

## **Les fonctions propres du principe initial de liberté d'accès à la commande publique.**

Dans sa thèse consacrée à la *Transparence dans le droit de la commande publique*<sup>1372</sup>, Efthymia Lekkou affirme que la transparence est un principe transversal à l'origine de deux finalités. D'une part, au service d'une finalité immédiate, l'accès à la commande publique ; d'autre part, au service d'une finalité médiate, la protection du marché de la commande publique. Ce n'est pas l'analyse retenue dans les développements qui suivent, puisque l'objectif est de démontrer que c'est la liberté d'accès à la commande publique, principe initial, qui assure ces deux fonctions. Rattachée au premier temps de la commande publique qui dispose d'une dimension économique certaine<sup>1373</sup>, la liberté d'accès a pour fonction la création d'une concurrence saine et loyale, permettant à tous les candidats potentiellement intéressés par la conclusion du contrat d'accéder à la procédure de mise en concurrence. Elle assure également une fonction de protection de cette concurrence, en encadrant le régime des modifications précontractuelles comme contractuelles. Étant le principe initial du droit de la commande publique, la liberté d'accès a nécessairement pour fonction d'établir les fondements économiques du processus d'achat public et d'en préserver la substance. À ce titre, elle assure donc deux fonctions : d'une part, une fonction économique immédiate, celle d'un accès à la mise en concurrence (**Section 1**) ; d'autre part, une fonction économique médiate, celle d'une protection de cette mise en concurrence (**Section 2**).

---

<sup>1372</sup> E. LEKKOU, *La transparence et la commande publique*, thèse dactyl., Lyon 3, 2013. Il s'agit des intitulés des deux parties de la thèse.

<sup>1373</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1 et 2.

## **Section 1 : Une fonction économique immédiate : l'accès à la mise en concurrence.**

Au titre de sa fonction économique immédiate, la liberté d'accès poursuit deux finalités. D'une part, c'est elle qui justifie l'existence des procédures de passation (**Paragraphe 1**). En effet, seule l'existence obligatoire d'une procédure assure aux opérateurs économiques la possibilité d'accéder à la mise en concurrence et de participer au choix de l'autorité adjudicatrice. D'autre part, c'est à travers la liberté d'accès que l'autorité adjudicatrice détermine les conditions d'accès des opérateurs économiques à la mise en concurrence (**Paragraphe 2**). Ces dernières ne peuvent être trop restrictives et avoir pour effet d'évincer injustement des soumissionnaires potentiels de la procédure, en les empêchant d'exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence. À cet égard, il est possible d'affirmer que la liberté d'accès « *contraint les personnes devant passer un contrat de la commande publique à permettre à tous les opérateurs susceptibles de vouloir répondre à l'appel d'offres de pouvoir le faire. Ce principe s'applique donc en amont de la véritable procédure de sélection des candidats* »<sup>1374</sup>. Ainsi, en poursuivant ces deux finalités, la liberté assure une fonction générale d'accès à la mise en concurrence, qui bénéficie aux soumissionnaires potentiels.

### **Paragraphe 1 : Une fonction économique initiale de justification à l'existence des procédures de passation.**

Avant de développer sur la portée et la substance des fonctions de la liberté d'accès, il convient d'en délimiter le champ d'application (**A**). En effet, ce principe n'exerce pas ses fonctions de manière automatique<sup>1375</sup>, puisqu'un certain nombre d'éléments doivent être réunis afin qu'il produise ses effets. La liberté d'accès est rattachée au premier temps de la commande publique, celui de l'accès à la mise en concurrence. Ce temps poursuit un objectif à finalité économique, qui découle d'une logique d'ouverture à la concurrence issue du droit de l'Union européenne. L'objectif est « *de créer un marché (au sens économique) où se*

---

<sup>1374</sup> G. KALFLÈCHE, *Des marchés publics à la commande publique*, thèse dactyl., Paris II, 2004, p. 641.

<sup>1375</sup> Si tel était le cas, le droit de la commande publique souffrirait d'un formalisme excessif.

*rencontrent la demande des entités adjudicatrices et l'offre des opérateurs économiques* »<sup>1376</sup>. Ainsi, c'est le caractère économique des contrats de la commande publique qui justifie l'existence des procédures de passation<sup>1377</sup>, en ce sens que « *l'application des principes de transparence, publicité, concurrence est liée au caractère économique de l'activité du cocontractant* »<sup>1378</sup>. C'est également ce caractère économique et l'impact des contrats de la commande publique sur l'activité économique qui incitent le législateur européen à adopter une réglementation spécifique à la passation des contrats de la commande publique, dans un objectif d'ouverture du marché à la concurrence<sup>1379</sup>. La liberté d'accès, poursuivant cet objectif du premier temps de la commande publique, dispose donc nécessairement d'une fonction à finalité économique : celle de l'accès à une procédure de passation permettant d'accéder à une activité économique. À ce titre, l'effectivité de ses fonctions est nécessairement conditionnée par l'existence d'un contexte économique. Par conséquent, le champ d'application de la liberté d'accès dépend du caractère économique du contexte dans lequel se place l'achat. C'est dans ce cadre que ce principe exerce sa première fonction, celle de rendre obligatoire les procédures de passation (B).

#### ***A : Le champ d'application économique de la liberté d'accès à la commande publique.***

L'existence d'un contexte économique est nécessaire à l'effectivité des fonctions de la liberté d'accès à la commande publique, cette dernière poursuivant une finalité de nature économique. Une analyse des textes et de la jurisprudence rapporte que l'existence d'un contexte économique est conditionnée par l'externalisation ou l'abandon d'une activité économique à un opérateur économique. Par conséquent, le champ d'application de la liberté

---

<sup>1376</sup> G. KALFLECHE, « Secteur public et concurrence : la convergence des droits », *AJDA* 2007, p. 2420.

<sup>1377</sup> L. RICHER, « L'introduction de la notion d'activité économique dans le droit de la commande publique », Contributions dans le Rapport public 2008 du Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, EDCE n° 59, Paris, La Doc. Fr., 2008, vol. 2, p. 355 : « *les contrats de l'administration qui présentent un caractère économique sont conclus moins librement que les autres, parce qu'eux seuls relèvent des obligations de transparence et de concurrence.* »

<sup>1378</sup> *Idem.*

<sup>1379</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1. La politique communautaire doit être « *conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* », Traité de Maastricht, 1992. Le droit communautaire, d'essence libérale, est animé par le seul objectif d'assurer la plus parfaite des concurrences : Ph. TERNEYRE, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA* 1996, n° spécial, p. 87 – F. LICHERE, « La réforme de la commande publique est-elle achevée ? Avant propos », *Contrats publ.* n° 69, sept. 2007, p. 39 – S. NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 429.

d'accès est délimité par la réunion de ces trois éléments (I). À l'inverse, la liberté d'accès n'a pas lieu de produire ses effets en l'absence d'un contexte économique (II), soit parce qu'il n'y a pas d'externalisation, soit que le contrat n'est pas le support d'une activité économique, ou que le futur cocontractant n'est pas un opérateur économique.

### **I : Une fonction initiale conditionnée par l'externalisation ou l'abandon d'une activité économique à un opérateur économique.**

Il a été démontré que la liberté d'accès à la commande publique doit être rattachée au premier temps de la commande publique<sup>1380</sup>. Par conséquent, elle poursuit un objectif d'accès à la mise en concurrence, en permettant à tous les opérateurs intéressés d'accéder au futur contrat. Le caractère économique de cet objectif confère aux fonctions de la liberté d'accès une dimension également économique. À ce titre, la liberté d'accès n'est effective que dans un contexte économique d'achat public. Dès lors, son champ d'application est conditionné par l'existence d'une activité économique. Cette analyse rejoint celle de Mathilde Auvray, qui souligne que « *le critère de l'activité poursuivie par l'opérateur permet de déterminer l'application du droit de la commande publique à celui-ci* »<sup>1381</sup>. L'auteur appuie ses propos sur l'avis *Fondation Jean Moulin* du Conseil d'État du 23 octobre 2003<sup>1382</sup>. Se prononçant sur la notion d'activité économique, le Conseil d'État estime que « *les prestations d'action sociale en cause, qui constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines de ce ministère, ne présentent pas dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique* ». Par conséquent, le ministère n'était pas « *astreint (...) à la passation d'un marché public de prestation de services* ». Ainsi, le Conseil d'État subordonne « *l'applicabilité du droit de la commande publique au caractère économique des prestations en cause* »<sup>1383</sup>. Pour Sophie Nicinski<sup>1384</sup>, le droit de la commande publique s'inscrit dans un cadre plus large de collaboration économique<sup>1385</sup>. Or, pour qu'il y ait

---

<sup>1380</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

<sup>1381</sup> M. AUVRAY, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *RLC*, 2008, n° 1216.

<sup>1382</sup> CE, avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin*, n° 369315, *EDCE* 2004, n° 55, p. 209 ; *CP-ACCP*, 2004, n° 34, p. 74, note E. Fatôme et L. Richer ; *ibid.*, 2004, n° 36, p. 65, note A. Ménéménis.

<sup>1383</sup> A. MÉNÉMÉNIS, « L'avis Fondation Jean Moulin et la commande publique : poursuite d'une réflexion », *CP-ACCP*, septembre 2004, n° 36, p. 66.

<sup>1384</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2014, pp. 512 et s.

<sup>1385</sup> *Ibid.*, p. 514 : « *ce que l'on cherche à appréhender [la collaboration économique] est donc plus large que la commande publique, même entendue largement* ».

collaboration économique, il faut que le contrat soit le support d'une activité économique<sup>1386</sup>. Dès lors, il n'est plus contestable que l'activité économique soit un critère d'application du droit de la commande publique<sup>1387</sup>, *a fortiori* de la liberté d'accès, qui est le principe initial du processus d'achat public<sup>1388</sup>. Ainsi, la notion d'activité économique est « utilisée à la fois pour l'application du droit de la concurrence et pour celle des règles communautaires touchant à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement, auxquelles se rattache la réglementation communautaire des marchés publics »<sup>1389</sup>. À ce titre, la Commission européenne<sup>1390</sup> indique que le droit de la commande publique s'applique « à tout acte (...) par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers ». Le champ d'application de la liberté d'accès, premier principe effectif de la commande publique du fait de son rattachement au premier temps, dépend donc de la présence d'une activité économique.

Il convient par conséquent de préciser la notion « d'activité économique ». Le Conseil d'État s'attache à la nature de l'activité ainsi qu'à ses conditions de mise en œuvre pour déterminer le caractère économique d'une activité<sup>1391</sup>. Selon la Cour de justice, « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »<sup>1392</sup>. Globalement, elle désigne « l'offre de biens ou de services sur un marché »<sup>1393</sup>. Le critère déterminant semble être celui du contexte de marché, en ce sens que l'activité en cause doit être exercée dans ce contexte particulier. En effet, « ce n'est pas le simple fait que l'activité peut, théoriquement, être exercée par des opérateurs privés qui importe, mais le fait que l'activité est exercée dans des conditions de marché. Celles-ci sont caractérisées par un

<sup>1386</sup> *Idem* : « la collaboration repose ainsi sur plusieurs éléments : l'initiative publique d'un projet, un lien de collaboration entre l'administration et l'opérateur et, enfin, le caractère économique de l'objet de la collaboration. (...). Ce critère matérialise le fait que l'administration est la source d'une activité économique pour un opérateur. Sans rapport de collaboration, avec l'administration, l'opérateur ne peut pas accéder à l'activité économique ». *Ibid.*, p. 525 : « l'objet d'un contrat de la commande publique doit, selon nous, être une mission ou une prestation à caractère économique ».

<sup>1387</sup> M. AUVRAY, art. préc.

<sup>1388</sup> La liberté d'accès à la commande publique peut être qualifiée de « principe initial » dans le sens où elle est le principe prédominant du premier temps de la commande publique : Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

<sup>1389</sup> P. THIEFFRY, « Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises ? », *AJDA* 2007, p. 1331.

<sup>1390</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, COM 2005. 569.

<sup>1391</sup> CE, avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean Moulin*, préc.

<sup>1392</sup> CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov et a.*, aff. C-180/98, *Rec.* p. I-06451 ; *AJDA* 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *Dr. soc.* 2000. 1114, note J.-P. Lhernould ; *RDSS* 2001. 179, obs. F. Kessler et F. Muller ; *ibid.* 393, obs. F. Muller ; *RTD com.* 2001. 537, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2002. 103, chron. L. Idot – CJCE 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.* p. I-8089 ; *RTD com.* 2002. 396, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; *RTD eur.* 2002. 103, chron. L. Idot ; *ibid.* 555, chron. J.-B. Blaise.

<sup>1393</sup> CJCE, 18 juin 1998, *Commission c/ république Italienne*, aff. C-35/96, *Rec.* p. I-03851.

comportement en vue d'un objectif de capitalisation, par opposition au principe de solidarité. C'est ce qui permet de déterminer s'il existe ou non un marché »<sup>1394</sup>. Cette définition issue du droit de la concurrence est applicable au droit de la commande publique<sup>1395</sup>. Bien que cette notion soit importante, l'existence d'une activité économique n'est pas suffisante pour l'applicabilité du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Dans une décision *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007<sup>1396</sup>, le Conseil d'État indique que les collectivités publiques peuvent confier la gestion d'un service public sans mise en concurrence « lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ». Il semble que la qualité « d'opérateur sur un marché concurrentiel »<sup>1397</sup> ou « d'opérateur économique » du prestataire soit une condition de l'applicabilité du droit de la commande publique<sup>1398</sup>, donc *a fortiori* de la liberté d'accès à la commande publique. Par conséquent, « le droit de la commande publique s'applique aux contrats conclus avec les opérateurs économiques »<sup>1399</sup>. Cette analyse est confirmée par les nouvelles directives de 2014, qui utilisent la notion d'opérateur économique dans la définition des marchés publics et des concessions. La directive 2014/24<sup>1400</sup> définit les marchés publics comme « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de

<sup>1394</sup> P. MADURO, concl. sur CJCE, 11 juillet 2006, *FENIN*, aff. C-205/03, *Rec.* p. I-6295, § 13.

<sup>1395</sup> J. KOKOTT, concl. sur CJCE, 18 janv. 2007, *J. Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, pt. 50.

<sup>1396</sup> CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 284736, *Rec.* p. 155 ; *AJDA* 2007. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; *D.* 2007. 1273 ; *ibid.* 2617, chron. G. Clamour ; *RDI* 2007. 424, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2007. 812, concl. F. Séners ; *ibid.* 821, note J.-C. Douence ; *RTD com.* 2007. 694, obs. G. Orsoni ; *RTD eur.* 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar ; *BJCP* 2007. 283, concl. Séners, obs. Schwartz ; *JCP A* n° 21, mai 2007, p. 21, note F. Linditch et p. 35, note J.-M. Pontier ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 191, note G. Eckert.

<sup>1397</sup> CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, n° 300481 *Rec.* p. 76 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 120, note P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2009. 891, note J.-D. Dreyfus ; *JCP A*, n° 24, 2009, n° 2145, concl. A. Courrèges ; *ibid.*, note Cl. Devès ; *Dr. adm.*, 2009, comm. 71, note H. Hoepffner ; *RFDA* 2009, p. 759, note B. Apollis – CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Rec.* p. 18 ; *Dr. adm.* 2012, comm. 33, note F. Brenet ; *AJDA* 2012. 555, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78, note W. Zimmer ; *AJCT* 2012. 205, obs. S. Hul ; *RTD eur.* 2012. 940, obs. E. Muller ; *BJCP* 2012, n° 82, p. 153, concl. B. Dacosta.

<sup>1398</sup> O. GUÉZOU, « Contrats publics et politique de concurrence », *RFDA* 2014, p. 632 : « en droit des contrats publics, pour définir positivement le cocontractant, les textes et la jurisprudence utilisent désormais la notion « d'opérateur économique » ou « d'opérateur sur le marché concurrentiel ».

<sup>1399</sup> S.NICINSKI, « L'administration doit-elle être encadrée lorsqu'elle contracte avec un opérateur économique ? », in *Mélange en l'honneur du Professeur Laurent RICHER*, LGDJ, 2013, p. 422.

<sup>1400</sup> 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* p. L. 94/65.

services »<sup>1401</sup>. La directive 2014/23<sup>1402</sup> dispose également que les concessions sont des contrats par lesquels sont confiées, « à un ou à plusieurs opérateurs économiques »<sup>1403</sup>, des prestations de service ou de fourniture, ou l'exécution de travaux. En droit interne, le Code des marchés public dispose que « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés »<sup>1404</sup>. L'article 4 de la nouvelle ordonnance sur les marchés publics reprend cette définition<sup>1405</sup>. La notion d'opérateur économique conditionne ainsi la définition des marchés publics et des concessions. Cette notion et celle d'activité économique sont consubstantielles, puisque la qualité d'opérateur sur un marché concurrentiel s'apprécie « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce »<sup>1406</sup>. Il convient par conséquent de définir la notion d'opérateur économique.

La Cour de justice de l'Union européenne<sup>1407</sup> adopte une conception large de la notion d'opérateur économique<sup>1408</sup>. Il faut déduire de sa jurisprudence que « la notion d'opérateur économique recouvrirait toute entité qui décide de se porter candidate, indépendamment du but qu'elle poursuit, de son statut, de son organisation interne ou de sa présence sur le marché »<sup>1409</sup>. Selon le législateur de l'Union, il faut entendre par opérateur économique « toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le

---

<sup>1401</sup> *Ibid.*, art. 2.

<sup>1402</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.

<sup>1403</sup> *Ibid.*, art. 5.

<sup>1404</sup> Art. 2 – I du Code des marchés publics.

<sup>1405</sup> Art. 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juillet 2015, p. 12602 : « 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>1406</sup> CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc.

<sup>1407</sup> CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISM*, aff. C-305/08, *Rec. p.* I-12129 ; *RFDA* 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; *RTD eur.* 2011. 432, obs. A. Lawrence Durviaux.

<sup>1408</sup> *Ibid.*, pt. 35 : « le législateur communautaire n'a pas entendu limiter la notion d'« opérateur économique qui offre des services sur le marché » aux seuls opérateurs qui sont dotés d'une organisation d'entreprise, ni introduire des conditions particulières susceptibles d'établir une limitation, en amont, de l'accès aux appels d'offres fondée sur la forme juridique et l'organisation interne des opérateurs économiques » ; Pt. 42 : « partant, il ressort tant des règles communautaires que de la jurisprudence de la Cour qu'est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas ».

<sup>1409</sup> S. NICINSKI, *op. cit.*, p. 558.

*marché* »<sup>1410</sup>. À cet égard, le point 14 de l'exposé des motifs de la directive indique « *qu'il convient de préciser que la notion d'opérateur économique devrait s'interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d'opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de "personnes morales" en toutes circonstances* ». Les entités de l'Union européenne adoptent ainsi une conception large de la notion d'opérateur économique, reprise par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics<sup>1411</sup>, qui permet d'étendre le champ d'application de la liberté d'accès à la commande publique.

L'exigence d'une activité économique dévolue à un opérateur économique démontre que la liberté d'accès produit ses effets lorsqu'il existe un contexte économique certain. Or, les contrats de la commande publique constituent des marchés pertinents au sens économique du terme<sup>1412</sup>. Ainsi, le champ d'application de la liberté d'accès est conditionné par l'existence d'une relation économique entre une autorité adjudicatrice et un opérateur économique. Ce principe produit ses effets lorsqu'une autorité adjudicatrice envisage d'externaliser ou de confier une activité économique, dans un contexte de marché, en créant un lien contractuel avec une entité distincte qui dispose de la qualité d'opérateur économique. Par conséquent, c'est lorsque l'administration offre un avantage économique pour lequel des opérateurs économiques sont susceptibles d'être en compétition que la liberté d'accès devient fonctionnelle. À l'inverse, en l'absence d'un contexte économique, la liberté d'accès ne produit aucun effet.

---

<sup>1410</sup> Directive 2014/23 préc., art. 5 – Directive 2014/24 préc., art. 2.

<sup>1411</sup> Art. 13 de l'ordonnance 2015-899 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* ».

<sup>1412</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

## II : Une fonction initiale absente dans le cadre d'un contexte non économique.

Ainsi que l'affirme Laurent Richer à propos des marchés publics, « *étant donné que la législation européenne sur les marchés publics participe à la réalisation de l'objectif économique de création d'un marché unique, il ne serait pas illogique que les exceptions soient, elles aussi, fondées sur des motifs à caractère économique* »<sup>1413</sup>. Par conséquent, « *la possibilité de soustraire les contrats publics à des règles de passation repose sur l'identification d'une activité non économique* »<sup>1414</sup>. Dans le même sens, le champ d'application de la liberté d'accès étant délimité par l'existence d'un contexte économique, elle ne produit aucun effet lorsque le processus d'achat se situe dans un contexte non économique. C'est essentiellement le cas<sup>1415</sup> des contrats internes à la sphère publique, lorsque l'autorité adjudicatrice n'externalise pas une activité économique au moyen d'un contrat **(a)**, ou lorsque deux personnes publiques coopèrent par le biais d'un contrat **(b)**.

*a : La non applicabilité de la liberté d'accès dans l'hypothèse d'un contrat in house.*

La liberté d'accès à la commande publique ne produit pas d'effet s'il n'y a pas d'externalisation d'une activité économique au moyen d'un contrat. C'est le cas lorsque la personne publique choisit de gérer l'activité en régie, par ses propres moyens, sans la confier à un tiers<sup>1416</sup>. Dans ce cas, elle n'a pas à respecter les obligations qui découlent de la liberté d'accès, puisqu'elle n'externalise aucune activité économique. Il est à noter que les nouvelles directives consacrent un principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs sont libres « *de décider si, comment et dans quelle mesure ils souhaitent assumer eux-mêmes certaines fonctions publiques* »<sup>1417</sup>. Le législateur de l'Union européenne consacre ainsi « *un véritable*

---

<sup>1413</sup> L. RICHER, « De l'analogie, à propos de la jurisprudence Teckal », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin*, Mare et Martin, 2014, p. 449.

<sup>1414</sup> L. BATTOUE, *Contrats publics et interventionnisme économique*, thèse dactyl., Paris XII, 2006, p. 352.

<sup>1415</sup> Les cas d'exclusion expresse des procédures de mise en concurrence (art. L1411-12 du CGCT – art. 3 et 35-2 du Code des marchés publics), ne soulevant aucune difficulté particulière, ils ne seront pas développés dans les propos qui suivent.

<sup>1416</sup> CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc. : « *lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers (...) lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre* ».

<sup>1417</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la directive 2014/24/UE préc.

*principe de liberté de choix de l' "auto-prestation" »*<sup>1418</sup>. Lorsque l'autorité adjudicatrice choisit de gérer l'activité en quasi-régie, la solution est identique : elle n'a pas à respecter les règles de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit, dans ce cadre, de l'hypothèse des prestations *in house*.

La notion de prestation « *in house* » est utilisée et définie pour la première fois par la Commission européenne dans une communication du 11 mars 1998<sup>1419</sup>. Elle est reprise ensuite par l'avocat général Antonio La Pergola<sup>1420</sup>. Le *in house* « *est une création jurisprudentielle qui repose sur la prise en considération des cas particuliers dans lesquels le lien entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant est tel qu'il est assimilable à une relation que ce pouvoir adjudicateur aurait avec ses propres services* »<sup>1421</sup>. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles une personne publique confie une activité économique à une entité distincte, mais non autonome. La consécration jurisprudentielle du *in house* est fondée sur une décision de la Cour de justice du 18 novembre 1999, *Teckal*<sup>1422</sup>. La Cour, dans un premier temps, confirme l'applicabilité des directives pour les contrats conclus entre un pouvoir adjudicateur et une entité distincte, « *que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non* ». Les contrats conclus entre deux pouvoirs adjudicateurs sont donc soumis aux règles qui découlent des directives. Dans un second temps, elle admet une exception à l'application des directives « *dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ». Par conséquent, si les conditions cumulatives du contrôle analogue<sup>1423</sup> et de la

---

<sup>1418</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>1419</sup> Communiqué Comm. CE n° IP/98/233, 11 mars 1998, *JOCE* 29 mai 1999, n° C 150. La Commission définit les prestations relevant de la quasi-régie comme des marchés « *passés au sein de l'administration publique, par exemple, entre administration centrale et locale ou encore entre une administration et une société entièrement détenue par celle-ci* » (§ 2.1.3).

<sup>1420</sup> A. LA PERGOLA, concl. sur CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, *Rec.* p. I-06821. L'avocat général définit la prestation « *in house* » par le rattachement à « *la notion d'organe (...) de l'administration publique* » (pt. 36) et qualifie cette prestation de « *délégation interorganique* » (pt. 38).

<sup>1421</sup> B. KOEBEL, « Marchés publics conclu entre pouvoirs adjudicateurs : l'équilibre, enfin ? », *JCP A* n° 7, 2012, 2058.

<sup>1422</sup> CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl c. Comune di Viano et AGAC*, aff. C-107/98, *Rec.* p. I-8121 ; *D.* 1999. 276 ; *BJCP* 2000, p. 43, concl. G. Cosmas, obs. C. Maugué ; *Europe* 2000. comm. 28, note F. Kauff-Gozin.

<sup>1423</sup> CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03, *Rec.* p. I-00001 ; *AJDA* 2005. 898, note F. Rolin, et 1108, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *D.* 2005. 312 ; *RDI* 2005. 123, obs. J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2005, p. 180, concl. C. Stix-Hackl ; *Contrats et marchés publ.* 2005. comm. 68, note G. Eckert – CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats et marchés publ.* 2005, comm. n° 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak – CJCE, 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto*

réalisation essentielle de l'activité avec la collectivité<sup>1424</sup> sont réunies, le pouvoir adjudicateur est dispensé du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. La solution est similaire lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs créent une entité pour lui déléguer une activité<sup>1425</sup>. Dans ce cas, les personnes publiques doivent exercer un contrôle conjoint sur l'entité<sup>1426</sup>. La jurisprudence de la Cour de justice a été largement transposée en droit interne<sup>1427</sup>.

Les nouvelles directives de 2014<sup>1428</sup> codifient l'exception jurisprudentielle du *in house* et lui apportent des assouplissements<sup>1429</sup>. Elles confirment l'existence de différents types de *in house* : le *in house* vertical, la relation *in house* conjointe et la coopération public-public. Pour le *in house* verticale, les directives reprennent en substance la définition du contrôle analogue.

---

*Viaggiatori* (ANAV), aff. C-410/04, *Rec.* p. I-3303 ; *AJDA* 2006. 790 ; *RDI* 2006. 222, obs. J.-D. Dreyfus – CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-371/05, *Rec.* p. I-110 ; *AJDA* 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2008. 500, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2008. comm. 183, note W. Zimmer – CJCE, 10 septembre 2009, *Sea srl c/ Commune di Ponte Nossa*, aff. C-573/07, *Rec.* p. I-8127 ; *AJDA* 2009. 2226, note R. Sermier et D. Epaud, et 2276, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2009. 590, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 305, note W. Zimmer – CJUE, 19 juin 2014, *Centro hospitalar de Setúbal EPE*, aff. C-574/12 ; *AJDA* 2014. 1301. Voir not. R. NOGUELLOU, « La notion de contrôle analogue », *RLCT* 2010/60, p. 19, n° 1706 – L. RAPP, « Quasi-régie, quasi-régime », *AJDA* 2010. P. 588.

<sup>1424</sup> CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo SpA et Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio SpA*, aff. C-340/04, *Rec.* p. I-04137 ; *AJDA* 2006. 1013 – CJCE, 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empreras Fosetales (Asemfo)* aff. C-295/05, *Rec.* p. I-02999 ; *AJDA* 2007. 1117, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert, et 1759, note E. de Fenoyl.

<sup>1425</sup> Il s'agit dans ce cas d'un « *in house* » institutionnalisé, car la coopération s'exprime au travers d'une entité personnalisée. Ce mécanisme est également dénommé *in house* vertical, car les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint.

<sup>1426</sup> Pour la jurisprudence de l'Union européenne : CJCE, 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empreras Fosetales (Asemfo)* préc. – CJCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, *Rec.* p. I-8457 ; *AJDA* 2008. 2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *RDI* 2009. 115, obs. R. Noguellou ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez – CJUE, 29 novembre 2012, *Econord Spa*, aff. C-182/11 et C-183/11, *AJDA* 2013. 178, note J.-D. Dreyfus, et 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *RDI* 2013. 212, obs. R. Noguellou ; *AJCT* 2013. 136, obs. S. Dyens ; *RTD eur.* 2013. 341, obs. A. Lawrence Durvieux ; *RMCUE* 2013. 350, chron. S. Rodrigues, C. Bernard-Glanz et L. Lévi ; *CCC* 2013. comm. 38, note A. Sée ; *Constr.-Urb.* 2013. comm. 1, note X. Couton ; *Contrats et marchés publ.* 2013. comm. 1, note W. Zimmer ; *Europe* 2013. comm. 26, note D. Simon ; *JCP A* 2013, n° 2009, note S. Brameret. Pour la jurisprudence nationale : CE, Sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, préc. – CE, 4 mars 2009, *Syndicat nationale des industries d'information de santé*, préc. – CE, 6 novembre 2013, n° 365079, *Commune de Marsannay-la-Côte, Société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD)*, n° 365079 ; *AJDA* 2014. 60, note G. Clamour ; *ibid.* 2013. 2229 ; *RDI* 2014. 44, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 19, note M. Amilhat.

<sup>1427</sup> Art. 3-1° du Code des marchés publics – art. 23, 1° de l'ordonnance du 6 juin 2005 préc. – art. L. 1415-3, 1° du Code général des collectivités territoriales – art. L. 300-5-2 du Code de l'urbanisme – CE, Ass., 5 mars 2003, *UNSPIC*, préc.

<sup>1428</sup> Directive 2014/23/UE préc. – Directive 2014/24/UE préc. – Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, *JOUE* 2014, p. L.94/243.

<sup>1429</sup> Art. 12 de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 17 de la Directive 2014/23/UE préc. – Art. 28 de la Directive 2014/25/UE préc.

S'agissant du second critère, la réalisation essentielle des activités, les directives imposent que « plus de 80% des activités de la personne morale », doivent être « exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ». Cette nouvelle condition chiffrée « a pour objet de vérifier que la personne morale contrôlée n'a pas de vocation de marché »<sup>1430</sup>. La participation de capitaux privés est possible<sup>1431</sup>, si elle est prévue par la loi et si elle n'offre pas au détenteur des capitaux une capacité de contrôle ou de blocage et ne lui confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée<sup>1432</sup>. S'agissant du *in house* conjoint, les directives reprennent la notion de contrôle conjoint telle qu'élaborée par la Cour de justice. Il est à noter que dorénavant, une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participant au contrôle ou l'ensemble d'entre eux.

En outre, le législateur européen innove en créant des nouvelles formes de relation *in house* : le *in house* vertical indirect<sup>1433</sup>, le *in house* ascendant<sup>1434</sup>, le *in house* horizontal<sup>1435</sup>. Il facilite ainsi le recours à la prestation *in house* pour les pouvoirs adjudicateurs. La nouvelle ordonnance sur les marchés publics reprend l'ensemble de ces réglementations et innovations<sup>1436</sup>.

C'est l'absence d'externalisation d'une activité économique qui permet, entre autre, d'identifier un contrat *in house*. Or, cet élément est essentiel à la définition d'une situation de contexte économique. Par conséquent, en l'absence de contexte économique, la liberté d'accès n'exerce pas ses fonctions dans le cadre du *in house*. La solution est similaire lorsque deux personnes publiques coopèrent par le biais d'une relation contractuelle.

---

<sup>1430</sup> G. BROUX, L. COMMUNAL, C. FISCHER et T. Le FLOCH, « La « coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A* 2014, p. 2275.

<sup>1431</sup> Il est à noter que la Cour n'a jamais accepté de faire jouer l'exception *in house* dans les cas où il existe une participation de capitaux privés, même minime : CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, préc.

<sup>1432</sup> Cons. 32 de la directive 2014/24 préc., ou 46 de la directive 2014/23 préc.

<sup>1433</sup> Désormais, un pouvoir adjudicateur peut passer un contrat sans mise en concurrence avec une société contrôlée par une société qu'il contrôle.

<sup>1434</sup> Ce mécanisme est également dénommé « *in house* verticale inversé ». Les directives n'exigent pas de mise en concurrence lorsque l'organisme contrôlé attribue un marché au pouvoir adjudicateur contrôleur.

<sup>1435</sup> La relation *in house* horizontale concerne deux personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur. Ces dernières peuvent librement s'attribuer entre elles un marché. La Cour de justice a récemment refusé de reconnaître une relation *in house* dans cette hypothèse : CJUE, 8 mai 2014, *Technische Universität Hamburg-Harburg*, aff. C-15/13 ; *AJDA* 2014. 2001, note Y. Simmonet ; *Europe* 2014, comm. 299., note M. Meister ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 169, note W. Zimmer.

<sup>1436</sup> V. art. 17 et 19 de l'ordonnance 2015-899 préc.

*b : La non applicabilité de la liberté d'accès dans le cas des coopérations entre personnes publiques.*

Le droit positif s'intéresse aux cas de mutualisation d'activités entre plusieurs entités publiques, appelée contrat de coopération ou entente<sup>1437</sup>. La coopération horizontale ou contractuelle<sup>1438</sup> entre personnes publiques, à l'instar du *in house*, peut également être exclue du champ d'application économique de la liberté d'accès à la commande publique dans certains cas. Ce type de coopération se matérialise par une convention qui permet aux personnes publiques « *d'assurer un service public en commun dans une logique de coopération* »<sup>1439</sup>. À l'origine, la question se pose de savoir si la conclusion de ce type de convention est soumise à une procédure de passation impliquant des obligations de publicité et de mise en concurrence. *A priori*, la réponse apportée doit être positive, car « *cette logique s'est rapidement heurtée à la construction du marché intérieur qui prône la libre circulation des services* »<sup>1440</sup>, et de tels contrats peuvent s'assimiler à des marchés publics ou à des délégations de service public<sup>1441</sup>. Dans ce cas, le principe reste l'obligation de mettre en concurrence les contrats passés entre les personnes publiques<sup>1442</sup>. De plus, ces conventions « *ne débouchent pas sur la création d'une institution mais constituent simplement un cadre de coopération* »<sup>1443</sup>. À ce titre, elles ne peuvent entrer dans l'exception du *in house*.

---

<sup>1437</sup> Sur cette question, v. notamment J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, thèse, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997 – H. DEVILLERS, *Les contrats entre personnes publiques*, mémoire, PU Jean Moulin Lyon 3, 2013.

<sup>1438</sup> On oppose ce type de coopération au *in house*. Dans le cadre du *in house*, il s'agit d'une coopération verticale institutionnalisée, lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs créent une entité commune placée sous leur contrôle.

<sup>1439</sup> G. BROUX, L. COMMUNAL, C. FISCHER et T. Le FLOCH, « La « coopération public-public » à l'aune des nouvelles directives communautaires : entre opportunités et incertitudes », *JCP A* n° 40, 2014, ét. 2275.

<sup>1440</sup> *Idem*.

<sup>1441</sup> C'est la conception qui a pu être retenue par le Conseil d'Etat : CE, sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes de Piémont de Barr*, n° 188239, *Rec.* p. 201 ; *RFDA*, 1998, p. 609, concl. H. Savoie : « *considérant que si le code des marchés publics ne s'applique pas à un contrat, tel que celui envisagé en l'espèce, entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent de l'autre et qui contractent pour gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ de leurs compétences et si, par suite, les règles de mise en concurrence prévues par ce code n'étaient pas applicables, un tel contrat doit être regardé comme un marché public de services au sens de la directive n° 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; qu'en vertu de l'article 1er de ladite directive, les marchés de services passés entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services doivent faire l'objet d'une procédure de publicité et de mise en concurrence* ».

<sup>1442</sup> B. KOEBEL, art. préc.

<sup>1443</sup> F. BRENET, comm. sous CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*, *Dr. adm.* 2012, comm. 33.

La Cour de justice apporte un premier élément de réponse dans une décision du 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*<sup>1444</sup>. Elle exclut du champ d'application des règles de la commande publique les contrats consacrant une véritable coopération entre personnes publiques en vue d'assurer un service public en commun et non une simple prestation de services de l'une au bénéfice de l'autre. Par conséquent, lorsqu'elles veulent assurer en commun leurs missions de service public, les personnes publiques ne sont pas dans l'obligation de respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence. Cette hypothèse « *résulte bien d'une liberté organisationnelle reconnue aux personnes publiques lorsqu'elles décident de gérer elles-mêmes les services publics dont elles ont la charge. Elle se situe donc en dehors du champ de la commande publique* »<sup>1445</sup>. La Cour pose des conditions à cette exception à la mise en concurrence : la convention doit porter sur une réelle coopération visant à effectuer conjointement une mission de service public, doit prévoir le strict remboursement des prestations, et « *la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'intérêt public* »<sup>1446</sup>. Cette jurisprudence est confirmée par la suite<sup>1447</sup>, et est transposée en droit interne aux articles L.5111-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales<sup>1448</sup>.

Dans une décision du 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*<sup>1449</sup>, le Conseil d'État est amené à se prononcer sur une convention différente des hypothèses préalablement étudiées. Il

---

<sup>1444</sup> CJUE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-480/06, *Rec.* p. I-4747 ; *AJDA* 2009. 1540, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 1715, note J.-D. Dreyfus et S. Rodrigues ; *BJCP* 2009, p. 371, obs. Ph. Terneyre ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 226, note H. Hoepffner ; *Dr. adm.* 2009, comm. 98 ; *JCP A* 2009, n° 2158, note Ph. Proot ; *ibid.* n° 2248, notes F. Lichère et F. Linditch.

<sup>1445</sup> W. ZIMMER, comm. sous CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-lac*, *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78.

<sup>1446</sup> CJCE, 9 juin 2009, *Commission c/ Allemagne*, préc.

<sup>1447</sup> Commission européenne, document de travail du 4 octobre 2011 concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public») – CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale*, aff. C-159/11, p.t 40 : le droit européen s'oppose à l'exception de mise en concurrence lorsque « *un tel contrat n'a pas pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités, qu'il n'est pas exclusivement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou qu'il est de nature à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents* » – CJUE, 13 juin 2013, *Pipenbrock Dienstleistungen*, aff. C-386/11 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 213, note W. Zimmer.

<sup>1448</sup> Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 *pour le développement des sociétés publiques locales*, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697 ; *Dr. adm.* 2010, alerte 44, R. Noguellou ; *JCP A* 2010, 2229, note C. Devès – Art. 68 de la loi du 16 décembre 2010 *de réforme des collectivités territoriales*, codifié à l'art. L. 5111-1 du Code général des collectivités territoriales : « *les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération dans les formes et conditions prévues par la législation en vigueur (...) ces conventions ne sont pas soumises aux règles prévues par le code des marchés publics ou par 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* ».

<sup>1449</sup> CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Rec.* p. 18 ; *Dr. adm.*, 2012, comm. 33, note F. Brenet ; *AJDA* 2012. 555, note L. Richer ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 78, note W. Zimmer – TA

s'agit, en l'espèce, d'une coopération horizontale non institutionnalisée qui n'entre pas dans la réglementation des articles L. 5111-1 et suivant, le Code général des collectivités territoriales ne prévoyant pas les hypothèses d'entente entre un établissement public de coopération intercommunal et une commune qui n'en est pas membre. Le Conseil d'État, en se fondant sur l'article L. 5221-1 du même Code<sup>1450</sup>, confirme la possibilité de conclure des accords de coopération sans publicité ni mise en concurrence en vue de gérer en commun des services publics, « à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel »<sup>1451</sup>. Dans ce cas, ce type de convention, matérialisant des relations qui ne sont pas celles du marché<sup>1452</sup>, est exclu de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence. Par conséquent, la liberté d'accès à la commande publique ne s'applique pas. Ainsi, « l'entente ne doit en aucun cas servir de cadre, et même de prétexte, permettant à une personne publique d'agir tel un opérateur économique sur un marché concurrentiel, car elle serait susceptible de fausser le jeu de la concurrence »<sup>1453</sup>. Si tel est le cas, la liberté d'accès doit produire ses effets car la convention se situe dans un contexte économique. Il se développe ainsi une « théorie de la coopération hors concurrence entre personnes publiques »<sup>1454</sup>, dont les contours sont précisés par les juges du palais royal. Le critère utilisé par le Conseil d'État est celui de l'opérateur économique agissant sur un marché concurrentiel, qualité qui peut donc être reconnue aux pouvoirs adjudicateurs.

Cette jurisprudence démontre que la coopération public-public « n'est pas pensée en soi mais principalement – si ce n'est uniquement – comme un mécanisme de dérogations aux règles de la mise en concurrence, voire de la concurrence. Or, la coopération public-public est à la fois

---

Cergy-Pontoise, 12 avril 2013, n° 1106723 ; *JCP A* 2014, 2120, note S. Eustache ; *RLC* 2012. 32, note S. Brameret.

<sup>1450</sup> Art. L5221-1 du Code général des Collectivité territoriales : « deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune ».

<sup>1451</sup> CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, préc. Le Conseil d'État pose plusieurs conditions : l'entente ne doit pas provoquer de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé, l'entente doit tendre à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par ces deux personnes publiques.

<sup>1452</sup> W. ZIMMER, art. préc.

<sup>1453</sup> F. BRENET, art. préc.

<sup>1454</sup> Ph. TERNEYRE, « L'avenir de la coopération entre personnes publiques : un avenir réel mais limité », *RFDA* 2014, p. 407.

*plus que cela – en ce qu'elle doit répondre à d'autres préoccupations – et moins que cela – en ce qu'elle n'échappe jamais totalement au marché* »<sup>1455</sup>. Le contexte économique inhérent au droit de la commande publique transcende donc les mécanismes classiques du droit des collectivités locales, démontrant ainsi l'importance d'une délimitation précise du champ d'application du principe de liberté d'accès.

Les nouvelles directives de 2014 codifient la jurisprudence européenne relative à la coopération entre personnes publiques<sup>1456</sup>. Le législateur européen pose quatre conditions pour bénéficier de l'exception de la coopération public-public<sup>1457</sup> : la présence de pouvoirs adjudicateurs ; l'atteinte d'objectifs communs<sup>1458</sup> ; la poursuite d'un intérêt public<sup>1459</sup> ; un plafond de 20% des activités réalisées sur le marché concurrentiel. Ces conditions, qui démontrent l'absence d'un contexte économique, justifient la non applicabilité du principe de liberté d'accès à la commande publique. Elles sont reprises de manière identique dans la nouvelle ordonnance sur les marchés publics<sup>1460</sup>.

La liberté d'accès dispose donc d'un champ d'application délimité par l'existence d'un contexte économique. Dans ce cadre, elle exerce une première fonction, celle de rendre obligatoire le recours à des procédures de passation.

---

<sup>1455</sup> G. ECKERT, « La coopération public-public, entre espoirs et inquiétudes », in *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer*, LGDJ, 2013, p. 620.

<sup>1456</sup> Directive 2014/23/UE préc. – Directive 2014/24/UE préc. V., sur cette question, F. BRENET, « L'exception de « coopération » entre entités appartenant au secteur public dans les nouvelles directives », *AJDA* 2014, p. 848.

<sup>1457</sup> Art. 12 de la Directive 2014/24/UE préc., Art. 17 de la Directive 2014/23/UE préc.

<sup>1458</sup> À ce titre, le considérant 33 de la Directive 2014/24/UE dispose que « *les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs adjudicateurs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant d'autorités locales ou régionales ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public. Les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques; ils pourraient également être complémentaires. Les marchés concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à l'application des règles établies dans la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question. En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne devrait obéir qu'à des considérations d'intérêt public* ».

<sup>1459</sup> Cette condition « *devrait exclure tout transfert financier entre les participants à la coopération qui irait au-delà du simple remboursement des frais encourus au titre de la coopération* » : L. LEVAIN, R. MARVILLE TORRE, M. PRATS-DENOIS, « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP A*, n° 16, avril 2015, étude 1188.

<sup>1460</sup> Art. 18 de l'ordonnance 2105-899 préc.

## ***B : La fonction économique initiale de la liberté d'accès.***

Historiquement, le droit de la commande publique s'est développé autour de l'existence de procédures de passation, et non autour d'un corpus de principes justifiant l'existence d'un régime particulier<sup>1461</sup>. Ainsi, les législations qui fondent les procédures de passation précèdent l'émergence récente des principes de la commande publique. Par conséquent, il est possible de se demander « *si l'on pourrait revenir sur cet état de fait ou si, au-delà de ces législations, on peut trouver un principe, ou des principes, imposant des procédures de passation* »<sup>1462</sup>. L'objectif des développements qui suivent est de démontrer que c'est la liberté d'accès à la commande publique qui justifie l'existence obligatoire des procédures de passation. C'est en cela que réside sa fonction économique initiale (I). Cette fonction contraint également l'autorité adjudicatrice à déterminer ses besoins. En effet, c'est cette détermination qui révèle le caractère obligatoire d'une procédure de passation et en conditionne le choix. (II). À ce titre, le contenu et la teneur de la liberté d'accès varie en fonction de plusieurs paramètres, tenant aux caractéristiques, à la configuration et à l'impact économique du futur contrat. Les manifestations de ce principe sont donc propres à chaque contrat de la commande publique.

### **I : La liberté d'accès comme fondement à l'existence des procédures de passation.**

Lorsque l'autorité adjudicatrice décide de rendre accessible une activité économique dans un contexte de marché, la liberté d'accès à la commande publique, principe initial, produit ses effets. De part son rattachement au premier temps de la commande publique, ce principe assure une fonction économique en accordant aux candidats potentiels intéressés la possibilité d'accéder au marché pertinent constitué par le futur contrat. Ces derniers, grâce à ce principe, peuvent décider d'exercer leur liberté d'accéder au futur contrat en participant à une mise en concurrence, permettant *in fine* de choisir un cocontractant dans des conditions d'égalité et de transparence. À cet égard, « *le "principe de liberté d'accès à la commande publique" correspond au premier pilier, à la première condition d'un système de libre concurrence qui, pour présenter ses vertus et permettre d'atteindre l'optimum économique,*

---

<sup>1461</sup> G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 601 : « *le constat historique de l'existence permanente de procédure de passation pour tous les contrats de l'administration visant à l'achat ou à la réalisation de biens a déjà été fait* ».

<sup>1462</sup> *Idem.*

*suppose que les agents économiques soient libres d'entrer ou de sortir d'un marché* »<sup>1463</sup>. Le principe de liberté d'accès permet donc aux opérateurs économiques d'avoir une chance de pénétrer le marché de la commande publique en participant à une « *compétition* »<sup>1464</sup> pour l'obtention du futur contrat. Par conséquent, « *la liberté d'accéder au marché est, selon la théorie économique, la condition première de l'existence de la concurrence* »<sup>1465</sup>. La liberté sous-tend que toutes les personnes désirant devenir le cocontractant d'une autorité adjudicatrice doivent avoir la possibilité d'accéder à une mise en concurrence. À l'inverse, lorsque la liberté d'accès ne produit pas ses effets, le pouvoir adjudicateur n'a aucune obligation de respecter la liberté des opérateurs économiques de pénétrer le marché. Dans ce cas, la personne responsable du futur contrat peut l'octroyer au cocontractant de son choix.

La liberté d'accès à la commande publique ne signifie cependant pas qu'il existe un « droit d'accéder à la commande publique ». En ce sens, ce principe ne garantit pas à un opérateur économique de remporter systématiquement le futur contrat. En pareil cas, le fonctionnement concurrentiel du marché n'est pas assuré. Il garantit seulement, pour le soumissionnaire potentiel, le droit d'être informé de l'existence du futur contrat et la liberté de tenter sa chance pour le remporter. Ainsi, ce principe implique seulement que « *les entrepreneurs ou fournisseurs [puissent] librement se porter candidat* »<sup>1466</sup> aux contrats de la commande publique.

La concrétisation de cette fonction économique de la liberté d'accès réside dans l'existence obligatoire des procédures de passation. Seules ces dernières assurent aux opérateurs économiques l'accès à une mise en concurrence pour avoir une chance de remporter le contrat. En effet, la procédure de passation permet aux opérateurs économiques d'une part, de savoir qu'un contrat va être passé, d'autre part, de participer au choix de l'autorité adjudicatrice. À l'inverse, en l'absence d'une procédure obligatoire, l'autorité adjudicatrice peut octroyer le contrat de gré à gré, ce qui n'assure pas aux candidats potentiels la possibilité d'intervenir sur le marché pertinent constitué par le futur contrat. Ainsi, « *le recours à des*

---

<sup>1463</sup> O. GUÉZOU, art. préc., p. 632.

<sup>1464</sup> A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLLE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1983, Tome 1, p. 593 : « *cet objectif [protéger les intérêts financiers de l'administration] suppose d'abord l'ouverture entre le plus grand nombre possible d'entrepreneurs ou fournisseurs d'un système de compétition les amenant à se révéler et à proposer des offres à l'administration ; cette idée de compétition va animer la première phase de l'opération d'adjudication, à savoir la participation à l'adjudication ; elle s'y révèle par les principes de la publicité et de la libre concurrence* ».

<sup>1465</sup> P. SALIN, *La concurrence*, PUF, Que sais-je, 1995, n° 1063, p. 76.

<sup>1466</sup> Art. 47 du Code des marchés publics 1964.

*procédures de passation permet justement d'organiser l'accès au marché pertinent* »<sup>1467</sup>. La liberté d'accès et l'existence des procédures de passation poursuivent donc le même objectif.

Par conséquent, l'existence obligatoire des procédures de passation est le premier aspect des fonctions économiques de la liberté d'accès à la commande publique. Ce principe assure « *la possibilité pour tous les opérateurs intéressés et intéressants de concourir* »<sup>1468</sup>. Ce dernier, dans un contexte économique, déclenche la mise en œuvre d'un véritable processus d'achat public qui permet, à terme, de choisir le cocontractant dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. Dès lors, « *la liberté d'accès commande la généralisation de l'obligation de mise en concurrence* »<sup>1469</sup>. Il est à noter que la liberté d'accès assure l'accès à la mise en concurrence, mais n'a aucune influence sur son déroulement<sup>1470</sup>. Ainsi, dès lors que la liberté d'accès s'applique, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation d'organiser une procédure de passation. Ce processus incite les opérateurs potentiellement intéressés par la conclusion du contrat à soumissionner, c'est-à-dire à exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence.

Cette fonction initiale et économique de la liberté d'accès ne ressort ni des textes, ni de la jurisprudence. Dans la loi *Sapin*<sup>1471</sup> – qui met en place des procédures de passation pour la conclusion des délégations de service public – et dans les rapports qui y sont relatifs<sup>1472</sup>, il n'est pas fait mention du principe de liberté d'accès. La loi évoque seulement l'existence d'un principe général justifiant l'existence d'une « *procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* »<sup>1473</sup>. Dans les autres textes qui mettent en place des procédures de passation pour les contrats de la commande publique, il est fait référence au corpus juridique formé par les trois principes de la commande publique, non à la liberté d'accès seule<sup>1474</sup>.

---

<sup>1467</sup> L. BATTOUE, *op. cit.*, p. 370.

<sup>1468</sup> N. BOULOUIS, concl. sur CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, n° 297711, *Rec.* p. 319.

<sup>1469</sup> S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 528.

<sup>1470</sup> Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 : le déroulement de la mise en concurrence est rattachée en deuxième temps de la commande publique, donc au principe d'égalité de traitement des candidats.

<sup>1471</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, *JORF* n°25 du 30 janvier 1993, p. 1588.

<sup>1472</sup> Les rapports et avis sont disponibles sur le site internet du Sénat.

<sup>1473</sup> Art. 38 de la Loi n° 93-122 préc.

<sup>1474</sup> 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 soumise au code des marchés publics, *JORF* n°131 du 7 juin 2005, p. 10014 –

Le constat est similaire en jurisprudence. En droit de l'Union européenne, la justification de l'existence d'une procédure est généralement fondée sur les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement<sup>1475</sup>, dont l'acception est plus large que l'égalité de traitement française<sup>1476</sup>. En droit interne, les décisions qui imposent des obligations minimales de publicité et de mise en concurrence en l'absence de texte font référence au tout formé par les trois principes de la commande publique<sup>1477</sup>. Pourtant, étant rattachée au premier temps de la commande publique, c'est bien la liberté d'accès qui justifie l'existence des procédures. La transparence, à elle seule, ne permet pas de fonder l'existence des obligations de publicité et de mise en concurrence. Il en est de même pour l'égalité de traitement. Rattachée au deuxième temps de la commande publique, elle ne produit des effets qu'une fois la procédure de passation enclenchée, lorsque les soumissionnaires potentiels candidatent effectivement. En effet, « *le traitement dont il est question est le traitement des offres* »<sup>1478</sup>, alors que la question de l'accès à la mise en concurrence « *se situe, dans la procédure, en amont de l'analyse des offres* »<sup>1479</sup>. Les fonctions de l'égalité de traitement des candidats se situent donc postérieurement à l'existence même d'une procédure de passation. Par conséquent, c'est la liberté d'accès à la commande publique qui fonde l'existence obligatoire des procédures de passation, et qui déclenche, par la suite, l'application des deux autres principes.

En l'absence de procédure de passation obligatoire, la liberté d'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence n'est pas respectée. Dans certains cas particuliers, ce non-respect est cohérent, la définition préalable des besoins révélant qu'une procédure de passation n'est pas

---

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>1475</sup> 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>1476</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

<sup>1477</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. Maugué ; *AJDA* 2002. 755, note J.-D. Dreyfus ; *ACPP* n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; *Contrats et marchés publics*, 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, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712, *Rec.* p. 7 ; *AJDA* 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2005. 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 – 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. p. 560, obs. S. Braconnier ; *JCP Adm.* 2012, act. 469 ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2357, F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 270, note J.-P. Pietri ; *Contrats et marchés publ.* 2012, Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteux ; *Dr. adm.* 2012, comm. 95, note F. Brenet.

<sup>1478</sup> G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 623.

<sup>1479</sup> *Idem.*

obligatoire<sup>1480</sup>. Il s'agit essentiellement des contrats dont le montant est faible ou dont l'objet présente des caractéristiques particulières. À cet égard, la liberté d'accès à la commande publique ne dispose pas d'un caractère absolu. En dehors de ces cas, le juge et le législateur veillent au respect de la liberté d'accès, en abaissant par exemple le seuil en dessous duquel une procédure de passation n'est pas obligatoire<sup>1481</sup>, en sanctionnant les dispenses de mise en concurrence<sup>1482</sup>, en obligeant l'autorité adjudicatrice « à ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin »<sup>1483</sup>, ou en imposant un degré minimal de publicité<sup>1484</sup>. Il est à noter que la violation du principe de liberté d'accès à la commande publique peut constituer un délit sur le terrain pénal<sup>1485</sup>.

Ainsi, la liberté d'accès a pour fonction première de justifier l'existence des procédures de passation. Dans ce cadre, elle contraint l'autorité adjudicatrice à préciser ses besoins, afin de déterminer le caractère obligatoire de la procédure ainsi que sa nature.

<sup>1480</sup> Pour les marchés publics : Art. 28 al. 4 du Code des marchés publics ; Art 35-II du Code des marchés publics – Pour les délégations de service public : Art. L1411-12 du CGCT – Pour les conventions d'occupation du domaine public : CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n° 338272, 338527, *Rec.* p. 472 ; *BJCP* 2011, n° 74, p. 36, concl. N. Escaut ; *Dr. adm.* 2011, comm. 2, note F. Brenet et P. Mellerey ; *Contrats et marchés publ.*, 2011, repère 2, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *JCP G*, 2011, II, p. 282, note A. Chaminade ; *RDI* 2011, p. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou ; *CP-ACCP*, mars 2011, n° 108, p. 62, note X. Bigas et J. Leron ; *AJDA* 2011. 18, note E. Glaser ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 3, note G. Eckert ; *CP-ACCP*, janvier 2011, n° 106, p. 56, note P. Hansen.

<sup>1481</sup> CE, 10 février 2010, *Perez*, n° 329100, *Rec.* p. 17 ; *AJDA* 2010. 239 ; *ibid.* 561, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; *D.* 2010. 506, et les obs. ; *Constitutions* 2010. p. 410, obs. P. De Baecke ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, repère 3, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *BJCP* 2010, n° 70, p. 189, concl. N. Boulouis ; *RJEP* 2010, comm. 23, concl. N. Boulouis ; *Dr. adm.* 2010, comm. 54, note F. Melleray ; *JCP Adm.* 2010. 2068, note F. Linditch.

<sup>1482</sup> CE, avis, 29 juillet 2002, *Société Maj Blanchisseries de Pantin*, préc. – CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc. – CE, 29 juin 2012, *Société Pro 2C*, préc.

<sup>1483</sup> Art. 28-III du Code des marchés publics.

<sup>1484</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. p. 106, note L. Richer ; *ibid.* 329, chron. H. Legal, C. Lambert et J.-M. Belorgey ; *RFDA* 2011. 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 – CJCE, ord., 3 déc. 2001, *Bent Moustén Vestergaard c/ Spottrup Boligselskab*, aff. C-59/00, *Rec.* p. I-9505, pt. 19 ; *Dr. adm.* 2002, comm. 83 ; *RD Union européenne*, 2002, p. 157, note R. Klages ; *Contrats et marchés publ.* 2002. comm. n° 166, Ph. Delelis – CJCE 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, aff. C-231/03, *Rec.* p. I-7287, pts 16 à 19 ; *AJDA* 2005. 1541 ; *ibid.* 2335, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *ibid.* 2377, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit ; *Contrats et marchés publ.* 2005. comm. 280, note W. Zimmer – CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG*, aff. C-458/03, *Rec.* p. I-8585 ; *BJCP* 2005, n° 43, concl. J. Kokott, obs. R. Schwartz ; *Contrats marchés publ.* 2005, comm. 306, obs. G. Eckert ; *CP-ACCP* 2005, n° 50, p. 65, obs. L. Richer ; *JCP A* 2005, n° 1364, p. 1712, obs. M. Dreyfuss ; *JCP A*, 2006, n° 1021, p. 141, obs. D. Szymczak.

<sup>1485</sup> Cf. *Infra*, §2.

## II : La liberté d'accès comme fondement à l'obligation de détermination préalable des besoins.

La liberté d'accès fonde l'existence des procédures de sélection du cocontractant. À ce titre, elle oblige l'autorité adjudicatrice à évaluer préalablement ses besoins dès lors qu'elle envisage d'externaliser une activité économique. En effet, c'est la détermination des besoins qui dévoile l'existence obligatoire d'une procédure de passation et en conditionne le choix. Par conséquent, elle a une influence déterminante sur l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. Dès lors, la liberté d'accès est directement liée à la définition préalable des besoins.

Les besoins sont « *les prestations que le pouvoir adjudicateur souhaite obtenir de son cocontractant pour mener à bien son projet* »<sup>1486</sup>. La détermination des besoins est une étape fondamentale du processus d'achat public, puisqu'elle conditionne l'ensemble du déroulement de la future procédure de passation<sup>1487</sup>. En effet, « *le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder, en amont, à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure* »<sup>1488</sup>. Ainsi, « *à partir du moment où la mise en concurrence est obligatoire, l'acheteur public est contraint de définir ses besoins* »<sup>1489</sup>. Dès lors, par cette détermination, l'autorité adjudicatrice définit le marché pertinent et les conditions de son accès. Elle pose les fondements de la future mise en concurrence et les conditions pour l'intégrer. Ainsi, « *l'exercice est essentiel, car une définition incomplète ou erronée des besoins fausserait la mise en concurrence et entraînerait une mauvaise utilisation des deniers publics* »<sup>1490</sup>. À cet égard, la détermination des besoins est érigée en véritable règle de droit, obligeant ainsi l'autorité adjudicatrice à y procéder avec attention<sup>1491</sup>.

---

<sup>1486</sup> G. PELLISSIER, concl. sur CE, 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, n° 363007, consultable sur le site du Conseil d'Etat, p. 9.

<sup>1487</sup> Cf. *Supra*. Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

<sup>1488</sup> *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*, p. 17.

<sup>1489</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 369.

<sup>1490</sup> B. KOEBEL, « Les collectivités territoriales face à la publicité et à la mise en concurrence des marchés à procédures adaptées », *Contrats et marchés publ.* n°10, octobre 2004, étude 9.

<sup>1491</sup> Il est à noter que pour certaines procédures de passation ou certains types de contrat, l'obligation de déterminer préalablement les besoins est amoindrie. C'est le cas dans les situations où l'autorité adjudicatrice, en raison de la complexité du projet, n'est pas en mesure de définir elle-même ses besoins (la complexité du projet est par exemple un des critères du recours au contrat de partenariat : art. L1414-2 du CGCT). Des procédures de passation spécifiques permettent à l'autorité adjudicatrice de préciser ses besoins par un dialogue avec les

Cette obligation prend tout son sens en droit des marchés publics, ces contrats ayant pour objet exclusif de satisfaire aux besoins de l'autorité adjudicatrice<sup>1492</sup>. Cette exigence se retrouve dans une moindre mesure dans les autres textes relatifs à la passation des contrats de la commande publique<sup>1493</sup>. La nouvelle directive sur les marchés publics renforce la nécessité de la définition des besoins<sup>1494</sup>, soulignant ainsi son importance. Il existe donc une véritable obligation de déterminer préalablement les besoins, dont le juge contrôle le bien-fondé<sup>1495</sup>, une violation de cette obligation pouvant conduire à l'annulation de la procédure de passation<sup>1496</sup>. C'est le cas par exemple lorsqu'une définition des besoins erronée conduit

---

candidats. C'est le cas de la procédure de dialogue compétitif, dont l'objet « *est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins* » (art. 67 du code des marchés publics).

<sup>1492</sup> Art. 1 du Code des marchés publics : « *les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». L'article 5 dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence (...) Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins* » (nous soulignons). Deux obligations découlent clairement de cet article : l'autorité adjudicatrice doit déterminer ses besoins, à l'avance, avec précision ; le contrat objet de la procédure de passation doit répondre exclusivement à ces besoins – Art. 30 de l'ordonnance 2015-899 préc. : « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* ».

<sup>1493</sup> Pour les marchés publics non soumis au Code des marchés publics : art. 10 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 – Pour les concessions de travaux : art. L.1415-5 du Code général des collectivités territoriales – Pour les beaux emphytéotiques hospitaliers : art. L6148-2 du Code de santé publique – Pour les contrats de partenariat : art. L1414-2 du Code général des collectivités territoriales relatif à l'évaluation préalable. L'évaluation préalable doit être transmise à l'organe délibérant pour qu'il se prononce sur le contrat, et ce avant l'enclenchement de la procédure de passation – Pour les concessions d'aménagement : art. R.300-5 et art. R.300-11-5 du Code de l'urbanisme – Pour les délégations de service public, l'exigence est moins claire, nous pensons toutefois qu'elle existe. Les articles R1411-1 et R1411-2 du Code général des collectivités territoriales exigent en effet qu'il soit fait mention, dans la publicité, des « *modalités de présentation de ces offres* » ainsi que « *les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature* », ce qui oblige *in fine* le délégataire à définir l'ensemble de ces caractéristiques avant la publicité. La jurisprudence sur la publicité confirme cette hypothèse : v. notamment 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>1494</sup> Art. 29 à 34 de la directive 2014/24/UE préc.

<sup>1495</sup> CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise c/ Société Itslearning France*, n° 368846 ; *AJDA* 2013. 1946 ; *BJCP* 2014. 43, concl. B. Dacosta ; *AJCT* 2014. 113, obs. S. Hul ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 280, note J.-P. Piétri. Il est à noter que le juge procède à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Pour le juge judiciaire, voir par exemple Cass., Com., 26 mai 2009, *Société neuf Cegetel c/ La Poste*, n° 08/14535.

<sup>1496</sup> CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, n° 159693, *Rec.* p. 503 ; *D.*, 1998, obs. Ph. Terneyre ; *RDI*, 1998, 242., obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

l'autorité adjudicatrice à adopter une procédure de passation moins contraignante que celle qui devait légalement être suivie<sup>1497</sup>.

Le principe sur lequel doit être contrôlée et sanctionnée la détermination des besoins est la liberté d'accès à la commande publique<sup>1498</sup>. Pourtant, le fondement utilisé par le juge reste majoritairement celui d'une violation des obligations de publicité incombant à l'autorité adjudicatrice<sup>1499</sup>. Le juge sanctionne cette dernière sur le fondement d'une « *imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures* »<sup>1500</sup>, donc sur un manquement aux obligations de publicité. Une distinction s'impose : la détermination des besoins ne doit pas être confondue avec la publicité préalable, qui retranscrit les besoins de l'autorité adjudicatrice. La définition préalable peut être parfaitement exécutée, mais retranscrite de manière insuffisante dans la publicité. Dans ce dernier cas, il est évident que le juge se place sur le terrain de la transparence, le peu d'information ne permettant pas aux candidats de proposer une offre répondant aux besoins de l'autorité adjudicatrice<sup>1501</sup>. Mais souvent, l'insuffisance du contenu de la publicité résulte directement d'une carence dans la définition préalable des besoins. Dans ce cas, l'insuffisance de la publicité n'est qu'une conséquence directe d'une mauvaise détermination des besoins. Le juge n'a alors pas à se placer sur le fondement de la violation des obligations de publicité, mais sur des considérations plus en amont de la procédure de passation.

La détermination des besoins se situant dans le premier temps de la commande publique, elle entre dans les fonctions économiques de la liberté d'accès à la commande publique. Cette

---

<sup>1497</sup> CE, 13 février 1987, *Bonhenry*, n° 47571 – CE, 8 janvier 1992, *Préfet, Commissaire de la république du département des Yvelines*, n° 85439 ; *RFDA* 1993, 247. concl. M. Pochard – CE, 29 mai 2013, *Société Delta Process*, n° 365954 ; *BJCP* 2013. 377, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2013. 1196, obs. D. Poupeau.

<sup>1498</sup> Pour une thèse contraire, voir notamment B. DACOSTA, concl. sur CE, 2 octobre 2013, *Département de l'Oise*, n° 368846, *BJCP* n° 92, 2014, p. 43 : l'auteur affirme que la détermination des besoins « *peut avoir pour objet ou pour effet de tenir en échec les principes généraux du droit de la commande publique* » – F. LINDITCH, « La définition du besoin », *Cahier de droit de l'entreprise* n°5, septembre 2007, dossier 31 : « *cette rigidité s'explique par les principes de la commande publique : les opérateurs économiques doivent être informés du besoin pour pouvoir proposer leur offre (liberté d'accès) ; ils doivent pouvoir accéder à l'ensemble des informations nécessaires pour y répondre (égalité de traitement) ; enfin, ils seront autorisés à vérifier que l'offre retenue satisfait effectivement le besoin annoncé, et pas un autre (transparence)* ».

<sup>1499</sup> CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, préc. – CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143, *Rec. T.* 819 et 856 ; *AJDA* 2009. 54, note Labayle-Pabet et Gardères ; *Contrats et marchés publ.* 2008. comm. 226, note J.-P. Piétri ; *RDI* 2008. 503, obs. R. Noguellou – CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque*, n° 310380 ; *AJDA* 2009. 614 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, n° 36, note F. Olivier – CE, 12 mars 2012, *Dynacitè, Société Dalkia France*, n° 354355, *Rec.* p. 88 ; *AJDA* 2012. 524., obs. S. Braconnier ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 145, comm. J.-P. Piétri – CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, n° 12DA00780 ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 67, comm. G. Eckert.

<sup>1500</sup> CE, 29 décembre 1997, *Département de Paris*, préc.

<sup>1501</sup> Cf. *Infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

définition du besoin « *ayant des conséquences sur l'ouverture à la concurrence ultérieure* »<sup>1502</sup>, il est évident que la liberté d'accès sert de fondement aux règles qui y sont relatives. De cette définition dépendent les conditions d'accès à la future mise en concurrence, ainsi que les modalités de leur mise en œuvre<sup>1503</sup>. Par conséquent, par une détermination des besoins erronée, l'autorité adjudicatrice peut, volontairement ou involontairement, entraver l'accès de certains candidats potentiels à la mise en concurrence en vue de l'obtention du contrat. Il convient donc de penser la détermination des besoins en fonction de l'accès des candidats potentiels intéressés à la mise en concurrence. Il est à noter que l'autorité adjudicatrice ne peut pas procéder à la conclusion d'un avenant pour « rattraper » une définition des besoins lacunaire, s'il remet en cause les conditions initiales de mise en concurrence<sup>1504</sup>.

Pour résumer, la liberté d'accès à la commande publique dispose d'une première fonction économique, celle de rendre obligatoire les procédures de passation, afin que les soumissionnaires potentiels puissent accéder à une mise en concurrence. Ce principe est donc à la charge de l'autorité adjudicatrice qui passe le contrat. Cette dernière est en position de demandeur, « *d'opérateur-régulateur* »<sup>1505</sup>. En ce sens, elle « *joue son rôle de régulateur, c'est-à-dire qu'elle organise la concurrence sur le marché* »<sup>1506</sup>. La liberté d'accès contraint également le législateur, qui doit prévoir des procédures de passation dans les textes relatifs aux contrats de la commande publique. Les juges de droit interne et de droit de l'Union européenne veillent au respect du principe en sanctionnant les textes ou les comportements des autorités adjudicatrices qui entravent l'accès des candidats potentiels. C'est d'ailleurs essentiellement à cette dernière catégorie de personnes que bénéficie cette fonction de la liberté d'accès. En plus de justifier l'existence d'une procédure, la liberté d'accès a également pour fonction d'en déterminer les conditions d'accès.

---

<sup>1502</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 392.

<sup>1503</sup> Cet aspect de la détermination des besoins ressort d'une décision du Conseil d'État, qui affirme que « *la communauté urbaine de Dunkerque et la Ville de Dunkerque n'ont pas, eu égard à l'insuffisante définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins, et à la marge de choix discrétionnaire qu'elles s'étaient ainsi réservée, prévu des modalités d'examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure* » : CE, 15 décembre 2008, *Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque*, n° 310380 ; *AJDA* 2009. 624 ; *JCP A* 2008, 2040, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 36, note F. Olivier.

<sup>1504</sup> CE, 8 mars 1996, *Commune de Petit-Bourg*, n° 165075 ; *RDI* 1996. 370, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *Dr. adm.* 1996, comm. 521 – V. également : CAA Marseille, 30 mars 2004, *Société Carlson Wagonlit Travel*, n° 02MA00706 ; *AJDA* 2004. 1648, note S. Hul.

<sup>1505</sup> J.-P. GOHON, « Le code des marchés publics est-il toujours un code de mise en concurrence ? », *Marchés publ.*, n°234, Juin 1988, p. 11.

<sup>1506</sup> G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 685.

## Paragraphe 2 : Une fonction économique essentielle dans la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.

La liberté d'accès à la commande publique justifie l'existence des procédures de passation. Elle en détermine également les conditions d'accès. En ce sens, c'est au moyen de la liberté d'accès que l'autorité adjudicatrice doit déterminer le type de procédure qu'elle entend mettre en œuvre. En outre, c'est également à l'aune de ce principe que les différentes conditions que les candidats potentiels doivent remplir afin d'accéder à la mise en concurrence sont déterminées. Ainsi, la liberté soulève la question de savoir « qui peut se porter candidat ». D'une part, l'autorité adjudicatrice ne doit pas entraver l'accès des soumissionnaires potentiels au marché pertinent constitué par le futur contrat **(A)**. Si tel est le cas, elle porte atteinte au principe de liberté d'accès. En effet, ce principe a pour objectif « d'éviter que l'on empêche l'accès à la procédure de passation à une entreprise ou une personne déterminée ou à un type identifiable de personnes sans que cela soit justifié de façon suffisante »<sup>1507</sup>. D'autre part, la liberté d'accès ne disposant pas d'un caractère absolu, elle doit pouvoir faire l'objet de certaines limitations afin que l'autorité adjudicatrice dispose d'une marge de manœuvre dans la conduite de la procédure **(B)**. En effet, « le bon sens commande que n'importe quelle entreprise ne puisse venir concourir à n'importe quel marché (ce qui est au demeurant la preuve que la liberté d'accès à la commande publique n'est qu'un principe relatif) »<sup>1508</sup>. Il ne s'agira pas, dans les développements qui suivent, de détailler les différents éléments des conditions d'accès à la procédure<sup>1509</sup>, l'objectif étant seulement de démontrer que c'est au moyen de la liberté d'accès qu'il convient de déterminer et d'encadrer ces conditions.

---

<sup>1507</sup> G. KALFLECHE, *op. cit.*, p. 700.

<sup>1508</sup> N. BOULOUIS, concl. sur CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'enclave des papes*, *BJCP* n° 70, p. 203.

<sup>1509</sup> Les conditions d'accès à la procédure réunissent énormément d'éléments pouvant chacun faire l'objet d'un développement important. Il n'est possible à cet égard de faire preuve d'exhaustivité.

***A : L'étendue de la fonction de détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.***

Dans le cadre de la détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence, la liberté dispose de deux fonctions essentielles. D'une part, elle contraint l'acheteur à organiser une procédure de passation dont les conditions n'entravent pas de manière injustifiée l'accès des soumissionnaires potentiels (I). Ainsi, « *l'appel à candidature ne doit pas être de nature à dissuader certains opérateurs de soumissionner* »<sup>1510</sup>. D'autre part, elle doit assurer une publicité suffisante « *dans l'espace* »<sup>1511</sup>, pour permettre aux candidats potentiels intéressés par le futur contrat de prendre connaissance de l'existence d'une procédure de mise en concurrence (II). Ainsi, la liberté d'accès implique « *un libre accès à l'information. Le plus grand nombre de candidats virtuellement intéressés doit pouvoir connaître l'intention de la personne publique* »<sup>1512</sup> de conclure un contrat de la commande publique. Ces deux fonctions assurent conjointement une ouverture du marché de la commande publique à la concurrence.

**I : Une fonction prohibant les entraves dans l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence.**

L'organisation préalable de la procédure de passation doit être conduite dans le respect du principe de liberté d'accès à la commande publique. L'autorité adjudicatrice, dans la mesure du possible, doit donc minimiser les conditions qui sont susceptibles d'entraver certains candidats potentiels à la mise en concurrence. Dès lors, lorsqu'elle détermine ses besoins, l'autorité adjudicatrice ne doit pas retenir des spécifications techniques susceptibles d'entraver l'accès des candidats à la mise en concurrence (a). Pour certains contrats, il existe une obligation d'allotir les prestations, ou la possibilité de constituer des groupements d'entreprises ainsi que de recourir à la sous-traitance, afin de favoriser l'accès des PME à la mise en concurrence (b). La détermination de la durée (c) et la question de l'accès des personnes publiques ou semi-publiques à la commande publique (d) sont autant d'éléments

---

<sup>1510</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Collectivités publiques et concurrence – Rapport public 2002*, La doc. Fr., Coll. Études et documents, p. 284.

<sup>1511</sup> F. LICHERE, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur la procédure adaptée est-il adaptée ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat Région Nord-Pas-de-Calais du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

<sup>1512</sup> A. CLAEYS, note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais, RDP 2006*, n° 4, p. 1078.

que la liberté d'accès régle. La méconnaissance intentionnelle du principe de liberté d'accès, dans ce cadre, peut constituer un délit d'octroi d'avantage injustifié (e).

*a : L'encadrement du choix des spécifications techniques.*

Dans le cadre des marchés publics de travaux, les spécifications techniques sont « l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les cahiers des charges et définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture et permettant de les caractériser de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice »<sup>1513</sup>. Pour les autres types de marchés publics, ce sont des « prescriptions définissant les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service »<sup>1514</sup>. Les spécifications techniques ont pour objet de « permettre au pouvoir adjudicateur de décrire avec le plus de précision possible les caractéristiques des prestations objet d'un marché et de faciliter à chaque candidat la formulation de son offre de telle sorte qu'elle soit le mieux adaptée aux besoins exprimés »<sup>1515</sup>. Elles sont formulées soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles<sup>1516</sup>. Elles doivent être justifiées et ne doivent pas être trop précises ou trop orientées et avoir pour effet de bloquer l'accès de certains opérateurs économiques à la mise en concurrence<sup>1517</sup>. Ainsi, l'autorité adjudicatrice doit « définir de manière objective les caractéristiques d'un produit ou d'une prestation faisant l'objet de transactions »<sup>1518</sup>, et ne doit pas modifier le contenu de ces caractéristiques

---

<sup>1513</sup> 1° de l'art. 1 de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, *JORF* n°199 du 29 août 2006, p. 12764.

<sup>1514</sup> 2° de l'art. 1 de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, préc.

<sup>1515</sup> J.-P. PIETRI, note sous CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, n° 257545, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 286.

<sup>1516</sup> Art. 6 du Code des marchés publics : « I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées : 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ; 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ». – CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10, pt. 61 : « à titre liminaire, il importe de relever, d'une part, que, aux termes de l'article 23, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/18, les spécifications techniques peuvent être formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, lesquelles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ».

<sup>1517</sup> CE, 3 novembre 1995, *District de l'agglomération nancéenne*, n° 152484, *Rec.* p. 391 ; *AJDA* 1995. 888, *chron.* J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *D.* 1996. 321, *obs.* Ph. Terneyre ; *RDI* 1996. 68, *obs.* F. Llorens et Ph. Terneyre ; *RFDA* 1995. 1077, *concl.* C. Chantepy.

<sup>1518</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 395.

en cours de procédure<sup>1519</sup>. En outre, un défaut dans la définition des spécifications techniques peut constituer un délit de favoritisme<sup>1520</sup>.

L'étude du droit positif révèle que le régime des spécifications techniques doit être élaboré et contrôlé à l'aune du principe de liberté d'accès à la commande publique. La définition des spécifications techniques peut être un moyen pour l'autorité adjudicatrice d'entraver la concurrence, en exigeant des produits ou des techniques particuliers, non accessibles à tous. Selon la Cour de justice, « *les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence* »<sup>1521</sup>. Or, par référence à un mode ou procédé de fabrication particulier, d'une provenance ou origine déterminée, par référence à une marque ou un brevet, l'autorité adjudicatrice est susceptible de limiter fortement l'accès à la commande publique à un nombre important de candidats potentiels. Les spécifications techniques « *peuvent être des moyens de discrimination, des systèmes fermés de réservation de marchés à des entreprises connaissant les normes risquent de se constituer* »<sup>1522</sup>. C'est pour cette raison que le droit interne exige que les spécifications techniques ne soient pas de nature à créer des obstacles à l'ouverture des marchés à la concurrence<sup>1523</sup>. Elles ne peuvent avoir pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits<sup>1524</sup>.

Le droit dérivé de l'Union européenne s'intéresse fortement à la réglementation des spécifications techniques, au titre du principe de reconnaissance mutuelle<sup>1525</sup>. L'objectif est

---

<sup>1519</sup> CJUE, 16 avril 2015, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, aff. C- 278/14 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 139, note M. Ubaud-Bergeron.

<sup>1520</sup> TGI Paris, Ord. 9 février 2010, *SAS01DB-Metravib c/ Association Bruitparif*, n° 10/51306 : « *l'article 6, chapitre II du Code des marchés publics édicte que les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à un marché, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits* » – TGI Marseille, 29 avril 2013, n° 08000622836.

<sup>1521</sup> CJUE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-368/10, pt. 62.

<sup>1522</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 396.

<sup>1523</sup> Art. 6-III du Code des marchés publics : « *les spécifications techniques mentionnées au I permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Chaque fois que possible, elles sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou, pour tous les utilisateurs, des critères de fonctionnalité* ».

<sup>1524</sup> CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, n° 350431, *Rec.* p. 447 ; *AJDA* 2011. 1868 et 2508, chron. S. Nicinski, M. Lombard et E. Glaser ; *RJEP* 2012, comm. 48, concl. B. Dacosta ; *Contrat et marchés publ.* 2011, comm. 316, note J.-P. Pietri ; *Dr. adm.* 2011, comm. 96, note F. Brenet ; *JCP Adm.* 2012, comm. 2036, note F. Linditch.

<sup>1525</sup> CJCE, 17 décembre 1981, *Produits biologiques*, aff. C-272/80, *Rec.* p. 3277 – CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France*, aff. C-184/96, *Rec.* p. 1-6197.

similaire à celui du droit interne, puisque « *les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché et n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence* »<sup>1526</sup>. En effet, « *à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché, les spécifications techniques ne font pas référence à une fabrication ou une provenance déterminée ou à un procédé particulier, qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni à une marque, à un brevet, à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits* »<sup>1527</sup>. La nouvelle directive sur les concessions évoque également des règles relatives aux spécifications techniques<sup>1528</sup>. Les exigences sont moins détaillées mais l'objectif est identique : elles ne doivent pas avoir pour objet d'entraver la concurrence. Pour éviter toutes entraves dans l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence, les autorités adjudicatrices doivent ajouter la mention « ou équivalent » lorsqu'elles visent un produit ou une méthode spécifique, afin de ne pas discriminer ou dissuader les éventuels candidats<sup>1529</sup>. L'autorité adjudicatrice peut exiger un label<sup>1530</sup>, mais sous des conditions assez strictes énumérées à l'article 43<sup>1531</sup> de la directive 2014/24 et à l'article 61 de la directive 2014/25.

---

<sup>1526</sup> Art. 42, 2. de la Directive 2014/24/UE.

<sup>1527</sup> *Idem*.

<sup>1528</sup> Art. 36 de la Directive 2014/23/UE préc.

<sup>1529</sup> CJCE, 24 janvier 1995, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-359/93, *Rec.* p. I-157, pt. 27 : « *le fait de ne pas ajouter la mention « ou équivalent » après le terme UNIX peut non seulement dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues à UNIX de soumissionner à l'appel d'offre, mais peut aussi entraver les courants d'importation dans le commerce intracommunautaire, (...), en réservant le marché aux seuls fournisseurs se proposant d'utiliser le système spécifiquement indiqué* ».

<sup>1530</sup> Voir à ce titre : G. CANTILLON, « Labels écologiques et sociaux : vers une utilisation facilitée par une extension du lien à l'objet du marché », *Contrats publics*, n° 144, p. 28.

<sup>1531</sup> Art. 43 de la directive 2014/24 :UE préc. : « *lorsque les pouvoirs adjudicateurs souhaitent acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, ils peuvent (...) exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, à condition que l'ensemble des conditions suivantes soient respectées: a) les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché; b) les exigences en matière de label sont fondées sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires; c) le label est établi par une procédure ouverte et transparente à laquelle toutes les parties concernées, telles que les organismes publics, les consommateurs, les partenaires sociaux, les fabricants, les distributeurs ou les organisations non gouvernementales, peuvent participer; d) le label est accessible à toutes les parties intéressées; e) les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive. (...) Les pouvoirs adjudicateurs qui exigent un label particulier acceptent tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services remplissent des exigences équivalentes en matière de label. Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par le pouvoir adjudicateur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le pouvoir adjudicateur accepte d'autres moyens de preuve appropriés* ».

Ainsi, la définition des spécifications techniques participe à la création du marché pertinent en contribuant à la délimitation de la future mise en concurrence. De ce fait, elle entre dans la fonction économique initiale de la liberté d'accès à la commande publique. Surtout, elle peut avoir pour effet de restreindre sensiblement la concurrence en limitant le nombre de soumissionnaires potentiels pouvant accéder à la procédure de passation du contrat, ou en ayant pour effet de réserver le marché à certains types d'entreprises. Dans ce cadre, la définition des spécifications techniques à l'aune de la liberté d'accès permet la création et le maintien d'une concurrence saine et loyale. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice doit définir les spécifications techniques en tenant compte de l'accès éventuel de tous les soumissionnaires potentiellement intéressés par le futur contrat.

*b : L'obligation d'allotir, les groupements d'entreprises et la sous-traitance.*

Certaines dispositions spécifiques sont adoptées sur le fondement de la liberté d'accès, afin de favoriser l'accès de certains opérateurs économiques aux procédures de mise en concurrence. C'est le cas de l'allotissement, des groupements d'entreprises et de la sous-traitance.

L'allotissement peut se définir comme « *une technique permettant de diviser en plusieurs lots - confiés, le cas échéant, à plusieurs entreprises - la réalisation d'une prestation globale* »<sup>1532</sup>. C'est un moyen mis en place en droit des marchés publics<sup>1533</sup> pour favoriser l'accès de certains soumissionnaires potentiels à la commande publique : les PME<sup>1534</sup>. L'article 10 du Code des marchés publics dispose qu'« *afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés. (...) Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot* ». Ainsi, lorsqu'une autorité adjudicatrice décide de passer un marché

---

<sup>1532</sup> L. AYACHE, « Passation des délégations de service public : existe-t-il une obligation d'allotir ? », *AJDA* 2009, p. 1240.

<sup>1533</sup> Il est à noter que l'obligation d'allotir ne concerne pas les marchés publics de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics : CE, 23 décembre 2011, *Établissement public aménagement Euroméditerranée*, n° 351505, *Rec. T.* p. 1007 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 41, note W. Zimmer. Toutefois, cette exclusion est vouée à s'éteindre depuis l'adoption de la nouvelle ordonnance du 23 juillet 2015 sur les marchés publics.

<sup>1534</sup> Voir notamment : L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, pp. 396-397 : l'allotissement « *permet de faciliter l'accès des PME* » – M. KARPENSCHIF, « Le contrat au service des politiques publiques : « Contrat public et Union européenne » », *RFDA* 2014, p. 418 – O. DIDRICHE, « La réforme des directives marchés : objectifs et stratégies de la Commission européenne », *AJCT* 2012, p. 592 – A. MENEMENIS, « Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA* 2006, p. 1754.

public, elle doit le diviser en lots et doit procéder à une passation lot par lot. À cet égard, elle ne peut passer un marché global. Cela permet aux petites entreprises, qui ne peuvent fournir qu'une partie des prestations, à candidater à la conclusion d'un marché public. Les entreprises générales ne disposent ainsi plus d'un monopole sur les marchés publics d'une certaine importance<sup>1535</sup>.

L'allotissement est désormais codifié en droit de l'Union européenne, dans la directive sur les marchés publics<sup>1536</sup>. L'autorité adjudicatrice garde la possibilité de passer un marché global si elle estime que « *la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* »<sup>1537</sup>. La conclusion d'un marché global est donc dérogatoire<sup>1538</sup>. Si le pouvoir adjudicateur y a recours, il doit apporter la justification du non-allotissement<sup>1539</sup>. Si le recours au marché global n'est pas justifié, le marché est entaché d'irrégularité<sup>1540</sup>. À ce titre, le juge administratif opère un plein contrôle de la décision d'allotir ou non le marché<sup>1541</sup>, ainsi que la limitation du nombre de lot par soumissionnaire<sup>1542</sup>. En revanche, il opère un contrôle de

---

<sup>1535</sup> Le Conseil d'État a considéré que l'allotissement n'est pas discriminatoire à l'égard des entreprises générales : CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, 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 ; *RLCT* 2007, p. 16, note N. Symchowicz, P. Le Bouëdec et Ph. Proot.

<sup>1536</sup> Art. 46 de la Directive 2014/24/UE préc. : « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet* ».

<sup>1537</sup> Art. 10 du Code des marchés publics.

<sup>1538</sup> CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *Rec.* p. 382 ; *AJDA* 2003, 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoett ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer ; *Dr. adm.* 2003, p. 6, note A. Ménéménis.

<sup>1539</sup> CE, 11 août 2009, *Communauté urbaine de Nantes Métropole*, n° 319949, *Rec. T.* p. 832 ; *BJCP* 2009, n° 67, p. 451, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2009, 2181, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 348, comm. F. Olivier.

<sup>1540</sup> CE, 9 décembre 2009, *Département de l'Eure*, n° 328803, *Rec. T.* p. 832 ; *JCP A* 2010, 2311, comm. F. Linditch ; *RDI* 2010 p. 155, obs. R. Noguellou ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 60, note F. Olivier – CE, 23 juillet 2010, *Conseil régional de la Réunion*, n° 338367, *Rec. T.* p. 847 ; *AJCT* 2010, 77, note S. Hul ; *JCP A* 2010, 2311, comm. F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 320, note W. Zimmer – CE, 14 avril 2014, *Commune de Montreuil*, n° 375051 ; *RJEP* 2014, comm. 723, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2014, 825 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 170, note P. Devillers.

<sup>1541</sup> CE, 27 octobre 2011, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 350935, *Rec. T.* p. 1009 ; *BJCP* 2012, n° 80, p. 9, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 343, note G. Eckert.

<sup>1542</sup> CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, n° 363656 ; *BJCP* 2013, n° 89, p. 257, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2013, 439 ; *AJCT* 2013, 298, obs. S. Agresta ; *JCP Adm.* 2013, Actu. 202, obs. L. Erstein ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102, note P. Devillers ; *JCP Adm.* 2013, n° 2261, note F. Linditch.

l'erreur manifeste s'agissant du nombre et de la consistance des lots<sup>1543</sup>. En général, « *il apparaît que l'absence d'allotissement est justifiée dans les cas suivants : non divisibilité des prestations, concurrence plus difficile, homogénéité technique, simplification, rapidité d'intervention, économies d'échelle, difficulté d'articulation entre opérateurs multiples, absence de moyens de coordination du pouvoir adjudicateur* »<sup>1544</sup>. Le recours au marché global reste donc strictement encadré.

C'est sans conteste sur la liberté d'accès à la commande publique qu'est fondée l'obligation d'allotir les marchés publics. Comme l'affirme Marion Ubaud-Bergeron, « *il nous semble toutefois que le principe même de l'allotissement peut, lui, trouver un fondement dans le principe de liberté d'accès à la commande publique* »<sup>1545</sup>. En atteste l'article 10 du Code des marchés publics, qui dispose que l'obligation d'allotir permet « *de susciter la plus large concurrence* », et que le recours au marché global reste possible si l'allotissement est de nature « *à restreindre la concurrence* ». Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de lot attribué à un soumissionnaire<sup>1546</sup> pour « *favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence* »<sup>1547</sup>. Ainsi, cette technique « *permet de favoriser la concurrence et l'accès à la commande publique dans l'intérêt de l'autorité délégante, des usagers du service public et des contribuables* »<sup>1548</sup>. L'allotissement permet donc d'organiser une concurrence efficace dans l'octroi des marchés publics. C'est l'obligation d'allotir qui donne la possibilité aux PME, dont l'activité professionnelle est restreinte, d'exercer ou non leur liberté d'accéder au marché pertinent constitué par le futur contrat divisé en lots. Ainsi, l'allotissement est « *considéré de manière classique comme un moyen privilégié d'assurer l'accès des PME à la commande publique et d'améliorer ainsi le jeu de la concurrence* »<sup>1549</sup>. Par conséquent, cette obligation entre bien dans les fonctions économiques de la liberté d'accès à la commande publique.

---

<sup>1543</sup> CE, 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, *Rec. T.* p. 849 ; *AJDA* 2010. 1046 ; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 239, comm. P. Devillers.

<sup>1544</sup> L. RICHER, *op. cit.*, p. 397.

<sup>1545</sup> M. UBAUD-BERGERON, « Le juge judiciaire et la commande publique », *RFDA* 2013, p. 531.

<sup>1546</sup> CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, préc.

<sup>1547</sup> S. AGRESTA, note sous CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, *AJCT* 2013, p. 298.

<sup>1548</sup> L. AYACHE, art. préc.

<sup>1549</sup> P. DEVILLERS, note sous CE, 20 février 2013, *Société laboratoire Biomnis*, *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102.

Il en est de même concernant les dispositions relatives aux groupements d'entreprises et à la sous-traitance. Le groupement d'entreprises est un mécanisme prévu à l'article 51 du Code des marchés publics, qui permet à plusieurs entreprises, généralement de moyenne ou petite taille, de présenter conjointement ou solidairement une candidature. Le groupement permet alors à ces entreprises de candidater à des marchés publics dont elles n'auraient pu fournir seule la prestation. À ce titre, le mécanisme du groupement permet de favoriser l'accès des PME à la commande publique<sup>1550</sup>.

En outre, la sous-traitance, prévue aux articles 112 et suivants du Code des marchés publics, permet un accès indirect de certains opérateurs économiques à la commande publique. Elle est définie par le législateur comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution (...) d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »<sup>1551</sup>. Les PME peuvent ainsi accéder indirectement à la commande publique. À l'inverse de l'allotissement, la liberté d'accès n'oblige pas l'autorité adjudicatrice à admettre les groupements d'entreprises ou la sous-traitance. Elle le permet simplement, ce qui démontre le caractère relatif de la liberté d'accès, et la marge de manœuvre qu'elle peut laisser aux acteurs de la commande publique. Il est à noter que pour les délégations de service public, le Conseil d'État juge que « *la circonstance que des candidats doivent s'associer par la constitution d'un groupement ou prévoir de recourir à un sous-traitant pour présenter leur candidature à une délégation de service public ne peut constituer en soi une atteinte aux principes de libre accès à la commande publique* »<sup>1552</sup>. Autrement dit, l'obligation de procéder à de telles manœuvres afin de pouvoir candidater ne constitue pas une violation dans le droit d'accéder à la mise en concurrence. En droit des marchés publics, la question n'est toujours pas tranchée<sup>1553</sup>.

---

<sup>1550</sup> J.-F. SESTIER, « Le groupement d'entreprises : un outils efficace pour l'accès à la commande publique des PME ? », *Contrats publics* 2014, n° 148, p. 22.

<sup>1551</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, art. 7.

<sup>1552</sup> CE, 13 juillet 2012, *Commune Aix-en-Provence*, n° 358512 ; *Contrats et marchés publ.* 2012, comm. 285, W. Zimmer.

<sup>1553</sup> Il est considéré que la personne publique ne peut exiger une telle condition : Rép. min n° 23259 : *JOAN Q 27* octobre 2003, p. 8206 ; *BJCP* 2004, p. 73 – TA Lille, ord., 2 octobre 2008, *Société Dell*, n° 0806154 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 254, note G. Eckert – Pour une solution inverse, v. TA Paris, 14 avril 2007, *Société Dell c/ AP-HP* ; *Mon. TP* 5 oct. 2007, p. 103, suppl. TO, p. 10.

*c : La détermination de la durée des contrats de la commande publique.*

C'est la liberté d'accès qui contraint l'autorité adjudicatrice, d'une part, à ne pas conclure des contrats pour une durée indéterminée, d'autre part, à fixer une durée d'exécution raisonnable en rapport avec l'objet du contrat. C'est pourquoi la durée des contrats de la commande publique est systématiquement déterminée<sup>1554</sup> et doit faire l'objet d'une stipulation expresse<sup>1555</sup>. Cette limitation de la durée est justifiée par « *la nécessité de ne pas soustraire ces contrats à la concurrence pendant un délai trop important* »<sup>1556</sup>, et permet de ne pas mettre un cocontractant en situation de position dominante. Ainsi, « *la limitation de la durée du contrat a pour but d'éviter que certains entrepreneurs bénéficient à vie d'une rente tirée de l'exploitation d'un bien ou d'un service* »<sup>1557</sup>. La nouvelle directive relative aux concessions dispose à ce titre que « *la durée d'une concession devrait être limitée afin d'éviter le verrouillage du marché et la limitation de la concurrence. En outre, les concessions de très longue durée sont susceptibles d'entraîner le verrouillage du marché, ce qui peut nuire à la libre circulation des services et à la liberté d'établissement* »<sup>1558</sup>. La liberté d'accès impose donc une mise en concurrence périodique des contrats de la commande publique, afin que les soumissionnaires potentiels aient régulièrement une chance d'accéder au contrat. Les textes relatifs à la durée<sup>1559</sup> répondent ainsi « *à un impératif d'ordre public qui est le libre accès à la commande publique de tous les opérateurs économiques* »<sup>1560</sup>. Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la durée fixée par l'autorité adjudicatrice<sup>1561</sup>.

---

<sup>1554</sup> R. NOGUELLOU, « La fin du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 341.

<sup>1555</sup> CE, 28 mars 1980, *Société Cabinet 2000*, n° 07703 ; *RDJ* 1981, p. 523.

<sup>1556</sup> H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 260, 2009, p. 246.

<sup>1557</sup> P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 131, 2014, p. 216.

<sup>1558</sup> Directive 2014/23/UE préc., pt. (52).

<sup>1559</sup> Art. 16 du Code des marchés publics – art. L1411-2 du Code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public – art. L1414-1 et art. L1414-12 du Code général des collectivités territoriales pour les contrats de partenariats – art. L6148-5-3 du Code de santé publique pour les baux emphytéotiques hospitaliers – art. L300-5 du Code de l'urbanisme pour les concessions d'aménagement.

<sup>1560</sup> C. PRÉBISSY-SCHNALL, « Maîtriser la durée d'une convention de délégation de service public », in *Les nouvelles orientations du droit de la propriété publique, Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Godfrin*, Mare et Martin, 2014, pp. 441-442.

<sup>1561</sup> CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, n° 138504, *Rec.* p. 226 ; *RFDA* 1994, p. 252, note Ph. Terneyre ; *DA* 1993, comm. n° 398, obs. F.S.

*d : La question de l'accès des personnes publiques ou semi-publiques à la commande publique.*

En droit interne, le principe est au départ celui d'une reconnaissance de la liberté d'accès des personnes publiques à la commande publique<sup>1562</sup>. La candidature de ces dernières, sur le principe, est libre. Cette logique est confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1563</sup>. En 2014, le Conseil d'État<sup>1564</sup> comme la Cour de justice<sup>1565</sup> viennent limiter l'accès des personnes publiques à la commande publique. Même si elles doivent pouvoir bénéficier d'une telle liberté, leur candidature peut être perçue comme étant anti-concurrentielle, du fait de leur statut et de leur solvabilité. Dès lors, en droit interne, les personnes publiques peuvent légalement présenter une candidature à un contrat de la commande publique seulement si elle répond à un intérêt public local<sup>1566</sup>. La Cour de justice confirme que les États membres peuvent limiter l'accès des personnes publiques à la commande publique, sous certaines conditions. Par conséquent, les personnes publiques ne bénéficient pas d'une liberté d'accès équivalente aux opérateurs économiques classiques.

La candidature des sociétés d'économie mixte (SEM) aux contrats de la commande publique fait aussi l'objet de certains débats. Au départ, cette forme particulière de société était utilisée par les collectivités locales pour conclure des contrats de gré à gré. Le Conseil constitutionnel a sanctionné un tel recours, en considérant que les caractéristiques de ces sociétés ne justifiaient pas qu'elles soient traitées différemment des autres sociétés commerciales<sup>1567</sup>. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union européenne a refusé aux SEM l'application

---

<sup>1562</sup> CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, *Rec.* p. 492 ; *RFDA* 2001, p. 112, concl. C. Bergeal ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 8, obs. P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2000. 1066 ; *ibid.* 987, chron. M. Guyomar et P. Collin – CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne et ministre de la Santé et des Sports*, n° 324156, et n° 324232, *Rec. T.* p. 829 ; *AJDA* 2009. 1402 ; *ibid.* 2006, note J.-D. Dreyfus ; *RFDA* 2010. 146, note G. Clamour ; *BJCP* 2009. 444, concl. F. Lenica ; *Dr. adm.* 2009. 127, note Marson ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 270, note G. Eckert.

<sup>1563</sup> CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Sarl c. Comune di Viano et AGAC*, préc. – CJUE, 23 décembre 2009, *CoNISMa*, préc. – CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale*, préc.

<sup>1564</sup> CE, Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, à paraître au recueil ; *RFDA* 2015, 57, concl. B. Dacosta ; *AJDA* 2015. 7. ; *AJDA* 2015, 449., chron. J. Jessi et L. Dutheillet de Lamothe ; *AJCT* 2015. 58., note E. Royer ; *JCP A* n° 6, 2015, comm. 2030, comm. H. Pauliat ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 36, note L. de Fournoux ; *Dr. adm.* 2015, comm. 7, note F. Brenet.

<sup>1565</sup> CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze c/ Data Medical Service Srl*, aff. C-568/13 ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 37, note G. Eckert.

<sup>1566</sup> Sur cette notion, v. T. ROMBAUTS, *L'intérêt public local*, thèse dactyl., Montpellier, 2014.

<sup>1567</sup> CC, décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, *Rec.* p. 14 ; *D.* 1994. 285, obs. H. Mais ; *RFDA* 1993. 902, étude D. Pouyaud ; *LPA* 2 juin 1993, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *RFDC* 1993. 375, note L. Favoreu.

de l'exception *in house*<sup>1568</sup>. Par conséquent, à l'instar d'un opérateur économique ordinaire, les SEM devaient candidater de manière classique aux contrats de la commande publique. Souffrant d'une présomption de favoritisme du fait d'un lien privilégié avec une personne publique, les SEM étaient susceptibles de faire l'objet d'une véritable discrimination au profit des sociétés commerciales classiques<sup>1569</sup>. En d'autres termes, la liberté d'accès de ces sociétés n'était plus, dans les faits, assurée.

Afin de pallier à ces difficultés, est introduite, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, la technique des partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI). Entendue par la Commission européenne comme « *une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions* »<sup>1570</sup>, cette technique permet de choisir un partenaire privé au moyen d'une procédure de mise en concurrence, afin de créer une société à capital mixte, pour lui confier ensuite la prestation d'un marché public ou d'une concession sans avoir à respecter à nouveau une procédure de mise en concurrence. Cette technique est ensuite transposée en droit interne, non sans quelques difficultés soulignées par le Conseil d'État<sup>1571</sup>, par la création des sociétés publiques locales (SPL)<sup>1572</sup> puis, surtout, des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP)<sup>1573</sup>.

---

<sup>1568</sup> CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, préc.

<sup>1569</sup> G. ECKERT, « Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives. La problématique communautaire », *RFDA* 2005, p. 959.

<sup>1570</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, communication interprétative du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C[2007]6661.

<sup>1571</sup> CE, avis, sect. de l'administration, 1<sup>er</sup> décembre 2009, n° 383264, *EDCE* 2010, p. 353 ; *Contrats et marchés publ.* 2010. Repère 9, F. Llorens et P. Soler-Couteaux – H. HOEPFFNER, « L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés », *Contrats et marchés publ.* 2010, ét. 11.

<sup>1572</sup> Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, *JORF* n°0122 du 29 mai 2010, p. 9697.

<sup>1573</sup> Loi n° 2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte locales à opération unique, *JORF* 2 juillet 2014, p. 10897 – F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « La SEM à opération unique ou l'avènement du PPPI à la française », *Contrats et marchés publ.* 2014, Repère 1 – G. CLAMOUR, « La création des sociétés d'économie mixte à opération unique », *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 214 – R. NOGUELLOU, « La « SEMOP » : analyse de la loi n° 2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique », *RDI* 2014, p. 561 – G. ECKERT, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », *AJDA* 2014, p. 1941 – M. MARQUES, Ph. GONZAGUE, « Les sociétés d'économie mixte à opération unique », *Dr. adm.* 2014, ét. 15 – C. DEVÈS, « La loi n° 2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique : innovation ou fuite en avant ? », *JCP A* 2014, p. 2266.

Dorénavant, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, une SEMOP<sup>1574</sup>. Le partenaire privé est sélectionné après une procédure de publicité et de mise en concurrence<sup>1575</sup>. La SEMOP est ensuite constituée pour une durée limitée, dispose d'un objet unique résidant dans les prestations confiées, et est dissoute de plein droit au terme du contrat<sup>1576</sup>. Ces dispositions remettent à l'ordre du jour la technique du recours aux sociétés d'économie mixte, tout en protégeant le principe de liberté d'accès des opérateurs économiques classiques, dans la mesure où le choix de l'actionnaire privé doit faire l'objet d'une procédure de passation et que l'objet de la SEMOP ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat<sup>1577</sup>. Toutefois, cette technique peut mettre à mal les PME, en ce sens que « *le recours à un tel montage devrait avoir pour effet de favoriser la candidature de grands groupes intégrés et de reléguer les PME au rôle de sous-traitant* »<sup>1578</sup>. Les exemples relatifs à la candidature des personnes publiques ou semi-publiques démontrent que le principe de liberté d'accès est fréquemment tiraillé entre deux intérêts distincts, qui amènent le pouvoir normatif et le juge à rechercher un juste équilibre dans l'application de ce principe.

*e : Une fonction de protection de l'accès à la mise en concurrence par la reconnaissance du délit d'octroi d'avantage injustifié.*

Le droit des contrats de la commande publique fait l'objet d'un phénomène de moralisation de l'achat public depuis la fin du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>1579</sup>. C'est dans ce contexte que le législateur adopte la loi du 3 janvier 1991<sup>1580</sup>, qui crée une nouvelle incrimination, le délit d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme. Par la suite, le législateur adopte une série de dispositions visant à renforcer le système répressif, faisant ainsi du juge pénal un nouvel acteur chargé de la moralisation des marchés publics<sup>1581</sup>. La pénalisation des

---

<sup>1574</sup> Art. L1514-I du Code général des collectivités territoriales.

<sup>1575</sup> *Idem.*

<sup>1576</sup> Art. L1541-III du Code général des collectivités territoriales.

<sup>1577</sup> Art. L1514-I du Code général des collectivités territoriales.

<sup>1578</sup> G. ECKERT, art. préc. p. 1949.

<sup>1579</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

<sup>1580</sup> Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, *JORF* n°4 du 5 janvier 1991, p. 236.

<sup>1581</sup> C. PREBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 223, 2002, p. 17.

achats publics est ainsi perçue comme l'un « *des phénomènes les plus remarquables qui ait affecté le droit administratif ces dernières années* »<sup>1582</sup>. Ce délit est constitué, notamment, lorsque l'autorité adjudicatrice méconnaît les règles relatives à liberté d'accès à la commande publique. À ce titre, ce principe exerce une fonction de protection de l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence.

Seules peuvent être poursuivies les personnes limitativement énumérées à l'article 432-14 du Code pénal<sup>1583</sup>. Pour que le délit soit constitué, il est indispensable que l'agent public procure un avantage injustifié à autrui<sup>1584</sup>, et méconnaisse une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité entre les candidats aux marchés publics et aux délégations de service public<sup>1585</sup>. C'est sur la liberté d'accès que portent les développements qui suivent<sup>1586</sup>.

Tout comportement visant à procurer ou tenter de procurer un avantage injustifié à un candidat et qui méconnaît le principe de liberté d'accès à la commande publique constitue un délit d'octroi d'avantage injustifié. Globalement, toutes les dispositions du Code des marchés publics visant à garantir l'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence entrent dans le champ d'application de l'article 432-14 du Code pénal<sup>1587</sup>. Ainsi, constitue un avantage injustifié le fait, pour un pouvoir adjudicateur, d'attribuer un marché de gré à gré, alors qu'une procédure de passation obligatoire est prévue par les textes<sup>1588</sup>. Dès lors, est poursuivi le maire qui autorise des travaux sans mise en concurrence préalable, favorisant ainsi l'opérateur économique qui les réalise<sup>1589</sup>. Est également coupable d'un tel délit le président d'un conseil général qui permet l'obtention d'un marché par une entreprise en ne respectant pas les dispositions du Code des marchés publics relatives aux seuils des marchés publics<sup>1590</sup>. Une atteinte aux dispositions relatives à l'allotissement, dans l'objectif de faire échapper le

---

<sup>1582</sup> J.-B. AUBY, « Le mouvement de pénalisation de l'action publique », *Dr. adm.*, 1997, repère 1.

<sup>1583</sup> Il s'agit d'une « *personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées* ».

<sup>1584</sup> Art. 432-14 du Code pénal.

<sup>1585</sup> *Idem.*

<sup>1586</sup> La méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats dans le cadre du délit d'octroi d'avantage injustifié est étudiée dans le chapitre suivant.

<sup>1587</sup> Cass. Crim., 12 novembre 1998, n° 97-85.333.

<sup>1588</sup> *Idem.*

<sup>1589</sup> Cass. Crim., 29 juin 2011, n° 10-87.498 ; *AJDA* 2011. 1410 et 2015, note R. Mésa.

<sup>1590</sup> Cass. Crim., 22 janvier 2014, n° 13-80.759 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 86, note J.-P. Pietri.

marché aux procédures formalisées pour l'attribuer à l'entreprise de son choix, constitue également un délit de favoritisme<sup>1591</sup>.

Est également considéré comme un délit d'avantage injustifié le fait d'insérer, dans les clauses techniques, des clauses qui ne peuvent être remplies que par une seule entreprise<sup>1592</sup>. Cette manœuvre a clairement pour objectif d'entraver l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence. Le recours injustifié à des procédures négociées sans mise en concurrence, suite à un appel d'offre infructueux déclaré de façon abusive, dans le but de favoriser une entreprise, constitue également un tel délit<sup>1593</sup>. Enfin, la conclusion d'un avenant en cours d'exécution bouleversant l'économie générale du contrat, dans l'objectif de favoriser l'entreprise attributaire, est pénalement répréhensible<sup>1594</sup>.

Par conséquent, le principe de liberté d'accès a pour fonction d'encadrer et de protéger l'accès des soumissionnaires potentiels à la mise en concurrence. Il contraint également l'autorité adjudicatrice à opérer une publicité lui permettant de faire connaître son intention de conclure le contrat à un nombre suffisant de candidats potentiels.

## **II : Une fonction conditionnant la dimension horizontale de la publicité initiale d'appel à la concurrence.**

La publicité *ex ante*, exécutée avant la mise en concurrence effective, découle des fonctions de la liberté d'accès à la commande publique. Cette publicité permet aux opérateurs économiques d'être informés de l'existence d'une procédure de passation débouchant sur la conclusion d'un contrat de la commande publique. Plus les supports de publicité sont larges, plus un nombre conséquent de soumissionnaires potentiels est susceptible de participer à la procédure. À cet égard, « *la mesure de publicité doit avoir un champ suffisamment large afin que tous les candidats potentiels, c'est-à-dire les soumissionnaires susceptibles d'être*

---

<sup>1591</sup> Cass. Crim., 13 décembre 2000, n° 99-86876 ; *Bull. crim.* 2000, n° 374 – Cass. Crim., 28 janvier 2004, n° 02-86597 ; *Bull. crim.* 2004, n° 23 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 92, note M. Véron ; *JCP G* 2004, II, 10084, note F. Linditch – Cass. Crim., 5 mai 2004, n° 03-85.503. – Cass. Crim., 26 janvier 2005, n° 04-82.542. – Cass. Crim., 29 juin 2005, n° 00-84.602. – Cass. Crim., 13 septembre 2006, n° 05-83.159 – Cass. Crim., 17 décembre 2008, n° 08-82319 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 36, note M. Véron.

<sup>1592</sup> Cass. Crim., 30 juin 2004, n° 03-85946 – Cass. Crim., 20 mai 2009, n° 08-87354.

<sup>1593</sup> Cass. Crim., 23 mai 2007, n° 06-87898.

<sup>1594</sup> Cass. Crim., 6 avril 2005, n° 00-80.418.

*intéressés par le contrat, soient informés de l'existence d'une procédure de sélection et de l'opportunité d'emporter un contrat à son issue* »<sup>1595</sup>. Ainsi, la publicité « *horizontale* »<sup>1596</sup> permet une ouverture du marché (au sens économique du terme) à la concurrence<sup>1597</sup>, en incitant les opérateurs économiques à participer à la procédure. Ce sont d'ailleurs « *les effets microéconomiques de la publicité, correspondant au nombre d'entreprises ciblées* »<sup>1598</sup>, qui incitent la Cour de justice de l'Union européenne à se saisir de la dimension horizontale de la publicité. La Cour considère qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre doit avoir accès aux informations adéquates relatives au contrat avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que « *si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir cette concession* »<sup>1599</sup>. Lorsque le contrat n'entre pas dans le champ d'application des directives, il doit faire l'objet d'une publicité de dimension européenne s'il présente un intérêt transfrontalier, c'est-à-dire s'il est susceptible d'intéresser des opérateurs économiques d'un autre État membre de l'Union<sup>1600</sup>. Dans ce cas, la publicité doit être « *insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants* »<sup>1601</sup> pouvant être intéressés par le contrat, si, compte tenu de ses caractéristiques, il est susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres États membres de l'Union.

La liberté d'accès, au moyen de la publicité, poursuit donc un objectif d'accès à la mise en concurrence. L'accès à la procédure suppose que les entreprises potentiellement intéressées aient été informées de l'intention de la personne publique de conclure un contrat. Plus la publicité est large, plus l'accès à la procédure est important. Sans publicité, les candidats qui remplissent les conditions prédéterminées par la personne publique ne peuvent exercer leur liberté d'accéder à la procédure. Ainsi, « *la publicité dans l'espace* »<sup>1602</sup> est fondamentale

<sup>1595</sup> P. BOURDON, *op. cit.*, p. 236.

<sup>1596</sup> B. DACOSTA, concl. sur CE, 30 janvier 2009, *ANPE, BJCP* n° 64, p. 206.

<sup>1597</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG*, préc.

<sup>1598</sup> A. CLAEYS, note sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-pas-de-Calais*, préc.

<sup>1599</sup> CJCE 21 juillet 2005, *Consortio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de'Botti*, préc.

<sup>1600</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.

<sup>1601</sup> CE, Ass., 1<sup>er</sup> avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux, Société Kéolis*, n° 323585, *Rec.* p. 109 ; *AJDA* 2009. 1889, note F. Train ; *RFDA* 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux ; *Dr. adm.* 2009, comm. 68, note L. Battoue ; *BJCP* 2009. 268, concl. B. Dacosta, obs. Ch. M. ; *RLCT* 2009, n° 1403, note A. Sée ; *JCP Adm.* 2009. 2148, note F. Dieu ; *RDP* 2010. 217, art. G. Eckert ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 182, note P. Soler-Couteaux.

<sup>1602</sup> F. LICHERE, « Le contrôle du Conseil d'Etat sur la procédure adaptée est-il adaptée ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat *Région Nord-Pas-de-Calais* du 7 octobre 2005 », *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17.

dans la création d'une concurrence saine et loyale, et la liberté d'accès contraint l'autorité adjudicatrice à assurer une publicité suffisante auprès des personnes ayant vocation à être candidates.

Le caractère fondamental de la publicité dans l'accès à la mise en concurrence explique pourquoi les modalités qui y sont relatives sont extrêmement encadrées par les textes<sup>1603</sup>. Le non-respect de ces modalités est sanctionné par le juge<sup>1604</sup>. La question est plus délicate lorsque les textes laissent le soin à l'acheteur public de décider des modalités de la publicité. C'est le cas des marchés publics à procédure adaptée<sup>1605</sup>. Pour ce type de marché, les modalités de la procédure « *sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur* »<sup>1606</sup>. Dans ce cadre, le juge administratif, sans imposer un « standard » dans la publicité<sup>1607</sup>, veille au respect du principe de liberté d'accès à la commande publique. La décision du Conseil d'État du 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*<sup>1608</sup>, est un exemple probant. Le juge y affirme que « *si la personne responsable du marché est libre (...) de déterminer (...) les modalités de publicité (...) appropriées aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle* »<sup>1609</sup>. Le pouvoir adjudicateur doit ainsi tenir compte de l'ensemble de ces données pour décider des supports de publicité, dans le respect des principes de la commande publique. Cela implique que « *l'acheteur public ne doit pas seulement tenir compte du montant du marché, mais aussi de considérations qualitatives. Il lui incombe notamment de se demander, si la spécialité professionnelle dont il a besoin est courante, si elle est répandue dans son environnement géographique immédiat ou si, au*

---

<sup>1603</sup> Pour les marchés publics : art. 40 et s. du Code des marchés publics – Pour les délégations de service public : art. L1411-1 et R1411-1 du Code général des collectivités territoriales – Pour les contrats de partenariat : art. L1414-3 et D1414-1 du Code général des collectivités territoriales – Pour les concessions de travaux : art. R1415-3 et s. du Code général des collectivités territoriales.

<sup>1604</sup> V. notamment CE, Ass., 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, n° 141633, *Rec.* p. 301, concl. S. Lasvignes – CE, 14 mars 1997, *Préfet des Pyrénées-Orientales contre département des Pyrénées Orientales*, n° 170319, *Rec. T.* p. 931.

<sup>1605</sup> Art. 28 du Code des marchés publics.

<sup>1606</sup> *Idem.*

<sup>1607</sup> D. CASAS, concl. sur CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, *JCP A* 2005, n° 44, comm. 1345.

<sup>1608</sup> CE, 7 octobre 2005, *Région Nord Pas-de-Calais*, n°278732, *Rec.* p. 423 ; *AJDA* 2005. 2128, note J.-D. Dreyfus ; *Dr. adm.* 2005, n° 168, obs. A. Ménéménis ; *Contrats et marchés publ.* 2005, ét. 17, note F. Lichère ; *RLCT* 9/2006, n° 228, note V. Corneloup.

<sup>1609</sup> L'art. 28 du Code des marchés publics reprend cette logique : « *lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat* ».

contraire, elle est rare ou en tout cas dispersée sur une large zone géographique. Ces éléments, on le comprend, sont à la base d'une concurrence effective. Si on veut réellement mettre en concurrence les entreprises, il faut encore savoir où sont celles qui intéressent, de manière à ajuster, de façon adéquate, les procédures de publicité »<sup>1610</sup>. Le pouvoir adjudicateur doit donc prendre en compte la portée économique du marché pour déterminer les modalités de publicité des marchés à procédure adaptée. Dans ce cas, il respecte la logique d'ouverture à la concurrence issue du principe de liberté d'accès à la commande publique.

La liberté d'accès a donc pour fonction d'encadrer la détermination des conditions d'accès des candidats potentiels à la mise en concurrence. À ce titre, l'autorité adjudicatrice ne doit pas adopter des conditions qui ont pour effet d'entraver l'accès de certains de ces candidats à la procédure de passation. Toutefois, ce principe ne dispose pas d'un caractère absolu et peut faire l'objet de certaines limites.

### ***B : Les limites à la fonction de détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence.***

Ainsi que l'affirme Olivier Frévo, « choisir pertinemment sans exclure arbitrairement, tel pourrait être la devise qui accompagne le principe de liberté d'accès à la commande publique »<sup>1611</sup>. En principe, sur le fondement de la liberté d'accès à la commande publique, tout opérateur économique peut se porter candidat<sup>1612</sup>. Ce principe « signifie que tous les entrepreneurs ou fournisseurs appartenant à la profession dont relève le marché soumis à une adjudication doivent être admis à participer à celle-ci en déposant des soumissions »<sup>1613</sup>. Cependant, il ne faut jamais déduire qu'un « feu vert autorise tous les excès » car « si la voie est libre, la vitesse reste par ailleurs limitée, ou, si l'on préfère, la conduite demeure encadrée »<sup>1614</sup>. La liberté d'accès ne s'applique pas dans sa forme

---

<sup>1610</sup> D. CASAS, concl. préc.

<sup>1611</sup> O. FRÉVOT, « Fasc. 635 : PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS . – Principes fondamentaux » *JCL A.*

<sup>1612</sup> Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, édition de septembre 2014, site internet de la Direction juridique du ministère de l'économie et des finances, p. 50.

<sup>1613</sup> A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1983, Tome 1, p. 597.

<sup>1614</sup> J. ARRIGHI de CASANOVA, concl. sur CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du nord*, n° 147962, inédit, pp. 10 et 11.

absolue<sup>1615</sup>, et connaît par conséquent certaines limites. C'est le cas par exemple lorsque l'autorité adjudicatrice décide de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre<sup>1616</sup>. Dans ce cas, « *on se trouve ici en présence, non plus de simples restrictions apportées à la liberté d'accès, mais d'une véritable élimination de ce principe* »<sup>1617</sup>. De manière générale, les limitations à la liberté d'accès résident essentiellement d'une part, dans l'existence de critères de sélection des candidatures<sup>1618</sup> (I), et d'autre part, dans la réglementation sur les interdictions de soumissionner (II).

### **I : L'obligation de déterminer des critères de sélection des candidatures.**

Lors de la préparation de la procédure, l'autorité adjudicatrice définit des critères de sélection des candidatures, qui limitent le nombre d'opérateurs économiques pouvant participer à la mise en concurrence. À cet égard, la liberté d'accès n'a qu'un caractère relatif, dans la mesure où l'autorité adjudicatrice n'est pas dans l'obligation d'accepter toutes les candidatures qui lui sont soumises. Toutefois, ce principe encadre le choix de ces critères, et contraint l'autorité adjudicatrice à ne pas entraver l'accès à la mise en concurrence d'un trop grand nombre d'opérateurs économiques.

Les critères de sélection des candidatures « *sont toutes les conditions posées par l'administration à l'admission d'un candidat à participer à la procédure de sélection* »<sup>1619</sup>. Ils concernent essentiellement les capacités professionnelles, techniques ou financières<sup>1620</sup> des candidats<sup>1621</sup>. L'autorité adjudicatrice doit pouvoir vérifier la capacité des candidats à exécuter les obligations nées du futur contrat. Ces conditions d'admission sont vérifiées lors de la sélection des candidatures, après le contrôle formel visant à éliminer les candidats dont

---

<sup>1615</sup> A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 597 : « *dans sa forme absolue, le principe de liberté d'accès devrait donc impliquer qu'aucune catégorie de particulier se rattachant à la profession intéressée n'est exclue des opérations d'adjudication ni ne peut en être exclue par une mesure générale ou spéciale émanant de l'administration qualifiée pour ouvrir une adjudication* ».

<sup>1616</sup> C'est le cas dans le cadre de l'appel d'offre restreint : art. 60 du Code des marchés publics.

<sup>1617</sup> A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *op. cit.*, p. 617.

<sup>1618</sup> Voir à ce titre : « Critères et sous-critères dans les marchés publics », Dossier spéc., *Contrats publics* 2013, n° 129, p. 25 et s.

<sup>1619</sup> P. BOURDON, *op. cit.*, p. 242.

<sup>1620</sup> Il est à noter que la nouvelle directive 2014/24 préc. limite le chiffre d'affaire pouvant être demandé aux candidats, et ce afin de faciliter l'accès des PME.

<sup>1621</sup> L'autorité adjudicatrice est dans l'obligation d'évaluer ces trois catégories de capacité : CE, 26 mars 2008, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 303779, *Rec. T.* p. 808 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 125, obs. J.-P. Pietri – CE, 29 avril 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 344617, *Rec. T.* p. 1005 ; *BJCP* 2011. 268, concl. N. Boulouis.

le dossier n'est pas complet. Afin que l'autorité adjudicatrice ne puisse entraver l'accès des opérateurs économiques pour des motifs non justifiés par l'objet du contrat, le choix des critères de sélection des candidatures est encadré par les textes<sup>1622</sup>. Pour les marchés publics, il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées par l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs<sup>1623</sup>. Toute demande de documents ne figurant pas dans cette liste est susceptible d'entraîner l'irrégularité de la procédure<sup>1624</sup>. À ce titre, le juge exerce un contrôle du choix des critères de sélection des candidatures, afin de vérifier si la personne publique n'entrave pas l'accès de certains soumissionnaires potentiels. Lorsque l'autorité adjudicatrice impose une exigence qui a pour effet de restreindre l'accès des candidats au contrat, elle doit s'assurer, selon le Conseil d'État, qu'elle « *est objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser* »<sup>1625</sup>. Par conséquent, tout critère subjectif qui a pour effet de restreindre la concurrence, comme par exemple le caractère local de l'entreprise<sup>1626</sup>, ou sa taille<sup>1627</sup>, est irrégulier<sup>1628</sup>, sauf

---

<sup>1622</sup> Pour les marchés publics : art. 45 du Code des marchés publics : « *le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager (...)* La liste de ces renseignements et documents est fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché (...) Si le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par l'arrêté mentionné au I et demandés par le pouvoir adjudicateur ». Pour les délégations de service public : art. 8 et art. 9 du décret n° 97-638 du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi no 97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal, *JORF* n°126 du 1 juin 1997 p. 8653 ; Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales : « *la commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* ».

<sup>1623</sup> Arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, *JORF* n°199 du 29 août 2006 p. 12766 – CE 11 avril 2014, *Ministre de la Défense c/ Société Legrand Bâtisseurs*, n° 375245 ; *BJCP* 2014. 341, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 171, note W. Zimmer ; *Dr. adm.* 2014, comm. 44 note F. Brenet.

<sup>1624</sup> CE, 13 novembre 2002, *OPHLM de la communauté urbaine du Mans*, n° 245303, *Rec. T.* p. 780 ; *BJCP* 2003. P. 116, concl. D. Piveteau, obs. Ch. M – CE, 21 novembre 2007, *Département de l'Orne*, n° 291411, *Rec. T.* p. 940 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 6, note F. Olivier.

<sup>1625</sup> CE, 30 juin 2004, *Ministre de l'Équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer*, n° 261919, *Rec. T.* p. 851 ; *AJDA* 2004. 1771, obs. J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2004, comm. 192, obs. J.-P. Piétri – CE, 17 novembre 2006, *ANPE*, n° 290712, *Rec. T.* p. 947 ; *AJDA* 2007. 257, note D. Subra de Bieusses ; *Dr. adm.* 2007. comm. 23, note Alonso ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 4, note W. Zimmer – CE, 6 mars 2009, *Commune de Savigny-sur-Orge*, n° 315138 ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 173, obs. W. Zimmer – CE, 14 décembre 2009, *Commune La Roche-sur-Yon*, n° 325830 ; *BJCP* 2010, p. 98, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 87, obs. G. Eckert – CAA Douai, 21 février 2013, *Société Véolia Propreté Nord Normandie*, n° 11DA00939.

<sup>1626</sup> CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, n° 131562, *Rec. T.* p. 767.

<sup>1627</sup> CE, 9 juillet 2007, *Syndicat EGF-BTP et autres*, préc.

considération particulière tenant à l'objet du marché. Il est à noter que dans un souci d'accès des entreprises à la commande publique, la nouvelle directive sur les marchés publics<sup>1629</sup> simplifie la présentation des candidatures, en réduisant les lourdeurs administratives pouvant constituer des obstacles à la participation de certains opérateurs économiques, notamment les PME<sup>1630</sup>. L'article 58 de la directive liste également, de manière limitative, les critères devant être choisis par l'autorité adjudicatrice.

Les critères de sélection des candidatures et les pièces devant être fournies par les candidats doivent être publiés dans la publicité initiale<sup>1631</sup>, même lorsqu'un texte ne prévoit pas une telle obligation<sup>1632</sup>. Le Conseil d'État a jugé récemment que l'autorité adjudicatrice n'est en revanche pas tenue d'informer les candidats sur les conditions de mise en œuvre des critères, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, « *si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats* »<sup>1633</sup>. En d'autres termes, la publicité de cette information devient nécessaire lorsqu'elle est susceptible d'élargir le champ de la concurrence.

Le principe utilisé dans le contrôle du choix des critères de sélection des candidatures est dans la plupart des cas le principe d'égalité<sup>1634</sup>. Pourtant, c'est bien sur le fondement de la liberté d'accès que doit être contrôlé ce choix. Les critères ne doivent pas avoir pour effet de restreindre la concurrence, en entravant l'accès de certains soumissionnaires à la procédure de passation. Le juge doit vérifier si le choix opéré par l'autorité adjudicatrice ne porte pas

---

<sup>1628</sup> CE, 10 juin 2009, *Société Baudin Châteauneuf*, n° 320037, *Rec. T.* p. 829 : « *qu'il en résulte que la SOCIETE BAUDIN CHATEAUNEUF n'est fondée à soutenir, ni que le département aurait méconnu le caractère limitatif des informations et documents énumérés à l'article D. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, ni qu'il aurait introduit, par cette demande de mémoire, un critère subjectif dans la sélection des candidatures* ».

<sup>1629</sup> Directive 2014/24/UE préc.

<sup>1630</sup> Il est prévu la création d'un document unique de marché européen (DUME) en vue de simplifier la présentation des candidatures. Cons. 84 de la directive 2014/24 : « *de nombreux opérateurs économiques, et en particulier les PME, estiment que les lourdeurs administratives découlant de l'obligation de produire un nombre important de certificats ou d'autres documents en rapport avec les critères d'exclusion et de sélection constituent l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics. Limiter ces exigences, par exemple en utilisant un document unique de marché européen (DUME) consistant en une déclaration sur l'honneur actualisée, pourrait conduire à une simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques* ».

<sup>1631</sup> CE, 26 mars 1931, *Sieur Helbling et Vary*, n° 2925, *Rec.* p. 377 – CE, 21 novembre 2007, *Département du Var*, n° 300992, *Rec. T.* p. 940 ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 5, note W. Zimmer.

<sup>1632</sup> CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569, *Rec.* p. 60 ; *BJCP* n°70, p. 204, concl. N. Boulouis ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 131, note W. Zimmer ; *JCP A* 2010, 2132, note F. Linditch ; *RJEP* 2010, comm. 38, note F. Brenet ; *CP-ACCP* sept. 2010, p. 14.

<sup>1633</sup> CE, 10 avril 2015, *Société Automatismes Corses*, n° 387128 ; *AJDA* 2015. 728, note D. Poupeau ; *Contrats et marchés publ.* 2015, comm. 140, note G. Eckert.

<sup>1634</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 399.

atteinte à la liberté d'accès des candidats potentiels dont la compétence correspond à l'objet du contrat. À ce titre, l'article 51 de la nouvelle ordonnance sur les marchés publics confirme que les critères de sélection des candidatures sont des « *conditions de participation à la procédure de passation* ». La question d'une éventuelle rupture d'égalité entre candidats ne doit être mise qu'au second plan, et n'est qu'une conséquence d'une restriction à la concurrence.

Les critères de sélection des candidatures constituent donc une limite relative au principe de liberté d'accès à la commande publique. La législation sur les interdictions de soumissionner constitue une limite absolue à ce principe.

## **II : Les interdictions de soumissionner.**

La liberté d'accès à la commande publique n'est pas un principe absolu, car il existe des limites à son application. Une des principales restrictions à la possibilité de se porter candidat à l'attribution d'un contrat de la commande publique réside dans les interdictions de soumissionner. Ainsi, « *il résulte du principe de la liberté d'accès à la commande publique que tout opérateur économique peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public, à l'exception toutefois des opérateurs économiques placés sous l'effet d'une interdiction de soumissionner* »<sup>1635</sup>. Ces exclusions légales de la commande publique sont expressément prévues pour les marchés publics<sup>1636</sup>, pour les contrats de partenariat<sup>1637</sup> et pour les concessions de travaux publics<sup>1638</sup>. Un opérateur économique ne peut se porter candidat s'il fait l'objet, dans les cinq ans, d'une condamnation pénale définitive, s'il est en état de liquidation ou de redressement judiciaire, s'il n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou s'il fait l'objet d'une interdiction administrative de postuler à l'attribution des contrats administratifs. Le législateur a récemment ajouté deux cas

---

<sup>1635</sup> Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *JORF* p. 2600, pt. 11.1.

<sup>1636</sup> Le code des marchés publics, dans son art. 43, renvoie à la liste des interdictions établie par l'article 8 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.

<sup>1637</sup> Art. L.1414-4 du Code général des collectivités territoriales.

<sup>1638</sup> Art. 9 de l'Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics qui renvoie à la liste des interdictions établie par l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

d'interdiction de soumissionner : les personnes ayant été condamnées pour des motifs liés à la discrimination<sup>1639</sup> ou pour méconnaissance des dispositions en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes<sup>1640</sup>, ne peuvent se porter candidat à l'attribution de certains contrats<sup>1641</sup> de la commande publique<sup>1642</sup>. Avec ladite loi, les interdictions de soumissionner de l'ordonnance du 6 juin 2005 sont étendues aux délégations de service public de l'État et de ses établissements publics.

La réglementation en droit interne doit respecter le régime européen des interdictions de soumissionner, qui est expressément prévu par la législation européenne. Les nouvelles directives prévoient ainsi plusieurs cas d'exclusion dans l'accès à la commande publique<sup>1643</sup>, repris par la nouvelle ordonnance sur les marchés publics<sup>1644</sup>. Certains cas d'exclusion doivent obligatoirement être mis en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices des États membres, notamment tous les cas de condamnation pénale les plus graves<sup>1645</sup>. D'autres interdictions de soumissionner restent facultatives et à la discrétion des États membres. La liste des interdictions de soumissionner prévues par les directives est exhaustive<sup>1646</sup>. Néanmoins, les États membres peuvent prévoir des causes d'exclusions supplémentaires, si elles sont compatibles avec les objectifs et principes poursuivis par le droit de l'Union européenne et si elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs<sup>1647</sup>. Les conditions de mise en œuvre de ces cas d'exclusion doivent également respecter le principe de proportionnalité<sup>1648</sup>.

---

<sup>1639</sup> Art. 225-1 du Code pénal.

<sup>1640</sup> Art. L. 1146-1, L. 1142-1 et L. 1142-2 du Code du travail.

<sup>1641</sup> Ces nouveaux cas d'interdiction de soumissionner sont applicables aux contrats de partenariats de l'Etat et de ses établissements publics, aux marchés publics, aux délégations de service public.

<sup>1642</sup> Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* p. 12949.

<sup>1643</sup> Art. 57 de la Directive 2014/24/UE préc. – Art. 80 de la Directive 2014/25/UE préc.

<sup>1644</sup> Art. 45 de l'ordonnance 2015-899 préc.

<sup>1645</sup> Le caractère obligatoire de certaines exclusions est perceptible par les termes impératifs employés par la directive : « *Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi* » ; « *L'obligation d'exclure un opérateur économique* ».

<sup>1646</sup> CJCE, 9 février 2006, *La Cascina e. a.*, aff. C-226/04 et 228/04, *Rec. p.* I-1347 ; *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 100, note W. Zimmer

<sup>1647</sup> CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. p.* I-9999 ; *AJDA* 2009. 252 ; *JCP A* 2009, 2189, note O. Dubois ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 35, note W. Zimmer ; *RDI* 2009. 244, note R. Noguellou – CJUE, 19 mai 2009, *Assitur Srl*, aff. C-538/07, *Rec. p.* I-04219 ; *AJDA* 2009. 1543 ; *JCP A* 2010, chron. 2078, comm. O. Dubois ; *Contrats et marchés publ.* 2009, comm. 227, note W. Zimmer ; *RDI* 2009. 423, note R. Noguellou.

<sup>1648</sup> CJUE, 10 juillet 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori pubblici c/ Cne Milan*, aff. C-358/12 ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 257, note W. Zimmer.

La réglementation relative aux interdictions de soumissionner révèle la fonctionnalité de la liberté d'accès. Ce principe n'a pas un caractère absolu, puisqu'il ne peut empêcher les pouvoirs normatifs de prévoir certaines hypothèses d'interdiction de soumissionner à un contrat de la commande publique. Ce caractère relatif de la liberté est logique, l'accès à la mise en concurrence ne devant pas s'opérer au détriment de la qualité et de la probité des candidatures. Par conséquent, l'application de la liberté d'accès passe par la recherche d'un équilibre entre un intérêt économique, celui de l'ouverture à la concurrence, et un intérêt général. De fait, les interdictions de soumissionner ne doivent pas être perçues comme des sanctions ou des peines aux dépens de certains candidats potentiels. Elles doivent être analysées comme des gardes fous aux déviations possibles d'une application sans restriction de la liberté d'accès. C'est la conception que retient la Cour de cassation à l'occasion du contrôle du caractère sérieux d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 sur les interdictions de soumissionner<sup>1649</sup>. La Cour dénie le caractère sérieux de la question « *en ce que les dispositions contestées, qui n'instituent pas de sanctions ayant le caractère d'une punition, mais qui ont pour objet d'assurer l'intégrité et la moralité des candidats à l'accès aux marchés prévus par l'article 8 de l'ordonnance du 6 juin 2005, ne méconnaissent pas, à l'évidence, les droits et principes que la Constitution garantit. D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de renvoyer la question au Conseil constitutionnel* ». L'exercice de la liberté d'accès passe donc par la recherche d'un équilibre entre l'ouverture à la concurrence et la protection de l'intérêt général<sup>1650</sup>.

En outre, ces exclusions sont strictement encadrées par les textes et la jurisprudence, puisque la personne responsable de l'achat ne peut opposer une exclusion non explicitement prévue par les textes. La réglementation sur les interdictions de soumissionner est une matière législative, ce qui révèle l'importance qu'acquière ce principe en droit de la commande publique. Les juges de l'Union européenne comme les juges nationaux, lorsque les exclusions sont autorisées ou obligatoires, contrôlent l'application qui en est faite par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice<sup>1651</sup>.

---

<sup>1649</sup> Cass., Crim., 6 avril 2011, *Société Média Track*, n° 11-90.009, *Bull. crim.* 2011, n° 72 ; *AJDA* 2011. 869.

<sup>1650</sup> *Idem.*

<sup>1651</sup> Il est à noter qu'en droit interne, le juge du référé précontractuel est compétent pour se prononcer sur le respect des interdictions de soumissionner : CE, 6 novembre 1998, *Assistance publique - Hôpitaux de Marseille*, n° 194960, *Rec. T.* p. 1098 ; *Mon. TP* 4 déc. 1998, p. 53.

Au titre de sa fonction économique immédiate, le principe de liberté d'accès garantit l'accès des candidats potentiels intéressés par le futur contrat à une mise en concurrence. Il fonde l'existence des procédures de passation et encadre la détermination de leurs conditions d'accès. Principe contraignant à la fois pour les autorités adjudicatrices et les législateurs européen comme français, il bénéficie aux opérateurs économiques potentiels. Il dispose également d'une fonction économique médiate, celle de protéger les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.

## **Section 2 : Une fonction économique médiate : la protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence.**

La liberté d'accès, principe initial rattaché au premier temps de la commande publique, détermine les conditions d'accès à la procédure d'attribution afin que tous les soumissionnaires potentiellement intéressés par le contrat puissent accéder à la mise en concurrence. Cette fonction n'est pas effective si les acteurs de la commande publique remettent rétroactivement en cause les conditions initiales d'accès à la procédure, en modifiant le contenu du contrat ou les éléments de la procédure lors des temps ultérieurs à celui de la liberté d'accès. Par conséquent, ce principe exerce une fonction de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, en encadrant ou en prohibant les modifications précontractuelles (**Paragraphe 1**) et contractuelles (**Paragraphe 2**). Il permet ainsi de préserver une concurrence saine et loyale tout au long de la procédure de passation, jusqu'à l'exécution du contrat.

### **Paragraphe 1 : Une fonction de protection des conditions initiales lors de la mise en concurrence.**

La procédure de passation est subdivisée en trois temps distincts : l'accès à la procédure, la mise en concurrence, la finalisation de la procédure<sup>1652</sup>. Le principe de liberté exerce ses fonctions lors du premier temps de la commande publique, en déterminant les

---

<sup>1652</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

conditions d'accès à la procédure d'attribution. Une fois ces conditions délimitées, la procédure de passation débute. Lors de la mise en concurrence et de la finalisation de la procédure, les acteurs de la commande publique sont susceptibles de procéder à des modifications du contenu du futur contrat ou des conditions de la consultation. Ainsi, ils peuvent rétroactivement remettre en cause les conditions initiales d'accès à la procédure. Par conséquent, la liberté d'accès doit exercer une fonction de protection de la mise en concurrence initiale, en encadrant ou en interdisant les modifications précontractuelles. En effet, la concurrence n'est plus la même si les acteurs de la commande publique procèdent à des modifications substantielles dans la détermination des besoins ou dans les conditions de la mise en concurrence. Dès lors, la liberté d'accès oblige l'autorité adjudicatrice à ne pas remettre en cause les conditions initiales d'accès à la procédure, sauf à pouvoir en informer en temps utile les opérateurs économiques potentiels pouvant être concernés par les modifications.

La question des modifications intervenant avant l'envoi de la publicité initiale ne sera pas traitée car dans ce cas, l'autorité adjudicatrice est libre de modifier les conditions d'accès à la procédure, dans la mesure où elle n'est pas encore enfermée par la détermination préalable des besoins. Ne sera également pas traitée la question des modifications mineures des éléments communiqués uniquement aux candidats réels, c'est-à-dire aux opérateurs économiques qui ont effectivement accédé à la mise en concurrence en étant admis à présenter une offre. D'une part, cette hypothèse ne concerne pas les conditions d'accès à la mise en concurrence, qui doivent être communiquées dès le lancement de la procédure, afin que les candidats potentiels aient accès aux informations adéquates pour déposer leur candidature. Ils concernent seulement la mise en concurrence effective, c'est-à-dire le deuxième temps de la commande publique. D'autre part, la modification n'étant pas substantielle, elle n'est pas susceptible d'intéresser les candidats potentiels, c'est-à-dire les bénéficiaires des fonctions du principe de liberté d'accès. Par conséquent, ces modifications, qui intéressent seulement les candidats réels, sont à étudier à l'aune du principe d'égalité de traitement des candidats<sup>1653</sup>.

S'agissant des modifications précontractuelles intéressant le principe de liberté d'accès, elles concernent essentiellement deux contrats : les marchés publics, pour lesquels le principe

---

<sup>1653</sup> Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

dispose d'une fonction prégnante (A) ; les délégations de service public, pour lesquelles le principe dispose d'une fonction plus limitée (B).

*A : Une fonction prégnante en droit des marchés publics.*

La passation des marchés publics est la plus formalisée des contrats de la commande publique. Le Code des marchés publics comporte des règles très précises, qui ne laissent parfois aucune marge de manœuvre à l'autorité adjudicatrice<sup>1654</sup>. La détermination des besoins et les conditions d'accès à la mise en concurrence sont strictement encadrées<sup>1655</sup>. Lors de la passation, la liberté d'accès dispose d'une fonction d'encadrement des modifications de ces éléments, afin qu'ils ne puissent être rétroactivement remis en cause.

Dans ce cadre, la teneur des fonctions de la liberté d'accès varie en fonction du moment où intervient la modification précontractuelle. Comme l'affirme Pierre Bourdon, « *plus la procédure de sélection progresse vers le choix du cocontractant, plus la marge de manœuvre de l'administration dans la modification du règlement se rétrécit* »<sup>1656</sup>. Avant la date de dépôt des candidatures, la liberté d'accès encadre le régime de ces modifications en obligeant l'autorité adjudicatrice à faire connaître à tous les soumissionnaires potentiels les nouvelles conditions d'accès à la mise en concurrence (I). Après le dépôt des candidatures, elle interdit toute modification substantielle qui s'apparente à un nouveau contrat. Dans ce cas, la liberté d'accès oblige l'autorité adjudicatrice à reprendre une nouvelle procédure, afin que les soumissionnaires potentiels qui avaient été dissuadés de candidater puissent exercer leur liberté d'accéder à la mise en concurrence (II).

---

<sup>1654</sup> C'est le cas des procédures d'appel d'offre.

<sup>1655</sup> Art. 5 et s. du Code des marchés publics.

<sup>1656</sup> P. BOURDON, *op. cit.*, p. 221.

## I : L'encadrement souple des modifications intervenant avant la date de dépôt des candidatures.

Lorsque l'autorité adjudicatrice procède, avant le dépôt des candidatures, à des modifications mineures, les conditions d'accès à la mise en concurrence ne sont pas foncièrement modifiées. Dans ce cas, la liberté des soumissionnaires potentiels d'accéder à la procédure n'est pas remise en cause. Par conséquent, l'autorité adjudicatrice a seulement l'obligation d'envoyer un additif aux entreprises ayant effectivement communiqué leur volonté de soumissionner au marché en retirant auprès de l'administration les dossiers de consultation<sup>1657</sup>. Elle doit également laisser un délai suffisant aux candidats pour élaborer leur dossier si la modification opérée le justifie<sup>1658</sup>.

La liberté d'accès dispose d'une fonction fondamentale lorsque l'autorité adjudicatrice procède à une modification substantielle de l'objet du marché ou des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. Une modification est substantielle lorsqu'elle influence le comportement des opérateurs économiques, soit concernant les termes de leur offre, soit concernant leur décision d'être ou non candidat<sup>1659</sup>. Elle influence donc sur leur liberté d'accéder à la procédure, et remet en cause les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. Dans ce cas, la liberté d'accès contraint l'autorité adjudicatrice d'une part, à envoyer un avis rectificatif dans les mêmes supports de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence initial<sup>1660</sup> et, d'autre part, à respecter un nouveau délai de remise des candidatures pour permettre aux entreprises initialement dissuadées de candidater de disposer d'un délai suffisant pour déposer un dossier<sup>1661</sup>. En effet, « certains d'entre eux, qui se sont abstenus de soumissionner en raison des caractéristiques initiales du contrat, pourraient être plus intéressés par ses caractéristiques modifiées »<sup>1662</sup>. En d'autres termes, la liberté d'accès oblige l'autorité adjudicatrice à recommencer une nouvelle procédure<sup>1663</sup>. Une modification

---

<sup>1657</sup> CE, 9 février 2004, *Communauté urbaine de Nantes*, n° 259369, *Rec.* p. 763 ; *JCP A* 2004. 1232, comm. F. Linditch.

<sup>1658</sup> F. LINDITCH, « A propos du délai suffisant laissé aux entreprises pour élaborer leur offre », *JCP A*, n°14, 29 mars 2004, p. 458.

<sup>1659</sup> W. ZIMMER, comm. sous CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, n° 278646, *Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 3.

<sup>1660</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 octobre 2008, *Communauté d'agglomération du Pays Ajaccien*, n° 06MA02131.

<sup>1661</sup> CE, 13 juin 2007, *Ville de Paris*, préc.

<sup>1662</sup> P. BOURDON, *op. cit.*, p. 240.

<sup>1663</sup> CE, 16 novembre 2005, *Ville de Paris*, préc.

substantielle étant considérée comme une nouvelle définition du contrat ou des caractéristiques de la procédure de passation, il est logique que la liberté d'accès, dans ce cas, exerce ses fonctions initiales. Ainsi, l'autorité adjudicatrice dispose de la possibilité de procéder à des modifications substantielles, à condition qu'elle respecte certaines obligations qui découlent du principe de liberté d'accès à la commande publique. Elle ne dispose plus de cette possibilité après la date de dépôt des candidatures.

## **II : L'encadrement stricte des modifications intervenant après la date de dépôt des candidatures.**

La date de dépôt des candidatures clôt la possibilité pour un opérateur économique de se porter candidat à l'attribution d'un marché public<sup>1664</sup>. La procédure est considérée comme fermée, dans la mesure où la mise en concurrence ne concerne que les entreprises qui ont effectivement candidaté à l'attribution du marché. Si une modification substantielle intervient, les entreprises qui n'ont pas candidaté mais qui sont susceptibles d'être intéressées par les nouvelles conditions d'accès à la mise en concurrence ne peuvent plus candidater. Elles n'ont ainsi plus la possibilité d'exercer leur liberté d'accéder à la nouvelle mise en concurrence. De plus, l'autorité adjudicatrice ne dispose plus d'un moyen lui permettant de faire connaître cette modification à l'ensemble de ces entreprises, sauf à recommencer la procédure. C'est pourquoi la liberté d'accès interdit les modifications substantielles postérieures à la date de réception des candidatures<sup>1665</sup>, excepté si l'autorité adjudicatrice déclare la procédure infructueuse et recommence une nouvelle procédure<sup>1666</sup> pour permettre aux entreprises qui s'étaient abstenues de candidater de présenter leur offre. Seules de légères adaptations, compléments ou précisions, qui ne reviennent pas sur les conditions initiales de mise en concurrence, sont autorisées<sup>1667</sup>. Dans certains cas, les modifications, même mineures, sont

---

<sup>1664</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>1665</sup> CE, Sect. 10 janvier 1930, *Sieurs Le Cordenner et Petton*, n° 90390, 90397, *Rec.* p. 44 – CE, 22 avril 1983, *Auffret et autre*, n° 21509, *Rec.* p. 160.

<sup>1666</sup> CE, 4 avril 1997, *Comme de l'Île d'Yeu*, n° 147957, *Rec. T.* p. 929 ; *D.* 1998. 230, obs. Ph. Terneyre ; *RDI* 1997. 436, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

<sup>1667</sup> CE, 15 janvier 1986, *Société de l'habitat moderne*, n°37321 – CE, 26 octobre 1994, *SIVOM de Carry-le-Rouet*, n°110959 – CJCE, 12 septembre 1995, *Commission c/ Belgique*, aff. C-87/94, *Rec.* p. I-02043 – CE, 4 avril 1997, *Commune Île d'Yeu*, préc. – CE, 23 novembre 2005, *SARL Axialogic*, n° 267494, *Rec. T.* p. 966 ;

interdites<sup>1668</sup>. En ce qui concerne l'objet du marché, ni l'autorité adjudicatrice, ni les candidats au moyen de variantes<sup>1669</sup>, ne peuvent le modifier de manière significative.

Concernant les marchés à procédure adaptée, la solution est similaire. Le pouvoir adjudicateur demeure assez libre quant à l'organisation de la procédure<sup>1670</sup>. Pour autant, l'autorité adjudicatrice ne peut procéder à une modification substantielle de l'objet du marché pendant la phase de procédure de passation<sup>1671</sup>.

Dans le cadre des marchés publics, la liberté d'accès dispose donc d'une fonction visant à maintenir les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, en encadrant ou en interdisant toute modification qui remet en cause ces conditions. Étant rattachée au premier temps de la commande publique, elle y exerce ses fonctions de manière permanente, en justifiant l'existence des procédures et en déterminant ses conditions d'accès. Dans les autres temps de la commande publique, elle exerce ses fonctions de manière épisodique, uniquement lorsque les acquis du premier temps sont rétroactivement remis en cause. Dans ce cadre, le régime des modifications précontractuelles doit donc être étudié sous l'angle de la liberté d'accès, notamment pour déterminer la notion de modification substantielle, qui n'est pas définie de manière claire par le droit positif. L'étude du régime de passation des délégations de service public amène à un constat identique.

### ***B : Une fonction présente en droit des délégations de service public.***

La passation des délégations de service public fait l'objet d'une plus grande souplesse. Pour autant, à l'instar des marchés publics, la liberté d'accès à la commande publique exerce une fonction *a posteriori* de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence lors de la procédure d'attribution. À ce titre, elle contraint l'autorité délégante à

---

*Contrats et marchés publ.* 2006, comm. 6, note F. Olivier. – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159, préc. V. également C. EMERY, « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP G*, n°11, Mars 1999, I. 119.

<sup>1668</sup> C'est le cas dans le cadre des procédures d'appel d'offre. Toute modification, même mineure, est interdite : Art. 59 et 64 du Code des marchés publics.

<sup>1669</sup> CE, 28 juillet 1999, *ORSTOM*, n° 186051, *Rec.* p. 264 – TA Toulouse, ord. 23 avril 2007, n° 0701739.

<sup>1670</sup> Art. 28 du Code des marchés publics.

<sup>1671</sup> TA Caen, 21 décembre 2006, *Préfet de la Manche*, n° 0602284 ; *BJCP* 2007, n° 53, p. 325 – CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244, *Rec. T.* p. 1006 ; *AJDA* 2011. 870, obs. R. Grand ; *JCP A* 2011. actu. 333, obs. C.-A. Dubreuil, et n° 2214, note F. Linditch ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 165, note W. Zimmer.

ne pas modifier les conditions d'accès à la procédure de manière trop significative, sauf à remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. Par conséquent, la liberté d'accès encadre les modifications relatives à l'objet de la délégation de service public (I) ainsi que celles relatives aux critères d'attribution, lorsqu'ils sont communiqués aux candidats potentiels avant la date de réception des candidatures (II).

### **I : Un encadrement des modifications de l'objet de la délégation de service public.**

L'autorité délégante doit déterminer à l'avance la nature et l'objet de la délégation de service public, et les mentionner dans la publicité initiale<sup>1672</sup>. Les conditions d'accès à la procédure dépendent ainsi des éléments présents dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ce dernier constitue par conséquent le document de référence pour l'ensemble de la procédure. Il est possible de s'interroger sur la possibilité pour l'autorité délégante, lors des phases de négociations, de modifier des éléments caractéristiques du futur contrat mentionnés dans la publicité, spontanément ou sur proposition d'un candidat. Il est admis que l'autorité délégante et les candidats disposent d'une grande liberté lors de la négociation des offres<sup>1673</sup>. À cet égard, le Conseil d'État précise qu'« aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique »<sup>1674</sup>. En effet, « il est constant que l'une des particularités des délégations de service public est qu'elles permettent à l'autorité délégante et aux candidats retenus de négocier les clauses du projet de contrat »<sup>1675</sup>. Dès lors, la négociation peut aboutir à des modifications du futur contrat<sup>1676</sup>. Pour autant, ces modifications doivent être limitées.

Dans une décision du 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*<sup>1677</sup>, confirmée par la suite<sup>1678</sup>, le Conseil d'État affirme que l'autorité

---

<sup>1672</sup> Art. R1411-1 du Code général des collectivités territoriales : la publicité initiale « précise également les modalités de présentation de ces offres et mentionne les caractéristiques essentielles de la convention envisagée, notamment son objet et sa nature ».

<sup>1673</sup> Art. L1411-1 du Code général des collectivités territoriales : « les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ».

<sup>1674</sup> CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg et Société Seche Eco Industrie*, n° 336120 et 336135 ; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, obs. F. Brenet ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 293, obs. G. Eckert.

<sup>1675</sup> J.-B. VILA, « Les pouvoirs du juge des référés précontractuels sur la négociation d'une délégation de service public », comm. sous CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, *AJDA* 2014 p. 1778.

<sup>1676</sup> CE, 29 juillet 1998, *Éditions Dalloz-Sirey*, n° 188686, *Rec.* p. 330 ; *BJCP* 1998, p. 76.

<sup>1677</sup> CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, n° 209319 *Rec.* p. 283 ; *D.* 2000. 232 ; *RFDA* 2000, p. 1031, concl. C. Bergeal ; *RDI* 2000. 567, obs. F. Llorens ; *JCP* 2001. IV. 1474, obs. M.-C. Rouault.

délégante ne peut apporter, au cours de la procédure d'attribution, « *que des adaptations à l'objet du contrat qui sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qui ne présentent pas, entre les candidats, de caractère discriminatoire* ». Ainsi, les modifications ne doivent pas avoir pour effet « *de bouleverser l'économie générale du contrat* »<sup>1679</sup>. Le juge administratif sanctionne par exemple les modifications qui augmentent de manière significative l'étendue du service public<sup>1680</sup>, ou qui entraînent une modification trop importante des activités accessoires<sup>1681</sup>. Ainsi, « *la négociation des offres dans le cadre de la procédure de passation des délégations de service public ne permet pas d'apporter au projet initial des modifications trop importantes* »<sup>1682</sup>. Jusqu'en 2014, rien n'est précisé dans les textes. Désormais, la directive sur les concessions du 26 février 2014<sup>1683</sup> apporte des précisions sur le régime des modifications pouvant intervenir lors de la négociation. L'article 37 indique en effet que « *l'objet de la concession, les critères d'attribution et les exigences minimales ne sont pas modifiés au cours des négociations* ». La directive interdit ainsi les modifications de l'objet et des caractéristiques essentiels de la future concession.

Il est possible de s'interroger sur le fondement de cette réglementation. C'est sans conteste de la liberté d'accès que découle l'obligation de ne pas procéder à des modifications qui ont pour effet de bouleverser l'économie générale du contrat<sup>1684</sup>. L'objet et les caractéristiques essentielles de la délégation étant déterminés préalablement à la publicité, ils sont des éléments d'accès à la procédure de passation. Étant mentionnés dans la publicité initiale, ils exercent une influence sur la décision d'un opérateur économique de candidater, donc d'exercer sa liberté d'accéder à la mise en concurrence. Par conséquent, une modification

---

<sup>1678</sup> CE, 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien*, n° 216902 et n° 241134, *Rec. T.* p. 810 ; *BJCP* 2002, p. 374, concl. C. Bergeal – CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159 ; *BJCP* n° 95, p. 292 concl. G. Pellissier ; *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111, note G. Eckert ; *AJDA* 2014. 1778, note J.-B. Vila ; *AJDA* 2014. 422, obs. D. Poupeau – TA Toulon, 4 juillet 2013, *SARL Miramar*, n° 130178.

<sup>1679</sup> CE, 29 juillet 1998, *Éditions Dalloz-Sirey*, préc. – CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte-d'Amour et de la Presqu'île guérandaise*, préc.

<sup>1680</sup> CAA Paris, 13 juin 2006, *Commune d'Asnières-sur-Seine*, n° 03PA03602 ; *AJDA* 2006. 1844, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2006. comm. 266, obs. E. Delacour.

<sup>1681</sup> CAA Nantes, 7 mars 2008, *Ville d'Orléans*, n° 07NT00253 ; *AJDA* 2008. 2243.

<sup>1682</sup> G. ECKERT, note sous CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, *Contrats et marchés publ.* 2014, comm. 111.

<sup>1683</sup> Directive 2014/23/UE préc.

<sup>1684</sup> Pour un avis contraire, v. G. PELLISSIER, concl. sur CE, 21 février 2014, *Société Dalkia France et autres*, n° 373159, *BJCP* n° 95, p. 292 : « *qu'elle le fasse spontanément ou sur proposition d'un candidat, l'autorité délégante ne peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats, modifier au-delà de cette mesure, en cours de procédure, le projet de convention qu'elle leur a soumis* » – J.-B. VILA, art. préc. : « *la principale limite qui en découle est que cette liberté de négociation ne peut contrevenir aux principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats* ».

substantielle de ces éléments entraîne une violation du principe de liberté d'accès à la commande publique, en remettant en cause les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. Dès lors, ce principe exerce une fonction de protection de ces conditions en limitant les modifications précontractuelles. Il en est de même lorsque sont opérées des modifications des critères d'attribution lors de la procédure de passation.

## **II : Un encadrement des modifications des critères d'attribution communiqués aux candidats potentiels à la délégation de service public.**

L'autorité délégante doit déterminer les critères de sélection des candidatures et des offres pour choisir son futur cocontractant<sup>1685</sup>. Il est possible de s'interroger sur la question de savoir si elle peut, lors de la procédure, modifier librement les critères d'attribution. Le Conseil d'État, dans une décision *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance* du 20 octobre 2006<sup>1686</sup>, affirme 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* ». Par conséquent, s'ils figurent dans la publicité initiale et sont donc connus des candidats potentiels, les critères ne peuvent faire l'objet d'une modification. Cette logique perdure depuis la décision *Établissement public du musée et du domaine de Versailles*<sup>1687</sup>, dans laquelle est exigée une publicité préalable des critères de sélection. D'une part, l'autorité délégante ne peut retirer ou ajouter un critère d'attribution en cours de procédure<sup>1688</sup>, d'autre part, elle ne peut modifier le contenu des critères énoncés dans la publicité<sup>1689</sup>. En d'autres termes, les conditions de sélection des candidatures et des offres ne peuvent être modifiées quantitativement et qualitativement. Lorsque les critères sont connus seulement des candidats réels, c'est-à-dire après la sélection des candidatures, le fondement de l'interdiction de modification des critères d'attribution est l'égalité de traitement<sup>1690</sup>.

---

<sup>1685</sup> *Supra*, Section 1.

<sup>1686</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>1687</sup> CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

<sup>1688</sup> CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, préc.

<sup>1689</sup> CAA Paris, 10 avril 2003, *Société Géraud et associés*, n° 99PA4142.

<sup>1690</sup> Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

S'agissant des modalités de mise en œuvre des critères d'attribution, l'autorité délégante n'a pas l'obligation de les faire connaître dans la publicité préalable<sup>1691</sup>. Lorsqu'elle décide de les faire connaître de son plein gré, elle ne peut librement les modifier au cours de la procédure. La décision du Conseil d'État du 30 juillet 2014, *Société lyonnaise des eaux*<sup>1692</sup>, apporte des précisions sur ce point. L'autorité délégante peut procéder à une modification uniquement si elle informe les candidats « *en temps utile avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci 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* ». Par conséquent, la personne publique ne peut modifier les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution « *après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures* »<sup>1693</sup>. Dès lors, l'administration est tenue de respecter les règles qu'elle s'est elle-même fixée.

Le juge administratif fait découler l'interdiction de modifier les critères d'attribution et leur modalité de mise en œuvre des principes d'égalité et de transparence des procédures<sup>1694</sup>. Il est vrai que l'obligation d'informer les candidats sur la modification opérée découle du principe de transparence<sup>1695</sup>. Mais le fondement de la légalité de la modification en elle-même dépend des destinataires qui font l'objet de l'information initiale. Si les critères et leur modalité de mise en œuvre sont connus dès l'engagement de la procédure, au moyen de la publicité préalable, ils déterminent la volonté d'un opérateur économique de participer à la mise en concurrence. Par conséquent, une modification de ces éléments transforme les conditions d'accès à la mise en concurrence, et constitue ainsi une atteinte à la liberté d'accès. Comme l'affirme Jean-Christophe Videlin, ces jurisprudences permettent « *de garantir la libre*

---

<sup>1691</sup> CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, préc.

<sup>1692</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>1693</sup> *Idem.*

<sup>1694</sup> CE, 20 octobre 2006, *Communauté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, préc. : « *considérant 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 sans porter atteinte au principe de la transparence des procédures et d'égal accès des candidats aux délégations de service public* » – CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, préc. : « *que, par suite, lorsque la personne publique a informé les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres, elle ne peut en tout état de cause les modifier après le dépôt des offres sans méconnaître le principe de transparence des procédures* ».

<sup>1695</sup> Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1.

*concurrence dans la procédure de passation des délégations de service public* »<sup>1696</sup>. Dès lors, c'est sur le fondement du principe de liberté d'accès à la commande publique qu'il convient de contrôler les modifications des critères d'attribution et leurs modalités de mise en œuvre. Si les critères sont connus après la sélection des candidatures, comme c'est le cas dans certaines procédures<sup>1697</sup>, le contrôle de la modification s'opère au moyen de l'égalité de traitement. En effet, l'information a été communiquée non pas aux candidats potentiels, mais seulement aux candidats réels, qui ont effectivement déposé une candidature. Par conséquent, les modifications opérées ne concernent plus les conditions d'accès à la mise en concurrence, mais sa mise en œuvre effective. L'égalité de traitement, dans ce cas, permet d'empêcher l'autorité adjudicatrice de modifier les critères d'attribution afin d'avantager ou de désavantager un candidat<sup>1698</sup>.

À cet égard, il convient de revenir sur la jurisprudence *Société Lyonnaise des eaux* du 30 juillet 2014<sup>1699</sup>, qui concerne l'interdiction de modifier les modalités de mise en œuvre des critères d'attribution lorsque l'autorité délégante les fait connaître à l'avance. Si ces modalités sont connues avant la date de dépôt des candidatures, les candidats sont informés des modifications avant cette date. Si l'information initiale est donnée après le dépôt des candidatures, les candidats doivent être informés avant le dépôt des offres. L'autorité délégante conserve ainsi la liberté de modifier les modalités de mise en œuvre des critères avant la date de dépôt des offres, sous réserve d'en informer en temps utile les candidats. Comme l'affirme Hélène Hoepffner, « *on aurait pu envisager une solution plus contraignante : celle consistant à lui interdire également de modifier ces modalités de mise en œuvre des critères lorsqu'elles ont été publiées dès l'avis d'appel à la concurrence (et non pas après le dépôt des candidatures). On aurait pu envisager que, dans une telle hypothèse, l'autorité délégante soit tenue de recommencer intégralement la procédure en publiant un nouvel appel à la concurrence* »<sup>1700</sup>. Cette solution est en effet plus en accord avec le principe de liberté d'accès à la commande publique. Dès lors que les modalités sont connues dans l'avis d'appel public à la concurrence, l'autorité délégante ne doit pouvoir les modifier qu'à la condition de pouvoir en informer, en plus des candidats réels, les soumissionnaires potentiels, qui n'ont pas

---

<sup>1696</sup> J.-C. VIDELIN, « La nécessaire stabilité des critères d'attribution d'une délégation de service public », *AJDA* 2007, p. 311.

<sup>1697</sup> C'est le cas notamment des procédures de passation des délégations de service public.

<sup>1698</sup> Cf. *Infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

<sup>1699</sup> CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, préc.

<sup>1700</sup> H. HOEPFFNER, note sous CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux*, *AJDA* 2014, p. 2486.

effectivement candidaté. Cela permet d'aligner le régime des délégations de service public sur celui des marchés publics.

Lors de la mise en œuvre de la procédure de passation, la liberté d'accès exerce une fonction de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, en encadrant ou en prohibant les modifications les remettant en cause. Elle exerce également cette fonction pendant la phase d'exécution du contrat.

### **Paragraphe 2 : Une fonction de protection des conditions initiales lors de l'exécution du contrat.**

Le principe de liberté d'accès à la commande publique justifie l'existence des procédures de passation. Il contraint l'administration à respecter des obligations de publicité et de mise en concurrence, et restreint sa liberté contractuelle de conclure certains contrats de gré à gré. En déterminant les conditions d'accès à la procédure, il permet au plus grand nombre de soumissionnaires potentiels intéressés de candidater à l'attribution du contrat. La liberté d'accès dispose donc d'une fonction déterminante lors de la phase de passation.

Il est possible de s'interroger sur l'effectivité de la liberté d'accès non pas en période de passation, mais lors de la phase d'exécution du contrat. En toute logique, la réponse est négative si la conclusion du contrat initial n'est soumise à aucune règle. En effet, rien ne justifie que ce principe s'applique lors de l'exécution du contrat sans avoir produit ses effets dans la période précontractuelle. En revanche, la réponse est positive si la conclusion du contrat fait l'objet d'une procédure de passation. Dans ce cas, il existe une relation certaine entre les phases de passation et d'exécution du contrat<sup>1701</sup>, car lors de cette dernière phase, il n'est pas possible de remettre en cause les acquis de la procédure de passation<sup>1702</sup>. En effet, « l'existence d'une obligation pour l'administration de ne conclure certains contrats qu'après

---

<sup>1701</sup> Cf. *Supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2, §2.

<sup>1702</sup> L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 220 – M. UBAUD-BERGERON, *La mutabilité du contrat administratif*, thèse dactyl., Montpellier, 2004, p. 529 et s. – O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat : contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, LGDJ, Coll. Thèses, Biblio. de droit privé, Tome 535, 2012, p. 13 – C. DUDOGNON, « L'avenant au contrat administratif », *RDV* 2009, n° 5, p. 1360 – C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *RFDA* 1998, p. 421.

*appel à la concurrence implique que, une fois ces contrats conclus, les parties ne puissent pas les modifier dans des conditions telles que le jeu de la concurrence s'en trouve faussé. Ce qui serait le cas si, après la conclusion de ces contrats, les parties étaient en droit de les modifier de telle manière que le contrat effectivement exécuté n'ait plus grand-chose à voir avec le contrat conclu au terme de la procédure de mise en concurrence »*<sup>1703</sup>. La liberté d'accès n'est plus effective si une modification en cours d'exécution est telle qu'elle s'apparente à un nouveau contrat. Dans ce cas, l'existence de ce nouveau contrat implique une nouvelle procédure de passation, donc une nouvelle détermination des conditions d'accès à la mise en concurrence. À défaut, l'autorité adjudicatrice conclut un contrat de gré à gré. C'est par conséquent la liberté d'accès qui est remise en cause, puisque les candidats potentiels ne peuvent pas accéder à une mise en concurrence en vue d'obtenir le nouveau contrat. Ainsi, les fonctions de la liberté d'accès s'étendent manifestement de la période de passation à la période d'exécution<sup>1704</sup>. Il convient ainsi de démontrer en quoi la liberté d'accès exerce une fonction déterminante lors de l'exécution du contrat, en encadrant le régime des modifications contractuelles<sup>1705</sup> portant sur l'objet et le montant du contrat (**A**), ainsi que sur les autres éléments du contrat susceptibles de remettre en cause les conditions d'accès initiales (**B**).

***A : Une fonction d'encadrement des modifications portant sur l'objet et le montant du contrat.***

La liberté d'accès à la commande publique constitue le fondement de l'encadrement des modifications pouvant intervenir en cours d'exécution du contrat et portant sur l'objet et le montant (**I**). C'est donc sur le fondement de ce principe que le juge administratif doit contrôler la légalité de ces modifications (**II**). Il est à noter que les nouvelles directives relatives aux marchés publics<sup>1706</sup> et aux concessions<sup>1707</sup> encadrent strictement la légalité des avenants, qui étaient préalablement laissés à la libre appréciation du juge<sup>1708</sup>.

---

<sup>1703</sup> E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.

<sup>1704</sup> C. BERGEAL, concl. sur CE, Ass., 20 février 1998, *Ville de Vaucresson et autres*, *RFDA* 1998, p. 421.

<sup>1705</sup> Voir, à ce titre : M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.* – H. HOEPFFNER, *op. cit.*

<sup>1706</sup> Directive 2014/24/UE, préc.

<sup>1707</sup> Directive 2014/23/UE préc.

<sup>1708</sup> V. notamment sur cette question : H. HOEPFFNER, « l'exécution des marchés publics et des concessions saisie par la concurrence : requiem pour la mutabilité des contrats administratifs de la commande publique », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 16.

## I : La liberté d'accès comme fondement au régime des modifications du contrat.

Lors de l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice dispose de la liberté de procéder à des modifications contractuelles, appelées avenants<sup>1709</sup>, ou à des modifications unilatérales<sup>1710</sup>. Cette liberté est fortement encadrée lorsque la conclusion du contrat initial fait l'objet d'une mise en concurrence. Cette dernière « s'impose à la modification du contrat, qui ne saurait avoir pour effet de porter atteinte aux objectifs poursuivis par la mise en concurrence. La mutabilité se trouve conditionnée par une application par ricochet des règles de publicité et de mise en concurrence »<sup>1711</sup>. En effet, « se pose évidemment la question de la conciliation entre la modification du contrat (...) et le respect des principes fondamentaux de la commande publique pouvant y faire obstacle via la nécessité de relancer une procédure de passation »<sup>1712</sup>. Pour contourner les règles de publicité et de mise en concurrence, l'autorité adjudicatrice est susceptible « d'aménager » une mise en concurrence afin de sélectionner le cocontractant de son choix. Une fois le contrat conclu, les parties modifient les termes du contrat afin qu'il corresponde aux besoins réels de la personne publique. Les modifications en cours d'exécution peuvent donc être des manœuvres visant à contourner les règles des procédures de passation. Ces manœuvres ne sont évidemment pas acceptables, car elles privent d'effectivité la publicité et la mise en concurrence. C'est pourquoi il existe, pour les contrats de la commande publique, un régime encadrant les modifications en cours d'exécution, dont la liberté d'accès est le fondement.

Une modification est illégale lorsqu'elle entraîne une modification substantielle du contrat<sup>1713</sup> ou un bouleversement de son économie générale<sup>1714</sup>. En ce sens, les parties ne peuvent

---

<sup>1709</sup> N. CHARREL, M. GUIBAL, *Code commenté des marchés publics*, éd. Le Moniteur, 7<sup>ème</sup> éd., p. 203 : un avenant est « le contrat écrit, constatant l'accord de volonté des parties contractantes et ayant pour objet de modifier une ou plusieurs des dispositions du contrat antérieur, se distinguant ainsi de l'ordre de service ou d'une décision de poursuivre qui sont des actes unilatéraux ».

<sup>1710</sup> CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, n° 16178, *Rec.* p. 224 – CE, 27 octobre 2010, *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule*, n° 318617, *Rec. T.* p. 660 ; *RJEP* 2011, comm. 18, concl. B. Dacosta ; *Contrats et marchés publ.* 2011, comm. 7, note W. Zimmer. – CE, 5 juillet 2013, *Sté Véolia Transport Valenciennes Transvilles*, n° 367760, *Rec. T.* p. 760 ; *AJDA* 2013. 2452, note P. Schulz ; *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 262, note J.-P. Pietri.

<sup>1711</sup> M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.*, p. 529.

<sup>1712</sup> N. CHARREL, T. GASPARD, « Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution », *Contrats Publics*, n° 144, juin 2014, p. 54.

<sup>1713</sup> Pour les délégations de service public : CE, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, avis n° 371.234, *EDCE* 2005, p. 197 ; *BJCP* 2006, 107, obs. R. Schwartz et Ph. Terneyre ; *AJDA* 2006. 1371, étude N. Symchowicz et Ph. Proot ; *Contrats marchés publ.* 2006, ét. 19, comm. H. Hoepffner – CAA Paris, 17 avril 2007, *Société Kéolis*, n° 06PA02278 ; *AJDA* 2007.1524, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2007, comm. 194, note W. Zimmer ; *AJDA* 2007. 1524, note A. Tassone – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, *Rec.* p. I-2815 ; *AJDA* 2010. 760 ; *ibid.* 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; *RDI* 2010. 385, obs. R. Noguellou ;

procéder à une modification qui s'apparente à un nouveau contrat<sup>1715</sup>. Elles ne peuvent introduire des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue<sup>1716</sup>. Ces règles régissent la modification en cours d'exécution de tous les contrats de la commande publique<sup>1717</sup> soumis aux principes et à des mesures de publicité et de mise en concurrence<sup>1718</sup>.

C'est le caractère nouveau du contrat qui justifie qu'il soit rétroactivement fait référence aux fonctions de la liberté d'accès à la commande publique. Un nouveau contrat signifie une nouvelle procédure de mise en concurrence, c'est pourquoi il doit « être soumis aux obligations de transparence, de publicité et de mise en concurrence qu'imposent le droit communautaire et le droit interne »<sup>1719</sup>. À l'inverse, « les modifications non substantielles - qui, par définition, ne donnent pas naissance à un nouveau contrat - ne sont soumises à aucune obligation procédurale »<sup>1720</sup>. Lorsque naît un nouveau contrat, c'est la liberté d'accès, principe initial rattaché au premier temps de la commande publique, qui produit d'abord ses effets. Elle justifie l'existence d'une procédure de passation, et en détermine les conditions d'accès à la mise en concurrence.

---

RFDA 2011. 98, note H. Hoepffner ; *Contrats et marchés publ.* 2010, comm. 222, note W. Zimmer ; *Europe* 2010, comm. 208, obs. D. Simon ; *RTD eur.* 2011. 429, obs. A. Lawrence Durviaux ; *BJCP* 2010, p. 259, obs. Ch. M.

<sup>1714</sup> Pour les marchés publics : art. 20 du Code des marchés publics – CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, aff. C-454/06, *Rec.* p. I-4401, concl. J. Kokott ; *AJDA* 2008. 2008, note J.-D. Dreyfus ; *RDI* 2008. 501, obs. R. Noguellou ; *RFDA* 2011. 98, note H. Hoepffner ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 186, note W. Zimmer – CE, Sect., 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, *Rec.* p. 270 ; *AJDA* 2008. 1407 ; *ibid.* 1816, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *RTD com.* 2009. 87, obs. G. Orsoni ; *Contrats et marchés publ.* 2008, comm. 187, J.-P. Pietri.

<sup>1715</sup> CAA Versailles, 3 mars 2005, *Communauté d'agglomération de Cergy-Pontoise*, n° 03VE04736, *Dr. adm.* 2005, comm. 101 : « lorsqu'un avenant bouleverse l'économie d'une convention de délégation, il constitue, de ce fait, un nouveau contrat » – Commission européenne, communication interprétative du 29 avril 2000 relative aux concessions, *JOCE* 2000/C, 121/02, 29 avr. 2000 : une « modification substantielle doit être assimilée à un nouveau contrat » – Commission européenne, Livre Vert consacré aux partenariats public-privé du 30 avril 2004, *COM* 2004/0327.

<sup>1716</sup> CJCE 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, préc.

<sup>1717</sup> J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 825. Sont visés notamment tous les procédés de partenariat public-privé – H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 254.

<sup>1718</sup> Commission européenne, 30 avril 2004, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, *COM* (2004), 237 final.

<sup>1719</sup> H. HOEPFFNER, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 2011, p. 98.

<sup>1720</sup> R. NOGUELLOU, « Les nouvelles directives et l'exécution des contrats », *AJDA* 2014, p. 853.

Par conséquent, lorsqu'une modification s'apparente à un nouveau contrat, l'autorité adjudicatrice est dans l'obligation de respecter la liberté d'accès en procédant à une nouvelle procédure de passation, dont les conditions d'accès sont différentes du contrat initialement conclu. À défaut, elle conclut un contrat de gré à gré. C'est cette logique qui explique la recevabilité du référé précontractuel intenté avant la signature de l'avenant, pour contester la légalité d'une modification en cours d'exécution<sup>1721</sup>. Ainsi, c'est bien le principe de liberté d'accès qui fonde le régime encadrant les modifications en cours d'exécution, en protégeant, lors de cette phase, les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. À l'inverse, l'égalité de traitement et la transparence des procédures ne peuvent être les fondements de l'encadrement des modifications en cours d'exécution, car ces dernières ne remettent pas en cause l'égalité des candidats, mais leur accès à la procédure. Elles ne portent pas non plus atteinte à l'objectif d'intelligibilité des procédures.

La notion fondamentale du régime des modifications en cours d'exécution est donc celle de « modification substantielle ». C'est en effet le caractère substantiel de la modification qui détermine si l'on est en présence d'un nouveau contrat, donc si la liberté d'accès à la commande publique exerce sa fonction de protection de la mise en concurrence initiale.

Il est à noter que la nouvelle ordonnance sur les marchés publics transforme quelque peu la formule utilisée par le Code des marchés publics, en disposant que les modifications en cours d'exécution « *ne peuvent changer la nature globale du marché public* »<sup>1722</sup>. Aux termes de « *bouleverser* » et d'« *économie générale* » sont substitués les termes de « *changer* » et de « *nature globale* ». Ce changement de formulation signifie-t-il qu'une évolution du régime des avenants est entreprise, ou est-ce seulement une variation de plume sans conséquence ? Cela semble dépendre de ce qu'il faut entendre par l'emploi du terme de « *nature globale* », qui est beaucoup plus vague que celui d'économie générale, ce dernier disposant déjà d'une certaine ambiguïté<sup>1723</sup>. La nature peut s'entendre aussi bien comme la forme du contrat (un marché public, une délégation de service public ; au sein de la catégorie des marchés publics : les marchés publics de service, de travaux ou de fourniture) que comme les caractéristiques

---

<sup>1721</sup> CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

<sup>1722</sup> Art. 65 de l'ordonnance 2015-899 préc.

<sup>1723</sup> V. notamment P.-Y. GAHDOUN, « Une seconde jeunesse pour la notion d'économie du contrat », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 250 – J.-M. PEYRICAL, « Les avenants, source d'unification du droit des contrats publics », in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presse de la faculté de droit de l'Université de Montpellier, coll. Mélanges, 2006, vol. 1, p. 828 et s.

propres au marché public concerné (le montant, les prestations objets du contrat). Retenir la première signification assouplirait considérablement le régime des avenants, c'est donc la deuxième définition qui devrait être logiquement retenue. En outre, le choix du terme « changer » pourrait signifier que la modification n'a plus besoin d'« *apporter des changements brutaux* »<sup>1724</sup> pour être considérée comme illégale. Les décrets ultérieurs indiqueront nécessairement dans quel sens doit être comprise cette disposition. En tout hypothèse, et peu importe la formule employée, c'est au moyen de la liberté d'accès à la commande publique qu'il convient de contrôler la légalité d'une modification en cours d'exécution.

## II : Le traitement contentieux des modifications du contrat à l'aune de la liberté d'accès.

Jusqu'à l'apparition des nouvelles directives de 2014<sup>1725</sup>, il n'existe pas, dans les textes, de définition de la notion de « modification substantielle », ni de seuil au delà duquel il est permis de considérer qu'une modification revêt un tel caractère. Seule la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en 2008, apporte des précisions quant à cette notion<sup>1726</sup>. En droit interne, l'article 20 du Code des marchés publics affirme seulement qu'un avenant « *ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* », sauf en cas de sujétions techniques imprévues<sup>1727</sup>. Une modification est donc substantielle si elle bouleverse quantitativement ou qualitativement la structure du contrat initial.

---

<sup>1724</sup> LE PETIT ROBERT, éd. 2014, définition du mot « *bouleverser* », p. 288.

<sup>1725</sup> Directive 2014/24/UE préc. – Directive 2014/23/UE préc.

<sup>1726</sup> CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich*, préc., pts 35-36-37 : « *la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* » ; « *de même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus* » ; « *une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial* » – CJUE, 13 avril 2010, *Wall AG*, préc.

<sup>1727</sup> CE, 30 juillet 2003, *Commune de Lens*, n° 223445, *Rec. T.* p. 862 ; *BJCP* 2003. 462, concl. D. Piveteau ; *AJDA* 2003, p. 1727, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats et marchés publ.* 2003, comm. 172, note J.-P. Piétri : pour être admises, les sujétions doivent remplir trois critères : elles présentent un caractère exceptionnel, elles sont imprévisibles lors de la conclusion du contrat, leur cause est extérieure aux parties.

Il s'agit de savoir comment le juge détermine le caractère substantiel d'une modification<sup>1728</sup>. La jurisprudence est casuistique, puisque le juge apprécie au cas par cas, en fonction du contrat initial et des éléments qui font l'objet du changement, le caractère substantiel ou non d'une modification. En effet, « *la notion de bouleversement de l'économie du contrat, comme celle d'atteinte à sa substance sont laissées à la discrétion du juge qui en fixe le contenu en toute liberté* »<sup>1729</sup>. Il s'agit, par un contrôle plein et entier de la qualification juridique des faits<sup>1730</sup>, de déterminer si l'avenant constitue ou non un nouveau contrat. Ainsi, un avenant augmentant de 15% le montant initial du marché peut être parfois jugé légal<sup>1731</sup>, ou illégal<sup>1732</sup>, en fonction de différents paramètres<sup>1733</sup>. Concernant la modification de l'objet du contrat, la jurisprudence utilise un critère de dissociabilité, qui implique que les avenants qui portent sur des prestations dissociables des prestations initialement prévues sont considérées comme modifiant l'objet du contrat<sup>1734</sup>. Par exemple, une modification qui prévoit l'exécution de travaux dissociables de ceux prévus initialement est illégale<sup>1735</sup>. En revanche, la simple poursuite de travaux peut être considérée comme légale<sup>1736</sup>. La modification ne doit pas augmenter de manière significative le volume des prestations. Ainsi, un avenant prévoyant l'extension du contrat initial de réhabilitation de logements personnels dans six établissements d'enseignements à deux nouveaux établissements a pour effet de changer l'objet du contrat, et est par conséquent illégal<sup>1737</sup>.

C'est la liberté d'accès qui permet de déterminer s'il y a simple adaptation ou modification de l'objet du contrat<sup>1738</sup>, ou s'il y a simple modification ou bouleversement de son économie

<sup>1728</sup> Il est à noter que les tiers disposent de trois recours pour contester un avenant : le référé précontractuel, le référé contractuel, le recours en contestation de validité du contrat. Voir à ce titre S. HUL, « Le contentieux des avenants depuis l'arrêt Tarn-et-Garonne », *AJCT* 2015, p. 32.

<sup>1729</sup> F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, Thèse, LGDJ, 1981, p. 266.

<sup>1730</sup> CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, préc.

<sup>1731</sup> TA Rennes, 9 juin 1993, *Préfet du Morbihan c/ Commune de Locminé*, n° 93265 ; *Marchés publ.*, n° 279, janv.-févr. 1994 – CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-Sous-Bois*, n° 150681, *Rec. T.* p. 924 ; *RDI* 1997, p. 584, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *D.* 1998, somm. p. 230, obs. Ph. Terneyre.

<sup>1732</sup> TA Cergy-Pontoise, 3 juillet 2001, *Préfet de Seine-Saint-Denis*, n° 9908575/3 ; *Contrats et marchés publ.* 2001, comm. 207, F. Olivier.

<sup>1733</sup> Il s'agit essentiellement de la nature du contrat, de son objet, de son montant initial, et de sa durée.

<sup>1734</sup> C. BERGEAL, concl. sur CE, 22 juin 1998 *Préfet Puy-de-Dôme*, *BJCP*, 1998, p. 37.

<sup>1735</sup> CE, 30 janvier 1995, *Société Viafrance*, n° 151099 ; *RDI* 1995, p. 318, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre.

<sup>1736</sup> CE, 29 juillet 1994, *Communauté urbaine de Lyon*, n° 118953, *Rec. T.* p. 1033 ; *RDI* 1994, p. 657, obs. F. Llorens et Ph. Terneyre – CE, 22 juin 1998, *Préfet Puy-de-Dôme*, n° 173025 ; *BJCP* 1998, p. 36, concl. C. Bergeal et note R. Schwartz.

<sup>1737</sup> CE, 28 juillet 1995, *Préfet de la région Ile-de-France c/ Société de gérance Jeanne d'Arc*, n° 143438, *Rec.* p. 321 ; *D.* 1996, somm. p. 319, obs. Ph. Terneyre.

<sup>1738</sup> Rapport de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les délégations de service public, 1998, p. 35 : « *modifier l'objet du marché revient à changer les prestations, leur consistance, décider de travaux non prévus initialement, changer les spécificités techniques, les matériaux prévus à l'origine ou leur mise en œuvre* ».

générale. La méthodologie doit être la suivante : la modification doit être étudiée au regard des conditions initiales d'accès à la procédure de passation. Si la modification a pour effet de faire évoluer substantiellement ces conditions, elle est illégale, car elle porte atteinte à la liberté d'accès à la commande publique. En revanche, si elle n'a pas pour effet de faire évoluer ces conditions, elle est légale. Dans le même sens, la modification ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à la liberté d'accéder à la procédure des opérateurs économiques qui n'ont pu candidater lors de la mise en concurrence initiale. La notion de modification substantielle est subjective et contingente, et présente l'avantage de permettre au juge de moduler ses solutions<sup>1739</sup>. Contrôler la légalité des modifications au moyen de la liberté d'accès permet une telle modulation. Cette liberté d'appréciation laissée au juge est partiellement remise en cause, depuis l'adoption des nouvelles directives marchés publics<sup>1740</sup> et concessions<sup>1741</sup>.

Jusqu'en 2014, le législateur de l'Union européenne ne s'intéresse pas à l'exécution des contrats de la commande publique, laissant le soin à la Cour de justice d'en définir les modalités<sup>1742</sup>, dans la mesure où les avenants doivent rester en cohérence avec les dispositions du droit de l'Union<sup>1743</sup>. Une évolution remarquable est opérée avec l'adoption des nouvelles directives de 2014, dans lesquelles le législateur de l'Union codifie les règles relatives à l'exécution des contrats, notamment celles inhérentes à leur modification. Ainsi, les directives encadrent « *la liberté des parties de modifier le contrat afin que cette modification ne devienne pas un instrument de contournement des règles de mise en concurrence* »<sup>1744</sup>. Surtout, les directives précisent les hypothèses dans lesquelles une modification doit être considérée comme substantielle. Il est à noter que les directives ne font aucune différence entre le régime des avenants et celui de la modification unilatérale. Par conséquent, la réglementation de l'Union européenne semble s'appliquer à ces deux régimes, sans distinction<sup>1745</sup>.

---

<sup>1739</sup> H. HOEPFFNER, art. préc.

<sup>1740</sup> Directive 2014/24/UE préc.

<sup>1741</sup> Directive 2014/23/UE préc.

<sup>1742</sup> En matière d'avenant, v. CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, préc.

<sup>1743</sup> F. Llorens, « Les avenants aux DSP entre droit national et droit communautaire », in *Bien public, Bien commun, Mélanges en l'honneur d'Etienne Fatôme*, Dalloz, 2010, p. 269.

<sup>1744</sup> H. HOEPFFNER, art. préc.

<sup>1745</sup> F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, « Des nouvelles du pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *Contrats et marchés publ.* 2014, n° 11, repère 10 : « ces directives sont muettes sur la forme - contractuelle ou unilatérale - que peut ou doit emprunter cette modification. Elles lui sont indifférentes. Les personnes publiques françaises pourront donc, comme par le passé, continuer d'imposer unilatéralement

Ainsi, « une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle, lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ »<sup>1746</sup>. Dès lors, une modification est considérée comme substantielle si l'une des conditions suivantes est remplie : « elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché ; elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ; elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ; lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché »<sup>1747</sup>. Dans ce cas, la modification est prohibée.

En outre, la directive ajoute que les marchés peuvent également être modifiés lorsque la valeur de la modification est inférieure 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15 % de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux<sup>1748</sup>. Ce seuil est élevé à 50% en cas de sujétions techniques imprévues. Concernant l'objet du contrat, une « modification ne peut pas changer la nature globale du marché »<sup>1749</sup>. Pour les concessions, les dispositions sont exactement les mêmes<sup>1750</sup>. Pour résumer, les deux principes jurisprudentiels sont maintenus : une modification substantielle doit être requalifiée en nouveau contrat ; elle fait l'objet d'une mise en concurrence<sup>1751</sup>. Les directives adoptent cependant une approche limitative des cas dans lesquels une modification ne nécessite pas une nouvelle procédure de mise en concurrence, et « en énonçant des cas, certes nombreux, et parfois étendus, mais toujours limités, de modification (...), les directives paraissent bien poser un véritable principe d'interdiction des modifications (...), interdiction à laquelle il ne

---

*des modifications à leurs cocontractants qui ne pourront s'y soustraire dès lors qu'elles sont justifiées par un motif d'intérêt général. En revanche, elles ne pourront plus le faire que dans les bornes fixées par les directives. Le revers, en même temps que la raison, de leur indifférence aux formes de la modification est qu'elles limitent de la même manière toutes les modifications qu'elles revêtent, la forme d'avenants ou celle de décisions unilatérales ».*

<sup>1746</sup> Art. 72 de la directive 2014/24/UE préc.

<sup>1747</sup> *Idem.*

<sup>1748</sup> *Idem.*

<sup>1749</sup> *Idem.*

<sup>1750</sup> Art. 43 de la directive 2014/23/UE préc. Il est à noter que le montant de la modification ne doit pas dépasser 10% du montant de la concession initiale.

<sup>1751</sup> H. HOEPFFNER, art. préc.

peut être dérogé que dans les cas limités »<sup>1752</sup>. Le principe semble être l'interdiction des modifications en cours d'exécution, l'exception étant les hypothèses énoncées dans les directives<sup>1753</sup>.

Les directives codifient de manière très précise le régime des modifications en cours d'exécution. Ces précisions clarifient le droit applicable aux avenants et la notion de modification substantielle. En outre, s'agissant des concessions, ces explications sont indispensables, dans la mesure où les avenants consistent un outil « *presque ordinaire* »<sup>1754</sup> de gestion de la vie de ces contrats, notamment de ceux portant sur le service public<sup>1755</sup>. À ce titre, il est à noter que le droit interne a rapidement transposé le régime des avenants applicables aux concessions, dans un décret du 6 novembre 2014<sup>1756</sup>. L'article 1<sup>er</sup> dudit décret définit les critères permettant de modifier des contrats de concession de travaux publics en cours d'exécution, pour confier des travaux supplémentaires au concessionnaire initial, en dehors de l'hypothèse de la survenance d'une circonstance imprévue<sup>1757</sup>.

Toutefois, selon le discours doctrinal, « *la directive introduit de nouvelles incertitudes. La multiplication des détails ne permet guère d'éclairer la définition du nouveau contrat* »<sup>1758</sup>. Il est vrai que les dispositions contenues dans les directives sur ce point ne brillent pas par leur

---

<sup>1752</sup> N. SYMCHOWICZ et R. LAURET, « La question de la modification des marchés publics dans les nouvelles directives », *BJCP* 2014, n° 95, p. 264.

<sup>1753</sup> *Idem* : « *tel n'était assurément pas l'état du droit antérieur, car le silence des directives sur ce point avait simplement été comblé par les jurisprudences précitées qui, loin s'en faut, n'ont nullement énoncé l'existence d'un tel principe d'interdiction des modifications. Le reversement actuel de principe qui ressort des rédactions désormais adoptées ne nous paraît pas anecdotique* ».

<sup>1754</sup> S. BRACONNIER, « Les avenants aux conventions de délégation de service public à l'épreuve de la directive « concession » du 26 février 2014 », in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 29.

<sup>1755</sup> J.-P. MARKUS, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001, p. 589.

<sup>1756</sup> Décret n° 2014-1341 du 6 novembre 2014 modifiant le 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°0259 du 8 novembre 2014, p.18908.

<sup>1757</sup> *Ibid.*, art. 1<sup>er</sup> : « *art. 13-1.-I.-Les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution pour les travaux ou services supplémentaires qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat de concession initial, à la double condition qu'un changement de concessionnaire : « 1° Soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment aux exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants acquis dans le cadre de la concession initiale ; « 2° Présenterait pour le pouvoir adjudicateur un inconvénient majeur ou entraînerait pour lui une augmentation substantielle des coûts. « Le montant des travaux ou services supplémentaires ne peut être supérieur à 50 % du montant du contrat de concession initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont apportées dans le respect des dispositions du présent titre, cette limite s'applique au montant de chaque modification. « II.-Le pouvoir adjudicateur transmet à l'Office des publications de l'Union européenne pour publication au Journal officiel de l'Union européenne un avis de modification d'une concession en cours conforme au modèle établi à cet effet. » » ».*

<sup>1758</sup> N. SYMCHOWICZ et R. LAURET, art. préc., p. 264.

simplicité<sup>1759</sup>. Ces dernières, dans un objectif de sécurité juridique<sup>1760</sup>, comportent des dispositions très précises et variées, encadrant le plus d'hypothèses possibles. Mais ce souci du détail, au départ louable, rend effectivement la lecture des articles inintelligible.

Concernant l'apparition d'un seuil en deçà duquel la modification est possible sans nouvelle procédure, « *il nous semble que pour les concessions au moins (en particulier de services), un seuil plus élevé aurait été justifié. Plus grave encore, un seuil est fixé en cas d'imprévision : même dans des circonstances imprévisibles, la modification ne peut pas entraîner une augmentation du prix de plus de 50 % de la valeur initiale du contrat* »<sup>1761</sup>. Il est vrai qu'introduire un tel seuil ne laisse aucune marge de manœuvre au juge, dont le contrôle devient mécanique : il est possible de parler de « *bornage juridique* »<sup>1762</sup>. Ainsi, les directives posent « *une présomption irréfragable de non-bouleversement de l'économie du contrat via un seuil* »<sup>1763</sup>. Par conséquent, ce seuil « *engendre une prudence paralysante et pénalisante pour les pouvoirs adjudicateurs, difficilement conciliable avec le principe de bonne gestion des deniers publics et certainement préjudiciable à la bonne exécution de certains projets* »<sup>1764</sup>. Dorénavant, en cas de modification de l'équilibre financier d'un contrat, le juge ne dispose plus d'aucune marge de manœuvre dans le contrôle qu'il exerce. Par conséquent, dans cette hypothèse, la fonction de la liberté d'accès est amoindrie au contentieux. En revanche, les directives donnent une définition précise de la notion de modification substantielle, mais sans mentionner un critère quantitatif. Dans ce cadre, la liberté d'accès

---

<sup>1759</sup> R. NOGUELLOU, art. préc. : « *les directives font le choix d'une réglementation très précise, voire pointilleuse, censée couvrir toutes les hypothèses. On peine à trouver l'expression d'un principe général : il s'agit plutôt de l'énumération de cas particuliers, plus ou moins bien identifiés. Or, l'imagination contractuelle étant sans limite, il est certain que l'on se trouvera face à des hypothèses de modification non prévues qui soulèveront alors de délicates questions d'interprétation. Par ailleurs, les dispositions adoptées sont parfois imprécises et donneront nécessairement lieu à des interprétations jurisprudentielles, lesquelles pourront s'avérer plus ou moins favorables à l'évolution du contrat* ».

<sup>1760</sup> Préambule de la directive 2014/24/UE, (107), préc. : « *il est nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, (...). Il y a lieu d'engager une nouvelle procédure de passation de marché lorsque des modifications substantielles sont apportées au marché initial, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties (...). Il devrait toujours être possible d'apporter au marché des modifications entraînant une variation mineure de sa valeur jusqu'à un certain montant, sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché. À cet effet, et afin de garantir la sécurité juridique, la présente directive devrait prévoir des seuils minimaux, en dessous desquels une nouvelle procédure de passation de marché n'est pas nécessaire. Il devrait être possible d'apporter au marché des modifications allant au-delà de ces seuils sans devoir recourir à une nouvelle procédure de passation de marché, pour autant que lesdites modifications respectent les conditions pertinentes énoncées dans la présente directive* » (nous soulignons).

<sup>1761</sup> H. HOEPFFNER, art. préc.

<sup>1762</sup> N. CHARREL, T. GASPARD, art. préc., p. 59.

<sup>1763</sup> *Idem.*

<sup>1764</sup> *Ibid.*, p. 60.

conserve une fonction déterminante dans l'appréciation des conditions posées par le droit positif.

Dans un objectif de protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, la liberté d'accès encadre les modifications contractuelles portant sur l'objet et le montant du contrat afin qu'elles ne s'apparentent pas à un nouveau contrat. Cette analyse est transposable aux modifications portant sur d'autres éléments du contrat.

### ***B : Une fonction d'encadrement des modifications portant sur le cocontractant et la durée du contrat.***

L'objet et le montant du contrat ne sont pas les seuls éléments susceptibles de faire l'objet d'une modification en cours d'exécution. Les parties au contrat ou la durée sont également des données dont la modification peut entraîner une remise en cause des conditions d'accès initiales à la mise en concurrence. La cession de contrat en cours d'exécution modifie les éléments essentiels du contrat, puisqu'elle implique une substitution d'un tiers à l'une des parties<sup>1765</sup>. Par conséquent, il convient d'analyser ce mécanisme au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique (I). La détermination de la durée fait également partie intégrante des fonctions attribuées à la liberté d'accès<sup>1766</sup>. Cette dernière assure donc une fonction d'encadrement de la modification de la durée, afin que le contrat fasse l'objet d'une remise en concurrence périodique (II).

### **I : La cession de contrat.**

La cession de contrat<sup>1767</sup> est un mécanisme ancien<sup>1768</sup> et connu du droit administratif. De manière générale, « *la cession de contrat suppose le transfert de l'ensemble des droits et*

---

<sup>1765</sup> H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1766</sup> *Supra*, Section 1, §2.

<sup>1767</sup> Voir, notamment : R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, LGDJ, coll. Thèses, Biblio. de droit public, Tome 241, 2004 – Y. GAUDEMET et L. AYNES, *La cession de contrat en droit public et en droit privé*, éd. Cridon, 2000 – G. BLANC, « Transfert et cession de contrats administratifs », *JCP E*, 1999, p. 2050 – Ch. MAUGÜÉ et L. DERUY, « Les cessions de marchés publics et de délégations de service public », *BJCP* 1999, n° 6, p. 494.

<sup>1768</sup> CE, 6 mars 1856, *Corduriès*, *Rec.* p. 184 – CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, *Rec.* p. 54 – CE, 9 juillet 1924, *Société le lecteur de la vallée d'Auge*, *Rec.* p. 656 – CE, 19 février 1932, *Mélon*, *Rec.*

*obligations résultant d'un contrat à une personne juridiquement distincte, le cédant se trouvant corrélativement déchargé de toute obligation* »<sup>1769</sup>. Ce mécanisme implique la réunion de deux éléments : d'une part une modification subjective, c'est-à-dire la substitution d'un tiers à l'une des parties ; d'autre part, l'absence d'une modification objective, c'est-à-dire sans que le contenu du contrat initial soit affecté<sup>1770</sup>. Elle doit s'entendre, selon le Conseil d'État, comme « *la reprise pure et simple par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers* »<sup>1771</sup>. En outre, la cession ne peut se faire à la seule initiative du cocontractant privé, puisqu'elle doit être autorisée par la personne publique<sup>1772</sup>.

Les interrogations portent sur le régime juridique de la cession de contrat. Il s'agit de savoir si une telle cession est libre, ou si elle doit faire l'objet d'une procédure particulière. La solution dépend de la conception adoptée sur la cession de contrat : si la substitution d'un cocontractant est considérée comme une novation, il s'agit d'un nouveau contrat nécessitant une procédure de passation<sup>1773</sup>. En revanche, si la substitution d'un cocontractant est considérée comme un simple transfert des obligations nées du contrat initial, une procédure n'est pas nécessaire<sup>1774</sup>. Le droit positif apporte au départ des solutions divergentes à cette question.

Pour le Conseil d'État, la cession de contrat est un simple transfert d'obligations ne nécessitant pas une procédure de mise en concurrence, sauf lorsqu'elle s'accompagne d'une

---

p. 206 – CE, 8 mars 1944, *Commune de Ballaguères*, Rec. p. 80 – CE, 4 juin 1999, *SARL Maison Dulac*, n° 155825, n° 160390, Rec. T. p. 664.

<sup>1769</sup> H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 61.

<sup>1770</sup> *Idem.*

<sup>1771</sup> CE, avis, Sect. fin., 8 juin 2000, n° 364 803 ; *BJCP* 2001, n° 15, note E. Glaser ; *Contrats et marchés publ.*, 2000, chr. 1, F. Llorens ; *AJDA* 2000. 758, note L. Richer ; *CJEG* 2001, p. 103, note Ch. Maugüé et L. Deruy.

<sup>1772</sup> CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*, préc.

<sup>1773</sup> Voir, notamment, G. JÈZE, *Théorie générale des contrats de l'administration*, éd. Giard, t.2, p. 223 : « *la substitution totale a pour objet non pas une collaboration mais le remplacement du titulaire du marché par un autre titulaire qui devient le directeur responsable de l'entreprise (...) Il y a en réalité un nouvel entrepreneur ou fournisseur, un nouveau contrat entre l'administration et le concessionnaire* » – A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1983, Tome 2, n° 533 – E. FATÔME, art. préc., p. 763 – Ch. MAUGÜÉ et L. DERUY, art. préc – Rép. Min., 31 juillet 1998, *JOAN* p. 4818.

<sup>1774</sup> J. CARAYON, *La cession des concessions et des permissions*, Thèse, éd. Rousseau, 1934, p. 139 – L. RICHER, « La fin de la convention de délégation », *AJDA* 1996, p. 650 – N. SYMCHOWICZ, « Contrats administratifs et mise en concurrence. La question des cessions », *AJDA* 2000, p. 113.

modification substantielle du contrat initial. Il indique, dans un avis du 8 juin 2000<sup>1775</sup>, que la cession « doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire (...) de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat ». Dès lors, « une cession de contrat s'accompagnant d'une modification substantielle doit être analysée comme constitutive d'un nouveau contrat. Au contraire, une cession de contrat pure et simple suppose la poursuite du contrat originaire, ce qui justifie qu'elle puisse s'opérer sans aucune mesure de publicité ou de mise en concurrence »<sup>1776</sup>. On retrouve ici la même logique que celle opérée pour les avenants : il doit y avoir une nouvelle procédure de passation uniquement lorsque le contenu du contrat est modifié substantiellement. Or, la cession de contrat n'est pas considérée, en soi, comme une modification substantielle.

La Cour de justice, dans une décision du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*<sup>1777</sup>, adopte une position foncièrement différente. Selon la Cour, « la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance »<sup>1778</sup>. Ainsi, la cession s'apparente à un nouveau contrat et doit faire l'objet d'une nouvelle procédure de passation, sauf si elle est prévue *ab initio*. Cette solution paraît satisfaisante<sup>1779</sup> au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique. Il n'est pas anodin de changer le cocontractant choisi à l'issue de la procédure de passation initiale, sans que cela soit prévu dès l'engagement de la mise en concurrence. L'identité du cocontractant, d'une part, constitue un élément essentiel du contrat. La cession, d'autre part, peut être une manœuvre visant à remettre en cause les conditions initiales d'accès à la procédure, et peut donc s'apparenter, *in fine*, à la conclusion d'un contrat de gré à gré. En effet, le nouveau cocontractant est à même de ne pas remplir les critères d'attribution du contrat. Dans ce cas, la mise en concurrence opérée lors de la procédure de passation initiale est remise en cause, le cocontractant ne correspondant plus aux critères initialement établis. Dans les faits, cette manœuvre est équivalente au fait d'attribuer un contrat de la commande publique sans respecter les conditions préalablement déterminées. Par

---

<sup>1775</sup> CE, avis, Sect. fin., 8 juin 2000, préc.

<sup>1776</sup> H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 110.

<sup>1777</sup> CJCE 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Osterreich*, préc. Confirmé par CJUE, 13 avr. 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, préc.

<sup>1778</sup> *Idem.*, §40.

<sup>1779</sup> Pour une thèse contraire, voir notamment H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 109.

conséquent, un encadrement strict de la cession de cette catégorie de contrats se justifie au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Les nouvelles directives<sup>1780</sup>, en codifiant le régime de cession des contrats, apportent les solutions textuelles nécessaires à cette question, puisqu'elles se prononcent sur l'une des principales interrogations que soulève la cession de contrat, qui tient « *à la reconnaissance de son caractère translatif ou, au contraire, à la qualification de nouveau contrat du lien créé entre le cédé et le cessionnaire* »<sup>1781</sup>. La cession de contrat n'est pas qualifiée de modification substantielle, donc ne nécessite pas une nouvelle procédure de passation, si elle est opérée dans les cas prévus par les directives. Elle présente dans ce cas un caractère translatif. *A contrario*, elle s'apparente à un nouveau contrat lorsqu'elle est opérée en dehors de ces hypothèses<sup>1782</sup>. Ainsi, la cession est autorisée « *en application d'une clause de réexamen*<sup>1783</sup> (...) ou, *à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à soustraire à l'application de la présente directive (...)* ou, *dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants* »<sup>1784</sup>. Dans les autres cas, elle doit faire l'objet d'une nouvelle procédure de mise en concurrence. Les directives retiennent ainsi « *une conception plus économique que juridique du changement de contractant* »<sup>1785</sup> en ne prenant pas en compte la continuité de la personne morale.

Cette codification paraît satisfaisante au regard du principe de liberté d'accès à la commande publique. Les hypothèses dans lesquelles est permise la cession ne portent *a priori* pas atteinte à l'accès des soumissionnaires à la commande publique. Dans le cas où elle est prévue *ab initio*, elle fait l'objet d'une mise en concurrence initiale. Dans les hypothèses de succession ou de restructuration, les directives précisent de manière très claire que l'opérateur économique doit remplir les critères de sélection qualitative établis initialement, et que la

---

<sup>1780</sup> Art. 72 de la directive 2014/24/UE préc. ; Art. 43 de la directive 2014/23/UE préc.

<sup>1781</sup> R. NOGUELLOU, art. préc.

<sup>1782</sup> Art. 72 de la directive 2014/24/UE préc. ; Art. 43 de la directive 2014/23/UE préc.

<sup>1783</sup> Dans ce cas, seul le principe de la cession doit avoir été prévu.

<sup>1784</sup> *Idem.*

<sup>1785</sup> L. RICHER, « L'avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000 sur la cession de contrat, Quinze ans après.. », *AJDA* 2014, p. 1925.

cession ne peut avoir pour effet d'entraîner une modification substantielle du contrat initial. Par conséquent, il n'est pas possible de procéder à une manœuvre remettant en cause les conditions initiales de mise en concurrence. Ainsi, les conditions d'accès à la procédure de passation sont préservées. On peut cependant regretter le manque de lisibilité de la dernière hypothèse prévue par les directives, dans le cas où le pouvoir adjudicateur assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants<sup>1786</sup>. Les nouvelles directives, globalement, trouvent un juste équilibre entre la possibilité de céder un contrat et la protection d'une concurrence saine et loyale, assurée par la liberté d'accès à la commande publique. Ainsi, « *le mécanisme de la cession de contrat, dont on avait pu craindre qu'il soit menacé par le droit européen, sort relativement indemne du processus de réglementation européenne* »<sup>1787</sup>. Les directives sont ainsi un compromis satisfaisant entre la jurisprudence nationale et la jurisprudence de la Cour de justice.

## II : L'encadrement de la prolongation de la durée du contrat.

Il est acquis que « *la durée d'un contrat est un élément déterminant du fonctionnement concurrentiel du marché, puisqu'elle fixe la période durant laquelle l'activité constituant l'objet du contrat n'est pas soumise à la concurrence* »<sup>1788</sup>. C'est pourquoi la liberté d'accès encadre la détermination de la durée initiale des contrats de la commande publique, afin que les opérateurs économiques puissent régulièrement accéder à leur octroi<sup>1789</sup>. Par une sorte de « parallélisme des principes », elle encadre également la prolongation de la durée. Les parties ne doivent pas pouvoir soustraire le contrat à la concurrence pour une durée excessive, sans porter atteinte à la liberté des soumissionnaires potentiels d'accéder à la mise en concurrence du contrat. Ainsi, la prolongation ne peut être admise que dans la mesure où elle n'a pas pour effet d'annihiler la portée de la procédure de mise en concurrence. Ce principe s'applique à l'ensemble des contrats de la commande publique<sup>1790</sup>.

---

<sup>1786</sup> H. HOEPFFNER, art. préc. : « *on soulignera ici le caractère obscur de la disposition, qui ne peut être éclairé par les travaux préparatoires : le but est-il de permettre au pouvoir adjudicateur de reprendre le contrat ?* » – R. NOGUELLOU, art. préc.

<sup>1787</sup> R. NOGUELLOU, art. préc.

<sup>1788</sup> M. UBAUD-BERGERON, *op. cit.*, p. 507.

<sup>1789</sup> Cf. *Supra*, Section 1, §2.

<sup>1790</sup> H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 254.

Le droit positif encadre de manière stricte et complète la prolongation de la durée des contrats de la commande publique, soit par le biais de dispositions spécifiques<sup>1791</sup>, soit par le biais des dispositions relatives aux avenants<sup>1792</sup>, la prolongation de la durée s'apparentant à une modification classique du contrat en cours d'exécution. Ainsi, à l'instar des avenants, l'encadrement de la prolongation de la durée est fondé sur la liberté d'accès à la commande publique.

La reconduction des contrats, en renouvelant un engagement arrivé à échéance, s'apparente à un nouveau contrat<sup>1793</sup>. Lorsqu'elle est prévue par une clause expresse, la reconduction ne soulève pas de problème particulier<sup>1794</sup>, la mise en concurrence étant réalisée en prenant en compte la durée totale du contrat, périodes de reconduction comprises. La question est plus délicate en cas de tacite reconduction, c'est-à-dire lorsque la reconduction n'est pas prévue par une clause expresse. Ce mécanisme peut être défini comme « *un mécanisme juridique permettant de continuer les rapports contractuels au-delà du terme, en se fondant sur la volonté implicite des parties et sur les manifestations qu'elle engendre : le consentement des contractants présumé au jour de l'échéance doit être confirmé par des actes d'exécution de la convention* »<sup>1795</sup>. Dans une décision du 29 novembre 2000, *Commune de Païta*<sup>1796</sup>, le Conseil d'État reconnaît le caractère novatoire de la tacite reconduction, en affirmant que « *le contrat résultant d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat* ». Or, le caractère nouveau du contrat, à l'instar du régime des avenants, justifie que la liberté d'accès produise ses effets dans l'objectif de maintenir une concurrence saine et loyale. La reconduction tacite peut entraver l'accès des opérateurs économiques au contrat. Par conséquent, soit elle doit être interdite, soit elle doit faire l'objet d'une nouvelle mise en

---

<sup>1791</sup> C'est le cas des délégations de service public. Art. L1411-2 du Code général des collectivités territoriales : « *une délégation de service ne peut être prolongée que : a) Pour des motifs d'intérêt général. La durée de la prolongation ne peut alors excéder un an ; b) Lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive* ». Voir également CE, 29 décembre 2004, *Société Soccrum*, n° 239681, *Rec. T.* p. 762 ; *BJCP* 2005, p. 116, concl. D. Casas ; *AJDA* 2005. 607. note J.-D. Dreyfus : « *qu'une telle prolongation n'est possible que si des équipements nouveaux sont demandés par le délégant, que ces équipements sont indispensables au bon fonctionnement du service public ou à son extension géographique et qu'ils ne peuvent être amortis pendant le temps restant de la convention sans augmentation de prix manifestement excessive* ».

<sup>1792</sup> H. HOEPFFNER, *op. cit.*, p. 266 : « *que les règles générales applicables aux avenants sont applicables aux prolongations qui n'en sont qu'une espèce particulière* ».

<sup>1793</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>1794</sup> Dans ce cas, il s'agit d'une modification du contrat initial : CE, 23 février 2005, *ATMMP*, préc.

<sup>1795</sup> B. AMAR-LAYANI, « De la tacite reconduction », *D.* 1996, chron. 143.

<sup>1796</sup> CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, *Rec.* p. 573 ; *Dr. adm.* 2001, n° 7 ; *AJDA* 2001. 101.; *ibid.* 219, étude L. Richer ; *RDI* 2001. 156, obs. F. Llorens ; *RTD com.* 2001. 417, obs. G. Orsoni.

concurrence. C'est l'interdiction des clauses de tacite reconduction que retient le Conseil d'État pour les marchés publics<sup>1797</sup> et les délégations de service public<sup>1798</sup>. Cette solution jurisprudentielle est en parfait accord avec les fonctions du principe de liberté d'accès à la commande publique.

Le décret du 25 août 2011<sup>1799</sup> modifie sensiblement la réglementation applicable aux marchés publics. Désormais, l'article 16 du Code des marchés publics prévoit que « *sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ». Cela signifie que la personne responsable du marché n'a pas à prendre une décision expresse de reconduction lorsque le marché arrive à son terme. Cela ne remet pas en cause les acquis de la liberté d'accès. Ce même article dispose en effet d'une part, que « *la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, sont fixés en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* ». D'autre part, il ajoute qu'« *un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte la durée totale du marché, périodes de reconduction comprises* ». Par conséquent, la tacite reconduction ne remet pas en cause les conditions initiales d'accès à la mise en concurrence, donc ne porte pas atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique.

---

<sup>1797</sup> *Idem.*

<sup>1798</sup> CE, Sect. des travaux publics, 19 avril 2005, préc.

<sup>1799</sup> Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, *JORF* n°0197 du 26 août 2011 p. 14453 ; *CP-ACCP* 2011, n° 114, p. 50, note N. Charrel et G. Monflier ; *JCP CT* n° 37, septembre 2011, p. 2293, comm. F. Linditch.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

La liberté d'accès dispose de deux fonctions principales : d'une part, une fonction économique initiale, celle d'assurer l'accès à la mise en concurrence des opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par la conclusion du contrat ; d'autre part, une fonction économique subséquente, celle d'assurer la protection des conditions initiales d'accès à la mise en concurrence. À ce titre, la liberté d'accès est un principe économique essentiel à l'ouverture des marchés à la concurrence. De ses fonctions dépendent l'existence et la pérennité des procédures de passation des contrats de la commande publique. En outre, c'est de la liberté d'accès que découle l'application des principes consécutifs du droit de la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes, dont il convient de définir les fonctions propres, n'ont en effet de sens que dans le cadre des procédures de passation, dont l'existence relève de la liberté d'accès à la commande publique.