique. Le droit de la concurrence n'étant pas d'application assez large, il doit forcément exister un principe de la commande publique capable de garantir l'accès des opérateurs sur le marché. Or, le principe de liberté d'accès, en raison de ses origines économiques, est le seul principe de la commande publique propre à assurer une telle liberté. Pour les raisons précédemment évoquées, le principe d'égal accès à la commande publique ne constitue pas un fondement pertinent¹²³¹.

La sémantique de ce principe constitue un second indice de cette dimension économique de la liberté d'accès. Dans « *liberté d'accès à la commande publique* », il y a le terme « *accès* ». Dans son sens littéral, ce principe est imprégné d'une logique d'accession à une commande. Le terme de « *liberté* » sous-tend le droit de pouvoir librement accéder à la commande publique, le droit de disposer d'une liberté de concourir. La liberté est généralement synonyme de concurrence et, le plus souvent, une limitation de la concurrence s'analyse en une privation de liberté¹²³². L'activité d'un opérateur économique est conditionnée par sa

¹²²⁵ Manuel d'application du Code des marchés publics, décret du 7 janvier 2004, www.minefi.fr.

¹²²⁶ CA Paris, 31 octobre 1994, *UGAP c/ CAMIF* ; CCC février 1995, n° 29, obs. L. Vogel – Cons. Conc., 6 juin 2006, n° 06-D-13.

¹²²⁷ G. KALFLECHE, art. préc., p. 2425.

¹²²⁸ D. LINOTTE, « Principe d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *in Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction de R. CRISTINI et J.-M. RAINAUD, Economica, 1987, p. 13.

¹²²⁹ L. BATTOUE, *op. cit.*, p. 352.

¹²³⁰ O. GUEZOU, art. préc., p. 43.

¹²³¹ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²³² D. LINOTTE, art. préc., p. 15.

liberté d'entrée et de sortie du marché¹²³³, c'est ce que dévoile la sémantique de la liberté d'accès en ce qui concerne l'activité de commande publique. Or, le premier temps de la commande publique est empreint de cette logique d'accès.

La sémantique des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ne démontre pas une telle similitude, seule la liberté d'accès s'y rapproche. La transparence est un principe multiforme issu de la science administrative¹²³⁴, dont l'esprit n'est pas empreint d'une dimension économique. En outre, et ainsi que l'affirme Yves Gaudemet, « *l'égalité n'a rien à voir avec la configuration spécifique de chaque type de contrat qui fait – en droit privé comme en droit public – que les cocontractants possibles se recrutent dans un cercle de professionnels limités* »¹²³⁵. En effet, L'égalité de traitement des candidats ne s'apparente pas à une logique d'accès et s'applique une fois cet accès assuré.

Dès lors, à la vue de ces indices, le principe de liberté d'accès est rattachable au premier temps de la commande publique. Les deux logiques temporelles et principielles ont de grandes similitudes dans l'existence d'une dimension économique et concurrentielle, et dans l'esprit d'accès à un marché pertinent que constituent les contrats de la commande publique. La question reste de savoir si la liberté peut être rattachée aux autres temps de passation des contrats de la commande publique de la même manière. Il ne semble pas, ces logiques d'accès et d'économie ne ressortant pas dans ces temps qui ont pour objectif la mise en concurrence effective des candidats et la finalisation de la procédure. Comme le souligne Gregory Kalfleche, le principe de liberté d'accès « *n'impose aucune obligation à la mise en concurrence elle-même. Il n'a d'influence que sur l'accès à cette mise en concurrence, non sur son déroulement* »¹²³⁶. Il est possible de conclure que la fonctionnalité et les conséquences de la liberté d'accès ne peuvent être étudiées que sous le prisme du premier temps de la commande publique ainsi que des objectifs qui y sont assignés. Ainsi, une telle approche peut expliquer pourquoi il est possible de rattacher une partie de l'obligation de publicité, point fondamental du premier temps, exclusivement à la liberté d'accès et non au principe de

¹²³³ O. GUEZOU, art. préc., p. 43.

¹²³⁴ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360 – Ch. MAUGÛÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public : du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 609 : « le terme de transparence est apparu dans la science administrative au début des années quatre-vingt pour caractériser un ensemble de lois qui visaient à rapprocher l'administration des administrés ».

¹²³⁵ Y. GAUDEMET, « Libres propos sur le droit des contrats administratifs », *CJEG* 2004, n° 605, p. 5.

¹²³⁶ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 700.

transparence¹²³⁷. Il convient à présent de rechercher quel est le principe qui se rattache au deuxième temps de la commande publique.

Paragraphe 2 : Le deuxième temps et les principes d'égalité de traitement et de transparence.

S'agissant de l'étude du deuxième temps de la commande publique, la démarche est identique, en ce sens qu'il convient de rattacher les logiques temporelles à des logiques principielles. Après avoir rappelé les deux logiques relatives à ce deuxième temps (**A**), il y a lieu de rechercher quel est le principe, pour chaque logique, qui s'y rattache le plus (**B**). C'est le principe d'égalité de traitement des candidats qui se rapproche le plus de la logique temporelle de mise en concurrence effective des candidats. Ce temps étant celui de la confrontation entre la personne responsable de l'achat et les candidats réels et non plus potentiels, l'égalité de traitement reste le principe le plus imprégné de cette logique. Pour l'objectif d'intelligibilité de la procédure, la transparence joue un rôle fondamental dont ne disposent pas les deux autres principes.

A : Les logiques du deuxième temps de la commande publique.

Après la création d'un marché pertinent et l'ouverture à la concurrence par la détermination des conditions d'accès à ce marché, intervient la mise en concurrence effective des candidats aux contrats. C'est cette phase des procédures de passation qui intéresse le deuxième temps de la commande publique. Les opérateurs économiques intéressés par le contrat, et informés de son existence par la publicité, manifestent leur volonté de soumissionner auprès de l'autorité adjudicatrice en déposant leurs candidatures et leurs offres. La personne responsable du contrat est alors en charge d'opérer une véritable mise en concurrence entre les candidats qui se sont effectivement manifestés pour l'obtention du

¹²³⁷ A. CLAEYS, « Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public », note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais, RDP* 2006, n° 4, p. 1080.

contrat. Il ne s'agit donc plus ici d'une question d'accès à la procédure de passation, cette dernière ayant été réglée lors du premier temps. Il s'agit, pour ce deuxième temps, de la prise en charge, par l'autorité adjudicatrice, des opérateurs économiques qui peuvent accéder à la mise en concurrence, et qui candidatent effectivement. Après la détermination des conditions d'accès lors du premier temps, s'en suit donc une mise en œuvre des conditions d'accès lors du deuxième temps. C'est une véritable phase de confrontation entre la personne responsable du contrat et les candidats, qui passent du statut de candidats potentiels à celui de candidats réels.

Par conséquent, ce temps embrasse toutes les modalités relatives aux rapports directs entre l'autorité adjudicatrice et les candidats, jusqu'au choix du cocontractant. Il est axé sur le comportement des candidats entre eux, et de l'autorité adjudicatrice avec l'ensemble des candidats. L'objectif de ce deuxième temps est donc le traitement impartial de l'ensemble des candidats afin d'assurer les objectifs plus généraux d'efficacité de la commande publique et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il s'agit d'appliquer, sans faire d'inégalité entre les candidats, les conditions d'obtention du contrat qui ont été préalablement définies lors de la première phase.

L'idée que tous les concurrents doivent être mis sur un pied d'égalité est ancienne¹²³⁸. Elle implique que les conditions doivent être les mêmes pour tous et que la préférence doit être donnée à celui qui fait les offres les plus avantageuses pour l'administration¹²³⁹. Tous doivent être également traités¹²⁴⁰. À l'époque de Georges Péquignot, la violation de la règle d'égalité entre les soumissionnaires était le grief le plus invoqué et la jurisprudence sur ce point était abondante¹²⁴¹, tant cet objectif d'égalité est fondamental.

Afin d'assurer l'impartialité de la procédure, il faut veiller « à ce que la règle du jeu soit non seulement la même pour tous les candidats, mais encore qu'elle leur soit appliquée de

¹²³⁸ V. M. LE VAVASSEUR de PRECOURT, concl. sur CE, 21 mars 1890, *Caillette*, *Rec.* p. 321 : « la jurisprudence reconnaît aux entrepreneurs admis à une adjudication le droit d'en contester la régularité, si tous les concurrents n'ont pas été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité. Cette jurisprudence est fort ancienne ». V. également M. ROMIEU, concl. sur CE, 30 mars 1906, *Ballande*, *Rec.* p. 281 : « le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales de l'adjudication, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents ».

¹²³⁹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif – Théorie générale des contrats administratifs*, Marcel GIARD, 3^{ème} éd., 1934, p. 92.

¹²⁴⁰ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Ed. A. Pédone, 1945, p. 214.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 221.

manière identique »¹²⁴². Dès lors, les règles doivent s'appliquer à tous de la même manière¹²⁴³, et l'autorité adjudicatrice ne doit pas, par son comportement, induire des inégalités injustifiées entre les candidats. Il existe ainsi « *une obligation qui incombe à l'administration de traiter sur un pied d'égalité toutes les entreprises qui entrent en concurrence pour l'attribution d'un marché public* »¹²⁴⁴. Cette affirmation de Michel Guibal au sujet des marchés publics, s'applique à l'ensemble des contrats de la commande publique¹²⁴⁵.

La seconde logique de ce deuxième temps de la commande publique est celle de l'intelligibilité de la procédure de passation. Dans cette phase, l'autorité adjudicatrice doit être en mesure de communiquer les informations nécessaires afin que les candidats puissent élaborer une soumission répondant à ses attentes. Dans un souci d'efficacité de la procédure, cette seconde logique est parallèle à celle d'un égal traitement des candidats¹²⁴⁶. Cet objectif d'intelligibilité concerne le contenu de la publicité initiale – et non pas le support de la publicité, qui est un élément de l'accès à la mise en concurrence¹²⁴⁷ – ainsi que toutes les informations susceptibles d'être communiquées jusqu'au choix du cocontractant.

La question se pose à présent de savoir quel est le principe qui se rattache à la logique d'égal traitement, puis à la logique d'intelligibilité des procédures. La liberté d'accès n'est pas un principe trouvant sa place dans ce second temps, ayant déjà épuisé ses effets. En revanche, l'égalité de traitement et la transparence se rapprochent de ces deux logiques temporelles.

¹²⁴² B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publics* 2004, ét. 9.

¹²⁴³ Communication interprétative de la commission du 19 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, *JOCE*, C 121, 29 avril 2000, pt 3.1.1.

¹²⁴⁴ M. GUIBAL, « Egalité et conclusion des marchés publics », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, « *L'interventionnisme économique de la puissance publique* », CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.

¹²⁴⁵ Tous les textes relatifs aux contrats de la commande publique comportent, dans leurs dispositions, des références à cette obligation d'égalité.

¹²⁴⁶ Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

¹²⁴⁷ *Idem*.

B : La prédominance de l'égalité de traitement et de la transparence.

À chaque logique de ce deuxième temps de la commande publique se rattache un principe : l'égalité de traitement pour les modalités de traitement des candidats (I), et la transparence pour les modalités relatives à l'intelligibilité de la procédure (II).

I : Le rattachement de l'égalité de traitement à la logique de mise en concurrence effective entre les candidats.

C'est l'égalité de traitement qui permet d'assurer une égalité de traitement entre les candidats lors de la mise en concurrence effective. À cet égard, la liaison entre ce principe et la logique temporelle sus-évoquée paraît évidente. Au sens littéral du terme, l'égalité de traitement des candidats signifie l'obligation d'assurer un traitement égal entre les soumissionnaires effectifs à un contrat de la commande publique, et permet d'interdire toutes les inégalités injustifiées entre ces derniers. Or, c'est justement cet objectif qui s'inscrit dans la logique du deuxième temps de la commande publique. La donnée sémantique n'est pas le seul élément plaidant en faveur de ce rattachement. Les sources de ce principe confirment également les similitudes entre la logique principielle et la logique temporelle. Le principe d'égalité de traitement des candidats découle d'un principe plus général d'égalité¹²⁴⁸. Il est également l'expression particulière à la matière du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques¹²⁴⁹. Il est vrai que ce fondement n'est cependant pas exclusif à l'égalité de traitement, puisque les principes de liberté d'accès et de transparence découlent également

¹²⁴⁸ Art. 6 de la DDHC : « 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 ».

¹²⁴⁹ J.-F. BRISSON, *Les fondements juridiques du droit des marchés publics*, éd. Imprimerie nationale, coll. Essentiel Expert, 2005, p. 185.

d'un principe plus général d'égalité¹²⁵⁰. C'est pour cette raison que le principe général d'égalité peut être perçu comme le véritable principe directeur de la sélection du cocontractant¹²⁵¹. Mais ce fondement commun ne signifie pas une essence commune. Seul le principe d'égalité de traitement garde le terme d'« égalité » dans sa dénomination, lui conférant ainsi une dimension particulière dans l'égalité. C'est pourquoi ce principe est l'expression de l'égalité la plus immédiatement compréhensible dans le cadre de la commande publique¹²⁵². La liberté d'accès est l'expression économique de l'égalité, issue de l'idée de concurrence ; la transparence n'en est qu'une mise en œuvre. C'est pourquoi l'égalité de traitement est la plus à même d'être attachée à ce deuxième temps de la commande publique.

Son utilisation par les juridictions démontre également un rapprochement entre ce principe et l'objectif d'égal traitement du deuxième temps. En droit interne, c'est un principe qui irrigue l'ensemble de la jurisprudence administrative relative à la passation¹²⁵³. Il est quasi-systématiquement utilisé comme fondement pour les contentieux relatifs au deuxième temps de la commande publique. C'est le cas, parmi les nombreux exemples, des litiges liés à la négociation lors de la mise en concurrence effective des offres¹²⁵⁴. Ainsi, son utilisation par les juges pour les contentieux relatifs au deuxième temps ne pose pas problème. Toutefois, il existe une réelle difficulté dans l'articulation temporelle des principes dans l'utilisation, par les juridictions, de l'égalité de traitement pour les litiges relatifs au premier temps. Il arrive en effet que les juges utilisent ce fondement pour les contentieux relatifs à l'accès à la

¹²⁵⁰ L. RICHER, « Constitution, contrat et commande publique », *Les nouveaux cahiers du CC*, n° 37, 2012, p. 44 – *Cahier du conseil constitutionnel*, n°12, 2002, comm. décision 2001-452 DC du 6 décembre 2001, loi MURCEF : la passation des marchés publics répond à « des exigences qui se rattachent aux diverses facettes du principe d'égalité ».

¹²⁵¹ P. BOURDON, *op. cit.*, p. 190 : « la procédure de sélection du cocontractant est articulée autour du principe d'égalité, que ce soit en matière de commande ou en fonction publique ».

¹²⁵² G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 642 : « l'égalité de traitement est avant tout une expression du principe général d'égalité. Il en est même l'expression la plus immédiatement compréhensible dans le cadre de la commande publique ».

¹²⁵³ J.-F. BRISSON, *op. cit.* p. 187.

¹²⁵⁴ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault – CE, 15 juin 2001, *SIAEP de Saint-Martin-de-Ré et de la Flotte-en-Ré*, n° 228856 et 229824, *Rec.* p. 265 ; *Dr. adm.* 2001, comm. 245, note D. P ; *AJDA* 2001. 1090, note J.-P. Markus ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 163, note P. Soler-Couteaux – CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*, n° 216902 et n° 241134, *Rec.* T. p. 810 ; *BJCP* 2002, p. 374, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 177, note E. Delacour – CE, 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, n° 288459 ; *AJDA* 2006. 1781, note L. Richer ; *RDI* 2006. 477, obs. J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2006, comm. 185, A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 233, note G. Eckert – CE, 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*, n° 286107 ; *BJCP* 2006, p. 448, concl. D. Casas ; *AJDA* 2006. 2064, note J.-B. Morel ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 267, note E. Delacour.

commande publique¹²⁵⁵. Plusieurs explications sont possibles et résident, d'une part, dans l'absence d'une définition précise des principes pouvant amener le juge à utiliser de manière aléatoire l'un ou les principes de la commande publique et, d'autre part, dans la portée large de son homologue européen pouvant justifier une utilisation étendue de l'égalité de traitement française.

En effet, ce principe d'égalité de traitement¹²⁵⁶ existe, au sens littéral du terme, en droit de l'Union européenne¹²⁵⁷. Reconnu comme un principe fondamental, il contribue à assurer le développement d'une concurrence effective dans l'attribution et l'exécution des contrats publics¹²⁵⁸. Il entraîne la prohibition des discriminations ostensibles fondées sur la nationalité ainsi que toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres distinctions, aboutissent au même résultat¹²⁵⁹. Il constitue un véritable principe référentiel dans la mise en œuvre des règles destinées à assurer la concurrence et la transparence des offres¹²⁶⁰. La question se pose de savoir si le principe d'égalité de droit interne recouvre le même champ d'application que celui du droit de l'Union européenne. Car « *en ce qu'ils relèvent également du droit communautaire, ces principes [de la commande publique] ne font pas toujours l'objet d'interprétations voire de fondements exactement identiques. De ce point de vue, on peut constater certaines fluctuations peu propices à une application sécurisée de la règle de droit* »¹²⁶¹. En droit interne, il se cantonne au deuxième temps de la commande publique, c'est-à-dire de la publicité jusqu'au choix du cocontractant. En droit de l'Union

¹²⁵⁵ Par exemple CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofit Isolation*, n° 39120, *Rec.* p. 171, au sujet d'une circulaire qui prône l'exclusion des entreprises dont le chiffre d'affaire est trop conséquent pour les petits marchés, afin de favoriser l'accès des PME. Le Conseil d'État annule la circulaire sur le fondement de l'égalité de traitement.

¹²⁵⁶ Pour plus de développements sur le principe d'égalité de traitement en droit de l'Union européenne, v. notamment : N. de GRONE-VALDEYRON, « Le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de Justice des communautés européennes », *Marchés publ.*, 1996, n° 2, p. 25 – S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etudes à partir des libertés économiques*, thèse, PUAM, 1999 – P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDE* 2002, p. 413.

¹²⁵⁷ Ce principe est contenu dans les nouvelles Directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Il était également mentionnée dans les anciennes directives. Il est également mentionné dans la nouvelle directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

¹²⁵⁸ D. RUIZ-JARABO COLOMER, concl. sur CJCE, 27 novembre 2001, *Lonbardini SpA et Impresa Ing Mantovani SpA*, aff. C-285/99 et C-286/99, pt 25.

¹²⁵⁹ CJCE, 16 février 1978, *Commission c/ Irlande*, aff. 61-77, *Rec.* p. 417, concl. G. Reischl.

¹²⁶⁰ J.-F. BRISSON, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁶¹ J.-F. SESTIER, « Les principes de la commande publique », in *Les principes en droit*, Colloque organisé les 13 et 14 décembre 2007 à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, sous la dir. de S. CAUDAL, éd. ECONOMICA, 2008, p. 194.

européenne, ce principe dispose d'une portée beaucoup plus large. Par conséquent, les principes d'égalité de traitement européen et français n'ont pas la même portée, le premier étant plus large que le second. Cette différence a déjà été soulevée par Gregory Kalflèche. Par une analyse des textes et de la jurisprudence, l'auteur démontre que l'égalité de traitement en droit communautaire dispose d'une assise très large englobant les préoccupations relatives à l'accès au marché¹²⁶², au sens économique du terme, ainsi que celles attenantes à la mise en concurrence effective¹²⁶³. Ainsi, pour l'auteur, l'égalité de traitement européenne est la réunion de l'égalité d'accès et de l'égalité de traitement française¹²⁶⁴.

En droit interne, le principe d'égalité de traitement n'a de réelle portée que lors du deuxième temps de la commande publique. Il poursuit un objectif de traitement égal des candidats de la publicité préalable jusqu'au choix de l'offre. Il constitue dès lors un véritable « *guide des procédures* »¹²⁶⁵. Ce deuxième temps de la commande publique comprend aussi une logique d'intelligibilité des procédures qui doit être exclusivement rattachée au principe de transparence des procédures.

II : Le rattachement du principe de transparence à la logique d'intelligibilité de la procédure.

Les logiques principielles de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ne coïncident pas avec la logique temporelle d'intelligibilité des procédures, car cette dernière n'a pas de rapport avec la liberté d'accéder à la procédure de passation ou avec le traitement égal des candidats. Tout au plus peut-on trouver un point de convergence entre le contenu¹²⁶⁶ de la publicité initiale et la possibilité d'accéder au mieux à l'obtention du contrat. Dans ce cas, le contenu de la publicité aurait un lien avec la liberté d'accès à la commande publique. En effet, plus les candidats disposent de précisions sur la

¹²⁶² V. par exemple CJCE, 22 septembre 1988, *Commission des communautés européennes c/ Irlande*, aff. 45/87, *Rec.* p. 4929 – CJCE, 22 juin 1993, *Commission des communautés européennes c/ Royaume de Danemark*, aff. C-243 :89, *Rec.* p. I-3353 – CJCE, 26 septembre 2000, *Commission des communautés européennes c/ République Française*, aff. C-225/98, *Rec.* p. I-7445.

¹²⁶³ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 621 et s.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 626 : « *l'égalité de traitement en droit communautaire (...) regroupe par conséquent non seulement l'égalité dans le traitement des offres (...) mais aussi en partie l'égalité d'accès à la commande publique* ».

¹²⁶⁵ Expression empruntée à G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 649.

¹²⁶⁶ Est évoqué ici le contenu de la publicité, et non le support de la publicité.

teneur de l'offre et le déroulement de la procédure, plus ils sont en mesure d'élaborer une soumission répondant au mieux aux besoins de l'autorité adjudicatrice. Le contenu de la publicité n'a cependant pas de lien avec la liberté d'accès dans la mesure où son opacité n'empêche pas une entreprise d'accéder à la procédure de passation. Le contenu de la publicité est donc à placer sur l'efficacité de la mise en concurrence, et non sur l'accès à cette dernière.

Il est également tentant de faire appel à l'égalité de traitement des candidats concernant le contenu de la publicité initiale. En effet, la transmission des informations sur un support de publicité accessible à tous permet un traitement égal des candidats dans l'accès à cette information. Cette conception doit cependant être rejetée, puisque la logique d'intelligibilité des procédures reste éloignée de la logique d'égal accès à l'information, dans la mesure où les logiques d'intelligibilité et d'égalité sont nécessairement différentes. En effet, il peut y avoir un respect de la logique d'égalité de traitement sans que ne soit rempli l'objectif d'intelligibilité des procédures, et inversement. En d'autres termes, l'autorité adjudicatrice peut traiter de manière égale l'ensemble des candidats, sans transmettre suffisamment d'informations sur le déroulement de la procédure ; à l'inverse, elle peut transmettre des informations très précises, sans pour autant procéder à un égal traitement des candidats. C'est donc la transparence qui se rapproche le plus de cet objectif d'intelligibilité des procédures de passation.

La transparence étant empreinte d'une logique d'accessibilité des informations administratives et d'absence d'opacité dans la vie administrative¹²⁶⁷, c'est vers elle qu'il convient de se tourner pour rattacher l'un des principes de la commande publique à l'objectif d'intelligibilité des procédures de passation. La sémantique du principe de transparence confirme ce rattachement : dénommée « *transparence des procédures* », elle est toute indiquée pour remplir l'objectif de ce deuxième temps de la commande publique, en luttant contre l'opacité dans le déroulement de la mise en concurrence. En jurisprudence, ce rattachement ne prévaut pas, la transparence étant bien souvent associée au principe d'égalité de traitement des candidats pour les litiges traitant de l'intelligibilité de la procédure. Mais à la lecture de certaines conclusions de rapporteurs publics, il est évident que la substance des

¹²⁶⁷ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, PUP, 1998, p. 287.

informations transmises aux candidats relève de la seule transparence. Bertrand Dacosta¹²⁶⁸, dans ses conclusions sur la décision *ANPE* du 30 janvier 2009¹²⁶⁹, interpelle le Conseil d'État dans ses propos sur l'indication des critères de sélection dans les marchés à procédure adaptée : « *la question qui vous est posée, celle de savoir si le principe de transparence doit conduire le pouvoir adjudicateur à afficher ses critères de choix en début de procédure, concerne donc tous les marchés d'un montant compris entre 20.000 et 90.000 euros, ainsi que les marchés de services non prioritaires, quel que soit leur montant* ». Pour le rapporteur public, seul le principe de transparence a la légitimité pour contraindre le pouvoir adjudicateur à indiquer, préalablement à la réception des offres, les critères de sélection de choix du futur cocontractant. Dans ses conclusions sur la décision *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*¹²⁷⁰, le rapporteur public, sur la question de l'information des candidats sur les critères de sélection des offres avant le dépôt de celles-ci, évoque la « *suspension d'une procédure pour méconnaissance de l'obligation de transparence* »¹²⁷¹. La logique est similaire : ni le principe de liberté d'accès, ni celui d'égalité de traitement n'ont de rapport avec la substance des informations transmises aux candidats. Par conséquent, « *on voit ainsi que le principe de transparence peut conduire à exiger plus que la seule mention des critères et des conditions de leur mise en œuvre* »¹²⁷². L'intelligibilité des procédures entretient donc une liaison certaine avec le principe de transparence des procédures.

La transparence est ainsi le seul des principes de la commande publique à pouvoir assurer un objectif d'intelligibilité des procédures lors de ce deuxième temps de la commande publique. Ses fonctions ne s'arrêtent pas à ce stade de la procédure de passation, puisque la transparence dispose également d'un rôle fondamental lors du troisième temps de la commande publique.

¹²⁶⁸ B. DACOSTA, concl. sur CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *BJCP* n° 64, p. 205.

¹²⁶⁹ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n°290236, *Rec.* p. 4, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau.

¹²⁷⁰ CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *Rec.* p. 502 ; *BJCP*, n° 69, p. 103, concl. B. DACOSTA, obs. Ch. Maugüe ; *JCP A*, 2010, p. 2103, note F. Dieu ; *AJDA* 2010. 500, note J.-D. Dreyfus ; *JCP G*, 2010, p. 27, obs. L. Erstein ; *RTD eur.* 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *Contrats publics*, mars 2010, p. 83, note Le Bouedec ; *Dr. adm.* 2010, comm. 36, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 83, note Ph. Rees.

¹²⁷¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827, *BJCP* n° 69, p. 104.

¹²⁷² N. BOULOUIS, concl. sur CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279, *BJCP* n° 71, p. 241.

Paragraphe 3 : Le troisième temps et la transparence.

Le troisième temps de la commande publique intervient après l'accès à la procédure et la mise en concurrence effective. Le choix du candidat étant fait, ce temps est consacré à la transmission des informations relatives au bon déroulement de la procédure et à l'ouverture utile des recours contentieux par des mesures de publicité spécifiques. Il s'agit donc d'une logique de transparence permettant la vérification du respect des deux autres principes (A). C'est donc le principe de transparence qui se rattache à cette logique temporelle (B).

A : La logique du troisième temps de la commande publique.

Le troisième temps de la commande publique intervient en fin de procédure : de manière épisodique après le rejet des candidatures, lorsque l'examen des candidatures et des offres est séparé ; de manière permanente après le choix définitif du cocontractant. Ce temps se situe donc après l'achèvement de l'accès et de la mise en concurrence effective des candidatures et des offres. Le fait que ce temps intervienne après le choix du cocontractant ne signifie pas que les principes de la commande publique ont épuisé tous leurs effets. Ce temps dispose d'un lien certain avec les objectifs plus généraux d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics, dans la mesure où ces objectifs ne seraient pas effectifs sans l'existence de recours contentieux pour contester la procédure et sans l'existence de moyens permettant la vérification du bon déroulement de la procédure de passation. Ce sont là les objectifs de ce troisième temps de la commande publique : la preuve du bon déroulement de la procédure¹²⁷³, l'ouverture utile des recours contentieux aux candidats évincés.

Ce temps de la commande publique est donc emprunt d'une logique d'accessibilité de l'information, et des rapports entre ces informations et les recours contentieux ouverts aux tiers comme aux concurrents évincés. Ces objectifs de preuve du bon déroulement de la procédure et d'effet utile des recours contentieux sont liés, car « *en liaison avec le droit au recours, plusieurs obligations de publicité des décisions relatives à l'attribution (...) sont*

¹²⁷³ Par « bon déroulement », il faut comprendre un déroulement légal de la procédure, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique et des textes.

imposée par les textes »¹²⁷⁴. De ce fait, ce temps est emprunt d'une logique de transparence : la personne responsable du contrat doit être transparente à l'égard des candidats évincés comme des tiers, en apportant la preuve du bien-fondé de son choix pour se prémunir d'éventuels recours contentieux. Ainsi, il semble tout à fait pertinent de faire concorder ce temps et le principe de transparence des procédures.

B : La prédominance de la transparence.

La source normative du principe de transparence n'est pas un indice pertinent pour le rattacher à ce troisième temps. Il découle du principe général d'égalité¹²⁷⁵ comme les deux autres principes, mais ne semble en recouvrir aucune facette spécifique évidente, contrairement aux deux autres. La jurisprudence ne donne aucune précision, le juge utilisant rarement le principe de transparence de manière autonome¹²⁷⁶. C'est donc l'esprit attaché au principe de transparence des procédures qui permet de trouver des similitudes avec le troisième temps de la commande publique.

Cette phase est consacrée aux publicités et informations *ex post* qui permettent de démontrer la légalité de la procédure et d'assurer l'effet utile des recours contentieux. L'autorité adjudicatrice doit être transparente en procédant à des mesures de publicité et en transmettant certaines informations aux candidats évincés et aux tiers, comme les services du préfet. Quel autre principe que celui de transparence peut se rapprocher de cette logique ... de transparence ? Dans ce temps, le principe de transparence prend tout son sens. La Cour de justice l'a affirmé explicitement dans sa jurisprudence *Telaustria*¹²⁷⁷. Il est inspiré d'une logique d'ouverture de l'administration vers l'extérieur¹²⁷⁸, d'accessibilité des informations

¹²⁷⁴ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 409.

¹²⁷⁵ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382 ; *AJDA* 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2003, chron. 18, F. Linditch – CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

¹²⁷⁶ Les juges rattachent souvent ce principe aux deux autres ou à celui de l'égalité de traitement ou fondent leurs décisions sur l'irrespect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

¹²⁷⁷ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, préc., pt 62 : « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (nous soulignons) ».

¹²⁷⁸ C. DEBBASCH, Introduction, in *La transparence administrative en Europe*, dir. C. DEBBASCH, éd. du CNRS, 1990, p. 11.

administratives, d'absence d'opacité dans la vie administrative¹²⁷⁹. La transparence, de manière générale, permet d'éviter que « *l'opacité des circuits de décision ne nourrisse différentes catégories de soupçon : soupçon de favoritisme, de corruption, d'arbitraire* »¹²⁸⁰. Dans le droit des contrats de la commande publique, il semble évident que cette logique concorde avec celle du troisième temps. Florian Linditch considère que la transparence, lors de ce temps, constitue une « *véritable machine de guerre* » car « *une fois le marché attribué, l'administration va devoir fournir tous les éléments documentaires et intellectuels permettant d'apprécier la rationalité de sa démarche* »¹²⁸¹. Et seule la transparence s'y applique, les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement ayant, à ce stade de la procédure, épuisé tous leurs effets. La transparence constitue ainsi, pour l'administration, « *l'explication sur ses choix* »¹²⁸².

Cette conception temporelle fait de la transparence un principe singulier uniquement lors des deuxième et troisième temps de la commande publique. Il reste cantonné aux objectifs d'intelligibilité de la procédure et de preuve de la légalité de la procédure. Concevoir le principe de transparence comme tel peut être une entreprise risquée car, malgré les doutes émis sur ascension principielle¹²⁸³, la transparence acquiert aujourd'hui le statut d'un véritable principe transversal, « *un principe actif du droit des contrats publics* »¹²⁸⁴, tant auprès des juridictions que du discours doctrinal. En droit de l'Union européenne, la transparence a acquis un statut de principe général du droit appartenant à la catégorie des principes constituant la communauté de droit¹²⁸⁵, méritant ainsi son qualificatif de principe fondamental¹²⁸⁶. La prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice sur la transparence a incité les rédacteurs du Code des marchés publics de 2001 à l'ériger au statut

¹²⁷⁹ M. GUIBAL, « Transparence et droit public des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Louis Constant*, Presses universitaires de Perpignan, 1998, p. 287.

¹²⁸⁰ CONSEIL D'ETAT, *La transparence et le secret*, EDCE 1996, n° 47, p. 33.

¹²⁸¹ F. LINDITCH, « Les principes fondamentaux de la commande publique », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2007, p. 24.

¹²⁸² J.-M. PEYRICAL, « Régime de passation des contrats publics : le droit des délégations comme modèle ? », *AJDA* 2004, p. 2141.

¹²⁸³ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360 – F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publ.* 2004, chronique 1 – L. RICHER, « La transparence et l'obstacle », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Presse Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 175 et s.

¹²⁸⁴ Ch. MAUGÜÉ, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 624.

¹²⁸⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} édition, PUF, 2001, n° 295, p. 366.

¹²⁸⁶ L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, LGDJ 2009, Coll. Droit des affaires, p. 199.

de principe fondamental au côté de la liberté d'accès et de l'égalité de traitement¹²⁸⁷. Les juges internes ont consacré, par la suite, son rang de véritable principe¹²⁸⁸.

La transparence est ainsi décrite comme un principe transversal du droit de la commande publique à l'origine des obligations de publicité et de mise en concurrence¹²⁸⁹. Cependant, cette vision transversale présente un défaut certain, car elle fait du principe de transparence un « *principe éclaté à la portée protéiforme* »¹²⁹⁰. La temporalité des principes de la commande publique cantonne la transparence à des obligations précises, permettant ainsi de mieux percevoir ses contours. Lors du premiers temps, elle ne serait qu'une obligation qui complète les exigences posées par le principe fondateur de liberté¹²⁹¹ et ne serait définie que comme un principe « *selon lequel une activité doit être exercée ou un acte pris dans des conditions telles que les personnes intéressées puissent vérifier la légalité ou la moralité des différentes étapes qui ont conduit au résultat obtenu* »¹²⁹². Il faut ainsi distinguer l'obligation de transparence, qui découle du principe de liberté, du principe de transparence, qui impose un accès au contenu de la mise en concurrence et la publicité *ex post*. Dans le droit pénal, le délit de favoritisme n'est reconnu qu'en cas d'actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans les marchés publics ou les délégations de service public¹²⁹³. Le principe de transparence ne sert donc pas de fondement dans le contrôle du délit de favoritisme, qui est un acte qui se déroule lors des deux premières phases de la commande publique. Il n'est donc pas un principe transversal du droit de la commande publique.

¹²⁸⁷ F. LLORENS, art. préc.

¹²⁸⁸ CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Maugué ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.*, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude Gourdou et Bourrel – CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, préc.

¹²⁸⁹ Voir en ce sens E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dacty., Lyon 3, 2013 – P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2013, p. 73 et s. : l'auteur évoque les différentes déclinaisons du principe de transparence tout au long des procédures de passation.

¹²⁹⁰ A. SÉE, comm. sous CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *RLCT* 2009, p. 49.

¹²⁹¹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 733.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 721.

¹²⁹³ Article 432-14 du Code pénal : « *est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

Les développements de cette première section ont pour objectif de démontrer l'existence d'une temporalité des principes de la commande publique. En fonction de la période du processus d'achat, il est désormais possible de déterminer quel principe doit s'appliquer. La liberté d'accès à la commande publique est le principe initial, car elle est rattachée au premier temps de la commande publique. L'égalité de traitement et la transparence interviennent lors du deuxième temps de la commande publique, lorsque la liberté a épuisé ses effets. Enfin, la transparence clôt le processus d'achat public, en étant le seul principe qui s'applique au troisième temps de la commande publique. Il n'est certainement pas anodin, au vu de cette conclusion, que les principes soient toujours dénommés dans cette ordre : « *liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures* »¹²⁹⁴. Grâce à cette temporalité des principes, il est permis de les singulariser au sein du processus d'achat public et au sein de l'ensemble homogène qu'ils forment. Il convient à présent, à partir de la temporalité des fonctions des principes, de se pencher sur leur articulation temporelle.

Section 2 : L'articulation des fonctions par le temps.

Le rattachement d'un principe avec un temps de la commande publique permet de préciser les fonctions-fins¹²⁹⁵ propres à chacun. Chaque principe poursuit un objectif temporel précis, dégagé lors du chapitre précédent, qui constitue sa finalité première. Après avoir dégagé les fonctions propres à chaque principe, il convient d'étudier l'articulation entre ces fonctions. Le fait que chaque principe soit attaché à un ou plusieurs temps déterminés ne signifie pas qu'il existe une frontière étanche entre eux. En d'autres termes, les fonctions respectives des principes ne doivent pas être strictement cloisonnées dans un temps déterminé. Il existe en effet, dans chaque temps, une relation entre les principes. Il convient ainsi d'exposer, au sein de chaque temps, l'articulation des principes de la commande publique, qui est fondamentalement liée au temps (**paragraphe 1**). Ainsi, la nature de la relation entre les principes évolue en fonction du temps dans lequel on se trouve, et plus il avance, moins de principes sont susceptibles de produire des effets.

¹²⁹⁴ C'est en effet la formulation classique qui prévaut dans l'ensemble des textes et de la jurisprudence. Les principes sont toujours présentés dans cet ordre là.

¹²⁹⁵ Sur cette notion : Cf *Supra*, Introduction.

Il convient également d'étudier l'articulation des principes non pas dans chaque temps mais dans le temps de manière générale (**paragraphe 2**). En effet, leur prédominance dans chaque temps n'exclue pas qu'ils puissent être invoqués et avoir des effets dans un temps ultérieur à leur temps de rattachement. Cette rétroactivité est due au caractère processuel de la passation des contrats de la commande publique. Si lors du processus, un fait remet en cause l'étape précédente, il convient de reprendre cette phase préalable, et donc d'invoquer le principe qui y est rattaché. Il n'existe ainsi pas d'étanchéité des fonctions propres des principes de la commande publique.

Paragraphe 1 : L'articulation des fonctions propres des principes dans chaque temps.

L'articulation des fonctions des principes est directement liée aux temps de la commande publique. Le temps qui avance, d'une part, diminue le nombre de principes applicables et, d'autre part, change la nature des relations entre les principes. Lors du premier temps de la commande publique, il existe une véritable relation hiérarchique entre les trois principes (**A**). La liberté d'accès, principe initial du processus d'achat public, prédomine cette phase. Les deux autres principes n'en sont qu'un accessoire. Il faut préciser ce qu'il faut entendre par ce terme « d'accessoire ». D'une part, cela signifie que l'application du principe accessoire est subordonnée à celle du prédominant. D'autre part, l'accessoire sera conduit dans son application à la lumière du principe dominant. Ainsi, les trois principes produisent des effets, mais sous l'égide de la liberté d'accès à la mise en concurrence. Dans le deuxième temps, la liberté d'accès a épuisé ses effets. Il s'instaure ainsi une relation parallèle entre l'égalité de traitement et la transparence, qui poursuivent deux objectifs distincts (**B**). Lors du troisième temps, l'égalité de traitement a épuisé ses effets. La transparence de l'exclusivité sur cette phase et toute relation entre les principes a disparue (**C**).

A : L'articulation lors du premier temps de la commande publique : une relation hiérarchique dominée par la liberté d'accès.

La liberté d'accès à la commande publique est le principe prédominant de ce premier temps¹²⁹⁶. Mais pour produire ses effets, ce principe a besoin des deux autres principes (**I**). En

¹²⁹⁶ Cf. *Supra*, Section 1.

effet, ce n'est qu'à travers une publicité préalable et une égalité dans l'accès à la mise en concurrence que la liberté est pleinement effective. La transparence (II) comme l'égalité de traitement (III) restent cependant des principes accessoires, dans la mesure où il existe une véritable relation hiérarchique au profit de la liberté d'accès. En effet, cette dernière reste le principe force de ce premier temps, faisant des deux autres des principes accessoires à son service. La liberté d'accès à la mise en concurrence revêt ainsi, lors du premier temps, un rôle de véritable principe matriciel¹²⁹⁷ qui dirige l'application des principes dérivés.

I : La liberté d'accès, principe force du premier temps de la commande publique.

La liberté d'accès est le principe force du premier temps de la commande publique, car c'est un véritable « principe initial » à l'origine de la création d'une concurrence entre les entreprises éventuelles intéressées par le futur contrat. La poursuite d'une mise en concurrence saine et loyale dépend donc en grande partie de la dimension à donner à la liberté d'accès. Cependant, lors de cette phase, la liberté d'accès a besoin d'être épaulée, notamment par les principes de transparence et d'égalité de traitement.

Pour être effective, la liberté d'accès a besoin de la publicité préalable¹²⁹⁸. La publicité étant le moyen de faire connaître à l'ensemble des prestataires intéressés l'existence du futur contrat, ainsi que ses grandes lignes, elle leur permet d'avoir la possibilité d'exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence ultérieure dans l'objectif d'obtenir le contrat. Dès lors, le pouvoir adjudicateur doit être transparent sur ses intentions de conclure le contrat afin de susciter une large concurrence. La liberté d'accès et la transparence vont ainsi de pair¹²⁹⁹.

La liberté d'accès va également de pair avec le principe d'égalité de traitement, en ce sens que pour être effective, il ne doit pas exister d'inégalité injustifiée dans l'accès à la mise en concurrence. En effet, « *la concurrence (...) repose sur deux postulats : la liberté de*

¹²⁹⁷ Il faut entendre par « principe matriciel » la définition retenue par B. MATHIEU : « *ainsi certains principes deviennent des principes majeurs, des « principes matriciels » en ce qu'ils engendrent d'autres droits de portée et de valeur différentes.* ». B. MATHIEU, « Pour une reconnaissance de principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme », *D.* 1995, p. 211.

¹²⁹⁸ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* n°0039 du 15 février 2012 p. 2600, pt 10.1.1 – A. CLAEYS, « Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public », note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais, RDP* 2006, n° 4, p. 1080.

¹²⁹⁹ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 344.

*concourir, l'égalité dans la compétition. Les relations que nouent le principe de concurrence et les principes de liberté et d'égalité sont donc, pour employer un langage théologique, consubstantielles »*¹³⁰⁰. Pour garantir l'effectivité de la liberté d'accès, il faut donc nécessairement assurer une égalité relative entre les opérateurs, le jeu de la concurrence ne pouvant dès lors subir d'influence, donc perdre sa liberté¹³⁰¹. L'application du principe d'égalité est fondamentale à ce stade car il existe énormément de risques de discrimination en matière économique¹³⁰². Or, l'existence de discrimination dans la détermination des conditions d'accès à la commande publique entrave nécessairement la liberté des soumissionnaires potentiels. Certains, pouvant normalement exercer cette liberté, sont privés de le faire du fait de conditions discriminatoires sans lien avec l'objet du futur contrat. L'absence de discrimination participe donc de l'effectivité de la liberté d'accès. Ainsi, « *tous doivent avoir la liberté de concourir, et tous peuvent concourir également* »¹³⁰³.

C'est certainement du fait de son rôle initial dans le processus d'achat public que la liberté d'accès a besoin des deux autres principes pour être effective. La création d'un marché pertinent, au sens économique du terme, dans le but que tous puissent accéder au contrat passe forcément par l'accomplissement de mesures de publicité préalable et par le respect d'une égalité dans les conditions d'accès. Lors de ce premier temps, les trois principes de la commande publique sont donc susceptibles de produire des effets au travers du principe force de liberté d'accès. La transparence et l'égalité restent cependant des principes accessoires à la liberté d'accès.

II : La transparence, principe accessoire du principe de liberté d'accès.

Lors de ce premier temps de la commande publique, la transparence joue un rôle certain dans l'accès à l'information des soumissionnaires potentiels. Mais dans ce cadre, elle n'est qu'une obligation au service du principe force de liberté d'accès. Cela signifie que la transparence ne s'applique que si la liberté doit produire ses effets, et que l'intensité de la

¹³⁰⁰ D. LINOTTE, « Principe d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *in Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction de R. CRISTINI et J.-M. RAINAUD, Economica, 1987, p. 13.

¹³⁰¹ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 675.

¹³⁰² J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *in Travaux de l'Assoc. H. Capitant*, 1961-1962, p. 343.

¹³⁰³ D. LINOTTE, *op. cit.*, p. 13.

transparence dépend de la dimension à donner à la liberté d'accès. Ce caractère accessoire de la transparence peut surprendre tant on lui prête le fondement de l'obligation de publicité préalable. Pourtant, c'est bien à la liberté d'accès qu'il faut rattacher une telle obligation, la transparence n'étant qu'un simple moyen de mise en œuvre.

Le caractère accessoire de la transparence lors de cette phase est évident et a déjà été souligné par la jurisprudence comme par le discours doctrinal. Laurent Battoue¹³⁰⁴ démontre que le principe présente un caractère subsidiaire par rapport aux autres principes, dans la mesure où il permet leur accomplissement. Dans une thèse récente, il a été démontré qu'« *au service d'une finalité immédiate, la transparence garantit l'accès à la commande publique* »¹³⁰⁵. Dans cette phase, la transparence n'est pas un principe mais une simple règle servant à garantir aux soumissionnaires potentiels la possibilité d'exercer leur liberté d'accéder à la procédure de mise en concurrence, en étant informés sur l'intention de l'autorité adjudicatrice de conclure le contrat. La transparence est ainsi déduite du principe de liberté d'accès¹³⁰⁶. Par conséquent, « *la transparence, en réalité, n'est pas un principe en elle-même, mais plutôt la somme de certains démembrements ou certaines fonctions du principe [général] d'égalité* »¹³⁰⁷. Il ne faut ainsi prêter aucune exigence découlant de la transparence lors de ce premier temps, car « *la transparence, notion sinon floue du moins sujette à interrogation, peut sans doute (...) prendre la forme d'une exigence de justification a posteriori, celle de la preuve que les entreprises susceptibles d'être intéressées par le marché ont été effectivement sollicitées (nous soulignons)* »¹³⁰⁸. La transparence peut être vue comme une preuve du respect du principe de liberté d'accès.

En jurisprudence, peu de décisions mettent en avant ce caractère accessoire de la transparence, car cette dernière est souvent mise sur un pied d'égalité avec les deux autres principes¹³⁰⁹. Cependant, deux décisions récentes font d'elle une simple règle qui découle des autres principes¹³¹⁰. Les contrats litigieux sont « *soumis aux principes de liberté d'accès à la*

¹³⁰⁴ L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 424 et s.

¹³⁰⁵ E. LEKKHOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013.

¹³⁰⁶ Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 73.

¹³⁰⁷ M. GUIBAL, « Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant réforme du Code des marchés publics », *AJDA* 2001, p. 360.

¹³⁰⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *RJEP*, mai 2010, p. 17.

¹³⁰⁹ Avec la formule « classique » qui sert de fondement à de nombreuses décisions : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures.

¹³¹⁰ CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 357976, *Rec.* p. 258 ; *AJDA* 2012. 1314 ; *ibid.* 2420, ét. M. Laazouzi ; *RDI* 2012. 560, obs. S. Braconnier ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, comm. F. Brenet ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N.

commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle (nous soulignons) »¹³¹¹. Cette distinction démontre qu'il convient de ne pas attribuer la même valeur à la liberté d'accès et à la transparence. Ces décisions concernent l'existence même d'une procédure de passation, et doivent donc être attachées au premier temps de la commande publique, donc à la liberté d'accès.

En droit de l'Union européenne, le caractère accessoire de la transparence lors de cette phase est également perceptible. La Cour de justice souligne à plusieurs reprises que la transparence est une simple obligation découlant des principes d'égalité de traitement¹³¹² et de non-discrimination¹³¹³. En effet, la transparence répond à des exigences « *qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont, notamment, de nature à permettre qu'une entreprise (...) puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à ladite concession avant que celle-ci soit attribuée de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession* »¹³¹⁴. Dès lors, la transparence a une fonction accessoire par rapport aux principes d'égalité de traitement et de non discrimination en ce sens que son respect permet de s'assurer que les deux autres obligations « principales » ont été respectées.¹³¹⁵ C'est le complément utile de la non-discrimination¹³¹⁶, un instrument juridique destiné à garantir son respect¹³¹⁷.

Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Piétri ; *JCP A.* 2012. 46, obs. F. Linditch – CAA Marseille, 3 février 2014, *Société la nouvelle charpente*, n° 11MA04603.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² En droit de l'union, l'égalité de traitement a une portée plus large que celle du principe en droit interne. V. à ce titre les développements de la précédente section.

¹³¹³ CJCE, 25 avril 1996, *Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, dit affaire des Bus Wallons, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-2043, concl. O. Lenz ; *RDI* 1996, p. 368, obs. F. Llorens et Ph Terneyre – CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia*, aff. C-275/98, *Rec.* p. I-8291 ; *BJCP* 1999, p. 63 – CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc. – CJCE, 12 décembre 2002, *Universale Bau AG*, aff. C-470/99, *Rec.* p. I-11617 ; *BJCP* 2002, p. 196, concl. S. Alber et obs. Ph. Terneyre ; *Dr. Adm.* 2003, comm. 34, note A. Ménéménis ; *CP-ACCP* n° 20, 2003, p. 63, comm. E. Fatôme et L. Richer ; *AJDA* 2003. 623, note T. Gliozzo ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 49 et 51, note G. Eckert ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. Ritleng – CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03, pt 49, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

¹³¹⁴ CJCE, 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7287, pt 21 ; *AJDA* 2005. 1541 ; *ibid.* 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 280, note W. Zimmer.

¹³¹⁵ P. MENGOZZI, concl. sur CJCE, 18 novembre 2010, *Commission européenne c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807.

¹³¹⁶ M.-Y. BENJAMIN, note sous CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98, *Dr. adm.* 2001, comm. 85.

¹³¹⁷ B. DACOSTA, concl. sur CE, 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société KEOLIS*, *BJCP* 2009, n° 65, p. 270.

Du fait de ce rapport hiérarchique, il existe une obligation de transparence uniquement si la liberté d'accès doit être elle-même respectée en fonction de l'objet et du montant du contrat. En effet, la transparence n'a aucune raison valable d'être effective s'il ne doit pas y avoir d'ouverture à la concurrence sur le marché pertinent créé par le futur contrat. L'inverse n'est pas vrai, prouvant ainsi la prédominance de la liberté : pour les marchés passés sans publicité préalable, donc sans respect de l'obligation de transparence, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ne pas systématiquement contracter avec le même prestataire, dans un souci de garantir l'accès du contrat aux autres entreprises susceptibles d'être intéressées¹³¹⁸. Le champ d'application de la transparence dépend également du périmètre des candidats potentiels dont la liberté d'accès doit être assurée. Plus ce périmètre est grand, plus le champ d'application de la transparence sera large. En effet, « *ce sont en somme les effets micro-économiques de la publicité, correspondant au nombre d'entreprises ciblées, que les acheteurs publics doivent être en mesure de mesurer lors du choix des supports de celle-là* »¹³¹⁹. L'effectivité de la transparence dépend donc de l'application du principe de liberté d'accès à la commande publique. Gregory Kalflèche¹³²⁰ insiste sur la sémantique du principe de transparence : ce dernier est dénommé très exactement « transparence des procédures ». Ainsi, la transparence des procédures présuppose qu'il existe des procédures. Or, l'existence d'une procédure de passation est liée au principe de liberté d'accès¹³²¹. Par conséquent, la transparence n'est applicable que dans les limites posées par le principe de liberté d'accès qui justifie l'existence de ces procédures de mise en concurrence. Cette analyse corrobore l'existence du caractère accessoire du principe de transparence des procédures au principe de liberté d'accès à la commande publique. Ce caractère est également applicable au principe d'égalité.

¹³¹⁸ Art. 28-III du Code des marchés publics : « *le pouvoir adjudicateur peut également décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si son montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il veille à choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* ».

¹³¹⁹ A. CLAEYS, « Le contrôle du juge sur l'exigence de publicité adaptée en matière de marché public », note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais, RDP 2006*, n° 4, p. 1080.

¹³²⁰ G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 732.

¹³²¹ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

III : L'égalité de traitement, principe accessoire du principe de liberté d'accès.

L'égalité de traitement, comme la transparence, peut être présentée comme un principe transversal du droit des contrats de la commande publique. En terme de concurrence, la liberté n'a pas l'apanage, puisque le principe constitutionnel d'égalité s'applique également en matière économique aux entreprises¹³²². Sans remettre en cause son caractère fondamental certain, il est possible d'affirmer que ce principe reste un principe déclinant de la liberté d'accès lors du premiers temps. Le caractère déclinant de l'égalité de traitement est plus difficile à démontrer et n'a jamais été souligné en doctrine ou en jurisprudence. Seule l'existence d'une relation certaine entre eux a explicitement été remarquée : « *le premier phénomène frappant est celui de l'interdépendance entre la liberté d'accès et l'égalité des concurrents* »¹³²³. Tout au plus qualifie-t-on l'égalité de corollaire au principe de liberté d'accès¹³²⁴.

Pourtant, il est possible d'affirmer que l'égalité, dans cette phase, sert la liberté d'accès et non l'inverse, faisant d'elle un principe accessoire à la liberté. En effet, la liberté d'accès ne sert pas systématiquement l'égalité de traitement, puisque le fait de pouvoir librement accéder à la procédure de passation ne garantit pas l'existence d'une égalité dans le traitement des candidatures et des offres et, de manière générale, dans la mise en œuvre de la procédure. Tout au plus est-il possible de constater que la publicité, qui découle de la liberté, permet une information égale des candidats. En revanche, une égalité dans le choix des conditions d'accès à la procédure assure aux candidats potentiels l'exercice de leur libre accès à la mise en concurrence. Par exemple, si l'autorité adjudicatrice prévoit des critères de sélection discriminatoires ou non justifiés par l'objet du contrat, elle empêche les candidats concernés d'exercer à bon escient leur liberté d'accès. Certains, de manière injustifiée, ne seront plus libres de candidater. Ces critères ne doivent pas, par leur caractère potentiellement discriminatoire, venir « *entraver par des prescriptions* »¹³²⁵ l'accès des soumissionnaires en limitant la compétition entre les entreprises, en favorisant certains et en décourageant

¹³²² CC, décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *lois de nationalisation*, Rec. p. 299 – CC, décision n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48.

¹³²³ M. GUIBAL, « Egalité et conclusion des marchés publics », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot, L'interventionnisme économique de la puissance publique*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, pp. 355-356.

¹³²⁴ A. CLAEYS, art. préc., p. 1080.

¹³²⁵ Pour reprendre l'expression du professeur P. DELVOLVE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n° 92, p. 115.

d'autres. Ainsi, la liberté d'accès « *n'a de sens que si elle s'effectue dans des conditions d'égalité. En effet, une discrimination entre opérateur économique conduirait à privilégier l'accès à l'activité économique pour certains d'entre eux. Il en résulterait une atteinte à leur liberté économique avec ses conséquences sur le fonctionnement concurrentiel du marché* »¹³²⁶. Au vu des développements précédents, le constat pourrait être celui d'une corrélation entre ces deux principes, plus qu'une relation hiérarchique. Cela n'est pas le cas, puisque l'idée force de ce premier temps reste l'accès des entreprises éventuelles à la mise en concurrence. L'objectif est « *que tous les entrepreneurs ou fournisseurs appartenant à la profession dont relève le marché soumis à une adjudication [soient] admis à participer à celle-ci en déposant des soumissions* »¹³²⁷. L'égalité est au service de cet objectif, donc de la réalisation du principe de liberté d'accès. Au contentieux, l'égalité ne doit intervenir qu'en cas de discrimination ; la liberté d'accès intervient pour tous les éléments liés au premier temps de la commande publique.

L'égalité décline ainsi une idée force, prégnante lors de ce premier temps, celle de libre accès à la commande publique, et ne déploie pas ses effets de manière autonome. En effet, « *la règle d'égalité ne déploie normalement ses effets qu'entre les candidats ayant au moins eu connaissance de l'intention de la personne publique de conclure un marché déterminé* »¹³²⁸, c'est-à-dire une fois que la liberté d'accès a épuisé ses effets. L'idée directrice de ce premier temps de la commande publique reste l'accès à la procédure de passation. Cette conception des principes permet de ne pas adopter une lecture trop extensive de l'égalité de traitement, cette dernière déployant véritablement tous ses effets lors du deuxième temps de la commande publique.

¹³²⁶ L. BATTOUE, *op. cit.*, p. 341.

¹³²⁷ A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1983, Tome 1, p. 597.

¹³²⁸ A. CLAEYS, art. préc., p. 1080.

B : L'articulation lors du deuxième temps de la commande publique : une articulation parallèle des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

La liberté d'accès ne trouve pas à s'appliquer lors de cette phase de la procédure, puisqu'elle a épuisé tous ses effets en assurant un accès à la mise en concurrence à l'ensemble des soumissionnaires potentiels susceptibles d'être intéressés par l'obtention du contrat. Ainsi, l'articulation hiérarchique a disparu et la liberté est exclue de la relation qu'entretiennent les principes. Elle est susceptible d'être invoquée uniquement si un fait de ce deuxième temps remet rétroactivement en question l'objectif d'accès qu'elle a préalablement assuré¹³²⁹.

Deux objectifs parallèles cohabitent lors de ce deuxième temps de la commande publique : d'une part, celui d'un traitement égal des candidats lors de la mise en concurrence, d'autre part, celui d'intelligibilité des procédures. « Parallèles » signifie que ces objectifs, tout en se développant dans la même direction, celle d'une efficacité de la commande publique et d'une bonne utilisation des deniers publics, ne se confondent pas. En effet, l'égalité de traitement ne poursuit pas un but d'intelligibilité des procédures, et l'intelligibilité de la procédure n'est pas liée à l'égalité de traitement. Le contenu de l'offre ne dépend pas de la manière dont le pouvoir adjudicateur traite l'ensemble des candidats, mais de la substance des informations que ce dernier leur transmet ; le contenu des informations relatives à la qualité de l'offre n'influence pas le traitement égal des candidats. Tout au plus, un point de convergence peut résider dans l'inégalité de la transmission des informations relatives au contrat. Mais dans ce cas, c'est une logique de traitement des candidats qui entre en jeu, non une logique d'intelligibilité. Si une inégalité entraîne un avantage significatif pour un candidat, et que cela a pour conséquence de rendre les offres des autres candidats « *hors concours* », il s'agit bien d'une entrave à l'égalité de traitement lors de la mise en concurrence.

Ce parallélisme des objectifs engendre un parallélisme de leurs principes directeurs : l'égalité de traitement et la transparence des procédures, principes forces de ce deuxième temps de la commande publique, marchent main dans la même direction sans se croiser. Il n'existe pas de rapport hiérarchique entre eux, et aucun n'influence l'application de l'autre. Il s'agit donc d'une articulation parallèle entre les deux principes. Ainsi, les auteurs qui prétendent que le principe de transparence découle du principe d'égalité de traitement ont une vision erronée de

¹³²⁹ Cf. *Supra*.

leur articulation lors de ce deuxième temps¹³³⁰. Le pouvoir adjudicateur peut traiter les candidats de manière égale sans respecter le principe de transparence en ne les informant pas suffisamment du contenu de l'offre ; il peut être transparent en assurant cette information sans respecter l'égalité de traitement. Cette dernière affirmation peut expliquer pourquoi le droit pénal, à travers le délit de favoritisme, n'accorde aucune importance au principe de transparence des procédures. En effet, ce délit est constitué lorsqu'une des personnes visées par le Code pénal procure ou tente de procurer à autrui « *un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* »¹³³¹. Le fait que la transparence ne soit pas visée par cet article démontre que l'objectif d'intelligibilité des procédures assuré par cette dernière n'a pas de rapport avec le traitement égal des candidats.

Ainsi, les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures entretiennent une relation parallèle au sein de ce deuxième temps de la commande publique. Lors du troisième temps, la transparence s'applique de manière exclusive, les deux autres principes étant absents de cette phase de la procédure.

***C : L'absence d'articulation lors du troisième temps de la commande publique :
l'exclusivité du principe de transparence.***

Lors du troisième temps de la commande publique, seul le principe de transparence est effectif. Les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ont épuisé tous leurs effets, et ne s'appliquent pas à cette phase de la procédure. L'objectif d'accessibilité à l'information et sa relation avec les recours contentieux ouverts

¹³³⁰ F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publ.* 2004, chron. 1 : « *on peut, en effet, légitimement se demander s'il jouit d'une réalité propre ou s'il ne constitue au contraire qu'un prolongement d'autres principes et notamment de celui de non-discrimination ou d'égalité de traitement, voire même qu'une simple formule particulière destinée à désigner certaines de leurs implications* ». V. également J.-B. VILA, comm. sous CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, *JCP ACT* 2010, n° 39, p. 2293 : « *la méconnaissance du principe de transparence est constitutive d'une atteinte au principe d'égalité de traitement* » – Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 73. De nombreux articles affirment, de manière générale, que le principe de transparence découle des principes de liberté d'accès et de transparence des procédures. La première affirmation est juste, la deuxième, pour le deuxième temps de la commande publique, est erronée.

¹³³¹ Art. 432-14 du Code pénal.

aux tiers comme aux concurrents évincés n'ont pas de rapport avec l'accès à la mise en concurrence et l'égalité de traitement entre les candidats. Ainsi, il paraît évident que la transparence, « *principe preuve* », s'applique de manière exclusive à ce temps de la commande publique. Elle sert justement à prouver le respect des deux autres principes aux phases préalables de la procédure de passation. Ainsi, il n'existe pas d'articulation entre les principes de la commande publique à la fin de la procédure.

Après avoir exposé l'articulation des principes dans chaque temps de la commande publique, il convient d'étudier l'articulation des principes dans le temps.

Paragraphe 2 : L'articulation des fonctions propres des principes de la commande publique dans le temps.

La logique d'articulation des principes dans le temps diffère de celle étudiée dans chaque temps. Il ne s'agit plus d'exposer la manière dont les principes s'articulent dans une phase déterminée, mais d'expliquer comment chaque principe est susceptible de produire des effets au delà de son temps de rattachement, sur tout le processus d'achat contractuel. L'étude de cette articulation est foncièrement liée au caractère processuel et chronologique des procédures de passation. La question se pose de savoir ce qu'il se passe lorsque, dans des temps ultérieurs, est remis en cause de manière rétroactive un principe qui a épuisé ses effets.

La distinction chronologique des temps de la commande publique établit entre eux un rapport de subordination, car les temps ultérieurs ne peuvent revenir sur ce qui a été accompli lors des temps antérieurs. Il s'agit en quelque sorte d'une idée semblable à une pyramide de Kelsen¹³³² à l'horizontal¹³³³. Les acteurs de la commande publique doivent veiller à prendre en compte les acquis du principe précédant la phase dans laquelle ils se trouvent. Ainsi, les principes sont susceptibles d'être invoqués rétroactivement pendant toute la phase du processus d'achat, lorsque survient un acte ou un comportement qui leur porte atteinte (A). Cette logique est

¹³³² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, 2^{ème} éd., Bruylant-LGDJ., Coll., La pensée juridique, 1999, sp. n° 35, p. 224.

¹³³³ O. PENIN, *op. cit.*, p. 13. L'auteur compare la distinction et la hiérarchisation des sources du droit à travers la métaphore de la pyramide de Kelsen à la subordination de la période d'exécution du contrat à la période de formation.

transposable à la phase d'exécution des contrats (**B**), avec une prédominance de la liberté d'accès : l'exécution ne doit pas remettre en cause les acquis de la procédure de passation et de la mise en concurrence initiale¹³³⁴. L'étude de cette articulation temporelle des principes dans le temps, tributaire du caractère processuel de l'achat public, nécessite ainsi l'effort intellectuel de « *revenir dans le temps* »¹³³⁵.

A : L'articulation des fonctions propres des principes en passation.

Les principes de la commande publique peuvent être sollicités rétroactivement lors du processus d'achat public, en dehors de leur temps d'application respectif. C'est le cas lorsque pendant un temps de la commande publique, sont remis en cause les acquis de la période précédente. Ce mécanisme de rétroactivité doit être analysé sous l'angle du régime des modifications précontractuelles, puisque ce n'est qu'en cas de rectification lors du processus d'achat que peuvent être reconsidérées les modalités découlant des principes antérieurs (**I**). Cette articulation des principes dans le temps prend tous son sens lorsqu'est étudié le régime des modifications précontractuelles substantielles, qui reviennent sur les conditions initiales de la mise en concurrence (**II**). L'articulation des principes de la commande publique dans le temps est donc directement en lien avec l'existence des temps de la commande publique dégagés lors du chapitre précédent.

I : Présentation du mécanisme de rétroactivité des principes de la commande publique en passation.

La procédure de passation des contrats de la commande publique est divisée en trois périodes distinctes, qui se succèdent dans un ordre chronologique précis : le temps de l'accès à la procédure, le temps de la mise en concurrence effective, le temps de la finalisation de la procédure. Bien que distinctes, ces périodes sont rassemblées dans un processus d'achat

¹³³⁴ E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

¹³³⁵ Expression empruntée à R. Noguellou lorsqu'elle évoque le régime des modifications contractuelles : R. NOGUELLOU, Les nouvelles directives et l'exécution du contrat, *AJDA* 2014, p. 855.

commun. Par conséquent, elles entretiennent nécessairement des relations entre elles. La nature de ces relations est imprégnée d'une logique de subordination : du fait du caractère processuel de la passation, les temps ultérieurs ne peuvent reconsidérer les acquis des temps antérieurs, sauf à remettre en cause le déroulement de la procédure. Cette logique s'analyse au travers du régime des modifications précontractuelles, c'est-à-dire des modifications opérées avant la signature du contrat, pendant la procédure de passation. En fonction du moment où elles interviennent, elles ne peuvent remettre en cause les acquis des étapes précédentes, sauf à reprendre ou recommencer la procédure. Ainsi, les modifications opérées lors des deuxième et troisième temps ne peuvent revenir sur les modalités opérées lors du premier temps. Cette articulation des temps lors du processus d'achat conditionne l'articulation temporelle des principes de la commande publique. La liberté d'accès, principe initial prédominant lors de la première phase du processus d'achat, est susceptible d'être remise en cause par des modifications opérées lors des temps ultérieurs. Le régime des modifications précontractuelles doit donc être analysé sous l'angle du principe de liberté d'accès, dont il est possible de faire appel rétroactivement. Il en est de même pour l'égalité de traitement.

Le premier temps de la commande publique est consacré à la définition des caractéristiques du futur contrat, au moyen de la détermination des besoins de l'autorité adjudicatrice ainsi que des modalités de la future mise en concurrence. Ce premier temps prend fin lors de l'accomplissement de la publicité initiale. Il peut arriver, lors du deuxième temps, qu'interviennent des modifications soit de l'objet du futur contrat, soit des conditions de consultation. Ces modifications peuvent s'effectuer au moyen d'un nouvel avis d'appel public à la concurrence ou au moyen des documents de consultation, qui sont communiqués aux candidats qui désirent soumissionner. Les documents de consultation sont constitués de l'ensemble des documents et informations préparés par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du contrat¹³³⁶. Ils ont aussi pour objet d'indiquer aux entreprises candidates le déroulement de la procédure de passation ainsi que les spécificités propres à chaque procédure. Par exemple, en cas de dialogue compétitif, sont définies les modalités d'organisation des phases successives de la discussion. Ces documents sont nécessaires à la consultation des candidats et leurs sont remis par la personne publique. Ayant un rôle d'organisation de la procédure de passation, une modification de ces derniers entraîne une modification de la procédure de passation elle-même. Les modifications peuvent

¹³³⁶ Art. 41 du Code des marchés publics – B. ROMAN-SEQUENSE, « Modalités pratiques de mise à disposition du dossier de consultation des entreprises », *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 175.

également s'opérer à travers les offres des candidats, qui peuvent faire l'objet d'une évolution à la suite d'une négociation ou d'un dialogue avec la personne responsable de l'achat, sauf si s'applique le principe d'intangibilité des offres¹³³⁷.

Le principe de liberté d'accès exerce une influence indirecte sur les temps ultérieurs au sien, dans la mesure où toute modification qui remet rétroactivement en cause les acquis du premier temps de la commande publique est à analyser sous l'angle de la liberté. Si l'illégalité de la procédure ne peut être réparée, au moyen par exemple d'un avis d'appel public à la concurrence rectificatif, la procédure de passation est susceptible d'être annulée par le juge¹³³⁸. Cette logique est transposable au principe d'égalité de traitement des candidats s'agissant des modifications intervenant lors du troisième temps de la commande publique, qui portent rétroactivement atteinte à ce principe d'égalité. Par conséquent, même si les principes ont épuisé leurs effets lors d'un temps donné, ils exercent une influence indirecte sur les temps ultérieurs en encadrant ou en prohibant les actes ou les comportements susceptibles de leur porter atteinte de manière rétroactive.

Il convient d'évacuer la question des modifications intervenant avant l'envoi de la publicité initiale, c'est-à-dire pendant le premier temps de la commande publique. Ces dernières ne soulèvent pas de difficultés particulières car dans une telle hypothèse, la personne publique est libre de modifier le contenu et l'objet du marché, ainsi que les conditions de consultation, dans la mesure où elle n'est pas encore tenue par la détermination des besoins préalables. La publicité n'étant pas encore lancée, elle a toute la liberté de modifier les éléments substantiels de la procédure et du contrat. Elle doit toutefois le faire dans le respect du principe d'indisponibilité des compétences, et doit être habilitée à engager la procédure du nouveau contrat, si les modifications sont telles qu'il est possible de considérer qu'un nouveau contrat existe. En cas de modifications substantielles, elle devra également veiller à réviser les conditions de la concurrence qui sont subordonnées à l'objet et au montant du contrat – par

¹³³⁷ C'est le cas des procédures d'appel d'offre formalisées du code des marchés publics (art. 59 et 64 du Code des marchés publics) – CE, 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, n° 52304, *Rec.* p. 200 – CAA Nantes, 26 juin 2003, *SDIS Calvados*, n° 02NT00006 – CE, 20 janvier 2014, *Communauté urbaine de Bordeaux (Aquitanis)*, n° 373157 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 82, note M. Ubaud-Bergeron – CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n° 373718. V. B. ROMAN-SÉQUENSE, « Définition de l'offre finale dans le cadre des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint », *Contrats et Marchés publ.* 2009, comm. 251 – W. ZIMMER, « Intangibilité des offres et demande de précisions par le pouvoir adjudicateur avant l'attribution du marché », note sous CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s. et a.*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 179 – S. FRANCOIS, « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 7.

¹³³⁸ Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

exemple, si une modification du prix intervient et que, de ce fait, le montant prévisionnel du contrat atteint les seuils d'application des directives, la personne publique devra en tirer les conséquences sur le déroulement de la procédure – et ce afin de respecter le principe de liberté d'accès. La question des modifications mineures, de détails, ne nécessite également pas de développements importants. Dans la mesure où, par leur dimension minimale, elles ne remettent pas en cause de manière rétroactive l'un des principes forts d'un temps antérieur, elles ne présentent pas de difficultés particulières.

Le régime des modifications est plus problématique lorsque, par leur importance, elles remettent rétroactivement en cause un des principes prédominant d'un temps antérieur. C'est à travers l'étude de ce régime qu'il est possible de mettre en exergue le mécanisme d'articulation des principes de la commande publique dans le temps.

II : Le régime du mécanisme de rétroactivité des principes de la commande publique en passation.

C'est lorsqu'intervient une modification substantielle en cours de procédure que l'un des principes de la commande publique peut rétroactivement être remis en cause. Une rectification revêt un caractère substantiel si elle influence le comportement des entreprises, soit concernant leur décision d'être ou non candidate, soit concernant les termes de leur offre¹³³⁹. Elle a pour effet de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. *A contrario*, la rectification ne revêt pas un caractère substantiel si elle n'a pas pu influencer le comportement des entreprises soit concernant leur décision d'être candidate, soit concernant les termes de leur offre¹³⁴⁰. Une modification substantielle doit donc être considérée comme une nouvelle définition de l'objet du contrat ou des caractéristiques de la procédure de passation, et implique ainsi de recommencer la procédure¹³⁴¹.

¹³³⁹ W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

¹³⁴⁰ *Idem*.

¹³⁴¹ CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, préc. – CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*, préc. – CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, *Rec. T.* p. 945 ; *AJDA* 2007, 311, note J.-C. Videlin ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 322, note G. Eckert ; *BJCP* 2007, p. 32, concl. D. Casas – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159 ; *BJCP* n° 95, p. 292, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert.

C'est ce caractère substantiel qui remet en cause les conditions initiales de mise en concurrence, et donc les acquis des principes de la commande publique. En effet, « *c'est qu'une modification importante (...) est en délicatesse au regard de l'égalité entre l'ensemble des candidats potentiels. En effet, certains d'entre eux, qui se sont abstenus de soumissionner en raison des caractéristiques initiales du contrat, pourraient être plus intéressés par ses caractéristiques modifiées* »¹³⁴². Lorsqu'une telle rectification intervient pendant le deuxième temps de la commande publique, elle reconsidère indéniablement les exigences qui découlent de la liberté d'accès à la commande publique. Les modifications de la détermination des besoins et des conditions de consultation qui y sont subordonnées, qui ont été déterminées au travers du principe de liberté d'accès, remettent rétroactivement en cause ce principe. Le régime de ces modifications précontractuelles est donc tributaire du principe de liberté d'accès. Il en conditionne la légalité, et c'est à travers lui que peut être décidé si la rectification revêt ou non un caractère substantiel.

De telles modifications sont autorisées si la personne responsable de l'achat peut « rectifier » l'atteinte portée à la liberté d'accès, c'est-à-dire avant la date de réception des candidatures. Dans ce cas, elle dispose d'un moyen de faire connaître à l'ensemble des opérateurs intéressés la survenance d'une modification substantielle : la publicité. Par conséquent, elle peut modifier l'objet du contrat¹³⁴³ comme les conditions de la consultation¹³⁴⁴, à condition de procéder à l'envoi d'un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que l'avis initial, et de respecter un nouveau délai de remise des offres équivalent à celui qui avait été initialement décidé¹³⁴⁵. Dans les faits, c'est donc une nouvelle procédure qui commence. Dans ce cas, la liberté d'accès est rétroactivement sollicitée afin de légaliser la rectification opérée.

La problématique diffère lorsque les modifications interviennent après la date de réception des candidatures. Dans ce cas, la personne responsable de l'achat ne dispose plus d'un moyen lui permettant de faire connaître la rectification à l'ensemble des candidats susceptibles d'être

¹³⁴² P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 240.

¹³⁴³ V., par exemple, CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, préc. – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n°287955.

¹³⁴⁴ V., par exemple, CE, 18 décembre 2002, *Ville de Paris*, n°241887 – CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

¹³⁴⁵ Ce sont les conditions qui ressortent de la jurisprudence précitée. Voir également TA Nice, ord., 27 septembre 2007, *Société GTS c/ SIVOM Villefranche-sur-Mer* – CAA Marseille, 16 octobre 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131 – G. PELLISSIER, « Modification du dossier de consultation et principe d'égalité », note sous CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes, Collectivités territoriales Intercommunalité* 2004, comm. 85 – F. LINDITCH, « À propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », *JCP CT*, n°14, 2004, p.458.

intéressés par le contrat. Elle ne peut le faire connaître qu'aux candidats ayant effectivement soumissionné à la passation. La date de dépôt des candidatures est en effet une date butoir qui clos la possibilité pour un opérateur économique de se porter candidat à l'attribution du contrat. La personne publique est ainsi contrainte, après cette date, de continuer la consultation qu'avec les seules entreprises ayant effectivement candidaté. Les candidats potentiels éventuellement intéressés par le nouveau contrat suite à la modification ne disposent d'aucune possibilité de candidater. Dès lors, l'administration ne dispose pas d'un moyen de rectifier l'atteinte portée à la liberté d'accès à la commande publique. Ces considérations expliquent pourquoi toute modification substantielle est interdite après la date de réception des candidatures : seules de légères adaptations, compléments ou précisions, qui ne reviennent pas sur les conditions initiales de mise en concurrence, sont autorisées¹³⁴⁶. La mise en point en appel d'offre, qui s'effectue après le choix du cocontractant, ne doit pas s'apparenter à une quelconque modification¹³⁴⁷. Dans ces cas, la liberté d'accès est rétroactivement sollicitée afin de sanctionner la modification opérée.

La même logique devrait être transposée pour les modifications opérées lors du troisième temps de la commande publique : ces dernières ne doivent pas remettre en cause les exigences acquises par les principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès à la commande publique. Toutefois, la survenance de telles modifications est rare. La finalisation de la procédure n'est pas propice à l'apparition de rectifications, qui s'effectuent de manière générale pendant la phase d'exécution du contrat.

Ainsi, les principes de la commande publique disposent d'une articulation particulière dans le temps : en plus d'une application concrète dans leur temps respectif, ils sont susceptibles d'être rétroactivement sollicités lorsqu'une modification vient reconsidérer leurs acquis. La liberté d'accès légalise les modifications apportées avant la date de réception des candidatures ; elle sanctionne les modifications ultérieures à cette date. L'égalité de traitement sanctionne les rectifications du troisième temps qui la remette en cause. Cette logique est

¹³⁴⁶ CE, 15 janvier 1986, *Société de l'habitat moderne*, n°37321 – CE, 26 octobre 1994, *SIVOM de Carry-le-Rouet*, n°110959 – CJCE, 12 septembre 1995, *Commission contre Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-02043 – CE, 4 avril 1997, *Commune Île d'Yeu*, n°147947 – CE, 23 novembre 2005, *Société Axialogic*, n°267494 – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, préc. V. également C. EMERY, « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP G*, n°11, Mars 1999, I. 119.

¹³⁴⁷ CE, 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, n°41778, *Rec.* p. 608 – CE, 8 mars 1996, *Pelte*, n°133198 – F. DIEU, « La distinction entre mise au point du marché et modification », comm. sous TA Nice, 24 mars 2006, *Société Degremont*, *AJDA* 2006 p. 1277.

transposable aux modifications opérées pendant la période d'exécution du contrat : elles ne peuvent remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence.

B : L'articulation des fonctions propres des principes de la commande publique en exécution.

L'exécution a jusqu'alors été évincée de l'étude. Il convenait en effet de conceptualiser d'abord le temps de la passation, phase pendant laquelle les principes de la commande publique s'appliquent directement. Lors de l'exécution, ils ont épuisé leurs effets et n'ont *a priori* pas vocation à intervenir. Ce n'est que s'il existe un changement qui remet en cause la mise en concurrence initiale qu'il convient de faire appel aux principes de la commande publique. En effet, le temps de l'exécution est sous l'influence directe du temps de la formation du contrat, puisqu'en « *distinguant la formation de l'exécution, notre technique subordonne la seconde à la première. De la sorte, la réalisation du devoir juridique ne peut modifier ou corriger ce qui a été formé. L'exécution est nécessairement fidèle. La distinction de ces deux phases établit donc entre elles un rapport hiérarchique qui préside à la réalisation du contrat puisque ce dernier aspire à l'accomplissement de ce qui a été convenu* »¹³⁴⁸. Par conséquent, une modification lors de l'exécution du contrat peut influencer les acquis de la passation et remettre en cause les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables (I). Dans une nécessité de ne pas remettre en cause les effets des principes de la commande publique, il convient donc d'analyser ces modifications à la lumière de leurs objectifs. Cette analyse démontre que c'est la liberté d'accès qui joue un rôle prédominant dans les modifications contractuelles qui, si elles s'apparentent à un nouveau contrat, sont illégales (II).

I : L'impact de la modification du contrat sur le temps de la passation.

Il existe deux types de modifications pouvant intervenir lors de la période d'exécution : les modifications unilatérales initiées par l'autorité adjudicatrice, et les modifications conventionnelles communément désignées comme « avenant ». Il s'agit ici de

¹³⁴⁸ O. PENIN, *op. cit.*, p. 13.

mettre en lumière la nature de leur illégalité, qui est en lien direct avec le temps de la passation du contrat. En effet, les modifications intervenant lors de l'exécution ne peuvent remettre en cause *a posteriori* les conditions de la mise en concurrence ayant abouti à la conclusion du contrat. Le point cardinal réside par conséquent dans la relation entretenue entre ces modifications et le contrat initial issu de la passation¹³⁴⁹. Ainsi, les principes, acteurs de la mise en concurrence initiale, ont une influence indirecte sur la période d'exécution qui ne peut remettre en cause les conditions de cette mise en concurrence.

Pour les contrats soumis à une procédure de passation, une adaptation en cours d'exécution est illégale si elle n'est pas prévue lors de la passation¹³⁵⁰ et si elle entraîne soit une modification substantielle des éléments essentiels du contrat initial¹³⁵¹, soit un bouleversement de l'économie du contrat ou un changement de son objet¹³⁵². Dans ces cas, la modification doit s'analyser comme un nouveau contrat nécessitant une nouvelle mise en concurrence. Cette réglementation des modifications est due aux implications des principes de la commande publique : ces derniers ne seraient pas effectifs si les parties pouvaient librement changer le contenu du contrat qui a fait l'objet de la mise en concurrence initiale. Ainsi, « *le principe d'une telle limitation se comprend aisément. L'existence d'une obligation pour l'administration de ne conclure certains contrats qu'après appel à la concurrence implique en effet que, une fois ces contrats conclus, les parties ne puissent pas les modifier dans des conditions telles que le jeu de la concurrence s'en trouve faussé. Ce qui serait le cas si, après la conclusion de ces contrats, les parties étaient en droit de les modifier de telle manière que le contrat effectivement exécuté n'ait plus grand-chose à voir avec le contrat conclu au terme de la procédure de mise en concurrence* »¹³⁵³. Les changements contractuels ne doivent pas

¹³⁴⁹ C. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDP* 2009, n° 5, p. 1360.

¹³⁵⁰ Commission européenne, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004), pt. 49 – CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, préc. Toutefois, comme le souligne E. MULLER, cette hypothèse de prévision est rare, voir impossible : E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, p. 638.

¹³⁵¹ Pour les délégations de service public : CE, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, avis n° 371.234, *EDCE* 2005, p. 197 ; *BJCP* 2006, 107, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *AJDA* 2006. 1371, ét. N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats et marchés publ.* 2006, n° 12, ét. 19, H. Hoepffner – CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n° 06PA02278 ; *AJDA* 2007. 1524, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 194, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 1524, note A. Tassone – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *Rec.* p. I-2815 ; *AJDA* 2010. 760 ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2010. 385, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 222, note W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 208, obs. D. Simon ; *RTD eur.* 2011. 429, obs. A. Lawrence Durviaux ; *BJCP* 2010, p. 259, obs. Ch. M.

¹³⁵² Pour les marchés publics : art. 20 du Code des marchés publics – CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, préc.

¹³⁵³ E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

aboutir à une modification substantielle du contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue¹³⁵⁴. Cette logique a pour objectif de préserver l'attribution concurrentielle des contrats pour l'avenir¹³⁵⁵. Ainsi, en cas de nouveau contrat, une nouvelle mise en concurrence s'impose. Ces règles régissent la modification en cours d'exécution de tous les contrats de la commande publique¹³⁵⁶ soumis aux principes et à des mesures de publicité et de mise en concurrence¹³⁵⁷.

Par conséquent, l'exécution des contrats de la commande publique dans le temps est en lien direct avec l'existence des principes de la commande publique, dont l'application s'étend manifestement de la période de passation à la période d'exécution¹³⁵⁸. Ce lien étroit unit les règles de passation aux règles d'exécution et s'explique par la volonté d'imposer les principes pendant toute la durée du contrat et pas seulement pendant la passation. Il convient de se demander si ce lien concerne l'ensemble du processus d'achat public ou s'il doit être axé sur un temps spécifique de la commande publique. Pour le dire autrement, la question est de savoir quels sont les principes qui doivent constituer le fondement du régime des modifications unilatérales ou contractuelles. Un avenant illégal, s'apparentant à un nouveau contrat, doit être analysé à l'aune du premier temps de la commande publique, donc à l'aune de la liberté d'accès à la commande publique.

¹³⁵⁴ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, préc.

¹³⁵⁵ E. MULLER, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2011, p. 589.

¹³⁵⁶ J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 825. Sont visés notamment tous les procédés de partenariat public-privé – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009, p. 254.

¹³⁵⁷ Commission européenne, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM (2004), 237 final.

¹³⁵⁸ C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vauresson et autres*, RFDA 1998, p. 421.

II : L'influence rétroactive de la liberté d'accès sur le régime des modifications pendant l'exécution.

Pour déterminer quel(s) principe(s) doi(t)vent s'appliquer lorsque survient une modification du contrat en cours d'exécution, il convient, au préalable, d'analyser la nature d'une telle modification lorsqu'elle est illégale.

Une modification est illégale lorsqu'elle entraîne une modification substantielle du contrat ou un bouleversement de son économie générale. Dans ce cas, l'avenant ou la modification s'apparente à un nouveau contrat¹³⁵⁹. Le caractère nouveau du contrat, dans cette hypothèse, est évident. La Commission européenne a explicitement affirmé qu'une « *modification substantielle doit être assimilée à un nouveau contrat* »¹³⁶⁰. Elle réitère ses propos au sujet des contrats de partenariat public-privé¹³⁶¹. Les instances européennes se sont récemment emparées du régime des modifications contractuelles, jusque là ignoré des directives : les nouvelles directives de 2014 sur les concessions et les marchés publics encadrent en effet les différentes possibilités de modification du contrat en cours d'exécution¹³⁶². Reprenant la jurisprudence de la Cour de justice, les directives interdisent explicitement les avenants entraînant une modification substantielle du contrat.

C'est ce caractère de « nouveau contrat » de la modification contractuelle qui justifie qu'il soit rétroactivement fait référence au temps de la passation. Ce nouveau contrat doit en effet « *être soumis aux obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence qu'imposent le droit communautaire et le droit interne* »¹³⁶³. Cela explique que « *les modifications non substantielles - qui, par définition, ne donnent pas naissance à un nouveau contrat - ne sont soumises à aucune obligation procédurale* »¹³⁶⁴. La démarche est logique : si la modification

¹³⁵⁹ CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, n° 03VE04736 ; *Dr. adm* 2005, comm. 101, note A. Ménéménis : « *lorsqu'un avenant bouleverse l'économie d'une convention de délégation, il constitue, de ce fait, un nouveau contrat* ».

¹³⁶⁰ Commission Européenne, communication interprétative du 29 avril 2000 relative aux concessions, *JOCE* 2000/C, 121/02, 29 avr. 2000. V. les commentaires : J. Arnould, *RFDA* 2000. 1015 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *RDI* 2000. 555 ; A. Mattera, *RDUE* n° 2000, p. 253 ; Ch. Maugüé, R. Schwartz et Ph. Terneyre, *BJCP* 2000, p. 286.

¹³⁶¹ Livre Vert consacré aux partenariats public-privé du 30 avr. 2004, *COM* 2004/0327. V. le commentaire de A. Cabanes, « Livre vert sur les partenariats publics-privés : une « couche » supplémentaire au millefeuille des contrats publics », *CP-ACCP* 2004, n° 34, p. 70.

¹³⁶² Art. 72 de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 43 de la Directive 2014/23/UE préc.

¹³⁶³ H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98.

¹³⁶⁴ R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution du contrat », *AJDA* 2014, p. 853.

est telle qu'elle s'apparente à un nouveau contrat, différent de celui qui est modifié, il convient de le soumettre à une nouvelle mise en concurrence.

Le caractère « nouveau » de la modification doit être analysé à l'aune de la liberté d'accès à la commande publique. En effet, c'est lors du premier temps de la commande publique que sont définies les différentes caractéristiques du futur contrat. C'est sur la base de ces caractéristiques qu'il convient de comparer la substance des modifications apportées en cours de l'exécution, pour déterminer si elles s'apparentent à un nouveau contrat. Et c'est à l'aune de ces caractéristiques que sont déterminées les futures modalités de passations du contrat, qui sont le choix de la procédure, de la publicité et des critères de sélection des candidatures. C'est donc la liberté d'accès qui est rétroactivement remise en cause lorsqu'intervient une modification substantielle. Si la personne responsable de l'achat avait procédé à une détermination des besoins similaires à la modification opérée, elle aurait assurément procédé à une mise en concurrence différente, débouchant sur le choix d'un cocontractant autre que celui initialement retenu. Un avenant ne doit pas fausser le jeu de la concurrence¹³⁶⁵. Or, c'est la liberté d'accès à la commande publique qui délimite les caractéristiques de cette concurrence. Il faut donc rétroactivement revenir sur le premier temps de la commande publique, et solliciter la liberté d'accès. Cette démarche est logique : un nouveau contrat nécessite une nouvelle procédure de passation, et enclenche donc le processus d'achat public qui débute sur le premier temps de la commande publique.

Certains auteurs justifient le régime d'encadrement des modifications contractuelles par les principes d'égalité de traitement et de transparence. C'est le cas de Rozen Noguellou, lorsqu'elle évoque le contenu des nouvelles directives. Pour l'auteur, *« il s'agit de garantir l'égalité de traitement entre entreprises dans le cadre d'un secteur économique spécifique, l'achat public, et il ne faudrait pas qu'une modification du contrat permette de contourner le principe d'égalité ainsi posé (concernant les conditions posées par les directives). Les nouvelles directives cherchent donc à satisfaire un équilibre entre protection de la transparence et de l'égalité de traitement et nécessités liées à la bonne exécution de la prestation objet du contrat et aux contraintes de la vie des affaires »*¹³⁶⁶. Cette analyse n'est pas celle retenue dans la présente thèse. La remise en cause des conditions initiales de la concurrence par une modification n'a pas de lien avec l'égalité de traitement des candidats. La

¹³⁶⁵ E. FATÔME, art. préc., p. 760.

¹³⁶⁶ R. NOGUELLOU, art. préc., p. 854.

modification contractuelle n'entraîne pas une inégalité, mais empêche certains soumissionnaires potentiels d'accéder au nouveau contrat. La question se situe donc en amont des considérations relatives à l'égalité de traitement. Il n'est pas question non plus de la transparence des procédures : celle-ci n'est pas remise en cause par une modification substantielle.

Le temps de l'exécution du contrat est donc à rattacher au premier temps de la commande publique, et donc à la liberté d'accès à la commande publique. C'est cette dernière qui doit servir de fondement pour l'analyse d'une modification qui intervient en cours d'exécution.