

## Les implications sur le régime du droit de la commande publique.

Dans les textes<sup>2177</sup> comme dans la jurisprudence<sup>2178</sup>, l'existence des procédures de passation est fondée sur l'ensemble formé par les trois principes de la commande publique. Pourtant, la conception temporelle des principes dévoile que seule la liberté d'accès à la mise en concurrence justifie l'existence obligatoire des procédures de passation<sup>2179</sup>. Lorsqu'est confiée ou externalisée une activité économique au bénéfice d'un opérateur économique, la liberté d'accès s'applique et contraint l'autorité adjudicatrice à respecter des obligations minimales de publicité, ou de publicité et de mise en concurrence. Cette définition des fonctions propres de la liberté d'accès est susceptible de s'appliquer à des contrats qui, jusque-là, échappaient à toute procédure de passation issue du droit de la commande publique. Dès lors, la conception temporelle des principes a pour effet d'étendre le champ d'application de la liberté d'accès à la mise en concurrence (**Section 1**).

La conception temporelle des principes permet également de préciser leur articulation dans le régime du droit de la commande publique. Une méconnaissance de la substance propre à chacun engendrait une confusion de leurs fonctions, rendant difficile une appréhension de leur

<sup>2177</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602 – Code des marchés publics 2006 – décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique, *JORF* n°0099 du 28 avril 2010, p. 7686 – ordonnance n°2009-864 relative aux contrats de concessions de travaux publics, *JORF* n°0162 du 16 juillet 2009, p. 11853 – ordonnance n°2005-649 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014 – ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°141 du 19 juin 2004, p. 10994, modifié par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariats, *JORF* n°0175 du 29 juillet 2008, p. 12144.

<sup>2178</sup> CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, n° 246921, *Rec.* p. 297 ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugüé ; *AJDA* 2002, 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 207, note F. Llorens ; *LPA*, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; *CJEG*, 2003, p. 163, étude J. Gourdou et A. Bourrel – CE, 23 février 2005, *ATMMP*, n° 264712, *Rec.* p. 71 ; *BJCP*, mai 2005, n° 40, p. 187, concl. D. Casas ; *RFDA* 2005, 483, concl. D. Casas ; *RJEP*, mai 2005, n° 620, p. 186, note J.-P. J. ; *Dr. adm.* 2005, comm. 19, note A. Ménéménis ; *JCP A*, 2005, p. 1190, note F. Linditch – 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 A* 2012, act. 469 ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2012, Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, F. Brenet – CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Royaume de Danemark*, dit « *Storebaelt* », aff. C-243/89, *Rec.* p. I-3353 : le devoir de respecter l'égalité de traitement « *correspond à l'essence même* » des directives.

<sup>2179</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

articulation dans le processus d'achat public<sup>2180</sup>. Cette confusion empêchait l'intelligibilité et la lisibilité de certaines étapes ou problématiques des procédures de passation, tel par exemple que le régime des modifications précontractuelles, ou l'intégration des nouvelles politiques publiques. La définition propre des fonctions de chaque principe permet dorénavant de préciser la manière dont ils sont susceptibles de s'articuler lors de la procédure de passation (**Section 2**).

## **Section 1 : Des précisions sur le champ d'application du principe de liberté d'accès à la commande publique.**

Deux types de contrats entrent dans le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence : les conventions d'occupation du domaine des personnes publiques (**paragraphe 1**) et les contrats de droit privé de la commande publique non soumis à des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence (**paragraphe 2**). Pourtant, dans le droit positif actuel, rien n'oblige les autorités adjudicatrices à respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion de ces deux types de contrats.

S'agissant des conventions d'occupation du domaine, le Conseil d'État considère qu'aucun texte ni aucun principe n'impose le respect de telles obligations<sup>2181</sup>. En droit de l'Union européenne, cette catégorie de contrat n'entre pas dans le champ d'application des nouvelles directives de 2014<sup>2182</sup>, le 15<sup>ème</sup> considérant de l'exposé des motifs de la directive 2014/23/UE

---

<sup>2180</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>2181</sup> CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, n° 338272, *Rec.* p. 472 ; *AJDA* 2010. 2343 ; *ibid.* 2011. 18, étude S. Nicinski et E. Glaser ; *RDI* 2011. 162, obs. S. Braconnier et R. Noguellou ; *AJCT* 2011. 37, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2011. 496, obs. J.-P. Kovar ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 25, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; *RLC* 2011/26, note G. Clamour – CE, 15 mai 2013, *Ville de Paris*, n° 364593, *Rec.* p. 144 ; *AJDA* 2013. 1271, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; *RDI* 2013. 367, obs. S. Braconnier ; *AJCT* 2013. 470, obs. S. Hul ; *RJEP* 2013, comm. 39, concl. B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2013, comm. 63, obs. F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 199, note G. Eckert ; *JCP A.* 2013, n° 2180, note J.-F. Giaccuzo.

<sup>2182</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, *JOUE* 2014, p. L.94/1 – Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* 2014, p. L. 94/65 – Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés

disposant que ne sont pas des concessions « *certain accord dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines publics ou ressources publiques, en droit privé ou public, par lesquels l'État ou le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou services spécifiques* ». Pourtant, la question ne semble pas tranchée, car « *au risque de troubler l'évidence et le consensus institutionnel, on peut suggérer que l'armature juridique de la question de la publicité et de la mise en concurrence des titres d'occupation domaniale reste à bâtir. Elle est en tout cas loin d'être seulement esquissée par l'arrêt Jean Bouin* »<sup>2183</sup>. Les fonctions économiques de la liberté d'accès constituent un fondement solide à l'existence d'une procédure de passation pour la conclusion des titres d'occupation domaniale.

Lorsqu'un texte ne prévoit pas d'obligation procédurale spécifique, le juge judiciaire considère que la conclusion d'un contrat de droit privé de la commande publique n'est pas soumise au respect des obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>2184</sup>. Pourtant, le principe de liberté dispose d'une fonction supplétive qui impose le respect de telles obligations. La jurisprudence du juge judiciaire est sur ce point discutable.

### **Paragraphe 1 : L'applicabilité de la liberté d'accès aux titres d'occupation domaniale.**

La conclusion des titres d'occupation domaniale n'est soumise à aucune obligation procédurale particulière. Ainsi, « *les titres d'occupation du domaine public constituent le dernier bastion inébranlable non encore conquis par les procédures formalisées de passation issues du droit de la commande publique* »<sup>2185</sup>. Dans le droit positif, la conclusion des titres d'occupation constitue donc « *un îlot dans un monde de transparence* »<sup>2186</sup>. Pourtant, des

---

par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE* 2014, p. L.94/243.

<sup>2183</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publ.* 2012, ét. 8.

<sup>2184</sup> Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*, n° 11-25.282 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 101, note W. Zimmer.

<sup>2185</sup> S. NICINSKI, « Faut-il soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine public à une procédure de mise en concurrence ? », in *Bien public, Bien commun, Mélanges en l'honneur du professeur Etienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 373.

<sup>2186</sup> Ph. GODFRIN et M. DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, Sirey, 10<sup>ème</sup> éd, 2015, p. 158.

« *changements dans la conception du domaine public* »<sup>2187</sup> amène la doctrine à s'interroger sur le bien-fondé de l'absence de soumission de la conclusion des titres d'occupation domaniale aux règles de publicité et de mise en concurrence<sup>2188</sup>. À cet égard, Gabriel Eckert souligne que les principes de la commande publique devraient trouver à s'appliquer « *aux opérations de location de biens publics, qu'il s'agisse des traditionnelles conventions d'occupation du domaine public ou de contrats de droit privé, comme les baux emphytéotiques ou les baux commerciaux passés par les personnes publiques pour la gestion de leur domaine privé* »<sup>2189</sup>. Le régime de l'occupation du domaine des personnes publiques est à cet égard ambivalent (A). L'absence d'un fondement solide justifiant l'existence d'une procédure spécifique explique les hésitations jurisprudentielles et le débat doctrinal autour de la conclusion des titres d'occupation. La liberté d'accès à la mise en concurrence, telle que définie précédemment, constitue un tel fondement (B).

#### ***A : L'ambivalence sur le régime des titres d'occupation du domaine des personnes publiques.***

*A priori*, la question de la passation des titres d'occupation domaniale est résolue par le Conseil d'État<sup>2190</sup> (I). Sauf si l'occupation du domaine est l'élément constitutif d'un autre contrat lui-même soumis à une procédure obligatoire, le gestionnaire du domaine n'est pas contraint par le respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence. L'aspect économique du domaine, qui en fait dans certain cas une ressource rare, ne fait pas disparaître l'interrogation sur le régime de passation des titres d'occupation, malgré l'intervention du Conseil d'État (II). En effet, un doute subsiste sur la conclusion des conventions d'occupation du domaine des personnes publiques « *chaque fois que cette occupation est susceptible d'affecter le jeu de la concurrence* »<sup>2191</sup>. Certains pouvoirs adjudicateurs respectent de leur propre initiative une procédure, et le discours doctrinal plaide en faveur de l'instauration d'un régime de passation. La conclusion des titres d'occupation est ainsi plongée dans une ambivalence qu'il convient de résoudre.

---

<sup>2187</sup> *Idem.*

<sup>2188</sup> Pour approfondir cette question, v. S. COMELAS, *Les titres d'occupation du domaine public à des fins commerciales ; Réflexions sur la mise en place de formalités préalables à la délivrance*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2014.

<sup>2189</sup> G. ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006, p. 244.

<sup>2190</sup> CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, préc.

<sup>2191</sup> Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif – t. 2, Droit administratif des biens*, LGDJ, 14<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 274.

## I : Une interrogation *a priori* résolue par le droit positif.

Dans certaines hypothèses, l'occupation du domaine des personnes publiques doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence. C'est le cas lorsque l'autorisation domaniale est l'élément constitutif d'un autre contrat, lui même soumis à une procédure de passation obligatoire. Dès lors, si le titre d'occupation forme avec un marché public<sup>2192</sup>, une délégation de service public<sup>2193</sup> ou une concession de travaux<sup>2194</sup> « *un ensemble contractuel indissociable* »<sup>2195</sup>, la conclusion du contrat doit faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence. À cet égard, il n'y a pas lieu de rechercher si l'occupation du domaine est l'objet principal ou accessoire du contrat<sup>2196</sup>. En cas de doute sur la nature du contrat à conclure, le Conseil d'État juge qu'il convient d'appliquer à la passation du contrat la procédure la plus rigoureuse<sup>2197</sup>.

Le domaine des personnes publiques peut également être utilisé comme un instrument de partenariat public-privé<sup>2198</sup>. Dans ce cadre, « *le contrat sert de support à une opération dont la finalité est la réalisation d'ouvrages utiles à la personne publique elle-même. L'objet principal n'est pas d'autoriser l'occupation de la dépendance domaniale, l'occupation n'est qu'une condition de réalisation de l'opération d'ensemble* »<sup>2199</sup>. C'est ce qui est classiquement nommé « *montage contractuel complexe* »<sup>2200</sup>. Lorsque ces montages ont pour

---

<sup>2192</sup> CE, Ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298, *Rec.* p. 478 ; *AJDA* 2006. 120, ét. A. Ménéménis ; *D.* 2005. 2970 ; *RFDA* 2005. 1083, concl. D. Casas ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 11, obs. F. Brenet ; *Dr. adm.* 2006. comm. 25, note J.-B. Auby ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 319, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *CTI* 2006. comm. 3, note G. Pellissier ; *JCP A* 2005. 1825, et *JCP A* 2006, n° 3, II. 1007, notes F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 322, note J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 15, note A. Tassone.

<sup>2193</sup> 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, 11 décembre 2000, Mme Agofroy, n° 202971 ; *RFDA* 2001, p. 1277, concl. S. Austry – CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, n° 217639, *Rec. T.* p. 1089 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 74, note F. Llorens.

<sup>2194</sup> CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633, *Rec.* p. 301 ; *RFDA* 1994, p. 728, concl. S. Lasvignes ; *AJDA* 1994, p. 502, chron. C. Maugué et L. Touvet ; *JCP* 1994, II, n° 22342, note Duroy.

<sup>2195</sup> E. FATÔME, Ph. TERNEYRE, « Bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, 1994, p. 579.

<sup>2196</sup> CE, ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, préc.

<sup>2197</sup> 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.

<sup>2198</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 523.

<sup>2199</sup> *Idem.*

<sup>2200</sup> V. à ce titre : Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, n° spéc. « Transparence, financement, exécution : unité et diversité d'un droit en mutation », p. 43 – N. SYMCHOWICZ,

objet principal la réalisation, l'entretien et la gestion d'un ouvrage répondant aux besoins de la personne publique, ils doivent être considérés comme des marchés publics ou des concessions au regard du droit de l'Union européenne<sup>2201</sup>. Dès lors, si le montant global dépasse le champ d'application des directives ou que le contrat présente un intérêt transfrontalier, la passation est soumise aux règles du droit dérivé de l'Union européenne<sup>2202</sup>. À ce titre, le législateur français a créé des régimes particuliers pour la réalisation d'équipements dans certains secteurs<sup>2203</sup>, dont les contrats sont soumis à une procédure de passation particulière, afin que le droit interne soit conforme au droit de l'Union européenne. Dorénavant, ces montages sont considérés par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics comme des marchés globaux sectoriels, et doivent donc faire l'objet d'une des procédures de passation applicable aux marchés publics<sup>2204</sup>.

Les textes prescrivent également des obligations de publicité ou de publicité et de mise en concurrence pour certaines catégories spécifiques de convention d'occupation du domaine. Il s'agit des concessions de plages<sup>2205</sup>, des beaux emphytéotiques hospitaliers<sup>2206</sup>, des concessions de force hydraulique<sup>2207</sup>. Pour l'ensemble de ces contrats, l'obligation de

---

*La mutation des procédés contractuels des personnes publiques : le recours aux « procédés contractuels complexes »*, thèse dactyl., Paris I, 2002 – P. LIGNIÈRES, *Partenariats public-privé : contrats de partenariat et montages contractuels complexes*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2005 – N. SYMCHOWICZ et Ph. PROOT, *Partenariats public-privé et montages contractuels complexes*, Le Mon., 3<sup>ème</sup> éd., 2012.

<sup>2201</sup> CAA Nancy, 11 octobre 2007, *Association Aubette Demain contre Ville de Strasbourg*, n° 06NC00733 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 19, note G. Eckert – TA Bordeaux, ord., 26 novembre 2007, *Société Norbail-Immobilier*, n° 0704671 ; *CP-ACCP* 2008, n° 75, p. 60, note V. Touchard – CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, *Rec. p.* I-02673 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 164, obs. W. Zimmer.

<sup>2202</sup> CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, *Rec. p.* I-00385 ; *BJCP* 2007, p. 184, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2007. 167 ; *ibid.* 409, étude E. Fatôme et L. Richer ; *ibid.* 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2009. 1868, étude E. Fatôme et Ph. Terneyre ; *RDI* 2007. 150, obs. J.-D. Dreyfus ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defosse, *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 8, obs. W. Zimmer ; *JCP A* 2007. 2028, note C. Devès ; *Europe* 2007. comm. 91, obs. E. Meisse ; *RLDA* 2007, n° 111, note M. Fornacciarri ; *RLCT*, 2007, n° 23, p. 41, note J. P. Lévy et A. Fage ; *RDP* 2007. 1329, art. S. Braconnier.

<sup>2203</sup> Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, *JORF* du 30 août 2002 p. 14398 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 203, obs. E. Delacour ; *BJCP* 2002, p. 498, obs. Ph. Terneyre – Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002 p. 14934 – Loi n° 2003-73 du 27 janvier 2003 relative à la programmation militaire pour les années 2003 à 2008, *JORF* du 29 janvier 2003 p. 1744 – Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure modifiant la loi du 29 août 2002 préc., *JORF* n°66 du 19 mars 2003 p. 4761 – Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, *JORF* n°274 du 27 novembre 2003 p. 20136.

<sup>2204</sup> Art. 35 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015 p. 12602.

<sup>2205</sup> Art. L321-9 du Code de l'environnement – Art. R2124-24 du CGPPP.

<sup>2206</sup> Art. L6148-5 du Code de la santé publique.

<sup>2207</sup> Art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2008-1009 du 26 septembre 2008 modifiant le décret n° 94-894 du 13 octobre 1994 modifié relatif à la concession et à la déclaration d'utilité publique des ouvrages utilisant l'énergie hydraulique et le décret n° 99-872 du 11 octobre 1999 approuvant le cahier des charges type des entreprises hydrauliques concédées, *JORF* n°0227 du 28 septembre 2008 p. 15006.

procéder à une publicité et une mise en concurrence ne soulève aucune difficulté. En revanche, la question est plus délicate s'agissant des titres d'occupation autonomes, qui ne sont pas adossés à un contrat nommé et qui ne constituent pas un montage complexe entrant dans le champ d'application des directives ou dans les partenariats public-privé sectoriels.

Pour les contrats dont le seul objet est l'occupation du domaine public, le Conseil d'État considère « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel* »<sup>2208</sup>. Par conséquent, l'octroi des titres d'occupation domaniale est exonéré de toute formalité de publicité et de mise en concurrence<sup>2209</sup>. Aucun texte n'impose de telles obligations, le Code général de la propriété des personnes publiques ne prévoyant, « *de manière curieuse* »<sup>2210</sup>, aucune règle générale de procédure<sup>2211</sup>. Ainsi, il serait possible d'affirmer que la décision *Ville de Paris, Association Jean Bouin*, clôt le débat sur la passation des titres d'occupation domaniale. Pourtant, « *croire que le Conseil d'État a réglé avec un tel considérant une question qui a suscité tant de positions contradictoires des juges du fond, un débat doctrinal nourri avec des représentations variées de l'état du droit positif – mais aussi du possible et du souhaitable – serait se bercer d'illusion. Illusion que de croire qu'à partir du moment où le juge dit, le droit est dit ; que tout est dit* »<sup>2212</sup>. Selon Gabriel Eckert, « *malgré l'importance qui doit être donnée à cet arrêt, il ne saurait être considéré comme figeant l'état du droit* »<sup>2213</sup>. La question n'est en effet pas résolue, elle est simplement déplacée du juge au législateur<sup>2214</sup>. C'est pourquoi elle est encore d'actualité.

---

<sup>2208</sup> CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, préc.

<sup>2209</sup> Cette solution est implicitement affirmée dans CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, préc.

<sup>2210</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 534.

<sup>2211</sup> F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Les occupations privatives du domaine public : un espoir déçu », *RFDA* 2006, p. 935 – Ch. MAUGÜÉ et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, p. 1073.

<sup>2212</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publ.* 2012, ét. 8.

<sup>2213</sup> G. ECKERT, « Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété publique », in *Contrats et propriété publics*, G. Clamour (dir.), Lexisnexus, coll. Débats et colloques, 2011, p. 53.

<sup>2214</sup> *Idem* – N. ESCAUT, concl. sur CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, n° 338527, *BJCP* n° 74, p. 45 – G. CLAMOUR, note sous CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean Bouin*, *RLCT* 2011, p. 26.

De plus, dans la décision *Association Jean Bouin*, le Conseil d'État « prend le soin de préciser que l'absence d'obligation pour les personnes publiques d'organiser une procédure à la délivrance d'une autorisation d'occupation domaniale vaut pour les autorisations et contrats ayant pour seul objet (et non pour objet principal) l'occupation d'une telle dépendance »<sup>2215</sup>. Par conséquent, pour les autorisations qui n'ont pas pour seul objet l'occupation du domaine, la question ne semble pas tranchée. C'est le cas des contrats conditionnés par l'existence d'un but d'intérêt général<sup>2216</sup>, ou conclus dans l'objectif de valoriser le domaine public<sup>2217</sup>. C'est l'aspect économique du domaine qui maintient une interrogation quant à la conclusion des titres d'occupation domaniale.

## **II : Une interrogation persistante fondée sur l'aspect économique des titres d'occupation domaniale.**

Au départ, la gestion et la protection de l'intégrité du domaine public sont perçues comme une composante de l'ordre public<sup>2218</sup>, les autorités détenant à ce titre un véritable pouvoir discrétionnaire. C'est ce pouvoir qui justifie le libre choix par l'autorité de l'occupant du domaine<sup>2219</sup>. Cette perception administrative a depuis évolué, l'aspect patrimonial et économique du domaine public ayant été révélé par la pratique<sup>2220</sup>. Ainsi, le domaine public « est devenu le siège d'enjeux économiques qui peuvent être considérables et les décisions prises par le gestionnaire sont susceptibles d'avoir de fortes incidences en matière de concurrence »<sup>2221</sup>. C'est sous l'influence d'un double mouvement que les circonstances entourant la délivrance des titres d'occupation domaniale ont changé<sup>2222</sup>. D'une part, émerge une prise de conscience selon laquelle « la propriété publique est une richesse que la personne publique doit, en tant que telle, exploiter et valoriser »<sup>2223</sup>. D'autre part, il est

---

<sup>2215</sup> E. FATÔME, « Naissance d'un nouveau bail emphytéotique administratif : le BEA de valorisation », *AJDA* 2010, p. 2475.

<sup>2216</sup> Il s'agit du bail emphytéotique administratif (art. L1311-2 du CGCT), des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels (art. L1311-5 du CGCT).

<sup>2217</sup> Art. L2341-1.-I. du CG3P.

<sup>2218</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Collectivités publiques et concurrence*, rapport public 2002, la Doc. Fr., EDCE, p. 375 – sur la notion d'ordre public, v. notamment P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, thèse, LGDJ, 1962.

<sup>2219</sup> CE, 26 avril 1944, *Dame Dejean et Fournier*, *Rec. T.* p. 386.

<sup>2220</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 375.

<sup>2221</sup> *Ibid.*, p. 377.

<sup>2222</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

<sup>2223</sup> *Idem.*

constaté une « *montée en puissance de la dimension économique du droit du domaine* »<sup>2224</sup>. L'aspect économique du domaine public est unanimement reconnu par le discours doctrinal. Il est ainsi affirmé que « *les contrats d'occupation du domaine public ont une place importante dans la vie économique à la fois parce qu'ils constituent un des instruments juridiques de l'exploitation économique du domaine public par les collectivités publiques et parce que dans certains secteurs, comme les transports, l'énergie et les télécommunications, les entreprises privées et publiques ont besoin d'utiliser le domaine public* »<sup>2225</sup>. Le domaine public est ainsi considéré comme « *un bien économique, une source de richesse* »<sup>2226</sup>, « *une ressource rare* »<sup>2227</sup>, « *un bien rare pour les opérateurs économique* »<sup>2228</sup>. En outre, le législateur permet désormais la constitution d'un fonds de commerce sur le domaine public<sup>2229</sup>, « *ce qui ne peut que contribuer à rendre le domaine public plus attractif pour les opérateurs économiques* »<sup>2230</sup>. Cet aspect économique engendre des conséquences juridiques sur la délivrance des titres d'occupation domaniale.

Il est ainsi admis que le domaine des personnes publiques « *subit la loi du marché, celle de l'offre et de la demande* »<sup>2231</sup>. Ainsi, « *les titres d'occupation domaniale constituent un véritable droit d'accès à un marché pour un opérateur économique* »<sup>2232</sup>. Par conséquent, la délivrance des titres d'occupation est susceptible, bien souvent, de perturber « *le jeu normal des marchés concurrentiels* »<sup>2233</sup>. Dès lors, l'octroi d'un titre d'occupation domaniale peut être perçu comme un véritable avantage économique pour son bénéficiaire<sup>2234</sup>. C'est pour cette

---

<sup>2224</sup> *Idem.*

<sup>2225</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 523.

<sup>2226</sup> G. HOUILLON, « Le clair-obscur des obligations de publicité et de mise en concurrence dans l'octroi des titres d'occupation du domaine public », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Godfrin*, 2014, éd. Mare & Martin, p. 209.

<sup>2227</sup> J. SORIN, concl. sur TA Versailles, 5 janvier 2010, *Guyard*, n° 0612329, *AJDA* 2010, p. 1198.

<sup>2228</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, « La publicité et la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *AJDA* 2009, p. 568.

<sup>2229</sup> Art. 72 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* n°0140 du 19 juin 2014 p. 10105 : « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».

<sup>2230</sup> J. BOUSQUET, « Clientèle propre et domaine public : quand un cépage peut sublimer un terroir », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 6.

<sup>2231</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

<sup>2232</sup> G. HOUILLON, art. préc., p. 225.

<sup>2233</sup> A. MÉNÉMÉNIS, « Contrats de mobilier urbain : quelques éléments de réflexion sur les arrêts Decaux », *AJDA* 2006, p. 126.

<sup>2234</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc. : « *siège de l'activité économique des personnes privées, le domaine des personnes publiques acquiert les qualités d'un bien rare pour les opérateurs économiques, et la possibilité de son occupation devient un avantage, parfois même une nécessité pour pouvoir exercer leurs activités* » – J. SORIN, art. préc. : « *le domaine des personnes publiques constitue une ressource rare dont l'exploitation par un opérateur économique peut lui conférer un avantage sur ses concurrents* » – N. ESCAUT, concl. préc., p. 43 : « *d'une part, le domaine public est peu à peu apparu aux personnes publiques comme une richesse collective*

raison que le juge administratif impose le respect du droit de la concurrence<sup>2235</sup> pour la délivrance des titres d'occupation domaniale, lorsque la dépendance est le siège d'activités de production, de distribution ou de services<sup>2236</sup>. Dans ce cadre, la personne publique ne peut « méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code du commerce »<sup>2237</sup>. Depuis cette jurisprudence, « un tournant est franchi en ce que l'on va désormais se placer du point de vue du potentiel économique que comporte l'exploitation du domaine public et donc du point de vue de la rivalité naissant entre les candidats à l'exploitation de ce potentiel »<sup>2238</sup>.

Naturellement, au regard de ces éléments, se pose la question de l'existence d'une procédure de passation obligatoire pour l'octroi des titres d'occupation domaniale. Lorsque le domaine est le support d'une activité économique, l'occupant qui l'exploite dispose d'un véritable avantage économique sur ses concurrents. L'occupation du domaine devient ainsi un avantage convoité, « parfois une nécessité pour les opérateurs économiques »<sup>2239</sup>. Or, « cette nécessité contraste avec la liberté dont jouit le maître du domaine dans la gestion de ce dernier »<sup>2240</sup>. Par conséquent, les opérateurs économiques « doivent donc pouvoir exiger du maître du domaine les garanties d'une attribution transparente et non discriminatoire de cet avantage »<sup>2241</sup>. Le discours doctrinal comme certaines juridictions plaident en faveur de cette exigence.

---

*qu'il leur appartient de valoriser. D'autre part, dès lors qu'il est mis à la disposition d'un opérateur économique pour y mener son activité, le domaine public devient un avantage économique pour celui qui en bénéficie ».*

<sup>2235</sup> Il s'agit de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que l'ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986 p. 14773.

<sup>2236</sup> CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202260, *Rec.* p. 96 ; *AJDA* 1999. 427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex ; *RFDA* 1999. note D. Pouyaud ; *CJEG* 1999, p. 264, concl. J.-H. Stahl ; *D.* 2000, p. 204, note J.-P. Markus ; *RDP* 1999, p. 1543, note S. Manson ; *RDP* 2000, p. 353, note C. Guettier – CE, 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° 223100, *Rec. T.* p. 918 ; *Contrats et marchés publ.* 2002, comm. 148, note Ph. Délélis ; *JCP G* 2002, I, p. 169, note S. Braconnier.

<sup>2237</sup> CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909, *Rec.* p. 231 ; *AJDA* 2012. 1037, obs. R. Grand ; *ibid.* 1129, trib. S. Braconnier ; *ibid.* 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; *AJCT* 2012. 445, note M. Juilles ; *RDI* 2012. 566, note N. Foulquier ; *RFDA* 2012. 1181, note S. Nicinski ; *BJCP* 2012. 291, concl. N. Boulouis et obs. R. S. ; *JCP A.* 2012. 364, obs. M. T.-D. ; *ibid.* 2013. 2012, note H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2012. Repère 8, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *ibid.*, comm. 258, note F. Ziani ; *RJEP* 2012. 49, note M. Ubaud-Bergeron ; *Dr. adm.* 2012. 89, note F. Brenet.

<sup>2238</sup> S. NICINSKI, art. préc., p. 375.

<sup>2239</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

<sup>2240</sup> *Idem.*

<sup>2241</sup> S. MANSON, « L'occupation contractuelle du domaine public : essai de clarification et de remise en ordre », *RDP* 2009, n° 1, p. 43.

Le Conseil d'État, dans son rapport *Collectivités publiques et concurrence* de 2002, affirme ainsi qu'il « paraît souhaitable que les mêmes obligations [de publicité et de mise en concurrence] soient respectées (...) pour toutes les autorisations ou conventions d'occupation du domaine public »<sup>2242</sup>. Cette logique est réceptionnée par le discours doctrinal<sup>2243</sup>, l'Autorité de la concurrence<sup>2244</sup>, et certaines juridictions de fond<sup>2245</sup>. Pourtant, le Conseil d'État ne se prononce pas en ce sens<sup>2246</sup>, et le législateur reste muet sur la question. Dès lors, « les décideurs publics marchent à tâtons, naviguant à vue entre la conscience qu'aucune disposition textuelle n'impose une mise en concurrence des véritables conventions d'occupation précaires d'occupation du domaine public et la conviction de devoir composer avec une obligation jurisprudentielle générale de transparence qui s'étend comme une tâche d'huile et ne tardera pas à toucher l'ensemble des contrats publics d'affaires. L'insécurité juridique est palpable, la prudence de mise »<sup>2247</sup>. Il convient de rechercher si actuellement, il existe un fondement qui infirme ou confirme l'existence d'une obligation de procéder à une passation pour la conclusion des titres d'occupation domaniale.

<sup>2242</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 380.

<sup>2243</sup> D. CASAS, concl. sur CE, ass., 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298, *RFDA* 2005. 1091 – A. CABANES, « Faut-il soumettre l'occupation du domaine public à une procédure spécifique ? », *CP-ACCP* 2006, n° 54, p. 27 – G. BERTHON, « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA* 2009, p. 483 – Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc – J. SORIN, concl. préc. – G. HOUILLON, art. préc.

<sup>2244</sup> Cons. conc., avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 *relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits* ; *RJEP* 2005, p. 144, note P. D. ; *RLC* 2005, n° 145, obs. M. Bazex et S. Blazy ; *CP-ACCP* 2005, n° 44, p. 53, note A. Le Miere et D. Hasday – Aut. Conc, avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 *relatif aux problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français*.

<sup>2245</sup> TA Paris, 30 mai 2007, *Préfet de Paris*, n° 0516131 ; *AJDA* 2009, p. 1766, note F. Lelièvre – CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, *Sodegis*, n° 01BX00381 ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 31, note J.-P. Pietri ; *AJDA* 2005, p. 257, note J.-D. Dreyfus – TA Nîmes, 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, n° 0620809 ; *AJDA* 2008. 2172, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 10, note L. Battoue ; *RLC* 2008, n° 16, note G. Clamour – TA Versailles, 5 janvier 2010, *M. Guyard*, n° 0612329 ; *AJDA* 2010, concl. J. Sorin.

<sup>2246</sup> CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, n° 338272, préc.

<sup>2247</sup> G. CLAMOUR, note sous TA Nîmes, 24 janvier 2008, *Société des trains touristiques G. Eisenreich*, n° 0620809, *RLC* 2008, n° 16.

***B : La liberté d'accès comme fondement à l'existence d'une procédure de passation des titres d'occupation domaniale.***

La liberté d'accès à la mise en concurrence, telle que définie précédemment, s'applique à la conclusion des titres d'occupation domaniale (I). Lorsque l'occupation a pour objet de conférer à un opérateur économique une activité économique, elle entre dans son champ d'application. Par conséquent, le gestionnaire du domaine est contraint de se conformer aux implications du principe de liberté d'accès, c'est-à-dire la mise en œuvre d'une procédure de passation dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence (II).

**I : L'applicabilité de la liberté d'accès aux titres d'occupation du domaine des personnes publiques.**

Le débat autour de la conclusion des titres d'occupation domaniale porte en premier lieu sur la recherche d'un fondement légitimant l'existence d'une procédure de passation (a). Trois fondements sont discutés : le droit de l'Union européenne, notamment la décision *Telaustria* du 7 décembre 2000<sup>2248</sup> ; le droit de la concurrence ; les principes de la commande publique, notamment le principe de transparence. Aucun de ces trois fondements n'est satisfaisant pour justifier l'existence d'une procédure. La conception temporelle des principes permet d'envisager un autre fondement, celui du principe de liberté d'accès à la commande publique, dont les fonctions encadrent le régime de passation des titres d'occupation domaniale (b).

*a : La recherche d'un fondement à l'existence d'une procédure obligatoire.*

Le droit de l'Union européenne constitue une base certaine de l'existence d'une obligation de transparence dans la délivrance des titres d'occupation du domaine public lorsque ce dernier est le support d'une activité économique. Dans une décision *Steinhauser c/*

---

<sup>2248</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98, *Rec.* p. I-10745 ; *AJDA* 2001. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2001. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 50, note F. Llorens ; *BJCP* 2001. p. 132, concl. N. Fenelly et note Ch. Maugüé ; *Dr. adm.* 2001, comm. 85, note M.-Y. Benjamin.

*Ville de Biarritz* du 19 juin 1985<sup>2249</sup>, la Cour de justice pose le principe de l'applicabilité des principes issus des traités à la délivrance des titres d'occupation domaniale, notamment l'obligation de non discrimination<sup>2250</sup>. La Commission européenne confirme cette interprétation en rappelant que « *tout acte par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des règles et principes du traité* »<sup>2251</sup>. Or, dans la décision *Telaustria* du 7 décembre 2000<sup>2252</sup>, la Cour révèle que le principe de non discrimination « *implique, notamment, une obligation de transparence* », qui « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication* ». Il peut être déduit de la combinaison de ces deux jurisprudences que les personnes publiques doivent respecter le principe de transparence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale.

Ainsi, le domaine public considéré comme un bien économique « *n'échappe pas aux grands principes des traités, dont l'obligation de non discrimination et de transparence qui s'y attache* »<sup>2253</sup>. Dès lors, « *on peut se demander s'il reste possible d'attribuer sans publicité préalable le droit d'occuper le domaine public* »<sup>2254</sup>. Selon Julien Sorin, une autorité publique qui attribue un titre sans avoir permis aux entreprises présentes sur le marché de présenter une offre « *méconnaît autant le droit de l'Union que si elle avait procédé à une délégation de service public sans mise en concurrence préalable* »<sup>2255</sup>, dans la mesure où l'octroi du titre a pour effet de fausser le jeu de la concurrence. Certains auteurs<sup>2256</sup> ne partagent pas cette analyse. Ils considèrent que les conventions d'occupation n'ont pas pour objet la réalisation de prestations d'activités économiques, mais simplement la mise à disposition d'un bien public. En outre, la personne publique, dans ce cadre, ne formule pas une demande mais est offreuse sur le marché. Par conséquent, les principes issus des traités ne sont pas applicables. Toutefois, lorsque le domaine public est le support d'une activité économique, son exploitation permet à l'occupant d'accéder à un marché au sens économique du terme<sup>2257</sup>, et

---

<sup>2249</sup> CJCE, 18 juin 1985, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, aff. C- 197/84, *Rec.* p. 01819.

<sup>2250</sup> *Idem*, pt 16.

<sup>2251</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, Livre vert sur les partenariats public privé et le droit communautaire des marchés et des concessions, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final, § 8.

<sup>2252</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*, préc.

<sup>2253</sup> G. HOUILLON, art. préc., p. 209.

<sup>2254</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 534.

<sup>2255</sup> J. SORIN, art. préc.

<sup>2256</sup> C. BARDON et Y. SIMONNET, « *Telaustria : quel périmètre,* », *Dr. adm.* 2009, ét. 2.

<sup>2257</sup> G. HOUILLON, art. préc., p. 225.

lui confère un avantage économique certain. Cet octroi est donc susceptible de fausser le jeu normal de la concurrence. Dans ce cas, les principes issus des traités ont vocation à s'appliquer à la délivrance des titres d'occupation domaniale. Cependant, cette logique n'a jamais été confirmée par la Cour de justice s'agissant de l'occupation des dépendances domaniales. Par conséquent, il convient de rechercher un autre fondement.

En droit interne, le fondement de telles obligations est incertain. Une partie du discours doctrinal<sup>2258</sup>, ainsi que l'Autorité de la concurrence<sup>2259</sup>, déduisent l'existence d'obligations de publicité et de mise en concurrence du droit de la concurrence. Pourtant, le principe de liberté du commerce et de l'industrie, et les ordonnances du 1<sup>er</sup> décembre 1986<sup>2260</sup> et du 18 septembre 2000<sup>2261</sup>, ne constituent pas un fondement logique à de telles obligations. Le droit de la concurrence justifie que le maître du domaine ne place pas l'occupant en situation d'abuser de sa position dominante. En revanche, il ne justifie pas l'existence d'obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>2262</sup>. Comme l'affirme Nathalie Escaut, « *il faut bien distinguer les règles du droit de la concurrence qui sont des règles de fond, de l'institution d'une obligation procédurale tenant à la mise en place d'une publicité préalable* »<sup>2263</sup>. Le droit de la concurrence présente un caractère répressif en sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles intervenant sur le marché. Or, l'instauration d'une obligation de publicité et de mise en concurrence présente un caractère préventif, afin d'assurer l'efficacité de l'achat public. Par conséquent, ces obligations et le droit de la concurrence découlent de logiques différentes. Elles sont parfois antinomiques, puisque l'instauration d'une procédure de passation peut favoriser les pratiques anticoncurrentielles<sup>2264</sup>.

---

<sup>2258</sup> A. CABANES, art. préc. – Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc. : « : « *l'obligation d'organiser une publicité, voire une mise en concurrence des titres d'occupation domaniale trouve son fondement dans les règles et principes fondamentaux du traité que sont notamment, d'une part, le droit de la concurrence, et d'autre part, la liberté d'établissement et la libre prestation de service* » – G. HOUILLON, art. préc., p. 218.

<sup>2259</sup> Cons. conc., avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 *relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits*, préc. – Aut. Conc, avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 *relatif aux problèmes de concurrence pouvant résulter de la privatisation des aéroports français*, préc.

<sup>2260</sup> Ordonnance n°86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986, p. 14773 (ABROGÉE).

<sup>2261</sup> Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, *JORF* n° 0219 du 21 septembre 2000, p. 14783.

<sup>2262</sup> G. ECKERT, art. préc., pp. 61-62 : le droit des pratiques anticoncurrentielle « *n'a pas pour effet d'imposer aux personnes publiques la mise en place de procédures ex ante. Plus largement, le principe d'égalité, qui constitue une règle de fond, n'a pas pour conséquence d'imposer le respect d'une telle obligation procédurale* ».

<sup>2263</sup> N. ESCAUT, concl. préc., p. 45.

<sup>2264</sup> G. KALFLÈCHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420 : « *le droit de la commande publique, en tant qu'il est un droit des contrats, est soumis au droit de la concurrence. D'un côté, la passation et l'exécution de ces contrats sont l'occasion de pratiques anticoncurrentielles de la part des personnes privées ou publiques répondant aux marchés. D'un autre, l'acte administratif contractuel ou ses*

De plus, admettre comme fondement le droit de la concurrence revient à reconnaître un paradoxe dans la jurisprudence du Conseil d'État. Dans sa décision *Société EDA*<sup>2265</sup>, la Haute juridiction découvre l'applicabilité du droit de la concurrence aux dépendances du domaine des personnes publiques. Onze ans plus tard, dans l'affaire du *Stade Jean Bouin*<sup>2266</sup>, elle affirme « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public* ». Par conséquent, le droit de la concurrence est applicable aux dépendances du domaine public, mais n'exige pas l'instauration de telles obligations. Si tel était le cas, le Conseil d'État n'aurait pas de difficulté à le confirmer, l'applicabilité du droit de la concurrence étant depuis plusieurs années évidente. Si ce droit constitue un fondement solide, il paraît étonnant que depuis l'affirmation de son applicabilité, il n'y ait aucune démarche ni du législateur, ni du juge. L'inapplicabilité du droit de la concurrence amène à se tourner vers le droit de la commande publique, plus particulièrement vers le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

*b : La liberté d'accès comme fondement à l'existence obligatoire d'une procédure.*

Afin de rechercher un fondement à l'existence d'obligations procédurales pour la délivrance des titres d'occupation domaniale, il convient de se tourner vers le droit de la commande publique<sup>2267</sup>. Les textes étant silencieux, c'est logiquement sur les principes de la commande publique qu'il convient de se pencher<sup>2268</sup>. La question soulevée est celle de l'applicabilité des principes de la commande publique à la délivrance des autorisations d'occupation du domaine des personnes publiques. Cette idée ne convainc pas une partie de la doctrine. Pour Didier Casas, « *il est bien évident que l'occupation du domaine ne peut se rattacher à une question de commande publique* »<sup>2269</sup>. En outre, les obligations de publicité et de mise en concurrence ne sont pas « *une spécificité du droit de la commande publique* »<sup>2270</sup>,

---

*éléments détachables doivent respecter le droit de la concurrence, alors même que les procédures de passation favorisent parfois les illégalités* ».

<sup>2265</sup> CE, Sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, préc.

<sup>2266</sup> CE, 3 décembre 2010, *Ville de Paris, Association Paris Jean-Bouin*, préc.

<sup>2267</sup> C'est en effet dans cette matière que sont nées les obligations de publicité et de mise en concurrence.

<sup>2268</sup> Il est à noter que les principes de la commande publique ont vocation à s'appliquer même en l'absence de texte : cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

<sup>2269</sup> D. CASAS, concl. préc.

<sup>2270</sup> G. HOUILLON, art. préc., p. 218.

et « *relèvent en réalité du droit de la concurrence* »<sup>2271</sup>. Dès lors, si le droit de la commande publique vient à être supprimé, le droit de la concurrence justifie à lui seul l'emploi de telles procédures<sup>2272</sup>. En conclusion, il est possible d'affirmer que « *le fondement de l'obligation de publicité et de mise en concurrence des occupations domaniales dans le droit des marchés publics et des concessions est introuvable* »<sup>2273</sup>. Une des premières raisons du rejet des principes de la commande publique tient au fait qu'ils poursuivent un objectif de bonne utilisation des deniers publics. Or, la poursuite de cet objectif est sans rapport avec le fonctionnement concurrentiel du marché, donc avec la délivrance des autorisations d'occupation du domaine<sup>2274</sup>. Toutefois, cet argument est fragile, dans la mesure où il est acquis que les principes de la commande publique poursuivent plusieurs objectifs, dont celui d'ouverture des marchés à la concurrence<sup>2275</sup>. Par conséquent, leur application est en lien direct avec le fonctionnement concurrentiel du marché. Ainsi, il demeure possible d'étendre les principes de la commande publique aux contrats portant sur la propriété publique<sup>2276</sup>.

La non-applicabilité des principes repose surtout sur la notion de « commande publique ». Il est admis par une partie de la doctrine que les autorisations d'occupation du domaine ne font pas partie de la catégorie des contrats de la commande publique. En effet, en tant que maître du domaine, la personne publique n'est pas dans une situation de demande sur le marché, puisqu'elle n'attend pas la satisfaction de l'un de ses besoins. Elle est dans une situation d'offre de prestations<sup>2277</sup>. Par conséquent, les principes de la commande publique ne s'appliquent pas, puisqu'ils ont vocation à encadrer la demande publique, la « commande publique ». Ainsi, il relève « *de la pure confusion juridique* »<sup>2278</sup> de vouloir soumettre la délivrance des titres d'occupation du domaine aux principes de la commande publique. Cet argument est contestable, car d'une part, « *rien ne justifie que ces principes [de la commande publique] soient limités au seul domaine de la commande publique* »<sup>2279</sup>. D'autre part, il repose sur la notion même de commande publique.

---

<sup>2271</sup> *Idem.*

<sup>2272</sup> Ch. VAUTROT-SCHWARTZ, art. préc.

<sup>2273</sup> *Idem.*

<sup>2274</sup> C. BARDON et Y. SIMONNET, art. préc.

<sup>2275</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

<sup>2276</sup> G. ECKERT, art. préc., p. 69.

<sup>2277</sup> C. BARDON et Y. SIMONNET, art. préc.

<sup>2278</sup> *Idem.*

<sup>2279</sup> G. ECKERT, art. préc., p. 69.

Cette notion juridique n'est actuellement pas définie de manière précise par le droit positif. Pour certains, elle « *n'a rien d'une notion juridique* »<sup>2280</sup> et ne renvoie à aucune catégorie juridique particulière<sup>2281</sup>. C'est une notion floue « *dont les contours restent à dessiner* »<sup>2282</sup>, et dont la conception diverge en fonction des positions doctrinales. Pour certains, la notion de commande publique doit être entendue au sens strict du terme<sup>2283</sup>, et doit être circonscrite aux marchés publics. Pour d'autres, elle recouvre une acception plus large. Selon François Llorens, les contrats de la commande publique sont « *l'ensemble des contrats par lesquels une personne publique cherche à se procurer un bien ou un service, y compris ce service particulier consistant à exploiter un ouvrage ou à gérer une activité de service (public ou non)* »<sup>2284</sup>. Pour Pierre Delvolvé, la commande publique est très large, puisque les principes de la commande publique s'imposent « *à tous les contrats publics* »<sup>2285</sup>. Gabriel Eckert souligne les difficultés d'une définition précise de la notion de commande publique, dans la mesure où « *la distinction entre offre publique et demande publique est loin d'être aussi simple à opérer qu'il n'y paraît* »<sup>2286</sup>. Ainsi, la commande publique demeure « *une nébuleuse pour laquelle il est seulement possible d'entrevoir quelques bribes d'un régime juridique commun dans la passation de différents contrats publics et dont le plus petit dénominateur est constitué des principes généraux de la commande publique* »<sup>2287</sup>. Dès lors, la question de l'applicabilité des principes de la commande publique à la délivrance des autorisations d'occuper le domaine ne doit pas être résolue sur le fondement de la notion juridique de commande publique. Une telle démarche présente une source d'insécurité juridique.

Une solution réside dans le principe de liberté d'accès à la mise en concurrence tel que défini préalablement. Étant le principe initial qui justifie l'existence des procédures de passation<sup>2288</sup>, il est le seul principe de la commande publique susceptible de légitimer l'existence d'obligations procédurales dans la délivrance des titres d'occupation. À cet égard, ni l'égalité de traitement, ni la transparence des procédures ne peuvent justifier de telles obligations.

<sup>2280</sup> E. FATÔME, L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le droit commun de la commande publique et de la domanialité publique », *AJDA* 2003, p. 2350.

<sup>2281</sup> F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Commande publique et contrats publics : question de mots et de fond », *Contrats et marchés publ.* 2011, repère 2.

<sup>2282</sup> G. CLAMOUR, art. préc.

<sup>2283</sup> C. BARDON et Y. SIMONNET, art. préc.

<sup>2284</sup> F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 7.

<sup>2285</sup> P. DELVOLVÉ, « Les contrats globaux », *RFDA* 2004, p. 1079.

<sup>2286</sup> G. ECKERT, art. préc., p. 66.

<sup>2287</sup> 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. 23.

<sup>2288</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

Leurs fonctions, effectives uniquement lorsque la liberté d'accès produit ses effets, sont d'organiser la mise en concurrence, et non d'en justifier l'existence<sup>2289</sup>.

Appartenant au premier temps de la commande publique, la liberté d'accès poursuit un objectif à dimension économique<sup>2290</sup>. En permettant l'accès à une mise en concurrence lorsque l'autorité adjudicatrice externalise ou confie une activité économique, elle garantit l'ouverture du marché à la concurrence et assure son bon fonctionnement<sup>2291</sup>. Il est acquis que la liberté d'accès produit ses effets lorsque l'autorité adjudicatrice est dans une situation de demande, lorsqu'elle effectue une « commande publique ». La question se pose de l'applicabilité de ce principe lorsque l'administration, à l'inverse, offre un avantage économique sur le marché. Dans ce cadre, l'administration propose aux opérateurs économiques des moyens d'exercer leurs activités<sup>2292</sup>. Si plusieurs opérateurs économiques sont susceptibles d'être intéressés par cette offre, et en compétition pour l'acquérir, l'offre de l'autorité adjudicatrice peut perturber le fonctionnement normal du marché. Ainsi, l'octroi de cet avantage économique influence le jeu de la concurrence. Or, la liberté d'accès a pour fonction de garantir le fonctionnement normal du marché en assurant l'accès des opérateurs économiques à une compétition dont la finalité est l'acquisition d'une activité économique. Par conséquent, il est possible d'affirmer que la liberté d'accès s'applique dès lors qu'est mise sur le marché une activité économique susceptible d'intéresser plusieurs opérateurs économiques, que l'autorité adjudicatrice soit dans une démarche d'offre ou de demande. Dans ce cadre, la liberté assure pleinement sa fonction d'accès aux activités économiques. Or, il est acquis que le domaine des personnes publiques est souvent le support d'une activité économique. Ainsi, « *les titres d'occupation domaniale constituent un véritable droit d'accès à un marché pour un opérateur économique* »<sup>2293</sup>. Par conséquent, si l'accès à cette activité intéresse une pluralité d'opérateurs économiques, le maître du domaine doit respecter le principe de liberté d'accès, afin d'ouvrir le marché à la concurrence.

Partant, il convient de préciser les critères d'applicabilité du principe de liberté d'accès aux autorisations d'occupation domaniale. D'une part, le domaine doit être le support d'une activité économique, puisque cet élément est une des conditions d'applicabilité de la liberté.

---

<sup>2289</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>2290</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>2291</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2292</sup> A. LOUVARIS, « La dénomination des contrats publics d'affaire », *AJCA* 2015, p. 152.

<sup>2293</sup> G. HOUILLON, art. préc., p. 225.

D'autre part, cette activité doit être susceptible d'intéresser plusieurs opérateurs économiques. Enfin, l'offre portant sur l'activité économique doit influencer le fonctionnement normal du marché. Ainsi, « *le critère de la mise en concurrence ne réside pas dans la nature du contrat liant la personne publique à l'entreprise, mais dans les conséquences que cette relation peut avoir sur le fonctionnement du marché. Si l'octroi sans publicité préalable a pour effet de fausser le jeu de la concurrence, il doit être regardé comme irrégulier* »<sup>2294</sup>. Toutefois, l'applicabilité de la liberté d'accès doit avoir un sens. Par exemple, elle n'a pas lieu d'être lorsque l'occupation du domaine est le prolongement de la location ou de la propriété d'une dépendance appartenant à une personne privée. L'exemple probant est celui de « *l'autorisation délivrée à un cafetier pour installer quelques chaises sur le trottoir devant son café* »<sup>2295</sup>. En d'autres termes, l'accès à la mise en concurrence n'a pas lieu d'être sollicitée quand l'occupation ne trouble pas le jeu de la concurrence, « *ce qui serait normalement le cas lorsque les possibilités d'occupation du domaine sont supérieures au nombre de concurrents sur le marché ou encore que cette occupation n'est pas susceptible d'intéresser plusieurs demandeurs* »<sup>2296</sup>. Dans ces cas, le principe doit rester la conclusion du contrat de gé à gé.

Ainsi, il existe un principe général de liberté d'accès, qui s'applique dans les cas où l'autorisation d'occuper le domaine est le support d'une activité économique. Par conséquent, sous réserve de l'existence d'une activité économique, la liberté d'accès produit ses effets aussi bien lorsque l'utilisation du domaine est faite dans un but d'intérêt privé, ou dans un but d'intérêt général<sup>2297</sup>. Dans ce dernier cas, l'application de la liberté d'accès est d'autant plus légitime que l'occupation du domaine est un moyen de satisfaire l'intérêt général, donc un besoin de la personne publique. Les contrats concernés sont essentiellement le bail emphytéotique administratif<sup>2298</sup>, le bail emphytéotique administratif logement social<sup>2299</sup>, et

---

<sup>2294</sup> J. SORIN, art. préc.

<sup>2295</sup> Ch. MAUGÜÉ et G. BACHELIER, art. préc., p. 1084.

<sup>2296</sup> Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 574.

<sup>2297</sup> G. BERTHON, « Le régime de passation des concessions domaniales à la croisée des chemins », *RFDA* 2009, p. 483.

<sup>2298</sup> Art. L1311-2 du Code général des collectivités territoriales : « un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ».

<sup>2299</sup> Art. 7 de la Loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, *JORF* n°0041 du 18 février 2009 p. 2841.

l'autorisation d'occupation temporaire constitutive de droits réels<sup>2300</sup>. Les contrats permettant de valoriser le domaine des personnes publiques, tel que le bail emphytéotique administratif dit de valorisation<sup>2301</sup>, entrent également dans cette logique de satisfaction d'un besoin de la personne publique<sup>2302</sup>. À ce titre, pour les contrats n'ayant pas pour seul objet l'occupation du domaine, « *la directive 2014/23 est susceptible d'entraîner la qualification comme concession de service d'un certain nombre de contrat qui impose des obligations d'intérêt général qui permettent de décider qu'il y a prestation et gestion de service* »<sup>2303</sup>. Tel est par exemple le cas des contrats relatifs à l'affichage publicitaire<sup>2304</sup>, car dans ce cadre, tout en étant offreuse sur le marché, l'administration obtient un service. Il convient, à présent, d'analyser ce qu'implique le principe de liberté d'accès, puis ceux d'égalité et de transparence, dans la délivrance des titres d'occupation domaniale.

## **II : Les implications de la liberté d'accès sur le régime des conventions d'occupation du domaine des personnes publiques.**

De la liberté d'accès à la mise en concurrence découlent plusieurs obligations spécifiques à la charge de l'autorité adjudicatrice<sup>2305</sup>. Le nombre et la teneur de ces obligations dépendent de la nature du contrat envisagé ainsi que de son montant. S'agissant des contrats portant occupation du domaine des personnes publiques, à l'inverse des marchés publics, les implications de la liberté d'accès doivent demeurer minimales, ces contrats n'ayant pas pour objet exclusif de répondre aux besoins de la personne publique. Dans tous les cas, l'autorité adjudicatrice doit informer les opérateurs économiques potentiels susceptibles d'être intéressés de l'existence d'une mise à disposition du domaine. En effet, la publicité horizontale, c'est-à-dire dans l'espace, est le premier moyen permettant de susciter la

---

<sup>2300</sup> Art. L1311-5 du Code général des collectivités territoriales : « *les collectivités territoriales peuvent délivrer sur leur domaine public des autorisations d'occupation temporaire constitutives de droits réels, en vue de l'accomplissement, pour leur compte, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de leur compétence* ».

<sup>2301</sup> Art. 11 de la Loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2010 p. 13650 – Art. L2341-1.-I. du Code général des propriétés des personnes publiques : « *un bien immobilier appartenant à l'Etat ou à un établissement public mentionné au onzième alinéa de l'article L. 710-1 du code de commerce, au premier alinéa de l'article 5-1 du code de l'artisanat ou à l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à l'article L. 451-1 du même code, en vue de sa restauration, de sa réparation ou de sa mise en valeur. Ce bail est dénommé bail emphytéotique administratif* ».

<sup>2302</sup> E. FATÔME, art. préc., p. 2475 : « *ce nouveau BEA, que par commodité nous qualifierons de BEA de valorisation, correspond incontestablement à un besoin* ».

<sup>2303</sup> L. RICHER, *op. cit.*

<sup>2304</sup> H. HOEPFFNER, « L'affichage publicitaire et la commande publique : de quelques problèmes de frontières », *AJDA* 2015, p. 1107.

<sup>2305</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

concurrence entre opérateurs économiques. Les modalités de publicité peuvent être calquées sur celles applicables aux marchés à procédure adaptée dont le montant est inférieur à 90 000 euros. Le maître du domaine doit prendre en compte le nombre ou la localisation des opérateurs économiques susceptibles de répondre à l'offre de prestation<sup>2306</sup>. La liberté d'accès impose également que les critères de sélection des candidatures n'entraient pas injustement l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence<sup>2307</sup>. Ils reposent essentiellement dans la capacité du futur contractant à exercer son activité dans l'intérêt du domaine.

L'égalité de traitement, principe intervenant lors du deuxième temps de la commande publique<sup>2308</sup>, doit également faire l'objet d'une application minimale. La personne publique, tout en respectant un tel principe<sup>2309</sup>, doit demeurer libre dans la conduite de la mise en concurrence et de la négociation<sup>2310</sup>, et doit pouvoir choisir en toute liberté son futur cocontractant. La gestion du domaine demeure un pouvoir de police administrative, le maître du domaine doit donc disposer du pouvoir de choisir librement le futur occupant. Ainsi, la mise en concurrence ne doit pas « *restreindre le pouvoir du gestionnaire du domaine de choisir le bénéficiaire de sa décision. Il lui appartient, après avoir fait jouer la concurrence, de choisir la formule qui lui paraît la meilleure dans l'intérêt du domaine* »<sup>2311</sup>, sans que le juge « *estime qu'il y ait lieu de retenir une atteinte à l'égalité de traitement* »<sup>2312</sup>. Cette logique reste conforme à la jurisprudence de la Cour de justice, qui fait découler du principe de non-discrimination une obligation de transparence qui implique seulement « *un degré de publicité adéquat* »<sup>2313</sup>. La mise en concurrence ne doit donc pas limiter la part de subjectivité dans le choix du cocontractant. Dans ce cadre, la passation des autorisations d'occuper les dépendances domaniales se rapproche des procédures de passation des délégations de service public, tout en laissant une plus grande marge de manœuvre au maître du domaine. Cela permet ainsi « *de concilier la protection du marché et des ressources publiques sans porter une atteinte excessive à la nécessaire souplesse de la gestion administrative* »<sup>2314</sup>.

---

<sup>2306</sup> Art. 28 du Code des marchés publics.

<sup>2307</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2308</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

<sup>2309</sup> A. MÉNÉMÉNIS, art. préc., p. 128.

<sup>2310</sup> Si le maître du domaine décide de procéder à une négociation.

<sup>2311</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, p. 380.

<sup>2312</sup> *Idem*.

<sup>2313</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

<sup>2314</sup> G. ECKERT, art. préc., p. 68.

S'agissant de la transparence, elle assure des fonctions d'intelligibilité et de vérification de l'impartialité de la procédure. Le maître du domaine doit donc indiquer certains éléments dans la publicité initiale afin que la mise en concurrence ne se réalise pas dans une totale opacité. Les éléments essentiels du contrat doivent être communiqués aux opérateurs économiques dès le lancement de la procédure<sup>2315</sup>. Il en est de même des critères de sélection des candidatures, qui sont susceptibles de conditionner l'acte de candidature des candidats potentiels, donc d'avoir une influence sur la qualité de la concurrence. Certains auteurs affirment que les critères de sélection des offres doivent également être préalablement connus des candidats, avant la sélection des offres. Alain Ménéménis<sup>2316</sup> préconise ainsi l'indication de la méthode et des critères au regard desquels les personnes publiques entendent sélectionner leurs futurs cocontractants. L'hypothèse inverse semble plus pertinente. Pour laisser une marge de manœuvre suffisante au maître du domaine dans la conduite de la procédure, les critères de sélection des offres ne doivent pas être nécessairement connus des candidats. En effet, lorsque l'information sur les critères d'attribution est communiquée préalablement au choix des offres, la personne publique est tenue de s'y conformer<sup>2317</sup>. Par conséquent, elle ne dispose plus totalement d'une liberté dans le choix de son futur cocontractant.

Une interrogation subsiste sur la nature des autorisations devant être soumises à ces obligations minimales de publicité et de mise en concurrence. En d'autres termes, la question se pose de l'applicabilité du principe de liberté d'accès à l'ensemble des autorisations d'occupation domaniale, ou seulement aux conventions d'occupation du domaine, ce qui exclut les autorisations unilatérales. Un parallèle peut être fait avec les délégations de service public, qui peuvent être confiées au délégant par un contrat ou une autorisation unilatérale. La conclusion des délégations unilatérales de service public n'est pas soumise à des obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>2318</sup>. C'est pourquoi un opérateur économique n'est pas recevable à introduire un référé précontractuel pour contester l'absence d'une procédure de

---

<sup>2315</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

<sup>2316</sup> A. MÉNÉMÉNIS, art. préc., p. 128.

<sup>2317</sup> Cette affirmation se fonde sur la jurisprudence récente du Conseil d'État en matière de délégation de service public. Lorsque l'autorité délégante publie de sa propre initiative les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution, elle est tenue de s'y conformer, puisqu'elle ne peut les modifier sans avoir la possibilité d'informer en temps utile les candidats : CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

<sup>2318</sup> CE, avis, 9 mars 1995, n° 356931, *EDCE* 1996, n° 47, p. 399 – CE, 3 mai 2004, *Fondation assistance aux animaux*, n° 249832, *Rec. T.* p. 551 ; *Dr. adm.* 2004, comm. 141, concl. E. Glaser ; *BJCP* 2004. 464, concl. E. Glaser, obs. C. M. – CE, 25 juillet 2008, *Fédération nationale de l'aviation marchande*, n° 290728, *Rec. T.* p. 587.

passation<sup>2319</sup>. *A priori*, il devrait en être de même s'agissant des autorisations unilatérales d'occupation du domaine des personnes publiques. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice laisse subsister un doute sur cette question. Dans une décision *The Sporting Exchange Ltd.* du 3 juin 2010<sup>2320</sup>, la Cour soumet la délivrance d'un agrément unilatéral aux principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures. Cette jurisprudence démontre que le droit de l'Union n'attache pas d'importance à l'instrument et aux moyens utilisés par l'autorité adjudicatrice, mais se focalise sur les effets de la dévolution d'activités économiques sur le marché commun. Par conséquent, « *il n'y aurait pas lieu de distinguer à cet égard selon que le titre en cause est unilatéral ou conventionnel, pas davantage selon qu'il porte sur le domaine privé ou sur le domaine public* »<sup>2321</sup>. Dans cette logique, l'ensemble des autorisations unilatérales et conventionnelles doit faire l'objet d'une procédure de passation. Une évolution peut être attendue en ce sens.

La détermination des fonctions propres du principe de liberté d'accès permet d'étendre son champ d'application à la conclusion des autorisations d'occupation domaniale. La même logique doit s'appliquer aux contrats de droit privé de la commande publique, dont les textes ne prévoient pas des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence.

## **Paragraphe 2 : L'intégration des fonctions du principe de liberté d'accès dans la jurisprudence du juge judiciaire.**

Le contentieux du droit de la commande publique n'est pas l'apanage du juge administratif, le juge judiciaire ayant également à connaître du contentieux d'une partie des marchés publics. D'une part, avant la loi *MURCEF*<sup>2322</sup> qui donne compétence au juge administratif pour le contentieux des marchés publics soumis au Code des marchés publics, le juge judiciaire avait à connaître des marchés publics de droit privé. D'autre part, en droit interne, un ensemble de personnes morales qualifiées de droit privé relèvent de la

---

<sup>2319</sup> CE, 13 juillet 2007, *Commune de Rosny-sous-Bois*, n° 299207, *Rec. T.* p. 934 ; *Dr. adm.* 2007, comm. 11, obs. A. Ménéménis; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 282, obs. J.-P. Piétri.

<sup>2320</sup> CJUE, 3 juin 2010, *The Sporting Exchange Ltd.*, aff. C-203/08, *Rec.* p. I-04695 ; *Contrats et marchés publ.* 2010, Repère 11, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux. Cette décision est confirmée par la suite : CJUE, 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, *Rec.* p. I-08219 ; *RTD eur.* 2011. 423, obs. A. Lawrence Durviaux.

<sup>2321</sup> Y. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 574.

<sup>2322</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JORF* du 12 décembre 2001, p. 19703.

qualification très large de pouvoir adjudicateur<sup>2323</sup> au sens du droit de l'Union européenne, du fait notamment d'une certaine dépendance matérielle ou financière à l'État ou à une collectivité territoriale. Ainsi, sans avoir le caractère de contrat administratif en l'absence d'un critère organique, ces contrats de droit privé entrent dans la catégorie des contrats de la commande publique<sup>2324</sup> soumis aux directives de l'Union européenne. Il s'agit principalement des contrats de droit privé<sup>2325</sup> relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>2326</sup> et du décret du 20 octobre 2005<sup>2327</sup>, mais aussi des marchés publics des organismes de sécurité sociale de l'article L124-4 du Code de la sécurité sociale<sup>2328</sup>, lorsque l'organisme en cause est de droit privé<sup>2329</sup>. Par conséquent, il se construit peu à peu une jurisprudence judiciaire de la commande publique<sup>2330</sup>.

---

<sup>2323</sup> Article 1<sup>er</sup>-9 de la directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* p. L-134/14 : « sont considérés comme «pouvoirs adjudicateurs»: l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ». La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, dans son article 2, reprend cette définition – Art. 10 de l'ordonnance relative aux marchés publics du 23 juillet 2015, préc. : « les pouvoirs adjudicateurs sont : 1° Les personnes morales de droit public ; 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun » – L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 390 : « la catégorie des pouvoirs adjudicateurs englobe l'Etat, les collectivités locales et les organismes qui leur sont rattachés, mais aussi les « organismes de droit public », lesquels ne sont pas assimilables aux personnes morales de droit public du droit français ». Voir également, pour une définition complète de la notion de pouvoir adjudicateur : M. KARPENSCHIF, « Définition du pouvoir adjudicateur par la CJCE », *AJDA* 2004, p. 526.

<sup>2324</sup> Pour une démonstration du caractère de « commande publique » de ces contrats de droit privé, voir M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.

<sup>2325</sup> Il est à noter que les contrats administratifs relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005 sont de la compétence du juge administratif.

<sup>2326</sup> Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* du 7 juin 2005, p. 10014.

<sup>2327</sup> Décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, *JORF* n°247 du 22 octobre 2005 p. 16752.

<sup>2328</sup> Art. L124-4 du Code de la sécurité sociale : « les travaux, les fournitures, les prestations intellectuelles et les services pour le compte des organismes de droit privé jouissant de la personnalité civile assurant en tout ou partie la gestion d'un régime légalement obligatoire d'assurance contre la maladie, la maternité, la vieillesse, l'invalidité, le décès, le veuvage, les accidents du travail et les maladies professionnelles ou de prestations familiales, ainsi que des unions ou fédérations desdits organismes, font l'objet de marchés dont le mode de passation et les conditions d'exécution respectent les garanties prévues en matière de marchés de l'Etat. Les dispositions du premier alinéa sont également applicables aux groupements d'intérêt public et aux groupements d'intérêt économique financés majoritairement par un ou plusieurs organismes mentionnés au premier alinéa, ou par un ou plusieurs organismes nationaux cités à l'article L. 200-2 ».

<sup>2329</sup> TC, 15 mars 2010, *Caisse interprofessionnelle de prévoyance et d'assurance vieillesse et autres c/ Société otis, Société Schoeller Atelier et autres*, n° C3725.

<sup>2330</sup> M. UBAUD-BERGERON, art. préc., p. 531.

Face à cette dualité des juridictions compétentes en matière de commande publique, se pose la question de l'homogénéité des solutions jurisprudentielles dégagées par les deux ordres de juridiction. C'est pourquoi l'étude de la jurisprudence du juge judiciaire est intéressante, bien que « *le contentieux judiciaire de la commande publique a, jusqu'à présent, fait l'objet d'un intérêt distancié, sans doute parce que la doctrine publiciste n'y voit qu'un succédané du contentieux des marchés publics, tandis que la doctrine privatiste le considère comme relevant in fine du droit public* »<sup>2331</sup>. L'analyse de l'ensemble des jurisprudences administratives et judiciaires demeure importante, car de manière générale « *le dialogue de la Cour de cassation et du Conseil d'État demeure un enjeu majeur pour un système juridique reposant sur une authentique dualité des juridictions compétentes et des droits applicables* »<sup>2332</sup>. En droit de la commande publique, la tendance est globalement à la convergence des solutions adoptées par les deux ordres de juridiction (A). Toutefois, subsistent des différences fondées sur l'interprétation divergente de la dynamique des principes de la commande publique qu'adoptent la Cour de cassation et le Conseil d'État. À cet égard, la définition des fonctions propres des principes, notamment celui de liberté d'accès à la mise en concurrence, doit être un vecteur d'homogénéisation entre les jurisprudences des juges internes (B).

### ***A : La convergence des jurisprudences administrative et judiciaire***

L'analyse des jurisprudences des juges administratif et judiciaire en matière de commande publique révèle que les solutions dégagées par les deux ordres de juridictions sont essentiellement convergentes. Selon Frédéric Dieu, « *cette interprétation identique a bien entendu une explication immédiate : les textes en question sont souvent identiques, ayant une origine commune dans les textes issus du droit de l'Union* »<sup>2333</sup>. Les deux juges, de manière générale, adoptent une jurisprudence convergente sur les implications des principes de liberté d'accès (I), d'égalité de traitement et de transparence (II).

---

<sup>2331</sup> *Idem.*

<sup>2332</sup> B. PLESSIX, note sous Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2013, *Société L'Alleoise*, n° 11-27.837, *RFDA* 2013, p. 541.

<sup>2333</sup> F. DIEU, « Les juges de cassation et les référés de la commande publique : aspect d'une convergence », *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 3.

## I : Une convergence sur les implications de la liberté d'accès.

S'agissant du déroulement des procédures de passation, le juge judiciaire adopte une interprétation des textes globalement identique à celle du Conseil d'État. Il veille d'abord à ce que l'autorité adjudicatrice respecte son obligation de détermination préalable des besoins, afin de permettre aux soumissionnaires « *d'apprécier leur capacité à y répondre, soit qu'ils disposent des moyens nécessaires, soit qu'ils soient appelés à les constituer ou réunir, de déterminer le prix* »<sup>2334</sup>. La publicité effectuée par l'autorité adjudicatrice est également contrôlée par le juge judiciaire, et sanctionnée en cas de non-respect des textes<sup>2335</sup>. Sur le contrôle des capacités professionnelles, techniques et financières des opérateurs économiques, les juges internes exercent tous deux un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>2336</sup>, et obligent l'autorité adjudicatrice à procéder à une analyse globale du dossier de candidature<sup>2337</sup>. À cet égard, la Cour de cassation indique que « *la commission d'appel d'offres ne peut se fonder sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de son aptitude à réaliser le marché* »<sup>2338</sup>. Ainsi, elle réceptionne une solution dégagée par le juge administratif interdisant le rejet d'une candidature exclusivement fondé sur l'existence d'une expérience antérieure fâcheuse avec le candidat<sup>2339</sup>. La Cour veille également à l'accès à la mise en concurrence des entreprises de créations récentes, en permettant à l'entreprise de prouver sa capacité par tout moyen, même si les documents de la consultation ne l'indiquent pas<sup>2340</sup>. Cette convergence des jurisprudences se retrouve également dans l'application des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures.

<sup>2334</sup> TGI Paris, 26 mars 2008, *Société Neuf Cegetel c/ La Poste*, n° 08/51838.

<sup>2335</sup> TGI Paris, 9 juillet 2003, *Société Solystic SAS*, n° 03/57011 ; *BJCP* n° 31, p. 452 – CA Paris, 25 octobre 2007, *SAS ETDE c/ Caisse régionale d'assurance maladie d'Ile de France*, n° 05/02543 – TC Paris, Ord. 12 mars 2008, *Société Appia*, n° 2008011757.

<sup>2336</sup> Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-17.890 – CE, 13 octobre 1993, *Commune de Mées c/ Société Someco*, n° 142080 ; *RDI*. 1994, p. 47, chron. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 17 septembre 2014, *Société Delta Process*, n° 378722 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 292, note G. Eckert.

<sup>2337</sup> Cass. Com., 4 octobre 2011, *Société HLM Coutances Granville*, n° 10-26.702 – CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, n° 324153 ; *Rec. T.* p. 831 ; *BJCP* 2009, n° 66, p. 374, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 271, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2009, comm. 112, note A. Ruellan ; *RDI* 2009. 472, note R. Noguellou.

<sup>2338</sup> *Idem.*

<sup>2339</sup> CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, préc. – CE, 10 novembre 2010, *Ministre de la défense c/ Société Multi travaux Guyane*, n° 341132, *Rec. T.* p. 885 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 27, note F. Llorens ; *AJDA* 2011. 1348, note L. Moreau ; *Dr. adm.* 2011, comm. 8, note Coronat ; *JCP A* 2011, 2028 – CE, 24 novembre 2010, *Commune de Ramatuelle*, n° 335703, *Rec. p.* 451 ; *BJCP* 2011, p. 74, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 23, note G. Eckert.

<sup>2340</sup> Cass. Com., 14 mai 2013, n° 12-178.90 – CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Benoît*, n° 356455 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 211, note W. Zimmer.

## II : Une convergence sur les implications des principes d'égalité et de transparence.

S'agissant des conditions de la consultation, le juge judiciaire fait une application similaire à celle du Conseil d'État concernant les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Comme le souligne Marion Ubaud-Bergeron<sup>2341</sup>, le juge judiciaire vérifie d'une part, que le périmètre de la négociation a été clairement défini par le pouvoir adjudicateur<sup>2342</sup>, d'autre part, que les candidats se sont vus communiquer toutes les informations déterminantes<sup>2343</sup>. En outre, en cas de modifications substantielles apportées aux conditions et documents de la consultation, l'autorité adjudicatrice doit laisser à l'ensemble des entreprises candidates un délai suffisant pour remettre des offres<sup>2344</sup>. Si le délai est prorogé, l'ensemble des candidats doit en être informé dans des conditions d'égalité<sup>2345</sup>. En revanche, le pouvoir adjudicateur est en mesure de refuser la demande de prorogation du délai de remise des offres s'il a pour effet de méconnaître le principe d'égalité entre les candidats<sup>2346</sup>. De manière générale, le juge judiciaire applique le principe d'égalité des candidats pendant toute la procédure de passation<sup>2347</sup>.

La jurisprudence du juge judiciaire sur la sélection des offres est équivalente à celle du Conseil d'État. Conformément aux jurisprudences administrative et européenne<sup>2348</sup>, la Cour de cassation confirme que les offres doivent être vérifiées uniquement par rapport aux critères de sélection des offres, et non au moyen des critères de sélection des candidatures<sup>2349</sup>. Elle respecte ainsi la règle selon laquelle la phase de sélection des candidatures doit être distincte et surtout préalable à celle d'évaluation des offres<sup>2350</sup>. En outre, l'autorité adjudicatrice, afin de

<sup>2341</sup> M. UBAUD-BERGERON, art. préc.

<sup>2342</sup> TGI Lyon, 23 janvier 2012, *SA Smac c/ SCI SEPR*, n° 11-03324 ; *Contrats et marché publ.* 2012, comm. 183, obs. M. Ubaud-Bergeron.

<sup>2343</sup> Cass. Com., 24 juin 2008, *SNCF c/ Société SFR*, n° 08-12.325.

<sup>2344</sup> Cass. Com., 8 décembre 2009, *ADP c/ Société Conrac*, n° 08-21.714.

<sup>2345</sup> TGI Paris, 28 février 2013, *SAS Assmann Telecom c/ SNCF*, n° 12/02753.

<sup>2346</sup> TGI Paris, Ord. 9 février 2010, *SAS 01DB-METRAVIB c/ Association BRUITPARIF*, n° 10/51306.

<sup>2347</sup> TGI Besançon, Ord., 5 novembre 2008, *Société Sacedara Software*, n° O6/00297.

<sup>2348</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>2349</sup> Cass. Com., 15 novembre 2011, *Société d'HLM Halpades c/ Société Oliva*, n° 10-25.654.

<sup>2350</sup> CE, 4 mars 2011, *Région réunion*, n° 344197, *Rec. T.* p. 1008 ; *BJCP* 76, p. 196, concl. N. Boulouis : « considérant que les dispositions citées ci-dessus distinguent la phase de sélection des candidatures à un marché public, au cours de laquelle elles permettent au pouvoir adjudicateur, avant l'examen des candidatures, et dans les conditions fixées au I de l'article 52 du code des marchés publics, de demander aux candidats de compléter leur dossier de candidature, de la phase d'attribution du marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, après élimination, notamment, en application du III de l'article 53, des offres que leur teneur, incomplète, rend irrégulières » – CE, 11 avril 2014, *Ministre de la Défense*, n° 375245 ; *AJDA* 2014. 827 ; *BJCP* 2014. 341, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 171, note W.

respecter le principe de transparence, doit communiquer les éléments essentiels aux candidats pour élaborer une offre, notamment les informations relatives à la masse salariale<sup>2351</sup>. Afin de garantir le respect du principe d'égalité des candidats, le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à des critères de sélection des offres imprécis ou inadaptés à l'objet du marché<sup>2352</sup>, ou non énoncés à l'avance dans les documents de consultation<sup>2353</sup>. Par ailleurs, ne peut être choisie qu'une offre communiquée dans le délai de réception des offres, sous peine de porter atteinte à l'égalité entre les candidats<sup>2354</sup>. S'agissant du rejet des offres, l'autorité adjudicatrice a l'obligation de communiquer aux candidats évincés les motifs de sa décision, et ce afin de respecter le principe de transparence des procédures<sup>2355</sup>.

L'analyse des jurisprudences administrative et judiciaire démontre ainsi qu'il existe une convergence certaine entre les deux ordres de juridiction, la première influençant fortement la seconde. En témoigne la décision de la Cour de cassation du 23 octobre 2012, *Société Dalkia France*<sup>2356</sup>, qui reprend mot pour mot le considérant de principe de la jurisprudence *SMIRGEOMES*<sup>2357</sup>. Les divergences sur l'interprétation des textes résultent en grande majorité d'une différence dans la rédaction des règles applicables à la passation<sup>2358</sup>. Ainsi, à

---

Zimmer ; Dr. adm. 2014, comm. 44, note F. Brenet – CE, 7 novembre 2014, *Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne*, n° 384014 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 6, note G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 42, obs. M. Ubaud-Bergeron ; *AJCT* 2015, comm. 162, obs. S. Dyens.

<sup>2351</sup> Cass. Com., 10 décembre 2013, n° 12-258.08.

<sup>2352</sup> TGI Nancy, 2 novembre 2010, *SA Bancel c/ SA d'HLM ICF nord-est*, n° 10/00525 – TGI Paris, Ord. 9 janvier 2012, *SARL Varian Medical System c/ CEA*, n° 11/59893.

<sup>2353</sup> TGI Nancy, 8 juin 2000, *SIVP c/ CPAM du Haut-Rhin*, n° 10/00269.

<sup>2354</sup> TGI Paris, Ord., 5 octobre 2012, *SAS Johnson Controls Service c/ CPAM de la Seine Saint-Denis*, n° 12/56791.

<sup>2355</sup> TGI Nancy, 2 novembre 2010, *SA Bancel c/ SA d'HLM ICF nord-est*, préc.

<sup>2356</sup> Cass. Com., 23 octobre 2012, *Société Dalkia France*, n° 11-23.521, *Bull. civ.* 2012, IV, n° 194 ; *AJDA* 2012. 2199 ; *D.* 2012. 2609 ; *RDI* 2013. 214, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 23, note M. Ubaud-Bergeron.

<sup>2357</sup> 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, p. 1128, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé ; *BJCP* 2008, p. 451, concl. B. Dacosta, obs. R. Schwartz ; *AJDA* 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *AJDA* 2008, p. 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.

<sup>2358</sup> C'est le cas par exemple en matière d'allotissement. Concernant les marchés publics passés en application du Code des marchés publics, le Conseil d'État exige que les offres présentées par les candidats soient examinées lot par lot (CE, 23 novembre 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 6, note F. Olivier). Or, la Cour de cassation permet à l'autorité adjudicatrice de procéder à une appréciation combinée des offres à différents lots d'une mise en concurrence (Cass. Com., 24 juin 2008, *Société SFR c/ SNCF*, n° 08-12.325 ; *Bull. civ.* 2008, IV, n° 130). Cette divergence est logique, les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret du 30 décembre 2005 ne comportant aucune disposition semblable à celle de l'article 10 du Code des marchés publics relatif au principe de l'allotissement. Par conséquent, pour les autorités adjudicatrices soumise à l'ordonnance du 6 juin 2005, il n'y a aucune obligation d'allotir le marché (CE, 23 décembre 2011, *Établissement public d'aménagement Euroméditerranée*, n° 351505, *Rec.* p. 672 ;

l'instar du contenu des textes, « *les mêmes principes généraux servent de guide à l'interprétation de ces dispositions par le juge judiciaire comme par le juge administratif* »<sup>2359</sup>. Les jurisprudences internes ne sont cependant pas totalement homogènes, la Cour de cassation adoptant une interprétation restrictive du champ d'application du principe de liberté d'accès à la commande publique.

***B : La divergence sur le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.***

Le juge judiciaire adopte une conception restrictive de la liberté d'accès à la commande publique qui tranche avec celle retenue par la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil d'État (I). En occultant les fonctions supplétives du principe, le juge judiciaire adopte une position jurisprudentielle discutable (II).

**I : Une conception restrictive du juge judiciaire.**

La conception restrictive du juge judiciaire s'agissant de la liberté d'accès s'analyse dans les décisions récentes de la Cour de cassation relatives à la passation des marchés de services non prioritaires soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>2360</sup>. Conformément à la législation de l'Union européenne qui n'exige pas de procédure particulière<sup>2361</sup>, l'article 9 du décret du 30 décembre 2005 dispose que « *ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur* »<sup>2362</sup>. En effet, ce type de services n'entre pas dans la liste énumérée à l'article 8 du décret précité pour lesquels « *sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre, les marchés de services énumérés ci-dessous* »<sup>2363</sup>. Cette liberté contractuelle doit cependant être relativisée, l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 disposant que « *les marchés et les accords-cadres soumis à la*

---

*Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 41, obs. W. Zimmer). Il est à noter qu'avec la nouvelle ordonnance sur les marchés publics du 23 juillet 2015 (préc.), l'allotissement devient obligatoire pour tous les marchés soumis à l'ordonnance, y compris ceux des personnes qui relevaient jusque là de l'ordonnance du 6 juin 2005.

<sup>2359</sup> J. MARTIN, « Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées, Contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire », in *À propos des contrats des personnes publics, Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 185.

<sup>2360</sup> Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 préc.

<sup>2361</sup> Annexe IB de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *JOUE* p. 0114 – 0240.

<sup>2362</sup> Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 préc.

<sup>2363</sup> Article 8 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 préc.

*présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* »<sup>2364</sup>. Il peut être déduit de cet article que les marchés publics entrant dans le champ d'application de l'ordonnance respectent les principes de la commande publique, y compris ceux qui ne sont pas soumis à une procédure particulière. C'est la conception retenue par le Conseil d'État s'agissant des marchés passés en application du Code sans formalités préalables<sup>2365</sup>. De plus, « *l'expression « selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur » (...) renvoie immanquablement aux procédures de passation dites adaptées et, en tout état de cause, à la nécessité de respecter les principes fondamentaux de la commande publique qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs* »<sup>2366</sup>. Plus précisément, la fonction supplétive de la liberté d'accès impose à l'autorité adjudicatrice le respect d'une procédure de passation minimale librement déterminée par l'autorité adjudicatrice permettant aux opérateurs économiques d'accéder à une mise en concurrence afin d'obtenir le marché<sup>2367</sup>, alors même que les textes ne prévoient aucune procédure spécifique.

Ce n'est pas la conception retenue par la Cour de cassation dans une décision du 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*<sup>2368</sup>. Il s'agissait, en l'espèce, d'un contrat conclu entre le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) d'un centre hospitalier et un cabinet d'experts, ayant pour objet de confier une expertise pour l'éclairer sur l'état des risques, les facteurs de causalité qui s'expriment dans les situations de travail et l'aider à l'élaboration des préconisations en la matière. Au contentieux, le centre hospitalier, dont fait parti le CHSCT, soutenait que le contrat devait être soumis au respect des règles contenues dans l'ordonnance du 6 juin 2005, bien que le service en question ne fasse pas partie de ceux énumérés à l'article 8 du décret d'application du 30 décembre 2005. Malgré une soumission évidente du marché à l'ordonnance du 6 juin 2005<sup>2369</sup>, la Cour juge que « *la décision de recourir à un expert, prise par le CHSCT (...) n'est pas au nombre des marchés de service énumérés limitativement par l'article 8 du décret n° 2005-1742 du 30*

---

<sup>2364</sup> Article 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 préc.

<sup>2365</sup> CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

<sup>2366</sup> W. ZIMMER, note sous Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors, Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 101.

<sup>2367</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2368</sup> Cass. Soc., 16 janvier 2013, *Centre hospitalier régional Jean Rougier de Cahors*, préc.

<sup>2369</sup> Pour une démonstration à ce sujet, voir F. LINDITCH, « rappel de la jurisprudence de la cour de cassation sur le « CHSCT » », *Contrats et marchés publ.* 2013, alerte 20 – W. ZIMMER, note préc. – M. UBAUD-BERGERON, art. préc.

décembre 2005 portant application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ; qu'il en résulte que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les modalités de désignation de l'expert par le CHSCT répondaient à des règles particulières de la commande publique ». Ce raisonnement, qui « peut heurter le praticien de la commande publique »<sup>2370</sup>, tranche nettement avec la solution adoptée par le Conseil d'État pour le même type de marchés, dans laquelle il avait enjoint les pouvoirs adjudicateurs à respecter les principes fondamentaux de la commande publique et ce malgré l'absence de dispositions précises de passation<sup>2371</sup>. Reprenant une jurisprudence antérieure sur des faits similaires<sup>2372</sup>, la Cour de cassation confirme la décision du 16 janvier 2013<sup>2373</sup>. Par conséquent, « face au silence du texte, le juge judiciaire va privilégier la méthode exégétique et ne pas imposer de règle que le législateur n'a pas prévu »<sup>2374</sup>, ignorant ainsi la dynamique engagée par la jurisprudence du Conseil d'État.

## II : Une conception discutable du juge judiciaire.

L'analyse de cette jurisprudence révèle que « dès lors qu'est en cause l'appréciation de la portée des principes fondamentaux, le juge judiciaire adopte une appréhension spécifique »<sup>2375</sup>. Cette position du juge judiciaire est discutable, car les principes fondamentaux de la commande publique ne sont pas « simplement des principes dont la portée est conditionnée par l'existence d'un texte, ils ont une portée autonome de nature à assurer leur effectivité, comme tout principe général du droit »<sup>2376</sup>. De plus, leur application

---

<sup>2370</sup> W. ZIMMER, note préc.

<sup>2371</sup> CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005, p. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005, p. 483, concl. D. Casas ; *RTD eur.* 2006, p. 301, chron. D. Ritleng ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 107, note G. Eckert ; *Dr. adm.* 2005, comm. 65, note A. Ménéménis ; *JCP A* 2005, 1151, note F. Linditch.

<sup>2372</sup> Cass. Soc., 14 décembre 2011, *APHP*, n° 10-20.378 : « mais attendu que la décision de recourir à un expert, prise par le CHSCT d'un établissement public en application de l'article L. 4614-12 du code du travail, n'est pas au nombre des marchés de service énumérés limitativement par l'article 8 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 portant application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ; Qu'il en résulte que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les modalités de désignation de l'expert par le CHSCT répondaient à des règles particulières de la commande publique ».

<sup>2373</sup> Cass. Soc., 20 novembre 2013, n° 12-22.197, *Centre hospitalier universitaire André Benech*. À noter dans cette décision : la Cour de cassation ne reprend pas la formule « qu'il en résulte que la cour d'appel n'avait pas à rechercher si les modalités de désignation de l'expert (...) répondaient à des règles particulières de la commande publique ».

<sup>2374</sup> J. MARTIN, art. préc., p. 186.

<sup>2375</sup> M. UBAUD-BERGERON, art. préc.

<sup>2376</sup> *Idem*.

transcende la nature publique ou privée de la personne qui passe le contrat tant que cette dernière entre dans la définition européenne de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice. Or, « *la solution de la Cour de cassation ignore la logique des principes fondamentaux de la commande publique, qui ont vocation à produire leurs effets lorsque le texte spécial ne peut s'appliquer en raison du montant ou de l'objet du contrat* »<sup>2377</sup>. C'est pourquoi cette solution est critiquée par le discours doctrinal. Pour Florian Linditch, il est difficile de comprendre « *comment des prestations d'expertise en matière d'hygiène et de sécurité pourraient ne pas relever des besoins du pouvoir adjudicateur lui-même. L'indépendance dont jouissent les CHSCT n'empêche pas qu'ils constituent des organes du pouvoir adjudicateur. De plus, leurs préoccupations intéressent et impactent le pouvoir adjudicateur lui-même. Le droit des marchés publics devrait par conséquent s'appliquer quelle que soit la manière dont la gouvernance s'exprime au sein du pouvoir adjudicateur* »<sup>2378</sup>. Pour Willy Zimmer, « *tant ce droit à l'expertise que la nécessité de recourir à un cabinet agréé ne sauraient valoir dispense de mise en concurrence* »<sup>2379</sup>. La décision de la Cour de cassation paraît ainsi surprenante.

Toutefois, il est possible d'expliquer la position adoptée par les juges du quai de l'horloge. En l'état actuel du droit, aucun texte n'impose une procédure particulière pour la passation des marchés de services non prioritaires. En outre, la Cour de justice confirme que ces marchés ne sont soumis qu'aux seules dispositions de la directive relatives aux spécifications techniques et à l'obligation d'envoyer un avis d'attribution<sup>2380</sup>. Elle juge également que ces marchés n'ont pas à être soumis aux obligations de transparence du droit de l'Union, sauf s'ils présentent un intérêt transfrontalier certain<sup>2381</sup>. Par conséquent, la Cour de cassation n'est pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur ce point.

La conception temporelle du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence plaide cependant en faveur d'une obligation minimale de publicité et de mise en concurrence pour l'ensemble des contrats de la commande publique pour lesquels les textes ne prévoient aucune formalité particulière. Les fonctions supplétives des principes de la commande publique, *a*

---

<sup>2377</sup> *Idem.*

<sup>2378</sup> F. LINDITCH, art. préc.

<sup>2379</sup> W. ZIMMER, note préc.

<sup>2380</sup> CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03, *Rec.* p. I-9777 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 3, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 2116 et 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 40, obs. R. Noguellou – CJCE, 18 novembre 2010, *Commission c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 6, note W. Zimmer.

<sup>2381</sup> *Idem.*

*fortiori* celle de liberté qui est le principe initial, sont reconnues tant par les juges européens<sup>2382</sup> qu'administratif<sup>2383</sup>. À partir du moment où le futur contrat est le support d'une activité économique et que sa conclusion est susceptible de perturber le fonctionnement normal du marché, la liberté d'accès exige l'existence d'une procédure de passation qui permet aux opérateurs économiques potentiellement intéressés d'avoir une chance de remporter le contrat<sup>2384</sup>. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice doit au minimum procéder à une publicité permettant de susciter la concurrence, et ne doit pas définir des conditions d'accès à la mise en concurrence qui entravent l'accès de certains candidats potentiels de manière injustifiée. Cette conception de la liberté d'accès à la mise en concurrence est applicable à l'ensemble des personnes morales entrant dans la catégorie des autorités adjudicatrices, que leur contrat soit de la compétence du juge administratif ou du juge judiciaire. Dès lors, il est opportun que la Cour de cassation adopte une conception extensive de la dynamique du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence.

La définition propre des fonctions du principe de liberté d'accès permet d'étendre son champ d'application à certaines conventions dont la conclusion échappait jusqu'à présent au respect d'obligations minimales de publicité et de mise en concurrence. La conception temporelle des fonctions des principes permet également de préciser la manière dont ils s'articulent dans le régime du droit de la commande publique.

## **Section 2 : Des précisions sur l'articulation fonctionnelle des principes de la commande publique.**

L'analyse du droit positif et du discours doctrinal rapporte qu'il existe une confusion de la portée propre à chaque principe<sup>2385</sup>. L'enchevêtrement actuel de leurs fonctions obscurcit la lisibilité du droit de la commande publique et des solutions jurisprudentielles, notamment lorsqu'est soulevé un point pour lequel il n'existe pas de règle de droit claire, ou lorsque deux logiques paradoxales se rencontrent. La conception temporelle des principes

---

<sup>2382</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

<sup>2383</sup> CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc.

<sup>2384</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

<sup>2385</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

permet d'apporter une définition propre à chacun<sup>2386</sup>, et clarifie ainsi certaines incertitudes qui subsistaient jusqu'alors. La singularisation des principes débouche notamment sur une précision de leur articulation dans le régime de la commande publique.

L'intelligibilité de l'articulation des fonctions des principes permet de systématiser certaines règles de la commande publique jusqu'alors confuses : c'est le cas des dispositions relatives aux modifications précontractuelles, qui souffrent actuellement d'une certaine imprécision juridique (**Paragraphe 1**).

Elle permet également de mieux appréhender les évolutions qui animent le droit des contrats publics : c'est le cas de l'apparition de nouvelles politiques publiques qui pénètrent et bouleversent le droit de la commande publique. Depuis les années 2000, s'opère une croissance qui concerne deux domaines spécifiques des politiques publiques : l'environnement, et le développement local et social. Ces deux branches « *se sont récemment affirmés, en investissant des espaces d'action délaissés par le reflux d'une politique industrielle qui, avant l'accélération de l'intégration européenne et de la libération des échanges, était essentiellement négociée au niveau national avec de grands groupes industriels ou bancaires et les fédérations patronales* »<sup>2387</sup>. Cette intégration passe nécessairement par la recherche d'un équilibre entre ces « *politiques publiques ambitieuses* »<sup>2388</sup> et le respect de l'intérêt général, qui se matérialise notamment par la prise en compte d'un « *certain nombre de principes de bonne gestion publique et de saine émulation : libre-concurrence, égalité de traitement, transparence, bonne utilisation des deniers publics* »<sup>2389</sup>. Du fait de l'impact certain de ces politiques publiques sur les objectifs traditionnels du droit de la commande publique, il convient d'appréhender la manière dont s'articulent les principes autour de cette intégration (**Paragraphe 2**).

---

<sup>2386</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1.

<sup>2387</sup> J.-P. GAUDIN, « La contractualisation des politiques et la nouvelle action publique », in *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle*, colloque organisé les 5 et 6 novembre 2004 à l'IEP d'Aix-en-Provence, sous la dir. de F. Luchaire, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, p. 23.

<sup>2388</sup> S. BRACONNIER, « Performance et procédures d'attribution des contrats publics », in *Performance et droit administratif*, Colloque organisé par le LERAD les 29 et 30 janvier 2009 à l'Université François-Rabelais de Tours, LexisNexis, coll. Colloques et débats, 2010, p. 155.

<sup>2389</sup> *Idem*.

## **Paragraphe 1 : L'articulation fonctionnelle des principes dans l'élaboration d'un régime des modifications précontractuelles.**

Le régime des modifications précontractuelles<sup>2390</sup> fait l'objet de dispositions textuelles dispersées, de jurisprudences sporadiques et d'études éparses. En droit positif, il n'existe pas de texte ou de décision qui retrace de manière synthétique les règles applicables aux évolutions précontractuelles des contrats de la commande publique. À l'inverse du régime des avenants<sup>2391</sup>, il n'est pas possible de trouver dans la littérature doctrinale une étude systématisant le régime des modifications intervenant avant la signature du contrat. Cette imprécision juridique peut s'expliquer par la multiplicité des catégories des contrats de la commande publique, des procédures de passation et des situations dans lesquelles peuvent intervenir de telles modifications. Cette hétérogénéité rend difficile une systématisation du régime applicable aux modifications précontractuelles. Cette imprécision peut également s'expliquer par la confusion actuelle des fonctions des principes de la commande publique<sup>2392</sup>, car la méconnaissance des implications respectives à chacun paralyse la délimitation précise des contraintes qu'ils font peser sur les acteurs de la commande publique<sup>2393</sup>. Par conséquent, ni les fondements, ni le régime des modifications précontractuelles des contrats de la commande publique ne sont d'une évidence certaine.

Pourtant, ces précisions sont nécessaires. D'une part, il n'est pas rare que de telles modifications interviennent en cours de passation<sup>2394</sup>, ce qui démontre que la mutabilité de la procédure peut s'avérer nécessaire. D'autre part, ces modifications sont susceptibles de porter atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique<sup>2395</sup>, ce qui met en évidence la nécessité de clarifier leur encadrement. En effet, une modification de l'objet ou des conditions de la consultation peut avoir des conséquences sur le déroulement et l'efficacité de la mise en

---

<sup>2390</sup> Il s'agit de l'ensemble des modifications intervenant avant la signature du contrat.

<sup>2391</sup> V. notamment : 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.

<sup>2392</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>2393</sup> G. KALFLECHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 599 : « comment sanctionner une passation pour non respect d'un principe, en dehors de toute procédures fixées par les textes, si ce dernier n'est pas suffisamment déterminé de façon détaillé et explicite ? ».

<sup>2394</sup> Par essence, les procédures avec négociation permettent la survenance de modifications précontractuelles. Plus largement, il existe de nombreuses situations dans lesquelles l'autorité adjudicatrice ou les candidats procèdent à des modifications des conditions de consultation ou des offres préalablement à la signature du contrat.

<sup>2395</sup> V. à ce titre : CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, aff. C-448/01, *Rec.* p. I-14527, préc. – CJUE, 18 novembre 2010, *Commission des communautés européennes c/ Irlande*, aff. C-226/09, *Rec.* p. I-11807 ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 6, note W. Zimmer – CJUE, 16 avril 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, aff. C-278/14 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 139, note M. Ubaud-Bergeron.

concurrence initiale<sup>2396</sup>. Pour ces deux raisons, il semble indispensable de préciser le régime des modifications précontractuelles. Le critère du temps et la définition des fonctions propres à chaque principe qui en découle permettent d'appréhender l'existence d'un régime plus intelligible des modifications précontractuelles.

Afin de dépasser l'hétérogénéité caractéristique des modifications précontractuelles des contrats de la commande publique, il convient de rechercher un fondement juridique pertinent permettant d'organiser clairement le régime applicable à ces modifications. Il a déjà été vu que le temps est un élément de structuration des règles applicables aux modifications précontractuelles<sup>2397</sup>. Il convient d'approfondir cette analyse afin de systématiser l'encadrement de telles modifications. Le fondement juridique choisi repose sur l'identité des bénéficiaires respectifs des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement : les candidats potentiels pour le premier ; les candidats réels pour le second (A). Cette approche temporelle des fonctions des principes permet de systématiser un régime, qui dépend du type de candidat intéressé par la modification entreprise (B).

### ***A : Le fondement juridique d'une systématisation du régime des modifications précontractuelles.***

Le temps dispose d'une emprise certaine sur le droit de la commande publique<sup>2398</sup>. À cet égard, il fait évoluer certains éléments de la procédure de passation, dont ses principaux acteurs, les candidats. Il existe ainsi plusieurs catégories de candidats dont la qualité dépend de l'avancement du processus d'achat public (I). Cette distinction temporelle des candidats peut s'avérer fondamentale, puisqu'elle conditionne la recevabilité de certains recours contentieux. C'est le cas du recours en contestation de la validité du contrat issu de la décision *Tropic Travaux Signalisation*<sup>2399</sup>, qui est ouvert aux seuls candidats évincés d'une procédure

---

<sup>2396</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 – Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2397</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2.

<sup>2398</sup> *Idem*.

<sup>2399</sup> CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, *Rec.* p. 360 ; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas ; *ibid.* 917, étude 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.

de passation<sup>2400</sup>. Cet aspect temporel de la qualité des candidats concorde avec la temporalité des fonctions des principes de la commande publique. Chaque principe bénéficie à une catégorie particulière de candidats, les candidats potentiels pour le principe de liberté d'accès, les candidats réels pour le principe d'égalité de traitement, les deux catégories de candidats pour le principe de transparence, en fonction du moment où il intervient. Cette distinction entre les bénéficiaires des principes de la commande publique est fondamentale pour systématiser un régime des modifications précontractuelles (II).

### I : Les différentes catégories temporelles de candidats.

Le temps dispose d'une influence déterminante sur l'évolution d'une catégorie particulière et protéiforme de tiers au contrat : les candidats. En droit de la commande publique, la candidature peut être définie comme « *l'action de l'opérateur économique qui souhaite déposer une offre pour devenir titulaire* »<sup>2401</sup> d'un contrat. Le candidat est donc l'opérateur qui est susceptible ou souhaite accéder à une chance de remporter un contrat de la commande publique. Une analyse du déroulement des procédures de passation dévoile que plusieurs catégories de candidats peuvent être distinguées en fonction du temps. Sans prétendre à une classification exhaustive de ces catégories, il convient de dresser les différentes déclinaisons possibles du statut du candidat.

Michel Guibal distingue par exemple « *le traitement des candidats virtuels et le traitement des candidats réels* »<sup>2402</sup>. Le candidat virtuel peut se définir comme l'opérateur susceptible de candidater à un contrat, et le candidat réel comme celui qui a effectivement candidaté en déposant un dossier. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît, dans la catégorie générale des soumissionnaires aux contrats de la commande publique, celle

---

<sup>2400</sup> 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.

<sup>2401</sup> C. RIBOT, E. MARC et P. IDOUX, *Dico moniteur des marchés publics*, Le Mon., 2008, p. 122.

<sup>2402</sup> M. GUIBAL, « Egalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, CREAM, Montpellier, 1984, tome 1, p. 355.

de soumissionnaire potentiel<sup>2403</sup>. Le soumissionnaire peut être défini comme « *le fournisseur, l'entrepreneur ou le prestataire de services qui présente une offre* »<sup>2404</sup>. *A contrario*, le soumissionnaire potentiel est l'opérateur économique qui n'a pas présenté d'offre. Une définition plus précise peut être déduite de la décision *Telaustria*<sup>2405</sup>, dans laquelle la Cour de justice indique que l'obligation de transparence « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence* »<sup>2406</sup>. Les soumissionnaires potentiels sont donc les entités devant être informées de la passation du futur contrat afin que l'ouverture à la concurrence soit efficace. Par conséquent, ce sont l'ensemble des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat, car agissant sur le même marché concurrentiel, mais n'ayant pas encore présenté une candidature. L'article 2 de la directive 2014/24 sur les marchés publics distingue quant à elle le « *soumissionnaire* », qui est « *un opérateur économique qui a présenté une offre* », du « *candidat* », qui est « *un opérateur économique qui a demandé à être invité ou a été invité à participer à une procédure restreinte, à une procédure concurrentielle avec négociation, à une procédure négociée sans publication préalable, à un dialogue compétitif ou à un partenariat d'innovation* »<sup>2407</sup>. La nouvelle ordonnance sur les marchés publics reprend cette définition<sup>2408</sup>.

En droit interne, les différentes notions existantes autour du candidat s'avèrent fondamentales en contentieux, pour vérifier, notamment, l'intérêt à agir et les moyens soulevés. Avant la décision *Département du Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014<sup>2409</sup>, seul le « concurrent évincé » disposait de la possibilité d'introduire un recours en contestation de validité du contrat,

<sup>2403</sup> CJCE, 5 octobre 2000, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. C-16 :98, *Rec.* p. I-08315 : « *il y a lieu de vérifier en premier lieu si cette disposition impose l'absence de discrimination entre les soumissionnaires, y compris les soumissionnaires potentiels* ».

<sup>2404</sup> *Idem*.

<sup>2405</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

<sup>2406</sup> *Idem*, pt. 62.

<sup>2407</sup> Art. 2 de la Directive 2014/24 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE*, p. L 94/65.

<sup>2408</sup> Art. 13 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc. : « *est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services. Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public. Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public* ».

<sup>2409</sup> CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994 ; *AJCA* 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus ; *AJDA* 2014. 764 ; *ibid.* 1035 ; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *D.* 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet et Angélique Dizier ; *RDI* 2014. 344, obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, ét. 5, note Ph. Rees ; *Dr. adm.* 2014, comm. 36, F. Brenet ; *ibid.* 2015, ét. 6, étude S. Hourson.

également appelé recours *Tropic*<sup>2410</sup>. La qualité de concurrent évincé « est reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable »<sup>2411</sup>. Les concurrents évincés se divisent en deux catégories, « les candidats évincés et les soumissionnaires évincés. L'utilisation de l'une ou l'autre dénomination dépend de la temporalité de l'éviction selon l'analyse de l'offre au fond »<sup>2412</sup>. En effet, en plus des candidats ayant effectivement participé à la procédure, cette notion regroupe « des personnes ou entreprises qui n'ont pas participé à la procédure de passation, mais qui sont à même de faire état d'un élément justifiant qu'elles auraient pu être candidates »<sup>2413</sup>. En outre, la notion de candidat évincé est à distinguer de celle de « candidat à l'attribution d'un contrat public ». Cette dernière, plus restrictive, est considérée comme une notion propre au recours indemnitaire<sup>2414</sup>. Afin de systématiser le régime des modifications précontractuelles, c'est la distinction entre le candidat potentiel et le candidat réel qui est déterminante.

## II : La distinction fondamentale entre candidats potentiels et candidats réels.

Le temps structure le statut du candidat, en le faisant évoluer en fonction d'une frise chronologique qu'il convient de préciser. Lorsqu'il est susceptible d'être intéressé par le contrat mais n'a pas présenté sa candidature, c'est un candidat potentiel. Il peut devenir concurrent évincé au sens de la décision *Société Gouelle*<sup>2415</sup> à partir du moment où, par le comportement de l'administration, il a été empêché de participer à la procédure de mise en concurrence<sup>2416</sup>. Il devient un candidat réel lorsqu'il dépose effectivement un dossier, donc lorsqu'il accède à la mise en concurrence. Il devient le cocontractant lorsque son offre est choisie par l'autorité adjudicatrice, ou un concurrent évincé lorsqu'elle est rejetée. Lorsqu'il souhaite être indemnisé pour le rejet de son offre, le candidat doit démontrer qu'il a bien été

---

<sup>2410</sup> CE, ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, préc.

<sup>2411</sup> CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

<sup>2412</sup> L. TALLET-PREUD'HOMME, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2413</sup> P. CASSIA, « Précisions procédurales sur le recours en contestation de la validité du contrat », *AJDA* 2012, p. 1109.

<sup>2414</sup> D. TASCIYAN, « Le droit à réparation du candidat évincé », *AJDA* 2014, p. 542.

<sup>2415</sup> CE, avis, 11 avril 2012, *Société Gouelle*, préc.

<sup>2416</sup> C'est le cas par exemple lorsque l'autorité adjudicatrice ne procède pas à une publicité adéquate.

un candidat à l'attribution d'un contrat public. Deux catégories de candidats sont utiles pour la systématisation du régime des modifications précontractuelles : les candidats potentiels et les candidats réels.

Le candidat potentiel est l'opérateur économique susceptible d'être intéressé par le contrat mais qui n'a pas encore accédé à la mise en concurrence. Par conséquent, cette catégorie de candidats entre dans le premier temps de la commande publique, celui de l'accès à la mise en concurrence. Le candidat potentiel devient candidat réel lorsqu'il accède effectivement à la mise en concurrence, c'est-à-dire lorsqu'il dépose un dossier contenant sa candidature et son offre. Dans ce cas, cette catégorie de tiers au contrat doit être rattachée au deuxième temps de la commande publique, celui de la mise en concurrence effective. En appliquant les fonctions temporelles de chacun des principes de la commande publique, il est possible d'affirmer que les candidats potentiels bénéficient du principe de liberté d'accès, principe dominant du premier temps, tandis que les candidats réels bénéficient de l'égalité de traitement entre les candidats, principe du deuxième temps. La transparence, en fonction du moment où elle intervient, bénéficie à l'une ou l'autre de ces catégories de candidats. Les règles de passation relatives à chacune des deux catégories ne sont donc pas soumises au même principe. Les modifications précontractuelles intéressant l'une ou l'autre de ces catégories ne doivent ainsi pas être encadrées de la même manière.

***B : La systématisation du régime des modifications précontractuelles.***

Lorsque les modifications intéressent les soumissionnaires potentiels, elles doivent faire l'objet d'un encadrement sur le fondement du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence (I). En revanche, lorsqu'elles intéressent seulement les candidats réels, c'est l'égalité de traitement entre les candidats qui produit ses effets (II). Cette logique permet de systématiser le régime des modifications précontractuelles en droit de la commande publique.

## **I : La liberté d'accès, fondement du régime des modifications intéressant les candidats potentiels.**

Toutes les modifications intéressant les candidats potentiels, c'est-à-dire « *ceux qui pourraient exécuter les prestations objet du contrat* »<sup>2417</sup> mais qui n'ont pas encore candidaté<sup>2418</sup>, doivent être encadrées et contrôlées au moyen du principe de liberté d'accès à la commande publique. Cette logique évidente avant la date de dépôt des candidatures (a) doit être précisée lorsque la modification intervient lors du deuxième temps de la commande publique, pendant la mise en concurrence (b).

*a : Les modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures.*

La date de dépôt des candidatures marque une étape charnière dans le régime des modifications précontractuelles. Tous les candidats qui souhaitent ou sont susceptibles de déposer leur dossier avant cette date sont considérés comme des candidats potentiels. Après cette date, ces derniers n'ont plus la possibilité d'accéder à la mise en concurrence<sup>2419</sup>. La procédure se poursuit donc uniquement avec les candidats réels, c'est-à-dire les opérateurs économiques qui ont effectivement candidaté. La date de dépôt des candidatures constitue donc une frontière temporelle certaine entre les candidats potentiels et réels.

Dès lors, toutes les modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures intéressent les seuls candidats potentiels, puisque qu'il n'existe pas encore de candidats réels. Or, temporellement, la liberté d'accès est le principe qui s'applique à la catégorie des candidats potentiels. En effet, ces candidats ont pour objectif d'accéder à la procédure de passation afin d'avoir une chance d'obtenir le contrat. C'est justement la fonction que poursuit la liberté d'accès à la commande publique, principe force du premier temps<sup>2420</sup>. Par

---

<sup>2417</sup> P. CASSIA, art. préc., p. 1109.

<sup>2418</sup> Soit parce qu'ils ne désirent pas candidater, soit parce qu'ils sont dans l'impossibilité de le faire.

<sup>2419</sup> Art. 58 du Code des marchés publics pour la procédure d'appel d'offre ouvert – Art. 61 du Code des marchés publics pour la procédure d'appel d'offre fermé – Art. 65 du Code des marchés publics pour la procédure négociée – Art. 67 du Code des marchés publics pour la procédure de dialogue compétitif – Art. 70 du Code des marchés publics pour la procédure de concours.

<sup>2420</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

conséquent, toutes les modifications ayant des répercussions sur la liberté des candidats potentiels d'accéder à la mise en concurrence doivent être encadrées et contrôlées au moyen de la liberté d'accès. S'agissant des candidats réels, la liberté d'accès n'est pas effective, puisqu'elle a épuisé ses effets<sup>2421</sup>.

Les modifications n'ayant pas d'effet sur la liberté d'accès des candidats potentiels doivent être librement accomplies par l'autorité adjudicatrice. N'ayant pas de conséquence sur les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté d'accès. Il s'agit nécessairement de modifications de faible ampleur qui ne concernent que les éléments non dirimants pour l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. C'est le cas, par exemple, des rectifications d'erreurs matérielles sur les éléments secondaires communiqués dans la publicité initiale. Dans un objectif d'intelligibilité et d'efficacité de la procédure, l'autorité adjudicatrice doit seulement envoyer un additif aux entreprises ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner<sup>2422</sup> et si besoin, leur laisser un délai suffisant pour adapter leur candidature<sup>2423</sup>.

Lorsque les modifications ont des conséquences sur la liberté d'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence, elles doivent nécessairement faire l'objet d'un encadrement, sauf à porter atteinte à ce principe. Les interdire n'a pas de sens, dans la mesure où l'impossibilité pour l'autorité adjudicatrice de procéder à des modifications avant la date de dépôt des candidatures peut s'avérer handicapante. Si l'autorité adjudicatrice s'est trompée dans la détermination des besoins ou dans la rédaction de la publicité initiale et qu'elle ne peut rectifier ses erreurs, la procédure peut être déclarée infructueuse. Par conséquent, la liberté d'accès ne doit pas servir de fondement pour sanctionner ces modifications ; l'objectif est de mettre en place un encadrement qui permet de réparer, dans la mesure du possible, l'atteinte qui lui est portée.

Deux critères permettent d'identifier les modifications susceptibles de porter atteinte au principe de liberté : d'une part, la modification doit être d'une ampleur telle qu'elle bouleverse les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence ; d'autre part, la

---

<sup>2421</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>2422</sup> CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec. T.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

<sup>2423</sup> F. LINDITCH, « A propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », *JCP A*, n°14, 29 mars 2004, p. 458.

modification doit concerner les éléments déterminants dans l'accès des candidats à la mise en concurrence, tels que les caractéristiques du contrat, son montant, les critères de sélection des candidatures, les spécifications techniques, ou les critères de sélection des offres s'ils sont connus des candidats potentiels dès l'engagement de la procédure<sup>2424</sup>. En d'autres termes, il s'agit des modifications qui influencent le comportement des opérateurs économiques, soit concernant les termes de leur candidature, soit concernant leur décision d'être ou non candidat<sup>2425</sup>. C'est ce qui est désigné comme « modification substantielle » soit du futur contrat, soit des conditions d'accès à la mise en concurrence.

Si l'autorité adjudicatrice procède à une modification substantielle avant la date de dépôt des candidatures, elle doit publier un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que la publicité initiale, et respecter un nouveau délai de remise des candidatures<sup>2426</sup>. Autrement dit, elle est dans l'obligation de commencer une nouvelle procédure de passation, qui prend en compte les modifications opérées. Procéder de la sorte est le seul moyen de ne pas porter une atteinte injustifiée au principe de liberté d'accès. Les candidats potentiels dissuadés de candidater lors de la première procédure, en raison des caractéristiques initiales de mise en concurrence, disposent par conséquent de leur liberté d'accéder à la nouvelle procédure de mise en concurrence<sup>2427</sup>. Sans la nouvelle publicité et le nouveau délai de remise des offres, ces derniers seraient dans l'incapacité d'exercer leur libre choix d'accéder ou non à la mise en concurrence modifiée. Dans ce cadre, la modification substantielle est permise, dans la mesure où elle peut être « corrigée » par l'accomplissement de certaines obligations à la charge de l'autorité adjudicatrice. Tel n'est pas le cas des modifications intervenant après la date limite de dépôt des candidatures.

---

<sup>2424</sup> C'est systématiquement le cas dans le cadre de la procédure d'appel d'offre.

<sup>2425</sup> W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

<sup>2426</sup> CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n°278646, *Rec. T.* p. 966 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3, note W. Zimmer – CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, n°287955 – CAA Marseille, 16 oct. 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131 ; *Contrat et marchés publ.* 2009, comm. 10, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux.

<sup>2427</sup> P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 240.

*b : Les modifications intervenant pendant la mise en concurrence.*

La date de dépôt des candidatures clôt la possibilité pour les candidats potentiels d'accéder à la mise en concurrence. La procédure se poursuit donc avec les seuls candidats réels. Dès lors, seule cette catégorie de candidats bénéficiaires de l'égalité de traitement est *a priori* concernée par les modifications intervenant lors de la mise en concurrence. Toutefois, il a été démontré que la liberté d'accès dispose d'une fonction médiate de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence lors du deuxième temps de la commande publique<sup>2428</sup>, qui bénéficie aux candidats potentiels n'ayant pas pu accéder à la procédure. Cette fonction médiate est nécessaire, dans la mesure où la liberté d'accès est susceptible d'être rétroactivement remise en cause lorsque l'autorité adjudicatrice, pendant la mise en concurrence, procède à des modifications qui rectifient les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.

Par conséquent, deux principes sont susceptibles d'être concernés par les modifications intervenant pendant la mise en concurrence : la liberté d'accès, au titre de sa fonction médiate<sup>2429</sup> ; l'égalité, dont les fonctions sont rattachées au deuxième temps de la commande publique. C'est pourquoi il convient de préciser l'articulation des fonctions des principes de liberté et d'égalité s'agissant des modifications précontractuelles intervenant lors de la mise en concurrence.

Cette articulation repose sur les deux notions clés de candidats potentiels et réels, c'est-à-dire les bénéficiaires respectifs de chacun des deux principes. Lorsque les modifications concernent des éléments communiqués dès l'engagement de la procédure, c'est-à-dire ceux connus ou susceptibles d'être connus par les candidats potentiels, elles sont à analyser au regard du principe de liberté d'accès.

En revanche, lorsque les modifications sont relatives à des éléments qui n'ont été communiqués qu'aux candidats réels, pendant la mise en concurrence, elles sont à analyser au regard du principe d'égalité de traitement. Le principe utilisé pour contrôler la légalité de la modification précontractuelle dépend donc du destinataire des éléments qui font l'objet de cette modification.

---

<sup>2428</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2429</sup> Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

Les éléments communiqués aux candidats potentiels dans la publicité initiale sont, sur le fondement du principe de transparence, nécessairement relatifs aux caractéristiques principales du futur contrat ainsi qu'aux conditions d'accès à la mise en concurrence<sup>2430</sup>. Par conséquent, ils influencent la décision des candidats potentiels de candidater à la procédure. Une modification de ces éléments lors de la mise en concurrence est donc susceptible de porter rétroactivement atteinte à leur liberté d'accéder à la procédure de passation. Or, l'autorité adjudicatrice ne dispose plus d'un moyen permettant aux candidats potentiels qui n'ont pas candidaté d'avoir une chance de remporter le contrat au regard de ces nouveaux éléments. De telles modifications portent donc atteinte à la liberté d'accès à la mise en concurrence. Dans ce cadre, l'égalité de traitement n'a pas à produire ses effets. En effet, la modification ne concerne pas les candidats réels qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence, mais l'ensemble des candidats potentiels susceptibles d'être intéressés par les nouvelles caractéristiques du contrat.

Pour que la liberté d'accès s'applique, les modifications doivent porter sur l'ensemble des éléments communiqués aux candidats potentiels avant la date limite de dépôt des candidatures, lors de la publicité initiale. À ce titre, une distinction s'impose entre la procédure d'appel d'offre et les autres procédures de passation. Dans le cadre de l'appel d'offre, la publicité initiale inclut obligatoirement tous les éléments relatifs à la sélection des candidatures, mais également à celle des offres. En effet, une fois que le candidat dépose son dossier avant la date de limite de réception des candidatures, il ne dispose plus de la possibilité de modifier son offre, cette dernière étant intangible<sup>2431</sup>. Par conséquent, il doit avoir accès dès le départ aux informations nécessaires à l'élaboration de son offre. Ces éléments font donc partie des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, qui influencent la décision d'un opérateur économique de candidater<sup>2432</sup>. Dès lors, leur modification lors du deuxième temps de la commande publique est susceptible de porter atteinte au principe de liberté d'accès à la mise en concurrence. Ainsi, en appel d'offre, ce principe encadre l'ensemble des modifications précontractuelles pouvant intervenir lors de la procédure de passation.

---

<sup>2430</sup> En effet, la transparence ayant une fonction d'intelligibilité de la procédure, elle contraint l'autorité adjudicatrice à communiquer l'ensemble de ces éléments dans la publicité initiale : cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>2431</sup> CE, 24 décembre 1926, *SA L'entreprise de l'Est*, Rec. p. 1172.

<sup>2432</sup> 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 ».

Ce n'est pas le cas s'agissant des autres procédures de passation, notamment celle des délégations de service public. Ces dernières se déroulent majoritairement en deux étapes, à l'inverse de la procédure d'appel d'offre. La première étape est consacrée à la sélection des candidatures. La publicité comporte obligatoirement les informations relatives aux conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, et facultativement celles relatives aux offres. Ensuite, l'autorité adjudicatrice élimine les candidatures non conformes et dresse la liste des candidats réels admis à présenter une offre. Elle communique à ces derniers les éléments nécessaires à l'élaboration des offres<sup>2433</sup>, ou les complète si ces éléments sont connus dès la publicité initiale. Après les négociations, les candidats réels déposent leur offre et l'autorité adjudicatrice procède à la sélection de son cocontractant. Ainsi le délégant peut informer les candidats sur les éléments essentiels à deux reprises : auprès des candidats potentiels, s'agissant des conditions d'accès à la mise en concurrence et des éléments relatifs aux offres ; auprès des candidats réels, s'agissant des éléments relatifs aux offres. C'est pour cette raison que dans le cadre des délégations de service public, le Conseil d'État précise que l'information sur les critères de sélection des offres des candidats doit être faite « *avant le dépôt de leurs offres* »<sup>2434</sup>, c'est à dire soit lors de la publicité initiale, soit lors de la deuxième publicité.

Dans ce cadre, l'articulation des principes de la commande publique dépend de la manière dont est faite la communication des informations relatives à la procédure auprès des candidats. La liberté d'accès s'applique lorsque les modifications concernent les éléments connus des candidats potentiels. Dès lors, si l'autorité adjudicatrice choisit de publier les informations sur les offres dans la publicité initiale et qu'elle souhaite les modifier lors de la mise en concurrence, elle doit respecter le principe de liberté d'accès. En revanche si ces informations ne sont connues que des candidats réels, les modifications doivent respecter le principe d'égalité de traitement des candidats<sup>2435</sup>.

Si la liberté d'accès s'applique – dans le cas où les éléments modifiés ont été communiqués

---

<sup>2433</sup> CJCE, 24 janvier 2008, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*, préc.

<sup>2434</sup> 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.

<sup>2435</sup> Cf. *Infra*, II).

aux candidats potentiels – il y a lieu de reprendre la notion de modification substantielle<sup>2436</sup>. Ce sont les modifications d'une certaine ampleur qui portent sur les éléments essentiels de la procédure et du futur contrat, comme les caractéristiques du contrat, les critères de sélection des candidatures, les critères de sélection des offres et leurs modalités de mise en œuvre s'ils sont connus dès l'engagement de la procédure. Lors de la mise en concurrence, toute modification substantielle est interdite, car l'autorité adjudicatrice ne dispose plus d'un moyen permettant aux candidats potentiels, qui n'ont pas initialement candidaté, d'accéder à la procédure. À ce titre, le Conseil d'État indique que « *dès lors que l'autorité délégante choisit de faire connaître ses critères de sélection des offres dans l'avis d'appel public à la concurrence, elle ne peut ensuite les modifier* »<sup>2437</sup>. En d'autres termes, les éléments essentiels communiqués dès l'engagement de la procédure ne peuvent faire l'objet d'aucune modification lors de la mise en concurrence, et cela même si leur communication préalable n'était pas obligatoire. Si la modification n'est pas substantielle, donc qu'elle ne porte pas rétroactivement atteinte à la liberté d'accès, elle est permise, car elle n'influence pas le choix des opérateurs économiques qui n'ont pas répondu à l'avis d'appel public à la concurrence initial. Le fondement utilisé est différent s'agissant des modifications portant sur les éléments connus seulement des candidats réels.

## **II : L'égalité de traitement, fondement du régime des modifications intéressant les candidats réels.**

L'égalité de traitement encadre les modifications portant sur les éléments communiqués seulement aux candidats réels, c'est-à-dire aux candidats admis à présenter une offre. Il ne peut s'agir que des éléments qui n'ont pas de lien avec les conditions d'accès initiales<sup>2438</sup>, donc ceux qui portent sur les offres ou sur les modalités de négociation s'il y en a une. Dans ce cas, la notion de modification substantielle ne peut être utilisée comme fondement à l'encadrement des modifications précontractuelles. En effet, cette notion est

---

<sup>2436</sup> Cf. *Supra*, a).

<sup>2437</sup> 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.

<sup>2438</sup> En effet, ces éléments doivent faire l'objet d'une publicité dès l'engagement de la procédure.

sollicitée pour déterminer si la modification peut influencer la décision des candidats potentiels de candidater ou non à la procédure de mise en concurrence. Or, les modifications dont il s'agit ne concernent que les candidats réels, donc ceux qui ont choisi de candidater et qui l'ont effectivement fait.

C'est donc une logique relative aux fonctions de l'égalité de traitement, principe rattaché au temps de la mise en concurrence, qu'il convient de solliciter. La modification est permise si elle n'entraîne pas une rupture d'égalité entre les candidats réels. En revanche, elle est interdite si elle a pour effet d'entraîner une différence de traitement entre les candidats et si elle est entreprise dans l'objectif d'avantager ou de désavantager un candidat. La logique est ainsi foncièrement différente de celle utilisée dans le cadre de la liberté d'accès.

L'ensemble de ces analyses permet de systématiser clairement le régime des modifications précontractuelles. Lorsque les modifications portent sur des éléments communiqués aux candidats potentiels, c'est la liberté d'accès qui s'applique. Si elles interviennent avant la date de dépôt des candidatures, l'autorité adjudicatrice doit recommencer une procédure si la modification est substantielle, ou seulement informer les candidats ayant déposé une candidature si elle est mineure. Après la date de réception des candidatures, toute modification substantielle est interdite.

Lorsque les modifications portent sur des éléments communiqués seulement aux candidats réels, c'est l'égalité de traitement qui s'applique. Dans ce cas, la modification ne doit pas provoquer une rupture d'égalité entre les candidats.

Récemment, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur le régime des modifications précontractuelles des délégations de service public, dans une décision *Société lyonnaise des eaux*<sup>2439</sup> du 30 juillet 2014. Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si l'autorité délégante pouvait modifier en cours de procédure les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution de la délégation qu'elle a choisi de faire connaître aux candidats<sup>2440</sup>. Le Conseil d'État indique que l'autorité délégante peut procéder à une telle modification que si elle informe les candidats « *en temps utile avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci*

---

<sup>2439</sup> CE, 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*, n° 369044 ; *BJCP* 2014. 398, concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 269, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 2486, note H. Hoepffner ; *ibid.* 1628, obs. D. Poupeau ; *JCP A* 2014. 2318, comm. L. de Fournoux.

<sup>2440</sup> La publicité des modalités de mise en œuvre des critères d'attribution n'est pas obligatoire s'agissant des délégations de service public : CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

*puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale sur les modalités de mise en œuvre des critères a elle-même été donnée avant le dépôt des candidatures, ou en temps utile avant le dépôt des offres, pour que celles-ci puissent être utilement présentées, dans le cas où l'information initiale n'a été donnée qu'après le dépôt des candidatures* ». Dans cette décision, la chronologie de la procédure de passation est explicitement prise en compte. Si la modification concerne les candidats potentiels, l'autorité délégante doit les informer avant le dépôt des candidatures. Si elle concerne uniquement les candidats réels, elle doit les informer avant le dépôt des offres. Toutefois, cette solution demeure incomplète, puisqu'elle n'indique pas les conséquences à tirer de la modification entreprise par l'autorité délégante.

La conception temporelle des principes, en singularisant leurs fonctions propres, apporte des éclaircissements sur le régime de la commande publique, notamment par la systématisation d'un régime des modifications précontractuelles. Des précisions sur l'articulation des principes permettent également d'appréhender l'existence de nouvelles politiques publiques sur le droit de la commande publique, dont la pénétration bouscule certains aspects traditionnels de l'achat public.

## **Paragraphe 2 : L'articulation fonctionnelle des principes dans la poursuite des nouvelles politiques publiques.**

L'adoption des nouvelles directives du 26 février 2014<sup>2441</sup> confirme l'existence d'une mutation des finalités poursuivies par les principes de la commande publique. Aux objectifs traditionnels d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture du marché à la concurrence, s'ajoutent des considérations plus larges relatives au développement durable et à l'économie de marché dans un contexte de crise. Ainsi, « *la commande publique n'est plus étroitement autocentrée, mais constitue désormais, dans certaines limites, le vecteur de politiques publiques aux préoccupations plus larges* »<sup>2442</sup>. À cet égard, les contrats de la commande publique deviennent des leviers utiles aux politiques publiques d'intérêt général. Michaël Karpenschif qualifie ces finalités « *d'objectifs*

---

<sup>2441</sup> Directive 2014/24/UE préc. – directive 2014/23/UE préc. – directive 2014/25/UE préc.

<sup>2442</sup> B. DACOSTA, « L'accès des PME aux marchés publics dans la nouvelle directive Marchés publics », *BJCP* n° 96, p. 323.

*secondaires* », tout en soulignant qu'ils « *n'ont évidemment rien de secondaires pour la construction européenne* »<sup>2443</sup>, puisqu'ils sont désormais pleinement intégrés au droit positif. Cette mutation opère un enrichissement des fonctions des principes de la commande publique, mais également une adaptation des implications propres à chacun d'eux. Par conséquent, il convient d'analyser l'impact de ces politiques publiques sur l'articulation des fonctions des principes de liberté et d'égalité<sup>2444</sup> dans le cadre de l'accès des PME à la commande publique (A) et de l'intégration des objectifs sociaux et environnementaux dans le droit positif (B).

### ***A : L'articulation des principes face aux mesures relatives aux PME.***

Depuis quelques années, l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique est une préoccupation grandissante en droit interne des marchés publics. Ainsi, « *la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises est, désormais, un objectif qui peut être assigné au code des marchés publics* »<sup>2445</sup>. Cet objectif apparaît depuis peu en droit de l'Union européenne avec la directive 2014/24, selon laquelle les règles de passation « *devraient être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises aux marchés publics* »<sup>2446</sup>. Faciliter l'accès des PME est une préoccupation légitime des politiques publiques dans le contexte actuel de crise économique. Toutefois, la mise en place de mesures « *favorables* » aux PME ne doit pas avoir pour effet de les « *favoriser* » par rapport aux autres structures d'entreprises<sup>2447</sup>, au risque de porter atteinte au principe de non-discrimination<sup>2448</sup>. Ainsi, « *il s'agit de lever les obstacles qui se dressent devant les petites et moyennes entreprises, non d'en ériger devant les grandes* »<sup>2449</sup>. En

---

<sup>2443</sup> M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : « Contrat public et Union européenne » », *RFDA* 2014, p. 418.

<sup>2444</sup> La transparence n'ayant pas de lien avec la prise en compte de ces objectifs secondaires, elle n'est pas intégrée aux développements qui suivent.

<sup>2445</sup> B. DACOSTA, art. préc., p. 323.

<sup>2446</sup> Directive 2014/24 préc., cons. 2.

<sup>2447</sup> Cette distinction entre « mesure favorable » et « mesure qui favorise » est empruntée à L. RAPP, « L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 12 : « *en l'état de nos principes juridiques, il n'est possible que de prendre des mesures favorables aux PME, en aucun cas, des mesures qui les favorisent* ».

<sup>2448</sup> CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, n° 297711, *Rec.* p. 298 ; *RDI* 2008, p. 44, note R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 240, note W. Zimmer ; *RJEP* 2008, p. 10, note Moreau ; *JCP A* 2007, 2213, note F. Linditch ; *AJDA* 2007, 1593, note J.-D. Dreyfus ; *RLC* 2007, p. 16, note N. Symchowicz, P. Le Bouëdec et Ph. Proot ; *RDI* 2007, 423, note J.-D. Dreyfus.

<sup>2449</sup> B. DACOSTA, art. préc. p. 323.

d'autres termes, la liberté d'accès des PME doit être assurée sans que cela ne porte atteinte à l'égalité de traitement de l'ensemble des entreprises de la commande publique. Si les PME peuvent faire l'objet de mesures favorisant leur accès à la mise en concurrence, elles ne doivent pas être avantagées lors de la mise en œuvre de la procédure. La problématique relative aux PME tourne donc autour de la recherche d'un équilibre entre la liberté (I) et l'égalité (II).

### **I : Une extension par la liberté d'accès.**

Dans le cadre de ses fonctions d'encadrement des conditions d'accès à la mise en concurrence<sup>2450</sup>, la liberté d'accès dispose d'un aspect majoritairement négatif, dans le sens où elle oblige l'autorité adjudicatrice à ne pas entraver l'accès de certains opérateurs économiques de manière injustifiée. Dans une moindre mesure, elle dispose également d'une fonction positive, celle de favoriser l'accès à la mise en concurrence d'une catégorie particulière d'entreprises, les PME<sup>2451</sup>. Dans le Code des marchés publics de 2006<sup>2452</sup>, certaines dispositions ont été prises afin de favoriser leur accès à la commande publique<sup>2453</sup>. Le droit interne s'est donc saisi de la question depuis quelques années. Récemment, le législateur européen a intégré cette préoccupation dans le giron des objectifs poursuivis par le droit dérivé de l'Union européenne. Il s'agit, dans les développements qui suivent, d'analyser les nouvelles dispositions de la directive 2014/24 afin de préciser les implications des fonctions de la liberté d'accès dans le cadre de la mutation des politiques publiques dans le droit de la commande publique.

Le législateur européen passe d'abord par une simplification des modalités de présentation des candidatures pour favoriser l'accès des PME à la mise en concurrence. À cet égard, est mis en place un document unique de marché européen (DUME)<sup>2454</sup> qui allège les « *lourdeurs*

---

<sup>2450</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2451</sup> *Idem*.

<sup>2452</sup> Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, *JORF* n°179 du 4 août 2006 p. 11627.

<sup>2453</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2454</sup> Art. 59 de la directive 2014/24 préc. : « lors de la présentation de demandes de participation ou d'offres, les pouvoirs adjudicateurs acceptent le document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée à titre de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers ».

*administratives* »<sup>2455</sup> de présentation des candidatures, en simplifiant les justifications à fournir par les candidats. Le développement de la dématérialisation<sup>2456</sup> facilite également l'accès de cette catégorie d'entreprises à la mise en concurrence<sup>2457</sup>. De plus, les textes offrent désormais la possibilité aux entreprises de ne présenter qu'une seule fois les éléments requis pour vérifier la validité de la candidature dans tous les marchés lancés par un pouvoir adjudicateur<sup>2458</sup>. C'est le concept du « *dites-le-nous une seule fois* ». Les PME auront désormais moins l'occasion de se dire « *non, je ne candidaterai pas, car cela me coûte plus d'argent de lire et de rédiger les documents que d'en assurer l'exécution* »<sup>2459</sup>. Par conséquent, l'objectif du législateur européen est de ne pas dissuader les PME de candidater aux marchés publics, par une simplification administrative des conditions d'accès à la procédure.

Au titre des conditions de sélection des candidatures, ensuite, il est admis que l'autorité adjudicatrice puisse exiger des candidats un chiffre d'affaire minimal<sup>2460</sup>, afin de s'assurer que l'entreprise dispose des ressources nécessaires pour assurer les prestations. Or, selon le préambule de la directive 2014/24, « *les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics* »<sup>2461</sup>. Afin de favoriser l'accès des PME, dont le chiffre d'affaire est souvent plus faible que celui des grosses entreprises, l'article 58 de la directive 2014/24 plafonne le montant des garanties financières exigibles<sup>2462</sup>. Cette mesure a rapidement fait l'objet d'une transposition en droit interne<sup>2463</sup>, le nouvel article 45 du Code des marchés publics disposant désormais que « *le pouvoir adjudicateur ne peut réclamer un*

---

<sup>2455</sup> L. RICHER, « La concurrence concurrencée : à propos de la directive 2014/24 du 26 février 2014 », *Contrats et marchés publ.* 2015, ét. 2.

<sup>2456</sup> En ce sens, voir les articles 22, 34, 35, 36 et 53 de la directive 2014/24 préc.

<sup>2457</sup> H. HOEPFFNER, « La nouvelle directive Marchés publics : simple consolidation des acquis ou véritable modernisation ? », *Europe* 2014, ét. 3.

<sup>2458</sup> Art. 5 du Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, *JORF* n°0225 du 28 septembre 2014 p. 15782 : « *le pouvoir adjudicateur peut prévoir, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables* » ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 289, note G. Clamour.

<sup>2459</sup> Ph. JACQUEMOIRE, « Normes : vers une réelle simplification ? - Entreprise gouvernementale de simplification : état des lieux et perspective en matière de commande publique », *AJCT* 2015 p. 71.

<sup>2460</sup> Art. 45 du Code des marchés publics.

<sup>2461</sup> Cons. (83) du préambule de la directive 2014/24 préc.

<sup>2462</sup> Art. 58 de la directive 2014/24 préc. : « *le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures* ».

<sup>2463</sup> Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1 août 2014 p. 12666 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 248, note G. Clamour – Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, préc.

*chiffre d'affaires qui soit supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot* ». Le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'aller au-delà de ce plafond, mais toute exception doit être justifiée et indiquée dans les documents de consultation<sup>2464</sup>. La nouvelle directive comporte d'autres dispositions qui facilitent l'accès des PME, telles que l'ouverture des marchés publics aux groupements<sup>2465</sup>, l'allotissement<sup>2466</sup> ainsi que l'encadrement de la sous-traitance<sup>2467</sup>. Il est à noter cependant que par rapport au droit interne, la directive n'innove pas<sup>2468</sup> et n'impose pas « *grand-chose* »<sup>2469</sup>.

Enfin, l'article 31 de la directive sur les marchés publics met en place une nouvelle procédure spécifique, le partenariat d'innovation, qui pourra être utilisé pour les marchés publics portant « *sur un besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits de service ou de travaux déjà disponibles sur le marché* »<sup>2470</sup>. Ce partenariat permet à l'acheteur de conclure un marché dans le but de rechercher une solution innovante dans un domaine particulier, et de ne pas avoir à relancer une nouvelle mise en concurrence pour procéder à la réalisation de cette solution. Cette mesure vise à faciliter l'accès des PME à la commande publique, dans la mesure où « *la structure des entreprises innovantes sont dans la quasi-totalité des cas des petites ou moyennes entreprises (PME) ou des entreprises de taille intermédiaire (ETI)* »<sup>2471</sup>. Transposé en droit interne<sup>2472</sup>, le partenariat d'innovation est destiné « *à permettre la réussite d'une politique économique favorable à certains types d'entreprises ou à certains types de biens* »<sup>2473</sup>, en l'occurrence les PME.

Ainsi, le principe de liberté d'accès préconise l'adoption de mesures visant à favoriser l'accès des PME à la mise en concurrence, en les incitant à présenter une candidature « *en adaptant les modalités de présentation des offres à leurs spécificités* »<sup>2474</sup>. Toutefois, ces mesures restent limitées, car elles ne doivent pas avoir pour effet de restreindre l'accès à la

---

<sup>2464</sup> Art. 45 du Code des marchés publics.

<sup>2465</sup> Art. 19 de la directive 2014/24/UE préc.

<sup>2466</sup> Art. 46 de la directive 2014/24/UE préc.

<sup>2467</sup> Art. 71 de la directive 2014/24/UE préc.

<sup>2468</sup> Notamment s'agissant du principe de l'allotissement qui a été introduit dès le Code des marchés publics de 2006.

<sup>2469</sup> L. RICHER, art. préc.

<sup>2470</sup> Art. 31 de la directive 2014/24 préc.

<sup>2471</sup> J.-G. SORBARA, « Marchés publics et innovation », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 13.

<sup>2472</sup> Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics, préc.

<sup>2473</sup> J.-G. SORBARA, art. préc.

<sup>2474</sup> *Idem.*

concurrence d'autres entreprises intervenant sur le marché. C'est pourquoi la qualité de PME ne peut être un critère de sélection des candidatures<sup>2475</sup>, et que « *les mesures facilitant l'accès des PME restent limitées* »<sup>2476</sup>. Le principe d'égalité de traitement des candidats constitue également un obstacle dans l'adoption des mesures visant à favoriser les PME.

## II : Une restriction par l'égalité de traitement des candidats.

Le soutien aux PME est « *porteur de risques de discrimination* »<sup>2477</sup>, puisque les mesures visant à les favoriser peuvent porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. C'est pourquoi ce principe « *exclut que soient légalement prise des mesure de discrimination positive au bénéfice des PME* »<sup>2478</sup> au stade de la mise en œuvre de la procédure de passation.

En droit interne, le Conseil Constitutionnel<sup>2479</sup> rappelle que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>2480</sup>. Toutefois, ce principe ne s'oppose pas à ce que le législateur puisse « *dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats* »<sup>2481</sup>. Ainsi, le principe d'égalité ne s'oppose pas à la mise en place de mesures favorisant certaines catégories d'opérateurs économiques dans le déroulement de la procédure, notamment pour le choix des offres. Toutefois, ces mesures doivent être limitées et strictement encadrées, afin de ne pas introduire de discriminations

---

<sup>2475</sup> CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, préc.

<sup>2476</sup> L. RICHER, art. préc.

<sup>2477</sup> *Idem*.

<sup>2478</sup> B. DACOSTA, art. préc., p. 324.

<sup>2479</sup> Cons. Const., décision n° 2001-452 DC du 06 décembre 2001, *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, *Rec.* p. 156 ; *RFDC* 2002, n° 49, p. 181, comm. V. Bertile.

<sup>2480</sup> *Ibid.*, cons. 5.

<sup>2481</sup> *Ibid.*, cons. 6.

injustifiées dans la commande publique. Le principe d'égalité de traitement limite donc les mesures favorisant les PME dans le déroulement de la procédure de passation.

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, « *le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié* »<sup>2482</sup>. Or, l'adoption de mesures favorisant les PME au stade de la mise en concurrence est de nature à introduire une différence de traitement entre des entités placées dans une situation comparable. En effet, rien ne justifie que les PME et les autres entreprises soient considérées comme placées dans des situations différentes, car « *il n'y a pas de rapport permanent et incontestable entre la qualité de PME et la capacité à présenter une offre, quel que soit l'objet du marché* »<sup>2483</sup>. Par conséquent, l'égalité de traitement des candidats empêche l'existence de mesure favorisant les PME lors du deuxième temps de la commande publique. Ainsi, ce principe « *explique que les seules mesures favorables aux PME soient celles qu'énumère le Code des marchés publics dans son état actuel* »<sup>2484</sup>, c'est à dire le droit de préférence<sup>2485</sup> et les marchés réservés<sup>2486</sup>.

Cette dimension des fonctions du principe d'égalité de traitement explique la quasi-absence de mesures favorables à certaines catégories d'entreprises au stade de la mise en concurrence. Là où la liberté accepte les mesures favorisant les PME au stade de l'accès à la procédure, l'égalité de traitement les proscriit au stade du choix offres. Ainsi, les fonctions temporelles de ces deux principes peuvent avoir des effets contradictoires dans la poursuite des mêmes objectifs. Cette « confrontation » des principes explique que les mesures prises en faveur des PME soient modérées et situées au stade de l'accès des entreprises à la mise en concurrence. L'articulation des principes doit également être précisée au regard de l'intégration des objectifs environnementaux et sociaux dans le droit de la commande publique.

---

<sup>2482</sup> CJCE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et aff. C-34/03, *Rec.* p. I-1559 ; *AJDA* 2005. 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. 127, note W. Zimmer.

<sup>2483</sup> N. BOULOUIS, concl. sur CE, 9 juillet 2007, *Syndicat entreprises générales de France-Bâtiment Travaux publics*, n° 297711, *BJCP* 2007, n° 54, p. 366.

<sup>2484</sup> L. RAPP, art. préc.

<sup>2485</sup> Art. 59 du Code des marchés publics.

<sup>2486</sup> Art. 15 du Code des marchés publics.

## ***B : L'articulation des principes dans l'intégration des objectifs environnementaux et sociaux.***

Le droit interne intègre désormais des enjeux distincts des objectifs traditionnels de protection des deniers publics et d'efficacité de la commande publique<sup>2487</sup>. En effet, l'article 5 du Code des marchés publics relatif à la détermination des besoins dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable* ». Selon l'article 30 de la nouvelle ordonnance<sup>2488</sup>, ces objectifs doivent être pris en compte « *dans leur dimensions économique, sociale et environnementale* ». Ces objectifs contribuent, selon le Conseil d'État, à « *la protection et mise en valeur de l'environnement, au développement économique et au progrès social* »<sup>2489</sup>. C'est également le cas de l'Union européenne, puisque le préambule de la directive 2014/24 sur les marchés publics dispose que les marchés publics doivent « *permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs* »<sup>2490</sup>. Ainsi, « *le marché n'est plus seulement l'affaire des parties contractantes (...) il devient également l'enjeu d'une politique publique* »<sup>2491</sup>. Dès lors, se pose la question de la place de ces nouveaux objectifs dans le droit de la commande publique. À cet égard, Laurent Richer s'interroge : « *les objectifs sociétaux entrent-ils en concurrence avec l'objectif d'ouverture du marché ? Ces différentes mesures sont-elles porteuses de restrictions à la concurrence et à la rationalité économique ?* »<sup>2492</sup>. Il convient d'analyser la manière dont s'articulent les principes de la commande publique autour de la poursuite de ces « *objectifs secondaires* »<sup>2493</sup> **(II)** nouvellement intégrés au droit de la commande publique **(I)**.

---

<sup>2487</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2488</sup> Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, préc.

<sup>2489</sup> CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice Côte d'Azur*, n° 351570, *Rec. T.* p. 1009 ; *BJCP* 2012. 21, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 10, note P. Devillers.

<sup>2490</sup> Cons. (2) du préambule de la directive 2014/24 préc.

<sup>2491</sup> F. DIEU, « Les considérations sociales et environnementales dans la nouvelle directive Marchés du 26 février 2014 », *BJCP* n° 96, p. 326.

<sup>2492</sup> L. RICHER, art. préc.

<sup>2493</sup> M. KARPENSCHIF, art. préc., p. 418.

## I : L'intégration des objectifs environnementaux et sociaux dans le droit positif.

Les directives du 26 février 2014 ne font pas mention de considérations sociales ou environnementales s'agissant des critères de sélection des candidatures<sup>2494</sup>. La directive 2014/24 sur les marchés publics prévoit seulement la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de demander la production de certificats attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de la qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées, ou à certains systèmes ou normes de gestion environnementale<sup>2495</sup>. Le préambule de la directive mentionne également l'hypothèse d'une exclusion au stade des candidatures « *des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour un manquement à des obligations environnementales ou sociales* »<sup>2496</sup>. Toutefois, le caractère hypothétique de la formulation employée et l'interrogation sur la valeur juridique des considérants du préambule de la directive minimisent la portée de cette énonciation. En outre, les directives disposent que les spécifications techniques peuvent être formulées « *en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, y compris de caractéristiques environnementales* »<sup>2497</sup>, notamment par référence à un écolabel<sup>2498</sup>, reprenant ainsi les acquis antérieurs du droit positif<sup>2499</sup>. En revanche, n'est pas mentionnée la prise en compte de considérations sociales dans la formulation des spécifications techniques, sauf dans le préambule de la directive sur les marchés publics<sup>2500</sup>.

La question est plus problématique s'agissant de l'intégration de critères environnementaux ou sociaux dans la sélection des offres, particulièrement dans le cadre des marchés publics<sup>2501</sup>, tant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne. À l'origine, une conception stricte du lien entre l'objet du marché et les critères d'attribution prévaut en droit interne. Cette

---

<sup>2494</sup> Art. 58 de la directive 2014/24 préc.

<sup>2495</sup> *Ibid.*, Art. 62.

<sup>2496</sup> *Ibid.*, Cons. (101).

<sup>2497</sup> *Ibid.*, Art. 42 ; Art. 36 de la directive 2014/23 préc.

<sup>2498</sup> *Ibid.*, Art. 43.

<sup>2499</sup> Art. 23 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service*, JOUE n° L 134 du 30/04/2004, p. 0114 – 0240.

<sup>2500</sup> Cons. (99) de la directive 2014/24 préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir dans les spécifications techniques des exigences sociales caractérisant directement le produit ou service concerné, telles que l'accessibilité des personnes handicapées ou la conception destinée à tous les utilisateurs* ».

<sup>2501</sup> Sur cette question, v. notamment X. PINAUD, *L'intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, mémoire, PULIM, coll. Les cahiers du CRIDEAU, 2003.

conception repose sur « *la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est-à-dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût* »<sup>2502</sup>. Ainsi, les marchés publics doivent avoir pour unique objet la satisfaction d'un besoin économique distinct des autres objectifs d'intérêt général. Sauf à ce que le marché soit exclusivement animé par des préoccupations sociales ou environnementales, il n'est pas admis que les critères sociaux ou environnementaux soient en lien direct avec l'objet du marché<sup>2503</sup>. Par conséquent, ils ne peuvent être utilisés dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La prise en compte progressive des politiques publiques en droit de la commande publique vient nécessairement bouleverser cette conception stricte<sup>2504</sup>. À cet égard, le décret du 1<sup>er</sup> août 2006 portant Code des marchés publics<sup>2505</sup> ajoute la prise en compte des objectifs de développement durable dans la détermination des besoins. Dès lors, les objectifs sociaux et environnementaux sont susceptibles « *de devenir des éléments constitutifs du meilleur achat* »<sup>2506</sup>, donc des critères d'attribution des marchés publics.

Abandonnant le principe de neutralité de la commande publique<sup>2507</sup>, et intégrant les évolutions du droit positif, le Conseil d'État<sup>2508</sup> indique « *qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins, tels que définis à l'article 5 du code des marchés publics, compte tenu des objectifs de développement durable* »<sup>2509</sup>; ainsi, « *dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un*

---

<sup>2502</sup> D. PIVETEAU, concl. sur CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666, *AJDA* 2002, p. 47.

<sup>2503</sup> CE, 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, n° 159979, *Rec.* p. 364 ; *AJDA* 1997. 196, note S. Maljean-Dubois ; *D.* 1997. 110, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 369, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1997. 73, concl. S. Fratacci – 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.

<sup>2504</sup> V. à cet égard l'article 58 de la loi du 18 juin 2005 de programmation pour la cohésion sociale qui insère dans la liste des critères de sélection des offres le critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficultés : Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* n° 15 du 19 janvier 2005 p. 864.

<sup>2505</sup> Décret n° 2006-975 du 1<sup>er</sup> août 2006, préc.

<sup>2506</sup> G. PELLISSIER, concl. sur CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950, *BJCP* n° 89, p. 272.

<sup>2507</sup> N. PORTE, « Vers l'abandon du principe de neutralité de la commande publique ? », *RDP* 2014, n° 5, p. 1256.

<sup>2508</sup> CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950, *Rec.* p. 56 ; *BJCP* 2013, n° 89, p. 269, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2013. 1398 ; *JCP A* 2013, comm. 2150, note F. Jourdan ; *CP-ACCP* 2013, n° 133, p. 68, art. P. Tifine ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 131, note W. Zimmer.

<sup>2509</sup> *Idem*, cons. 4.

marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres »<sup>2510</sup>. Par conséquent, les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent recouvrir non seulement le résultat qu'il commande, mais aussi les moyens mis en œuvre pour le réaliser<sup>2511</sup>. Dès lors, la conception entre les critères d'attribution et l'objet du marché devient plus souple<sup>2512</sup>, et s'accorde avec l'esprit qui prévaut en droit de l'Union européenne.

En effet, par une conception souple du lien existant entre l'objet et les critères d'attribution du marché<sup>2513</sup>, la Cour de justice admet assez tôt la prise en compte de considérations sociales<sup>2514</sup> ou environnementales<sup>2515</sup> pour décider de l'offre économiquement la plus avantageuse. Contraire à l'avis de la Commission<sup>2516</sup> et réceptionnée partiellement par le législateur européen<sup>2517</sup>, cette jurisprudence est renforcée par une décision du 10 mai 2012 dans laquelle la Cour de justice confirme la possibilité de retenir des critères d'attribution sociaux ou environnementaux s'ils sont en lien avec l'objet du marché et s'ils n'ont pas pour effet d'installer une discrimination entre les candidats<sup>2518</sup>. Cette évolution est confirmée par les nouvelles directives de 2014, qui intègrent les aspects sociaux<sup>2519</sup> et environnementaux<sup>2520</sup> dans la liste des critères d'attribution et qui incorporent la notion nouvelle de « *coût du cycle*

---

<sup>2510</sup> *Idem.*

<sup>2511</sup> G. PELLISSIER, concl. préc., p. 275.

<sup>2512</sup> J. MARTIN, note sous CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, *AJDA* 2013 p. 1398.

<sup>2513</sup> N. PORTE, art. préc., p. 1278.

<sup>2514</sup> CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. C-31/87, *Rec.* p. 04635 – CJCE, 26 septembre 2000, *Commission des Communautés européenne c/ France*, aff. C-225/98, *Rec.* p. I-07445 ; *AJDA* 2000. 1055, note C. Lambert ; *ibid.* 2001. 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RDI* 2001. 61, obs. F. Llorens ; *Contrats et marchés publ.* 2000. comm. 91, note F. Llorens.

<sup>2515</sup> CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, *Rec.* p. I-7213 ; *BJCP* 2003, p. 14, concl. Mischo ; *Dr. adm.* 2002, comm. 174, note A. Ménéménis ; *Europe* 2002, comm. 376, Berrod ; *AJDA* 2003. 433 note D. Blaise ; *Dr. env.* 2002, n° 103, note Ph. Cossalter.

<sup>2516</sup> COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, communication interprétative du 15 octobre 2001, *Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés*, COM [2001] 566 final, *JOCE* du 28 nov. 2001, pp. 12-16.

<sup>2517</sup> Seul le critère environnemental est mentionné dans la liste des critères d'attribution de l'article 53 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service. S'agissant des considérations sociales, la directive admet seulement la possibilité de les intégrer dans les conditions d'exécution du marché (art. 26).

<sup>2518</sup> CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10 ; *AJDA* 2012. 982 ; *RFDA* 2012. 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RTD eur.* 2013. 357, obs. A. Lawrence Durviaux ; *ibid.* 410, obs. P. Thieffry ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 209, note W. Zimmer.

<sup>2519</sup> Art. 67 de la directive 2014/24 préc. – Cons. 24, 66 et art. 41 de la directive 2014/23 préc.

<sup>2520</sup> Art. 67 de la directive 2014/24 préc. – Cons. 24 et art. 41 de la directive 2014/23 préc.

de vie »<sup>2521</sup>. L'intégration de ces nouveaux objectifs permet une analyse plus approfondie des fonctions propres des principes de liberté d'accès à la mise en concurrence et d'égalité de traitement des candidats.

## II : Les conséquences de l'intégration sur les fonctions propres des principes.

Sans remettre en cause les objectifs traditionnels poursuivis par les principes<sup>2522</sup>, le droit positif intègre de nouveaux objectifs dont les contrats de la commande publique sont les outils de réalisation. Les dispositions des directives du 26 février 2014 « *ne sont que l'amplification d'un mouvement entamé depuis plus de vingt ans, qui a vu les objectifs initiaux des directives « marchés publics » passer d'une stricte garantie de l'égalité de traitement, de la transparence et de la non-discrimination, à la prise en compte de critères économiques, sociaux et environnementaux* »<sup>2523</sup>. Il convient par conséquent d'analyser les fonctions propres des principes de liberté et d'égalité au regard de ces nouveaux objectifs du droit de la commande publique.

La prise en compte des considérations sociales et environnementales n'est pas problématique s'agissant de la liberté d'accès. D'une part, il paraît difficile d'intégrer des critères environnementaux ou sociaux au stade de l'examen des candidatures<sup>2524</sup>. En effet, ces objectifs n'ont pas de rapport avec les capacités techniques, professionnelles et financières des candidats. À ce titre, lorsqu'une autorité adjudicatrice intègre de telles considérations dans les critères de sélection des candidatures, le juge considère que ces exigences conduisent à évaluer non pas la capacité des candidats, mais la valeur des offres<sup>2525</sup>. D'autre part, il est assez aisé de déterminer si l'intégration de ces considérations dans la définition des spécifications techniques entrave l'accès de certains soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence<sup>2526</sup>. La liberté d'accès dispose d'une fonction précise qui empêche les références à des produits ou techniques non accessibles à tous. La clarté des textes est à cet égard

---

<sup>2521</sup> V., pour une définition de la notion, Ph. COSSALTER, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 10.

<sup>2522</sup> Il s'agit des objectifs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics et d'ouverture des marchés à la concurrence : cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.

<sup>2523</sup> P. COSSALTER, art. préc.

<sup>2524</sup> F. DIEU, art. préc., p. 333.

<sup>2525</sup> CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, préc.

<sup>2526</sup> Cf. *Supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

probante<sup>2527</sup>. La prise en compte des considérations sociales et environnementales ne semble donc pas perturber les contours des fonctions propres de la liberté d'accès à la mise en concurrence.

La question est plus délicate s'agissant du principe d'égalité de traitement des candidats. La prise en compte des considérations sociales et environnementales dans la détermination des critères d'attribution est aujourd'hui une nécessité, puisque « *les impacts sociaux et environnementaux sont intégrés à l'appréciation du meilleur achat* »<sup>2528</sup>. Toutefois, c'est la substance même du principe d'égalité qui peut être remise en cause si les critères d'attribution n'ont pas un lien suffisamment étroit avec l'objet du contrat. Dans ce cadre, retenir de tels critères peut permettre à l'autorité adjudicatrice d'avantager de manière injustifiée un opérateur économique. Or si un critère « *peut discriminer les offres, il n'a pas le droit de discriminer les offreurs* »<sup>2529</sup>. C'est pour cette raison que le Conseil d'État fut réticent à admettre la légalité de tels critères pour des marchés dont l'objet exclusif n'était pas de répondre à un besoin en matière environnementale ou sociale. Par conséquent, la question est désormais de savoir dans quelle mesure il est possible de considérer qu'il y a un lien, même indirect, entre les critères d'attribution et l'objet du futur contrat. La réponse à cette interrogation réside dans la mutation de la notion de « besoin de l'autorité adjudicatrice », puisque l'objet des marchés publics est de répondre exclusivement aux besoins des acheteurs<sup>2530</sup>. Les directives opérant « *une internalisation des externalités* »<sup>2531</sup> dans le processus d'achat public, elles élargissent la conception initiale du besoin du pouvoir adjudicateur. Les contrats de la commande publique, notamment les marchés publics, ne sont plus seulement des outils permettant de répondre aux besoins propres des autorités adjudicatrices ; ils permettent également d'entreprendre une politique d'achat dont les finalités sont animées par la poursuite de l'intérêt général. Par conséquent, les fonctions du principe d'égalité de traitement doivent s'adapter à cette mutation des objectifs poursuivis par le droit de la commande publique.

---

<sup>2527</sup> Art. 6 du Code des marchés publics – Art. 42 de la directive 2014/24 préc. – Art. 36 de la directive 2014/23 préc. – Art. 61 de la directive 2014/25 préc.

<sup>2528</sup> L. RICHER, art. préc.

<sup>2529</sup> D. PIVETEAU, concl. préc., p. 48

<sup>2530</sup> Art. 5 du Code des marchés publics – Art. 4 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics préc. : « *les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ».

<sup>2531</sup> L. RICHER, art. préc.

Le droit positif, tout en admettant la prise en compte des objectifs sociaux et environnementaux, prévoit des mesures permettant d'assurer le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats. Les directives du 26 février 2014 réaffirment explicitement le respect des principes de la commande publique dans la détermination des critères d'attribution des offres<sup>2532</sup>, et veillent à ce que cette sélection « *ne confère pas une liberté de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur* »<sup>2533</sup>, ou « *une liberté de choix illimitée* »<sup>2534</sup>. En outre, le contrôle des juges sur le choix des critères d'attribution constitue un garde fou contre les dérives liées à l'intégration des objectifs sociaux et environnementaux dans le droit de la commande publique. Récemment, le Conseil d'État a reconnu que l'incertitude sur la mise en œuvre d'un critère de performance d'insertion professionnelle constituait un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>2535</sup>. Par conséquent, même s'il existe un lien indirect entre l'objet du contrat et les critères, ces derniers ne peuvent avoir pour effet d'avantager ou de désavantager de manière injustifiée un opérateur économique.

Ainsi, « *les objectifs environnementaux et sociaux ne relèvent plus de politiques secondaires ou horizontales, ils font partie des objectifs du droit des marchés publics au même titre que l'ouverture du marché intérieur* »<sup>2536</sup>. Si la liberté d'accès ne semble pas affectée par cette mutation des politiques publiques, les fonctions du principe d'égalité de traitement devront s'adapter à l'intégration d'objectifs dépassant la poursuite traditionnelle de l'efficacité de la commande publique, de la bonne utilisation des deniers publics et de l'ouverture du marché à la concurrence.

---

<sup>2532</sup> Art. 67 de la directive 2014/24 préc. – art. 41 de la directive 2014/23 préc.

<sup>2533</sup> *Idem.*

<sup>2534</sup> *Idem.*

<sup>2535</sup> CE, 28 mai 2014, *Commune de Dijon c/ Société Carrard Services*, n° 375941 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 189, note W. Zimmer.

<sup>2536</sup> L. RICHER, art. préc.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

La conception temporelle des principes de la commande publique, en donnant lieu à une définition des fonctions propres à chacun d'eux au sein de l'ensemble qu'ils forment, permet de préciser certains points du régime de la commande publique jusqu'alors ambigus. D'une part, le champ d'application du principe de liberté d'accès à la mise en concurrence est précisé et étendu, dans la mesure où ce principe doit s'appliquer aux autorisations d'occupation du domaine des personnes publiques ainsi qu'aux contrats privés de la commande publique ne faisant pas l'objet de dispositions spécifiques. D'autre part, l'articulation des principes est plus compréhensible, s'agissant notamment du régime des modifications précontractuelles, ainsi que de l'intégration de nouvelles politiques publiques au droit de la commande publique. La conception temporelle des principes dispose donc de conséquences positives sur le régime du droit de la commande publique. Elle permet également d'éclaircir certains points du contentieux de la commande publique, notamment les pouvoirs des juges du référé et du plein contentieux.