

Les implications sur le contentieux du droit de la commande publique.

Le contentieux du droit de la commande publique est souvent présenté de manière dichotomique avec, d'une part, les recours à l'initiative des tiers et, d'autre part, ceux à l'initiative des parties. Le contentieux à l'initiative des tiers peut être défini comme l'ensemble « *des recours ayant essentiellement pour objet de sanctionner la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence par l'administration dans l'exercice de ses compétences* »²⁵³⁷. En droit de la commande publique, le tiers « *recouvre des réalités aussi variables que le Préfet, l'usager, le contribuable* »²⁵³⁸, ainsi que les entreprises candidates à l'attribution du contrat, qui « *gravitent* »²⁵³⁹ autour de lui. Le contentieux des parties concerne l'ensemble des recours dont disposent les parties à un contrat, qui ont pour objet de résoudre les litiges liés à l'exécution ou à la validité du contrat.

La distinction tiers/parties n'est pas celle retenue pour analyser les impacts d'une définition des fonctions propres des principes sur le contentieux du droit de la commande publique. S'agissant des principes, une distinction s'impose entre le contentieux précontractuel et le contentieux contractuel. Ces deux contentieux disposent d'une logique foncièrement différente : la vérification de la légalité de la procédure de passation dans le cadre du contentieux précontractuel ; la sauvegarde du contrat dans le contentieux contractuel. Cette distinction contentieuse a des conséquences sur l'effectivité des principes de la commande publique. Ces derniers disposent d'un rôle fondamental dans le contentieux précontractuel, dans la mesure où ils constituent l'instrument principal aux mains du juge pour sanctionner les comportements contraires aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Leur impact est diminué dans le cadre du contentieux contractuel, puisque la sauvegarde du contrat semble aujourd'hui primer sur la légalité de la procédure de passation. À cet égard, le Conseil

²⁵³⁷ L. TALLET-PREUD'HOMME, *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2014, p. 37.

²⁵³⁸ M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », 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. 588.

²⁵³⁹ *Idem.*

d'État, faisant preuve d'un « *pragmatisme bienvenu* »²⁵⁴⁰, a revu l'office du juge du contrat, « *désormais plus sensible aux besoins de la stabilité juridique et aux exigences de loyauté des relations contractuelles* »²⁵⁴¹. Dans ce cadre, les fonctions des principes de la commande publique, dont l'objectif premier est la préservation de la légalité du processus d'achat au détriment de la préservation du contrat, disposent de moins de portée qu'en contentieux précontractuel.

Par conséquent, les implications d'une définition des fonctions propres des principes sont manifestes dans le contentieux précontractuel, mais amoindries dans le contentieux contractuel. Dans le cadre du référé précontractuel, cette conception temporelle permet essentiellement d'établir une échelle principielle des sanctions, dont la mise en œuvre dépend du principe auquel il est porté atteinte (**Section 1**). S'agissant des recours contre le contrat, la conception temporelle permet seulement de préciser quel type d'irrégularité peut éventuellement aboutir à la disparition du contrat (**Section 2**).

Section 1 : Les implications d'une définition des fonctions propres sur le contentieux précontractuel.

Le contentieux précontractuel est essentiellement fondé sur l'utilisation, par les tiers, d'un recours spécifique au droit de la commande publique : le référé précontractuel, qui constitue la « *pièce maîtresse* »²⁵⁴² des procédures à disposition des tiers. Ce recours trouve son origine dans le droit dérivé de l'Union européenne. Dans l'objectif de garantir « *l'impératif d'efficacité des recours visant à assurer le respect des règles communautaires* »²⁵⁴³, le législateur de l'Union adopte deux directives²⁵⁴⁴, révisées

²⁵⁴⁰ C. BERGEAL, F. LENICA, *Le contentieux des marchés publics*, éd. Le Mon., coll. Essentiel experts, 2^{ème} éd., 2010, p. 8.

²⁵⁴¹ *Idem.*

²⁵⁴² J. GOURDOU, Ph. TERNEYRE, « Peut-on améliorer les référés en matière contractuelle ? », *AJDA* 2014, p. 2055.

²⁵⁴³ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.* p. I-02433 ; *AJDA* 1990. 832, note Le Mire ; *RFDA* 1990. 912, note J.-C. Bonichot.

²⁵⁴⁴ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *JOCE* n° L 395 du 30.12.1989 p. 0033-0035 – Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et

ensuite²⁵⁴⁵, qui imposent aux États membres de prendre « *les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises (...) peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible (...) au motif que ces décisions ont violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit* »²⁵⁴⁶. Ces directives ont été transposées²⁵⁴⁷ en droit interne par la création d'un recours spécifique, le référé précontractuel, dont la mise en œuvre vise à assurer le respect du droit de la commande publique. Ce recours permet de sanctionner, avant la signature du contrat, les atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit donc d'un recours engagé contre la procédure de passation, et non contre le contrat lui-même. À cet égard, le référé précontractuel poursuit un objectif préventif de « *sanction/correction* »²⁵⁴⁸ qui permet de s'assurer de la légalité de la procédure avant la signature du contrat.

Le juge du référé précontractuel est amené à manier les principes fondamentaux de la commande publique, dont il doit assurer le respect. À cet égard, la définition des fonctions propres des principes permet de préciser certains aspects du contentieux précontractuel. Après avoir analysé les caractéristiques classiques du référé précontractuel (**Paragraphe 1**), il convient de démontrer que l'aspect temporel des fonctions des principes permet de systématiser une échelle principielle des sanctions (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les caractéristiques classiques du référé précontractuel.

Trois conditions de recevabilité sont nécessaires pour introduire un référé précontractuel : le contrat doit avoir le caractère d'un contrat de la commande publique ; le

administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE* n° L 76 du 23.3.1992, p. 14.

²⁵⁴⁵ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE* 20.12.2007, p. L 335/31.

²⁵⁴⁶ Directives 89/665 et 92/13 préc.

²⁵⁴⁷ Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, *JORF* n°5 du 7 janvier 1992 p. 327 – Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 relative au recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JORF* n°1 du 1 janvier 1994 p. 10 – Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, *JORF* n°0107 du 8 mai 2009 p. 7796.

²⁵⁴⁸ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 41.

requérant doit avoir un intérêt à conclure le contrat ; le recours doit être engagé avant la signature du contrat (A). Lorsqu'il est saisi, le juge du référé précontractuel ne peut mettre en œuvre ses pouvoirs qu'après avoir vérifié l'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant (B). En fonction des irrégularités commises, le juge du référé prend une sanction dont le choix peut être encadré au moyen de la conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique.

A : Les conditions de recevabilité du référé précontractuel.

La première condition de recevabilité du référé précontractuel tient à la qualité du requérant. Les personnes habilitées à engager un tel recours « *sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local* »²⁵⁴⁹. Les personnes ayant un intérêt à conclure le contrat sont celles qui ont vocation à exécuter les prestations objet du contrat²⁵⁵⁰. Il s'agit des candidats évincés de la procédure de passation mais également des candidats potentiels qui n'ont pas été mis à même de présenter une offre en raison de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence, ou qui ont un intérêt à conclure le contrat du seul fait de leur spécialité professionnelle²⁵⁵¹.

La deuxième condition de recevabilité tient à la nature du contrat²⁵⁵². Le recours est recevable contre les contrats administratifs « *ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de*

²⁵⁴⁹ Art. L551-10 du Code de justice administrative. Il est ajouté que « *sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci, lorsque la Commission européenne lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise* ». Ce pouvoir n'a jamais été utilisé.

²⁵⁵⁰ CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéenne*, n° 152484, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 1995. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 68, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy.

²⁵⁵¹ CE, 8 août 2008, *Région de Bourgogne*, n° 307143, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2009. 54, note P. Labayle-Pabet et N. Gardères ; *RDI* 2008. 503, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 226, obs. J.-P. Piétri ; *JCP A* 2008. 2213, obs. F. Linditch – CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, n° 350431, *Rec.* p. 447 ; *AJDA* 2011. 1868 et 2508, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser ; *RJEP* 2012, comm. 48, concl. B. Dacosta ; *Contrat et marchés publ.* 2011, comm. 316, note J.-P. Piétri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 96, note F. Brenet ; *JCP A.* 2012, comm. 2036, note F. Linditch.

²⁵⁵² Il s'agit bien de contrat, par conséquent, les délégations de service public unilatérales n'entrent pas dans le champ d'application du référé précontractuel : CE, 13 juillet 2007, *Commune de Rosny-sous-Bois, Société*

fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique »²⁵⁵³. Cette définition englobante des contrats entrant dans le champ d'application du référé précontractuel est issue de l'ordonnance du 7 mai 2009²⁵⁵⁴ ainsi que de la loi du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique²⁵⁵⁵. Il s'agit de l'ensemble des contrats dont la conclusion est soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence, en vertu d'un texte ou des principes fondamentaux de la commande publique²⁵⁵⁶. Les avenants sont également susceptibles de faire l'objet d'un tel recours s'ils sont soumis au juge des référés avant leur signature²⁵⁵⁷. En revanche, le recours demeure fermé aux conventions d'occupation domaniale, même si leur conclusion a fait l'objet d'une procédure de passation spontanée²⁵⁵⁸, ainsi qu'aux contrats de subvention²⁵⁵⁹. Le juge n'étant pas lié par la qualification donnée par les parties au contrat, il examine systématiquement les caractéristiques du contrat pour déterminer s'il entre ou non dans le champ d'application du référé précontractuel²⁵⁶⁰.

Autobus du Fort, n° 299207 ; *AJDA* 2007. 2221 ; *BJCP* 2007. 444, concl. N. Boulouis, obs. Ch. M. ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 282, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2007, comm. 150, note A. Ménéménis.

²⁵⁵³ Art. L551-1 et L551-5 du Code de justice administrative. Il s'agit donc : des marchés publics soumis au Code des marchés publics, des marchés publics passés par des personnes publiques non soumis au Code des marchés publics, des délégations de service public, des concessions de travaux, des marchés passés par les concessionnaires de travaux publics, des concessions d'aménagement, des contrats de partenariat, des beaux emphytéotiques hospitaliers, des autorisations d'occupation temporaire conclus pour les besoins de la justice, de la police, de la gendarmerie nationale ou de la défense et des contrats dont l'objet est la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une SEMOP conformément à la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

²⁵⁵⁴ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, préc.

²⁵⁵⁵ Loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, *JORF* n°0151 du 2 juillet 2014, p. 10897.

²⁵⁵⁶ CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, n° 35797, *Rec.* p. 258 ; *BJCP* n° 84, p. 338, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2012. 1314 ; *ibid.* 2420, étude M. Laazouzi ; *RDI* 2012. 560, obs. S. Braconnier ; *JCP Adm.* 2012, act. 469 ; *JCP A* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2012, repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, F. Brenet.

²⁵⁵⁷ CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *Rec.* p. 270 ; *AJDA* 2008. 1407 ; *ibid.* 1816, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *RTD com.* 2009. 87, obs. G. Orsoni ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 187, note J.-P. Pietri.

²⁵⁵⁸ CE, 29 mai 2000, *SCP d'architectes Legleye*, n° 204239, *Rec.* p. 190 ; *AJDA* 2000. 669 ; *RDI* 2000. 558, obs. F. Llorens – CE, 19 janvier 2011, *CCI Pointe-à-pitre*, n° 341669, *Rec. T.* p. 1001 ; *AJDA* 2011. 139, et 1330, note P. Caille ; *Contrats et marchés et publ.* 2011. comm. 86, note G. Eckert ; *BJCP* 2011, n° 75, p. 101, concl. N. Boulouis ; *RLCT* 2011, n° 66, p. 46, chron. E. Glaser.

²⁵⁵⁹ CE, sect., 26 mars 2008, *Région Réunion*, n° 284412, *Rec.* p. 114 ; *AJDA* 2008. 671 ; *ibid.* 1152, note J.-D. Dreyfus ; *RTD com.* 2008. 694, obs. G. Orsoni ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 90, note G. Eckert – CE, sect., 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, *Rec.* p. 255. ; *AJDA* 2011. 1515, note J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2011. 467, obs. D. Fausser ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 195, note G. Eckert.

²⁵⁶⁰ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc. – CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, n° 212100, *Rec.* p. 282 ; *BJCP* 2000, p. 355, concl. C. Bergeal ; *RFDA* 2000, p. 797, note S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2000, comm. 17, note F. Llorens ; *D.* 2001, *AJ*, n° 9, p. 733, note L. Bordereaux ; *RDI.* 2000, p. 549, obs. L. Vallée ; *RTD com.* 2000. 876, obs. G. Orsoni – CE, 3 juin 2009,

La dernière condition de recevabilité du référé précontractuel est temporelle. Le juge doit être saisi avant la conclusion du contrat²⁵⁶¹ et ne dispose donc pas de la compétence pour se prononcer sur la régularité de la signature du contrat²⁵⁶². Si la requête est déposée après la signature du contrat, le juge rejette la demande comme étant irrecevable²⁵⁶³. En revanche, lorsque la signature du contrat intervient en cours d'instruction, le juge prononce un non-lieu à statuer, la requête étant devenue sans objet²⁵⁶⁴. Ces deux règles contentieuses sont transposables au juge de cassation²⁵⁶⁵. La question s'est posée du bien-fondé du recours lorsque le délai de validité des offres est expiré en raison d'une procédure devant le juge des référés. À cet égard, le Conseil d'État²⁵⁶⁶ considère que l'expiration du délai de validité des offres en cours d'instruction ne rend pas le litige sans objet, dans la mesure où la personne publique peut poursuivre la procédure de passation avec les candidats qui acceptent la prorogation ou le renouvellement du délai de validité de leur offre. Afin d'éviter une course à la signature, le droit positif prévoit un mécanisme de suspension automatique de la signature dès l'introduction du recours²⁵⁶⁷, à condition que le demandeur respecte ses obligations de notifications prévues à l'article L551-1 du Code de justice administrative²⁵⁶⁸.

Le référé précontractuel doit donc être exercé avant la signature d'un contrat de la commande publique, par un opérateur économique ayant un intérêt à conclure le contrat. Lorsque ces

Commune de Saint-Germain-en-Laye, n° 311798 ; *BJCP* 2009, p. 365, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 379, note W. Zimmer ; *RDI* 2009. 470, obs. R. Noguellou.

²⁵⁶¹ Art. L551-1 du Code de justice administrative.

²⁵⁶² CE, 8 mars 1996, *Société CGC Entreprise*, n° 156510, *Rec. T.* p. 1022 – CE, 8 février 1999, *Société Campenon Bernard SGE*, n° 188100, *Rec. T.* p. 890 ; *RDI* 1999. 250, obs. F. Llorens ; *BJCP* 1999. 361, concl. C. Bergeal – CE, 7 mars 2005, *Société Grandjouan-Saco*, n° 270778, *Rec.* p. 96 ; *AJDA* 2005. 1298, note S. Hul ; *RFDA* 2005. 1094, note M.-C. Vincent-Legoux ; *D.* 2005. 2732, note J. Martin ; *JCP A* 2005. 1202, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 6, obs. J.-P. Piétri.

²⁵⁶³ CE, Sect., 3 novembre 1995 *CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées*, n° 157304, *Rec.* p. 394 ; *AJDA* 1995. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 67, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, concl. C. Chantepy – CE, 22 mars 2000, *Commune de Sotteville-Lès-Rouen*, n° 211861 – CE, 28 mai 2003, *Société PK7 Certinomis*, n° 251719, *Rec. T.* p. 916 ; *Dr. adm.* 2003, comm. 189, note D. P.

²⁵⁶⁴ CE, 15 avril 1996, *SARL Simone Ginibre entreprise*, n° 159871 ; *RDI* 1996. 372, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

²⁵⁶⁵ Pour l'irrecevabilité de la requête : CE, 28 février 2001, *SNC Jean Lefebvre Normandie*, n° 221301 – CE, 2 juin 2004, *SARL Grammatico TP*, n° 263761 – CE, 10 novembre 2004, *Atelier d'architecture SAS*, n° 264628. Pour le non-lieu à statuer : CE, 28 décembre 2001, *Société Lacombe*, n° 223047, *Rec.* p. 686 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 64, F. Llorens – CE, 29 mars 2004, *Communauté de communes du centre littoral*, n° 258114, *Rec.* p. 145 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 123, note F. Llorens.

²⁵⁶⁶ CE, 10 avril 2015, *Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie, Société Hélicocéan*, n° 386912 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 159, note J.-P. Piétri.

²⁵⁶⁷ Art. L551-4 et L551-9 du Code de justice administrative.

²⁵⁶⁸ CE, 30 septembre 2011, *Commune de Maizières-lès-Metz*, n° 350148, *Rec.* p. 450 ; *AJDA* 2012. 108, note R. Grand ; *RDI* 2011. 562, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2012. 154, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 334, note J.-P. Piétri.

conditions sont réunies, le juge du référé examine l'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant.

B : Les conditions d'octroi du référé précontractuel.

Deux conditions doivent être satisfaites pour que le juge du référé précontractuel puisse faire usage de ses pouvoirs (I). D'une part, il doit être établi un manquement de l'autorité adjudicatrice à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. D'autre part, le manquement constaté doit être susceptible de léser ou risque de léser le requérant. Ces deux conditions sont appréciées à la date à laquelle le juge statue²⁵⁶⁹. Si l'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant sont avérées, le juge du référé précontractuel statue sur la demande du requérant. À cet égard, il dispose d'une large palette de pouvoirs lui permettant d'adapter sa décision aux manquements invoqués (II).

I : L'invocabilité et l'opérance des moyens soulevés par le requérant.

Les moyens invocables par les requérants sont tous les « *manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁵⁷⁰ qui résultent du droit interne ou européen en l'absence de disposition nationale applicable²⁵⁷¹, ainsi que des principes fondamentaux de la commande publique en l'absence de texte spécifique²⁵⁷². Tout autre moyen soulevé par le requérant est déclaré inopérant, sans que le juge en apprécie le bien-fondé. Par conséquent, le

²⁵⁶⁹ CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, n° 212054, *Rec.* p. 422 ; *AJDA* 2001. 662, note A. Treppoz ; *RFDA* 2001. 106, concl. C. Bergeal ; *RTD com.* 2001. 415, obs. G. Orsoni ; *BJCP* 2001. 105, concl. C. Bergeal.

²⁵⁷⁰ Art. L551-1 et L551-5 du Code de justice administrative.

²⁵⁷¹ TA Nice, ord., 6 décembre 2006, *Société Cirmad Grand Sud*, n° 0605880 – TA Bordeaux, ord., 26 novembre 2007, *Société Norbail-Immobilier*, n° 0704671 – TA Paris, 3 février 2009, *Société Ken Club*, n° 0900393.

²⁵⁷² CE, Ass., 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2009. 1889, note F. Train ; *RFDA* 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux ; *Dr. adm.* 2009, no 68, note L. Battoue ; *BJCP* 2009. 268, concl. B. Dacosta, obs. Ch. M. ; *RLCT* 2009, n° 1403, note A. Sée ; *JCP A* 2009. 2148, note F. Dieu ; *RDP* 2010. 217, art. G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 162, note P. Soler-Couteaux – CE, 3 juin 2009, *Commune de Saint-Germain-en-Laye*, préc. – CE, 23 décembre 2009, *Etablissement 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.

requérant ne peut soulever des moyens relatifs à l'incompétence de l'autorité adjudicatrice²⁵⁷³, au droit de la concurrence²⁵⁷⁴, à des vices de forme et de procédure sans rapport avec les obligations de publicité et de mise en concurrence²⁵⁷⁵, ou à l'appréciation portée sur les mérites respectifs des candidats²⁵⁷⁶. Une exception est permise depuis un arrêt du Conseil d'État du 18 septembre 2015, *CNAM*²⁵⁷⁷, qui réceptionne la jurisprudence *Société Armor SNC* sur la candidature des personnes publiques²⁵⁷⁸. Les sages du palais royal indiquent, de manière classique, que le juge du référé précontractuel doit s'assurer que « *l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur pour exclure ou admettre une candidature ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* ». Ils ajoutent que dans ce cadre, « *lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier [le juge du référé précontractuel] que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu* ». Par conséquent, abjurant la jurisprudence *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*²⁵⁷⁹ sur ce point, le Conseil d'État admet l'invocabilité des moyens tirés de l'incompétence des personnes publiques dans le cadre du référé précontractuel.

En outre, et afin de conférer une pleine efficacité au recours, la jurisprudence interprète largement la catégorie des moyens pouvant être soulevés par les requérants. Selon Catherine

²⁵⁷³ CE, 30 juin 1999, *Demathieu et Bard*, n° 198993, *Rec. T.* p. 890 ; *RDI* 1999. 648, obs. F. Llorens – 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.

²⁵⁷⁴ CE, 5 juin 2007, *Société Corsica ferries*, n° 305280, *Rec. T.* p. 953 ; *AJDA* 2007. 1522, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 253, obs. G. Eckert ; *JCP A* 2007. 2163, note F. Linditch.

²⁵⁷⁵ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presqu'île guérandaise*, préc. – CE, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte*, n° 300034, *Rec.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2039 ; *BJCP* 2009. 48, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 298, note E. Delacour – CE, 4 février 2009, *Communauté d'agglomération du bassin de Thau*, n° 311949, *Rec. T.* p. 828 ; *AJDA* 2009. 230 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 163, note W. Zimmer

²⁵⁷⁶ CE, 29 juillet 1998, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise*, n° 194412, *Rec. T.* p. 1051 – CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers – CE, 18 juin 2010, *Société SAUR*, n° 335475, n° 335485. En revanche, le contrôle sur l'appréciation des candidatures semble plus large : CE, 28 avril 2006, *Société Abraham Bâtiment Travaux Publics*, n° 286443, *Rec. T.* p. 953 ; *RDI* 2006. 221, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 188, note W. Zimmer – CE, 21 mars 2007, *Société nantaise des eaux*, n° 293933 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 154, note E. Delacour.

²⁵⁷⁷ CE, 18 septembre 2015, *CNAM*, n° 390041, sera mentionné aux tables du recueil.

²⁵⁷⁸ CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, à paraître au recueil ; *RFDA* 2015, 57, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2015. 7 ; *AJDA* 2015, 449., chron. J. Jessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *AJCT* 2015. 58., note E. Royer ; *JCP A* n° 6, 2015, comm. 2030, comm. H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 36, note L. de Fournoux ; *Dr. adm.* 2015, comm. 7, note F. Brenet.

²⁵⁷⁹ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, préc.

Bergeal, « *une interprétation large (...) est d'autant plus possible que la plupart des dispositifs régissant la passation d'une délégation ou d'un marché public ont pour objectif de respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁵⁸⁰. Les obligations de publicité comprennent toutes les modalités *ex ante* permettant l'intelligibilité de la procédure²⁵⁸¹ et l'accès des candidats potentiels à l'information²⁵⁸². Il est plus difficile de déterminer de manière exhaustive ce que recouvrent les obligations de mise en concurrence à la charge de l'autorité adjudicatrice. Selon Laura Tallet-Preud'homme, « *une définition univoque des obligations de mise en concurrence ne semble pas exister à partir du moment où le juge lui-même éprouve des difficultés à les circonscrire ou, à tout le moins, ne les identifie qu'au prisme de principes, tels que la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats, la transparence et l'impartialité des procédures* »²⁵⁸³. À cet égard, il est possible de se demander si l'examen des moyens ne serait pas plus pertinent au regard des principes de la commande publique. Dans ce cas, les moyens recevables seraient l'ensemble des manquements aux principes fondamentaux de la commande publique.

En outre, sans dresser une liste exhaustive, sont recevables les moyens relatifs à l'absence de toute mesure de publicité²⁵⁸⁴, à l'irrégularité dans le choix des supports de publicité²⁵⁸⁵, à l'insuffisance d'information sur la nature et l'étendu des besoins²⁵⁸⁶ ou sur les critères et sous-critères de sélection des candidatures et des offres²⁵⁸⁷, au recours à une procédure de passation

²⁵⁸⁰ C. BERGEAL, concl. sur CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'amour et de la presqu'île guérandaise*, *BJCP* 2000, n° 12, p. 361.

²⁵⁸¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁵⁸² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁵⁸³ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 91.

²⁵⁸⁴ CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc.

²⁵⁸⁵ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n°278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, comm. 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et Marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

²⁵⁸⁶ CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, n° 313600, *Rec. T.* p. 807 ; *AJDA* 2008. 2040 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 275, obs. G. Eckert – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, n° 310380 ; *AJDA* 2009. 614 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 275, obs. G. Eckert – CE, 1^{er} juin 2011, *Commune de Saint-Benoît*, n° 345649, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 1118 ; *AJCT* 2011. 466, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 196, note W. Zimmer – CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Société Dalkia France*, n° 354355, *Rec.* p. 88 ; *AJDA* 2012. 524, obs. R. Grand ; *BJCP* 2012, p. 188, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 145, obs. J.-P. Pietri ; *RDI* 2012. 279, obs. S. Braconnier.

²⁵⁸⁷ CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, *Rec.* p. 4 ; *BJCP* n° 64, juin 2009, p. 201, concl. B. Dacosta ; *RJEP* n° 666, juillet 2009, p. 17, note D. Moreau ; *AJDA* 2009. 602, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2009. 242, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 121, note W. Zimmer – CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14 – CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 ; *Rec.* p. 211 ; *BJCP* n° 72, p. 337, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2010. 1234 ; *RDI* 2010. 555, obs. R.

inadéquate²⁵⁸⁸, à la méthode de notation retenue²⁵⁸⁹, à l'impartialité de l'organisme collégial²⁵⁹⁰, à une rupture d'égalité dans la mise en œuvre de la procédure de passation²⁵⁹¹, à l'absence de communication des motifs de rejet des candidatures ou des offres²⁵⁹².

S'agissant de l'opérance des moyens²⁵⁹³, le juge doit « *rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirect en avantageant une entreprise concurrente* »²⁵⁹⁴. Avant cette décision *SMIRGEOMES* qui porte un « *coup d'arrêt* » au référé précontractuel²⁵⁹⁵, les requérants pouvaient invoquer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, sans démontrer que ce manquement avait été susceptible de les léser. Désormais, le requérant

Noguellou ; *AJCT* 2010. 32, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 271, note Ph. Rees.

²⁵⁸⁸ CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont de Barr*, n° 188239, *Rec.* p. 201 ; *RFDA* 199. 609, concl. H. Savoie ; *AJDA* 1998. 632 ; *ibid.* 553, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *D.* 1998. 183 ; *RDI* 1998. 357, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052, *Rec. T.* p. 829 ; *AJDA* 2010. 686, note J.-M. Glatt ; *ibid.* 2009. 2432 ; *RDI* 2010. 150, obs. S. Braconnier ; *JCP A.* 2010. 2049, note P. Neveu ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 58, note W. Zimmer – CE, 11 mars 2013, *Association des chambres françaises de commerce et d'industrie et Mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551 et 364603 ; *AJDA* 2013. 600 ; *AJCT* 2013. 419, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 130, note W. Zimmer.

²⁵⁸⁹ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, n° 354652 et n° 354709, *Rec. T.* p. 858 ; *AJDA* 2012. 790 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 198, note J.-P. Pietri ; *JCP A* 2012, 2327, concl. N. Boulouis – CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532, *Rec. T.* p. 1021 ; *JCP A* 2013, 21, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 28, note W. Zimmer – CE, 29 octobre 2013, *OPH Val d'Oise Habitat*, n° 370789 ; *AJDA* 2013. 2183 ; *AJCT* 2014. 111, obs. O. Didriche *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 4, note P. Devillers.

²⁵⁹⁰ CE, 27 juillet 2001, *Société Degrémont*, n° 232820, *Rec.* p. 413 ; *BJCP* 2001, p. 512, concl. D. Piveteau ; *Dr. adm.* 2001, comm. 229, obs. D.P. ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 185, G. Eckert ; *RDI.* 2002, p. 63, chron. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus.

²⁵⁹¹ CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, préc. – CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de saint martin de Ré et la flotte en ré*, n° 223481, *Rec.* p. 265 ; *BJCP* 2001. 415, concl. Piveteau, note Ph. T ; *Dr. adm.* 2001, n° 185, note D. P. ; *AJDA* 2001. 1090, note Markus.

²⁵⁹² CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, n° 253509, *Rec. T.* p. 771 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 50, note J.-P. Pietri ; *BJCP* 2004, p. 219 ; *AJDA* 2004. 710, note J.-D. Dreyfus ; *CP-ACCP*, avr. 2004, p. 77, note M. Heintz ; *JCP A* 2004, p. 364, note F. Linditch.

²⁵⁹³ Sur la question de savoir si ces moyens relèvent de l'opérance ou de l'irrecevabilité voir notamment : P. CASSIA, note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *AJDA* 2008, p. 2374 – P. DELVOLVÉ, note sous CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, *RFDA* 2008, p. 1139.

²⁵⁹⁴ CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Rec.* p. 324, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; *JCP A* 2008, comm. 2262, note F. Linditch ; *RJEP* 2009, comm. 8, note F. Brenet ; *RFDA* 2008. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP* 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA* 2008. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *ibid.* 2374, note P. Cassia ; *LPA* 21 nov. 2008, p. 15, note S. Hul ; *BJCP* 2008, p. 394, chron. Th. Dal Farra ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri.

²⁵⁹⁵ S. BRACONNIER, « Référé précontractuel : brutal coup d'arrêt », note sous CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *RDI* 2008, p. 499. F. Linditch évoque l'existence d'un véritable foudroiement du référé précontractuel : « Le référé précontractuel foudroyé ? », note sous CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *JCP A* 2008. 2262.

doit démontrer que le manquement a eu un effet défavorable sur sa situation, de manière directe ou indirecte en avantageant un autre candidat²⁵⁹⁶. Par conséquent, et de manière automatique, le candidat déclaré attributaire est privé de tout intérêt à agir en référé précontractuel²⁵⁹⁷. Dans le même sens, une entreprise dont la candidature ou l'offre est irrecevable n'est pas susceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque²⁵⁹⁸, sauf si l'irrégularité découle d'une erreur de l'autorité adjudicatrice²⁵⁹⁹. En outre, cette dernière ne peut opposer l'irrecevabilité d'une candidature pour faire échec à l'exercice du référé précontractuel si elle n'a pas demandé une régularisation lors de la procédure ou si elle n'a pas entendu rejeter la candidature pour ce motif²⁶⁰⁰. En cas d'allotissement, le requérant ne peut soulever des moyens qu'en rapport avec la passation des lots auxquels il a candidatés²⁶⁰¹, sauf si le moyen soulevé est relatif à une partie commune à l'ensemble des lots²⁶⁰². Cette logique confère un caractère « utile » au référé précontractuel, qui peut être introduit seulement s'il présente un intérêt propre au requérant²⁶⁰³. Cette subjectivisation²⁶⁰⁴ du référé précontractuel a pour effet de réduire les irrégularités invocables et diminue sensiblement le risque de sanction pesant sur les autorités adjudicatrices en charge des procédures de passation. Le lien entre le manquement et la lésion du requérant doit être suffisamment vraisemblable, mais n'a pas à présenter un caractère certain²⁶⁰⁵.

Le juge des référés précontractuels apprécie l'opérance du moyen soulevé « *eu égard à sa portée* »²⁶⁰⁶. Il doit donc examiner le degré de gravité du manquement ainsi que ses conséquences potentielles ou avérées sur la situation du requérant. Si les manquements invoqués ne sont pas susceptibles d'avoir lésé le requérant ou ne risquent pas de le léser, le

²⁵⁹⁶ Cette exigence ne concerne que la catégorie des candidats, et n'est pas exigée dans le cadre du référé préfectoral, ni dans le cadre du recours introduit par les autorités françaises sur demande de la Commission européenne).

²⁵⁹⁷ CE, 23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, préc.

²⁵⁹⁸ CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, préc.

²⁵⁹⁹ CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel*, n° 353826, *Rec.* p. 86 ; *AJDA* 2012. 521 ; *AJCT* 2012. 261, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 147, note N. Charneil.

²⁶⁰⁰ CE, 3 décembre 2014, *Département de Loire-Atlantique, Eiffage construction Pays de la Loire*, n° 384180 ; *AJDA* 20134. 2392 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 52, note J.-P. Piétri.

²⁶⁰¹ CE, 23 juillet 2012, *Commune de Villefranche-sur-Mer*, n° 358779.

²⁶⁰² CE, 11 mai 2007, *Région Guadeloupe*, n° 298863, *Rec.* p. 953 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 255, note J.-P. Piétri.

²⁶⁰³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 156.

²⁶⁰⁴ La jurisprudence antérieure à la décision *SMIRGEOMES* reposait sur une conception objective du référé, puisque tout manquement aboutissait au prononcé d'une sanction : CE, 16 octobre 2000, *Société Stereau*, n° 213958, *Rec. T. p.* 1003 ; *RDI* 2001. 62, obs. F. Llorens.

²⁶⁰⁵ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, n° 344617, *Rec. T. p.* 1005 ; *AJDA* 2011. 877 ; *AJCT* 2011, obs. J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2011. 268, concl. N. Boulouis ; *RJEP* 2011, comm. 50, note D. Moreau.

²⁶⁰⁶ CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

moyen est déclaré inopérant. C'est par exemple le cas des moyens relatifs au support ou au contenu de la publicité initiale dès lors que les manquements invoqués n'ont pas empêché le requérant de présenter utilement une offre²⁶⁰⁷ ou d'engager valablement un référé précontractuel²⁶⁰⁸. C'est également le cas du moyen tiré de l'erreur commise par l'autorité adjudicatrice au titre d'un critère pour lequel le requérant a obtenu la note maximale²⁶⁰⁹. En revanche, est opérant le moyen tiré de l'absence d'information sur les critères d'attribution²⁶¹⁰, du manquement à l'obligation d'allotir un marché pour une entreprise de petite taille spécialisée dans la prestation concernée²⁶¹¹.

L'opérance du moyen soulevé s'apprécie également « *eu égard (...) au stade de la procédure auquel il se rapporte* »²⁶¹². Par conséquent, le temps peut constituer une grille de lecture permettant d'apprécier l'existence d'une lésion du requérant. Ainsi, « *par un mécanisme d'effet cliquet, plus la procédure avance, moins le candidat évincé peut invoquer une illégalité commise à son détriment* »²⁶¹³. Il est en effet logique que l'opérateur économique dont la candidature a été admise ne puisse se prévaloir de manquements qui se rapportent à une phase antérieure à la sélection de sa candidature²⁶¹⁴. Dans le même sens, si le requérant a été admis à présenter une offre, il ne peut se prévaloir d'un manquement relatif à la phase antérieure de candidature ou de publicité préalable²⁶¹⁵, sauf si l'admission illégale d'un candidat crée une concurrence nuisible pour lui²⁶¹⁶. En outre, lorsque la candidature ou l'offre du requérant est irrégulière, il ne peut invoquer une illégalité relative à la phase de sélection des offres²⁶¹⁷.

²⁶⁰⁷ CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n°317671, *Rec. T.* p. 840 ; *AJDA* 2009. 1174 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 86, obs. W. Zimmer ; *RJEP* 2010. 17, note C. Chamard-Heim.

²⁶⁰⁸ CE, 23 juin 2010, *Commune de Châtel*, n° 336910 ; *JCP A* 2010, 2270, obs. F. Linditch.

²⁶⁰⁹ CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, *Rec. T.* p. 858 ; *AJDA* 2013. 891 ; *AJCT* 2013. 466, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 306, note W. Zimmer.

²⁶¹⁰ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁶¹¹ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles*, n° 340212 ; *AJDA* 2011. 514, note Y. Le Port et S. Hul ; *AJCT* 2011. 32, obs. O. Didriche ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 403, obs. P. Devillers ; *JCP A* 2010. 2362, note F. Linditch – CE, 1^{er} juin 2011, *Société Koné*, n° 346405, *Rec.* p. 266 ; *AJDA* 2011. 1108 ; *AJCT* 2011. 568, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2011. 893, obs. J.-P. Kovar ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 219, note J.-P. Piétri.

²⁶¹² CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, préc.

²⁶¹³ P. CASSIA, note préc.

²⁶¹⁴ CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire et autres*, n° 310484, *Rec. T.* p. 635 ; *AJDA* 2008. 2141 ; *RDI* 2009. 108, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 299, note W. Zimmer ; *JCP A* 2008, 2297, obs. F. Linditch.

²⁶¹⁵ CE, 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, n° 316601 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 243, obs. F. Llorens ; *BJCP* 2009, n° 66, p. 426.

²⁶¹⁶ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, préc. – N. BOULOUIS, concl. sur CE 29 avril 2011, *Ministre de la justice*, *BJCP* n° 77, p. 268.

²⁶¹⁷ CE, 5 août 2009, *Département de la Drôme*, n° 320039 – CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel*, préc.

L'appréciation du juge est donc fonction de la portée et du moment de la réalisation du manquement invoqué ; elle est à ce titre casuistique. Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le juge met en œuvre la palette de pouvoirs dont il dispose pour faire cesser l'atteinte aux règles de la commande publique.

II : L'hétérogénéité des pouvoirs du juge.

Dans le cadre du référé précontractuel, le juge statue « *en la forme des référés* »²⁶¹⁸ mais dispose de pouvoirs de pleine juridiction lui permettant d'adopter des mesures provisoires ou définitives pour faire cesser l'atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence²⁶¹⁹. Pour les contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs, « *le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat (...). Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* »²⁶²⁰. Pour les contrats passés par les entités adjudicatrices, le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'annulation mais peut « *prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis* »²⁶²¹. Le juge du référé précontractuel dispose également de la réserve de statuer *ultra-petita*, c'est-à-dire au-delà des demandes formulées par les requérants²⁶²². Il peut par exemple annuler la procédure de passation alors qu'il ne lui ait demandé que la suspension de celle-ci²⁶²³. Plus largement, le juge peut « *en vertu des pouvoirs de plein contentieux qu'il tient de l'article L551-1 du Code de justice administrative,*

²⁶¹⁸ Art. L551-3 du Code de justice administrative.

²⁶¹⁹ CE, 29 juillet 1998, *Garde des Sceaux c/ Société Genicorp*, n° 177952, *Rec. T.* p. 1017 ; *RDI* 1999. 87, obs. F. Llorens.

²⁶²⁰ Art. L551-2-I du Code de justice administrative.

²⁶²¹ Art. L551-6-I du Code de justice administrative.

²⁶²² CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, n° 289234, *Rec.* p. 434 ; *AJDA* 2006. 2340, concl. D. Casas ; *ibid.* 2007. 782, ét. F. Dieu ; *BJCP* 2007. 36, note C. Maugué ; *Dr. adm.* 2007, comm. 21, obs. A. Ménéménis ; *Contrat et marchés publ.* 2006, comm. 331, note J.-P. Piétri.

²⁶²³ *Idem.* – CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Rec.* p. 566 ; *AJDA* 2007. 185, note J.-D. Dreyfus ; *AJDA* 2007. 1105, chron. L. Richer ; *BJCP* 2007. 116, concl. D. Casas ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 21, obs. G. Eckert – CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère, n° 298584, *Rec. T.* p. 745 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 293, concl. N. Boulouis ; *AJDA* 2007. 832, obs. M.-C. de Montecler ; *Dr. adm.* 2007, comm. 113, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 171, note J.-P. Piétri.

mettre d'office fin au manquement dont il est saisi »²⁶²⁴. Dès lors, les « quatre prérogatives énergiques »²⁶²⁵ reconnues au juge lui confèrent des pouvoirs étendus.

Le juge dispose d'abord d'un pouvoir d'injonction²⁶²⁶, puisqu'il peut ordonner à l'autorité adjudicatrice de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Ce pouvoir vise à modifier le comportement défaillant de l'autorité adjudicatrice afin de rétablir la légalité de la procédure. Le juge peut par exemple ordonner à l'autorité adjudicatrice le retrait d'un critère illégal du règlement de consultation²⁶²⁷, la communication au candidat évincé des motifs de rejet de son offre²⁶²⁸ ou les caractéristiques et avantages relatifs à l'offre retenue²⁶²⁹, de soumettre la candidature du requérant à la commission d'appel d'offre pour qu'il soit procédé à son réexamen²⁶³⁰, ou de modifier ou supprimer une clause du futur contrat. En outre, le juge doit adapter son injonction « *eu égard à l'irrégularité commise* »²⁶³¹, et ne peut se substituer à l'administration défaillante²⁶³².

Le juge dispose ensuite du pouvoir de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. La suspension constitue souvent l'accessoire d'une mesure d'injonction et permet de lui conférer un effet utile. Le juge des référés ne peut cependant pas y procéder « *s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages* »²⁶³³. En outre, le juge ne peut prononcer la suspension de la signature du contrat, l'introduction du recours entraînant en elle-même une telle suspension²⁶³⁴.

²⁶²⁴ CE, 23 novembre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350519 ; *AJDA* 2011. 2320 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 26, obs. J.-P. Piétri.

²⁶²⁵ O. LE BOT, *Le guide des référés administratifs*, Dalloz, Coll. Guides Dalloz, 2013, p. 624.

²⁶²⁶ Voir à ce titre A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2009.

²⁶²⁷ CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 2002. 46, concl. D. Piveteau ; *RDI* 2002. 62, obs. M. Degoffe ; *RTD com.* 2002. 284, obs. G. Orsoni ; *CP-ACCP* 2001, n° 5, p. 30, note L. Richer.

²⁶²⁸ CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, préc.

²⁶²⁹ CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, n° 364827, *Rec. T.* p. 694 ; *BJCP* 2013. 342, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 132 note G. Eckert.

²⁶³⁰ CE, 3 mars 2004, *Commune de Châteaudun*, n° 258602, *Rec. T.* p. 772 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 92, obs. F. Llorens ; *Dr. adm.* 2004, p. 20, note A. Ménéménis ; *AJDA* 2004. 1713, note M.-C. Vincent-Legoux.

²⁶³¹ CE, 13 décembre 1996, *Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse*, n° 169706, *Rec.* p. 488 ; *RFDA* 1997, p. 192.

²⁶³² CE, 3 mars 2004, *Commune de Châteaudun*, préc.

²⁶³³ Art. L551-2-I du Code de justice administrative.

²⁶³⁴ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région ouest de Versailles*, préc.

Pour les contrats des pouvoirs adjudicateurs, le juge des référés précontractuels dispose enfin d'un pouvoir d'annulation. À ce titre, il peut annuler la procédure de passation ainsi que toutes les décisions s'y rapportant. La procédure peut être annulée dans son ensemble²⁶³⁵, ou de manière partielle²⁶³⁶. Dans ce cas, elle peut être assortie d'une injonction de reprendre une partie de la procédure²⁶³⁷, la procédure dans son ensemble²⁶³⁸ ou de procéder à un nouvel appel d'offre²⁶³⁹, sous réserve que l'autorité adjudicatrice ne renonce pas à la conclusion du contrat²⁶⁴⁰. Les décisions relatives à la procédure de passation, comme par exemple celles de la commission d'appel d'offre admettant puis retenant une candidature²⁶⁴¹, peuvent également être annulées. Le juge peut supprimer ou modifier les clauses et prescriptions devant figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations de publicité et de mise en concurrence. Pour les contrats conclus par les autorités adjudicatrices, le juge ne dispose pas d'un tel pouvoir, mais peut en revanche prononcer des astreintes²⁶⁴².

Le juge du référé précontractuel dispose donc d'une large palette de pouvoirs lui permettant d'adapter au mieux la sanction et qui s'explique « *par la volonté de promouvoir cette voie de droit comme le moyen d'aboutir le plus efficacement possible et le plus en amont du processus contractuel à la correction des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁶⁴³. Cette pluralité de pouvoirs amène à s'interroger sur la manière dont le juge décide de la sanction à prendre. La conception temporelle des fonctions des

²⁶³⁵ Voir par exemple : CE, 30 juin 1999, *Smitom*, n° 198147, *Rec.* p. 229 ; *AJDA* 1999. 714, concl. C. Bergeal ; *RDI* 1999. 634, obs. F. Llorens ; *RFDA* 1999. 1134, obs. J.-C. Douence ; *ibid.* 1147, note L. Vidal – CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, n° 207804, *Rec.* p. 126 ; *RFDA* 2001. 353, note G. J. Guglielmi – CE, 8 avril 2005, *Société Radiometer*, n° 270476, *Rec. T.* p. 698 ; *AJDA* 2005. 1589 ; *RTD eur.* 2006. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 147, note W. Zimmer – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 20 février 2013, *Société American express Voyages*, n° 363244 ; *JCP A* 2013. 2341, obs. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm.117, note J.-P. Pietri – CE, 29 mai 2013, *Communauté urbaine Marseille Provence Métropole*, n° 366456 ; *JCP A* 2013, 2333, comm. F. Linditch ;

²⁶³⁶ CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n° 281976, *Rec.* p. 240 ; *AJDA* 2006. 1619, note J. Lacrouts – CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, n° 305280, *Rec. T.* p. 953 ; *Contrat et marchés publ.* 2007, comm. 253, G. Eckert – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n° 350153, *Rec. T.* p. 1084 ; *AJDA* 2011. 1875 ; *BCJP* 2011. 448, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 333, obs. J.-P. Piétri – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324 ; *AJDA* 2011. 73 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 91, W. Zimmer.

²⁶³⁷ CE, 9 juillet 2003, *Société Scolarest*, n° 254196 ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 182, Ph. Délélis.

²⁶³⁸ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc. – CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, préc. – CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n° 298618, *Rec.* p. 566 ; *AJDA* 2007. 185, note J.-D. Dreyfus, et 1105, étude L. Richer, P.-A. Jeanneney et S. Nicinski ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 53, note G. Eckert.

²⁶³⁹ CE, 6 novembre 1998, *Assistance publique – Hopitaux de Marseille*, n° 194960, *Rec. T.* p. 1019 ; *D.* 1999. 5.

²⁶⁴⁰ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc.

²⁶⁴¹ CE, 28 avril 2006, *Société Abraham Bâtiment Travaux Publics*, n° 286443, *Rec. T.* p. 953 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 188, W. Zimmer.

²⁶⁴² Art. L551-6-I du Code de justice administrative.

²⁶⁴³ L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 65.

principes de la commande publique peut constituer une grille de lecture permettant de systématiser une gradation des sanctions dans le cadre du référé précontractuel.

Paragraphe 2 : Proposition d'une échelle principale des sanctions prononcées par le juge du référé précontractuel.

Le juge du référé précontractuel doit adapter la portée des mesures prescrites « *eu égard à la nature du vice entachant la procédure de passation du contrat litigieux* »²⁶⁴⁴. Il doit donc limiter les sanctions à ce qui est strictement nécessaire à la correction du manquement constaté. Le temps est un élément permettant d'apprécier le bien-fondé de la mesure prescrite par le juge. De manière générale, le juge circonscrit la sanction à la période à laquelle le manquement s'est produit. Par exemple, le juge ne peut annuler la procédure dans son intégralité si le manquement constaté ne se rapporte qu'à la phase de sélection des offres²⁶⁴⁵. Dans ce cas, la procédure doit être annulée à compter de l'examen des offres²⁶⁴⁶. En outre, lorsqu'un manquement n'affecte la procédure qu'au stade de la négociation, le juge des référés doit limiter son annulation à cette seule phase de la passation²⁶⁴⁷. En revanche, la procédure peut être annulée dans son intégralité lorsque le manquement est relatif à une phase antérieure à la sélection des candidatures. Par conséquent, les sanctions ne peuvent viser les étapes de la procédure antérieures à l'irrégularité commise, et doivent se limiter aux phases affectées par le manquement invoqué par le requérant. Ainsi, lorsque le début de la procédure est régulier, les mesures prises par le juge ne peuvent viser que les irrégularités commises postérieurement. Le juge doit donc prendre en compte le stade de la procédure auquel se rapporte le manquement invoqué. Cette solution « *répond à une logique de modération et de proportionnalité de la réaction juridictionnelle* »²⁶⁴⁸.

Toutefois, cette logique n'est pas mécanique, puisque la jurisprudence considère que certains manquements invoqués en début de procédure peuvent être soulevés au stade de la sélection

²⁶⁴⁴ CE, 20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, préc.

²⁶⁴⁵ CE, 23 juillet 2012, *Commune de Barbechat*, n° 359103 ; *Contrat et marchés publ.* 2012, comm. 295, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁶⁴⁶ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc. – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁴⁷ CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, préc.

²⁶⁴⁸ O. LE BOT, *op. cit.*, p. 625.

des offres s'ils continuent de produire leurs effets jusqu'au choix final. C'est le cas par exemple d'une définition insuffisante des besoins²⁶⁴⁹, ou d'une absence d'allotissement non justifiée²⁶⁵⁰. Dans ce cadre, le juge n'est pas placé « *dans l'hypothèse où l'un des candidats invoque un manquement relatif à une phase antérieure de la procédure, manquement dont il apparaît, à la date à laquelle il est invoqué, non seulement qu'il ne l'a pas lésé, mais encore qu'il est désormais insusceptible de lui préjudicier* »²⁶⁵¹. En outre, une irrégularité commise au stade de l'examen des candidatures peut avoir des effets jusqu'à la fin de la procédure, si elle a permis de retenir un candidat dont le dossier aurait dû être rejeté au stade des candidatures²⁶⁵². Les mesures proscrites par le juge dépendent donc également de la portée chronologique des manquements invoqués par le requérant. À partir de cette logique séquentielle, et dans un objectif de simplification et de prévisibilité des solutions contentieuses, il est possible d'établir une gradation temporelle des sanctions fondée sur les fonctions propres des principes de la commande publique.

Lorsque l'autorité adjudicatrice porte atteinte à la liberté d'accès à la mise en concurrence, la procédure de passation doit être annulée dans son intégralité (**A**). En revanche, elle doit être annulée partiellement lorsque l'irrégularité est tirée d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement (**B**). S'agissant des atteintes au principe de transparence, elles sont sanctionnées différemment en fonction de l'objectif poursuivi : une annulation totale ou partielle s'il s'agit de l'objectif d'intelligibilité de la procédure ; une injonction s'il s'agit de l'objectif de vérification de l'impartialité de la procédure (**C**).

A : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les atteintes au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

Les atteintes au principe de liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate (**I**) comme médiate (**II**) doivent entraîner l'annulation de l'intégralité de la procédure. Cette sanction s'explique par la temporalité du principe, qui exerce ses fonctions en amont de la procédure de passation et influence donc le déroulement de l'ensemble du

²⁶⁴⁹ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc.

²⁶⁵⁰ CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes-Métropole*, n° 319949, *Rec. T.* p. 832 ; *BJCP* 2009, n° 67, p. 451, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009. 2181, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 348, note F. Olivier.

²⁶⁵¹ B. DACOSTA, concl. sur CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, n° 330052 *RJEP* 2010, comm. 31.

²⁶⁵² CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, préc.

processus d'achat public. Ainsi, tout manquement à ce principe initial est susceptible de remettre en cause la totalité de la procédure. Dans ce cas, le seul moyen pour le juge du référé de rétablir la légalité est d'annuler la procédure dans son intégralité.

I : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les manquements à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate.

Tout manquement au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence intervenant lors du premier temps de la commande publique entraîne l'annulation de l'intégralité de la procédure de passation. Cette logique découle du caractère chronologique des procédures de passation et de la temporalité des fonctions des principes de la commande publique. Lorsque l'autorité adjudicatrice porte atteinte à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate, elle fausse le jeu de la concurrence et entrave l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. En effet, la nature et les caractéristiques du contrat, la forme de la procédure de passation et les conditions d'accès à la mise en concurrence sont autant d'éléments déterminants dans le choix ou la possibilité des opérateurs économiques de candidater. Par conséquent, afin de rétablir la légalité du processus d'achat ou d'externalisation, le juge doit enjoindre à l'administration d'engager une nouvelle procédure de passation, sous réserve qu'elle ne renonce pas à la conclusion du contrat²⁶⁵³, afin de permettre à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés par le contrat de candidater à la mise en concurrence.

Par une détermination erronée des besoins ou par une manœuvre volontairement délétère, il arrive que l'autorité adjudicatrice utilise une procédure moins contraignante que celle qui aurait dû être mise en œuvre. Dans ce cadre, il y a lieu de reprendre la procédure dans son intégralité, puisque cette irrégularité est susceptible de porter atteinte à l'accès des opérateurs économiques à la mise en concurrence²⁶⁵⁴. Les mesures prescrites par le juge doivent être les mêmes lorsque n'est pas respecté l'article 10 du Code des marchés publics relatif à l'obligation d'allotir les marchés²⁶⁵⁵. Pour les entreprises de petites tailles, l'absence

²⁶⁵³ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc.

²⁶⁵⁴ CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc. – CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph et fédération nationale des plages restaurants*, préc. – CE, 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, préc. – CE, 14 décembre 2009, *Département du Cher*, préc.

²⁶⁵⁵ CE, 29 octobre 2010, *Syndicat mixte d'assainissement de la région Ouest de Versailles*, préc.

d'allotissement ou les irrégularités commises dans sa mise en œuvre constituent en effet un véritable frein à leur possibilité d'accéder à la mise en concurrence²⁶⁵⁶. À cet égard, le juge du référé précontractuel exerce un contrôle normal sur la décision de ne pas allotir²⁶⁵⁷, mais un contrôle restreint sur le nombre et la consistance des lots²⁶⁵⁸. Dans une logique similaire, est annulée dans son intégralité la procédure de passation d'un contrat de partenariat dont le caractère global de l'objet n'est pas avéré²⁶⁵⁹. La procédure peut également être annulée si aucune mesure de publicité n'a été opérée²⁶⁶⁰ ou si le choix des supports de publicité est irrégulier²⁶⁶¹; dans ce cas, certains candidats potentiels n'ont pas accès à l'information et ne peuvent donc exercer leur liberté de candidater ou de ne pas candidater à l'obtention du contrat. Des irrégularités dans la définition des spécifications techniques²⁶⁶² ou dans le choix des critères de sélection des candidatures²⁶⁶³ peuvent conduire le juge à annuler l'ensemble de la procédure. En effet, les irrégularités commises dans la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence sont susceptibles de porter atteinte à la liberté d'accès des candidats potentiels²⁶⁶⁴.

Toutefois, le juge n'annulera pas systématiquement la procédure de passation en cas d'irrégularité dans la définition des conditions d'accès à la mise en concurrence. Le juge exerçant parfois un contrôle restreint, certaines de ces irrégularités doivent être d'une ampleur suffisante, en ce sens qu'elles doivent avoir une véritable influence sur le jeu de la concurrence. Par exemple, en cas de manquement à l'obligation de fixer des niveaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché²⁶⁶⁵, l'annulation de la procédure ne peut être prononcée que si l'exigence de capacité technique imposée aux candidats est

²⁶⁵⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁶⁵⁷ CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, *Rec. T.* p. 1009 ; *BJCP* 2012, n° 80, p. 9, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 343, note G. Eckert.

²⁶⁵⁸ CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers.

²⁶⁵⁹ CE, 29 avril 2015, *Société Urbaser Environnement*, n° 386748 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 137, note M. Ubaud-Bergeron.

²⁶⁶⁰ CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, préc.

²⁶⁶¹ CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, préc.

²⁶⁶² CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, préc.

²⁶⁶³ CE, 17 novembre 2006, *ANPE*, n° 290712, *Rec. T.* p. 947 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 4, obs. W. Zimmer – CE, 21 novembre 2007, *Département de l'Orne*, n° 291411, *Rec. T.* p. 940 ; *BJCP* 2008, p. 7, concl. D. Casas ; *AJDA* 2007. 2233 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 6, obs. F. Olivier – CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n° 356455 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 211, note W. Zimmer.

²⁶⁶⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁶⁶⁵ Art. 45 du Code des marchés publics.

manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée²⁶⁶⁶.

Ainsi, une irrégularité intervenue lors du premier temps de la commande publique, lorsqu'elle est suffisamment caractérisée, entraîne une annulation totale de la procédure de passation dans l'objectif de rétablir l'atteinte portée au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence. La reprise de la procédure dans son intégralité n'est toutefois pas automatique, puisqu'elle dépend du caractère opérant du moyen soulevé par le requérant. Dans ce cadre, l'opérance du moyen dépend du caractère instantané ou permanent du manquement invoqué. Lorsque l'irrégularité porte atteinte à la liberté d'accès de manière instantanée, le manquement ne peut être invoqué que par les seuls candidats potentiels, lors du premier temps de la commande publique. C'est le cas de l'absence ou de l'insuffisance de publicité qui ne peut être soulevée par un requérant qui a effectivement pu accéder à la mise en concurrence²⁶⁶⁷. En revanche, lorsque l'irrégularité porte atteinte à la liberté d'accès de manière permanente, le manquement peut être soulevé à tous les stades de la procédure, par les candidats potentiels et réels. C'est par exemple le cas d'une erreur dans le choix de la procédure de passation, d'une définition insuffisante des besoins²⁶⁶⁸, du non respect de l'obligation d'allotir²⁶⁶⁹ ou de l'absence d'exigence des garanties professionnelles et financières qui permet de retenir un candidat ne présentant pas les garanties minimales²⁶⁷⁰, car ces irrégularités, bien qu'intervenant lors du premier temps de la commande publique, ont des répercussions jusqu'au choix du cocontractant.

Pour résumer, l'opérance des moyens relatifs la violation de la liberté d'accès au titre de sa fonction économique immédiate dépend du caractère instantané ou permanent des effets du manquement invoqué. Lorsque l'effet est instantané, le manquement ne peut être invoqué que lors du premier temps de la commande publique. En cas d'effet permanent, il peut être invoqué à tous les stades de la procédure. Lorsque le juge décide que le moyen est opérant, il doit annuler la procédure dans son intégralité et enjoindre à l'administration de recommencer une nouvelle procédure. La même logique est appliquée pour les atteintes à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique médiate.

²⁶⁶⁶ CE, 7 mai 2013, *Société Segex, Société Aximum*, n° 365706, *Rec. T.* p. 702 ; *AJDA* 2013. 950 ; *BJCP* 2013. 366, concl. B. Dacosta ; *Contrat et marchés publ.* 2013. comm. 203, note J.-P. Pietri.

²⁶⁶⁷ CE, 20 mai 2009, *Ministre de la Défense*, préc.

²⁶⁶⁸ CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc.

²⁶⁶⁹ CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine Nantes-Métropole*, préc.

²⁶⁷⁰ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Société Institut Génétique Nantes Atlantique*, préc.

II : Une annulation de la procédure dans son intégralité pour les manquements à la liberté d'accès au titre de sa fonction économique médiate.

Le juge du référé précontractuel doit annuler la procédure de passation dans son intégralité lorsqu'un manquement à la liberté d'accès est intervenu pendant le deuxième temps de la commande publique **(a)** ou pendant l'exécution du contrat **(b)**. Même si l'irrégularité est postérieure au premier temps de la commande publique, elle a pour effet de remettre en cause rétroactivement l'ensemble de la procédure en portant atteinte au principe initial de liberté. Par conséquent, le seul moyen de rétablir la légalité est d'annuler la procédure dans son intégralité.

a : Pour les manquements intervenant lors du deuxième temps de la commande publique.

Tout manquement au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence intervenant lors du deuxième temps de la commande publique entraîne l'annulation de l'intégralité de la procédure de passation. Une application mécanique du déroulement de la procédure de passation voudrait qu'un manquement relatif au deuxième temps de la commande publique entraîne une reprise de la procédure seulement à partir de ce stade²⁶⁷¹. Toutefois, les atteintes à la liberté d'accès concernent l'existence même de la procédure ou les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, et ce, quelque soit le moment où elles interviennent²⁶⁷². Par conséquent, ces atteintes se rapportent nécessairement à une période antérieure à la sélection des candidatures, même si elles se produisent lors du deuxième temps de la commande publique. Dès lors, même si le manquement intervient lors de la mise en concurrence effective, il doit être sanctionné au regard du principe de liberté d'accès, et impose de reprendre l'ensemble de la procédure.

²⁶⁷¹ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc. – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁷² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

Cette logique est identique à celle appliquée au régime des modifications précontractuelles²⁶⁷³ et contractuelles²⁶⁷⁴. Tout manquement relatif à la liberté d'accès a pour conséquence de fausser l'ouverture à la concurrence et les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, quelque soit le moment où il intervient, en passation ou lors de l'exécution du contrat. Toute modification des éléments déterminants dans le choix et la manière de candidater est susceptible de remettre en cause la liberté des candidats d'accéder ou non à la procédure de passation. Or, la seule manière de rétablir l'atteinte causée est de reprendre la procédure dans son intégralité. Par conséquent, le juge doit procéder à l'annulation de la procédure dans son ensemble, et enjoindre à l'autorité adjudicatrice la reprise de l'intégralité de la procédure lorsqu'elle modifie des éléments relatifs au premier temps de la commande publique lors de la phase de mise en concurrence effective. Tel est le cas d'une modification de l'objet du contrat, de la nature et de l'étendue des besoins, éléments qui doivent obligatoirement figurer dans la publicité initiale et qui sont donc accessibles à l'ensemble des candidats potentiels²⁶⁷⁵. C'est également le cas en appel d'offre, lorsque l'autorité adjudicatrice modifie les critères d'attribution du contrat. Dans le cadre de cette procédure, les critères de sélection des offres sont obligatoirement insérés dans la publicité initiale²⁶⁷⁶, ils influencent donc le choix des candidats potentiels de candidater ou de ne pas candidater à l'obtention du contrat. Dès lors, une modification de ces critères lors de la mise en concurrence porte atteinte à la liberté d'accès des candidats potentiels²⁶⁷⁷. Par conséquent, il y a lieu de reprendre l'intégralité de la procédure à l'aune de ces nouveaux critères d'attribution.

Cette logique est la même pour les autres procédures de passation lorsque l'autorité adjudicatrice décide de publier les critères d'attribution²⁶⁷⁸ ou leurs modalités de mise en œuvre²⁶⁷⁹ dès l'avis d'appel public à la concurrence. La question se pose de savoir si le choix à proprement parler des critères de sélection des offres entre dans la catégorie des

²⁶⁷³ Cf. *Supra*, Chapitre 1-Section 2 du présent titre.

²⁶⁷⁴ Voir à ce titre les développements relatifs à la fonction économique médiate de la liberté d'accès dans le cadre de l'exécution du contrat.

²⁶⁷⁵ Art. R1411-1 du Code général des collectivités territoriales : la publicité initiale « *précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* ».

²⁶⁷⁶ Art. 53 du Code des marchés publics : « *les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ».

²⁶⁷⁷ C'est ce qui explique que toute modification des critères intervenant après la date limite de dépôt des candidatures est interdite en appel d'offre.

²⁶⁷⁸ 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.

²⁶⁷⁹ CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, préc.

manquements portant atteinte à la liberté d'accès à la mise en concurrence. *A priori*, la réponse est négative, le choix des critères étant encadré par le principe d'égalité de traitement des candidats²⁶⁸⁰. L'illégalité des critères d'attribution est donc sanctionnée sur le fondement du principe d'égalité. Toutefois, dans le cadre du référé précontractuel, cette logique ne peut être aussi tranchée. Les critères d'attribution exercent une influence sur le choix des opérateurs économiques de candidater à l'obtention du contrat lorsqu'ils sont communiqués dès le lancement de la procédure. Si le contrôle du juge révèle une illégalité dans le choix des critères et qu'il enjoint à l'administration de les redéfinir et de reprendre la procédure à partir de l'examen des offres, il porte atteinte à la liberté d'accès des soumissionnaires potentiels susceptibles d'être intéressés par l'obtention du contrat au regard de ces nouveaux critères. Par conséquent, et afin de rétablir la légalité de la procédure, il convient d'annuler la procédure dans son ensemble et d'enjoindre à l'administration d'engager une nouvelle procédure²⁶⁸¹.

Il est possible de s'interroger sur les catégories de requérants disposant de la possibilité d'invoquer le moyen tiré du manquement aux fonctions économiques médiates de la liberté d'accès. Les bénéficiaires naturels de ces fonctions sont les candidats potentiels à la mise en concurrence. Par conséquent, ils sont recevables à invoquer un tel moyen si le manquement a eu pour effet de modifier les conditions d'accès à la mise en concurrence à laquelle ils ne peuvent plus accéder. La question est plus délicate s'agissant des candidats réels. Leur liberté d'accéder à la mise en concurrence n'est pas atteinte, puisqu'ils ont effectivement pu y accéder. Par conséquent, les irrégularités relatives à la liberté d'accès commises lors du deuxième temps de la commande publique ne peuvent être invoqués par les candidats réels.

b : Pour les manquements intervenant lors de l'exécution du contrat.

L'avenant, outil juridique contractuel ayant pour objet de modifier un contrat en cours²⁶⁸², entre dans le champ d'application des référés précontractuels²⁶⁸³ sous réserve qu'il

²⁶⁸⁰ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁶⁸¹ V. par exemple : CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921 ; *AJDA* 2013. 1083 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 104, P. Devillers.

²⁶⁸² M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier, 2004 – H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009.

²⁶⁸³ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

n'ait pas été signé par les parties au contrat. Cette hypothèse demeure cependant rare, les candidats évincés de la procédure de mise en concurrence et les candidats potentiels n'ayant pas accès aux informations sur la conclusion d'un avenant avant sa signature. Il a été démontré que la légalité d'un avenant s'apprécie à l'aune du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence²⁶⁸⁴ ; lorsque l'avenant s'apparente à un nouveau contrat nécessitant la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation, il est illégal. Si le juge est saisi dans le cadre d'un référé précontractuel, il doit nécessairement annuler « *la procédure d'attribution portant sur la conclusion* »²⁶⁸⁵ de l'avenant s'il s'apparente à un nouveau contrat, ou enjoindre à l'administration de procéder à un nouvel appel d'offre. Dans ce cas, le juge considère que l'autorité adjudicatrice a effectivement manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne procédant pas à une nouvelle procédure de passation. En revanche, si l'avenant ne s'apparente pas à un nouveau contrat, le juge des référés ne peut exercer ses pouvoirs d'annulation ou d'injonction, « *dès lors que la conclusion d'un tel accord n'est pas soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des marchés publics* »²⁶⁸⁶.

Toute atteinte au principe initial de liberté d'accès à la mise en concurrence entraîne l'annulation de la procédure de passation dans son intégralité. Il en va différemment des manquements au principe d'égalité de traitement des candidats, dont les fonctions s'exercent lors du deuxième temps de la commande publique.

B : Une annulation partielle de la procédure pour les atteintes au principe d'égalité de traitement des candidats.

Tout manquement au principe d'égalité de traitement entre les candidats intervenant lors du deuxième temps de la commande publique entraîne l'annulation de la procédure à

²⁶⁸⁴ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁶⁸⁵ Formule utilisée par le juge des référés du tribunal administratif de Paris en première instance sur l'affaire Ville de Paris : « 1°) *d'annuler l'ordonnance du 2 janvier 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a, sur la requête de la société Clear Channel France tendant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part à ce qu'il soit enjoint à la ville de Paris de différer la signature de l'avenant n° 1 au marché n° 0761001 jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours, d'autre part à l'annulation de la procédure d'attribution portant sur la conclusion d'un avenant par la ville de Paris avec la société Somupi au marché du 27 février 2007 relatif à la mise en place d'une flotte de vélos à destination du public et de mobilier urbain d'information à caractère général ou local et accessoirement publicitaire* ».

²⁶⁸⁶ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

compter du stade de la passation auquel il se rapporte. Il n'y a pas de logique à ce que le juge annule la procédure de passation dans son intégralité alors que l'irrégularité commise ne concerne que les candidats réels, c'est-à-dire les opérateurs économiques qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence. En effet, « *si les pouvoirs du juge des référés précontractuels sont étendus, son office doit toutefois se limiter aux seules mesures nécessaires à assurer le respect des principes auxquels cette procédure est destinée* »²⁶⁸⁷. À cet égard, seuls les candidats réels sont susceptibles d'être lésés par une rupture d'égalité lors de la phase de mise en concurrence. Par conséquent, les candidats potentiels ne peuvent jamais avoir un intérêt à agir lorsque l'irrégularité commise lors du deuxième temps de la commande publique ne concerne pas le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence. Pour l'ensemble de ces raisons, le juge ne peut enjoindre à l'autorité adjudicatrice de reprendre la procédure dans son ensemble²⁶⁸⁸ dans les cas d'atteinte au seul principe d'égalité de traitement entre les candidats.

L'annulation prend effet à compter de la phase de la procédure à laquelle est rattachée l'irrégularité (I) ; lorsqu'il s'agit d'un manquement dans la sélection des offres, la procédure est annulée seulement à compter de la phase d'examen des offres (II).

I : Une annulation partielle de la procédure à compter des différentes phases de mise en concurrence.

Le juge peut sanctionner toutes les inégalités commises par l'autorité adjudicatrice pendant le déroulement de la mise en concurrence. Dans ce cadre, la portée des mesures prises par le juge dépend du moment où l'irrégularité a été commise. Par exemple, lorsque l'autorité adjudicatrice retient une candidature irrégulière, il y a lieu d'enjoindre à l'administration de reprendre la procédure de passation à partir de l'examen des candidatures²⁶⁸⁹. Dans le même sens, lorsqu'une candidature est écartée de manière injustifiée, il y a lieu d'annuler la décision de rejet et d'enjoindre à l'autorité adjudicatrice de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures²⁶⁹⁰. Lorsqu'une rupture d'égalité intervient lors de la phase de

²⁶⁸⁷ M. UBAUD-BERGERON, obs. sous CE, 23 mars 2012, *Caisse écoles de Commune de Six-Fours-les-plages*, n° 355439, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 166.

²⁶⁸⁸ CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc. – CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁸⁹ CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, préc. – CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.*, préc.

²⁶⁹⁰ CE, 9 juillet 2003, *Société Scolarest*, préc.

négociation, il y a lieu de reprendre la procédure à ce stade de la passation, c'est-à-dire après la sélection des candidatures et avant le choix des offres²⁶⁹¹. Les irrégularités les plus fréquentes sont celles intervenant lors de la phase de sélection des offres. Dans cette hypothèse, il y a lieu d'annuler la procédure de passation à compter de la phase d'examen des offres.

II : Une annulation partielle de la procédure à compter de l'examen des offres.

Le juge peut également sanctionner les irrégularités commises pendant la phase d'analyse des offres qui ont pour effet de rompre l'égalité de traitement entre les candidats réels, sous réserve qu'elles lèsent ou risquent de léser le requérant. À cet égard, la jurisprudence sur la portée des mesures prescrites par le juge n'est pas clairement fixée. Dans certains cas, la procédure n'est annulée qu'à compter de l'examen des offres. Il en va ainsi lorsque l'autorité adjudicatrice retient une offre irrégulière²⁶⁹², non conforme à la réglementation générale²⁶⁹³ ou au règlement de consultation²⁶⁹⁴, rejette une offre pour des motifs injustifiés²⁶⁹⁵, applique de manière imparfaite les modalités de mise en œuvre des critères²⁶⁹⁶, commet une rupture d'égalité dans la notation des offres²⁶⁹⁷ ou une erreur de fait lors de l'analyse des offres²⁶⁹⁸.

Dans d'autres cas, bien que l'irrégularité soit relative à l'égalité de traitement entre les candidats, la procédure est annulée dans son ensemble. Il en va ainsi lorsque l'autorité adjudicatrice neutralise un critère d'attribution²⁶⁹⁹ ou prend en compte un critère non prévu

²⁶⁹¹ CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et la Flotte-en-Ré*, préc. – 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 ; *AJDA* 2014. 1778, note J.-B. Vila ; *AJDA* 2014. 422, obs. D. Poupeau.

²⁶⁹² CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, préc.

²⁶⁹³ CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, préc.

²⁶⁹⁴ CE, 23 mars 2012, *Caisse écoles de Commune de Six-Fours-les-plages*, n° 355439 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 166, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁶⁹⁵ CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149, *Rec.* p. 443 ; *BJCP* 2011. 442, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 315, note W. Zimmer ; *AJDA* 2011. 1815 ; *RDI* 2011. 560, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2012. 41, obs. O. Didriche.

²⁶⁹⁶ CE, 6 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 387544 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 191, obs. H. Hoepffner.

²⁶⁹⁷ TA Nice, 2 avril 2012, *Société Renov Signalisation*, n° 1200856.

²⁶⁹⁸ TA Lyon, 9 juillet 2012, *Société Spie Sud Est*, n° 1204062 – TA Cergy-Pontoise, 6 mars 2013, *Société Espace Cinéma*, n° 1301177.

²⁶⁹⁹ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

par le règlement de consultation lors de l'examen des offres²⁷⁰⁰, sélectionne une offre ne répondant pas aux exigences de la consultation²⁷⁰¹, sélectionne une offre anormalement basse²⁷⁰², permet à une seule entreprise de présenter une variante²⁷⁰³, note de manière différente deux offres équivalentes²⁷⁰⁴. L'analyse de ces différentes jurisprudences ne permet pas de dégager une grille de lecture légitimant une annulation partielle dans certains cas, une annulation intégrale dans d'autres. En effet, la nature et l'ampleur des irrégularités commises sont équivalentes et ne justifient donc pas la différence observée dans leur traitement contentieux. Or, cet aléa jurisprudentiel peut être source d'incompréhension et d'insécurité juridique.

Il n'y a aucune logique à ce que le juge annule la procédure dans son intégralité lorsque le manquement invoqué est tiré d'une inégalité dans l'analyse et la sélection des offres. Dans cette hypothèse, seuls les candidats réels qui ont été admis à présenter une offre sont susceptibles d'être lésés par l'irrégularité invoquée. Les candidats potentiels ne sont pas concernés par cette phase de la procédure, sauf lorsque l'atteinte est relative au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence²⁷⁰⁵. Dès lors, l'annulation de la procédure dans son intégralité n'est pas nécessaire au rétablissement de la légalité du processus d'achat ou d'externalisation. En outre, une telle mesure alourdit et rallonge la procédure de passation et réduit ainsi l'efficacité de la commande publique. La temporalité des fonctions du principe d'égalité de traitement prescrit une annulation de la procédure seulement à compter de l'examen des offres. Par conséquent, toutes les irrégularités commises au stade de l'examen des offres qui portent atteinte au seul principe d'égalité de traitement des candidats nécessitent une annulation de la procédure qu'à compter de la phase de sélection des offres.

Le choix des sanctions dans le cas d'une atteinte au principe de transparence des procédures est un peu plus subtil, ce dernier exerçant ses fonctions dans deux temps différents et poursuivant plusieurs objectifs à la logique différente.

²⁷⁰⁰ CE, 1^{er} avril 2009, *Ministre de l'Écologie c/ Société la téléphonie Mahoraise*, 321752 ; *AJDA* 2009. 683 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 171, obs. J.-P. Piétri.

²⁷⁰¹ CE, 19 juillet 2010, *Région Réunion*, n° 337071, *Rec. T.* p. 914 ; *AJDA* 2010. 151 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 321, W. Zimmer.

²⁷⁰² TA Lyon, 18 mai 2009, *Société Albertazzi*, n° 0902595.

²⁷⁰³ TA Rouen, 19 janvier 2012, *Société Cougnaud*, n° 1103832.

²⁷⁰⁴ TA Toulouse, 15 janvier 2010, *Société Coved*, n° 0905818.

²⁷⁰⁵ Cf. *Supra*.

C : L'échelle des sanctions pour les atteintes au principe de transparence des procédures.

Pour les atteintes au principe de transparence, le choix de la sanction dépend de plusieurs paramètres. Il convient de déterminer si le principe est atteint au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure ou de vérification de son impartialité. Dans ce dernier cas, le juge ne peut prendre que des mesures d'injonctions pour obliger l'autorité adjudicatrice à communiquer certaines informations au requérant (II). Lorsqu'est atteinte la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité des procédures, la sanction dépend des destinataires du principe : la procédure doit être annulée dans son intégralité s'il s'agit des candidats potentiels ; elle ne peut être annulée que de manière partielle s'il s'agit des candidats réels (I).

I : L'annulation partielle ou totale de la procédure pour les manquements à la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure.

Le principe de transparence dispose d'une fonction d'intelligibilité des procédures permettant aux candidats potentiels et réels de présenter utilement leurs candidatures et leurs offres²⁷⁰⁶. À ce titre, l'autorité adjudicatrice doit transmettre aux opérateurs économiques certaines informations relatives au futur contrat et aux conditions de consultation avant le dépôt des candidatures et des offres. C'est donc de la transparence que découlent majoritairement les obligations de publicité à la charge de l'autorité adjudicatrice. Par conséquent, les moyens tirés de la méconnaissance de ces obligations sont invocables et opérants devant le juge du référé précontractuel, qui ne peut être saisi que des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le requérant est donc recevable à soulever les moyens tirés d'une atteinte à l'intelligibilité de la procédure, tels que l'insuffisance des informations transmises sur la nature et l'étendu des besoins²⁷⁰⁷, sur les critères et sous-critères de sélection des candidatures et des offres²⁷⁰⁸ ou sur les éléments de la

²⁷⁰⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

²⁷⁰⁷ CE, 24 octobre 2008, *Communauté d'agglomération de l'Artois*, préc. – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque*, préc. – CE, 1^{er} juin 2011, *Commune de Saint-Benoît*, préc. – CE, 12 mars 2012, *Dynacité, Société Dalkia France*, préc.

²⁷⁰⁸ CE, 30 janvier 2009, *ANPE*, préc. – CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc. – CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, préc. – CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, préc. – CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, préc.

consultation²⁷⁰⁹. Le requérant peut également se prévaloir du caractère ambigu des informations révélant des incohérences ou des contradictions sur les attentes de l'autorité adjudicatrice²⁷¹⁰. La possibilité pour les candidats de demander des précisions sur ces éléments en cours de procédure ne peut avoir pour conséquence de rendre inopérant le moyen soulevé par le requérant²⁷¹¹.

Les mesures prescrites par le juge du référé précontractuel doivent dépendre de la catégorie des destinataires de l'information litigieuse et du moment où intervient l'irrégularité. À cet égard, Olivier Le Bot souligne qu'il existe « *une gradation très nette des informations devant être communiquées aux candidats à chacune des phases de la consultation* »²⁷¹². L'échelle des sanctions dépend de la temporalité des fonctions du principe de transparence ainsi que de la nature des opérateurs économiques en bénéficiant. Afin de compléter cette gradation des sanctions, il convient de reprendre la distinction candidats potentiels/candidats réels qui a permis de systématiser le régime des modifications précontractuelles²⁷¹³. La procédure doit être annulée dans son intégralité lorsque l'information concerne les candidats potentiels **(a)**, ou de manière partielle lorsque l'information concerne les candidats réels **(b)**.

a : Une annulation de la procédure dans son ensemble lorsque l'information concerne les candidats potentiels.

Lorsque l'information est normalement destinée à l'ensemble des candidats potentiels, il y a lieu d'enjoindre à l'administration de reprendre la procédure de passation dans son ensemble. Les éléments communiqués à cette catégorie de candidats dès l'engagement de la procédure sont déterminants dans leur choix de candidater et sont utiles à l'élaboration de la candidature. À ce titre, la transparence bénéficie à l'ensemble des opérateurs économiques

²⁷⁰⁹ CE, 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, n° 229566, *Rec.* p. 406 ; *BJCP* 2002. 21, concl. D. Piveteau, obs. R. S. ; *RTD com.* 2002. 52, obs. G. Orsoni – CE, 3 mars 2004, *Société Mak System*, n° 258272, *Rec.* p. 121 ; *BJCP* 2004, n° 34, p. 225, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 2004. 1034, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 93, note F. Llorens – CE, 6 janvier 2006, *Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois*, n° 281113 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 92, note F. Llorens – CE, 19 septembre 2007, *Service départemental d'incendie et de secours du Nord*, n° 298294, *Rec. T.* p. 938 ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 292, W. Zimmer – CE, 19 janvier 2011, *Société Technique d'environnement et propreté*, n° 340773 ; *AJDA* 2011. 1223 ; *JCP A* 2011, 2080, comm. F. Linditch.

²⁷¹⁰ CE, 22 mars 2000, *M. et Mme Lasaulce*, préc. – CE, 10 mai 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*, n° 286644, *Rec.* p. 242 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 226, note F. Olivier – CE, 8 juillet 2009, *Ministre de la Justice*, n° 318187 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 294, obs. F. Llorens.

²⁷¹¹ CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

²⁷¹² O. Le BOT, *op. cit.*, p. 606.

²⁷¹³ Cf. *Supra*, Chapitre I du présent titre.

susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat. Par conséquent, une irrégularité dans la communication de ces éléments empêche la réalisation de l'objectif d'intelligibilité de la procédure dès son commencement et porte atteinte au principe de transparence. Afin que l'autorité adjudicatrice puisse corriger cette illégalité, le juge doit annuler l'ensemble de la procédure et enjoindre à cette dernière de la reprendre dans son intégralité afin que les candidats potentiels aient accès aux bonnes informations. Il en va ainsi pour toutes les irrégularités commises dans la communication des éléments essentiels à l'élaboration des candidatures, voire des offres dans le cadre de l'appel d'offre ouvert²⁷¹⁴. Par exemple, une imprécision sur les critères d'attribution fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence entraîne l'annulation de la procédure dans son ensemble²⁷¹⁵.

b : Une annulation partielle de la procédure lorsque l'information concerne les seuls candidats réels.

Lorsque l'information est seulement destinée aux candidats réels qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence, il n'y a pas lieu d'enjoindre à l'autorité adjudicatrice de reprendre l'intégralité de la procédure. Dans ce cadre, les éléments devant être communiqués aux opérateurs économiques ne sont utiles qu'à l'élaboration des offres et ne concernent pas la préparation des candidatures. Il y aurait donc un non-sens à annuler la procédure dans son ensemble, alors que l'irrégularité concerne la seule phase de remise des offres. Lorsque le manquement n'a pas empêché les candidats de présenter utilement une offre, le moyen invoqué est inopérant car il ne lèse pas ou n'est pas susceptible de léser le requérant. En revanche, si le manquement a empêché les candidats d'élaborer leur offre, la procédure doit être annulée à compter du moment où est intervenue l'irrégularité. En complément de cette sanction, le juge peut enjoindre à l'autorité adjudicatrice de transmettre à l'ensemble des candidats ou au requérant l'information litigieuse.

Il est possible de s'interroger sur les sanctions que doit prononcer le juge du référé précontractuel lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas communiqué les critères de sélection des offres aux candidats. Pour les procédures formalisées, cette information doit

²⁷¹⁴ Voir, pour une liste non exhaustive de l'ensemble de ces éléments : Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

²⁷¹⁵ CE, 15 décembre 2008, *Communauté intercommunale des Villes solidaires*, n° 312350, *Rec. T.* p. 819 ; *AJDA* 2008. 2421 ; *BJCP* 2009, n° 63, p. 136, concl. B. Dacosta et obs. Ch. M. ; *JCP Adm.* 2009, n° 2045, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 58, note G. Eckert.

obligatoirement être fixée dans l'avis d'appel public à la concurrence²⁷¹⁶. Par conséquent, un défaut d'information doit entraîner l'annulation de la procédure dans son intégralité. Pour les autres procédures, l'autorité adjudicatrice dispose du choix de communiquer cette information dès l'engagement de la procédure à l'ensemble des candidats potentiels ou lors de la mise en concurrence aux seuls candidats réels. La sanction des erreurs faites dans la transmission de cette information dépend du moment où a été commise l'irrégularité : la procédure doit être annulée dans son ensemble si les critères sont connus dès son engagement ; la procédure doit être annulée partiellement si les critères sont transmis aux seuls candidats réels. Cette solution ne règle pas le cas d'une inexistence d'information relative aux critères d'attribution. Admettre la possibilité pour le juge d'annuler intégralement la procédure revient à reconnaître l'existence d'une obligation de communiquer ces informations dès son engagement. Cette reconnaissance n'est pas cohérente avec la souplesse accordée aux autorités adjudicatrices dans la mise en œuvre des procédures autres que l'appel d'offre. Il est donc plus opportun, dans ce cas, d'enjoindre à l'administration de recommencer la procédure à compter de la phase d'élaboration des offres. Par conséquent, seuls les candidats réels sont susceptibles d'être lésés lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas communiqué les critères de sélection des offres.

II : Les mesures d'injonctions pour les manquements à la transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure.

Il est acquis que la méconnaissance de l'obligation de communiquer les motifs de rejet des candidatures et des offres « *constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de tirer les conséquences* »²⁷¹⁷. En outre, une telle irrégularité lèse ou est susceptible de léser le requérant « *en l'empêchant de contester utilement le rejet de son offre* »²⁷¹⁸. En revanche, « *un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L.*

²⁷¹⁶ Art. 53 du Code des marchés publics.

²⁷¹⁷ CE, 21 janvier 2004, *Société Aquitaine Démolition*, préc. – CE, 9 août 2006, *Hairis SAS*, n° 284577 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 258 et comm. 269, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

²⁷¹⁸ CE, 6 mars 2009, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 314610, *Rec. T.* p. 821 ; *Dr. adm.* 2009, comm. 69 ; *JCP A* 2009, 343 ; *BJCP* 2009, 213, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 122, note F. Olivier ; *JCP A* 2009, n° 2122, note F. Linditch.

551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction »²⁷¹⁹. Par conséquent, un requérant peut se prévaloir d'un manquement tiré du défaut d'information sur les motifs de rejet de sa candidature ou de son offre devant le juge du référé précontractuel, sauf lorsque cette atteinte ne l'a pas empêché de présenter utilement un recours²⁷²⁰.

Lorsque le manquement lèse effectivement le candidat, le juge enjoint à l'autorité adjudicatrice de communiquer les informations pertinentes dans un délai qu'il détermine, suspend la signature du contrat²⁷²¹, et sursoit à statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation²⁷²². L'existence d'une lésion s'apprécie en fonction de plusieurs éléments : d'une part en fonction du moment où est invoqué le manquement ; d'autre part en fonction de la nature des informations transmises ; enfin en fonction des effets de l'irrégularité sur la situation du candidat évincé. Par exemple, un requérant dont la candidature a été écartée n'est pas fondé à invoquer un manquement tiré de l'absence de communication sur les caractéristiques de l'offre retenue²⁷²³. En outre, la consistance suffisante des éléments transmis au requérant ne lui permet pas de demander au juge du référé précontractuel de suspendre la signature du contrat²⁷²⁴. La méconnaissance de ces obligations de communication n'entraîne pas en soi une annulation de la procédure de passation, le juge du référé précontractuel devant surseoir à statuer sur les conclusions tendant à une telle demande²⁷²⁵. Cette logique jurisprudentielle est cohérente avec la temporalité des fonctions du principe de transparence des procédures dont découlent les obligations des articles 80 et 83 du Code des marchés publics²⁷²⁶. Ces obligations bénéficient exclusivement au candidat évincé de la procédure de passation, et leur méconnaissance ne porte nullement atteinte aux principes

²⁷¹⁹ CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray-Belz-Quiberon*, n° 321217, *Rec. T.* 840 ; *AJDA* 2009. 1554, note M.-C. Vincent-Legoux ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 126, note G. Eckert.

²⁷²⁰ CE, 11 août 2009, *Département des Alpes Maritimes*, n° 320088.

²⁷²¹ CE, 21 janv. 2004, *Sté Aquitaine Démolition*, préc. – CE, 11 avril 2012, *Ministre de la Défense et anciens combattants*, n° 355564, *Rec. T.* p. 844 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 181, note G. Eckert – CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656, *Rec. T.* p. 693 ; « l'absence de communication par le pouvoir adjudicateur de l'une des informations mentionnées par le deuxième alinéa des dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics doit conduire le juge à enjoindre à ce dernier de communiquer les informations manquantes au candidat dont l'offre, bien que recevable, a été rejetée ».

²⁷²² CE, 17 juillet 2013, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, préc. – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat Départemental de Traitement des Déchets Ménagers de l'Aisne*, n° 384014 ; *JCP A* 2015, 2025, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 6, note G. Eckert ; *Énergie - Environnement - Infrastructures* 2015, comm. 33, note A. Fourmon.

²⁷²³ CE, 11 avril 2012, *Ministre de la Défense et anciens combattants*, préc.

²⁷²⁴ CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, préc.

²⁷²⁵ Cf. *Supra*.

²⁷²⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats. Par conséquent, il n'y a aucune logique à ce qu'une irrégularité tirée du défaut d'information du rejet des candidatures ou des offres entraîne l'annulation de la procédure dans son intégralité ou de manière partielle.

En conclusion, il y a lieu de résumer l'échelle principielle des sanctions comme telle : la procédure doit être annulée dans son ensemble lorsque l'irrégularité est relative au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence, ou à celui de la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure si l'information litigieuse concerne les candidats potentiels ; la procédure est annulée partiellement lorsque l'irrégularité est relative au principe d'égalité de traitement, ou à celui de la transparence au titre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure si l'information litigieuse concerne les candidats réels ; le juge doit prononcer seulement des mesures d'injonctions lorsque les irrégularités invoquées sont relatives au principe de transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure.

La temporalité des fonctions des principes de la commande publique permet donc de préciser le contentieux précontractuel par la systématisation d'une échelle principielle des sanctions dans le cadre du référé précontractuel. En contentieux contractuel, la temporalité des fonctions des principes dispose de moins d'utilité, ces derniers ayant des fonctions moins prégnantes lorsque le contrat a été signé.

Section 2 : Les implications d'une définition des fonctions propres sur le contentieux contractuel.

Le contentieux contractuel concerne l'ensemble des recours dirigés directement contre le contrat afin d'en contester la validité devant le juge de plein contentieux. Il se subdivise en deux catégories : le contentieux des tiers et le contentieux des parties. Dans le contentieux des tiers, trois voies de droit permettent de contester le contrat : le recours en contestation de la validité du contrat, le référé contractuel²⁷²⁷ et le déféré préfectoral. Dans le contentieux des

²⁷²⁷ Le référé contractuel ne fera pas l'objet de développements dans la présente section. D'une part, c'est « *un recours exceptionnel, qui, comme la dissuasion nucléaire, repose sur le caractère disproportionné de la menace* » (E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, RFDA 2010, p. 506). D'autre part, les moyens invocables et les mesures pouvant être prises par le juge sont limitativement énumérés par le

parties, les cocontractants disposent de la possibilité de contester la validité du contrat par voie d'action par un recours en contestation de la validité du contrat, ou par voie d'exception dans le cadre d'un litige portant sur une mesure d'exécution, en défense à une action de l'autre partie²⁷²⁸.

Ces deux catégories de contentieux ont fait l'objet d'évolutions considérables ces dix dernières années²⁷²⁹. Pendant longtemps, le juge du contrat n'était accessible qu'aux parties²⁷³⁰. Le Conseil d'État ouvre une brèche dans la décision *Martin*²⁷³¹ du 4 août 1905 en permettant aux tiers d'introduire un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat. Ainsi, « *le contentieux de l'excès de pouvoir contre les actes détachables, recours objectif, a pallié, jusqu'à aujourd'hui, le principe de fermeture du contentieux contractuel, éminemment subjectif, aux tiers au contrat* »²⁷³². Malgré des aménagements jurisprudentiels permettant de prendre en compte les conséquences de l'annulation de l'acte détachable sur le contrat, cette voie de droit n'était pas satisfaisante pour les tiers, notamment pour les concurrents évincés qui n'avaient pu introduire utilement un référé précontractuel. Par deux décisions *Tropic Travaux Signalisation*²⁷³³ du 16 juillet 2007 et *Département du Tarn-et-Garonne*²⁷³⁴ du 4 avril 2014, le Conseil d'État ouvre aux concurrents évincés puis à l'ensemble des tiers un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat administratif devant le juge du contrat. Cette extension ferme concomitamment le recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables²⁷³⁵.

Code de justice administrative, laissant peu de place à l'influence de la conception temporelle des principes de la commande publique sur sa mise en œuvre.

²⁷²⁸ V. sur cette question : Ch.-E. BUCHER, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, thèse, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2011.

²⁷²⁹ V. sur cette question : Y. GAUDEMET, *Le contentieux des contrats publics (évolution récente)*, éd. Cridon, 2005 – D. POUYAUD, « Les mutations du contentieux de la validité des contrats », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 541.

²⁷³⁰ CE, 24 décembre 1897, *Le Buf*, Rec. p. 48 – CE, sect., 17 janvier 1936, *Ligue des consommateurs d'électricité et ville de Tonneins*, Rec. p. 76 – CE, sect., 8 novembre 1974, *Époux Figueras*, Rec. p. 545.

²⁷³¹ CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Rec. p. 749.

²⁷³² S. BRACONNIER, obs. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RDI 2014 p. 344.

²⁷³³ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, Rec. p. 360 ; RFDA 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, ét. F. Moderne ; *ibid.* 923, note D. Pouyaud ; *ibid.* 935, étude M. Canedo-Paris ; JCP A 2007, 2212 et JCP E 2007, 2164, notes F. Linditch ; JCP A 2007, 2221, note M.-C. Rouaut ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 254, note J.-P. Pietri ; AJDA 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling.

²⁷³⁴ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n°358994, Rec. p. 70 ; JCP A 2014, comm. 2152, note J.-F. Sestier ; *ibid.* 2014, 2153, note S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5, Ph. Rees et repère 5, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, note F. Brenet ; RFDA 2014. 438, note P. Delvolvé ; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier ; AJCT 2014. 375, note S. Dyens ; AJDA 2014. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier.

²⁷³⁵ À cet égard, le mécanisme du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables ayant vocation à s'amoindrir, il ne fera pas l'objet de développements dans la présente section. La jurisprudence du juge de

Par deux décisions *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009²⁷³⁶ et du 21 mars 2011²⁷³⁷, le Conseil d'État rénove également le contentieux des parties en introduisant dans l'office du juge du contrat le principe de loyauté des relations contractuelles et la prise en compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles²⁷³⁸. Par ces deux décisions, les juges du palais royal mettent fin à l'automaticité de la nullité du contrat²⁷³⁹ lorsqu'une des deux parties invoque un vice entachant sa conclusion ou son contenu²⁷⁴⁰, dans l'objectif de préserver la stabilité du contrat en dépit de son illégalité. Dès lors, est définitivement consacrée « l'idée selon laquelle la nullité du contrat est une sanction parmi d'autres prononcée par le juge »²⁷⁴¹. Ce dernier dispose désormais d'une palette de pouvoirs dont l'annulation n'est que l'ultime sanction.

Ces deux évolutions contentieuses ont une portée importante sur les pouvoirs dont dispose le juge du contrat. Lorsqu'il est saisi par les tiers ou les parties, ce dernier doit choisir entre la stabilité et la protection juridique du contrat, ou entre sa disparition par une mesure de

l'exécution du contrat saisi pour tirer les conséquences de l'annulation d'un acte détachable ne sera pas analysée. Pour approfondir la question, voir notamment : CE, 21 février 2011, *Société Ophrys, Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, n° 337349, *Rec.* p. 54 ; *AJDA* 2011. 356 ; *RDI* 2011. 277, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2011. 419, obs. F. Scanvic ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 123, J.-P. Piétri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 47, note F. Brenet ; *JCP A* 2011, 2183, note E. Busson.

²⁷³⁶ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, *Rec.* p. 509, concl. E. Glaser ; *AJDA* 2010. 4 ; *ibid.* 142, chron. S.-J. Liéber et D. Bottegghi ; *D.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI* 2010. 265, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2010. 114, Pratique O. Didriche ; *RFDA* 2010. 506, concl. E. Glaser ; *ibid.* 519, note D. Pouyaud ; *RTD com.* 2010. 548, obs. G. Orsoni ; *JCP A* 2010, n° 2072, note F. Linditch ; *JCP G* 2010, n° 365, note B. Plessix ; *RDP* 2010, p. 553, note H. Pauliat ; *RJEP* 2010, comm. 30, note J. Gourdou et Ph. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 123, note Ph. Rees.

²⁷³⁷ CE, Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, *Rec.* p. 117 ; *RFDA* 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *Dr. adm.* 2011, n° 5, p. 28, note F. Brenet, F. Melleray ; *Contrats et marchés publ.* 2011 n° 5, p. 36, J.-P. Piétri ; *RLCT*, 2011 n° 68, p. 29, E. Glaser ; *RDI*. 2011, p. 270, note S. Braconnier ; *AJDA* 2011, p. 591 et p. 670, chron. A. Lallet, X. Domino ; *JCP G* 2011, p. 648, obs. J.-G. Sorbara ; *AJCT* 2011, p. 291, obs. J.-D. Dreyfus.

²⁷³⁸ Pour approfondir la question, v. notamment : Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, LGDJ, 1989 – D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, thèse, LGDJ 1991 – M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Thèse, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2003 – J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, thèse, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009 – A. BEDUSCHI-ORTIZ, « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011, p. 944 – *La loyauté*, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Conférences et travaux de l'Ordre, Dalloz, 2014 – *Droit et loyauté*, F. PETIT (dir.), actes de colloque organisé par la Faculté de droit, d'économie et de gestion d'Avignon le 10 octobre 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015

²⁷³⁹ Cette automaticité s'expliquait par le caractère d'ordre public de la nullité du contrat : CE, 28 juillet 2000, *Jacquier*, n° 202792, *Rec. T.* p. 1091 – CE, sect., 20 octobre 2000, *Société Citécable Est*, n° 196553, *Rec.* p. 457 ; *D.* 2000. 288 ; *RFDA* 2001. 359, concl. H. Savoie ; *BJCP* 2001. 54, concl. H. Savoie, obs. Ph. Terneyre ; *RDP*. 2001. 376, note C. Guettier.

²⁷⁴⁰ CE, avis, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, n° 176873, *Rec.* p. 198 ; *RDI* 1996. 562, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1997. 83, note J.-C. Douence ; *D.* 1997. 45, note F.-P. Benoît ; *ibid.* 1996. 269, chron. N. Van Tuong ; *ibid.* 1997. 113, obs. Ph. Terneyre.

²⁷⁴¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2014, p. 184.

résiliation ou d'annulation si l'illégalité commise le justifie. Une interrogation subsiste sur la manière dont le juge doit mettre en œuvre l'ensemble des pouvoirs dont il dispose. En d'autres termes, l'interrogation porte sur la nature des irrégularités qui justifient soit la préservation du contrat, soit son annulation. Dans ce cadre, et à l'inverse du contentieux précontractuel²⁷⁴², la temporalité des fonctions des principes de la commande publique ne dispose que de peu d'utilité pour préciser les zones d'ombres du contentieux contractuel. Si la définition des fonctions propres des principes peut affiner la gradation des sanctions dans le contentieux des tiers (**paragraphe 1**), elle n'a pas d'intérêt dans le contentieux des parties (**paragraphe 2**). Dans le cadre du référé précontractuel, l'office du juge est en lien direct avec la temporalité du déroulement de la procédure de passation, donc avec la définition des fonctions propres des principes ; dans le cadre du contentieux contractuel, cette temporalité disparaît, puisque l'office du juge s'exerce de manière binaire : sauvegarde ou disparition du contrat. Cette différence de logique dans la prise en compte du temps explique l'amointrissement de la conception temporelle des fonctions des principes sur le contentieux contractuel.

Paragraphe 1 : Un impact minime dans le contentieux contractuel à l'initiative des tiers.

La décision *Département du Tarn-et-Garonne*, en ouvrant un recours de plein contentieux en contestation de la validité du contrat à l'ensemble des tiers, est l'aboutissement d'une évolution contentieuse qui « porte la marque d'une réelle audace jurisprudentielle »²⁷⁴³. Certains membres de la doctrine préfèrent parler de « révolution », dans la mesure où la décision *Département du Tarn-et-Garonne* constitue « un retour au point de départ d'un cycle qui s'achève »²⁷⁴⁴. Comme le souligne ces auteurs²⁷⁴⁵, cette décision revient formellement à l'état du droit qui prévalait au XIX^{ème} siècle, puisque le prétoire du

²⁷⁴² Cf. *Supra*.

²⁷⁴³ S. BRACONNIER, note préc.

²⁷⁴⁴ A. BRETONNEAU et J. LESSI, « Contentieux contractuel : la révolution rentre au port », chr. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, AJDA 2014, p. 1035 : « plus exactement, la décision Département de Tarn-et-Garonne est, pour le contentieux contractuel, une révolution dans tous les sens du terme. Elle a d'ailleurs tous les attributs d'une révolutionnaire, elle qui, pour renouer avec les préceptes initiaux de la jurisprudence contractuelle, brise un dogme - celui (ébréché) selon lequel le contrat, loi des parties, devrait rester inaccessible aux tiers -, brûle une idole - celle (plus critiquée qu'adorée) de l'acte détachable - et se nourrit d'idées neuves sur l'office du juge du contrat. Autant dire que, s'il s'apparente formellement à l'ancien régime, le système qui en résulte marque en réalité l'avènement d'un paradigme résolument novateur ».

²⁷⁴⁵ *Idem*.

juge administratif du contrat semblait ouvert à tous²⁷⁴⁶. Avant d'envisager les influences possibles de la conception temporelle des fonctions des principes sur l'office du juge du contrat (B), il convient d'exposer les différents éléments de cette (r)évolution contentieuse (A).

A : L'évolution certaine du recours en contestation de la validité du contrat ouvert aux tiers.

Deux points évoluent sensiblement entre la décision *Tropic* et la décision *Département du Tarn-et-Garonne* : la physionomie générale du recours en contestation de la validité du contrat (I) et la mise en œuvre des pouvoirs dont dispose le juge (II). S'agissant de la physionomie du recours, le Conseil d'État affine sa jurisprudence en distinguant la recevabilité de la requête et l'opérance des moyens selon la qualité du requérant. Le recours diffère désormais selon la qualité de tiers privilégié ou de tiers ordinaire dont dispose le requérant. En substance, les pouvoirs du juge ne changent pas entre les deux décisions. Cependant, les juges du palais royal instaurent clairement et explicitement une échelle des sanctions à prendre en fonction de la nature de l'illégalité commise, dans l'objectif de sauvegarder le contrat au détriment de son illégalité.

I : L'évolution de la physionomie du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers.

Le recours en contestation de la validité du contrat par les tiers est une création prétorienne issue de la décision du Conseil d'État du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*²⁷⁴⁷. Cette décision ouvre « *aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif* » un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat pour contester la validité du contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles²⁷⁴⁸. Ce

²⁷⁴⁶ CE, 18 juin 1860, *Duc de Clermont-Tonnerre*, Rec. p. 460 – CE, 30 avril 1863, *Ville de Boulogne*, Rec. p. 404.

²⁷⁴⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁴⁸ Le recours *Tropic* est également recevable à l'encontre d'un avenant s'il s'apparente à un nouveau contrat : TA Nantes, 5 juin 2013, *Société SOFCO*, n° 119342.

recours, communément appelé « *Recours Tropic* », doit être exercé dans un délai de deux mois « à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées » de la conclusion du contrat, laquelle rend le concurrent évincé irrecevable à demander « l'annulation pour excès de pouvoir des actes détachables préalables qui en sont détachables ». Au sens de la jurisprudence du Conseil d'État, les concurrents évincés recevables à former un tel recours sont l'ensemble des requérants qui ont effectivement été évincés d'une procédure de passation, mais également tout requérant qui aurait eu un intérêt à conclure le contrat alors même qu'il n'a pas présenté sa candidature, qu'il n'a pas été admis à présenter une offre ou qu'il a présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable²⁷⁴⁹. Les moyens pouvant être soulevés ne sont limités ni dans leur nature, ni dans leur impact sur la situation du requérant, puisque ce dernier peut invoquer « tout moyen »²⁷⁵⁰ à l'appui de son recours. Toutes les irrégularités sont invocables, y compris celles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le préfet dispose également, depuis la loi du 2 mars 1982²⁷⁵¹, d'un déféré préfectoral pouvant aboutir à l'annulation du contrat²⁷⁵². Au départ considéré comme un recours pour excès de pouvoir, le déféré préfectoral s'apparente aujourd'hui à un recours de pleine juridiction²⁷⁵³.

Le Conseil d'État modifie sensiblement la physionomie du recours en contestation de validité du contrat dans la décision *Département du Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014²⁷⁵⁴. Désormais, tout tiers à un contrat administratif²⁷⁵⁵ est recevable à former un recours de pleine

²⁷⁴⁹ CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, n° 355446, *Rec.* p. 148 ; *AJDA* 2012. 1109, note P. Cassia ; *BJCP* 2012, p. 386, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2012, repère 1, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 64, note F. Brenet.

²⁷⁵⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc. – CE, Avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

²⁷⁵¹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* du 3 mars 1982 p. 730.

²⁷⁵² CE, 2 novembre 1988, *Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM de Malakoff et Société NCR*, n° 64954, *Rec. T.* p. 659 – CE, 4 novembre 1994, *Département de la Sarthe*, n° 99643, *Rec. T.* p. 801 ; *AJDA* 1994. 898, concl. C. Maugué.

²⁷⁵³ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n° 348647, *Rec.* p. 662 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri ; *RJEP* 2012, comm. 25, F. Brenet ; *AJDA* 2012. 1064, note M. Quyet ; *BJCP* 2012, p. 125, concl. B. Dacosta ; *RFDA*. 2012. 683, note P. Delvolvé ; *RJEP* 2012, comm. 25, note F. Brenet.

²⁷⁵⁴ CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁷⁵⁵ *A contrario*, les tiers aux contrats privés de l'administration ne sont pas recevables à former un tel recours. À ce sujet, Pierre Devolvé affirme qu'« il reste à savoir si le juge judiciaire pourrait connaître d'un recours de tiers contre ces contrats de droit privé, analogue à celui du recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs devant le juge administratif. La réponse relève du droit de la procédure civile, et plus particulièrement des solutions de la jurisprudence judiciaire à l'égard de la contestation de contrats de droit

juridiction contestant « *la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ». Cette décision « *répare cette lacune congénitale de la jurisprudence Tropic* »²⁷⁵⁶ en élargissant le champ des requérants susceptibles de saisir le juge du contrat, qui n'est plus limité aux seuls concurrents évincés. Cet élargissement conduit à considérer le juge du contrat « *comme un juge autant soucieux du respect de la légalité que de la stabilité des relations contractuelles* »²⁷⁵⁷. Le principe selon lequel les tiers à un contrat ne pouvaient introduire un recours devant le juge du contrat est renversé²⁷⁵⁸. Ainsi, l'unification du contentieux des contrats administratifs est réalisée, car « *dans tous les cas, il s'exerce devant le juge du contrat, il porte sur la validité du contrat, il est un contentieux de pleine juridiction* »²⁷⁵⁹. Toutefois, la catégorie des tiers recevable à former un tel recours n'est pas homogène, puisque le Conseil d'État adopte une « *approche catégorielle de l'intérêt à agir* »²⁷⁶⁰ en distinguant entre les tiers ordinaires et les tiers privilégiés.

Le préfet et les membres des organes délibérants des collectivités territoriales et de leurs groupements n'ont pas à démontrer leur intérêt à agir, leur seule qualité suffisant à leur conférer un tel intérêt. À cet égard, ils sont considérés comme des tiers privilégiés, ou spéciaux²⁷⁶¹, à la différence des autres tiers dont la recevabilité du recours est conditionnée par la démonstration de ce qu'ils sont susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou ses clauses.

L'opérance des moyens est également différente selon la qualité du requérant. Les tiers privilégiés peuvent invoquer tout moyen à l'appui de leur recours. Pour les autres tiers, les vices invoqués doivent être en rapport direct avec l'intérêt lésé²⁷⁶² dont ils se prévalent. À ce titre, la décision *Département du Tarn-et-Garonne* « *opère clairement une sorte de « Smirgeomisation »* »²⁷⁶³ du recours en contestation de la validité du contrat. Les tiers

privé par des tiers ». P. DELVOLVÉ, note sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *RFDA* 2014, p. 439.

²⁷⁵⁶ F. BRENET, comm. sous CE, Ass., 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *Dr. adm.* 2014, comm. 36.

²⁷⁵⁷ J.-F. LAFAIX, comm. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *RJEP* 2014, comm. 31.

²⁷⁵⁸ P. DELVOLVÉ, note préc.

²⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 439.

²⁷⁶⁰ E. LANGELIER, « L'évolution du contentieux des contrats administratifs : à quand l'acte IV ? », *JCP A* 2014. 2330.

²⁷⁶¹ P. DELVOLVÉ, note préc., p. 438.

²⁷⁶² S. BRACONNIER, note préc. : « *l'arrêt préfère ainsi l'expression d'« intérêt lésé » à celle, plus restrictive, de droits lésés qui prévaut habituellement dans le contentieux de pleine juridiction* ».

²⁷⁶³ F. BRENET, comm. préc. – F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, obs. sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *Contrats et marchés publ.* 2014, repère 5.

ordinaires peuvent également invoquer les vices « *d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* », même s'ils n'ont pas de rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent. Par cette précision, le Conseil d'État permet de ne pas laisser subsister les vices les plus graves qui n'ont pu être sanctionnés dans le cadre d'un autre recours²⁷⁶⁴. Afin de déterminer la nature de tels vices, Bertrand Dacosta propose « *de puiser son inspiration dans la jurisprudence Béziers 1, laquelle, dans le cadre d'un contentieux entre les parties, exclut que le juge puisse appliquer le contrat si son contenu est illicite ou si les conditions dans lesquelles a été donné le consentement de la personne publique sont entachées d'une grave irrégularité* »²⁷⁶⁵. S'il semble évident que de tels vices doivent être relevés d'office dans le cadre du contentieux des tiers, il est probable que le juge élargisse cette catégorie à certaines irrégularités relatives aux règles de la commande publique, telles par exemple qu'un manquement délibéré et frauduleux aux règles de publicité et de mise en concurrence²⁷⁶⁶. En effet, les logiques de ces deux types de contentieux sont différentes, les tiers ayant en grande majorité pour objectif de faire respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence et n'ayant pas à observer le principe de loyauté des relations contractuelles²⁷⁶⁷. Ainsi, le Conseil d'État entend certainement maintenir « *une différence dans le traitement des recours des parties de ceux des tiers* »²⁷⁶⁸. La nature des vices relevés d'office par le juge ne peut donc être simplement transposée d'un contentieux à l'autre.

Désormais, pour tous les contrats signés après le 4 avril 2014, le recours créé par la décision *Département du Tarn-et-Garonne* se substitue au recours *Tropic*, « *qu'elle absorbe* », ainsi qu'au déféré préfectoral, « *dont elle devient la nouvelle modalité d'examen* ». Ce nouveau recours ferme totalement la porte au recours pour excès de pouvoir contre certains actes détachables du contrat, à savoir le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer²⁷⁶⁹.

²⁷⁶⁴ *Ibid.* : « *le but est de permettre que les vices les plus graves qui n'auraient pu être sanctionnés dans le cadre d'un référé précontractuel ne restent pas impunis* ».

²⁷⁶⁵ B. DACOSTA, concl. sur CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, RFDA 2014, p. 428.

²⁷⁶⁶ S. BRACONNIER, note préc.

²⁷⁶⁷ Cf. *Infra*.

²⁷⁶⁸ J.-F. LAFAIX, comm. préc.

²⁷⁶⁹ Trois exceptions subsistent : les clauses réglementaires, les actes détachables contre les contrats de droit privé, et le déféré préfectoral introduit avant la signature du contrat. V., sur cette question, F. BRENET, « L'avenir du contentieux des actes détachables en matière contractuelle », AJDA 2014, p. 2061 – D. POUYAUD, « Que reste-t-il du recours pour excès de pouvoir dans le contentieux des contrats ? », RFDA 2015, p. 727.

La particularité nouvelle du recours en contestation de validité du contrat réside ainsi dans la dichotomie que le Conseil d'État instaure entre les différentes catégories de tiers. Ainsi, « *la catégorie des tiers n'a pas totalement refusionné : des tiers « privilégiés » coexistent avec les tiers « génériques », ce qui se traduit dans la subjectivation variable de la recevabilité de leurs requêtes* »²⁷⁷⁰. La décision *Département du Tarn-et-Garonne* institue donc, s'agissant des tiers ordinaires, « *un « double filtre », au stade de la recevabilité du recours et de l'opérance des moyens, avant même que ne se pose la question de la régularité du contrat* »²⁷⁷¹. Ce n'est qu'à l'issue de ces premières vérifications que le juge statue au fond. À ce titre, il dispose d'une palette de pouvoirs dont la mise en œuvre a sensiblement changé avec la décision de 2014.

II : L'évolution des pouvoirs du juge dans le cadre du recours en contestation de la validité du contrat par les tiers.

Dans le cadre du recours *Tropic*, le juge dispose d'une large palette de pouvoirs lui permettant d'adapter au mieux la sanction « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise* »²⁷⁷². Il revient au juge du contrat soit de prononcer sa résiliation ou modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution²⁷⁷³, soit d'indemniser les droits lésés, soit de prononcer l'annulation partielle ou totale du contrat, le cas échéant avec un effet différé, si elle ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants. Dans le cadre du déféré préfectoral, le juge dispose des mêmes pouvoirs, hormis celui d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés²⁷⁷⁴.

Dans la décision *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État fait sensiblement évoluer les pouvoirs du juge dans le sens d'une « *amélioration* »²⁷⁷⁵ ou d'un

²⁷⁷⁰ E. LANGELIER, art. préc.

²⁷⁷¹ S. BRACONNIER, obs. préc., p. 344.

²⁷⁷² CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁷³ Le Conseil d'État ajoute « *éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante* ».

²⁷⁷⁴ L'impossibilité d'accorder des indemnités dans le cadre du déféré préfectoral s'explique par la qualité particulière du requérant, qui est le représentant de l'État. Ce dernier, garant de la légalité, ne cherche pas à faire réparer un intérêt lésé.

²⁷⁷⁵ Ph. REES, « *Tropic II est arrivé. – À propos de l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne* », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5.

« *ajustement* »²⁷⁷⁶. Dans un premier temps, après avoir pris en considération la nature des vices invoqués, il revient au juge soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe²⁷⁷⁷. Dans un second temps, et en présence d'irrégularités qui empêchent la poursuite de l'exécution du contrat, il revient au juge de prononcer soit la résiliation du contrat, soit son annulation partielle ou totale uniquement si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office. Avant de prononcer la résiliation ou l'annulation, le juge doit vérifier que la disparition du contrat ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général. Ce dernier ne dispose plus du pouvoir de modifier certaines clauses du contrat, prérogative qui lui était reconnue dans la décision *Tropic*.

Il existe des différences de rédaction non négligeables entre les considérants de *Tropic* et de *Département du Tarn-et-Garonne*. D'abord, la résiliation et l'annulation du contrat ne sont possibles que si les irrégularités invoquées empêchent effectivement la poursuite de l'exécution du contrat. Le Conseil d'État limite donc explicitement les hypothèses d'extinction du contrat, en privilégiant sa poursuite et sa régularisation. Ensuite, la contrainte relative à la préservation de l'intérêt général s'applique à la fois pour la résiliation et l'annulation, et non plus pour la seule annulation. À cet égard, il y a lieu de souligner que l'intérêt des cocontractants n'est plus une exigence à prendre en compte lorsqu'est décidée la disparition du contrat. Enfin, et surtout, les mesures d'annulation ne peuvent désormais être prononcées que si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office. À ce titre, le Conseil d'État renforce le caractère exceptionnel de l'annulation²⁷⁷⁸ qui devient la sanction « *ultime* »²⁷⁷⁹, puisque seuls les vices que le juge est tenu de relever d'office peuvent mener à la disparition rétroactive du contrat²⁷⁸⁰.

²⁷⁷⁶ A. BRETONNEAU et J. LESSI, chron. préc., p. 1035.

²⁷⁷⁷ Si les parties ne respectent pas ce délai, le contrat est résilié ou résolu.

²⁷⁷⁸ Le terme « renforcer » est choisi en raison de l'analyse de la jurisprudence préexistante à la décision *Département du Tarn-et-Garonne* qui dévoile que l'annulation n'était pas la norme. V. en ce sens A. BRETONNEAU et J. LESSI, chron. préc., p. 1036 : « *ni dans le recours Tropic, ni dans les recours Commune de Béziers I et II, l'annulation du contrat n'est plus la norme - elle est, au contraire, l'exception* ».

²⁷⁷⁹ S. BRACONNIER, note préc.

²⁷⁸⁰ A. BRETONNEAU et J. LESSI, chron. préc., p. 1039.

Par conséquent, la poursuite et la régularisation du contrat doivent désormais occuper « *une place centrale dans le raisonnement du juge* »²⁷⁸¹. Comme le souligne Pierre Delvolvé²⁷⁸², la possibilité de poursuivre l'exécution du contrat vient en premier lieu, alors que cette solution n'était que la deuxième dans la décision *Tropic*. Ainsi, « *la consigne est celle du maintien du contrat tant que faire se peut* »²⁷⁸³ dans l'objectif de « *faire prévaloir la stabilité des relations contractuelles sur le strict respect de la légalité* »²⁷⁸⁴. L'annulation du contrat est en effet plus difficile à obtenir puisque le juge doit dorénavant la réserver à la sanction des vices les plus graves et doit privilégier la régularisation du contrat ou, à défaut, sa résiliation. La reconfiguration instaurée par la décision *Département du Tarn-et-Garonne* révèle ainsi que « *la recherche d'une plus grande sécurité juridique – au sens de stabilité des relations contractuelles – est devenue le nouveau paradigme du contentieux contractuel, en renvoyant au second plan l'impératif de légalité objective* »²⁷⁸⁵. Une analyse approfondie de la décision du 4 avril 2014 dévoile également l'existence de précisions utiles dans la mise en œuvre des pouvoirs du juge, qui soulève la question d'une échelle des sanctions fondée sur la temporalité des fonctions des principes de la commande publique.

B : L'impact réduit d'une définition des fonctions propre des principes dans l'élaboration d'une échelle des sanctions.

Par une rédaction quelque peu désorganisée, la décision *Tropic* énumère mécaniquement les différents pouvoirs dont dispose le juge. À cet égard, il est au départ difficile de disposer d'une visibilité sur la nature des sanctions à adopter en fonction des faits commis. Une analyse de la jurisprudence permet cependant d'adopter une classification des sanctions en fonction de plusieurs paramètres. Selon Guylain Clamour, la mise en œuvre des pouvoirs du juge des contrats révèle l'existence « *d'une échelle d'annulation à plusieurs degrés, de l'absence d'annulation à l'annulation à plusieurs facettes* »²⁷⁸⁶. L'analyse de la jurisprudence dévoile effectivement l'existence d'une échelle des sanctions, allant de la

²⁷⁸¹ P. REES, art. préc.

²⁷⁸² P. DELVOLVÉ, note préc., p. 440.

²⁷⁸³ E. LANGELIER, art. préc.

²⁷⁸⁴ O. DIDRICHE, « Panorama des recours contentieux en matière de marchés publics », *AJCT* 2014, p. 434.

²⁷⁸⁵ S. DYENS, note sous CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, *AJCT* 2014, p. 375.

²⁷⁸⁶ G. CLAMOUR, « Un an sous le soleil de “Tropic” : recueil de décisions », *Contrats et marchés publ.* 2008, chr. 2.

poursuite de l'exécution du contrat jusqu'à son annulation totale. Le curseur du choix de la sanction doit dépendre, selon le Conseil d'État, « *de la nature de l'illégalité éventuellement commise* »²⁷⁸⁷, qui résulte en grande partie d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence²⁷⁸⁸. L'intensité de la sanction dépend ainsi de plusieurs éléments, qui résident dans les conséquences de l'irrégularité sur le déroulement de la procédure de passation et dans le comportement de l'autorité adjudicatrice (I).

La rédaction du considérant de la décision *Département du Tarn-et-Garonne* sur l'office du juge est affinée et permet d'entrevoir clairement une échelle des sanctions, dont le Conseil d'État précise la mise en œuvre. La temporalité des fonctions des principes de la commande publique n'a que peu d'utilité dans ce cadre, les juges du palais royal demeurant très intelligibles sur l'office du juge du contrat. La détermination des fonctions propres des principes permet seulement de préciser certaines notions encore floues, telles que la catégorie des « *vices d'une particulière gravité* »²⁷⁸⁹ qui justifie la disparition rétroactive du contrat (II).

I : L'absence d'impact dans le cadre du recours *Tropic*.

Dans le cadre du recours *Tropic*, le juge peut décider de la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve éventuelle de mesures de régularisation par la collectivité contractante²⁷⁹⁰. C'est le cas des irrégularités mineures qui n'influencent pas le déroulement de la procédure et le choix de l'attributaire du contrat²⁷⁹¹, ainsi que des illégalités plus importantes mais purement formelles dont la régularisation permet de poursuivre l'exécution du contrat. Dans ce dernier cas, le juge enjoint à la collectivité de régulariser les vices constatés et fixe un délai dont l'irrespect entraîne la disparition du contrat. Par exemple, ne justifie pas la disparition du contrat sous réserve d'une régularisation, l'irrégularité de la

²⁷⁸⁷ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁷⁸⁸ Ce sont en effet les irrégularités le plus souvent invoquées, les requérants ayant la qualité de concurrents évincés d'une procédure de passation.

²⁷⁸⁹ CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁷⁹⁰ Voir, à ce titre, J.-F. LAFAIX, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, thèse préc.

²⁷⁹¹ Par exemple, ne justifie pas l'annulation du contrat l'absence de mention dans la publicité initiale du recours à la négociation, cette irrégularité n'ayant pas entraîné de rupture d'égalité entre les candidats : CAA Nantes, 7 juin 2013, *Société Phytorem SA*, n° 11NT03240.

composition de la commission d'appel d'offre²⁷⁹², l'incompétence des organes délibérants qui ne pouvaient régler que les affaires courantes²⁷⁹³, l'insuffisance des informations communiquées aux élus pour l'adoption d'une délégation de service public²⁷⁹⁴. De manière générale, il s'agit de vices qui n'affectent pas la validité du contrat et ne justifie donc pas son annulation ou sa résiliation. Tel est le cas du non-respect de l'obligation de mention des voies et délais de recours et du délai de *standstill*, dont l'objectif est seulement de permettre aux candidats évincés de saisir utilement le juge du référé précontractuel²⁷⁹⁵. Lorsqu'une illégalité est constatée, la poursuite de l'exécution du contrat sous réserve éventuelle d'une régularisation est la mesure la moins grave que puisse prendre le juge.

Le juge peut également décider de prononcer la résiliation du contrat, c'est-à-dire sa disparition non rétroactive, lorsque l'irrégularité invoquée a exercé une influence déterminante sur le choix de l'attributaire. Cette mesure permet de sanctionner les illégalités suffisamment importantes pour entraîner la disparition non rétroactive du contrat, mais non suffisamment graves pour entraîner son annulation²⁷⁹⁶ « *en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat* »²⁷⁹⁷. Par exemple, un défaut d'information des candidats à une délégation de service public sur les critères de sélection des offres justifie une mesure de résiliation du contrat, mais non son annulation²⁷⁹⁸. À cet égard, la résiliation est une sanction « intermédiaire » entre le maintien du contrat sous réserve éventuelle de mesure de régularisation et son annulation rétroactive.

²⁷⁹² CE, 28 janvier 2013, *Syndicat mixte Flandre Morinie*, n° 358302 ; *AJDA* 2013. 260 ; *AJCT* 2013. 303, obs. M. Philip-Gay ; *JCP A* 2013. 2185, concl. G. Pellissier ; *Contrat et marchés publ.* 2013, comm. 87, note J.-P. Piétri.

²⁷⁹³ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'Intérieur*, préc.

²⁷⁹⁴ CE, 4 juillet 2012, *Communauté d'agglomération Chartres Métropole*, n° 352417 ; *JCP A* 2012, act. 486 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 257, obs. G. Eckert.

²⁷⁹⁵ CE, 3 décembre 2014, *Société Bancel*, n° 366153 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 55, obs. M. Ubaud-Bergeron.

²⁷⁹⁶ TA Paris, 2 juillet 2010, *Société Cegelec Paris*, n° 08-12756 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 360, obs. F. Llorens.

²⁷⁹⁷ CAA Lyon, 3 octobre 2013, *Société Faure*, n° 12LY02248 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 328, note M. Ubaud-Bergeron. Il y a lieu de noter que dans cette décision, la Cour administrative d'appel reproduit une logique initiée par le juge de l'exécution dans une décision du Conseil d'État du 12 décembre 2012, *Société Lyonnaise des eaux de France*, n° 355127 : « *considérant que le vice entachant les délibérations annulées, tiré de l'absence d'information des candidats sur les critères de sélection des offres, a affecté gravement la régularité de la mise en concurrence et la légalité du choix du délégataire ; que, toutefois, cette illégalité, qui n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le bien fondé de la délégation de ces services publics, et en l'absence de toutes circonstances particulières révélant notamment une volonté de la personne publique de favoriser un candidat, ne justifie pas que soit recherchée une résolution des conventions* ».

²⁷⁹⁸ CAA Nantes, 1^{er} juillet 2011, *Société SAUR*, n° 10NT2576.

Lorsque « *la nature de l'illégalité éventuellement commise* »²⁷⁹⁹ et les circonstances dans lesquelles elle a été faite le justifient, le juge peut prononcer l'annulation partielle ou totale du contrat, sous réserve qu'elle ne porte pas « *une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants* »²⁸⁰⁰. L'analyse de la jurisprudence révèle que la disparition rétroactive du contrat n'a vocation qu'à sanctionner les vices les plus graves ; il existe donc un parallèle entre la gravité de l'irrégularité commise et la gravité de la sanction prononcée. De manière générale, les vices les plus graves justifiant l'annulation du contrat sont les manquements significatifs aux règles de passation qui dévoilent une intention de la part de l'autorité adjudicatrice de favoriser un opérateur économique, et qui affecte la validité même du choix de l'attributaire. C'est le cas lorsque la collectivité retient une offre qui ne respectait pas le règlement de consultation²⁸⁰¹, ou adopte une conduite qui a pour effet de favoriser l'attributaire du contrat²⁸⁰². Cette catégorie d'irrégularités justifie « *à elle seule* »²⁸⁰³ l'annulation du contrat, éventuellement avec un effet différé. L'annulation peut également être prononcée pour sanctionner un vice suffisamment grave ayant des conséquences sur l'intégralité de la procédure de mise en concurrence, de la publicité initiale jusqu'au choix de l'attributaire. C'est le cas des irrégularités qui interviennent en amont de la procédure de passation, telles qu'une insuffisance dans la définition et l'étendue des besoins²⁸⁰⁴, ou l'utilisation d'une procédure adaptée alors qu'une procédure formalisée s'imposait²⁸⁰⁵.

L'analyse de la jurisprudence révèle ainsi que la sanction prononcée par le juge du contrat dépend de la nature de l'irrégularité commise et des circonstances de l'espèce. Lorsque l'illégalité commise n'a pas d'influence déterminante sur la procédure, le juge prononce la poursuite de l'exécution du contrat, sous réserve éventuelle de mesure de régularisation. Lorsque l'illégalité commise a eu une influence déterminante sur le choix de l'attributaire mais ne révèle pas une intention de favoriser ce dernier, le juge prononce une mesure de résiliation. L'annulation n'est prononcée que pour sanctionner les vices les plus graves qui affectent la validité même du choix de l'attributaire, car ils révèlent une intention de favoriser

²⁷⁹⁹ *Idem.*

²⁸⁰⁰ CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, préc.

²⁸⁰¹ TA Nîmes, 18 septembre 2008, *Société Veolia Eau*, n° 0700470 – CAA Lyon, 5 mai 2011, *Société SMTP*, n° 10LY00134 – CAA Bordeaux, 12 février 2013, *Bureau européen d'assurance hospitalière*, n° 11BX03355.

²⁸⁰² TA Orléans, 27 mai 2008, *Arima Consultants*, n° 0704464 – CAA Paris, 11 février 2014, *Opaly*, n° 13PA03152 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 125, note M. Ubaid-Bergeron.

²⁸⁰³ CAA Bordeaux, 12 février 2013, *Bureau européen d'assurance hospitalière*, préc.

²⁸⁰⁴ CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, n° 12DA00780 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 67, note G. Eckert.

²⁸⁰⁵ CAA Marseille, 10 octobre 2011, *Département de Corse du Sud*, n° 09MA04637.

l'attributaire ou ont influencé la mise en œuvre de l'intégralité de la procédure de passation. Il existe donc une échelle des sanctions, mais dont la mise en œuvre ne dépend pas de la temporalité des fonctions des principes de la commande publique. Le recours *Tropic* dévoile ainsi les limites de l'intérêt d'une définition des fonctions propres à chaque principe, qui dispose d'une utilité limitée dans le contentieux contractuel. Cet intérêt peut être revalorisé dans le cadre du nouveau recours en contestation de la validité du contrat.

II : Un impact réduit dans le cadre du recours de la décision Département du Tarn-et-Garonne.

Dans la décision *Département du Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'État affine l'énumération des pouvoirs dont dispose le juge du contrat, en consacrant explicitement l'existence d'une échelle des sanctions. La temporalité des fonctions des principes de la commande publique permet de préciser le fonctionnement de cette échelle.

Pour Stéphane Braconnier²⁸⁰⁶, deux types d'irrégularité sont à distinguer : les irrégularités substantielles insusceptibles de régularisation qui entraînent la disparition du contrat ; les irrégularités non substantielles qui n'empêchent pas la poursuite de l'exécution du contrat. Cette présentation binaire ne permet pas d'apprécier la gradation existante entre les différentes sanctions dont dispose le juge du contrat. À cet égard, Philippe Rees²⁸⁰⁷ utilise l'image de l'échelle des sanctions, qui retrace l'organisation et la mise en œuvre des pouvoirs du juge. D'après cet auteur, on trouve aux deux extrémités de cette échelle les hypothèses de poursuite de l'exécution du contrat ou son annulation. Au centre, on trouve la régularisation et la résiliation qui intervient lorsque la régularisation n'est pas possible. Selon cet auteur, « *cette position centrale est sans doute très large* »²⁸⁰⁸, car les illégalités suffisamment graves pour justifier l'annulation « *ne sont pas légion* »²⁸⁰⁹, et « *il en va sans doute de même* »²⁸¹⁰ pour celles suffisamment minimales pour ne pas faire obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat.

²⁸⁰⁶ S. BRACONNIER, note préc.

²⁸⁰⁷ Ph. REES, note préc.

²⁸⁰⁸ *Idem.*

²⁸⁰⁹ *Idem.*

²⁸¹⁰ *Idem.*

Les atteintes permettant au juge de décider de la poursuite de l'exécution du contrat ou de sa régularisation sont certainement les mêmes que celles qui existent dans le cadre de la jurisprudence *Tropic*²⁸¹¹. Il s'agit des irrégularités qui n'ont exercé aucune influence sur le choix de l'attributaire et qui ne portent donc pas atteinte à l'un des principes de la commande publique, ou de manière insuffisante.

En revanche, le parallèle avec la décision *Tropic* n'est pas permis s'agissant de l'annulation, puisqu'elle est désormais réservée à la sanction des vices les plus graves. Selon le Conseil d'État, l'annulation n'est possible qu'en raison de l'illicéité du contenu du contrat, d'un vice du consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité. S'il est aisé de déterminer les vices relatifs au contenu du contrat ou aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il est plus difficile d'appréhender la nature des autres vices qui justifient la disparition rétroactive du contrat. Un rapprochement peut être fait avec le contentieux des parties à travers la décision du Conseil d'État du 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*²⁸¹². Lorsqu'un litige survient entre les parties au contrat, le juge ne peut l'annuler ou l'écarter qu'en raison d'un vice tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou de tout autre vice d'une particulière gravité, relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁸¹³. Pour Philippe Rees, la convergence de ces jurisprudences « invite à chercher des réponses dans celle issue de la décision commune de Béziers »²⁸¹⁴. Toutefois, comme le souligne l'auteur, cette jurisprudence est très peu fournie et le juge des parties doit tenir compte, dans le choix de sa solution, du principe de loyauté des relations contractuelles, principe inexistant dans le contentieux des tiers. De plus, les tiers ayant un délai de deux mois pour exercer leur recours, l'exécution du contrat est peu avancée lorsque le juge statue, contrairement au contentieux des parties dans lequel le contrat a souvent fait l'objet de plusieurs années d'exécution. À cet égard, la catégorie des vices « d'une particulière gravité » est certainement plus conséquente dans le contentieux des tiers que dans celui des parties. En attendant les premières applications positives de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, il y a lieu d'essayer de déterminer cette catégorie de vices qui entraîne l'annulation rétroactive du contrat à la demande d'un tiers.

²⁸¹¹ Cf. *Supra*.

²⁸¹² CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸¹³ *Infra*.

²⁸¹⁴ Ph. REES, note préc.

Les vices entraînant l'annulation du contrat sont ceux qui doivent être relevés d'office par le juge²⁸¹⁵. Par conséquent, il ne peut s'agir que des vices d'une gravité certaine, dont la méconnaissance affecte considérablement l'ensemble de la procédure de passation et le choix du cocontractant. Une interrogation porte sur la nature de ces vices au regard des principes de la commande publique. Le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence bénéficie à une catégorie très large d'opérateurs économiques, les candidats potentiels, et conditionne l'existence et le déroulement de la procédure de passation dans son intégralité²⁸¹⁶. À ce titre, ce principe initial de la commande publique dispose d'une fonction fondamentale. Toute irrégularité relative à la liberté d'accès est donc susceptible de vicier l'ensemble de la procédure, de son commencement jusqu'au choix de l'attributaire du contrat. Par conséquent, il y a lieu d'admettre qu'une atteinte à ce principe puisse justifier l'extinction rétroactive du contrat. Ce n'est pas le cas des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Ces principes ne bénéficiant quasiment qu'aux candidats réels²⁸¹⁷, leurs méconnaissances sont préjudiciables aux règles de la commande publique dans une moindre mesure, et disposent d'un impact plus réduit sur le déroulement de l'ensemble de la procédure de passation. Ainsi, il ne semble pas opportun d'admettre que les irrégularités relatives à l'égalité et à la transparence fassent parties des vices d'une particulière gravité et puissent entraîner une disparition rétroactive du contrat.

Toutes les atteintes au principe de liberté d'accès ne peuvent cependant justifier l'annulation du contrat à la demande d'un tiers. Le Conseil d'État réservant la disparition rétroactive uniquement au vice d'une particulière gravité, seules les irrégularités manifestes au principe de liberté légitiment l'annulation du contrat. La passation d'un contrat de gré à gré, l'utilisation d'une procédure moins contraignante que celle qui aurait dû être mise en œuvre, une méconnaissance de l'obligation d'allotir dans le cadre de la passation d'un marché public, ou l'exigence de conditions de candidature qui entravent manifestement l'accès d'un nombre conséquent d'opérateurs économiques sont autant d'irrégularités susceptibles d'entraîner l'annulation du fait de leur caractère particulièrement grave. Dans le cas inverse, le juge dispose de la possibilité de prononcer la résiliation du contrat.

²⁸¹⁵ CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, préc.

²⁸¹⁶ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁸¹⁷ À l'exception du principe de transparence dans le cadre de sa fonction d'intelligibilité de la procédure, qui bénéficie en partie aux candidats potentiels, à travers l'obligation de publicité initiale.

La résiliation a vocation à être prononcée pour sanctionner les vices qui ne peuvent être couverts par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite du contrat, sans pour autant constituer des vices d'une particulière gravité justifiant une annulation. Pour Jean-François Lafaix, « *c'est probablement le cas de nombreux vices entachant la procédure de publicité et de mise en concurrence* »²⁸¹⁸. Cette catégorie assez large de vices devra probablement réunir l'ensemble des irrégularités relatives aux principes de la commande publique qui auront des conséquences sur le déroulement de la procédure ainsi que le choix de l'attributaire du contrat. Toute atteinte aux principes d'égalité, de transparence et de liberté d'accès non régularisable justifie ainsi une mesure de résiliation.

La définition des fonctions propres des principes dispose ainsi d'un impact réduit sur le contentieux contractuel à l'initiative des tiers. Dans le cadre du recours *Département du Tarn-et-Garonne*, elle permet seulement de préciser la nature des irrégularités justifiant la disparition ou le maintien du contrat. S'agissant du contentieux des parties, la définition des fonctions propres dispose encore de moins d'implications.

Paragraphe 2 : Un impact absent dans le contentieux contractuel à l'initiative des parties.

La qualité de partie au contrat s'applique à « *toute personne ayant donné directement ou indirectement son consentement au contrat* »²⁸¹⁹. Le contentieux entre les parties concerne tous les litiges relatifs à l'exécution du contrat ainsi qu'à la contestation de sa validité.

Avant la décision *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009²⁸²⁰, « *toute irrégularité entachant de près ou de loin le contrat constituait une cause de nullité* »²⁸²¹. La nullité du contrat pouvait être contestée par voie d'action ou par voie d'exception à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution du contrat. Dans ce cadre, « *l'exception de nullité était ainsi*

²⁸¹⁸ J.-F. LAFaix, note préc.

²⁸¹⁹ P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 709.

²⁸²⁰ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸²¹ E. GLASER, « Les habits neufs du juge du contrat », *AJDA* 2011, p. 311. Pour une liste exhaustive des irrégularités de nature à entraîner la nullité du contrat, v. E. GLASER, concl. sur CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, *RFDA* 2010, p. 513.

devenue pour la partie mise en cause une sorte de remède miracle lui permettant de se délier de ses obligations contractuelles »²⁸²². L'arrêt *Commune de Béziers* modifie considérablement le contentieux contractuel entre les parties, puisqu'il indique que le juge du contrat doit désormais vérifier que les irrégularités soulevées par les parties pour mettre fin au contrat sont de celles qui peuvent être invoquées au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles. Cette exigence permet de réduire les hypothèses d'annulation du contrat en autorisant le juge à écarter certains moyens soulevés par une des parties. Pour ces dernières, « *il est de leur devoir de se comporter avec loyauté et bonne foi dans l'exécution du contrat* »²⁸²³. En outre, le juge n'est plus enfermé dans une alternative de légalité ou de nullité, puisqu'il dispose d'une palette de pouvoirs lui permettant d'adapter au mieux sa décision.

Dans ce cadre, les fonctions des principes de la commande publique sont reléguées au second plan, puisqu'elles remplissent essentiellement des objectifs attachés aux obligations de publicité et de mise en concurrence préalables à la signature du contrat. Or, l'exécution des contrats est désormais animée par le souci de stabilité des relations contractuelles et l'application du principe de la force obligatoire du contrat²⁸²⁴. Par conséquent, le juge du contentieux des parties doit privilégier l'exécution du contrat, et non le rétablissement de la légalité précontractuelle. C'est pourquoi il est aujourd'hui difficile d'admettre qu'une atteinte aux principes de la commande publique puisse être invocable et effective dans le cadre du contentieux entre les parties (A). Par exception, le Conseil d'État indique que le contrat peut être annulé sur ce fondement lorsqu' « *eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat* »²⁸²⁵. Il convient de déterminer si la définition des fonctions propres des principes de la commande publique permet de définir le type d'irrégularités justifiant une disparition rétroactive du contrat. Cette interrogation démontre que dans ce cadre, la conception temporelle des principes ne dispose que d'un intérêt très mineur (B).

²⁸²² F. BRENET, « Confirmation de la jurisprudence Société Prest'Action, application et précision de la jurisprudence Commune de Béziers et conciliation entre imprévision et résiliation », note sous CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*, *Dr. Adm.* 2010, comm. 52.

²⁸²³ E. GLASER, concl. préc., p. 514.

²⁸²⁴ Art. 1143 du Code civil : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

²⁸²⁵ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n° 338551, *Rec.* p. 5 ; *JCP A* 2011, 2049 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 88, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 29, note F. Brenet ; *RJEP* 2011, comm. 33, concl. N. Boulouis.

A : L'effectivité limitée des irrégularités relatives aux principes de la commande publique.

Le principe de loyauté des relations contractuelles n'est pas une création récente, puisqu'elle a toujours été implicitement admise²⁸²⁶. Seule son affirmation explicite par le Conseil d'État dans la décision *Commune de Béziers*²⁸²⁷ est nouvelle. Au sens de cette jurisprudence, le principe de loyauté des relations contractuelle n'est utile qu'au moment de la contestation de la légalité du contrat, par voie d'action comme par voie d'exception. Lorsque le juge du contrat constate l'existence d'irrégularités, il n'y remédie qu'« *après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui* »²⁸²⁸. Le principe de loyauté empêche qu'une partie se prévale, pour échapper au contrat, d'un vice qu'elle ne pouvait ignorer et qu'elle n'a pas contesté tant que le contrat ne la gênait pas. La loyauté contractuelle permet ainsi de « *tracer le seuil des demandes acceptables et de celles qui ne le sont pas* »²⁸²⁹. Lorsqu'il est saisi d'une demande d'annulation du contrat par voie d'action, ce n'est qu'« *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles* »²⁸³⁰ que le juge décide de la poursuite de l'exécution du contrat, de sa résiliation ou de son annulation. Lorsqu'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, le juge doit, « *eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles* »²⁸³¹, faire application du contrat. Ce n'est que dans le cas d'une irrégularité « *tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité* »²⁸³² que le juge doit écarter le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel. Ainsi, par une subjectivisation du contentieux des parties et une revalorisation de la stabilité des relations contractuelles, le Conseil d'État met fin à

²⁸²⁶ Pour un historique exhaustif de la notion de loyauté des relations contractuelle v. P. BOURDON, *op. cit.*, pp. 712 et s.

²⁸²⁷ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, préc.

²⁸²⁸ *Idem.*

²⁸²⁹ J. ROCHEFLED, « Les sources administratives du droit des contrats : le sort du contrat irrégulièrement conclu et la mutation des rôles du juge administratif et de la place du contrat au sein de l'action administrative », *RDC* 2010, p. 807.

²⁸³⁰ *Idem.*

²⁸³¹ *Idem.*

²⁸³² *Idem.*

l'obligation pour le juge de constater, par voie d'action comme par voie d'exception, la nullité du contrat illégal.

La question de l'invocabilité des irrégularités relatives aux règles de passation des contrats de la commande publique aux fins d'écarter ou d'annuler le contrat s'est rapidement posée aux juges des parties. En d'autres termes, ont été soulevées la pertinence et l'opportunité d'admettre que les atteintes aux principes de la commande publique étaient de celles dont pouvaient se prévaloir les parties au contrat. Avant la jurisprudence *Béziers I*, les irrégularités dans la procédure de passation étaient d'ordre public²⁸³³, et conduisaient donc le juge à les soulever d'office et à annuler le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel. Depuis cette jurisprudence, le Conseil d'État affirme clairement son opposition de principe à l'invocabilité des moyens tirés d'une méconnaissance des principes de la commande publique dans le cadre du contentieux entre les parties (I). Ce n'est que par exception que les juges acceptent d'annuler ou d'écarter le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel en raison d'une violation des règles de la commande publique (II). Cette hypothèse n'a été admise qu'une seule fois dans la jurisprudence du Conseil d'État, et son application positive semble difficilement concevable.

I : L'inadmissibilité de principe des moyens relatifs aux principes de la commande publique.

Selon le Conseil d'État, le juge ne peut écarter ou annuler le contrat qu'en raison de deux irrégularités : le caractère illicite du contenu du contrat ; un vice d'une particulière gravité, relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement²⁸³⁴. Hormis ces deux hypothèses, les parties ne peuvent contester le contrat de façon déloyale en invoquant des irrégularités dont elles avaient connaissance et auxquelles elles ont consenti. La loyauté « *produit ainsi ses effets les plus sensibles en empêchant les parties au contrat d'en contester la validité. Elle vise à renforcer cette force obligatoire au-*

²⁸³³ CE, Sect., 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, n° 60877, *Rec.* p. 335 – CE, sect., 26 mars 1965, *Dame veuve Moulinet et demoiselle Moulinet*, *Rec.* p. 208 – CE, 28 juillet 2000, *M. Jacquier*, *Rec. T.* p. 1091 ; *BJCP* 2000, n° 13, concl. H. Savoie.

²⁸³⁴ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc. S'agissant des vices du consentement, on trouve le dol, la violence et l'erreur sur la chose ou sur la personne.

delà de ce qui est légalement justifié »²⁸³⁵. Par conséquent, les parties sont tenues par leur engagement dès lors qu'elles ont librement consenti au contrat, « *quand bien même elles auraient contracté dans des conditions irrégulières* »²⁸³⁶. L'emploi du terme « *notamment* », qui n'enferme pas les irrégularités invocables dans la catégorie des vices du consentement²⁸³⁷, permet de considérer qu'une violation caractérisée des principes de la commande publique constituerait « *un vice d'une particulière gravité* ».

Par une série de décisions rendues le 12 janvier 2011²⁸³⁸, le Conseil d'État déclare que « *lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écartier le contrat pour le règlement du litige* ». Il est affirmé très clairement que les atteintes aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas des irrégularités dont les parties au contrat peuvent se prévaloir. Même si les arrêts statuent dans le cadre de la contestation d'une mesure d'exécution du contrat, la solution peut être importée dans le cadre de la contestation par voie d'action de la validité du contrat. Cette conception jurisprudentielle semble tout à fait logique au regard du principe de loyauté des relations contractuelles. D'abord, les irrégularités de la procédure de passation ne sont pas « *en soi un vice du consentement* »²⁸³⁹. Ensuite, ces irrégularités ne sont pas susceptibles de rendre le contrat néfaste *a posteriori* pour l'un des deux cocontractants. Enfin, les parties ne doivent pas pouvoir invoquer une violation des règles de passation dont ils sont les auteurs²⁸⁴⁰ ou les bénéficiaires²⁸⁴¹. Les parties ayant librement consenti à signer le contrat en ayant connaissance des irrégularités commises, elles font preuve d'un comportement déloyal en invoquant tout moyen pour se défaire de leurs obligations contractuelles. De plus, comme le

²⁸³⁵ J.-F. LAFIX, « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 365.

²⁸³⁶ *Ibid.*, p. 374.

²⁸³⁷ E. GLASER, « Béziers 1, à propos d'un « notamment », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 641.

²⁸³⁸ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc. – CE, 12 janvier 2011, *Société des autoroutes du Nord et de l'Est de la France*, n° 332136, *Rec. T.* p. 1011 ; *AJDA* 2011. 72, et 665, chron. A. Lallet et X. Domino ; *RDI* 2011. 270, obs. S. Braconnier – CE, 12 janvier 2011, *Société Léon Grosse*, n° 334320, *Rec. T.* p. 1010 ; *AJDA* 2011. 71.

²⁸³⁹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 10 février 2010, *Société Pres'action*, *BJCP* 2010, p. 197.

²⁸⁴⁰ Selon l'adage « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude : CE, 29 décembre 1920, *May-Bing c/ Ministère de la guerre*, *Rec.* p. 1159 – CE, 1^{er} avril 1932, *Sieur Bagnolet*, *Rec.* p. 432 – CE, 10 juillet 1946, *Sieur Pommier*, *Rec.* p. 199 – CE, 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, *Rec.* p. 200.

²⁸⁴¹ CE, 10 février 2010, *Société Prest'action*, n° 301116, *Rec. T.* p. 850 ; *AJDA* 2010. 293 ; *RDI* 2010. 265, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2010. comm. 133, note G. Eckert ; *BJCP* 2010. 197 concl. N. Boulouis.

souligne Emmanuel Glaser²⁸⁴² dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de Béziers*, ce sont les tiers qui ont intérêt à faire respecter les règles de passation, la sanction de leur violation ne doit donc pas relever de l'office du juge des parties.

Par conséquent, les parties ne peuvent invoquer une méconnaissance des règles de passation pour se délier de leurs obligations contractuelles. Cette affirmation doit être tempérée lorsque le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence a effectivement vicié le consentement de l'une des parties. Dans ce cadre, la partie concernée est légitime à invoquer cette irrégularité, puisqu'elle tient en réalité « *aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »²⁸⁴³. C'est le cas lorsque l'autorité adjudicatrice, démarchée par un opérateur économique, « *ignorait tant la consistance exacte de la prestation qui lui est proposée que son coût* » et ne s'était par conséquent pas engagée « *en connaissance de cause* »²⁸⁴⁴. Dans cette hypothèse, l'autorité adjudicatrice n'avait pas pleinement conscience de ses engagements, elle était donc en mesure, eu égard à la loyauté des relations contractuelles, d'invoquer un tel moyen. C'est également le cas lorsque l'autorité adjudicatrice, par des modifications substantielles intervenant tardivement en cours de procédure, vicie le consentement de l'attributaire du contrat²⁸⁴⁵.

La décision *Manoukian* établit ainsi « *un ordre des priorités* »²⁸⁴⁶ en faisant prévaloir le contrat sur les irrégularités commises au stade de la procédure de passation. Dans « *la mise en balance des priorités* »²⁸⁴⁷, la stabilité des relations contractuelles prime ainsi sur la légalité du contrat. Ce n'est que par exception qu'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence peut conduire le juge à annuler ou à écarter le contrat.

²⁸⁴² E. GLASER, concl. préc.

²⁸⁴³ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸⁴⁴ CAA Nancy, 4 juin 2012, *Société CTR*, n° 10NC02028.

²⁸⁴⁵ CAA Nantes, 4 juillet 2014, *Société Aeron France*, n° 13NT02676.

²⁸⁴⁶ S. BRACONNIER, « Contentieux des marchés publics : de « Béziers I » à « Béziers II », l'office du juge du contrat en mouvement... », *RDI* 2011, p. 270.

²⁸⁴⁷ *Idem*.

II : L'admissibilité d'exception des moyens relatifs aux principes de la commande publique.

La possibilité pour les parties de soulever des irrégularités relatives à la procédure de passation n'est pas totalement fermée, car « *par exception* », un tel manquement peut être invoqué lorsqu' « *eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat* »²⁸⁴⁸. Deux conditions cumulatives sont donc exigées, la gravité de l'irrégularité et les circonstances de l'espèce. Cette formulation rend difficile la perception de la nature des irrégularités susceptibles de relever de cette exception, d'autant que le Conseil d'État ne donne aucune précision à ce sujet. De plus, le caractère grave d'une illégalité découle d'une appréciation subjective qui interdit l'existence d'une solution jurisprudentielle automatique. En outre, la prise en compte des « circonstances » de l'espèce empêche une systématisation des moyens invocables, puisque par l'emploi de ce terme, le juge entend limiter la portée de chaque décision qu'il rend en ce sens²⁸⁴⁹. Par conséquent, il n'est pas possible actuellement de percevoir clairement la nature des illégalités susceptibles d'écarter le principe de loyauté des relations contractuelles. Ce manque de lisibilité paraît acceptable du fait de la spécificité du contentieux des parties au contrat, dont l'issue n'est plus réglée par une simple question de légalité. Les variations jurisprudentielles se justifient désormais au regard de l'interprétation donnée à la notion de loyauté des relations contractuelles²⁸⁵⁰. De plus, comme le souligne Nicolas Boulouis, « *si l'on peut définir une gradation, il y aurait un danger à s'en tenir à une échelle de valeurs absolue, sans tenir compte (...) des circonstances de l'espèce* »²⁸⁵¹. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique qui tiennent notamment à l'absence d'unité des modes de raisonnement employés par les juges du fond²⁸⁵², il conviendrait d'appréhender les contours des irrégularités à même d'écarter la loyauté des relations contractuelles dans un litige entre les parties.

²⁸⁴⁸ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁴⁹ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, thèse, LGDJ, 1972, p. 106. V. par exemple CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, n° 340647 : « *si la commune de Baie-Mahault fait valoir que ce contrat aurait été passé irrégulièrement selon la procédure de marché négocié, sans la mise en concurrence prévue par l'article 312 bis du code des marchés publics alors applicable, et si elle se prévaut de l'absence d'avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, elle n'invoque notamment aucun élément relatif aux circonstances dans lesquelles ces irrégularités auraient été commises et ainsi susceptibles de conduire à écarter l'application du contrat* » (nous soulignons).

²⁸⁵⁰ M. UBAUD-BERGERON, note sous CE, 7e et 2e sous-sect., 4 mai 2015, n° 371455, *Sté Bueil Publicité mobilier urbain, Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 172.

²⁸⁵¹ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, *RJEP* 2011, comm. 33.

²⁸⁵² J.-F. LAFAIX, *op. cit.*, p. 365.

Lorsque le Conseil d'État juge l'affaire au fond conformément à l'article L821-2 du Code de justice administrative²⁸⁵³, il exclut quasi-systématiquement l'invocabilité des moyens tirés d'une irrégularité dans la procédure de passation, quelque soient leur nature, « *eu égard aux circonstances* » de l'espèce. Sans précision sur ces circonstances, il est difficile de concevoir en quoi certaines illégalités, pourtant manifestes, ne peuvent être considérées comme un vice d'une particulière gravité. Actuellement, une seule décision du Conseil d'État écarte l'application du contrat sur le fondement d'un moyen tiré de l'illégalité de la procédure de passation. Dans l'affaire *Commune de Baie-Mahault* du 10 octobre 2012²⁸⁵⁴, les juges du palais royal considèrent que la mise en œuvre, à deux reprises, d'une clause de tacite reconduction constitue « *une violation manifeste des règles de la commande publique* » et révèle « *une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence* » qui justifie que le contrat soit écarté pour régler le litige. D'une part, cette jurisprudence ne peut être étendue à tous les cas relatifs aux clauses de tacite reconduction, cette solution résultant explicitement des « *circonstances de l'espèce* »²⁸⁵⁵, du fait notamment de la dimension « *quasi-pénale* »²⁸⁵⁶ du comportement de l'autorité adjudicatrice. D'autre part, par son caractère isolé, cette décision est considérée par certains comme une « *anomalie* » dans le paysage jurisprudentiel²⁸⁵⁷. Le Conseil d'État n'a d'ailleurs pas maintenu cette jurisprudence dans des affaires ultérieures et similaires²⁸⁵⁸.

Ainsi, l'analyse du droit positif révèle que deux irrégularités relatives aux règles de passation justifient d'écarter ou d'annuler le contrat : les vices du consentement et les manquements qui dévoilent une intention des parties « *de contourner délibérément les règles de la commande*

²⁸⁵³ Art. L821-2 du Code de justice administrative : « *s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* ».

²⁸⁵⁴ CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, préc.

²⁸⁵⁵ *Ibid.* : « *qu'en l'espèce, l'application de cette clause ne pouvait que manifester une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence pour faire bénéficier la société Serco de l'exclusivité de ces prestations ; que, dans les circonstances de l'espèce, cette irrégularité doit être regardée comme particulièrement grave et comme ne permettant pas de régler le litige sur le terrain contractuel à compter du renouvellement du contrat en 2001* ».

²⁸⁵⁶ D. MOREAU, « Cinq ans d'application du principe de loyauté des relations contractuelles devant le juge administratif », *RJEP* 2014, ét. 7.

²⁸⁵⁷ E. GLASER, art. préc., p. 648 : « *il ne faut pas trop attacher d'importance à la décision Commune de Baie-Mahault, dont la solution atypique, et pour tout dire incompréhensible, doit être cantonnée à la procédure du référé provision. (...) Il y a clairement là une anomalie, dont on peut espérer qu'elle demeurera isolée* ».

²⁸⁵⁸ CE, 4 mai 2015, *Société Bueil Publicité mobilier urbain*, n° 371455 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 172, note M. Ubaud-Bergeron.

publique en vue de procurer un avantage personnel »²⁸⁵⁹, dont il convient d'essayer de préciser la nature au regard de la définition des fonctions propres des principes de la commande publique.

B : L'utilisation minimale de la définition des fonctions propres des principes de la commande publique.

La conception temporelle des fonctions des principes de la commande publique n'a que peu d'utilité dans le cadre du contentieux des parties. D'abord, ce contentieux n'est pas influencé par le déroulement chronologique des procédures de passation, le temps n'a donc aucune influence sur la résolution du litige. Ensuite, ce contentieux relègue au second plan le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, en privilégiant la stabilité des relations contractuelles. Enfin, la rédaction des considérants des décisions de principe permet d'avoir une certaine lisibilité sur la mise en œuvre des pouvoirs du juge.

Seule la nature des manquements aux règles de la commande publique justifiant d'annuler ou d'écarter le contrat du litige est une interrogation liée aux fonctions des principes. Il convient de déterminer si la conception temporelle des principes permet de préciser la nature de ces irrégularités. D'une utilité limitée, cette conception permet d'écarter de ces vices l'ensemble des atteintes aux principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Étant des principes subsidiaires, leur violation ne justifie pas d'écarter le contrat du litige (I). La question est plus délicate s'agissant de la liberté d'accès, principe initial et fondamental du droit de la commande publique (II).

I : L'inadmissibilité des vices relatifs aux principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

Au sens de la décision *Commune de Baie-Mahault*²⁸⁶⁰, le contrat doit être écarté lorsque l'irrégularité invoquée constitue « une violation manifeste des règles de la commande

²⁸⁵⁹ D. MOREAU, art. préc.

publique » et révèle « une volonté de faire obstacle aux règles de la concurrence » pour faire bénéficier un opérateur économique de l'exclusivité des prestations objet du contrat. Cette définition des irrégularités susceptibles de faire échec à l'application du principe de loyauté des relations contractuelles ne permet pas de déceler avec clarté les règles dont la violation manifeste justifie de régler le litige sur le terrain extracontractuel ou d'annuler le contrat. David Moreau²⁸⁶¹, sans aller dans le sens d'une reconnaissance systématique de ces irrégularités, propose de les confondre avec les comportements pénalement répréhensibles. En d'autres termes, les irrégularités justifiant d'écarter le principe de loyauté des relations contractuelles seraient de celles qui relèvent d'un délit pénal, notamment du délit d'octroi d'avantages injustifiés²⁸⁶². À l'appui de ses propos, l'auteur cite des décisions de juridictions du fond qui refusent de faire application du contrat en raison du caractère délictuel des faits commis²⁸⁶³. Cette idée est corroborée par la décision *Commune de Baie-Mahault* dans laquelle la clause de tacite reconduction « caractérisait une violation des principes de la commande publique qui s'apparentait à un délit de favoritisme »²⁸⁶⁴. Aussi séduisante soit-elle, cette conjecture est fragile. D'une part, il semble difficile de transposer à l'analyse du juge du contrat une logique de répression, celle du droit pénal. D'autre part, les exceptions d'invocabilité et d'effectivité des règles de passation permises par la jurisprudence *Manoukian*²⁸⁶⁵ ont vocation à rester très exceptionnelles²⁸⁶⁶. Or, il existe une diversité d'irrégularités pouvant s'apparenter à un délit pénal²⁸⁶⁷. Par conséquent, assimiler ces irrégularités à l'ensemble de ces délits irait à l'encontre de la jurisprudence du Conseil d'État.

²⁸⁶⁰ CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, préc.

²⁸⁶¹ D. MOREAU, art. préc. : « on peut comprendre l'objectif de cette jurisprudence, qui vise à préserver un ordre public minimum, aux frontières du pénal, auquel la passation d'un contrat de la commande publique ne saurait déroger sans encourir le risque de son invalidation par le juge de l'exécution, mais on pourrait douter de l'opportunité de la voir prospérer indépendamment de l'existence d'un vice du consentement car elle aboutit à un résultat quelque peu paradoxal au regard de l'objectif initial de la jurisprudence *Béziers I* : si l'on se borne en effet à constater qu'il y a eu une intention délibérée de procurer un avantage personnel, comme dans l'arrêt *Commune de Baie-Mahault* précité, on autorise une des parties à se libérer de ses obligations contractuelles devant le juge de l'exécution alors qu'elle a pu être parfaitement consentante lors de la passation du contrat pour commettre l'infraction et en a même bénéficié. La généralisation de l'ouverture aux tiers de la possibilité de contester la validité du contrat opérée par la décision d'assemblée Département de Tarn-et-Garonne du 4 avril 2014 pourrait justifier que les atteintes à l'ordre public pénal ne puissent être invoquées désormais que devant le juge de la passation, et non devant le juge de l'exécution si elles n'ont pas été de nature à vicier le consentement des parties ».

²⁸⁶² Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

²⁸⁶³ V. à ce titre : CAA Bordeaux, 20 juin 2013, *SARL FD2F*, n° 11BX02368 – CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *Société F c/ Commune de Case-Pilote*, n° 11BX02368 ; *JCP A* 2013. 2305, concl. G. de La Taille – CAA Marseille, 23 décembre 2013, *Association Boitaclous* n° 11MA02463 ; *JCP A* 2014. 2120, concl. E. Felmy.

²⁸⁶⁴ M. UBAUD-BERGERON, note préc.

²⁸⁶⁵ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁶⁶ G. PELLISSIER, concl. sur CE, 10 décembre 2012, *Société Lyonnaise des Eaux France*, n° 355127, *BJCP* 2013, p. 220.

²⁸⁶⁷ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitres 1 et 2.

La définition des fonctions propres des principes de la commande publique permet de préciser la nature des irrégularités manifestement graves et illégales qui ne justifient pas que le contrat soit écarté ou annulé pour régler le litige. Du fait du caractère subsidiaire des principes d'égalité de traitement et de transparence, les irrégularités qui y sont relatives ne peuvent justifier que le juge règle le litige sur le terrain extracontractuel ou annule le contrat. Ces principes n'ont de sens que dans le cadre d'une procédure de passation car temporellement, ils n'exercent leurs fonctions que lorsque le principe initial de liberté d'accès produit ses effets. Par conséquent, les atteintes à ces principes n'interviennent que dans le cadre des procédures effectivement mises en œuvre par l'autorité adjudicatrice. Même si l'attitude des parties dévoile l'existence d'un comportement manifestement contraire aux règles de passation, l'autorité adjudicatrice a respecté *a minima* les règles de la commande publique en organisant une procédure de mise en concurrence. Or, comme l'indique Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur l'affaire *Manoukian*, le contrat ne peut être écarté que pour des irrégularités conclues « *dans les cas les plus choquant* »²⁸⁶⁸. Dès lors, les irrégularités relatives aux principes d'égalité et de transparence²⁸⁶⁹ ne peuvent constituer « *une violation manifeste des règles de la commande publique* » au sens de la jurisprudence *Commune de Baie-Mahault*²⁸⁷⁰. La question n'est pas aussi tranchée s'agissant du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

II : L'admissibilité discutable des vices relatifs au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

Le doute persiste sur la possibilité d'invoquer un vice relatif à la violation de la liberté d'accès à la mise en concurrence. Ce principe, dont les fonctions économiques permettent de garantir l'accès des candidats potentiels à une mise en concurrence des contrats de la commande publique, justifie l'existence des procédures de passation²⁸⁷¹. Son champ d'application conditionne l'intervention ultérieure des principes d'égalité de traitement et de

²⁸⁶⁸ N. BOULOUIS, concl. sur CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁶⁹ Voir par exemple CE, 23 octobre 2013, *SARL Bernard Leclercq Architecture*, n° 362437 : une discordance entre le délai de validité des offres indiqué dans le règlement de la consultation et celui mentionné dans les avis de publicité ne justifie pas d'écarter le contrat pour régler le litige.

²⁸⁷⁰ CE, 10 octobre 2012, *Commune de Baie-Mahault*, préc.

²⁸⁷¹ Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

transparence des procédures. Il dispose donc d'un rôle fondamental dans la mise en œuvre des règles de la commande publique. Certaines irrégularités relatives à ce principe peuvent donc, *a priori*, constituer une violation manifeste aux règles de la commande publique. À notre sens, seule une atteinte manifeste au principe de liberté d'accès pourrait justifier que soit écarté le principe de loyauté des relations contractuelles. Ainsi, les atteintes « classiques » ou « normales » dans la définition des conditions d'accès à la mise en concurrence ne seraient pas invocables dans le contentieux entre les parties, car elles ne seraient pas suffisamment graves pour écarter l'application du contrat ou l'annuler. Au sens de la jurisprudence *Manoukian*²⁸⁷², l'invocabilité et le bien-fondé des manquements aux règles de passation doivent rester exceptionnelles. Or, écarter l'application du contrat ou l'annuler pour un défaut dans la détermination des critères de sélection des offres, dans les modalités de la publicité horizontale, ou dans l'erreur de choix de la procédure de passation²⁸⁷³, semble excessif eu égard au principe de loyauté des relations contractuelles. Dans ces hypothèses, les parties ne peuvent se prévaloir d'irrégularités dont elles sont à l'origine ou auxquelles elles ont consenti en signant le contrat. C'est pourquoi le Conseil d'État considère que le fractionnement frauduleux d'un marché permettant le recours à la procédure négociée n'est pas un vice suffisamment grave pour justifier l'annulation du contrat²⁸⁷⁴.

Une interrogation subsiste sur l'invocabilité et le bien-fondé des irrégularités relatives à l'absence de toute procédure de passation. Il s'agit de l'hypothèse des contrats conclus de gré à gré alors qu'une procédure de publicité et de mise en concurrence est obligatoire. Pour écarter le principe de loyauté des relations contractuelles, deux éléments doivent être réunis : l'irrégularité doit constituer une violation manifestement grave des règles de la commande publique ; les circonstances de l'espèce doivent être suffisamment particulières pour que le juge règle le litige sur le terrain extracontractuel ou annule le contrat²⁸⁷⁵. Il paraît évident que la conclusion d'un contrat de gré à gré alors qu'une procédure est requise constitue une violation manifestement grave des règles de la commande publique. La gravité de cette atteinte a d'ailleurs été soulignée plusieurs fois par les juges du fond²⁸⁷⁶. Il est plus difficile

²⁸⁷² CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁷³ CAA Lyon, 3 novembre 2011, *Société AECP*, n° 10LY01120.

²⁸⁷⁴ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁷⁵ CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, préc.

²⁸⁷⁶ CAA Nancy, 6 mai 2013, *Commune de Laroque d'Olmes* n° 12NC01355 : « qu'il est toutefois constant que la commune de Laroque d'Olmes n'a procédé à aucune forme de publicité ou de mise en concurrence ; qu'ainsi, les contrats conclus entre la commune et la société Grenke Location sont entachés d'une illégalité d'une particulière gravité » – CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *Société F c/ Commune de Case-Pilote*, préc. : « aucune circonstance n'était de nature à justifier que la commune s'affranchît des règles destinées à assurer les principes

d'appréhender quelles « circonstances de l'espèce » permettent, en plus du caractère manifestement grave de l'irrégularité commise, d'écarter l'application du principe de loyauté des relations contractuelles. Cette question est pourtant fondamentale, puisque c'est souvent sur le fondement de ces circonstances que les juges justifient d'écarter ou non l'application du contrat.

Selon Nicolas Boulouis, les circonstances particulières dépendent « *de l'objet du marché, de son montant, des caractéristiques de la concurrence, de la nature et de l'importance de la collectivité publique et de son cocontractant, bref des circonstances de l'espèce* »²⁸⁷⁷. En d'autres termes, la nature et l'importance économique du contrat constituent des éléments déterminants pour décider d'écarter le principe de loyauté lorsque le contrat a été conclu de gré à gré. L'analyse de la jurisprudence dévoile pourtant que ce n'est pas la grille d'analyse retenue par les juges du fond. De manière générale, le juge considère qu'une absence totale de procédure de passation ne justifie pas d'écarter ou d'annuler le contrat si le vice invoqué « *n'a pas affecté les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* »²⁸⁷⁸. Dans ce cas, l'irrégularité commise ne revêt pas un caractère suffisamment grave permettant de régler le litige sur le terrain extracontractuel. À l'inverse, lorsque l'absence de procédure révèle l'existence d'un vice du consentement, les juges acceptent d'écarter le contrat²⁸⁷⁹. Ce raisonnement, bien que logique, n'est pas achevé, car le Conseil d'État a explicitement prévu, par l'emploi du terme « *notamment* »²⁸⁸⁰, que le principe de loyauté pouvait être écarté pour des vices autres que ceux relatifs aux circonstances dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Ces jurisprudences incomplètes ne permettent pas d'appréhender les circonstances particulières justifiant de régler le litige sur le terrain extracontractuel ou d'annuler le contrat. Dans une décision *Société F c/ Commune de Case-Pilote* du 14 mai 2013²⁸⁸¹, la Cour administrative d'appel de Bordeaux écarte le contrat dans l'hypothèse d'un marché public à bon de commande conclu de gré à gré. Pour légitimer sa démarche, le juge

de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence (...) que, compte tenu de ce que le montant estimé des besoins dépassait, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, très largement le plafond au-dessus duquel la commune devait recourir à des mesures de publicité et de mise en concurrence, le non-respect de ces mesures a constitué, en l'espèce, un vice d'une particulière gravité ».

²⁸⁷⁷ N. BOULOUIS, concl. préc.

²⁸⁷⁸ CAA Douai, 21 février 2012, *Société Grenke Location*, n° 10DA00480 – CAA Bordeaux, 26 mars 2013, *Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, n° 11BX01637 – CAA Nancy, 27 mai 2013, *Société Grenke Location*, n° 12NC00897 – CAA Nantes, 11 avril 2014, *Établissement public Agrocampus Ouest*, n° 12NT00053.

²⁸⁷⁹ CAA Nancy, 4 juin 2012, *Société CTR*, préc. – CAA Nancy, 6 mai 2013, *Commune de Laroque d'Olme*, préc.

²⁸⁸⁰ CE, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, préc.

²⁸⁸¹ CAA Bordeaux, 14 mai 2013, *Société F c/ Commune de Case-Pilote*, préc.

d'appel prend en compte des circonstances particulières qui résident en des surfacturations considérables au profit de l'opérateur économique qui bénéficie de privilèges de longue date de la part de la commune. Au sens de cette jurisprudence, les circonstances particulières justifiant d'écarter le contrat consisteraient en des violations manifestes des règles de la commande publique sur le long terme.

À notre sens, et comme le préconise Nicolas Boulouis²⁸⁸², la solution dépend de l'impact économique du contrat objet du litige. Lorsque la nature, l'objet, le montant et la durée restant à courir du contrat génèrent un impact économique fort sur le marché, le juge doit faire disparaître le contrat. Le principe de loyauté des relations contractuelles ne légitime pas que l'accès à la mise en concurrence pour l'obtention du contrat soit fermé pour une durée relativement longue. Dans ce cadre, la gravité de l'atteinte au principe de liberté justifie de faire disparaître le contrat, par une mesure de résiliation ou d'annulation. Par exemple, une délégation de service public de longue durée est conclue de gré à gré. Rapidement dans l'exécution du contrat, un litige intervient entre les deux parties. L'annulation du contrat pour violation manifestement grave des règles de la commande publique est invoquée. Dans ce cas, une mise en balance s'impose. Le principe de loyauté des relations contractuelles voudrait qu'en l'absence de vice du consentement ou de circonstances particulières, le contrat soit maintenu. Le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence impliquerait que le contrat disparaisse afin que l'ensemble des candidats potentiels qui n'avait pas connaissance de la conclusion du contrat puisse candidater ultérieurement si la personne publique décide de conclure à nouveau un contrat. L'atteinte à la liberté d'accès étant la plus grave qu'il soit dans l'hypothèse d'un contrat conclu de gré à gré, il peut paraître nécessaire que le juge fasse disparaître le contrat, quand bien même le litige concerne seulement les parties et non directement les tiers.

²⁸⁸² N. BOULOUIS, concl. préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

Dans le cadre du contentieux précontractuel, plus particulièrement du référé précontractuel, la conception temporelle des principes permet de créer une échelle principielle des sanctions. Sa mise en œuvre repose sur un parallélisme entre le principe auquel il est porté atteinte lors de la procédure, et la sanction devant être prononcée par le juge. L'annulation de la procédure doit être prononcée lorsque sont remis en cause les principes de liberté d'accès à la mise en concurrence et de transparence dans le cas où les informations litigieuses concernent les candidats potentiels. Une annulation partielle suffit lorsque l'autorité adjudicatrice porte atteinte aux principes d'égalité et de transparence dans le cas où les informations litigieuses concernent les candidats réels. Dans le cas d'une violation de la transparence au titre de sa fonction de vérification de l'impartialité de la procédure, le juge prononce seulement une mesure d'injonction.

La conception temporelle des principes a moins d'impact dans le cadre du contentieux contractuel, dans la mesure où les fonctions des principes sont reléguées au second plan au profit de la préservation du contrat. Cette conception permet seulement de préciser la nature de certaines irrégularités qui sont susceptibles d'entraîner la disparition du contrat dans un litige à l'initiative d'un tiers ou des parties.