|  |
| --- |
|  |

**inTRODUCTION AU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE**

M1 Droit public des affaires

EAP 4 °année

Jean-François Brisson, Professeur à l’Université de Bordeaux

|  |
| --- |
| **M1 dROIT PUBLIC DES AFFAIRES/ 4A EAP]** |

# Introduction

D’utilisation récente en droit public, la notion de commande publique tend à revêtir aujourd’hui une importance considérable.

Au plan théorique, c’est autour désormais de la notion e commande publique que s’ordonne la classification des contrats administratifs.

Au plan pratique, la grande majorité des contrats passés par l’administration relève de la commande publique.

### §.1 Les origines de la notion de commande publique : l’analyse économique.

La commande publique correspond à l’ensemble des échanges de biens ou de services initiés par les autorités relevant de l’administration publique réalisés à titre onéreux c’est dire contre rémunération.

* + Plus exactement, elle regroupe les contrats par lesquels l’administration publique s’assure contre rémunération la réalisation d’un certain nombre de prestations de travaux, ou de services et des fournitures par des opérateurs économiques
  + Ces contrats reposent sur deux logiques économiques distinctes
    - Le premier type d’opération consiste pour l’administration à se procurer des biens auprès d’une entreprise moyennant le versement d’un prix : il peut s’agir d’un équipement par la réalisation de travaux, de prestations de services ou des fournitures tendant à répondre aux besoins de la collectivité qu’elle administre
    - Le second type d’opération consiste pour l’administration à confier à une entreprise privée placée sous son contrôle la réalisation d’un ouvrage ou l’exploitation d’un service utiles à la population à charge pour l’entreprise de tirer sa rémunération de l’exploitation de l’ouvrage ou du service.
      * Ce type de contrat est très ancien. On en trouve trace sous l’Empire romain. (recours aux publicains, fermes fiscales concessions de routes, de pont …)
      * Ces contrats ont été rendus nécessaires pour des raisons tant politiques qu'économiques, la puissance publique ne pouvant supporter les coûts -parfois très élevés- de construction des grandes infrastructures :
        + canaux sous l’Ancien Régime ;
        + lignes de chemins de fer, réseaux de distribution d’eau ou d’énergie à la fin du XIXe siècle)

La commande publique constitue une part significative de l'activité économique nationale.

En 2014, elle représentait 200 milliards d'euros de montants cumulés, soit 10 % du produit intérieur brut.

A ce titre, elle soulève des enjeux importants

* Enjeux important s’agissant de la maitrise des budgets publics
  + L’achat public est le premier poste de dépenses (en investissement et en fonctionnement) dans les administrations après les dépenses de personnels : 45 % du budget de l’Etat
  + En ce sens, l’objectif traditionnel de la réglementation des marchés publics est la lutte contre le gaspillage des deniers publics.
    - L’actuel Code de la commande publique a ainsi pour objectif expressément affiché l’efficacité de la commande publique.
    - Cette préoccupation est ancienne
      * On peut faire remonter les premières règles relatives à la passation de ce type de contrats au XIIIe siècle. Le texte le plus ancien serait une ordonnance de Saint Louis, datant de 1256 qui vise à s’assurer des capacités techniques et financières des fournisseurs de l’administration royale.
    - La réglementation de la commande publique est également un moyen de lutter contre la corruption des autorités publiques en permettant de s’assurer que la dépense publique est justifiée par l’intérêt général et non l’intérêt personnel des décideurs publics
      * Il existe à ce titre une législation pénale applicable à la commande publique
* Enjeux importants en termes de soutien à l’économie. La commande publique est un levier important des politiques économiques.
  + Elle constitue ainsi un volet important des plans de relance en cas de crise
    - Par exemple, en 2009, à la loi suite de la crise financière, le gouvernement a adopté des mesures de simplification du droit applicable à la commande publique afin de favoriser l’achat public
    - De même, la crise sanitaire liée à la Covid 19 a justifié l’adoption de la loi ASAP dont nombre de dispositions vise à assouplir les règles de passation des contrats de l’admnistration.
  + Plus largement, compte tenu de son poids sur l’économie, la commande publique constitue un moyen d’orientation de l’activité économique afin de poursuivre d’autres objectifds
    - Par exemple, en matière de protection de l’environnement et de promotion de la biodiversité.
    - Ou encore de soutien aux PME
      * C’est un enjeu récurrent du droit de la commande publique
        + Car la part de la commande publique revenant aux PME reste marginale, alors qu’elles réalisent plus de 40 de la valeur ajoutée.
        + Cette dissymétrie s'explique.

D'une part, par la fragilité de la trésorerie des PME s'accommode mal de la règle du paiement après service fait et des délais de paiement pratiqués par les acheteurs publics.

D'autre part, les PME ne disposent pas des moyens humains adéquats en réponse à la complexité du droit applicable et des procédures.

* + - * + Les pouvoirs publics s’efforcent de réformer le droit de la commande publique pour faciliter l’accès des PME à la commande publique

Sur le modèle de la législation américaine du Small business Act

* + Le décentrement de la commande publique est contesté par les économistes
    - Selon S. Saussier et J. Tirole, « il faut reconnaitre que l’objectif de la commande publique, quel qu’en soit le montant, est avant tout de satisfaire un besoin identifié en parvenant à la meilleure performance en termes de coût et de services ou fonctionnalités attendus. Charger la commande publique d’atteindre des objectifs sociaux, environnementaux ou d’innovation est inefficace »
* Enjeux important en termes d’ouverture à la concurrence et de constitution du marché intérieur.
  + Les autorités nationales ont tendance à réserver les marchés publics aux entreprises nationales. En conséquence, eu égard au poids économique de la commande publique, la libéralisation de l’accès à la commande publique a été perçue dès le Traité de Rome comme l’une des conditions clefs de réussite de la politique du marché intérieur.

 A ce titre, les interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d’établissement, de libre prestation des services, de libre concurrence et de libre circulation des marchandises et des personnes trouve naturellement à s’appliquer. Ces principes de libre échange interdisent ainsi aux États membres de maintenir ou d’édicter des réglementations qui viendraient restreindre l’accès à la commande publique des entreprises européennes.

 Mais les règles des traités vont se révéler insuffisantes.

Les administrations publiques ne sont pas des opérateurs économiques et ne sont pas donc naturellement portées à adopter un comportement économique rationnel défini par le jeu de la concurrence, en conséquence, le respect de la concurrence passe par l’institution de procédures contraignant les administrations à organiser une mise en concurrence.

D’où l’adoption d’une réglementation communautaire spécifique formé d’une succession de directives européennes dont la dernière version date de 214.

L’importance du droit de l’UE est considérable

Il va modifier la perception traditionnelle du droit des marchés publics désormais axé sur la libre concurrence et l’égalité de traitement des entreprises davantage que sur la protection des deniers publics. Ce qui était un droit de la demande, une branche du droit administratif fondée sur les besoins internes de l’administration devient un droit de l’offre, une branche du droit économique fondée sur la nécessité d’organiser une juste concurrence entre les entreprises candidates

### §. 2) Les fondements juridiques du droit de la commande publique.

Les fondements juridiques du droit de la commande publique relèvent pour l’essentiel du droit de l’Union européenne et plus précisément d’une succession de directives qui, interprétées par la CJUE, en constituent l’armature catégorielle. De manière moins évidente, la jurisprudence du CC a également rattaché le droit de la commande publique à des principes constitutionnels.

##### A.L’introduction de la notion de Commande publique dans la constitution

Avant même l’adoption du code de la commande publique, c’est le CC qui a introduit l’expression en droit positif.

Le CC a jugé en 2003(Décision du 26 juin 2003 sur les contrats de partenariat) qu’il existait un droit commun de la commande publique auquel le législateur ne pouvait pas déroger

1) Le recours à la notion de commande publique par le Conseil Constitutionnel

* Le CC n’avait pas explicité pas les contours de la notion. La décision de 2003 ne permettait pas de dire quels étaient formellement les contrats qui composent cette catégorie.
* La notion n’en est pas pour autant fausse.
  + Elle part au contraire de l’observation qu’un certain nombre de contrats d’affaires conclu à titre onéreux sont soumis à un corps de principes particuliers et que ces contrats à raison de certaines de leurs caractéristiques économiques peuvent être regroupés sous le nom de contrats de commande publique dès lors qu’ils ont vocation à satisfaire des besoins exprimés par les administrations publiques.
  + Elle vise principalement les marchés publics qui étaient traditionnellement régis par le Code des marchés publics mais étaient susceptibles d’englober d’autres contrats

Ala lumière du droit de l’Union europénne, un accord s’est assez facilement fait en doctrine autour de l’idée que m commande publique recoupe donc a minima les marchés et les contrats de gestion déléguées ; autrement dit les contrats de délégation de service public visés non par le code des marchés publics mais par la loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin sur la prévention de la corruption et la transparence des procédures publiques.

Mais on a pu su demander si elle allait au-delà. Le champ d’application des contrats de commande publique a pu donner lieu à hésitations du fait de la multiplication des contrats spéciaux

* Ainsi des concessions domaniales. Comme on le verra la question a été tranchée par la négative par le CE –(CE 2010 Association du Stade Jean-Bouin)
  + Si les concessions peuvent justifier de mesure de publicité (Avis Conseil concurrence 20006 Distribution des journaux gratuits) et ordonnance d’avril 2017 c’est en raison de leur effet sur le jeu de la concurrence et non de leur appartenance à la commande publique.
* Ainsi les montages allers-retours permettant la construction d’équipements publics par le biais d’un BEA bail emphytéotique administratif).
  + Ces montages sont désormais impossibles depuis l’ordonnance de 2015 sur les marchés publics car requalifiés en marché publics
* Ainsi des concessions d’aménagement prévu par le Code de l’urbanisme (article L. 300-1 du code de l’Urbanisme) rattachée à la notion de marché public par l’arrêt Auroux (CJCE 18 janvier 2007)
* Ainsi encore des conventions de terminal portuaire prévues par le Code des transports (art. R5312-84) et qualifiées de concessions par CE 14 février 2017 Sté de manutention portuaire d’Aquitaine.

Ces interrogations ont en partie été levée par les directives européennes adoptées en 214 et transposées en droit interne par les deux ordonnances de 2015 (marchés) et 2016 (concessions).

* La matière a ainsi a fait l’objet d’une profonde réorganisation avec les directives 2014 qui retiennent une conception exclusivement binaire des contrats de commande publique autour de la distinction marchés et concessions qui a désormais vocation à englober la quasi-totalité des contrats conclus à titre onéreux.

###### 2) Les fondements constitutionnelles du droit de la commande publique

La décision du Conseil constitutionnelle était d’autant plus surprenante qu’elle fait faire un bond considérable dans la hiérarchie des normes au droit applicables aux contrats de l’administration.

Jusqu’à cette date, les règles applicables aux marchés publics avaient la valeur juridique du CMP. Or le CMP avait été adopté en 1964 par décret et c’est à nouveau par décret il avait été refondu en 2001. Les règles applicables aux marchés publics avaient donc au mieux valeur réglementaire

Et encore la codification de 1964 était tout à fait remarquable. Auparavant il n’existait aucun texte général applicable aux marchés publics mais des textes épars, spécialisés se rapportant à un ministère ou à un type d’ouvrage

La nouveauté est ainsi que le Conseil constitutionnel explique que les règles applicables aux contrats de commande publique avaient des fondements de nature constitutionnelle dans sa décision sur les contrats de partenariat

« Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics,

Conseil constitutionnel 26 juin 2003 loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit,

Cette décision a été rendue à propos de la loi habilitant de gouvernement à instituer les contrats de partenariat sur le modèle de contrats pratiqués dans les pays anglo-saxons (contrats BOT)

Le paradoxe est que le CC se fonde à cette occasion sur l’article 1er du code des marchés publics pour dégager des principes qui s'imposent à l’ensemble de contrats de commande publique. Ces principes sont :

• la liberté d'accès des entreprises) à la commande publique ;

• l'égalité de traitement des candidats

• la transparence des procédures.

Avant leur consécration constitutionnelle Le Conseil d'État y voyait, des principes généraux du droit

* applicables aux marchés conclus sans formalités préalables.
  + CE, Avis, 29 juill. 2002, MAJ Blanchisseries de Pantin, Rec. CE 2002, p. 297 ; BJcontrat de partenariat 2002, p. 427, concl. D. Piveteau ;
* étendus aux délégations de service public en tant que « principes généraux de la commande publique »
  + CE, 23 décembre 2009 Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles

B. Un droit sous influence européenne

Au demeurant, ces principes correspondent très largement ceux découlant du traité de l'Union européenne, dont la Cour de justice estime qu'ils sont applicables aussi bien aux contrats exclus du champ d'application des directives Marchés publics

* Tel est le cas des concessions de service : CJCE, 7 déc. 2000, Télaustria
  + Dans cet arrêt d’une exceptionnelle importance, la CJCE a jugé que la passation des concessions qui n’était pas soumise à la législation européenne sur les marchés publics devait néanmoins respectée néanmoins le principe de non discrimination tiré des traités et qu’en conséquence les autorités nationales étaient tenues d’organiser une procédure de mise en concurrence pour s’assurer du respect du principe de non discrimination lors du choix du concessonnaire.

D’une manière générale, c’est dans le droit de l’Union européenne plus que dans le Constitution que le droit de la commande publique trouve son fondement.

* Les dispositions applicables en France sont issues de deux ordonnances adoptées en 2015 et 2016. Ces textes sont des mesures de transposition des directives européennes adoptées en 2014.

Le droit européen des contrats publics est d’abord le fruit d’une législation spécifique dont l’application source de multiples contentieux a généré une jurisprudence particulièrement dynamique de la Cour de justice

###### 1 Une législation spécifique : les directives « marchés publics »

Les motifs qui ont conduit les institutions européennes à adopter cette législation sont nombreux

*  Les interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d’établissement, de libre prestation des services, de libre concurrence et de libre circulation des marchandises et des personnes trouve naturellement à s’appliquer. Ces principes de libre échange interdisent ainsi aux États membres de maintenir ou d’édicter des réglementations qui viendraient restreindre l’accès à la commande publique des entreprises européennes.
*  Mais les règles des traités vont se révéler insuffisantes. Les administrations publiques ne sont pas des opérateurs économiques et ne sont pas donc naturellement portées à adopter un comportement économique rationnel défini par le jeu de la concurrence, en conséquence, le respect de la concurrence passe par l’institution de procédures contraignant les administrations à organiser une mise en concurrence.

D’où l’adoption d’une réglementation communautaire spécifique qui modifie la perception traditionnelle du droit des marchés publics axé sur la libre concurrence et l’égalité de traitement des entreprises davantage que sur la protection des deniers publics

La législation des marchés publics est le résultat d’une succession de textes qui s’échelonnent sur une durée de 35 ans

Les premiers textes datent des années 1970 (directive 71/ 305 du 26 juillet 1971 dite directive « Travaux » et directive 77 /62 du 21 décembre 1976 dite directive « Fournitures). Elles vont largement échouer à ouvrir les marchés publics à la concurrence europénne:

* Leur champ d’application est trop étroit.
* Elles ne s’appliquent pas dans certains secteurs : les secteurs exclus où les administratives publiques exercent des activités d’intérêt général de nature industrielle ou commerciale (eau, énergie, transports, télécommunications).
* Elles ne visent ni les services ni les concessions
* Le maillage procédural est trop lâche
* –en raison notamment du renvoi aux solutions nationales
* –par l’absence de procédure de sanction et notamment de recours efficace

L’étape décisive fait suite à l’adoption du Livre blanc sur l’achèvement du marché intérieur. Elle marque une évolution capitale du droit communautaire des marchés publics avec, en particulier, la directive « Travaux » no 89/440 qui rompt avec le principe antérieur du renvoi aux procédures nationales.

Ce texte est le principal vecteur de la réforme.

* -élargissement du nombre d’autorités concernées par le recours à la notion de pouvoir adjudicateur
  + Qui ne renvoie aux qualifications juridiques nationales
  + Mais est une notion autonome propre au droit de l’UE qui englobe toutes les entités sous influence publique quelque que soit leur statut juridique
  + définition par le droit communautaire des procédures de sélection et de publicité,
  + motivation obligatoire des rejets d’offres
  + renvoi pour la définition des produits à des normes techniques définis au niveau européen.
* Parallèlement on assiste à l’extension du champ d’application du droit communautaire
  + Directive n° 90/531 du 17 septembre 1990 portant sur les marchés des secteurs exclus qui exigent une réglementation spécifique compte tenu de la diversité juridique des opérateurs chargés dans ces secteurs de missions d’intérêt général
  + Directive n° 92/50 du 18 juin 1992 relative aux marchés de service qui continuent d’être distingués des concessions de service public lesquelles échappent à la législation communautaire
* Par ailleurs le droit communautaire consacrer la notion de recours effectif avec des textes qui organisent des procédures de contrôle efficaces :
* La directive recours n°89/665 du 21 déc. 1989 qui donne lieu à l’institution en France de la procédure du référé précontractuel obligeant les Etats-membres à prévoir des mécanismes de contrôle permettant d’intervenir en cours de procédure d’attribution du marché donc en urgence de manière à faire cesser toute violation des obligations de publicité posé par les textes européens
* La directive recours n°93/68(secteurs exclus) du 25 février 1992.

Dès 1996, la Commission fait part dans son « Livre vert » sur les marchés publics, de sa volonté de perfectionner le système réglementaire en vigueur afin de l’adapter aux mutations de l’environnement économique et juridique.

Cette volonté aboutit à l’adoption de la directive unique du 31 mars 2004 (en ce qu’elle fusionne les directives marchés travaux, services et fournitures) qui constitue à la fois une réécriture mais aussi une refonte du droit communautaire des marchés publics dont il infléchit sensiblement l’esprit.

La directive unique n’est toutefois pas complètement unique.

• Il existe d’abord une autre directive du 31 mars 2004 qui concerne les secteurs des industries de réseaux qui font toujours l’objet d’une réglementation spéciale (énergie, transports, postes et non plus télécoms) moins formaliste.

• Ensuite, la question des recours continue de faire l’objet de textes particuliers. Le Conseil a adopté le 11 décembre 2007 une nouvelle directive-recours qui renforce l’effectivité des procédures de contrôles nationales et introduit la possibilité de former un référé après la conclusion du contrat pour les irrégularités les plus graves

La dernière réforme en date résulte de 3 textes en date du 26 février 2014

• Directive 2014/23/UE sur l’attribution des contrats de concession

• Directive 2014/24/UE sur les marchés dans les secteurs classiques

• Directive 2014/25UE sur les secteurs spéciaux

Outre l’élargissement aux concessions, les objectifs de la réforme adopté en 2014 sont multiples.

* D’une certaine manière, les autorités européenne considèrent que la contrainte juridique a été trop loin et qu’il faut assouplir le droit des marchés publics dont le coût pour les administrations publiques n’est pas compensé par un progrès significatif de la concurrence.
* L’'apport principal de la directive « marchés » est aubsu un élargissement de la place accordée à la négociation. Ainsi qu’une plus grande ouverture aux considérations non exclusivement économiques (v. L. Richer, La concurrence concurrencée, Contrats et MP 2015)

###### .2 Le dynamisme interprétatif de la jurisprudence européenne sur les marchés publics

Face aux défaillances (champ d’application partiel) des directives, la Cour a rappelé que les traités restent le cadre général du droit communautaire des marchés publics. La Cour va ainsi déduire que les principes des traités s’appliquent à l’égard des contrats placés en dehors du champ d’application des directives communautaires et qu’il exige le développement de garanties juridictionnelles effectives

###### a). L’extension du champ d’application du droit européen des marchés publics.

Avec l’arrêt Télaustria du 7 décembre 200 , la CJCE a jugé que « Nonobstant le fait que de tels contrats sont au stade du droit communautaire, exclus du champ d’application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont néanmoins tenues de respecter les règles fondamentales du Traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité [...].

Ce principe implique notamment une obligation de transparence permettant au pouvoir adjudicateur de s’assurer que le principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l’impartialité des procédures d’adjudication »

Ce raisonnement a été reproduit à un triple point de vue :

* Effet horizontal : les types de contrats non visés par la directive (notamment les concessions : CJCE 2000 Téléaustria
* Effet vertical : les marchés dont le montant est inférieur aux seuils de déclenchement des procédures formalisées Bent Mousten Vestergaard, aff. C59/00)
* Effet intrinsèque : les actes de la procédure non expressément visés par les directives « Marchés publics à propos de la décision de retrait d’un appel d’offres inconnue des directives mais organisée par la législation autrichienne (CJCE, 18 juin 2002, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnick Planung-Gesellschaft mbh, aff. C-92/00, pt. 47).

L’élargissement des principes de la commande publique par voie jurisprudentiel n’a pas manqué de poser problème

C’est ce que démontre l’affaire du renouvellement de la concession du tramway de Bordeaux en 2016. CE 1er avril 2009 Communauté urbaine de Bordeaux

* En application de la jurisprudence Télaustria, les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller en effert à assurer une publicité au niveau européen.
* Or les modalités de cette publicité n’est pas prévue par les textes et elle était rendue matériellement impossible en droit de l’UE dès lors qu’il n’existe aucun formulaire spécifique d’avis d’appel à la concurrence pour les concessions .
* Confrontés à cette difficulté pratique, les services de la CUB avaient renoncé à faire une publicité européenne faute de disposer d’un support adéquat. En référé, le TA de Bordeaux avait annulé pour défaut de publicité européenne la DSP Tramways de Bordeaux

En appel, le CE juge que lorsqu'une délégation de service public est susceptible d'intéresser un opérateur implanté sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne, la personne publique doit assurer une publicité qui n’a pas besoin d’être européenne mais doit être suffisamment large pour ne pas pouvoir pas échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants du secteur concerné y compris ceux implantés sur le territoire d'un autre Etat membre ».

Le raisonnement du Conseil d’Etat est habile : il permet de sauver la DSP bordelaise dès lors que la publicité imposée par la loi Sapin (codifiée au CGCT) est suffisamment large pour ne pas échapper à un opérateur raisonnablement vigilant. Mais il est totalement prétorien : il ne trouve aucune base dans aucun fondement textuel.

En outre au-delà de la publicité, reste le choix de la procédure à organiser.

* L’adoption de la directive concession règle la question pour les contrats concessifs mais laisse le problème entier pour les marchés inférieurs aux seuils

###### b. La recherche d’une protection juridictionnelle effective des candidats évincés.

C’est l’autre apport de la jurisprudence.

Les voies de recours définies au niveau national étaient encadrées par la directives recours (notamment 89/665) de manière à ouvrir aux candidats évincés une procédure leur permettent de contester utilement la violation du droit communautaire par le pouvoir adjudicateur.

o Toutefois ce texte, fruit d’un compromis politique, s’est montré soucieux de ménager les différentes conceptions nationales du droit d’agir en justice contre l’administration et ainsi concédé aux Etats membres d’importantes marges d’autonomie procédurale.

o En réaction la Cour de justice, va juger qu’au vu des objectifs affichés la directive 89/665 n'établit que « des conditions minimales » et en conséquence va s’efforcer de resserrer le maillage procédural de nature à garantir aux opérateurs économiques un droit de recours effectif

Ainsi la Cour a jugé que les sanctions prévues par le droit national ou par la directive recours ne devaient pas laisser priver d’effet la violation constatée du droit communautaire et d’en déduire en marge de la directive « Recours » qui ne le prévoyait pas une obligation d’annulation des marchés signés en violation du droit communautaire.

Cette solution résulte de l’arrêt CJCE 18 juillet 2007 Commission c/ Allemagne, aff. C-503/04.

* Par la suite, la solution a été reprise par la nouvelle directive-recours adoptée en 2007 qui impose aux Etats de prévoir un recours contre les marchés signés

Parallèlement, la Cour va considérer que l’accès au juge commande une certaine organisation des procédures de passation des marchés publics. L’idée est la suivante : l’organisation de la procédure doit permettre (ou ne pas gêner) le recours au juge. En ce sens, la Cour est amenée à formuler des exigences procédurales ignorées des directives « marchés publics »

Par exemple (CJCE 24 juin 2004 Commission c/ Autriche, aff. C-212/02), la Cour juge que la décision d’attribution du marché doit être obligatoirement portée à la connaissance des candidats évincés et qu’en outre la législation nationale doit prévoir qu’’un délai raisonnable doit s’écouler entre le moment où la décision rejetant leur offre est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de leur permettre, notamment, d’introduire une demande en justice.

* Cette jurisprudence est à l’origine de la règle du délai stand still qui impose à l’administration de respecter un délai de 11 jours avant de signer le contrat qu’elle vient d’attribuer
  + Voir article R.2182-1 Code de la commande publique

La jurisprudence de la CJCE a ainsi assuré la cohérence et l’effectivité du droit européen de la commande publique. Reprises par les directives ultérieures, la plupart de ces solutions se retrouvent dans le code de la commande publique.

#### §.3. La codification du droit de la commande publique

La notion de commande publique a reçu une consécration définitive avec l’adoption du code de la commande publique.

La reprise du terme commande publique par la loi permet, compte tenu des origines du terme, de renvoyer aux préoccupations économiques dominantes du droit de l’Union européenne.

Et en effet, les règles contenues dans le code sont pour l'essentiel des mesures de transposition des directives communautaire.

#### A. L’adoption du code de la commande publique

Envisagé depuis le milieu des années 1990 (circulaire du 30 mai 1996)° le code de la commande publique a été adopté par l’ordonnance du 28 novembre 2018 (partie législative) et le décret du 3 décembre 2018 (partie réglementaire). Il est entrée en vigueur le 1eravril 2019 et s’applique aux contrats signés à cette date.

Son adoption s’est fait en deux étapes.

D’abord la loi du 20 décembre 2014 qui a habilité le gouvernement à prendre toutes les mesures relevant du domaine de la loi afin

* de rationaliser l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne,
* de clarifier les rapports entre les autorisations domaniales et le droit de la commande publique
* de sécuriser le recours aux contrats globaux (c’est-à-dire les ppp)

Cette habilitation a abouti à l’abrogation du code des marchés publics par l’ordonnance du 23 juillet 2015 complété par une autre ordonnance de 2016 intéressant les concessions.

Le contenu largement convergent de ces deux textes rendait possible l’adoption d’un code embrassant l’ensemble de la matière. C’est la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui habilite le gouvernement à l’adopter par voie d’ordonnance

La valeur législative du code en explique l’architecture nouvelle, elle n’en garantit pas la stabilité juridique.

##### 1) La valeur législative du code de la commande publique.

Si les dispositions applicables aux DSP étaient de nature législative (loi du 29 janvier 1993), il n’en était rien du CMP qui restait un texte adopté par le pouvoir réglementaire en dépit des critiques de la doctrine.

La nature réglementaire du CMP posait de redoutables questions de constitutionnalité

En effet, le Conseil constitutionnel a eu l’occasion de juger que la liberté contractuelle des collectivités locales était un élément de leur libre administration (Déc. du 20 janvier 1993).

* En conséquence, on pouvait en conclure que les règles organisant ou restreignant la passation et l’exécution des marchés publics par les collectivités locales devraient nécessiter l’adoption d’un texte de loi.

Plusieurs contentieux ont été ainsi ouvert devant le Conseil d’Etat.

En 1980, le Conseil d’Etat avait sauvé la partie du code de 1964 en exhumant fort opportunément une habilitation législative tirée de textes datant de 1938 et 1957 autorisant le gouvernement à organiser les marchés des collectivités territoriales. malgré cette jurisprudence le Code des marchés a continué d’être adopté par voie réglementaire. CE, Ass., 29 avril 1981, Ordre des architectes, AJDA, 1981, p. 429).

L’adoption du nouveau Code des marchés publics en 2001 a donnée lieu un nouveau contentieux toujours propos du fondement réglementaire du Code **(CE, Ass., 5 mars 2003, Ordre des avocats à la cour d’appel de Paris.**

* Obligé de tenir compte de la jurisprudence du CC sur les ordonnances de l’article 38 de la Constitution qui n’autorise que des habilitations législatives limitées dans le temps, le CE ne voit plus dans les lois de 1938 et 183 des textes d’habilitation mais des règles de fond toujours d’application selon lesquels s principes applicables aux marchés de l’Etat sont étendus aux marchés des collectivités locales, moyennant les ajustements nécessaires. \*
* Ce nouveau tour de passe-passe a permis de sauver la compétence du pouvoir réglementaire mais en limiter fortement : le Gouvernement est compétent non pas pour fixer toute règle à l’égard des marchés locaux mais uniquement pour étendre aux collectivités locales les règles applicables aux contrats de l’Etat
  + - * Ainsi une loi sera nécessaire chaque fois que l’on voudra appliquer des règles distinctes aux collectivités territoriales

Cette jurisprudence était juridiquement fragile à moins de faire prévaloir un argument de pure opportunité lié au souci, d’ailleurs partagé par le Conseil constitutionnel

* de ne pas remettre en cause l’ensemble de la réglementation des marchés publics
* de valider la position du Ministère de l’économie soucieux de ne pas laisser la maîtrise du droit des marchés publics aux parlementaires qui sont aussi des élus locaux.
  + Cette crainte était d’ailleurs devenue largement infondée dès lors que les textes nationaux consistent pour l’essentiel à transposer des arbitrages politiques rendus au niveau européen.

Or la valeur réglementaire du code des marchés publics présentait certains inconvénients en terme de sécurité juridique

* Instabilité accrue des règles
* Incapacité du code à s’appliquer aux marchés passés par des personnes morales de droit privé (SEML par exemple) pourtant soumis à l’application des directives communautaires
  + D’où l’obligation d’adopter un texte distinct à valeur législative : Ordonnance du 6 juin 2005
* Infériorité du CMP en cas de conflits de normes avec d’autres textes
  + En ce sens , CE 13 octobre 2004 Commune de Montélimar où la rigidité des règles du CGCT prévaut sur les silences du CMP quant au rôle de l’assemblée délibérante en matière de signature du marché.
    - Justifiant une intervention du législateur pour casser la jurisprudence du CE (Ordonnance du juin 2005 qui aménage les modalités selon lesquelles le CM autorise le maire à signer le marché).

L’adoption de règles de valeur législative applicables tant aux marchés qu’aux concessions lève une partie de ces difficultés et justifie l’architecture retenue par le codificateur.

##### 2. L’architecture du code de la commande publique

Le code comprend 1747 articles réparties en deux parties : législative et réglementair

La codification s'effectue comme c’est le principe à droit constant

Elle est animé par le souci de répondre à l'objectif de simplification et d'accessibilité du droit,

En ce sens, le code est doté d’un champ d’application élargi qui englobe à la différence du CMP

* Les concessions (et pas uniquement les DSP comme la loi Sapin de 1993)
* Les contrats globaux (type contrats de partenariat devenus pour l’occasion marchés de partenariat)
* Les contrats passés par les personnes morales de droit privé qui sont des pouvoirs adjudicateurs au sens des directives européennes

La partie législative du code dans son titre préliminaire (article L.1 à L.6) fait ressortir « les principes directeurs de la commande publique

* Article L.1 : principe du libre choix entre le recours au contrat ou aux propres moyens de l’administration pour répondre à ses besoins
* Article L.2 : Définition des contrats de commande publique : onérosité, besoins propres en travaux, services ou fournitures ; distinction marchés/ concessions, application du code ou de textes particuliers
* Article L.3 : principes et objectifs de passation des contrats : égalité, liberté, transparence / efficacité et bon usage des deniers publics
* Article L4 : interdiction d’attribuer un contrat aux entreprises faisant l’objet de mesures d’exclusion.
* Article L5 : durée limitée des contrats
* Article L.6 : caractère administratif des contrats soumis au code et conclus par des personnes morales de droit public.

Surtout, le code cherche à donner une vision complète du régime des contrats de commande publique.

En ce sens, sont ainsi codifiée à côté des dispositions écrites des solutions issues de jurisprudences établies :

Par exemple, en matière de passation, la liberté pour les personnes publiques d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique (article L. 118) ou encore définition de l'offre anormalement basse (article L. 2152-524),

Plus précisément, ce sont les règles entourant l’exécution – ignorées par le code des marchés publics-qui pour l’essentiel toutes issues de la jurisprudence administrative (formant ce que la doctrine appelait « la théorie générale des contrats administratifs »)sont codifiées

* le pouvoir de contrôle de l'autorité contractante sur l'exécution du contrat, l'indemnisation du cocontractant en cas d'imprévision défini comme un « évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat », la modification unilatérale du contrat par la personne publique ou encore la résiliation pour motif d'intérêt général (article L. 619), ou la résiliation en cas de force majeure (articles L. 2195-220 et L. 3136-221) ou de faute du cocontractant (articles L. 2195-322 et L. 3136-323).
* Est également codifiée la tout comme la définition des biens de retour, des biens de reprise et des biens propres dans le cadre d'une concession de service public (article L. 3132-425).

Plus largement, le code constitue le rassemblement de textes épars

* Par exemple, les règles issues de la loi MOP (qui régit les opérations de constructions) sont intégrés aux dispositions portant sur les marchés de travaux.
* De même que les textes applicables à la sous-traitance, aux délai de paiement

##### B. Codification et stabilité juridique

La codification n’est pas une garantie contre l’instabilité des normes applicables à la commande publique

Ainsi un décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 modifie le code de la commande publique, avant son entrée en vigueur, notamment en introduisant des mesures relatives à la révision de prix des marchés publics, au montant des avances et de la retenue de garantie dans les marchés publics, ainsi qu'à la dématérialisation de la commande publique

Depuis le 1er avril 2019, le code a fait l’objet de très importantes modifications

* Pour s’adapter à la crise de la covid-19
* Loi ASAP

L’instabilité normative est un phénomène traditionnel de la codification en droit des contrats publics

Cette situation est particulièrement marquante s’agissant du droit des marchés publics :

Pour mémoire, le gouvernement a adopté en cinq ans trois codes des marchés publics successifs (2001, 2004, 2006) lequel a été abrogé en 2015

Le code de 2001 dont l’élaboration s’est étalée sur une dizaine d’années tirait la conséquence de l’obsolescence du code de 1964 .

Entre 1964 et 2001 le code a ainsi fait l’objet de près d’une cinquantaine de modifications, parfois une par an au point que sa lecture code était devenue progressivement difficile. D’autant que son organisation interne était devenue incohérente : avec une partie consacrée aux marchés de l’Etat, l’autre aux marchés des collectivités locales et enfin une partie (n°5°) consacrée aux règles d’origine communautaire qui venaient se superposer à la réglementation nationale

Le code de 2001 retenait une approche trop formaliste qui a justifié son abrogation avec l’adoption d’un nouveau code en 2004 lui-même abrogé pour tenir compte des obligations de transposition des directives marchés publics adopté en 2004

Le Code 2006 a fait l’objet ensuite d’importantes modifications dans le cadre du plan de relance de l’économie à la fin de l’année 2008 avec pas moins de trois décrets touchant près 70 articles du CMP

# Chapitre 1.

# Contrat et commande publique

# (La liberté contractuelle des personnes publiques)

Les personnes publiques sont en capacité juridique de passer des contrats.

Pour autant, les autorités publiques disposent-elles d’une véritable liberté contractuelle équivalente à celle reconnue en droit civil ?

La question a été discutée en doctrine. Une partie des auteurs expliquant que quand les administrations publiques ont recours à la technique contractuelle, les actes qu’elles concluent n’ont pas grand-chose à voir avec les contrats organisés par le code civil : parler de contrats seraient une illusion d’optique, au pire un abus de langage

La liberté contractuelle des personnes morales de droit public fait aujourd’hui l’objet d’une consécration jurisprudentielle au titre même des principes à valeur constitutionnelle.

Il reste que les théories de la compétence et des buts (d’intérêt général) qui fondent l’action de toute autorité publique viennent fortement limiter la liberté contractuelle des personnes publiques qui pour reposer sur des fondements équivalents à ceux personnes de droit privé n’est pas en pratique d’une étendue totalement comparable.

### Section 1. Le recours par l’administration au contrat

L’administration est depuis toujours en relation d’affaires avec de très nombreux opérateurs économiques : entrepreneurs de travaux publics, fournisseurs, concessionnnaires. L’idée que ces relations soient de nature contractuelle ne s’est pas imposé immédiatement en droit positif. Elle a néanmoins été retenue par la jurisprudence administrative donnant lieu à l’élaboration en doctrine à la suite de Jèze d’une théorie générale des contrats administratifs.

#### §. 1. La question de l’adaptation du contrat, technique de droit civil, à l’administration publique.

Le contrat est un mode de formation d’obligations juridiques prévu par le code civil pour les rapports entre particuliers. A ce titre, une partie de la doctrine a contesté l’idée que les administrations à raison de la séparation du droit public et du droit privé puisse recourir à un contrat au sens où on l’entend en droit privé

##### A. Le contrat, technique de droit privé

Le code civil a posé pour principe que tout accord de volontés a pour effet de créer des obligations pour les personnes qui y ont souscrits

Ces personnes sont désignées sous le terme technique de parties et cet accord destiné à produire des effets juridiques est un contrat

Le contrat se distingue de l’acte unilatéral

Que l’on retrouve aussi en droit civil : le testament

Et plus particulièrement en droit public : la décision administrative qui produit des effets juridiques à l’égard de ses destinataires sans que leur accord ne soit requis

Le contrat est synallagmatique quand…

D’après la doctrine privatiste originelle –l’école de l’exégèse- le contrat tire sa force juridique du pouvoir de chaque homme de s’engager par sa propre volonté.

C’est la théorie de l’autonomie de la volonté

Cette approche a été systématisée au début du XXe siècle pour s’opposer aux premières lois sociales…

L’autonomie de la volonté repose sur la croyance en la liberté naturelle de chaque être humain telle que la DDHC du 26 août 1789 en a posé le principe. C’est une sorte de déclinaison dans les relations privées de la théorie du contrat social.

De la volonté individuelle comme fondement du contrat, il en découle deux conséquences

L’homme ne peut pas être assujetti à des obligations auxquelles il n’a pas consenti

A l’inverse toutes les obligations qu’il a voulu s’imposent à lui. Car être libre conformément à la morale kantienne c’est s’engager.

Comme l’affirmait l’article 1134 du code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Ce texte est sans doute le plus représentative de l’autonomie de la volonté : il place l’accord de volontés sur le même plan que la loi et paraît suggérer que c’est d’elle-même que la volonté tire sa force juridique.

Le succès de l’autonomie de la volonté en doctrine ne s’explique pas uniquement par des considérations philosophiques, il tient aussi à des considérations pratiques d’ordre économique et son adéquation avec les conceptions libérales dominantes qui sur le plan économique au XIXe siècle postule l’abstention de l’Etat

Cette approche du contrat est d’abord conforme à l’idée selon laquelle c’est par le libre jeu des initiatives individuelles qu’est assurée spontanément la prospérité et les grands équilibres économiques. A l’idée aussi que ce qui est accepté dans le contrat est forcément juste parce qu’il a été voulu ; qu’à ce titre, les parties au contrat n’ont pas à se plier à des considérations de justice objective qui pourraient être imposées de l’extérieur notamment par la loi.

Le pouvoir de la volonté comme fondement du contrat permet d’expliquer les principales orientations du code civil et de former une théorie générale du contrat cohérente.

* La règle du consensualisme.
  + C’est-à-dire le rôle joué par le consentement dans le contrat. Il en découle :
    - l’idée que lorsque le consentement a été vicié, le contrat est nul
    - ou encore que la validité du contrat ne peut s’apprécier que par rapport à la volonté des parties.
    - En cas de difficultés d’exécution nécessitant l’interprétation des clauses du contrat, le juge doit faire prévaloir ce qui croit être la volonté la plus probable des parties.
* La liberté contractuelle.
  + Les parties sont libres de conclure toutes sortes de contrats. Les contrats visés ou réglementés par le code civil n’offrent que des modèles en marge desquels les parties sont libres d’improviser.
  + Les parties sont encore libre du contenu du contrat sous réserve (seulement) de pas déroger à l’ordre public et aux bonnes mœurs.
* Les effets du contrat.
  + La force obligatoire du contrat qui interdit aux parties de saisir le juge pour obtenir la révision y compris en cas de changements de circonstances
    - d’où le principe de survie de la loi ancienne aux contrats en cours en cas de changement législatif
    - d’où le rejet de la théorie de l’imprévision jusqu’à la réforme du code civil.
    - Seule la force majeure permet aux parties d’échapper à leurs obligations contractuelles
  + L’effet relatif du contrat : le contrat ne lie que les parties, il ne peut ni profiter ni nuire au tiers qui ne peuvent ni l’invoquer ni le contester en justice.

Même en droit civil, l’importance donnée à l’autonomie de la volonté a fait l’objet d’importantes controverse en doctrine et se trouve remise en cause par les auteurs contemporains

Elle a servi de repoussoir à une partie de la doctrine de droit administratif tant ses éléments structurants paraissent étrangers aux logiques qui prévalent en droit public

##### B. La contestation en doctrine de la transposition du contrat en droit public

Cette contestation a pris deux formes. La première est radicale, la seconde est relative

###### 1)Le rejet de la notion de personne morale en droit public et par voie de conséquence de l’idée de contrat.

La possibilité de passer des contrats est un attribut attaché à la personnalité morale.

* La personnalité morale est une technique juridique qui permet à un groupe humain mû par un intérêt collectif d’accéder à la vie juridique.
  + La personnalité morale est ainsi reconnue aux intérêts collectifs que le législateur (c’est à dire le pouvoir politique) juge digne de recevoir une protection spéciale (ainsi en droit privé : des sociétés commerciales, des associations (loi du 1er Juil. 1901) ou des syndicats professionnels (loi du 21 mars 1884).
  + A ce titre, la collectivité, le groupement humain se voit conférer des droits et des obligations lui permettant d’assumer ses missions. En particulier, la personnalité morale permet de disposer d’une autonomie de gestion, d’un patrimoine propre et du pouvoir de réaliser les actes juridiques que la vie juridique requiert.

La transposition de cette technique aux organisations publiques et en particulier à l’Etat a été contestée en doctrine notamment par Léon Duguit et Gaston Jèze

* + soit au nom de l’idée que la notion de personnalité morale était un non-sens dépourvue de réalité sociale
  + soit au nom de l’idée que ce concept n’avait pas sa place en droit public
* Parce que le droit public reposerait depuis la Révolution sur une distinction tranchée des institutions publiques et des institutions privées en réaction aux tendances féodales de l’Ancien Régime.
* En ce sens, l’administration n’est pas un sujet de droit identique aux personnes privées : elle n’aurait pas ainsi une libre volonté mais des compétences définies par la loi

Ce débat doctrinal est resté largement vain.

Il n’a jamais été repris à son compte par la jurisprudence.

* Pour une raison assez simple : il est admis que la personnalité morale est une fiction juridique mais une fiction nécessaire car c’est le seul procédé ou technique juridique qui permet en droit privé comme en droit public d’assurer la représentation d’intérêts collectifs et de disposer d’une autonomie juridique.

Consacrée par la jurisprudence, la notion de personne morale de droit public recouvre ainsi deux réalités distinctes.

* D’un coté, on retrouve une PERSONNE MORALE titulaire des droits attachés à cette qualité : à savoir la CAPACITÉ JURIDIQUE qui se traduit par la possibilité de disposer d’un patrimoine (avec pour enjeu essentiel la question du droit de propriété des personnes publiques) et par la capacité de contracter et par la capacité d’agir en justice. Ce qui constitue le minimum de l’autonomie juridique.
* De l’autre, la PUISSANCE PUBLIQUE dont la finalité est tourné vers la réalisation de l’intérêt général En conséquence de quoi l’autonomie juridique attachée à la personnalité morale c'est-à-dire l’ aptitude qui est reconnue à toute personne publique de passer certains actes juridiques et la possibilité qui est reconnue en retour de faire valoir ses droits s’exerce dans le cadre contraint d’un régime de droit public inconnu des personnes de droit privé

L’existence de ce régime de droit public tend parfois à voiler la personnalité juridique attachée à toute collectivité publique. Le postulat consiste alors à considérer que les questions juridiques se posent en des termes essentiellement différents selon qu’est en cause l’activité d’une personne morale de droit privé ou d’une collectivité publique même dotée de la personnalité morale.

###### .2. Le rejet de l’idée de volonté propre des personnes publiques en droit public

Cette idée a spécifiuementt t été avancée en matière contractuelle. La liberté contractuelle a été contestée par la doctrine en raison de la finalité même de l’action administrative guidée par l’intérêt général et des limites nombreuses qu’elle rencontre. Voir notamment (E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », AJDA, 1998, p. 651).

* Une personne privée conclut un contrat dans son intérêt propre
* Une personne publique dans l’intérêt général. Or l’intérêt général échappe aux personnes publiques car il est défini par la loi

On retrouve l’idée que l’action administrative repose sur la théorie des compétences qui fait que l’administration n’ayant pas de volonté propre, elle ne saurait disposer d’une liberté contractuelle car la liberté contractuelle est le prolongement de l’autonomie de la volonté

###### a) Un rejet initialement facilité par le dogme de l’autonomie de la volonté en droit privé.

Cette incompatibilité entre droit public et autonomie de la volonté s’est d’abord nourrie d’une conception dogmatique de l’autonomie de la volonté qui n’a plus cours aujourd’hui.

* Historiquement, cette conception qui apparaît en droit civil au moment des premières lois sociales la remettant en cause, fait donc de la volonté individuelle constitue « un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi » (Ghestin). Pris en ce sens, l’autonomie de la volonté est difficilement conciliable avec les spécificités des personnes publiques dont les pouvoirs que le droit leur accorde ont régis par la théorie de la compétence c'est-à-dire qu’ils découlent toujours d’une habilitation de la loi.

Elle a naturellement été vigoureusement critiquée par l’école normativiste et notamment par H. Kelsen qui en démontrait toutes les faiblesses. Ainsi ce n’est plus en ce sens que l’autonomie de la volonté est reçue en droit privé.

* Pour Kelsen, il faut distinguer dans l’acte conventionnel entre l’accord de volontés et la norme créée par la convention, c’est-à-dire distinguer entre la procédure et la norme.
  + - En tant que procédure, le contrat n’est qu’un accord de volontés, mais cet accord de volontés n’a une portée normative (c’est à dire obligatoire) que dans la mesure où une norme supérieure (la loi , la coutume) le permet.
    - En d’autres termes, le contrat tire sa force juridique non de l’accord de volonté mais d’une délégation donnée par la loi. La capacité de contracter n’est en somme qu’une compétence attribuée par le droit objectif.
  + La conception qui prévaut ainsi aujourd’hui dans la doctrine de droit privé est que les parties ne sont pas liés uniquement parce qu’elles l’ont voulu ; les obligations contractuelles dérivent aussi de la nature du contrat, du but recherché par les parties au contrat lors de la conclusion.
    - De sorte que la détermination des obligations découlant du contrat ne résulte pas seulement de la volonté des parties mais doit faire place encore aux idées de bonne foi, d’équité et de justice objective ou encore d’équilibre des intérêts en présence.
    - Les auteurs admettent que l’autonomie de la volonté ne peut s’exprimer que dans le cadre défini par la loi.
      * En ce sens, le CC a écarté l’idée qu’il puisse s’agir d’un principe à valeur constitutionnel (CC, 20 mars 1997, n°97-388 DC).

###### b) Un rejet finalement fondé sur les notions de compétence et d’intérêt général propre au droit public

L’objection principale consiste à dire que le droit administratif repose sur des concepts finalistes d’intérêt général, d’utilité publique qui semblent exclure que les personnes publiques disposent de droits subjectifs (ou de droit fondamentaux ) comparables à ceux des personnes privées poursuivant leurs intérêts propres (Hauriou, et plus récemment E.Picard, AJDA 2000).

Mais cette objection peut être facilement écartée

* dès lors que l’on admet d’une part que les personnes privées ne disposent pas non plus d’une autonomie originelle
* et d’autre part qu’à partir du moment où les personnes publiques agissent dans le cadre de leurs compétences et de leur statut, elles disposent d’une certaine autonomie de volonté ;
* qu’il y a donc ici plus une différence de degrés que de nature entre les personnes privées et les personnes publiques (C.Bréchon-Moulènes, AJDA 1998).

Ce type de réfutation ne fait cependant pas l’unanimité de la doctrine contemporaine.

Certains auteurs expliquent que les exceptions apportées en droit administratif à l’autonomie de la volonté sont d’une telle ampleur qu’elles interdisent de continuer à se référer à ce concept comme clé d’explication du régime des contrats administratifs.

* La liberté contractuelle (procédures réglementées, clauses obligatoires, limitation des avenants)
* L’effet relatif du contrat (clauses réglementaires, contrats normatifs)
* La force obligatoire du contrat (modification unilatérale, imprévision)

et de proposer de purger la théorie des contrats administratifs de toute référence à ce concept (S. Nicinski, mélanges Guibal).

#### §. 2 La reconnaissance de la technique contractuelle en droit public

La critique doctrinale n’a pas eu de prise sur la jurisprudence du Conseil d’Etat qui va qualifier de contrat les actes conclus en la forme contractuelle

* L’histoire de la notion de contrat administratif est au demeurant pour le moins paradoxale.
  + La notion de contrat administratif apparaiit tae ivement
  + Les principaux contrats administratifs ne sont pas nés contrats mais avaient été conçus au XIXe siècle comme des sortes d’actes unilatéraux.
    - Ainsi des marchés publics qui correspondent à une procédure destinée à permettre à l’administration de choisir l’entreprise à qui elle va confier l’exécution de prestations.
      * Cette ambiance unilatéraliste d’origine se retrouve dans le vocabulaire utilisé : l’entreprise retenue est désignée comme l’entreprise titulaire du marché.
    - Ce n’est qu’à partir de l’arrêt Blanco avec l’abandon de la distinction des actes d’autorité et de gestion que la jurisprudence va traiter les marchés comme des contrats et incorporer tant que de besoin les concepts du droit civil à l’activité contractuelle de l’admministration

Sur la base de cette jurisprudence, la doctrine a élaboré une théorie propre aux contrats administratifs. Ce qui pose la question de son rapport avec le droit civil.

##### A. La construction en doctrine d’une théorie autonome des contrats administratifs

L’idée d’une théorie générale propre aux contrats administratifs a été avancée par la doctrine de droit public (G. Jèze, G. Péquinot). Elle poursuit un double but

• Différencier les contrats administratifs des contrats de droit privé

• Unifier le régime des contrats administratifs autour d’un certain nombre de principes communs.

Cette conception a paru un moment triompher notamment en recevant une sorte de consécration jurisprudentielle en particulier avec l’arrêt Distilleries Magnac-Laval (CE, 1958) qui y fait explicitement référence. C’est à partir de la notion de service public que la jurisprudence administrative a dégagé le concept du contrat administratif. Même si cette notion n’a jamais été totalement opératoire, elle a permis à la doctrine de systématiser les traits essentiels du régime de droit public.

###### 1) Une tentative d’autonomisation du droit administratif des contrats par le recours à la notion de service public

Le premier auteur à avoir tenté de construire une théorie générale en cherchant à systématiser certaines solutions jurisprudentielle est Gaston Jèze qui s’appuie sur la notion de service public comme critère explicatif de la particularité des solutions administratives. Elle marque la volonté de la doctrine d’affirmer l’autonomie du contrat administratif par rapport à la théorie civiliste des contrats

L’origine de la théorie générale des contrats administratifs peut être située dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur l’arrêt Terrier du 6 février 1903.

* Romieu y expliquait que « tout ce qui concerne l’organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, soit que l’administration agisse par voie de contrat soit qu’elle procède par voie d’autorité constitue une opération administrative qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative ».

Cet arrêt se situe dans le prolongement de l’arrêt Blanco redécouvert pour l’occasion.

* La doctrine expliquait ainsi que le contrat que l’administration conclut pour les besoins des services publics ne peut être le contrat prévu par le code civil pour les rapports entre particuliers ; que ce contrat administratif a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés.
* En écho à l’arrêt Blanco, Jèze a ainsi pu écrire celui qui conclut un contrat administratif prend l’obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public mais encore de faciliter le fonctionnement du service public. Du coup, expliquait Jèze, les effets des contrats administratifs ne sauraient être les mêmes que les effets du contrat privé.

L’explication fournie par Jèze (et par l’école du service public) qui fait du service public le critère explicatif du régime des contrats administratifs avait une fonction unificatrice évidente.

* En fait, l’invention de la notion de service public a surtout permis au Conseil d'Etat d’étendre sa compétence juridictionnelle au domaine contractuel.
  + Le service public vient se substituer en effet à la distinction des actes de gestion et des actes d’administration qui avait dominé tout le XIXe siècle.
    - Selon cette théorie, nombre de contrats conclus par les personnes publiques (notamment les marchés et des concessions) devaient être regardés comme des actes de gestion. A la différence des actes d’administration ou d’autorité, cette catégorie regroupait tous les actes par lesquels l’administration n’agissait pas par voie de commandement c’est à dire ne mettait pas en oeuvre des prérogatives de puissance publique
    - A ce titre, la quasi-totalité des contrats de l’administration était soumis au droit privé et à la compétence judiciaire. Certains contrats cependant échappaient à ce régime de droit privé : tous ceux dont la loi ou les textes attribuaient le contentieux à la juridiction administrative.
      * Ces contrats étaient du reste nombreux : on citera notamment les marchés de travaux publics en vertu de la loi de pluviôse an VIII et les marchés de fourniture de l’Etat (décret de 1806).
* Le recours à la notion de service public pose cependant la question de la frontière entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé. Or la jurisprudence classique va se fixer dès le début du XXe siècle sur un critère qui n’est pas celui du service public.
  + - Certes, en 1910, dans l’arrêt Thérond, le Conseil d'Etat retient une conception très extensive du contrat administratif.
      * Dans cette affaire, le Conseil d'Etat s’est reconnu compétent pour connaître d’un contrat par lequel une ville avait chargé un entrepreneur privé d’assurer le service public de capture et de mise en fourrière des chiens errants et d’enlèvement des bêtes mortes. Or le Conseil d'Etat suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Pichat va employer une formule très générale par laquelle il explique la compétence du juge administratif par l’idée que le contrat a été conclu dans « un but de service public ».
      * De sorte que tous les contrats conclus pour les besoins du service public devenaient potentiellement des contrats administratifs. Il y avait là une consécration sans réserve du critère du service public qui excluait que l’administration puisse utiliser les procédés du droit privé.
    - L’arrêt Thérond était d’autant plus remarquable que par la même occasion, le Conseil d'Etat repoussait aussi la thèse ancienne du caractère nécessairement judiciaire du contentieux des actes des collectivités locales.
    - Mais cette approche va immédiatement être repoussée par le Tribunal des Conflits dans un arrêt du 4 juin 1910 Cie d’assurances « Le soleil » puis par le CE en 1912
      * Le Tribunal des Conflits va juger qu’un contrat pourtant conclu entre deux administrations et ayant pour objet la mise à la disposition d’un local en vue du fonctionnement d’un service public était un contrat de droit commun.
      * L’arrêt Thérond n’avait donc été qu’une parenthèse : l’expression d’un courant jurisprudentiel minoritaire au sein du Conseil d'Etat. Le Tribunal des Conflits renouait avec les conclusions Romieu sous l’arrêt Terrier qui prévoyait déjà que l’administration pouvait préférer contracter par les procédés du droit privé (en quelque sorte renoncer aux privilèges du droit administratif.
      * Deux ans plus tard, en 1912, le Conseil d'Etat confirmait le rejet de la jurisprudence Thérond.
    - Il faudra attendre l’arrêt Conseil d'Etat 20 avril 1956 époux Bertin pour assister à la revalorisation du service public comme critère du contrat administratif mais sur uene base très différente : objet et non plus but .
    - La construction du contrat administratif n’en fut pas pour autant remise en cause : seulement à l’image d’autres notions verticales du droit administratif, elle allait reposer sur une pluralité de fondements (La personne publique, l’intérêt général, les prérogatives de puissance publique et donc aussi le service public) destinés à montrer que le contrat passé par l’administration est un acte de gestion publique.

2) La tentative d’unification du régime applicables aux s contrats administratif autour de la notion de service public.

Fondée sur la notion de service public, la théorie générale des contrats administratifs a connu une expansion remarquable avec une série de grands arrêts qui rendus à propos des concessions de service public consacrent des solutions inconnues du droit civil

• Compagnie générale des Tramways (1910)

• Gaz de Bordeaux (1916)

• Cie des messageries maritimes (1909)

• Compagnie générale des tramways de Cherbourg (1932)

A la suite de ces arrêts, la doctrine s’est efforcée de systématiser ces solutions et d’expliquer qu’elles étaient applicables pas seulement aux concessions mais à l’ensemble des contrats.

Ce travail doctrinal a eu une influence certaine sur la jurisprudence du Conseil d’Etat. L’unité catégorielle des contrats administratifs a été expressément admise par le Conseil d’Etat en 1958 dans l’arrêt Distillerie Magnac-Laval qui vise « les règles générales applicables à tous les contrats administratifs »

Mais cette présentation doctrinale classique n’a jamais été sans faiblesse

* + - D’abord parce que la concession de service public est un contrat d’un genre particulier.
      * La doctrine y voit un acte mixte dans la mesure où il contient à côté des clauses contractuelles des clauses réglementaires susceptibles d’être attaquées par la voie du recours pour excès de pouvoir. Dans ces conditions, n’est-il pas illusoire de vouloir en transposer les règles aux contrats plus ordinaires.
    - Ensuite parce que les règles générales applicables à tous les contrats administratifs valent surtout pour l’exécution du contrat
    - Enfin, parce que même en matière d’exécution, la jurisprudence avait posé de manière traditionnelle des règles particulières propres à la concession (annulation des mesures de résiliation, déchéance) que l’on ne retrouve pas dans les marchés publics.

Les évolutions contemporaines du droit des contrats administratifs ont contribué à fragiliser le rôle de la théorie générale des contrats administratifs

D’abord parce que les textes spéciaux ont eu tendance à se multiplier réglant les aspects les plus nombreux du régime des contrats administratifs

* y compris depuis la réforme de 2015-2016 la modification des contrats remettant en cause à ce titre les constructions dégagées par la jurisprudence telle que la théorie de l’imprévision.

Ensuite parce que les règles susceptibles d’accéder au rang de règles générales applicables à l’ensemble des contrats administratifs restent entouré d’un certain mystère faute d’explicitation par la jurisprudence

* Il y a d’abord matière à hésiter sur le nombre de principes relevant au-delà du pouvoir de résiliation unilatérale du contrat rappelé par l’arrêt CE 1985 Association Eurolat de la catégorie juridique des règles générales applicables à l’ensemble des contrats administratifs
* Il y a ensuite matière à hésiter sur la valeur de ces règles : sont-elles impératives ou supplétives ?
* La jurisprudence récente rendue en matière de contrôle par le juge administratif des sentences arbitrales intéressant les établissements publics fournit un début de réponse à ces questions
  + Le Conseil d’État juge que le contrôle qu’il exerce sur une sentence rendue en matière d’arbitrage international est limité et ne porte que sur certains éléments. En particulier, le Conseil d’État vérifie seulement que la sentence rendue ne méconnaît pas une règle d’ordre public. En l’espèce, l’erreur des arbitres est d’avoir tranché le litige en appliquant des règles de droit privé alors que le contrat était un contrat administratif soumis aux règles du droit public.
    - L’arrêt CE ASS 9 déc. 2016 Sté Fosmax LNG présente ainsi l’intérêt de mentionner l'existence de « règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger », telles que notamment, au-delà de l'interdiction d'aliéner le domaine public et de consentir des libéralités, celle « de renoncer aux prérogatives dont ces personnes publiques disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat ».
    - Et il inclut parmi ces prérogatives la mise en régie des marchés de travaux publics *« en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement d'un ouvrage public »*
    - À l'inverse, il considère que « les modalités d'indemnisation du cocontractant d'un contrat de la commande publique conclu à prix forfaitaire en cas de survenance de difficultés d'exécution ne revêtent pas par elles-mêmes le caractère d'une règle d'ordre public ».

Enfin, l’identification de ces règles générales pourrait consister en une sorte de reconnaissance posthume dès lors que la loi du 9 décembre 2016 dite Sapin 2 autorise la codification des règles d’origine jurisprudentielle.

#### B. Le rapport au droit civil de la théorie générale des contrats administratif

Le droit des contrats administratif n’a pas été construit à partir de rien mais au contraire le CE a puisé dans la théorie civiliste des contrats les éléments nécessaires à l’élaboration des règles applicables aux contrats administratifs

Sa démarche n’est pas différente de son approche générale du droit administratif

* Ainsi que l’expliquait le Président Odent : «Chaque fois qu’aucune considération tirée de la structure ou des conditions de fonctionnement des services publics n’y fait obstacle, ce ne sont pas les principes du droit civil, ce sont les textes mêmes qui s’appliquent comme en droit privé ».

Ainsi la théorie des contrats administratifs va se construire non pas en marge mais par rapport à la théorie générale des contrats.

* Dès le début du XXe siècle le CE n’hésite pas à à se référer aux principes et des constructions fondamentales de la théorie civiliste du contrat. Mieux ! il n’en ignore pas non plus certaines des règles. les plus techniques dès lors qu’elles sont indissociables de la technologie contractuel.
* Ce n’est que si le droit civil ne lui parait pas adapté aux spécificités de la gestion publique qu’il s’en écarte pour dégager d’autres celles qui vont servir de base à la théorie générale des contrats administratifs,

L’application du droit civil dans les contrats administratifs prendra ainsi deux formes.

Le plus souvent, il s’agit d’une application « technique » les règles du code civil elles-mêmes vont être jugée compatibles avec les exigences du service public et seront dès lors appliquées telles qu’elles par le juge parce qu’elles sont liées à l’économie juridique du contrat. Les exemples ne manquent pas :

* L’article 1269 du NCPC qui fixe la règle de l’intangibilité des décomptes.
* Les articles 1153 et 1154 Code civil qui concernent les intérêts de retard.
* L’article 1166 du Code civil consacrant l’action oblique.
* L’article 1202 Code civil selon lequel la solidarité ne se présume pas.
* L’article 1251 code civil qui définit les cas de subrogation de plein droit.
* Les articles 1253 et 1254 sur l’imputation des paiements.

D’autres fois, le juge administratif va transposer les principes fondamentaux du code civil. C’est la méthode retenue pour les principales constructions du droit des contrats. Mais si le juge administratif recourt au droit civil, il tend à conserver son autonomie par rapport aux interprétations de la règle développée par la jurisprudence judiciaire. La transposition n’est alors qu’imparfaite : la règle de droit civil reçoit une interprétation autonome en droit administratif.

* Cette forme d’emprunt peut prendre deux formes :
* Le juge emprunte au droit civil la logique des institutions contractuelles sans viser expressément le code civil : consentement, force obligatoire du contrat, effet relatif des contrats
* Le juge renvoie au code civil pour dégager un principe général applicable en matière contractuelle dont le législateur aurait fait une application spécifique en droit privé.
  + - * CE 1973 Tranoy à propos de la responsabilité décennale des constructeurs
        + Ce qui permet au CE de ne pas retenir l’ensemble des solutions dégagées par le juge judiciaire

Ce renvoi au Code civil pour fixer des principes juridiques applicables au droit administratif n’est pas sans risque comme en témoigne la réforme de la prescription civile

* + - En 2005, le CE avait consacré le principe de la prescription extinctive trentenaire en droit administratif en se fondant sur les principes dont s’inspire l’article 2262 du Code civil (CE, Ass. 8 juillet 2005 Société Alusuisse-Lonza-France, RFDA 2005 p. 375 )

Et c’est sur l’article 2262 du Code civil relatif à la prescription trentenaire que le juge applique à l’action en nullité d’un contrat au motif que « cette disposition est générale ».

Or il se trouve que le délai de la prescription extinctive est désormais fixé à cinq ans par la loi du 17 juin 2008 et que de surcroît la numérotation du code civil a changé.

* + - On peut se demander ce que devient un principe non écrit quand les textes qui l’ont inspiré n’ont plus le même contenu ?

Le Conseil d’Etat n’a pas directement répondu à cette question mais il a réglé différemment la difficulté (CE 1er juillet 2019 Association pour le musée des iles de St Pierre et Miquelon) à propos du délai ouvert aux parties d’un contrat d’en contester la validité de manière à faire obstacle à son exécution.

Il a considéré que le (nouveau) recours en contestation d’ invalidité ouvert aux parties (CE 28 décembre 2009 Commune de Béziers) reposait sur une autre logique que l’action en nullité

et qu’en conséquence les nouveaux de délais de prescription du Code civil n’était pas opposables aux parties à un contrat administratif.

Et de juger que le recours était ouvert pendant toute la durée du contrat.

### §.3. La consécration en jurisprudence de la liberté contractuelle des personnes publiques

Ce débat ancien n’a pas eu immédiatement de retombées jurisprudentielles. La question n’étant pas directement abordée au contentieux même si l’ensemble des solutions issues de la jurisprudence administrative ne laissait peu de doutes

La jurisprudence administrative ne s’est pas beaucoup embarrasser des considérations de la doctrine. Suivant le principe de l’autonomie de la volonté, elle a admis admet que le contrat administratif est un accord de volontés générateur d’obligations juridiques et le juge administratif n’hésite à reprendre à sa compte la plupart des concepts du droit civil des contrat qui repose sur la notion de volonté.

* Théorie des vices du consentement
* Principe de responsabilité contractuelle
* Effet relatif des contrats
* Recherche de la commune intention des parties comme méthode d’interprétation des contrats

Mieux la jurisprudence a fini -parce qu’elle découle directement de la personnalité juridique-, par reconnaître le principe de la liberté contractuelle des personnes publiques (§1) Pour autant, cette liberté n’est pas sans limite

#### A. Une reconnaissance explicite

Cette reconnaissance résulte tant de la jurisprudence du CE et que de celle du CC

##### 1 La position du conseil d’Etat

• La jurisprudence du CE fait de la liberté contractuelle des personnes publiques un principe général du droit, ce qui lui confère en tout état de cause au moins une valeur législative (CE, 28 janvier 1998, Sté Borg Warner, Rec., p. 20, AJDA,1998, p. 287, CJEG, 1998, p.269, note F. Moderne).

* L’affaire concerne la possibilité pour l’administration d’insérer dans ces contrats des clauses de limitation de responsabilité.
  + En l’espèce, un syndicat de communes a passé une convention qui limitait la responsabilité de son cocontractant exploitant d’une installation de chauffage par géothermie (réduction ndu délai de garantie réduit et plafonnement de l’indemnité due à la collectivité en cas de frais supplémentaire d’exploitation).
    - La cour administrative d’appel avait considéré cette clause comme illégale en s’appuyant sur les dispositions de l’article L. 2131-10 CGCT qui dispose que sont illégales les délibérations par lesquelles les collectivités territoriales renoncent soit directement soit par une clause contractuelle à exercer tout action en responsabilité à l’égard d’une personne qu’elles rémunèrent.
  + Le CE juge que cette disposition issue de la loi du 23 décembre 1972s’applique à l’espèce mais qu’en raison du principe de liberté contractuelle, les dispositions législatives qui dérogent à ce principe doivent être interprétées strictement.
    - En l’occurrence, le CE juge que si la a loi interdit aux collectivités de renoncer à engager en cas de litige une action en responsabilité, l’interdiction ne concerne pas le cas où comme en l’espèce un EPCI se borne à limiter l’engagement en responsabilité de son cocontractant.

##### b. La position du Conseil constitutionnel

La jurisprudence du Conseil constitutionnel le confirme : CC 30 décembre 2006 n°2006-543 DC, loi applicable au secteur de l’énergie

* Les requérants soutenaient qu'en maintenant de façon illimitée l'obligation, faite aux collectivités territoriales ayant concédé à Gaz de France la distribution publique de gaz naturel, de renouveler leur concession avec cette entreprise alors que GDF perdait son caractère public, le législateur a porté à la libre administration de ces collectivités et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée que ne justifie désormais aucun motif d'intérêt général ;
  + - * En effet, la loi privatisant GDF n'avait pas remis en cause l'exclusivité des concessions de distribution publique de gaz dont bénéficient Gaz de France dans leurs zones de desserte historique (loi de 1946).
        + Seules les communes ou leurs groupements qui à compter du 14 juillet 2005 décidaient la création d’un réseau public de distribution de gaz naturel avaient la possibilité de concéder la distribution publique de gaz à une entreprise agréée de leur choix ;

Le CC n’occulte pas le débat : c’est sur la base de la liberté contractuelle qu’il construit le raisonnement qui l’amène à justifier les exceptions que le législateur lui apporte

* C’est un progrès par rapport à 1993 où le CC s’était appuyé uniquement sur le principe de libre administration pour censurer une disposition de la loi Sapin qui limitait à un tiers de la durée initiale les possibilités offertes aux collectivités territoriales de prolonger les DSP.
  + Le CC avait jugé que compte tenu de la diversité des situations contractuelles la loi doit laisser aux autorités locales sous le contrôle du juge administratif une marge d’appréciation suffisante pour négocier avec leurs cocontractants (CC 20 janvier 1993)

##### B. Une reconnaissance doublement limité

###### 1) Une portée limitée

Mais d’un autre côté, la décision de 2006 développe une approche très conciliante des motifs d’intérêt général qui peuvent justifier les dérogations apportées par le législateur à la liberté contractuelle des personnes publiques

En effet

* Si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales à des obligations, c'est à la condition notamment que celles-ci concourent à des fins d'intérêt général ; qu'il peut aux mêmes fins déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
  + Or en l’espèce la limitation de la libre administration des collectivités territoriales et de la liberté contractuelle trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution
* C’est une approche très  administrée » de la liberté contractuelle qui est assez proche des conceptions développées par la jurisprudence administrative

Autant dire que la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle n’a pas haussé son niveau de protection.

Le CC a ainsi admis que le respect de la Constitution exigeait l’existence d’un droit commun de la commande publique consistant la liberté contractuelle des personnes publiques pour promouvoir d’autres principes à valeur constitutionnelle (la protection des deniers publics, la continuité du service public, la propriété publique)

* CC 26 juin 2003 à propos du contrat de partenariat

On notera cependant qu’en l’égard des DSP le CC a jugé que le législateur animé par les objectifs de transparence et de concurrence doit quand même veiller à laisser une marge d’appréciation aux autorités administratives qui négocient avec leur cocontractant et qu’il ne peut pas en conséquence fixer des règles trop strictes concernant les possibilités de prolongation des contrats (DC 20 janvier 1993)

Au demeurant, le Conseil constitutionnel a une vision un peu sélective de la liberté contractuelle

* + - QPC 8 juillet 2011 Département des Landes où il admet qu’un département puisse conditionner les aides qu’il accorde dans le domaine de l’eau au mode de gestion du service public de l’eau retenu par les Communes et imposer une gestion en régie plutôt que déléguée sans jamais évoquer la question de la liberté contractuelle des communes.

Ainsi la liberté contractuelle s’affirme dans le contexte traditionnel de droit public qui encadre l’action administrative où l’activité contractuelle des personnes publiques supporte toutes sortes de contraintes et limites.

* + à commencer par les obligations tirées du droit de la commande publique qui limitant les possibilités de choix par l’administration de son contractant, du contenu du contrat voire de ses possibilités de renouvellement ou de modification.

Il ne s’agit que de déclinaisons particulières du principe de légalité illustrant la soumission du contrat à la loi et aux intérêts supérieurs qu’elle promeut.

* + Remarque : des contraintes analogues existent en droit privé.
    - Ainsi du Code du travail, de la législation sur les loyers ou du droit de la consommation.

###### 2. Un champ d’application limité : les domaines où le recours au contrat n’est pas possible.

Parmi les composantes du principe de légalité, on trouve en particulier le principe d’indisponibilité des compétences dévolues à l’administration par la loi qui exige que là où la loi a investi l’administration d’un pouvoir de décision unilatérale, l’autorité compétente ne peut pas en principe en aménager ou en transférer l’exercice par contrat.

S’il trouve particulièrement à s’exprimer en matière de police, le principe d’indisponibilité n’y est pas limité et reçoit une application générale tant dans la jurisprudence administrative que constitutionnelle.

###### a. L’interdiction de contractualiser l’exercice des compétences de police

L’interdiction a fait l’objet d’un arrêt de principe.

* Conseil d'Etat 17 juin 1932 Ville de Castelnaudary rendu dans le cadre de la police rurale : « le service de la police rurale par sa nature ne saurait être confié qu’à des agents placés sous l’autorité directe de l’administration

Sur le fondement de cette jurisprudence, un maire ne peut ainsi

* ni confier à un plagiste le pouvoir d’assurer l’ordre public sur la plage (Conseil d'Etat 23 mai 1958 Amoudruz),
* ni confier à la société privée chargé de l’enlèvement des véhicules le pouvoir de constater les infractions à la réglementation municipale du stationnement (Conseil d'Etat 1er avril 1994 Commune de Menton, Rec.p. 175.
* ni confier à une société de gardiennage la surveillance des voies publiques communales quand bien même elles traverseraient une zone artisanale dont la société assure la surveillance (Conseil d'Etat 29 déc. 1997 Commune d’Ostricourt, DA 1998, n°44)
  + S’agissant du stationnement payant, on relèvera que la loi du 27 janvier 2014 MAPTAM transforme la police du stationnement en autorisation domaniale (art. L2333-87 CGCT). Ce qui a pour conséquence :
    - de transformer les contraventions en redevances d’occupation (forfait de post-stationnement)
    - de permettre la délégation des missions de contrôle à des opérateurs privés
    - de devoir instituer une juridiction administrative spéciale qui se substitue au tribunal de police pour le contentieux du stationnement payant (ordonnance du 25 janvier 2015)
* L’interdiction vaut encore pour les polices spéciales (CE 8 mars 1985 Association les amis de la terre)

Mais cette interdiction n’est que partielle

* Certaines tâches matérielles en rapport avec la police peuvent être confiées à une personne privée : par exemple, l’enlèvement des véhicules en stationnement gênant (CE 24 mai 1968 Ministre del’Intérieur c/ Chambrin)
* Ce type d’exception peut être décidé par la loi ainsi du transport des skieurs accidentés en montagne (Loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne) ou encore du contrôle des passagers et des bagages (L.213-3 Code de l’aviation civile)
* Mais également par la jurisprudence administrative dès lors les tâches matérielles n’emportent pas l’exercice de prérogatives de puissance publique (CE 10 oct 2011 Ministre de l’agriculture et de la pêche c/Jonnet).
  + En l’espèce, c’est cependant l’Etat qui a été tenu responsable des dommages résultant d’une activité exercé sous son contrôle
    - le Conseil d'État relève que le préfet a confié à une société privée « l'exécution de tâches matérielles se rapportant à des mesures de police sanitaire qu'il avait prescrites dans le cadre de sa mission de lutte contre les épizooties ;
    - qu'eu égard à l'objet du contrat administratif passé à cet effet entre l'État et la société, contrat qui, associant une personne privée à la mise en oeuvre d'une opération décidée dans le cadre de pouvoirs de police, devait être exécuté sous le contrôle et la responsabilité de l'État,
    - Qu’en conséquence le juge d’appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il appartenait à l'État de réparer les dommages subis par M. A. du fait des fautes commises par les préposés de la société (...) sans subordonner cette responsabilité à l'impossibilité pour l'intéressé d'obtenir de cette société la réparation de ces dommages ».

La constitutionnalité de ces dispositions législatives est susceptible de poser problème. Car le CC a repris à son compte la jurisprudence du CE sur le principe d’indisponibilité

En effet, en 2011, le CC a développé une jurisprudence particulièrement exigeante fondée sur l’article 12 de la DDHC jugeant que la loi ne peut permettre la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l’exercice de la force publique nécessaire à la garantie des droits (DC n°2011-625 du 10 mars 2011 LOPPSI).

* + Or sur ce fondement le CC a censuré la possibilité de confier à des opérateurs privés d’exploiter des systèmes de vidéosurveillance sur la voie publique et de visionner les images pour le compte des personnes publiques.
  + La décision du CC a pu être interprétée comme plus stricte que la jurisprudence du CE dès lors que la vidéo-surveillance peut paraître une activité matérielle commerciale détachable de l’exercice des compétences de police (L. Richer, NCCC n°37  octobre 2012) comme en a jugé le JA à propos d’une concession de vidéo-surveillance à un opérateur privé exploitant une zone portuaire (CAA Marseille 9 nov 2009 Socitété Vigitel et ville de Fréjus

Les relations entre l’Etat et les collectivités territoriales échappent à cette interdiction

* La circulaire du 28 octobre 1997 a institué la pratique des contrats locaux de sécurité conclus entre l’Etat et la commune en vue de la présence sur le terrain dans les quartiers sensibles d’agents de police : c’est la police dite de proximité.
* De même, la loi du 15 avril 1999 relative aux polices municipales autorise le Maire de la Commune à conclure une convention de coordination entre la police municipale et la police nationale. C’est par cette convention que le préfet peut autoriser le port d’une arme aux agents de la police municipale (Art. L. 2212-6 du CGCT). Il s’agit alors surtout de convention entre personnes publiques ou services publics

La doctrine peine à expliciter le fondement de cette solution. Plusieurs explications ont été avancées.

* + - L’idée d’abord que l’activité de police est exercée dans l'intérêt général, qu’elle ne bénéficie pas individuellement aux administrés, qu’en conséquence est étrangère à tout Sunallagma (qui désigne à la fois l'échange et le contrat).
      * Cette idée est plutôt vague dès lors que le contrat n’est pas signé avec les destinataires des mesures de police.
    - L’idée d’abord que la police présente un caractère régalien exclusif de la recherche du consentement des destinataires de ses ordres,
      * Cette idée est critiquée par la doctrine en raison de l’imprécision de la notion d’activité régalienne
        + cf. Jacques Moreau, De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel, AJDA 1965, p. 3).
      * Elle trouve néanmoins un écho dans la jurisprudence du CC qui juge à propos notamment de la justice, que cette activité inhérente à l’exercice par l’Etat de sa mission de souveraineté ne peut pas être confiée à une personne privée (Décision n°2021 -651 DC du 22 mars 2012 Loi de programmation relative à l’exécution des peines). Mais la justice rendue au nom du Peuple français n’est pas tout à fait comparable à la police
      * Elle est encore corroborée par les arrêts rendus en matière fiscale, matière d’ordre public où le contrat entre l’administration et un contribuable est interdit (Cass. Civ. 13 mars 1895 Dreyfus frères)
    - L’idée enfin que les autorités de police sont investies par les textes de pouvoirs de décision unilatérale et de coercition et que les modalités d’exercice des compétences de police choisies par la loi ne peuvent pas être remplacées par d'autres formes d'actes juridiques.
      * Mais cette idée n’est pas alors propre à la police
      * sauf à l’égard de la coercition dont le recours est d’ailleurs limité.

###### b. Le principe selon lequel l’administration ne peut pas par contrat limiter son pouvoir de décision

C’est la conséquence générale du principe d’indisponibilité des compétences administratives.

Les autorités administratives tiennent en effet leurs pouvoirs de décision d’une habilitation que leur a donné la loi. Elles ne sont pas « propriétaires » de leurs compétence et ne peuvent pas en disposer librement.

* Les textes qui organisent les conditions dans lesquelles les autorités administratives peuvent déléguer leurs pouvoirs (sous forme de délégations de compétences ou de signature) ne visent ainsi que des délégations entre autorités publiques.

A ce titre, l’autorité compétente ne peut ni attribuer par contrat son pouvoir de décision à un tiers ni même décider conventionnellement d’en limiter l’exercice.

* + On retrouve ici la différence entre les notions de capacité qui régit l’exercice des droits subjectifs et de compétence qui gouverne la théorie des actes unilatéraux. La compétence de l’administration n’existe que dans la mesure et dans la limite où les textes l’habilitent à agir, à décider. La compétence de l’administration est toujours une compétence d’attribution.

Si les collectivités publiques tirent de la personnalité juridique qui est attaché à leur statut une capacité générale à contracter (sans que des textes précis les habilitent en ce sens), cette capacité ne s’exerce que dans le cadre des règles de compétence qui gouvernent l’activité des personnes publiques (ce qui correspond à la notion d’ordre public au sens du code civil). Or ces lois d’ordre public sont en droit administratif particulièrement restrictives car les personnes de droit public ne tirent leur qualité juridique que des attributions qui leur sont confiées par la loi et à des fins d’intérêt général.

* L’intérêt général et la théorie des compétences forment ainsi les piliers de cet ordre public propre au droit public. Et il est ainsi inconcevable dans ce cadre juridique que l’administration partage par contrat l’exercice d’une compétence qu’elle tient de la loi
* L'indisponibilité des compétences pourrait même dériver de l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément ». L. Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 1995, p. 48.

Ce principe est illustré par diverses solutions jurisprudentielles

* Interdiction de transférer à un tiers un pouvoir de décision que l’administration tient de la loi.
  + Ainsi l’Etat qui a concédé à la Compagnie nationale du Rhône l’exploitation d’une partie du Rhône en vue d’y faire fonctionner des centrales hydroélectriques est dans l’impossibilité juridique de lui transférer le droit de réglementer la pêche et d’y accorder des permis de pêche Conseil d'Etat 30 septembre 1983 Féd. Départ. des associations agréées de pêche de l’Ain, Rec. p. 392.
* Interdiction de prendre un engagement sur une décision à venir (promesse de nommer un agent ou de délivrer un permis de construire : Conseil d'Etat 23 janvier 1981 Siméon).
* Nullité d’une transaction prévoyant la mise en œuvre du pouvoir réglementaire.
  + En l’espèce, la transaction prévoyait la modification par la Ligue de football du règlement portant organisation du championnat de France dans l’objectif de mettre fin au litige l’opposant à l’AS Monaco (CE 2015 FCGirondins de Bordeaux)
    - « Considérant, d’autre part, que les principes qui régissent l’action des collectivités publiques et des personnes chargées d’une mission de service public s’opposent à ce qu’une autorité investie d’un pouvoir réglementaire, à laquelle il revient d’exercer cette compétence dans l’intérêt général au regard des divers intérêts dont elle a la charge, s’engage, par la voie d’un contrat, à faire usage, dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré ;
    - Un contrat conclu en méconnaissance de ces principes, qui sont d’ordre public, a un objet illicite ;
      * qu’il en va notamment ainsi pour une transaction, qui, selon l’article 2044 du code civil, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître et qui a, entre les parties, en vertu de l’article 2052 du même code, l’autorité de la chose jugée en dernier ressort ; »
* Interdiction d’insérer des clauses limitant les pouvoirs de l’administration en matière d’organisation du service public
  + Dans les cas de DSP, les décisions d’organisation du service relèvent en dernière analyse de l’autorité concédante qui doit toujours pouvoir les modifier
    - Ces clauses sont d’ailleurs qualifiées de réglementaires par la jurisprudence et jugées par essence détachable du contrat.
    - La seule exception concerne les contrats entre personnes publiques où le juge mentionne qu’ils peuvent avoir pour objet l’organisation du service (CE 13 mai 1992 Commune d’Yvry sur Seine)

Illégales, de telles pratiques sont susceptibles d’ailleurs d’engager la responsabilité de l’Etat à l’égard des tiers

* Sur le terrain de la responsabilité pour promesses non tenues soit devant le juge administratif soit devant le juge européen.
* CE 2 octobre 2002 Nicolas : l’administration engage sa responsabilité quand elle ne donne pas suite à une promesse de recrutement d’un agent contractuel
* CEDH 18 novembre 2010, Consorts Richet et Le Ber c/ France.
* En l’espèce, les autorités françaises étaient devenues bénéficiaires de terrains situés sur l'île de Porquerolles cédés à la suite d’un acte de vente par les propriétaires, à qui en retour l’Etat les avait assuré de conserver le droit de construire sur les parcelles restantes. Or par la suite les autorités françaises avaient modifié le plan d'occupation des sols (POS), empêchant mécaniquement les propriétaires d'obtenir le permis de construire leur permettant de réaliser leurs projets de construction. L'île était en effet devenue « zone inconstructible » pour des motifs environnementaux.
* Pour condamner la France, la Cour va d’abord qualifier de « bien » au sens de l'article 1er du protocole n° 1, les « droits de construire » dont les requérants étaient titulaires aux termes des actes de vente. La Cour stigmatise ensuite l'attitude inadmissible de l'Etat qui utilise son statut de cocontractant pour ne pas faire connaître aux particuliers l’éventualité d’un changement des règles d'urbanisme.

En dépit du principe d’indisponibilité, les dérogations textuelles se multiplient dans le cadre de ce que l’on appelle la contractualisation des politiques publiques pour autoriser les autorités publiques à contractualiser dans des domaines où la loi leur a attribué un pouvoir de décision.

* Ce type de disposition n’est possible qu’à la condition ne pas contrevenir à des interdictions de nature constitutionnelle.
  + Ainsi le principe d’indisponibilité n’a qu’une valeur législative (sauf peut-être dans les matières de souveraineté).

### Section 2 La pratique du contrat dans l’administration

#### §.1 Le contrat, support d’échanges économiques.

Nombre de contrats passés par l’administration sont comme en droit privé le support d’échanges économiques. Cette pratique connait un regain d’intérêt juridique depuis le milieu des années 1980.

##### A La diversité des contrats passés par l’administration

A l’image des particuliers, l’administration passe des contrats de très nombreux types pour participer au commerce juridique

La technique contractuelle s’avère même particulièrement appropriée pour satisfaire les besoins les plus variés de l’activité publique.

Certains échappent au droit de la commande publique.

* Achats (acquisition d’un terrain à l’amiable ou à la suite de l’exercice du droit de préemption)
* Emprunts auprès d’un établissement bancaire
* Baux (location d’un immeuble d’habitation pour y loger une administration)
* Contrat de recrutement d’agent public (dans les conditions prévus par le statut de la fonction publique)

D’autres s’y rapportent directement parce qu’ils permettent à l’administration de commander des prestations de travaux, de sservices ou de fournitures

* Concession de service public et/ou de travaux publics qui vise à confier l’exécution d’une mission de service public ou d’une opération de travaux publics à une entreprise privée.
* Marchés publics

Les propriétés publiques sont également parfois le siège d’activités économiques privées qui donnent lieu à des contrats autorisant les entreprises à occuper le domaine public : on parle de concessions domaniales régies par le Code général de la propriété des personnes publiques

##### B. Le regain des questions juridiques autour de l’activité contractuelle de l’administration

Depuis le milieu des années 1980, la pratique contractuelle des personnes publiques est en plein essor

D’une part, parce que le contrat est un instrument qui mieux que l’acte unilatéral répond aux besoins les plus variés de l’action publique

* Ainsi quand l’administration entreprend d’avoir des relations d’affaires avec des entreprises privées, le contrat s’avère depuis toujours l’outil le plus adapté (marchés, concessions)
  + La technique contractuelle permet les montages juridiques les plus variés conçus « sur mesure » correspond au développement de toute une ingénierie contractuelle.

D’autre part, confrontés à d’énormes besoins financiers, l’Etat et les collectivités locales auxquelles ont été transférés d’importantes compétences cherchent de nouvelles formes de partenariat avec les opérateurs privés afin d’externaliser leurs coûts et donc de (faire exécuter) certaines de leurs activités (par) des opérateurs privés,

* + - Ce qui conduit dans le contexte du droit de l’Union européenne et de l’économie néolibérale à mettre l’accent sur les questions de concurrence
      * à renouveler le droit applicable aux contrats
      * et par voie de conséquence à remettre en cause les catégories contractuelles traditionnelles autour de la problématique nouvelle des contrats de commande publique (voir Introduction)

Les lois de décentralisation ont en effet très largement contribué à l'extension du champ d'application des procédés contractuels.

De deux causes peuvent être avancées

* Les lois de décentralisation ont libéré les initiatives par le transfert de nouvelles compétences, ce qu’a favorisé aussi la suppression des tutelles techniques exercés avant 1982 notamment par l’administration de l’équipement.
  + On a assisté au développement de partenariat avec les entreprises privés pour monter des projets visant à mettre en œuvre les nouvelles compétences des collectivités territoriales (
* Les difficultés de financement des collectivités locales sont mêmes à l’origine du développement de l’ingénierie contractuelle qui a conduit à conseiller aux équipes locales des montages contractuels complexes permettant de contourner un certain nombre d’interdits juridiques.

Le renouveau contractuel est ainsi dû largement à la nouvelle pratique des collectivités locales.

Les collectivités locales ont recours au contrat de diverses maniières

* En matière d’investissement immobilier (Marchés de travaux, BE, VEFA, METP) afin de construire les équipements nécessaire sà l’exécution des missions de services publics
  + A ce titre, la loi MOP adoptée en 1985 a eu pour objet d’encadrer les opérations de constructions lancées à l’initiative de l’administration locale et de fixer un certain nombre de principes destinés à garantir que le maître d’ouvrage public exerce pleinement ses responsabilités.
* En matière d’urbanisme opérationnel : convention d’aménagement
* En matière de gestion des services publics (DSP)

Le recours au contrat va se systématiser et se sophistiquer car les collectivités publiques n’ont plus les moyens budgétaires de financer par elle-même les équipements publics d’où le recours à des montages contractuels complexes pour adosser au contrat de construction une opérations de financement

A ce titre, les collectivités territoriales n’ont pas hésité à imaginer de nouveaux types de contrat parfois même pour contourner la législation applicables aux marchés publics

* L’exemple des METP est tout à fait significatif : il a permis aux régions de financer la construction ou la reconstruction des lycées dès lors que l’Etat a transféré cette compétence aux collectivités locales.
* Ces contrats permettaient de rémunérer directement une entreprise de travaux publics afin qu’elle construise et exploite un équipement public
  + - Le coût de la construction étant étalé sur toute la durée du contrat dès lors que le cocontractant avait en charge des missions de maintenance-exploitation
* Ce type de contrat a soulevé d’importantes difficultés juridiques (MP ou concession ?) et ont été à l’origine d’un certain nombre de scandales d’où leur suppression par le code de 2001qui imposait l’allotissement obligatoire de la construction et de l’exploitation

Le législateur a largement couvert ces pratiques en instituant sur le modèle de la pratique contractuelle anglo-saxonne des nouveaux contrats dits de partenariat en vue de permettre la construction et l’exploitation par des entreprises privées d’équipements publics :

* Ce sont les baux à construction Sarkozy en matière de police et de justice (par exemple pour construire une caserne de gendarmerie ou un Palais de justice), qui concerne donc l’Etat
* et surtout le contrat de partenariat qui peut couvrir toutes sortes de projet (ordonnance du 17 juin 2004)

La tendance est identique en matière de gestion des services publics locaux.

* Elle a conduit à l’externalisation des coûts (pour parler le langage des économistes) c’est à dire à la délégation au privé d’activités liées au service public qui permet un recours plus large au mécanisme du droit privé (que la gestion en régie dominée par les règles de droit public : fonction publique, comptabilité publique, marchés publics)
  + Par exemple : une commune choisira de confier la confection des repas à une entreprise privée plutôt que de continuer à assurer par ses propres agents ce type de prestations.

Parallèlement, la lutte contre la corruption notamment dans le secteur de l’eau et l’assainissement a conduit le législateur à organiser la passation des concessions et des contrats voisins (loi du 29 janvier 1993 dite loi Sapin) qui institue les délégations de service public

#### §.2 L’utilisation du contrat à la place de l’acte unilatéral : la contractualisation de l’action publique.

Le développement de la pratique contractuelle des personnes publiques est une évidence. A côté des secteurs traditionnels du contrat, la poussée contractuelle s’observe dans des domaines où l’administration agissait traditionnellement par voie unilatérale. Le contrat y remplace l’acte unilatéral

Le contrat est partout

* dans les relations avec les acteurs économiques et sociaux
* dans les relations avec les collectivités territoriales
* dans les relations internes aux services de l’Etat.

##### A. L’action économique et sociale.

A partir des années 1960, le contrat est devenu outil au service du développement des politiques publiques de l’Etat.

La plupart des secteurs financés par l’Etat donne lieu à ce type de pratiques.

L’administration contractuelle s’est d’abord développée en matière économique comme une forme moderne d’économie dirigée.

* Elle a été inaugurée en matière agricole ( loi du 6 juillet 1964 prévoyant que les programmes de production et les niveaux de prix seraient arrêtés par accords interprofessionnels validés par l’Etat
  + Le FORMA (dissous par un décret de 1976) concluait ainsi avec des exploitants agricoles des contrats de réorientation des productions et des exploitations (C.E., 14 nov. 1980 Madame Damas, Rec. p. 425.)
  + Le CE (1969, Soc. Interlait) avait d’ailleurs jugé que les contrats passés par le FORMA alors même qu’ils participaient de l’exécution d’une mission de service public étaient de droit privé en raison du statut de droit privé de l’organisme public.

C’est le surtout le contrôle des prix (avant l’adoption de l’ordonnance du 1er décembre 1986) a également donné lieu au développement de pratiques négociées : les arrêtés ministériels de prix intervenant après négociation entre l'Etat et les organisations syndicales professionnelles. Le Ministre homologuant le résultat de la négociation.

L’économie contractuelle concerne encore aujourd’hui l'attribution d'aides aux entreprises.

* L'octroi des aides publiques est en effet le plus souvent discrétionnaire : l'Administration ne choisit alors d'accorder une aide qu'aux entreprises avec lesquelles elle signe une convention négociée, par laquelle l'entreprise bénéficiaire s'engage à suivre certains objectifs. Aujourd’hui c’est de manière générale que les subventions sont contractualisées en vertu des dispositions de la loi DCRA du 12 avril 2000.

L’aménagement du territoire a également été relancé au moyen du contrat.

* La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification a tenté d’harmoniser ces diverses formes de contrats et a relancé le processus de contractualisation avec les contrats de plan
  + Les contrats de plan Etat-Région précisent la nature et le financement des différentes opérations auxquelles l’Etat et la Région.
    - Ces contrats sont arrêtés dans le cadre d’une procédure complexe où interviennent de nombreux actes unilatéraux et sont devenus un instruments d’articulation d’autres contrats dans le cadre notamment de la mise en œuvre des fonds structurels européens

La nouvelle économie régulée n’échappe pas au contrat.

L’autorité de la concurrence dispose ainsi de plusieurs instruments de type contractuel : les programmes de clémence (exonération des sanctions sous réserve de coopérer avec l’autorité et de mettre fin aux pratiques), procédure de non contestation de griefs (sorte de transaction qui permet d’obtenir un plafonnement des sanctions) et engagements (autorisation de concentration sous réserve de se séparer de certaines activités)

Une tendance identique s’est développée en matière sanitaire et sociale.

Le contrat permet d’associer les partenaires sociaux à la politique sociale du gouvernement notamment à la maîtrise des dépenses de santé.

* Cela concerne les relations de la Sécurité sociale avec les professions médicales.
  + Depuis 1971, il existe des conventions passées entre les caisses de sécurité sociale et les syndicats représentants les professions médicales et paramédicales qui encadrent l’activité médicale dans le but notamment de contenir les dépenses de santé. L’Etat dispose d’un pouvoir d’approbation qui confère valeur juridique à la convention signée.
* Cela concerne les relations entre l’Etat et les caisses de sécurité sociale. le plan Juppé (ordonnance de 1996, art L. 227-1 à L. 227-3 du Code de la sécurité sociale) a institué des conventions d’objectifs et de gestion entre l’Etat et les caisses nationales de sécurité sociales et des contrats pluriannuels de gestion entre les caisses nationales et les caisses locales.
  + Ces conventions organisent une sorte de partenariat fondé sur des objectifs à atteindre et une procédure d’évaluation qui se substituent à la tutelle classique administrative et budgétaire.
* En matière d’organisation de l’offre de soins, les ARS (établissements publics de l’Etat) concluent avec les établissements de santé des contrats pluriannuels d’objectifs et de moyens (art. L. 6114-1 CSP)
* Le prix des médicaments fait également de conventionnement entre l’Etat (Comité économique des produits santé, placé auprès des ministres de la Santé, de l’Economie) et les laboratoires pharmaceutiques)..

Dans le domaine de l’enseignement

* L’accroissement de l’autonomie des universités a conduit à modifier la relation qu’elles entretenaient avec l’Etat. Cette relation repose aujourd’hui sur le développement de contrats d’établissement fondés sur l’élaboration par les universités d’un projet quinquennal (en termes d’offre de formation, de développement de la recherche ou de partenariats internationaux) dont la validation par l’Etat conditionne le financement (art. Code de l’éducation)
* De même, les relations entre l’Etat, les collectivités territoriales et l’enseignement privé associé au service public (loi du 31 décembre 1959) sont organisés par un contrat dit d’association qui définit les obligations de l’établissement et le financement par les collectivités territoriales

##### B. Les relations avec les collectivités territoriales

Avec la décentralisation, la multiplication des centres publics a rendu nécessaire la contractualisation de leurs rapports notamment afin d'harmoniser les politiques publiques en particulier dans les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales.

* Le Conseil constitutionnel en validé le principe.
  + Il a jugé, dans une décision (Déc. n°83-160 DC du 19 juillet 1983,
  + qu’ *« aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s’oppose à ce que l’Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions et les territoires d’outre-mer »*.
    - Cette décision concernant les relations entre l'Etat et le territoire de la Nouvelle Calédonie a été rendue en matière fiscale du 19 juillet 1983).
  + Et de préciser qu’*« aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s’oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d’harmoniser l’action des administrations respectives de l’Etat, d’une part, et des collectivités territoriales, d’autre part, dans l’exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi »*.

Ainsi des délégations conventionnelles de compétences de l’Etat vers les collectivités territoriales sont ainsi possibles dès lors qu’elles sont prévues, précisées et encadrées par la loi

Le CGCT (notamment depuis la loi MAPTAM 27 janvier 2014) ouvre ainsi :

* La possibilité pour l’Etat de transférer par voie de convention certaines de ces compétences aux collectivités territoriales (CGCT, article L.111.8-1
* La possibilité pour les s collectivités territoriales d’organiser par contrat les modalités de leurs actions communes (CGCT , article L.111-8 et L.111-9
* Ce sont les conventions d’exercice concertée des compétences qui sont discutée lors des conférences territoriales d’administration publique (CTAP°) et articulées sur la notion de collectivité chef de file

Le CC a posé un certain nombre de limites à cette contractualisation des compétences

* La loi ne peut renvoyer au contrat le soin de définir la liste des compétences susceptibles d’être transférées (CC n°94-358 DC 26 janvier 1995 Loi d’orientation pour l’aménagement et le développement du territoire)
* De même que la convention organisant l’exercice des compétences ne saurait avoir pour effet de créer une tutelle d’une collectivité territoriale sur une autre (CC n°2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariats

L’exécution de nombre de compétences donnent encore lieu à la signature de contrats

* + La politique de la ville est articulée sur les contrats de ville qui permettent de coordonner des opérations de réhabilitation de quartier et de réinsertion dans l’emploi (loi du 13 juillet 1991 d’orientation de la ville)
  + La lutte contre la délinquance avec les contrats locaux de sécurité
  + Le contrat concerne aussi les relations entre les collectivités locales entre elles
* pour l'organisation de leurs services (art.6 Loi du 7 janvier 1983)
* pour l’exercice de leurs compétences : ainsi la mise en œuvre du RSA repose sur toute une série de conventions entre le Département, des EPCI et les caisses de sécurité sociale

##### C. Les relations à l’intérieur des services de l’Etat.

La réforme des services et des missions de l’Etat est un programme qui a été décliné sous plusieurs appellations : réforme de l’Etat, RGPP, MAP. Ce programme s’inspire des méthodes du new public management mises en œuvre dans certains pays anglo-saxons (Canada, Nouvelle-Zélande) cherchant à transposer les techniques de droit privé dans la gestion du secteur public à la fois comme gage d’économie et d’efficacité .

A ce titre, le contrat constitue une méthode privilégiée

* + Soit en vue d’externaliser certaines activités
  + Soit en vue de revoir les modes de fonctionnement interne.

Le terme contrat a ainsi été utilisé pour qualifier les relations entre l’Administration centrale et les services.

* + Ces contrats se traduisent par la mise en place de « projets de service », de « centres de responsabilité » (circulaire Rocard 1989) ou encore plus explicitement de « contrat de services »(circulaire Juppé 1995)
  + L’objet de ces politiques est de donner une plus grande liberté de gestion aux agents mais en contrepartie à définir en commun des objectifs en vue d’améliorer le fonctionnement du service (d’un point de vue budgétaire, ou du point de vue de la satisfaction des usagers).

Le recours à la qualification de « contrat » est d’un strict point de vue juridique discutable

* Du point de vue de la théorie juridique, le contrat est forcément passé entre des personnes juridiques distinctes (art. 1101 du code civil).
  + Or en l’espèce, ces contrats qui concernent le fonctionnement interne de l’administration sont conclus au sein d’une seule et même personne juridique : l’Etat.
  + En outre, les relations à l’intérieur de l’Administration sont régies par un principe juridique propre au droit administratif qui est le principe hiérarchique c’est à dire un principe qui ne supporte que les relations juridiques unilatérales.
* Certains auteurs ont toutefois voulu voir dans ces nouvelles techniques du management public l’expression juridique d’un ordre intérieur contractuel
  + ces contrats sont conclus par des « acteurs » juridiques institutionnels différents, ils dictent un comportement à suivre susceptibles de recevoir une sanction (avancement, intéressement financier, ou à l’inverse sanction disciplinaire, suppression de la liberté de gestion du service).
    - En ce sens, A.S. Mescheriakoff, Ordre intérieur administratif et contrat, RFDA 1997, p. 1129.

La mesure de ces transformations de l’action publique suppose de revenir sur la distinction difficile entre acte unilatéral et contrat en droit administratif.

### Section 3. La difficulté de distinguer le contrat et l’acte unilatéral en droit administratif

La distinction est particulière trouble en droit administratif

* D’abord, parce qu’une partie de la doctrine a ainsi douté de la nature réellement contractuelle des contrats administratifs.
* Ensuite parce que l’action administrative repose largement sur une hybridation des techniques soit qu’ils rendent plus difficile la distinction de l’acte unilatéral et du contrat soit qu’ils laissent apparaître à côté des contrats des actes formellement contractuels mais au contenu distinct qu’une partie de la doctrine tend à désigner sous le terme de convention d’administration.

### §. 1. La thèse ancienne de l’essence unilatérale des contrats administratifs

Des auteurs comme Duguit ou Hauriou ont voulu voir dans le contrat administratif un contrat d’adhésion interdisant de voir dans les contrats de l’administration de véritables contrats.

* Le point de départ de leur analyse repose sur l’idée que l’essentiel des stipulations du contrat sont fixés de manière unilatérale par l’administration et l’autre partie ne peut qu’adhérer en bloc à ces dispositions.
  + Hauriou appuie sa démonstration sur l’exemple du contrat d’abonnement téléphonique unissant l’usager à l’administration des PTT.
  + Mais il élargit son propos aux marchés de travaux en raison de l’existence de cahiers des charges auxquels ces marchés renvoient.
    - Ces cahiers sont entièrement rédigés par l’administration avant de passer le marché. Elle y précise les conditions d’exécution du marché
      * Il existe aujourd’hui deux types de cahiers des charges
        + CCAG CCAP

Les CCAG sont des modèles élaborés par l’Administration centrale, arrêtés par décret auxquels les administrations sont libres de se référer

* + - En outre le vocabulaire du droit des marchés publics renvoie à cette essence unilatérale
      * Le marché est attribué par voie d’adjudication
        + Remarque : la procédure d’adjudication a été supprimée tardivement (Code des marchés publics 2001). Elle consistait à attribuer le marché à l’offre non la mieux mais la moins disante déterminée exclusivement en fonction du prix.
      * Le cocontractant est désigné comme le titulaire du marché.

Dès lors Hauriou préfère voir dans ces actes faussement contractuels des procédés de réquisition librement consentie.

Cette idée a été reprise par Georges Péquignot dans son ouvrage classique « Traité des contrats administratifs, 1945 ». Selon cet auteur, le contrat administratif est bien un contrat d’adhésion comme il en existe en droit privé mais d’une nature et d’une ampleur différente.

En effet, à la différence du droit civil, l’adhésion ne se limite pas à l’absence de libre discussion mais elle se prolonge tout au cours de l’exécution du contrat où l’administration dispose de pouvoirs exorbitants et unilatéraux.

* Ainsi, en 1953, un auteur, le professeur Lhuillier reprenant la formulation du code civil s’interrogeait : « Les contrats tiennent-ils lieu de loi à l’administration ? (D.1953, chron. p.88).
  + Il est vrai que le contrat est plus difficilement identifiable en droit public qu’en droit civil : en effet, l’une des parties au contrat (la personne publique) est toujours détentrice de pouvoirs juridiques (compétences d’action unilatérale, pouvoir réglementaire) susceptibles de venir se mêler plus ou moins à la convention.
  + Et d’expliquer que la théorie générale du contrat serait exprimé par le seul Code civil auquel un authentique contrat ne saurait déroger et d’en conclure quee les contrats administratifs sont de véritables engagements synallagmatiques ou des actes unilatéraux déguisés

Il résulterait dès lors la possibilité d’écarter l’essentiel de la théorie civiliste du contrat.

* Par exemple, à propos des méthodes d’interprétation, il conviendrait de renoncer aux méthodes d’interprétation des contrats à partir de l’intention commune des parties pour appliquer plutôt les méthodes d’interprétation de la loi (et en l’espèce, s’appuyer plutôt sur l’intérêt général et donc sur la volonté prédominante de l’administration).

Cette thèse n’a pas été retenue :

D’abord parce que les contrats d’adhésion existent en droit civil.

* La doctrine civiliste admet dans son ensemble que les contrats d’adhésion sont d’authentiques contrats : notamment par ce que le cocontractant est libre de conclure ou de ne pas conclure le contrat.

De son côté, la jurisprudence administrative se refuse à voir dans le contrat administratif autre chose qu’un contrat où le droit civil l’entend

* On l’a vu le juge administratif applique nombre de constructions issues du code civil (vices du consentement, interprétation du contrat, force obligatoire, effet relatif)
* Le régime contentieux des contrats n’a rien de commun avec celui des actes unilatéraux : par exemple, le recours pour excès de pouvoir est fermé à l’égard des contrats.
  + Il peut cependant arriver en droit administratif que la nature juridique de l’acte auquel adhère l’administré contredise l’apparence contractuelle de l’adhésion : ainsi quand l’adhésion concerne des dispositions arrêtées par voie réglementaire.
    - Par exemple les contrats de recrutement d’agent public dont le contenu est entièrement déterminé par des textes réglementaires. Selon la jurisprudence administrative, et en dépit du contrat, les agents contractuels sont placés dans une situation légale et réglementaire à l’égard du service qui les emploie : en conséquence, le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre les contrats de recrutement : Conseil d'Etat 30 octobre 1998 Ville de Lisieux.

Cela pose en fait un autre problème : celui de la distinction entre les actes unilatéraux et les contrats

#### §.2 Une distinction mise à l’épreuve par l’hybridation des modes d’action administrative

L’action administrative connaît un phénomène généralisé d’hybridation

* La procédure d’élaboration des actes unilatéraux peut comprendre des phases de négociation ou de concertation avec les intéressés notamment en matière économique et sociale
* Certains actes contractuels contiennent des dispositions qui intéressent directement les tiers

Ainsi les frontières de l’unilatéral et du contractuel sont difficiles à déterminer.

La distinction est même réputée poser « plus de problèmes qu’elle ne permet d’en résoudre » (concl. Kahn, sous T. confl., 3 mars 1969, Sté Interlait, AJDA 1969.307).

La doctrine se divise quant aux critères à retenir et propose de dégager une catégorie intermédiaire : les conventions d’administration

##### A. La controverse doctrinale autour des critères de distinction

La doctrine dominante se partage en deux courants pour distinguer l’acte unilatéral et le contrat

* Selon un premier courant dit « classique », un critère essentiellement quantitatif permettrait de départir ces deux catégories : l’acte unilatéral émane d’une volonté isolée, et l’acte plurilatéral de plusieurs.
  + Cette définition comprend toutefois un correctif en considération d’actes parfaitement unilatéraux, mais élaborés par différentes personnes (arrêtés interministériels).
* À la différence des cocontractants, les coauteurs de l’acte unilatéral ne seraient pas alors animés par une intention « collective », mais unique.
  + - * + Ainsi un arrêté interministériel ou une délibération d’assemblée émanent d’une seule volonté, collectivement exprimée, d’une même et unique collectivité territoriale
* Selon un second courant qui privilégie une approche, « qualitative », la thèse classique repose sur une fiction. La « volonté collective » serait en réalité le produit de plusieurs intentions individuelles comme le contrat. Cette critique débouche sur une proposition alternative (que l’on trouve notamment chez Eisenmann, Cours de droit administratif. 1956-1957, ou encore G. Dupuis, Définition de l’acte unilatéral, dans Mélanges Eisenmann, p. 205, spéc. p. 207

Ce n’est pas tant le nombre des « participants » à un acte qui permet de retenir une qualification juridique plutôt qu’une autre, mais la nature de cette participation et donc du rapport de l’acte à son destinatire

Dans l’acte bilatéral, la règle naît de l’accord du destinataire alors que, dans l’acte unilatéral, la norme s’impose en quelque sorte « verticalement » à un individu qui n’a pas consenti : **tiers à l’acte**. Que cette norme émane d’une volonté unique ou des volontés accordées des coauteurs d’une même règle ne changerait rien à l’affaire (V., sur cette dernière notion, P. Ferrari, Essai sur la notion de coauteurs d’un acte unilatéral en droit administratif, Mélanges Eisenmann)

Intellectuellement séduisante, l’approche « qualitative » du contrat ne résiste pourtant pas à la confrontation avec le droit positif

Certaines normes supposant le plein accord de leurs sujets sont indubitablement des actes unilatéraux.

* C’est déjà le cas d’un permis de construire ou de la décision d’affecter un logement de fonction (CE, 12 janv. 1959, Lecomte, Rec. CE, p. 4).
  + Dans les deux cas, les bénéficiaires des actes les ont nécessairement sollicités et acceptés. Pour autant, les actes concernés ne sont pas des contrats. C’est la preuve que la nature juridique d’un acte ne dépend de la question de savoir si leurs destinataires ont sollicité leur édiction ou en ont expressément accepté les effets.
* Ou encore des autorisations domaniales
* D’une manière générale, la distinction de l’autorisation unilatérale et de la convention d’occupation du domaine public pose d’évidentes difficultés. (CE, 21 oct. 1988, SARL Cetra, Rec. CE, p. 364, Rev. adm. 1988.529, note Terneyre).
* La jurisprudence s’est efforcé de les soumettre à un régime largement identique
* De même les arrêtés ministériels entérinant « l’accord » des organismes professionnels dans le cadre des négociations sur les prix étaient considérés comme réglementaires par la jurisprudence (CE, sect, 2 mars 1973, Synd. nat. du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, AJDA 1973.323, concl. Braibant,).

D’ailleurs l’Administration moderne recourt volontiers à la contractualisation ou encore à ce que l’on appelle « la politique contractuelle ». Dans le cadre de ses nouvelles formes d’administration publique, nombreux sont les actes unilatéraux dont le contenu ait au préalable discuté voire négocié avec ceux auxquels il s’applique par la suite.

* Cette pratique est courante dans le droit de la fonction publique. L’art. 9 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut de la fonction publique dispose ainsi que les fonctionnaires participent par l’intermédiaire de leurs délégués à l’élaboration des règles statutaires.
* La jurisprudence administrative a eu cependant l’occasion de juger à plusieurs reprises que ces « protocoles d’accord » qui formalisent le résultat des négociations sont dépourvues de valeur juridique et de force contraignante ; qu’ils ne peuvent en aucun cas être invoqués devant le juge administratif. Conseil d'Etat 6 novembre 1998 Alcamo.

Ainsi dans de très nombreux cas, les accords n’accèderont à la vie juridique que dans la mesure où ils sont repris par un acte administratif unilatéral.

* C’est notamment l’analyse développée par la jurisprudence administrative notamment en matière économique à propos de la fixation des prix par accords concertés entre l’Etat et les organisations professionnels. Conseil d'Etat 1974 Valet, Rec. p. 500.
* Selon les textes, le résultat de ces négociations entre les professionnels et l’Etat doivent être approuvées par un arrêté ministériel auxquelles elles seront annexées. Pour le Conseil d'Etat, il faut dès lors y voir non un contrat mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec une organisation syndicale. L’existence juridique des négociations est purement et simplement nié, l’arrêté est jugé par le Conseil d'Etat comme incorporant les dispositions de l’accord.

Parfois le raisonnement du juge est différent, mais le résultat reste le même : la nature contractuelle de l’acte est écarté :

* Ainsi à propos des conventions conclues entre les caisses nationales de sécurité sociale et les syndicats de médecins en vue de déterminer les tarifs d’honoraires, le Conseil d'Etat a jugé que l’arrêté ministériel qui vient approuvé ces conventions une fois signées conférait à la convention les effets juridiques d’un acte réglementaire (Conseil d'Etat 17 mars 1997 Syndicat des médecins d’Aix , RFDA 1997, p. 1139, conclusions Maugüé).
* Ou encore à propos des conventions relatives à l’organisation d’un service public (organisant par exemple la desserte aérienne des villes de Province) , le juge administratif a estimé que dans la mesure où ces conventions se rapportaient à l’organisation même d’un service public, elles ne pouvaient avoir qu’un caractère réglementaire. Conseil d'Etat 1977 Chambre de commerce de La Rochelle.

Cependant l’analyse de la jurisprudence montre ainsi que le juge ne procéde que de manière exceptionnelle à la requalification du contrat

* Le Conseil d’Etat a ainsi admis que « L’acte constitutif de l’Agence de régionale d’hospitalisation de Bretagne a le caractère d’une convention relative à l’organisation du service public à laquelle l’État est partie, et non celui d’un acte administratif unilatéral [...] » (CE, 14 janv. 1998, Synd. départemental Interco 35)
  + En l’espèce, ce qui est frappant c’est que la dimension institutionnelle de l’ARH n’empêche pas le juge d’y voir un acte contractuel Ce qui n’interdit pas que les tiers soient admis à former un recours pour excès de pouvoir dirigée contre des clauses réglementaires de la convention. Dans cette affaire, l’enjeu de la distinction est la détermination du juge compétent : CE si acte réglementaire pris par le ministre/ TA si convention

Du reste au-delà des questions d’identification, les points de convergence entre les deux régimes sont nombreux :

* Il existe des actes mixtes dont l’archétype est la concession de service public
* Mais aussi des contrats dont le contenu est dicté par les textes. Ce qui correspond à la notion de contrat d’adhésion comme les marchés publics qui renvoient de façon presque systématique à des cahiers des charges-types (CCAG) adoptés par décret.
* Ou encore les contrats d’emplois publics qui peuvent être contesté par le REP (CE 1997 Ville de Lisieux)

Dans ces conditions, la doctrine contemporaine retient un critère mixte qui cherche à tenir compte des solutions jurisprudentielles (D. de Beychilon et Ph. Terneyre, Répertoire Dalloz) en particulier d’arrêts du CE qui reconnaissent expressément une nature contractuelle à des actes aux effets réglementaires.

D’après ces auteurs, tout acte attestant la conjonction de plusieurs volontés est présumé contractuel

Mais la qualification définitive de contrat supposerait deux critères supplémentaires :

* En premier lieu, l’idée de convention suppose certainement que les partenaires considérés soient munis d’un pouvoir de décision, qu’ils apparaissent comme autant d’autorités « normatrices », qu’ils statuent tous deux.
  + - Cette condition permet de régler le cas du permissionnaire ou du sollicitant. Leur demande est une condition d’octroi du permis ou de l’avantage, mais pas une co-décision de l’octroyer. Le permis de construire repose ainsi sur une volonté unique, autosuffisante à créer la règle sans que le pétitionnaire n’ait besoin d’y adhérer.
* En second lieu, cette capacité décisionnelle n’est pas seulement un pouvoir sur l’autre mais un pouvoir sur soi.
  + Celui qui conclut un contrat s’oblige à quelque chose envers l’autre partie coobligée.. C’est la base même de la théorie générale des obligations que de définir par l’accord sa propre situation juridique dans la relation à l’autre partie.
    - A l’inverse, le législateur ou l’autorité réglementaire qui prennent un acte unilatéral ne s’obligent pas à l’égard des destinataires de la loi ou du règlement.
    - De même, les coauteurs d’un acte unilatéral (arrêté interministériel ou délibération locale ne déterminent pas leur situation juridique respective : un ministre ou un conseiller municipal ne s’engage pas vis-à-vis de autres coauteurs de l’acte

La discussion doctrinale a également pour mérite de montrer que la distinction entre actes unilatéraux et contractuels n’épuise pas les distinctions susceptibles d’être retenues pour retracer la diversité des techniques de droit administratif : au contrat il conviendrait ainsi d’opposer des actes en apparence contractuels mais au contenu différent : les conventions d’administration

##### B. La distinction entre les contrats et les conventions en droit administratif

La distinction est connue du Code civil

* Le contrat est une convention qui fait naître des obligations
* Il existe d’autres conventions qui ont effet de transmettre ou d’éteindre les obligations.

La distinction réapparait en droit public où elle vise à rendre compte de la grande diversité juridique des actes conclus par l’administration.

Le Traité de droit des contrats administratifs (A. de Laubadère) évoque ainsi à propos des contrats de programme que l’on rencontre en droit économique des conventions d’administration économique. L’expression se retrouve également dans l’ouvrage de Didier Truchet (Droit administratif). Une thèse plus récente (Sébastien Hourson) a ainsi pour objet « Les conventions d’administration »

Le raisonnement tenu par ces auteurs consiste à considérer que l’échange de consentement n’est que l’élément formel du contrat.

Le contrat se caractériserait également par le contenu des normes qu’il contient : le contrat ne peut ainsi produire d’effets juridiques à l’égard des tiers. Ce critère matériel du contrat conduit ainsi à opposer le contrat (acte synallagmatique) aux conventions normatives qui créent des droits, des obligations, des normes à l’égard des tiers.

Pour reprendre une formule de Duguit : « l’extérieur de l’acte est contractuel ; le fond ne l’est pas ».

Longtemps cette catégorie juridique a été illustrée par la concession de service public. Mais ce type d’actes ont tendance aujourd’hui à se développer avec notamment les contrats de programme ou les conventions d’objectifs et de moyens dont la portée juridique est discutée.

###### .1. Controverses autour de la nature juridique des concessions

La nature juridique de la concession a fait l’objet de vives controverses doctrinales.

###### a. L’assimilation en doctrine de la concession et du contrat

Dans un premier temps a prévalu la thèse de la nature intégralement contractuelle de la concession.

La concession était un contrat. Certes elle crée des effets juridiques à l’égard des usagers du service. Mais ces effets étaient expliqués par le mécanisme de la stipulation pour autrui : l’autorité concédante était censée stipuler au profit des usagers du service et le concessionnaire jouer le rôle du promettant (E. Laferrière, Traité).

Cette thèse allait rapidement tourner court.

Des auteurs, Duguit, Hauriou, Jèze ont mis en avant que l’acte de concession présentait le caractère d’un véritable règlement puisqu’il fixait également les règles d’organisation et de fonctionnement du service, édictant ce que la doctrine a appelé depuis « la loi du service ».

La nature réglementaire de l’acte de concession a été mis en évidence par la situation juridique des usagers dès lors que le Conseil d'Etat (21 décembre 1906 Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli) a admis le droit des usagers de former un recours pour excès de pouvoir contre les mesures prises par l’autorité concédante dans le cadre de l’exécution du cahier des charges de la concessions.

En l’espèce, une association d’usagers du service du tramway de Bordeaux avec à sa tête le doyen Léon Duguit ont été admis à contester devant le juge administratif le refus du préfet de la Gironde de mettre en demeure le concessionnaire du service de se conformer au cahier des charges de la concession : depuis le passage de la traction animale à la traction mécanique, le quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli n’était plus desservi.

Cette solution ne peut s’expliquer que dans la mesure où l’on reconnaît à certaines clauses du contrat de concession un caractère (ou un effet) réglementaire.

En outre, la concession ne peut constituer un contrat en raison de son même objet : l’organisation du service public est une compétence exclusive de la Puissance publique. L’établissement des règles d’organisation et de fonctionnement du service échappe dès lors par nature au domaine contractuel.

###### b. L’affirmation du caractère mixte de la concession de service public

L’abandon de la thèse contractuelle ne va résoudre toutes les difficultés.

Dans un second temps, à partir de l’arrêt Conseil d'Etat 11 mars 1910 Compagnie générale des tramways et notamment les conclusions de Léon Blum, la jurisprudence va exposer que l’acte de concession est un acte de double nature : un contrat dans les relations de l’administration avec les concessionnaires, un acte réglementaire dans les relations de l’administration avec les usagers.

Cette thèse n’est plus celle qui est aujourd’hui retenue par la doctrine dominante qui préfère voir dans le contrat de concession un acte mixte qui contient à la fois des clauses réglementaires et des causes contractuelles.

La thèse de l’acte mixte a notamment reprise par le Conseil d'Etat.

En 1943 ; R. Odent, alors commissaire du gouvernement exposait : « le cahier des charges de la concession est un acte mixte… Le cahier des charges n’est contractuel que dans la mesure où fixe les rapports entre le concédant et le concessionnaire, mais il a un caractère réglementaire pour tout ce qui concerne le fonctionnement du service public, son organisation matérielle et technique, les prestations qu’il doit fournir au public et le tarif des redevances diverses qu’est autorisé à percevoir le concessionnaire, c’est en dire en définitive dans tous les rapports qui existent entre les usagers dont la satisfaction des besoins collectifs est l’objet même du service public ».

La reconnaissance de l’effet réglementaire de certaines clauses de l’acte de concession permet d’ouvrir le recours pour excès de pouvoir aux usagers pour en contester la légalité : Conseil d'Etat 1996 Cayzelle

Pour le reste, l’incidence du mode d’élaboration contractuel des conventions à effet réglementaire fait que la jurisprudence soumet ce type de conventions en particulier l’acte de concession à un régime analogue à celui du contrat.

* Accordant notamment une place tout à fait considérable à l’intention commune des parties dans la détermination du contenu des obligations contractuelles.
* Cherchant même au nom de la sécurité contractuelle à limiter les effets de l’annulation des clauses réglementaires sur l’ensemble du contrat

En ce sens, CAA Marseille 18 décembre 2006 Compagnie maritime d’exploitation (LPA 13 août 2007, n°161, p. 13) qui juge dans le cadre de la jurisprudence Cayzelle que les tiers sont recevables à attaquer les clauses tarifaires d’un contrat de DSP qu’à la condition qu’elles soient divisibles du reste de la convention.

Ce qui voulait dire que le REP ne pouvait pas concerner les clauses qui, portant sur une condition essentielle du contrat, en constituent un élément indivisible, dont l'annulation aurait pour effet de priver le contrat de son objet ou d'en bouleverser l'équilibre.

* Ainsi dans une DSP les clauses relatives à la tarification (c’est-à-dire dont dépend la rémunération que le délégataire est autorisé à percevoir des usagers en contrepartie de ses prestations ) était à l’abri du REP (*CAA de Marseille, 18 décembre 2006, Compagnie* *méditerranéenne d’exploitation des services d’eau (CMESE), n° 02MA01595*).Ce qui avait l’inconvénient de faire perdre son utilité pratique à la jurisprudence Cayzelle.

L'arrêt Ass. Alcaly du 8 avril 2009 a mis fin à cette jurisprudence en jugeant que "les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat".

En d'autres termes, toutes les dispositions réglementaires d'un contrat peuvent faire l'objet d'un REP sans que cela entraîne la nullité du contrat

* Et qu’en est-il du contrat amputé d’une clause réglementaire ?
  + Dès lors que le Conseil d’Etat considère ces clauses divisibles du contrat la relation contractuelle doit pouvoir survivre à cette annulation. Si cela n’est cependant pas le cas, il revient au juge d’obliger les parties à renégocier afin de prendre des mesures destinées à sauvegarder le contrat

##### B La controverse autour de la portée juridique des conventions d’administration.

Outils des politiques de contractualisation, les conventions d’administration sont extrêmement diverses. Car l’administration use et abuse du procédé contractuel.

Bien souvent, les auteurs dénoncent ces actes qui ne sauraient être que de faux ou pseudo-contrats refusant d’y voir des actes juridiques au motif que leur contenu des conventions d’administration n’est pas synallagmatique et qu’instruments de la soft law, ce type d’actes conventionnels se borne à fixer des objectifs ou des recommandations

Ainsi ces documents « contractuels » n’ont parfois que l’apparence de la juridicité notamment parce que le procédé contractuel peut servir de véhicule à toutes sortes d’engagements plus ou moins contraignants qui sont alors plus proche de l’idée de partenariat que de contrat.

Les contrats (de plan) de programme ont classiquement soulevé ce type de difficultés sans que la jurisprudence en fixe clairement le régime

La nature des contrats de plan n’est pas encore totalement éclaircie.

* D’un côté, Conseil d'Etat Ass. 8 janvier 1988 Ministre chargé du Plan c/ Communauté urbaine de Strasbourg.
  + Le contrat de plan est un engagement synallagmatique (obligations réciproque), le non-respect de ses stipulations contractuelles est susceptible d’engager la responsabilité de l’Etat. Par contre, le contrat de plan n’est une source de la légalité : irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir fondé sur la violation du contrat de plan.
* De l’autre : Conseil d'Etat 25 octobre 1995 Association Estuaire-écologie:
  + irrecevabilité du recours du recours pour excès de pouvoir formé par une association de défense de l’environnement contre la décision du préfet de signer le contrat de plan Etat-Région Pays de Loire lequel prévoyait l’extension du port de Saint-Nazaire dans une zone naturelle protégée.
  + Le Conseil d'Etat explique l’irrecevabilité du recours au motif « que le contrat de plan Etat-Région n’emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation des mesures qu’il prévoit ». En d’autres termes, le contrat de plan ne fait pas grief… n’est il alors qu’une simple mesure préparatoire ?
* Mais à l’inverse, Conseil d'Etat 5 novembre 1999, Fédération syndicaliste force ouvrière des travailleurs des postes et télécommunications : 1/ Le contrat de plan a une portée purement contractuelle. 2/ La Fédération est recevable à attaquer la décision (acte détachable) de signer le contrat de plan entre l’Etat et La Poste dans la mesure où les stipulations de ce contrat sont susceptibles de porter atteinte aux droits que les agents tiennent de leur statut… »

La jurisprudence relative au contrat de plan Etat-région paraît s’être fixée avec l’arrêt *Région du Limousin* du 21 décembre 2007.

* Dans cette affaire, le Conseil d’Etat a retenu la responsabilité de l’Etat pour non-réalisation d’une ligne de TGV au profit d’une simple modernisation de la ligne ferrée existante, et a indemnisé le préjudice direct et certain, c'est-à-dire essentiellement les dépenses d’études et de contrôle externe.
  + le Conseil d’Etat fait, parmi les clauses des contrats de plan Etat-région, la distinction entre les conventions qui constituent de simples déclarations d’intention et les conventions qui comportent des engagements.
  + Ce raisonnement a été confirmé par un arrêt *Ministre de l’écologie*, du 7 mars 2008 où la condamnation de l’Etat pour non-respect des obligations découlant de ces contrats a étéà à nouveau prononcée
* Dans l’affaire *Région du Limousin*, de véritables engagements avaient été pris dans des conventions d’application d’un contrat de plan Etat-région portant sur un projet de ligne LGV précise.
  + L’arrêt rappelle ainsi que l’Etat peut modifier ou mettre fin unilatéralement à ces conventions pour un motif d’intérêt général, mais souligne alors que les cocontractants sont en droit d’obtenir de lui réparation du préjudice dès lors que le contrat n’y fait pas obstacle.

Dans son Rapport public 2008 consacré au contrat, le Conseil d’Etat propose de reconnaître une valeur juridique aux « conventions de programme ». Il estime que la liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales a changé la donne et rend désormais incongru que l’Etat puisse, sans aucune conséquence, se soustraire à des engagements qui conditionnent le développement des territoires.

# Chapitre 2.

# Contrat administratif et commande publique

La notion de contrat administratif entretient avec la notion de contrat de commande publique des liens complexes de superposition

L’identification par le juge d’un contrat administratif entraine

1. L’application d’un régime spécifique de droit public relatif aux conditions d’exécution du contrat, autrefois d’origine jurisprudentielle, aujourd’hui largement déterminé par les textes spéciaux applicables différentes catégorie de contrats dont le Code de la commande publique

2. L’attribution du contentieux à la juridiction administrative

La notion repose sur des critères établis par la jurisprudence (critères organique et matériel) parfois relayés par la loi qui font que la plupart des contrats de l’administration sont des contrats administratifs

Cette approche n’est pas partagée par tous les systèmes étrangers qui retiennent en général une conception plus restrictive de la notion de contrat administratif.

Les solutions retenues par le droit administratif français sont généralement critiquées en raison du caractère systématique voire maximaliste de la notion de contrat administratifs. Ainsi dans les autres Etats de l’UE les contrats de commande publique sont rarement qualifiés de contrats administratifs

A l’étranger, de manière schématique, on peut opposer deux types de solutions.

Les systèmes unitaires dans lesquels le contrat des collectivités publiques est soumis à la loi commune.

C’est notamment le système anglais. Toutefois le droit anglais n’applique pas à l’Etat l’ensemble des règles valables dans les relations privées.

* Il existe dans la pratique contractuelle britannique des clauses-types (standard conditions) applicables à de nombreux contrats de l’Etat consacrent des pouvoirs particuliers comme le pouvoir de modification unilatérale ou de résiliation unilatérale.
* En outre, le juge anglais n’a pas souvent l’occasion de statuer sur les litiges contractuels intéressant l’Etat : la plupart des litiges sont réglés par voie d’arbitrage.
* Les systèmes dualistes
* En Allemagne, la notion de contrat administratif existe mais elle diffère de celle du droit français.
*  Ainsi quand l’administration conclut un achat, elle est censée agir comme un particulier même si le droit allemand recourt à des règles particulières en matière de conclusion des contrats.
*  Toutefois il existe des contrats de droit public : les contrats décisoires (qui interviennent en lieu et place d’un acte administratif unilatéral) et les contrats de coordination (entre personnes publiques).
*  La loi de 1976 sur la procédure administrative consacre définitivement la notion de contrat administratif

• En Italie comme en Belgique, les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître du contentieux des droits subjectifs donc des contrats conclus par l’administration.

*  Toutefois les tribunaux belges retiennent la notion de contrat administratif à laquelle il n’applique le code civil qu’à titre subsidiaire à défaut de textes particuliers.
*  En Italie, les juridictions administratives peuvent statuer la légalité des délibérations autorisant une administration à contracter (même s’il reviendra au juge judiciaire d’en tirer les conséquences sur le contrat lui-même). Au demeurant, le juge administratif est désormais compétent (loi du 21 juin 2000) pour statuer sur les litiges liées à l’attribution des marchés publics.

Les notions de commande publique et de contrat administratif entretiennent des relations complexes

D’abord parce que si la plupart des contrats de commande publique sont en application des dispositions même du code des contrats administratifs, tous ne le sont pas en raison des définitions retenues en droit de l’UE qui vont jusqu’à englober des contrats de droit privé au regard du droit français.

Ensuite parce que dès lors que le contrat est un contrat administratif de commande publique, le juge administratif a tendance à attraire devant lui l’ensemble des litiges qui y sont relatifs quand bien même ce ne sont pas les décisions du pouvoir adjudicateur qui sont l’objet du contentieux

### Section 1. L’affirmation de la compétence du juge administratif à l’égard des contrats de commande publique

L’identification des contrats administratifs pose traditionnellement des difficultés juridiques considérables justifiant régulièrement l’intervention du Tribunal des conflits.

* La jurisprudence administrative repose ainsi sur un jeu subtil de critères consistant à distinguer selon la nature des parties au contrat (critère organique : TC 2014 Mme Rispal), son objet (CE 1956 époux Bertin) ou le contenu de ses clauses( CE 1912 Granits porphyroïdes des Vosges).

A priori, dans le champ de la commande publique, l’identification des contrats administratifs ne devrait plus poser de difficultés juridiques.

L’article XXX du code de la commande publique précise en effet – dans le prolongement de la loi MURCEFF du 11 décembre 20016- que les contrats qui entrent dans le champ d’application du code sont des contrats administratifs.

Cependant en visant exclusivement les contrats passés par des personnes morales de droit public, la même disposition légale réserve le cas des contrats passés par les personnes morales de droit privé qui sont en application des critères jurisprudentiels des contrats de droit privé, relevant du juge judicaire.

La définition légale entraîne une distorsion de la notion de contrat administratif par rapport à la définition jurisprudentielle : si le critère organique est maintenu, les critères matériels sont neutralisés.

#### §.1 L’exclusion des contrats passés par les personnes morales de droit privé.

Si elle est conforme aux constructions jurisprudentielles, l’exclusion des contrats passés par les personnes de droit privé souligne l’absence de concordances entre les définitions de contrat administratif et de commande publique justifiant par voie de conséquence l’existence en droit français à côté du contentieux administratif un contentieux judiciaire de la commande publique.

##### A) DISCORDANCES DANS LA DELIMITATION ORGANIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIF ET DE COMMANDE PUBLIQUE

L’étroitesse du critère organique vient ainsi se conjuguer à l’ambivalence des notions européennes de pouvoir adjudicateur ou d’entités adjudicatrices qui propres au droit de la commande publique sont faussement organique

###### 1) L’étroitesse du critère organique du contrat administratif ;

En 1942 le CE a jugé que les actes unilatéraux pris dans l’exercice de mission de service public par des personnes morales de droit privé que la loi charge de fonctions d’intérêt général pouvaient être qualifié d’actes administratifs

La jurisprudence administrative a refusé de transposer ces analyses pour définir un contrat administratif

La définition du contrat administratif repose sur un critère organique étroit et l’évolution récente de la juriprudence a encore accentué cette tendance.

Le critère organique revient à exiger qu’il y est au moins une personne morale de droit public au contrat à défaut il s’agit d’un contrat de privé même si l’une des parties conclut le contrat dans le cadre de ses missions de service public.

Ce principe ne connait que très peu d’exceptions : la jurisprudence exigeant alors que la personne privée concluant le contrat « agisse au nom ou pour le compte » d’une personne morale de droit public.

L’expression « au nom et pour le compte » fait l’objet d’une interprétation stricte(T. confl., 9 mars 2015, n° 3984, Mme Rispal c/ Sté Autoroutes du Sud de la France, le juge exige

* Soit que la personne privée détienne un mandat pour agir au nom et pour le compte de la personne publique
  + Ce mandat peut être un mandat express sous la forme d’un acte juridique émanant de la personne publique
  + Ce mandat peut aussi résulter de la manière dont les textes organisent les missions dévolues à la personne privée et ses rapports avec l’administration (mandat tacite : CE, sect., 30 mai 1975, T. confl., 7 juill. 1975, Cne d'Agde
* Soit que la personne privée constitue dans les faits une association transparente CE, 21 mars 2007, n° 281796, Cne de Boulogne-Billancourt

Cela n’a cependant pas toujours été le cas en1963, l’arrêt Entreprise Peyrot avait conféré à un contrat passé entre deux personnes privées un caractère administratif lorsque son objet portait sur une mission relevant par nature de l'État.

Mais cette qualification avait en pratique cantonnée aux contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes avec des entrepreneurs pour la réalisation de travaux autoroutiers.

Le juge avait en effet refusé de l'étendre

* à d'autres travaux de réalisation de grandes infrastructures (T. confl., 17 janv. 1972, n° 1966, SNCF c/ Entr. Solon et Barrault
* et à des travaux relevant de la ctompétence d'autres personnes publiques que l'État, comme la réalisation de la voirie locale (CE, sect., 30 mai 1975, n° 86738, Sté d'équipement de la région montpelliéraine

Cette jurisprudence était fondée la nature particulière des sociétés d’autoroutes, sociétés de droit privé dont les capitaux étaient contrôles par l’Etat. Il s’agissait donc de faux-nez de l’administration et le Conseil d’Etat s’attachait à faire prévaloir la réalité politique sur l’apparence juridique.

La privatisation des sociétés d’autoroutes a conduit le TC dans l’arrêt de 2015 Mme Rispal a mettre fin à cette jurisprudence

* Le TC y précise qu'un contrat passé par une société concessionnaire d'autoroute n'est pas, par nature, administratif, y compris lorsqu'il est passé avec un entrepreneur de travaux publics

La jurisprudence contemporaine montre que le juge veille à ce que l’identification du « pour le compte » ne soit pas trop aisé.

Dans un autre arrêt du 9 mars 2015, n° 3992, Sté Autoroutes du Sud de la France c/ Sté Garage des Pins précise ainsi

Il est nécessaire qu'existent des conditions particulières, c'est-à-dire des rapports plus étroits que d'ordinaire entre l'État et son concessionnaire.

Ainsi la seule qualité de concessionnaire ne suffit pas qu’il s’agisse

* d’une concession d’autoroutes (TC 2015 Madame Rispal)
* d’une concession de service public TC 9 juill. 2012, n° 3834, Cie gén. des. eaux.
* d’une concession de travaux publics ( T. confl., 16 juin 2014, n° 3944, Sté d'exploitation de la Tour Eiffel :

Dans l'immense majorité des cas, les contrats des personnes morales de droit privé ne sont pas des contrats administratifs Mais cela ne veut pas dire qu’ils échapperont à la qualification

###### 2) L’ambivalence des notions européennes de pouvoir adjudicateur et d’entité adjudicatrice

D’origine européenne, la notion de pouvoir adjudicateur est une notion faussement organique qui repose sur une logique fonctionnelle qui a vocation à englober tous les organismes publics et parapublics en charge d’une activité d’intérêt général.

Elle est complétée par d’autres notions destinées à appliquer le droit de la commande publique au-delà des hypothèses où le contrat est passé par un pouvoir adjudicateur : en

###### a) Le pouvoir adjudicateur, une notion faussement organiques

La notion de pouvoir adjudicateur ne correspond pas à la notion de personne morale de droit public

* Le rejet d’un strict critère organique tient à la nécessité d’élaborer un droit commun à tous les Etats membres : il permet d’englober toute les entités en charge de fonction d’intérêt général qui selon les EM peuvent emprunter des modalités institutionnelles très différente

Les directives confèrent la qualité de pouvoirs adjudicateurs à trois catégories d’organismes : les administrations d’Etat ; les collectivités territoriales et les organismes de droit public.

• Les deux premières catégories ne posent pas de difficulté particulière. Elles correspondent à des structures dotées de la personnalité morale de droit public soumis traditionnellement en droit français à l’application du CMP.

• On remarquera simplement que le droit de l’UE aboutit à des solutions plus larges qu’en droit interne

* Ainsi relèvent de la notion d’administration d’Etat, les contrats passés les assemblées parlementaires
  + CJCE 1998 Commission c/ Belgique (affaire du Parlement flamand)
    - Ce qui a conduit le CE à faire évoluer sa jurisprudence et accepter de contrôler les contrats passés par les assemblées parlementaires au titre des missions administratives internes à ces institutions (CE 1999 Président de l’Assemblée nationale
* Par ailleurs, une Administration d’Etat ou une collectivité territoriale est un pouvoir adjudicateur pour l’ensemble de ces activités.
  + Le droit des marchés publics s’applique y compris dans le cadre des activités industrielles et commerciales exécutés par l’Etat ou les collectivités territoriales
  + CJCE 2004 Commission c/ Allemagne à propos des contrats passés par la Ville de Munich en tant que gestionnaire d’une usine d’incinération des déchets.

La notion d’organisme de droit public est la plus large, c’est elle qui soulève le plus de difficulté.

La directive énonce trois conditions cumulatives

1. L'organisme doit être doté de la personnalité juridique qui permet de le distinguer de l’Etat ou d’une collectivité territoriale.
2. L'organisme doit avoir été créé pour remplir un besoin d'intérêt général autre qu’ industriel et commercial.
3. L’organisme doit être placé sous l’influence déterminante d’un autre pouvoir adjudicateur.

Il en résulte que l’organisme de droit public au sens du droit européen n’aura pas nécessairement la personnalité morale de droit public notamment en France où la jurisprudence administrative n’exige pas que des fonctions d’intérêt général soient confiées à des personnes morales de droit public (CE 1942 Montpeurt)

* En ce sens, la CJUE a ainsi rappelé contrairement à l’opinion du gouvernement espagnol que le statut de société commerciale ne suffit pas à démontrer que l’ODP ne répond pas à un besoin autre qu’industriel ou commercial : CJCE 15 mai 2003 Commission c/ Espagne

En conséquence, des sociétés commerciales, notamment des SEML ou des SAHLM voire des des associations loi 1901, ou encore les organismes de sécurité sociale peuvent se trouver soumis au Code de la commande publique

* Lequel en application des directives européennes inclut expressément dans son champ d’application les personnes morales de droit privé

Ainsi c’est l’activité de l’organisme qui va permettre au cas par cas de déterminer l’application des directives et par voie de conséquence le Code de la Commande publique

• Deux arrêts permettent d’illustrer les difficultés du critère selon lequel l’organisme doit satisfaire des besoins autres qu’industriels et commerciaux.

 L’affaire Mannesmann (aff. C-44/96) intéresse la conclusion de contrats de fournitures par une imprimerie d’Etat autrichienne (CJCE 15 janvier 1998 Mannesmann aff. C-44/96 ).

• Pour la Cour, l’activité d’un pouvoir adjudicateur doit se rattacher aux missions essentielles de l’Etat. La condition était remplie s’agissant de la production de documents officiels, dans la mesure où cette mission est étroitement liée à l’ordre public. En outre, la loi autrichienne accorde à cet organisme un monopole commercial et que les prix sont fixés par l’administration d ’Etat.

• Mais la difficulté tenait à ce que l’imprimerie autrichienne exerçait à titre accessoire des activités commerciales.

• Selon la Cour, il n’est pas nécessaire que toutes les activités de l’organisme de droit public concourent à la satisfaction de tels besoins. Le critère décisif est que l’organisme public doit son existence à la volonté des pouvoirs publics de satisfaire des besoins autres qu’industriel et commercial.

* + - Dès lors à partir du moment où l’entité constitue un organisme de droit public, tous ces marchés même ceux qui intéressent une activité industrielle ou commerciale sont régis par les dispositions de la directive.

• L’arrêt CJCE 17 décembre 1998 Commune de Arnhem, aff. C 360/96

 L’affaire concerne l’activité d’un organisme public chargé du ramassage des déchets qui est une acitvité concurrentielle.

* Or cette activité est généralement concédée à des opérateurs privés. C’est le cas aux Pays Bas pour plus de la moitié des communes des Pays-Bas.
* En conséquence, la commune soutenait que l’organisme n’était pas soumis aux directives
* 1°) car dès lors que les besoins en cause pouvaient être satisfaits par des entreprises privées, ils ne répondent pas à la notion de besoins d’intérêt général
* 2°) car il existe sur le secteur du ramassage des déchets une concurrence entre opérateurs privés et opérateurs publics, ce qui suffit à conférer à l’activité un caractère industriel et commercial
* La Cour rejette l’un et l’autre de ces arguments. Elle se refuse notamment à faire de l’ouverture à la concurrence un critère déterminant.
  + - A ce titre, elle définit « les besoins autres qu’industriels et commerciaux comme des besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante ».
    - En l’occurrence, explique la Cour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères constituent un besoin d'intérêt général dans la mesure où le degré de satisfaction de ce besoin jugé nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement peut ne pas être atteint par l'offre de services d'enlèvement provenant des opérateurs économiques privés.

La dernière condition (l’influence déterminante d’un autre pouvoir adjudicateur) est remplie à l’aide de trois sous critères alternatifs

1. L'organe de direction de l'organisme soit composé en majorité de membres désignés par l'État ou des personnes publiques.
2. l'État ou un autre pouvoir adjudicateur doivent contrôler la gestion de l'organisme.
3. : l'activité de l'organisme est majoritairement financée par l'État ou d'autres organismes publics.

Le critère du contrôle institutionnel par une administration d’Etat ou un col ter résulte d’un faisceau d’indices convergents (CJCE 17 décembre 1998, Connemara) :

• la nomination des dirigeants

• présence de représentants de l’Etat dans les organes dirigeants

• composition du capital social

• maîtrise de l’activité économique (qui décide de la politique commerciale de l’entité, quel est son principal commanditaire ?)

La méthode amène donc la Cour à retenir une approche très pragmatique de l’organisation ou des modalités de fonctionnement des structures para administratives. En ce sens, son raisonnement reste très casuistique

Le critère du contrôle de gestion soulève également des difficultés d’appréciation

• Elles sont illustrées par l’arrêt CJCE 1 février 2001 Commission c/ France à propos des SAHLM où la Cour va conclure à partir d’une analyse très détaillée du Code de la construction et de l’habitation que les SAHML ne sont pas placés dans une situation très différentes OPHLM

La Cour a en effet constaté que leur activité est très étroitement encadrée;

* les caractéristiques techniques ainsi que les prix de revient sont déterminés par décision administrative;
* es règles de gestion étant très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics;
* le ministre chargé de la construction et de l'habitation détient le pouvoir de prononcer la dissolution d'une SAHLM, de nommer un liquidateur ou de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire.
* Et même si ces pouvoirs ne sont prévus que pour des cas d'irrégularités, de fautes ou de carences graves, ils impliquent néanmoins un contrôle permanent des pouvoirs publics;
* Le ministre chargé de la construction et de l'habitation peut ainsi imposer aux SAHLM un profil de gestion déterminé soit en les contraignant à un minimum de dynamisme, soit en limitant leur activité considérée comme excessive.

L’arrêt de 2001 a jeté un certain trouble dès que l’existence d’un contrôle de l’autorité publique pouvait paraître suffire à qualifier un organisme de pouvoir adjudicateur

* L’affaire CJCE 27 février 2003 Adolf Truley a permis à la Cour de préciser qu’un simple contrôle a posteriori des activités de l’entité ne suffisait pas à caractériser un contrôle de la gestion, il faut que les pouvoirs publics soient en mesure d’influencer le sens décisions prises par l’entité parapublique.

Le critère du financement soulève des difficultés d’une autre nature

• Ainsi à propos du financement des Universités. CJCE, 3 octobre 2000, The Queen et H. M. Treasury, aff. C-380/98 qui bénéficient de fonds publics à différents titre.

• Or tous les financements apportés par une personne publique n’ont pas en effet pour but de placer l’organisme sous sa dépendance organique.

* + Ne sont pas pris en compte les fonds apportés par d’autres pouvoirs adjudicateurs, en contrepartie de prestations. Ces versements relèvent, en effet, de l’exécution de relations commerciales normales (en l’espèce, travaux de recherche, expertise).
  + À l’inverse, les financements apportés sans contrepartie spécifique doivent être pris en compte (en l’espèce, des bourses reversées aux étudiants ou aux fins de promouvoir les travaux de recherche sont des financements publics).
* Si l’ensemble de ces financements publics représente plus de la moitié des ressources de l’organisme, alors celui-ci est majoritairement financé par un pouvoir adjudicateur et peut donc être qualifié d’organisme de droit public.

Cette solution exige de définir la période de référence : c’est selon la CJCE l’exercice budgétaire durant lequel le marché est conclu comme période de référence.

* + Cette précision implique que la Cour ne tienne pas compte des variations du financement intervenues dans l’année en cours.
  + En d’autres termes, un pouvoir adjudicateur conserve son statut pendant douze mois à compter du début de chaque exercice budgétaire. Il en résulte encore que les chiffres du budget, fussent-ils de nature prévisionnelle, doivent être disponibles au début de l’exercice budgétaire.

###### b) la distinction entre pouvoir adjudicateur et entite adjudicatrice

La notion d’entités adjudicatrices est utilisée dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports (hier des télécommunications) et (aujourd’hui) des postes.

* Ces secteurs ont pour caractéristique de correspondre à des services d’intérêt économique général soit placés sous monopole public soit partiellement ouverts à la concurrence.
* L’activité est commerciale mais le marché est fermé.

En conséquence, les organismes intervenant dans ces secteurs et chargés d’une activité d’une activité d'exploitation d'un réseau sont qualifiés d’entités adjudicatrices,

* + Elles relèvent d’une directive spéciale
  + Elles sont soumises à des obligations différentes (information des entreprises, recours à la négociation) par rapport aux pouvoirs adjudicateurs intervenant dans les secteurs classique.

Les entités intervenant dans ces secteurs ont des statuts juridiques hétérogènes. Il peut s’agir soit

* d’entreprises publiques ayant un statut de droit privé mais dont le capital social est contrôlé par l’Etat ou par un autre pouvoir adjudicateur
* d’entreprises privées dotées de droits exclusifs ou spéciaux
* mais aussi de pouvoirs adjudicateurs (Etat, collectivité territoriale, établissement public exerçant l’activité en régie).
  + Dans ce dernier cas, le contentieux administratif

En fait, peu importe leur statut juridique, ces entités dès lors qu’elles passent des contrats en tant qu’opérateur de réseaux sont qualifiées d’entités adjudicatrices et soumise aux prescriptions de la directive « secteurs spéciaux ».

Il résulte des textes une conséquence paradoxale : un pouvoir adjudicateur va pouvoir relever du régime des entités adjudicatrices dès lors qu’il agit en tant qu’opérateur de réseau.

* Ce dédoublement fonctionnel est à l’origine de nombreux contentieux. Certains pouvoirs adjudicateur peuvent avoir la tentation de se placer sous l’empire de la directive «secteurs spéciaux-industries de réseaux » pour échapper aux contraintes des marchés passés en secteurs classiques.

La jurisprudence a rappelé les conditions qui permettent de bénéficier du statut d’entités adjudicatrices

* Le pouvoir adjudicateur doit exploiter lui -même le réseau.
  + Ainsi CE 14 décembre 2009, Département du Cher, n° 330052 : un département qui souhaite confier à un opérateur privé un marché de service de transport scolaire ne peut se comporter comme une entité adjudicatrice et se référer à la deuxième partie du code des marchés publics,
    - Le Conseil d'Etat précise « que l'acte par lequel le département du Cher se proposait de confier à un tiers l'exécution du service de transport scolaire n'était pas constitutif d'une activité d'exploitation de réseau ni davantage une activité de mise à disposition de réseau au sens de l'article 135 du code marchés publics nonobstant la circonstance que le contrat envisagé comporte des stipulations manifestant le contrôle du département sur les conditions d'organisation et de fonctionnement du service public en cause.
*  A l’inverse, si le Département exploite en régie l’activité de transports, l’achat de matériels relèvera de la directive « secteurs spéciaux)
* Cependant les choses sont parfois plus compliquées.
  + Ainsi en cas d’ achat de rames de tramways par un EPCI en vue de l’exploitation d’un réseau non encore constitué (rames destinées destinée à la mise en service du réseau de transport public,
    - Le Conseil d'Etat 19 octobre 2001 Sté Alstom transport a jugé le marché a pour objet la constitution du réseau de transport, préalable nécessaire à son exploitation ; qu'à la date à laquelle la procédure de passation de ce marché a été engagée, le syndicat intercommunal des transports en commun de l'agglomération toulonnaise était responsable de l'exploitation du réseau ; qu'ainsi, le marché envisagé par ce syndicat est un marché de services relevant du secteur des transports au sens de la directive n° 93/38/CEE précitée ;
  + De même, l'acquisition par le pouvoir adjudicateur d'un équipement s'intégrant à un réseau de transport public déjà constitué doit être regardée, comme une activité de mise à disposition du réseau, au sens de l'article 135 du Code des marchés publics.
    - Cette activité doit dès lors être regardée comme exercée par une entité adjudicatrice, que l'exploitation ait été ou non déléguée (CE, 24 juin 2011, Communauté d'agglomération Rennes Métropole, n° 346529).

On notera la notion d’entités adjudicatrices a été reprise dans la directive concession

* Ce qui par la force des choses vise l’acte de dévolution de l’activité et pas uniquement l’exploitation directe de l’activité comme en marchés publics.
* Ce qui est assez perturbant au regard des solutions admises en marchés publics.

c. Les contrats subventionnés

Les contrats passés par des personnes de droit privé qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis à certaines dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs

Dans ce cas, c’est le pouvoir adjudicateur qui octroie les subventions doit veiller au respect des dispositions du code

##### B. CONSEQUENCE : L’EXISTENCE D’UN CONTENTIEUX JUDICIAIRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les marchés passés par les personnes morales de droit privé qui répondent à la définition du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice relèvent en cas de contentieux du juge judiciaire

* C’est au juge judiciaire qu’il appartient d’appliquer le code de la commande publique.
  + Les solutions retenues par les tribunaux judiciaires ne marquent pas de véritables différences avec la jurisprudence du CE
  + Pour autant la Cour de cassation n’est pas tenue en droit de suivre les interprétations du Conseil d’Etat. Des divergences ne sont pas à exclure.
* Le Code de procédure civile (article L. 1441-1 ) renvoie à l’ordonnance du 7 mai 2009 qui est venue assurer la transposition des directives recours
  + référé précontractuel
  + référé contractuel

Les justiciables –notamment les candidats évincés--ne bénéficient pas toutefois devant le juge judiciaire des mêmes garanties que celles organisées devant le juge administratif. Notamment parce que faute d’intervention de la loi le juge judiciaire n’a pas le pouvoir à la différence du Conseil d’Etat de créer par voie prétorienne des voies de droit non prévues par le Code de procédure civile.

* Ainsi le recours en invalidité du contrat tel que conçu par le Conseil d’Etat dans l’arrêt de 2014 Département Tarn et Garonne. Or il permet de contester des irrégularités qui échappent au contrôle du juge du référé précontractuel et d’obtenir l’annulation du contrat signé.

Ce hiatus a conduit la Cour de cassation à relayer une QPC fondée sur la violation du principe d’égalité devant la loi et du droit à un recours effectif selon que le contentieux est ouvert devant le juge administratif ou judiciaire.

La déclaration d’inconstitutionnalité aurait eu pour conséquence d’obliger le législateur à intervenir pour modifier le CPC

Le Conseil Constitutionnel a toutefois rejeté la QPC (CC 20 octobre 2020, n° 2020-857 QPC)

1. Le droit à un recours effectif n’est pas méconnu

* Car le législateur permet aux candidats évincés de disposer d’actions tels que le référé précontractuel et l’action en responsabilité
* Et même s’il découle de l’ensemble de ces dispositions l’impossibilité d’obtenir l’annulation du contrat, cette limitation est fondé sur un motif d’intérêt général consistant à assurer la stabilité des situations contractuelles.

2. Le principe d’égalité devant la loi n’est pas en cause car les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondant à des régimes différents les candidats évincés sont placés dans une situation différente

#### §.2 L’élargissement de la définition matérielle du contrat administratif

Le contrat de commande publique est désormais un contrat administratif par détermination de la loi

Il a toujours existé des contrats administratifs par détermination de la loi mais ils étaient peu nombreux

* + - Ventes par l’Etat de l’immeuble
    - Marchés de travaux publics (loi du 28 pluviôse an VIII)
    - Convention d’occupation du domaine public (décret-loi de 1938)

La qualification légale retenue par le Code et issue de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 a opté pour une solution beaucoup plus radicale en qualifiant de contrats administratifs l’ensemble des marchés publics.

Eu égard du nombre de contrats concernés, l’intervention de la loi a pour effet de neutraliser le jeu des critères matériels dans le champ de la commande publique lesquels ne jouent plus que manière subsidiaire à défaut de textes contraires.

##### A. Les contrats passEs par les personnes morales de droit public, contrats administratifs par détermination de la loi

La qualification légale rompt les équilibres jurisprudentiels traditionnels

* Rupture historique, parce les notions de CA et de MP repose historiquement sur des fondements et des fonctions différentes : le CMP vise les conditions de passation des contrats, la notion de contrat administratif détermine l’ordre juridictionnel compétent
* Rupture conceptuelle parce que du coup la loi inclut dans la catégorie des contrats administratifs des actes de gestion courante qui, ne comportant aucune clause exorbitante ou ne portant pas sur l’exécution même du service, ne relèvent pas à proprement parler de la « gestion publique » et étaient jusqu’alors en conséquence soumis au droit privé et à la compétence des tribunaux judiciaires.
* Rupture juridique, parce que la loi vient casser la solution retenue par le Tribunal des conflits dans l’arrêt Commune de Sauve du 5 juillet 1999.

L'arrêt Commune de Sauve avait en effet jugé qu’un marché soumis au code des marchés publics n’était pas nécessaire un contrat administratif dès lors que les deux notions étaient indépendantes l’une de l’autre.

* Cette solution était loin d'être une innovation, la notion de marché public de droit privé avait déjà été expressément adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Sté Locunivers du 17 décembre 1996 (Bull. cass, 1. N°464) dans le prolongement de la jurisprudence Société des Granits porphyroïdes des Vosges.
* L’arrêt du TC avait cependant été rendu sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement lequel s’appuyait sur la jurisprudence du Conseil d'Etat de 1973 « Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant » pour y voir des contrats administratifs
  + Devant le Tribunal des conflits, M. Rémy Schwartz allait ainsi s'efforcer de démontrer que plusieurs dispositions du Code des marchés publics devaient être interprétées comme un régime exorbitant du droit commun dans la mesure où conformément à la jurisprudence traditionnelle du Tribunal des conflits elles présentent un caractère inusuel dans les relations de droit privé,
  + Et M. Rémy Schwartz de citer : l'interdiction de la sous-traitance globale; les interdictions de postuler à un marché public visant les entreprises non en règle avec la législation fiscale ou sociale ; celles visant les personnes en liquidation judiciaires ou en faillite, les avantages consentis à certains types d'entreprises en cas d'équivalence de l'offre ou encore les contrôles fiscaux et comptables spécifiques pesant sur les cocontractants.

Cette analyse n’avait pas convaincu la formation collégiale du Tribunal des conflits

Mais la solution a été imposée par la loi en s’appuyant d’ailleurs une autre justification .

* D'après l'exposé des motifs de la loi MURCEF du 11 décembre 2001, la qualification légale s'explique par le souci d'unifier le contentieux des marchés publics au profil de la juridiction administrative dans la mesure où la jurisprudence Commune de la Sauve, laissant subsister des marchés publics de droit privé, pouvait générer des difficultés contentieuses importantes dans le contrôle des marchés publics.
  + On sait que cette explication est un peu forcée dès lors qu’il existe tout de même comme on l’a vu un contentieux judiciaire de la commande publique.
* Par rapport à la loi MURCEF le Code introduit deux nouveautés
  + Il vise les concessions et non seulement les marchés
  + Il fait découler de la qualification outre la compétence du JA les principes de la théorie générale des contrats administratifs (L.6)

##### B. La neutralisation relative des critères jurisprudentiels matériels.

Les critères matériels sont des critères alternatifs, il suffit que l’un des deux soit satisfait pour que la qualification de contrat administratif soit acquise.

Du fait de l’intervention de la loi , les critères jurisprudentiels sont dans le champ de la commande publique en quelque sorte désactivés. C’est surtout la logique du critère de la clause exorbitante qui se trouve affectée par cette évolution, le critère de la participation du cocontractant à l’exécution d’une mission de service public résiste mieux.

###### 1) Le critère de la clause exorbitante du droit commun

Exigé depuis l’arrêt Société des Granits porphyroïdes des Vosges ( CE, 31 juill. 1912, n° 30701, Sté des granits porphyroïdes des Vosges : Rec. CE 1912, p. 909, concl. L. Blum), la clause exorbitante du droit commun fait l’objet d’une définition renouvelée par le Tribunal des conflits ( 13 oct. 2014, n° 3963, SA Axa France )

Jusqu’à cette décision, la jurisprudence n'avait jamais expressément indiqué de quelle manière une telle clause peut être caractérisée.

La doctrine avait l’habitude de considérer comme exorbitante du droit commun

* Soit une clause qui serait impossible dans un contrat de droit privé - parce qu'elle y serait illicite - (T. confl., 15 nov. 1999, n° 3144, Cne de Bourisp : Rec. CE 1999, p. 478)
* Soit une clause inusuelle en droit privé - car par son caractère inégalitaire, elle ne refléterait pas la recherche d'un équilibre contractuel mais tendrait au contraire à avantager la partie publique.

Or, cette définition avait pour inconvénient qu'elle tendait à assimiler illicéité - ou inusualité - et exorbitance,

* Ce qui pouvait apparaître déplacé, notamment pour l'illicéité, car de nature à qualifier d’administratif tout contrat prohibé par le Code civil, sans considération des raisons pour lesquelles cette méconnaissance des règles du droit privé a été commise.
  + D’ailleurs, cette lecture ne correspondait le juge ne s'interdisait déjà pas de considérer certaines clauses impossibles en droit privé comme ne caractérisant pas un contrat administratif mais comme de simples clauses de droit privé illicites (T. confl., 11 oct. 1993, n° 2870, Sté centrale sidérurgique de Richemont et a. : Rec. CE 1993, p. 405).

C’est pour cette raison que le Tribunal opte pour une autre définition et indique que la clause exorbitante du droit commun est uniquement celle qui est motivée par la poursuite de l'intérêt général.

Le motif d’intérêt général justifie dès lors que le contenu de la clause s'écarte des solutions ordinairement retenues dans les contrats de droit privé,

* soit pour donner à l'Administration des prérogatives particulières dans l'exécution du contrat
* soit pour imposer au cocontractant privé des sujétions particulières.

La solution retenue par le Tribunal des conflits vient ainsi limiter le poids de l'intention des parties, lesquelles ne peuvent décider de se soustraire au droit commun des contrats qu’afin de poursuivre l'intérêt général.

Comme l’explique le rapporteur public (commissaire du gouvernement) F. Desportes il s’agit d'une clarification davantage que d'une innovation.

La redéfinition de la clause exorbitante ne paraît pas devoir avoir d’effet sur le critère du régime exorbitant du droit commun qui depuis 1973 (Société d’exploitation hydroélectrique de la rivière du Sant) lui est préféré par la jurisprudence dans certaines affaires restées toutefois marginales et qui consiste à dire qu’un contrat est administratif dès lors qu’il obéit à un régime exorbitant organisé par la loi ou le règlement, qu’il baigne en quelque sorte dans un environnement de droit public

* Dans ce cas, la notion d’illicéité n’a pas sa place dès lors que les règles exorbitantes sont posées par la loi en fonction de considérations d’intérêt général.
  + C’est le critère que le TC avait refusé d’étendre aux marchés publics en 1999
* Le réservant à des situations exceptionnelles (CE 1973 : obligation de contracter avec l’administration / arbitrage en cas de litige entre les parties devant le Ministre)

En conséquence de la qualification légale de contrat administratif, le juge n’a plus à rechercher dans les marchés publics la présence d’une clause exorbitante.

* Or la pratique montre que de très nombreux marchés de fournitures ou de services ne comportent pas généralement ce type de clause
  + Ainsi pour ne prendre que l’exemple de l’affaire Granits porphyroïdes des Vosges, le marché de fournitures portant sur l’achat de pavé serait aujourd’hui qualifié de contrat administratif
* En outre certains marchés de services tel le marché d’assurances –soumis aux dispositions du Code de l’assurance- obéissent à des règles largement incompatibles avec le régime des contrats administratifs.
  + En cas de litige, quel régime faire prévaloir ?

La portée de la qualification légale de contrats administratifs ne doit pas cependant être exagérée

En effet, nombre de marchés ont l’habitude de renvoyer à des CCAG, arrêtés par décret, qui se trouvent en conséquence comme incorporés aux clauses du contrat dans la mesure où le marché y renvoie

* Il existe 4 CCAG (travaux, fournitures et services courants, prestations intellectuelles, marchés industriels)
* Il s’agit de modèles de contrats-types élaborés par l’administration centrale
  + Si le décret qui approuve le CCAG est traité comme un acte réglementaire susceptible de REP
  + A l’inverse, les clauses du CCAG ont entre les parties au contrat valeur contractuelle chaque fois le marché qu’elles ont signé s’y réfère

Or les quatre CCAG contiennent tous des dispositions qui reconnaissent à l’administration contractante dans l’intérêt général des prérogatives exorbitantes du droit commun

A ce titre la jurisprudence jugeait que les parties qui s’y référaient introduisaient des clauses exorbitantes conférant au marché un caractère administratif TC 5 juillet 1999 UGAP

###### 2) Le critère de la participation du cocontractant de l’administration à l’exécution même du service public.

Le critère trouve son origine dans l’arrêt du CE 1956 époux Bertin.

On peut considérer que la logique de ce critère n’est pas frontalement affectée par la qualification légale résultant du code la commande publique ;

En effet parmi les contrats concernés par la jurisprudence époux Bertin on retrouve au premier chef les contrats confiant l’exploitation d’une mission de service c’est-à-dire les concessions qui restent des contrats administratifs comme auparavant

Le critère trouvera donc à s’appliquer essentiellement en dehors du champ de la commande publique.

Par exemple :

* convention portant sur l’organisation d’un service public : CE 8 octobre 2010 Société d’HLM un toit pour tous à propos d’un contrat faisant participer la société au service du logement étudiant
* convention assurant la coordination des obligations confiées par l’administration d’une part à un concessionnaire de service public d’autre part à un concessionnaire de travaux publics : CE 6 déc. 2013 Société Keolis Caen
* ou encore portant recrutement d’un agent participant à l’exécution d’un SPA : TC 1996 Berkani

La portée de la qualification légale n’est pas cependant totalement neutre

D’abord la notion de concession est plus large que celles de DSP tels que définies par la loi Sapin du 29 janvier 1993 : elle comprend désormais des concessions sans transfert de la mission de service public qui ne répondent pas au critère de la jurisprudence Bertin

* Par exemple : convention de mobilier urbain

Ensuite, elle peut aboutir à clarifier la situation de certains contrats de service (marchés ou concessions) dont la jurisprudence avait des difficultés à caractériser la participation directe au service public

* Par exemple à propos des contrats de mise à disposition de télévisions : solutions autrefois divergentes selon que le contrat était conclu par l’administration pénitentiaire ou un centre hospitalier

### §.2 L’extension de la compétence du juge administratif à l’ensemble des litiges intéressant un contrat de commande publique

La notion de marché public et par extension de commande publlique est par d’ailleurs aujourd’hui dotée d’un véritable effet attractif ( Conseil d'Etat 2007 Société Campenon-Bernard) amenant devant le juge administratif des litiges contractuels qui a priori non rien à y faire

• En l'espèce, il s'agissait d'une action en responsabilité extracontractuelle exercée par une personne publique (SNCF) contre des personnes privées (des entreprises du BTP)

La question de la compétence du juge administratif pouvait faire difficulté au point au point que le commissaire du gouvernement avait conclu au renvoi devant le Tribunal des conflits.

 L’action en responsabilité était en effet dirigée contre des entreprises privées pour des fautes constituées avant la signature du contrat

 On était en dehors du champ de compétence déterminée par la loi MURCEF.

 La SNCF se plaçait en dehors du droit de la commande publique.

* + - La SNCF arguait de violations au droit de la concurrence (ententes illicites) pour lesquelless les entreprises avaient été condamnée par le Conseil de la concurrence
    -  Et se plaçait sur le terrain des vices du consentement (manœuvres dolosives et dol incident) c’est-à-dire des constructions de droit civil

• La réponse était donc pour le moins délicate.

Le Conseil d'Etat choisit de contourner la difficulté en créant un nouveau bloc de compétence : les litiges nés à l'occasion de la passation et de l'exécution des marchés publics relèvent de la compétence administrative, qu'ils aient ou non une nature contractuelle.

* La solution s’explique par le souci du Conseil d'État d’éviter l’obligation de saisir deux juges pour un même contentieux (le juge administratif pour l'action en nullité ; le juge civil pour l'action en réparation).
* La jurisprudence Campenon Bernard a été vivement critiquée par la doctrine (notamment Braconnier, RDP 2009).

Elle a pourtant été confirmée par le TC dans l’arrêt 16 novembre 2015 Région Ile-de-France

* Rendu sur des faits similaires à l’affaire Campenon Bernard, l’affaire dont le Tribunal des conflits a été saisi se prêtait encore moins que la précédente à la compétence du juge administratif ;
  + - * d’ailleurs la Région avait choisi d’aller devant le juge civil
* Le litige avait donné lieu à une instance pénale. Les salariés des entreprises impliquées avaient été condamnés par la juridiction répressive pour participation à une entente anticoncurrentielle.
* De leur côté, les entreprises attributaires des marchés avaient été condamnées par le Conseil de la concurrence à des amendes sur le fondement de l’article L. 420-1 du code de commerce.
* La Région poursuivait non seulement les entreprises mais leurs salariés et toutes les personnes impliquées.

Certes la compétence du JA pouvait se réclamer de précédents :

* Outre l’arrêt de 2007
* Le Tribunal avait déjà jugé qu’un litige entre un pouvoir adjudicateur et un candidat, né à l’occasion de la passation d’un marché passé en application du code des marchés publics, relève de la compétence des juridictions administratives, alors même qu’il ne porte ni sur le respect des règles de passation ni - par construction - sur l'exécution du contrat mais sur la rupture brutale par le candidat pressenti des négociations
  + TC, 23 mai 2005, Département de la Savoie-SPTV c/ Société Apalatys, n° 3450).

Dans ce contexte, le Rapporteur public en 2015 allait conclure la compétence du JJ jugeant que tous les aspects du litige et les règles de droit à manier relevaient du droit privé.

Mais ce n’est pas la solution retenue finalement en l’espèce, le Tribunal des conflits retient la compétence des juridictions administratives,

* Il précise que la solution vaut dès lors qu’est en cause « la responsabilité de personnes auxquelles sont imputés des comportements susceptibles d’avoir altéré les stipulations d’un contrat administratif, notamment ses clauses financières ».
  + Sont ainsi visées, non seulement les entreprises qui ont contracté avec la personne publique mais aussi toutes les autres personnes auxquelles sont imputés de tels comportements.

##### 

# Chapitre 3

# Un contrat public d’affaires

# (La classification des contrats administratifs)

# 

La diversité des contrats ne va pas sans poser de redoutables difficultés de classification.

On peut d’abord distinguer les contrats publics d’affaires c’est-à-dire les contrats par lesquels l’administration en vue de la réalisation d’échanges économiques privé et les conventions d’administration. (voir plus haut)

Parmi les contrats publics d’affaires, la doctrine distingue traditionnellement trois types de contrats en fonction des finalités poursuivis par l’administration

* Les marchés publics, contrats par lesquels l’administration se procure les moyens nécessaires au fonctionnement de ses services et à l’exécution par elle-même de ses missions
* Les conventions de gestion du service public : contrats qui selon des modalités variables confient (concession, affermage) à un tiers (le plus souvent un opérateur privé) la gestion du service public ; l’administration ne conservant sur la gestion du service qu’un pouvoir de contrôle.
* Les contrats d’occupation du domaine public que l’on appelle encore les concessions domaniales par lesquels l’administration autorise une entreprise privée à exercer son activité économique sur le domaine public.

En pratique, la mise en œuvre de cette classification donne lieu à un certain nombre d’incertitudes :

* D’abord, les catégories proposées ne s’avèrent pas en effet totalement étanche
* C’est ainsi qu’une concession domaniale peut se doubler d’un marché de travaux (Conseil d'Etat 1994 Commune de Cabourg) dès lors que l’opérateur privé n’a pas vocation à garder la propriété de l’ouvrage à construire mais tend à le transférer à son contractant public.
* Ou encore qu’une concession de plage peut cacher un contrat de délégation de service public (Conseil d'Etat 21 juin 2000 La plage de chez joseph / Conseil d'Etat 11 déc. 2000 Agofroy ) dès lors que l’occupant est soumis par le contrat à des obligations spécifiques
  + - Des contrats peuvent donc être l’un et l’autre.

Ensuit les textes spéciaux vont multiplier les contrats particuliers qui sous couvert d’efficacité immédiate emprunte leurs caractéristiques à plusieurs catégories fragilisant la classification tant par leur nombre que par la mixité de leur régime. Les années 1990-2000 ont vu se développer toutes sortes de contrats

* Soit issus de la pratique contractuelle sous la forme de montages contractuels complexes,
* Soit institués par la législateur lui-même, sans véritable rigueur juridique et au service d’une conception politique purement instrumentale des contrats (il existe autant de contrats que de problème à résoudre).

La réforme engagée par les directives 2014 transposées en droit français en 2015-2016 puis dans le code de la commande publique met fin à cette prolifération anarchique des types de contrats.

Si elle confirme la conception englobante à l’œuvre depuis les premières directives, elle procède à la remise en cause conceptuelle de la matière autour d’une distinction binaire renouant au moins formellement avec les catégories classiques du droit des contrats: celle du marché et de la concession dont le critère tient au montage financier qui a présidé à la conclusion du contrat.

### Section1. L’identification extensive des contrats de commande publique

Les textes identifient les marchés et les concessions à l’aide de trois élément caractéristiques :

L’autorité qui conclut le contrat qualifiée de pouvoir adjudicateur

Le caractère onéreux de la relation contractuelle

L’objet de la prestation : achat de travaux, services ou fournitures

Chacun de ces éléments fait l’objet d’une définition large de sorte que tout contrat portant sur des prestations marchandes est potentiellement un contrat de commande publique y compris quand il est passé entre deux collectivités publiques

#### §. 1. Un contrat portant sur les prestations marchandes.

Les textes ont une conception large des prestations susceptibles d’être comprise par les notions de marché et de concessions (travaux, services, fournitures) : toute prestation susceptible d’être commercialisée.

Cette conception large a pour effet d’étendre le champ de la commande publique à des situations notamment inconnues du droit interne.

Cette extension n’est pas cependant pas sans limite. La jurisprudence veille à ce que les contrats soient passés en vue de répondre aux besoins des pouvoirs adjudicateurs

##### A. UN contrat conclu pour les besoins d’un pouvoir adjudicateur

Comment comprendre cette notion ?

Au sens large, il parait suffire que le contrat ait pour objet de confier au titulaire la réalisation de prestations dont il a défini les caractéristiques.

* Mais ce n’est pas la vision retenue par la jurisprudence pour distinguer les contrats de commande publique de contrats voisins

D’après le Conseil d’Etat (CE, 15 mai 2013, n° 364593, Ville de Paris) :

* Il ne suffit pas que le pouvoir adjudicateur ait précisé leur nature des prestations et leur consistance, ni même qu'elles présentent un caractère d'intérêt général.
* Il faut que les prestations prévues par le contrat concernent des activités menées par ses services ou exercées pour leur compte

Rendu à propos d’une convention ayant pour objet l'installation et l'exploitation, sur le domaine public communal, de colonnes et de mâts porte-affiches, l’arrêt précise

* + « que si cette affectation culturelle des mobiliers répond à un intérêt général s'attachant pour la Ville, gestionnaire du domaine, à la promotion des activités culturelles sur son territoire,
  + il est constant qu'elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte ;
    - qu'ainsi, la cour a commis une erreur de qualification juridique en déduisant des clauses mentionnées au point 4 que la convention devait être regardée comme un marché public conclu pour répondre aux besoins de la Ville

Cette solution n'est pas étrangère à celle adoptée par la CJUE dans son arrêt Helmut Müller (CJUE, 25 mars 2010) à propos de travaux bénéficiant à des tiers dans le cadre d’opérations d’aménagement urbain décidées par l’administration.

* + Les faits : L'administration fédérale chargée des affaires immobilières avait lancé un appel d'offres pour vendre une caserne. Parallèlement, le conseil municipal de la ville avait lancé dans la perspective d'une réutilisation civile des terrains concernés, un projet de développement urbain du quartier
    - L’office fédéral examine deux offres et donne la préférence à l’offre d’un acquéreur pour des raisons d'urbanisme, considérant que son projet de réhabilitation et s’intégrait le mieux dans le projet urbain de la ville.
    - Le concurrent évincé Helmut Müller a attaqué cette décision.
    - Il plaidait que la vente de cette caserne relevait du droit des marchés publics et aurait donc dû faire l'objet d'une procédure de passation dans les règles dès lors que des travaux seraient réalisés dans le cadre du projet de réhabilitation urbaine décidé par l’administration par le cocontractant de l’administration.

La CJUE écarte cette argumentation. Elle rappelle à cette occasion que la notion de marché public de travaux implique que "les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur".

* Or pour la CJUE, cette condition de l'intérêt économique direct n'est pas remplie "lorsque les travaux envisagés visent à satisfaire un objectif public d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer seulement le respect, tel que le développement ou la cohérence urbanistique d'une partie d'une commune".
* Enfin, la Cour rappelle qu'un marché public de travaux a pour objet la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.
  + "Le simple fait qu'une autorité publique, dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbaine, examine certains plans de construction qui lui sont soumis ou prenne une décision en application de compétences dans cette matière ne répond pas à l'exigence relative aux "besoins précisés par le pouvoir adjudicateur" ".

En droit français, le critère de l’intérêt économique direct soulève la question des cessions immobilières réalisés par l’administration et assorties de charges de travaux imposées à l’acquéreur par le vendeur.

* La jurisprudence administrative est clairement sur la défensive. En réaction à une jurisprudence européenne jugée trop extensive, plusieurs cours administratives ont considéré que de telles ventes immobilières avec charge ne constituaient pas des marchés publics de travaux alors même que les travaux profitent à la personne publique.
* Parfois le juge administratif se borne à relever que la convention n'a pas pour objet (principal) l'exécution de travaux publics
  + - CAA Versailles, 4 oct. 2012, n°10VE02568, Cne Corbeil-Essonnes : ne constitue pas un marché de travaux, l'élargissement d'une voie publique et la réalisation d'un carrefour giratoire, financés par fonds de concours c’est-à-dire par la personne (gestionnaire d’un équipement commercial) qui bénéficie de l’autorisation de construire accordé par l’administration
* D’autres fois, le juge peut opposer la définition même de l'intérêt économique direct, lequel ne saurait procéder à l’occasion de la vente du marché couvert de la seule intention du pouvoir adjudicateur de favoriser le développement de son centre-ville (CAA Lyon, 4 juill. 2013, n° 12LY01556, Sté APSYS :

##### B. Un contrat conclu A titre onereux

Le contrat de commande publique repose nécessairement sur une contrepartie financière.

Le cocontractant de l’administration reçoit une rémunération.

* Le prix payé par l’administration
* Les tarifs perçus par les usagers

Ce critère permet notamment de distinguer **les marchés publics et les concessions domaniales**

* A priori, il n’y pas d’hésitation à avoir, la concession domaniale se borne à conférer un titre d’occupation à une entreprise sur le domaine.
* La contrepartie de cette occupation se trouve dans le paiement par l’occupant d’une redevance.

Mais les choses se compliquent quand cette occupation est consentie à titre gratuit en échange de certaines prestations délivrées à la personne publique par l’occupant.

* Les contrats de mobilier urbain qui conjuguent à la fois occupation du domaine public et affichage d’informations municipales et publicitaires en constituent le prototype de ces montages contractuels où la rémunération du cocontractant n’apparaît pas distinctement
  + - Dans certains cas, l’entreprise qui installe le mobilier urbain loue les emplacements à la collectivité en échange d’une rémunération versée par la collectivité en vue de la diffusion d’informations
      * La qualification de marché public ne fait alors aucun doute .
    - Dans d’autres cas, l’entreprise met gratuitement les installations de mobilier urbain à la disposition de la collectivité publique.
      * En effet, elle va trouver sa rémunération dans la publicité apposée sur ces équipements par les annonceurs
        + A ce titre, ces contrats s’avèrent en réalité extrêmement rémunérateurs pour le concessionnaire
        + En outre, échappant longtemps (jusqu’en 2017 voir CGPPP) à toute réglementation l’occupation du domaine public confère une véritable rente de situation : pas de mise en concurrence, clause de reconduction tacite
      * La prestation assurée par l’entreprise consiste alors à installer du mobilier urbain (abribus, cabines téléphoniques, horodateurs, bancs publics, corbeilles à papier, plans de ville) sur la voie publique et à l’entretenir.

Le souci du CE de ne pas faire échapper ces contrats aux règles de mise en concurrence le conduit à étendre la notion de marché public à ce type de montage

Le raisonnement du juge consiste à dire alors même que ces contrats sont consentis formellement à titre gratuit : l’occupation à titre gratuit du domaine public constitue une rémunération cachée (Avis CE 1980).

* + - * Le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat en 1980 relevait davantage de considérations d’opportunité que de la stricte analyse juridique.
      * Les contrats de mobilier urbain procurent à leur titulaire un avantage économique au moins aussi important que le service rendu à la collectivité. Dans ses conditions, il a pu paraître normal au Conseil d'Etat que l’octroi d’une telle rente de situation soit entouré d’une certaine publicité et précédé d’une mise en concurrence.

Mais La CJCE dans un domaine voisin partage cette analyse.

* Elle a jugé qu’un abandon de recettes peut constituer une modalité du caractère onéreux du marché : en l’espèce, l’occupant réalise un ouvrage dont le prix est égal à la participation dont il a été dispensée (CJCE 12 Juillet 2001 Ordine degli aarchitetti delle province di Milano, affaire de la Scala de Milan)

La solution a été confirmée dans l’arrêt Société J.cl Decaux du 4 novembre 2005.

Le commissaire du gouvernement Casas en donne l’explication suivante :

* Le contrat est passé pour répondre aux besoins de la commune (besoins en information municipale).
  + La question de savoir quel est l’objet principal du contrat est l’installation de mobilier urbain (donc une occupation du domaine public) est sans incidence car les contrats ne peuvent pas être réduits à cet aspect et quand un contrat domanial a un objet mixte cela n’a pas d’influence sur la qualification de DSP ou de MP.
  + Par contre s’il ne s’agit que d’affichage publicitaire, la condition n’est pas satisfaite
    - Voir l’afffaire des colonnes Morris à Paris, CE 2013 Ville de Paris c/ Tisseo
* Le contrat n’est pas une DSP car il n’est confié aucune mission de service public à la société Decaux (a/ L’abribus participe de la mission de transport urbain mais n’est pas le cœur de cette activité ; b/ la politique d’affichage municipale n’est pas confié à la société Decaux, c’est la commune qui décide du lieu d’implantation des mobiliers urbains et du contenu de l’information)
* Le contrat est un contrat à titre onéreux. La gratuité du contrat n’est qu’apparente : la rémunération du cocontractant tient à l’absence de redevance domaniale et aux avantages économiques qu’il retire de l’occupation du domaine public. Cette rémunération implicite correspond au prix versé par l’administration en contre partie des prestations servies à la commune.
  + - Le droit fiscal confirme cette lecture. Car il exclut de l’assiette de la taxe professionnelle due par la société Decaux une partie du mobilier urbain qui est regardé comme une prestation acquise par la Commune et qui ne peut être regardée comme utilisée par l’afficheur pour la réalisation des opérations qu’elle effectue (CE 8 mars 2002 Société Bueil Publicité)

La qualification des marchés de mobilier urbain subit l’influence de la transposition en droit français de la directive concession qui consacre la notion de concession de service indépendamment de l’exécution d’une mission de service public.

* Or l’absence d’une mission de service public était le principale argument pour refuser de voir dans le contrat de mobilier une DSP et c’est dans le but de les soumettre quand même à des obligations de mise en concurrence que le CE les a qualifié de marché public.
  + Désormais, dès lors que le risque d’exploitation est entièrement supporté par le co-contractant (notamment parce qu’il se rémunère par des recettes publicitaires) le contrat de mobilier urbain est plus proche de la concession de service que du marché public
  + En ce sens une ordonnance du Tribunal administratif de Toulouse rendu en 2017

L’onérosité est donc appréciée largement

En outre, l'onérosité nécessaire à l'identification des marchés publics ne pèse pas nécessairement sur le pouvoir adjudicateur.

Elle peut consister en un prix payé par les tiers, bénéficiaires de la prestation

* (CE, 29 juin 2012, n° 357976, Sté Pro 2C  (prestations payées par les demandeurs de visa)
* CE, 3 déc. 2012, n° 361887, GIE Groupement des poursuites extérieures (marché passé par l’administration en vue du recouvrement de créances auprès d’huissiers qui se rémunèrent directement sur les créanciers de l’Etat ).
* Elle est conforme à la jurisprudence de la CJUE (CJUE, 15 juill. 2010, aff. C-270/08, Commission c/ Allemagne : attribution à une compagnie d’assurances de services d’assurances-vieillesse financés par les agents de la collectivité).

On retiendra quand même que l'objectif de libre et égale concurrence conduit à gonfler la notion de marchés publics.

Il peut y avoir marché public alors même que le pouvoir adjudicateur ne paie aucun prix, ne bénéficie directement d’aucune prestation.

##### C. Un contrat a objet potentiellement illimité

Les textes visent trois types de prestations. Les marchés publics concernent aussi bien les travaux, les services que l’achat de fournitures.

Ces éléments sont d’interprétation large et confèrent à la notion de contrat de commande publique un champ matériel quasi illimité dès lors que l’identification de prestations qui seraient en soi non marchandes est problématique.

1) Les prestations visées par les textes et inclus dans le champ

a. La notion de travaux.

La notion de travaux a connu une évolution remarquable.

* En effet, la définition européenne vise l’exécution, soit la conception et l’exécution de travaux, soit la réalisation par quelque que moyen que ce soit d’un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur.
* Or le Code des marchés publics exigeait en effet que la personne publique exerce la maîtrise d’ouvrage publique. Ce qui excluait nombre de contrats
* L’ordonnance du 23 juillet 2015 met fin à cette différence qui conduit à intégrer les contrats de partenariat dans la catégorie des marchés publics

La fin d’une définition nationale tournée sur la maîtrise d’ouvrage publique

* Sur le fondement de la loi MOP du 12 juillet 1985 la jurisprudence administrative a défini la maîtrise d’ouvrage par la réunion de trois éléments.
* La personne publique doit assumer la responsabilité de la conception et de la réalisation des travaux. En particulier, elle doit avoir été associée à la direction technique des travaux ainsi qu’aux opérations de réception.
* L’ouvrage doit être conçu en fonction des besoins propres de la personne publique responsable de l’opération.
* L’ouvrage doit devenir la propriété de l’administration dès son achèvement.

Une des raisons d'être de la loi du 12 juillet 1985, dite loi MOP est d'encadrer la délégation de maîtrise d'ouvrage.

* Pour ce faire, il a été précisé que le maître d'ouvrage ne pouvait renoncer à son pouvoir de décision sur la faisabilité et sur le budget de l'opération de construction : « responsable principal de l'ouvrage, (le maître d'ouvrage) remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre » (loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée art. 2).
* L’obligation d’assurer la maîtrise d’ouvrage emporte des restrictions quant à la possibilité de passer un marché qui portera à la fois sur la conception du projet et la réalisation de l’ouvrage par l’entreprise. La loi MOP du 12 juillet 1985, impose de dissocier la mission de maîtrise d’œuvre de celle de l’entrepreneur pour la réalisation des équipements publics.
* La loi MOP permet cependant de déroger à cette règle pour la réalisation d’ouvrages d’une technicité particulière, en associant l’entreprise et le concepteur dès les premières phases du projet. C’est le processus du marché de conception-réalisation.

Les directives couvrent les contrats dont l’objet n’est pas seulement la réalisation de travaux mais la conception, le financement, la promotion ou la gestion de l’ouvrage :

* Cette analyse avait été confirmée par l’arrêt CJCE 2001 Ordre des architectes de la Province de Milan : le cocontractant de l’administration n’a pas besoin d’être nécessairement un entrepreneur il suffit qu’il soit en mesure de faire exécuter des travaux.
  + Faire et faire faire

Le code se conforme à cette solution. Elle ne règle pas tous les problèmes.

En effet, certaines opérations de construction publique sont conduites par le cocontractant de l’administration sous maîtrise d’ouvrage privée

Le droit français a toujours eu du mal à saisir ce type de contrat

* Ainsi à propos du BEA régi par la loi du 5 janvier 1988 (art. L. 1311-3 du CGCT) et utilisé pour construire des équipements publics
  + Dans l’arrêt du 25 février 1994 Sofap Marignan le Conseil d'Etat a admis qu’une collectivité locale pouvait utiliser cette formule pour faire construire un équipement public (ici agrandir l’hôtel de ville) à la place d’un marché de travaux. L’intérêt est ici pour la commune de faire préfinancer l’ouvrage par l’investisseur privé. Le recours au BAE permet ce montage : la société s’engageant 1/ à construire sur le domaine public (des terrains attenants à l’hôtel de ville) un ensemble immobilier à usage de bureaux et de commerce 2/ à en louer immédiatement une partie à l’administration 3/ à rétrocéder le tout à la ville au terme du BAE/
* En l’espèce, la question du respect des obligations de mise en concurrence ne lui avait pas été posée.
  + Elle offrait une difficulté
    - Le contrat n’est pas un marché public au sens du droit français
  + Mais était un marché de travaux au sens du droit de l’UE
  + Le risque encouru était donc celui d’une requalification par le juge du contrat en marché de travaux compte tenu de son objet principal et donc d’une annulation de la procédure si aucune mise en concurrence n’a été effectuée

Pour éviter le risque contentieux, le législateur est parfois intervenu

* Recommandant aux PA de respecter les obligations européennes (CMP 2006)
* Ou par la création des contrats de partenariat qui offrent aux administrations publiques un contrat plus robuste
  + qui échappaient à la loi MOP tout allant au-delà du seul aspect domaniale
  + mais dont la procédure de passation (le dialogue compétitif) définie par décret respectait les exigences de la directive « marchés de travaux »

Désormais, l’élargissement de la notion de marché travaux à tous les contrats par lesquels le pouvoir adjudicateur fait réaliser un ouvrage par un opérateur économique sans exercer directement la maîtrise d’ouvrage conduit à une situation paradoxale.

En effet, en soumettant ces contrats du « troisième type » aux règles générales du code de la commande publique, le législateur en rend leur exécution malaisée.

Car

* Ils sont contraires à la MOP laquelle désormais codiféees continuent de s’appliquer aux marchés de travaux (
* Ils intègrent nécessairement une mission globale consistant à confier à l’opérateur la conception et la réalisation de l’ouvrage. Or le Code soumet le recours aux marchés de conception-réalisation à des conditions très strictes
* Ils n’ont d’intérêt pratique que s’ils permettent au cocontractant de préfinancer l’ouvrage. Or l’ordonnance a maintenu l’interdiction du paiement différé.

L’ordonnance ne règle pas non plus la question du recours à la VEFA qui n’est pas un marché public et qui permet portant à l’administration de se glisser dans une opération de construction immobilière pour acquérir un bien à construire

###### b. La notion de services

Les deux ordonnances diffèrent sur la définition

Si un marché de service a pour objet la réalisation de prestations de service, la concession a pour objet la gestion d’un service et peut consister à déléguer la gestion d’un service public

Longtemps exclus du champ du droit communautaire, les notions de marché et de concession de service n’ont été dégagée que tardivement en droit français Mais leurs effets sont important.

Une consécration tardive.

En matière de concession, la notion de service a longtemps été absorbée par la notion de service public. Elle n’en est distinguée que depuis la directive de 2014 pour qui une concession n’est pas nécessaire une concesson de service public.

En matière de marché, il a fallu attendre 1997 et la transposition de la directive de 1992 pour voir émerger cette notion.

Le secteur des services est traditionnellement plus fermé que les travaux et les fournitures.

* + - La tradition des Etats-membres voulait que la plupart des prestations de services (banque, assurance, comptabilité) soit réservée à des opérateurs nationaux. La liberté de circulation des services a donné lieu à des difficultés considérables de mise en œuvre : la reconnaissance mutuelle des normes ayant été finalement souvent préférée à l’harmonisation des législations nationales.
    - L’administration publique n’était pas davantage portée à libéralisation des services ; bien au contraire même, parce que sa fonction est déjà de fournir des services au public

En droit communautaire, les marchés de services visent une catégorie résiduelle comportant tout contrat instituant une obligation de faire. La directive ne fournit aucune définition objective du prestataire de services ou des services.

L’absence de définition objective conduit le législateur communautaire

1. à exclure expressément certains contrats

* Tels que les contrats de travail faute de pouvoir dégager un critère précis.

2. à avoir recours à une méthode énumérative qui consiste à établir la liste détaillée des services soumis à la réglementation communautaire.

* Cependant la directive de 1992 faisait une distinction
  + - Seuls les services dits prioritaires dont la liste est donnée par l’annexe I A de la directive 92/50 (et à l’annexe XVI A de la directive 93/38) relèvent de l’intégralité des règles de publicité et de mise en concurrence.
    - Les marchés relatifs aux autres services sont seulement assujettis à l’obligation d’adresser à l’Office des publications européennes un avis d’attribution a posteriori,
      * L’une des questions les plus délicates étaient dès lors de savoir si un marché de service relève de l’annexe IA ou de l’annexe IB : ainsi du transport de malades selon qu’un infirmier était présent ou non….

La directive adoptée en 2014 met fin à cette distinction et pose un principe général de soumission aux obligations de publicité et mise en concurrence

* Elle distingue cependant les services sociaux, les services de santé, les services d’éducation qui continuent de bénéficier d’un régime procédural aménagé (procédure adapté, avis de publicité et avis d’attribution)
* La notion de marché de service revêt un caractère extensif et englobe des contrats que le droit interne n’avait songé soumettre au Code des marchés publics.

Se trouvent ainsi couverts par la réglementation communautaire toute une série de services qui dans la pratique administrative française échappait au Code des marchés publics (notamment les contrats intuitu personae)

* Les marchés de service bancaire et d’investissement.
* Les marchés d’assurance.
  + CE 1984 Chambre syndicale des agents d’assurances des Hautes Pyrénées : le CMP et le Code des assurances sont incompatibles.
* Les marchés de service juridique.
  + Initialement jugé par le CE incompatibles avec les règles d’indépendance de confidentialité de la profession d’avocat (CE 1999 Toubol-Fischer) les services juridiques ont été soumis moyennant quelques aménagements au CMP (CE Ass. 5 mars 2003 Ordre des avocats à la Cour d’appel de Paris)
* Les contrats de mandat.
  + - Le Conseil d'Etat (5 mars 2003 Unspic) a annulé l’article 3 du CMP en tant qu’il exclut les contrats de mandat

Les dispositions applicables aux marchés de service ont soulevé la question des délégations de maîtrise d’ouvrage organisée par la loi MOP. Un contentieux a été ouvert devant la Cour de justice (CJCE 20 octobre 2005 Commission c/ France, aff. C-264/03

* La loi MOP avait organisé un système totalement étranger à la problématique des marchés publics. Estimant que la maîtrise d’ouvrage publique était une fonction d’intérêt général, la loi avait
  + - d’une part, énuméré la liste des fonctions que le maître d’ouvrage ne pouvait se démettre sauf à être déléguée à un tiers dans le cadre d’un contrat de mandat
    - d’autre part, limité aux seules personnes publiques ou sociétés du secteur public la possibilité d’être retenues comme maître d’ouvrage délégué.
    - enfin, écarté toute mise en concurrence, au nom de l’idée que la maîtrise d’ouvrage déléguée est un contrat d’un type particulier dès lors qu’elle fait participer directement le cocontractant à l’exercice de l’autorité publique.

Cette conception n’a pas retenue par la Cour de justice qui considère que le contrat de maîtrise d’ouvrage est un marché public de services

* Elle rappelle d’abord que l’exercice de missions d’intérêt général est sans conséquence sur la qualification de MP d’autant que le propre de ce type de contrat est précisément de contribuer à ce type de missions
* Elle constate ensuite une violation du principe de libre prestation des services dès lors que toute personne intéressée n’est pas susceptible d’exercer les missions de maîtrise d’ouvrage déléguée
  + - On notera que le législateur avait anticipé la censure de la CJCE. L’ordonnance du 17 juin 2004 est venue modifier la loi du 12 juillet 1985 en autorisant toute personne publique comme privée à exercer les missions de la maîtrise d’ouvrage déléguée.

###### c. Les marchés de fournitures.

La notion s ’applique à tous les produits, alors même que les textes ne donne aucune définition de la notion de produit

* La doctrine considère que cette notion est synonyme de marchandises au sens des traités , qu’elle recouvre donc tous les biens meubles susceptibles de faire l’objet d’une transaction commerciale.
* Cette analyse est confirmée par la Cour de justice qui juge que les produits pharmaceutiques entrent dans le champ d’application de la directive « marchés de fournitures » alors même que le marché des médicaments est un secteur fortement réglementé en vertu du droit communautaire. La Cour justifie sa solution en expliquant que les seules exceptions permises à l’application des directives marchés publics sont celles qui y sont limitativement et expressément mentionnées.
* L’apport du droit de l’UE a surtout consisté à inclure dans la définition du marché de fournitures les acquisitions distinctes de l’achat c’est à dire les contrats de crédit-bail, de location, location-vente avec ou sans option d’achat.

###### 2. L’identification problématique des prestations non marchandes

###### a) Les exclusions admises par la jurisprudence

Le Conseil d'Etat tend à considérer que toutes les prestations délivrées pour répondre aux besoins des collectivités publiques n’ont pas un caractère marchand. Plusieurs types d’hypothèses sont concernés auxquels s’ajoutent les exclusions par les ordonnances de 2015 et 2016

a1 Les prestations d’assistance et de conseil fournies par l’Etat aux collectivités territoriales

Cette exclusion est illustrée par l’arrêt du CE 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris.

* En l’espèce, l'Ordre des avocats au barreau de Paris demandait au CE d'annuler le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la « Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat », placé auprès du ministre des Finances et chargé d’évaluer si les projets de partenariats dont les administrations publiques envisagent la conclusion répondent aux conditions requises par l’ordonnance du 17 juin 2004
  + - Le contentieux concernait non l’obligation faite aux services de l’Etat de recourir à l'organisme expert (couverte par la jurisprudence CE 1970 Soc. Unipain) mais plutôt la faculté laissée aux collectivités locales de saisir la MAPP pour réaliser l’évaluation à laquelle elles sont légalement tenus.
* L’Ordre des avocats estimait qu’il n’y avait aucune raison justifiant qu’une collectivité publique ait recours à la Mission d'appui plutôt qu'à un prestataire privé - un avocat par exemple - sans se trouver dans l'obligation de les mettre en concurrence.
* Le recours va cependant être rejeté : le CE considérant que le décret ne méconnaît ni le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ni les règles de la concurrence, ni d'ailleurs, les principes généraux de la commande publique, pour la raison fondamentale que ces moyens ne sont pas invocables en l'espèce.
  + Suivant son commissaire du gouvernement (Didier Casas, RFDA 2006, p. 1194), le CE va juger que l’ensemble de ces règles tirés du principe de libre et égale concurrence n'a de sens qu'en tant qu'elles concernent une activité économique. Or en l’espèce le CE juge que l’activité d’expertise de la MAPP se situe hors marché :
  + « *Nous pensons,* explique le commissaire du gouvernement*, que lorsque l'Etat donne des conseils à des personnes publiques ou à des personnes privées investies d'une mission de service public sur la façon d'appliquer les textes, il ne fait pas de commerce. L'Etat se borne dans ce cas à remplir la mission qui est la sienne de veiller, par différents moyens, à la bonne application de la règle de droit*».

Dans le même ordre d'idées, le législateur peut exclure du champ concurrentiel certains types de prestations.

* Ainsi, les dispositions relatives à l'ingénierie publique tirée de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 ont prévu que les travaux effectués par les services de l’Etat pour le compte des collectivités territoriales avaient vocation contrairement à la pratique traditionnelle à être soumis au code des marchés publics dès lors que ces entreprises privées étaient en situation de proposer le même type de prestations.
  + Pour autant, certaines prestations de travaux, offertes aux communes de taille modeste, continueront d’être délivrées en dehors de toute mise en concurrence. La loi justifiant cette exception par des raisons « d'aménagement du territoire et de solidarité » et l’idée qu’il est dans les missions de l’Etat de porter assistance aux petites communes dépourvues de moyens techniques.

a2. Les prestations à caractère social

Le Conseil d'Etat dans son avis du 23 octobre 2003 Fondation Jean Moulin a jugé que les règles du code des marchés publics ne s’appliquent que dans la mesure où la prestation délivrée à un caractère marchand, ce qui exclut les prestations à caractère social

L’affaire portait sur les prestations d’action sociale confiées par le Ministère de l’intérieur à titre exclusif à la Fondation Jean Moulin. La Fondation fournit diverses prestations destinées à améliorer directement ou indirectement les conditions d'emploi, de travail et de vie des agents et de leurs familles, notamment en les aidant à faire face à diverses situations difficiles et en facilitant leur accès à des services collectifs

* Le Conseil d'Etat a jugé que ces prestations constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines de ce ministère. Qu’en conséquence qu’elles ne présentent pas, dans les conditions où elles sont mises en œuvre, le caractère d'une activité économique ;
* qu’il suit de là qu'en organisant la gestion de ces prestations, le ministère procède à une simple organisation du service et il lui est loisible, soit de gérer lui-même en régie lesdites prestations, soit d'en confier la charge par voie de convention à la « Fondation Jean-Moulin »,sans être astreint dans ce dernier cas à la passation d'un marché public de prestation de service.

a3. Les conventions de subventionnement et activités subventionnées.

Les subventions n’ont a priori (intellectuellement parlant) rien à voir avec la commande publique.

Cependant en pratique les choses sont plus compliquées. L’obligation faite par la loi du 12 avril 2000 DCRA aux collectivités locales qui subventionnent l’activité d’association de conclure des conventions d’objectifs peut donner lieu à des difficultés de qualification tant elle se distingue mal dans les faits d’une concession

* La difficulté tient à ce que l’association exerce une activité d’intérêt général (c’est pour cela qu’elle a été subventionnée) et à ce que la convention d’objectifs implique un droit de regard de la collectivité sur l’activité de l’association d’autant que le financement a pu être subordonné à certaines conditions qui auront permis à la collectivité d’orienter les choix de développement de l’association.
* La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (J.O n° 179 du 4 août 2006 page 11665): précise que la subvention constitue : « une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agira d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe(ou équivalente) n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière (…) ».

Cette analyse est reprise par la jurisprudence

Le premier critère consiste, notamment, dans l'initiative à l'origine du projet.

* « Dans le cadre d'un marché public, le prestataire agit à la demande de la collectivité publique pour répondre aux besoins qu'elle a elle-même définis.
* La subvention, en revanche est destinée à soutenir financièrement une action initiée et menée par un tiers « Exemple : une somme d'argent allouée à un comité des fêtes pour l'organisation d'une manifestation réalisée à sa seule initiale et sous sa responsabilité constitue une subvention (CAA Marseille, 20 juillet 1999, Commune de Toulon, n° 98MA01735) ».

La même question s’est posé au TA de Nice dans une affaire où la Ville de Nice avait versé une subvention à une association dont l’activité consiste à organiser des stages de pratique musicales ainsi que des concerts et que la subvention était assorti de la mise à disposition de locaux appartenant à la ville pour les répétitions et les représentations (TA Nice 24 février 2006 Knecht c/ Commune de Nice, BDJcontrat de partenariat 2006, n°46,p.196.

Le critère retenu par le tribunal est celui de l’initiative du projet. S’il apparaît que c’est la ville qui est à l’initiative du projet culturel, alors le contrat est qualifié de DSP. En l’espèce, le TA de Nice écarte cette qualification au motif que

* Si des personnels de la ville sont mis à disposition de l’association, c’est de manière ponctuelle (pour les concerts) et non de manière régulière. Ce qui témoigne de l’autonomie organique de l’Association dont aucun des dirigeants n’est de surcroît issu de la municipalité.
* L’association exerce son activité depuis près de 40 ans préalablement et indépendamment de toute intervention financière de la Commune.
* La convention d’objectifs n’a pas conduit à réorienter les activités de l’association qui reste destinée à un public spécialisé (élèves de fin d’études des conservatoires nationaux). Il en aurait été autrement par exemple si la subvention avait été conditionné à l’ouverture des stages à tout type d’usagers.

Le second critère permettant de distinguer la subvention du marché est l'absence de contrepartie directe.

* Dans le cadre d'une subvention, la collectivité n'en attend aucune « cependant le juge considère qu'il y a marché public lorsque les sommes versées correspondent à des prestations de services individualisées et qu'elles sont en relation avec les avantages immédiats que la collectivité peut retirer des actions qui ont donné lieu au paiement (CE, 26 mars 2008, Région de la Réunion, n° 284412) ».

Dans ce cas, le juge n’hésite pas à procéder à une requalification : CE 2008 Région de la Réunion.

1. En l’espèce, le juge relève que la REGION DE LA REUNION a décidé, dans le cadre de ses compétences et après avoir défini ses propres besoins, de faire réaliser des prestations de formation afin de contribuer à la mise en oeuvre du plan régional de formation professionnelle

2 que les conventions signées en 1997, 1998 et 1999 entre la REGION DE LA REUNION et la société Formateurs de Bourbon avaient pour objet de confier à cette dernière une partie de ces prestations de formation

3 que les aides financières qu’elles prévoyaient prenaient en compte l’intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations ainsi que la rémunération des stagiaires ;

Ainsi la contribution financière versée par la Région en application des conventions était la contrepartie du service rendu par la société pour l’exécution de ces contrats

* En conséquence, les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur avait été donnée, devaient être regardées non comme une subvention mais comme la rémunération d’une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le code des marchés publics,

###### b. Les exclusions précisées par les ordonnances

Les ordonnances prévoient toute une série d’exclusions dont voici quelques exemples… partant de l’idée que pour certaines relations marchandes, la concurrence est inutile ou impossible à organiser.

* marchés de services conclus avec une entreprise titulaire d'un droit exclusif,
* marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location de biens immeubles,
* achats concernant la production ou la coproduction de programmes destinés à l’audiovisuel
* marchés de services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers
* marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ;
* contrats qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité en raison de la protection des intérêts essentiels de l'Etat;
* marchés qui ont pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection
* marchés de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation ;
* marchés de services concernant les contrats de travail ;
* marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ;

#### § 2 : L’exclusion sous conditions des relations entre administrations publiques

Pendant longtemps, la conception française du service public principalement axée sur des préoccupations internes à l’administration (efficacité de la commande, rationalisation des choix) aboutissait à exclure de son champ d’application les contrats entre personnes publiques.

Au contraire, du point de vue de la jurisprudence communautaire un pouvoir adjudicateur peut être considéré comme une entreprise au sens du droit communautaire.

* En effet, cette notion ne se limite pas aux seules entreprises commerciales de droit privé, elle intéresse toutes les structures qui gèrent une activité économique. Le critère matériel de l’activité prévaut donc sur le critère organique du statut du cocontractant
* Dans l’arrêt 18 novembre 1999, Teckall c/ Comune de Viviano, aff. C.107-98,.la Cour a ainsi considéré que les collectivités publiques prestataires de services sont au regard du droit des marchés publics dans une situation analogue à celle des entreprises privées
* Depuis 2001, le code des marchés publics s’est aligné sur la solution du droit communautaire et vise expressément les contrats entre personnes publiques

Les contrats passés entre deux pouvoirs adjudicateurs relèvent donc a priori du champ du droit de la commande publique.

* Cependant, selon la CJCE, les obligations du droit de commande publique (transparence, mise en concurrence) ne peut s’appliquer que dans la mesure où les deux parties sont dans une relation d’ordre économique en « relations d’affaires » ett non dans une relation de nature intra-administrative.
* Cette situation correspond en l’état de la jurisprudence européenne consolidée par les directives 2014 à deux cas de figure
  + - L’hypothèse d’une collaboration verticale entre pouvoirs adjudicateurs : c’est l’exception in house où une collectivité publique recoure aux prestations servies par une entité spécialisée dépendante d’elle.
    - L’hypothèse d’une collaboration horizontale qui permet à deux collectivités publiques indépendantes l’une de l’autre de mutualiser leurs services

##### a. La collaboration verticale entre pouvoirs adjudicateurs : l’exception « in house »

L’exception in house (quasi-régie) a été consacré par l’arrêt Teckall du 18 novembre 1999

La jurisprudence européenne a posé deux conditions cumulatives à la reconnaissance d’une relation de quasi-régie:

* Le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant doit être comparable à celui qu’il exerce sur ses propres services (1) ;
* L’activité du cocontractant doit être principalement consacrée à satisfaire les besoins à de pouvoir adjudicateur (2).

Ces deux conditions ont été revues par les directives 2014 qui accentuent l’évolution de la conception de l’in house dans un sens plus conforme aux pratiques du système administratif français en admettant que l’in house s’apprécie globalement en considération de l’ensemble des pouvoirs adjudicateurs adhérents. La directive a toutefois consacré une troisième condition que la jurisprudence avait déduite

###### 1 L’assouplissement des conditions de l’in house : le « common house

Par rapport aux craintes exprimées au moment de l’arrêt Teckal, la jurisprudence a plutôt évolué dans un sens favorable à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs

a) L’évolution de la condition du « CONTROLE COMPARABLE.

Cette condition qui exige initialement que le pouvoir adjudicateur exerce pour échapper aux obligations de mise en concurrence sur son cocontractant public un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services a été assouplie

* D’abord cette condition parait établie quand une administration d’Etat recoure aux prestations assurées par d’autres services de l’Etat.
  + Elle rejoint alors la jurisprudence du Conseil d'Etat qui dans l’arrêt Soc. Unipain du 29 avril 1970 a en effet jugé que l’Etat est libre de satisfaire par ses propres moyens aux besoins de ces services. L’administration pénitentiaire recourt aux services des boulangeries militaires.
* Elle pose des problèmes d’interprétation pour les autres formes de coopération institutionnelle quand il y une indépendance organique entre les deux contractants.

La coopération intercommunale avait semblé être condamnée : dans l’affaire Teckal, la Cour a conclu à l’application de la directive 93/36 alors que le marché de fournitures en combustible pour le chauffage avait été conclu par une commune avec un groupement de communes dont elle était membre.

* En l’espèce, il s’agissait d’un groupement de 45 communes dans lequel la Commune contractante ne participait aux instances dirigeantes qu’à hauteur de 0,9 %.
* La Cour a conclu que le contrôle exercé n’était pas effectif

Cette jurisprudence a été très mal accueillie par la doctrine française qui y a vu une attaque contre la pratique de l’intercommunalité de services très pratiquée en France.

* Le CGCT prévoit en effet que les communes peuvent se regrouper dans des structures intercommunales (sous la forme de SIVU, SIVOM) pour gérer en commun des activités relevant de leurs compétences.

Progressivement, la jurisprudence européenne a assoupli cette exigence en admettant l’idée d’un contrôle pluriel exercé conjointement par plusieurs structures publiques : « in common house ».

* CJCE 13 nov. 2008, *Coditel Brabant juge* que s'il « importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel », car exiger « que le contrôle exercé par une autorité publique en pareil cas soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques, tel qu'une société coopérative intercommunale ».

###### b. L’évolution de la condition de « l’activité principale » dédiée

L’essentiel de l’activité du cocontractant doit être destiné au pouvoir adjudicateur.

Explication : L’absence d’autonomie statutaire peut cacher en effet une autonomie fonctionnelle. Un opérateur économique n'est pas en effet nécessairement privé de liberté d'action du seul fait que les décisions qui le concernent sont prises par la collectivité publique qui le contrôle. Il en ira ainsi chaque fois que l’opérateur n’est pas placé dans une situation de dépendance fonctionnelle parce qu’il exerce une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs.

La directive 2014 confirme le raisonnement tenu par le juge : cette condition s’apprécie globalement non au cas singulier du pouvoir adjudicateur qui passe le contraire mais au regard des relations retenues avec l’ensemble des collectivités membres, adhérente ou actionnaires

* + 1) Si le capital de la société prestataire est détenu par plusieurs personnes publiques, il convient de rechercher non pas si la société exerce l’essentiel de son activité avec tel ou tel actionnaire mais avec les collectivités publiques prises dans leur ensemble
  + 2) Le montant des prestations pris en compte comprend les prestations délivrées auprès des pouvoirs adjudicateurs actionnaires mais également des personnes morales qu’ils contrôlent

S’agissant d’apprécier le caractère principale de l’activité dédiée aux collectivités publiques, la CJCE 11 mai 2006Carbotermo avait précisé :

* La part d’activité non réservé aux collectivités adhérentes ne doit revêtir qu’un caractère marginal ».
* La directive 2014 préfère une méthode quantitative : elle fixe à un seuil de 80 % le critère de l’activité principale
  + .

###### 2) L’ajout d’une nouvelle condition : l’interdiction de toute participation privée au capital de la société prestataire

Cette condition fixée par la directive de 2014 reprend une interprétation développée par la CJUE dans son arrêt du 11 janvier 2005 Stadt Halle

* + - En l’espèce, une ville avait confié sans mise en concurrence à une société dont elle est l’actionnaire majoritaire la construction d’une usine de traitement
    - La CJCE juge l’attribution illégale.
    - Elle appuie son raisonnement sur le fait qu’un actionnaire privé participe au capital de la société. Car selon la Cour la participation minoritaire privée exclut que la ville exerce un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ces propres services
      * La participation minoritaire privée interdit d’y voir une entité publique car la société obéit de ce fait à des objectifs nécessairement différents de ceux d’une administration publique
      * L’attribution du marché à la SEM sans concurrence fournit un avantage à la société privée présente au capital sur les autres opérateurs privés susceptibles de fournir un service équivalent

Plusieurs arrêts vont dans le même sens

CJCE 13 octobre 2005 Parking Brixen

* La transformation d’un organisme communal en société par actions interdit de maintenir l’attribution à son profit d’une concession de service public (gestion des parkings situés sur le territoire communal) sans procéder à une mise en concurrence préalable).

CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07, Sea Sarl c/ Comune di Ponte Nossa

* La simple faculté d’une telle ouverture ne saurait, en revanche, empêcher de faire jouer l’exception « in house ». Toutefois, dès l’instant que cette ouverture est réalisée, il convient de procéder à une mise en concurrence

CJCE 19 juin 2014 Centro hospitalar de Setùbal

* à propos d’un marché de prestations de service conclu entre le centre hospitalier et le SUCH (service d’action commune des hôpitaux) qui est une association de droit privé regroupant 88 structures dont 23 institut privées de solidarité sociales. La présence d’actionnaires privés interdit d’y voir un contrat in house y compris dans le domaine social

Cette solution a l’inconvénient d’être directement contraire à la pratique veut que les collectivités publiques traitent de gré à gré avec les SEML dont elles sont actionnaires.

* En effet, aux termes du CGCT, le capital des SEML est nécessairement ouverte à une participation minoritaire (d’au moins 20 %) des opérateurs privés.

Cependant le texte de la directive de 2014 apparait moins exigeant que la jurisprudence qu’il codifie

* dès lors que la participation minoritaire est prévue par la loi ,le législateur communautaire exige une minorité de blocage (et donc la démonstration d’une capacité de contrôle de l’actionnaire privé sur la structure publique pour exclure l’exception in house (directive 2014/23, art. 17 et directive 2014/24 , art. 12)
  + ainsi les sociétés au sein desquelles l’actionnaire privé n’exercerait pas une influence significative bénéficieraient de l’exception in house.

Reste que cet assouplissement est sujet à interprétation

* Sont visées les structures dont le régime à participation minoritaire est prévu (organisé) par la loi (cas des SEML) (interprétation large)
* Ou au contraire les structures à participation privée minoritaire créées par la loi (interprétation stricte)

Selon une réponse ministérielle en date du 28 janvier 2020 (conforme à la fiche rédigée par la DAJ à propos des contrats de quasi-régie) cette hypothèse est réservée "aux organismes publics à adhésion obligatoire comportant la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques" c'est-à-dire expressément identifiés par la loi.

Ce qui n'est pas le cas des SEM, puisque le recours à une telle entité "n'est pas une obligation" et qu'en outre, "n'importe quel opérateur peut en devenir actionnaire".

###### 3. La variété des situations concernées par l’exception in house

a. La coopération entre collectivités territoriales.

Visée par l’arrêt Teckal, la coopération intercommunale parait devoir échapper désormais au droit de la commande publique en raison du critère du contrôle conjoint (common in house)

Lorsque qu’une entité juridique est entièrement contrôlée par un ensemble de pouvoirs adjudicateurs, l’exception in house est satisfaite.

* + Que l’entité in house contracte avec l’actionnaire majoritaire : CJCE 2006 Carbotermo
  + Ou qu’elle contracte avec un actionnaire minoritaire : CJCE 2007 ASEMFO

Le législateur français a pris acte des évolutions du droit européen (Coditel Brabant / Carbotermo).

* La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale permet ainsi aux communes de passer avec les intercom dont elles sont membres de conventions de prestations de services (mutualisation)
  + Ces conventions se situent en dehors du cadre juridique de la commande publique car elles ont pour objet la mise en oeuvre de compétences communes ou quand elles portent sur des services non économiques d’intérêt général (ressources humaines, fonction achats, patrimoine…)
  + Il s’agit de mutualisation ascendante (les services communs sont remontés au niveau de l’EPCI) ou de mutualisation descendante

En matière d’intercommunalité, l’arrêt ASEMFO posait toutefois a question de savoir s'il suffit, pour valider l'exception du contrat *in house*, d’une participation -même ultra minoritaire- au capital de la société. Le risque est en effet de vider de son sens la condition du « contrôle analogue »

* + - CJCE 19 avr. 2007ASEMFO a admis que quatre communautés autonomes espagnoles exerçaient sur l'entreprise publique Tragsa un « contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services », et ce, en dépit du fait qu'elles ne possédaient à elles toutes que 1 % du capital (0,25 % pour chacune), contre 99 % pour l'Etat espagnol.
      * La solution adoptée était cependant fondée sur des circonstances particulières : La loi espagnole obligeait la société à réaliser les travaux étaient commandés par les communautés autonomes, elle ne pouvait pas fixer librement le prix de ces interventions et les relations en cause n'étaient pas de nature contractuelle.

L’arrêt CJCE 29 novembre 2012 Econor c/ Comune de Varèse va permettre au juge européen d’apporter d’utiles précisions

* + En l’espèce deux communes de la province de Varèse avaient attribué l’exécution d’un service public à à une société publique au capital de laquelle elles participaient.
    - La commune de Varese, ultra dominante, détenait 173 467 actions, les 318 actions restantes étant réparties entre 36 communes de la province de Varèse, avec des participations individuelles qui variaient entre 1 et 19 actions.
    - En outre, les autres communes étaient liées par un pacte d'actionnaires, lequel prévoyait leur droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes, et de désigner, en accord avec les autres communes parties au pacte, un conseiller d'administration.
* La question était de savoir si cela était suffisant pour permettre à ces deux communes de Cagno et de Solbiate de bénéficier de l’exception *in house ?*

L'arrêt du 29 novembre 2012 juge que

1. la condition est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité
2. et qu’il appartient en l’espèce au juge national de vérifier si la souscription par les communes de Cagno et de Solbiate d'un pacte d'actionnaires, leur conférant le droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes et de désigner un conseiller d'administration en accord avec les autres collectivités concernées par ce pacte, est de nature à permettre à ces communes de **contribuer effectivement** au contrôle d'ASPEM.

Le CE, 6 nov. 2013, n° 365079, Cne de Marsannay-la-Côte a fait application de cette jurisprudence.

* A propos d’une concession d'aménagement conclue avec une société publique locale d'aménagement ([C. urb., art. L. 327-1](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.287100827785587&bct=A&service=citation&risb=21_T21543711043&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+de+l%27urbanisme%25article%25L.+327-1%25art%25L.+327-1%25)). Celle-ci se caractérisait par l'éclatement de son actionnariat entre trois catégories d'actionnaires : le Grand Dijon, actionnaire majoritaire (66,7 % du capital) ; deux collectivités territoriales détenant chacune 10,7 % du capital ; et dix autres (dont la commune de Marsannay-la-Côte), détenant chacune 1,075 % du capital.

Le CE va procéder à une analyse détaillée du fonctionnement des organes dirigeants de la société pour juger que la commune ne pouvait être regardée comme y exerçant un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services.

Aux motif s:

* + « d'une part, qu'elle ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de cette société, approuve les concessions d'aménagement, et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires,
  + d'autre part, qu'elle ne peut seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour, selon l'article 27 des statuts, dès lors qu'elle détient moins de 5 % du capital de la société,
  + et, enfin, aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée, que sont l'assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle, ne disposent, en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire ».

La directive 2014 parait assouplir cette dernière exigence en prévoyant que les actionnaires ultraminoritaires peuvent participer par l’intermédiaire de leurs représentants aux instances dirigeantes de l’entité contrôlé.

Ce qui rend possible le recours à l’assemblée spéciale des petits actionnaires qui est une pratique courante dans les SPL

b. Les relations entre établissements publics

Le CE a fait application de l’exception in house dans un cas non prévu par les textes (en particulier le CGCT) à savoir la coopération entre plusieurs établissements de santé (qui relèvent du Code de la santé publique) constituée sous la forme d’un GIP et destiné à assurer la maintenance et l’exploitation des systèmes informatiques ( CE 4 mars 2009 Syndicat national des industries d’information de santé ).

Le CE commence d’abord par relever

* + que le CSP autorise les établissements publics de santé à participer à des groupements d'intérêt public pour la réalisation d'activités communes dans le domaine de l'action sanitaire ainsi que pour créer ou gérer ensemble des équipements ou des services d'intérêt commun nécessaires à ces activités ;
  + Qu’en second lieu les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ; qu'elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics
* En conséquence , si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, le CE juge qu’elle peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public,
  + Et ce pourvu que le GIP leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services,

Ainsi ce sont toutes les formes de coopération intégrées qui sont susceptibles de relever de l’in house.

Mais le Conseil d’Etat a même été plus loin…. poussant la logique de l’in house

###### c. Les relations entre les collectivités terriroriales et les associations : la notion de régies privées

Le CE a eu à se pencher sur les relations entre collectivités territoriales et les associations dites « transparentes » CE 2007 Ville d’Aix en Provence

* En l’espèce le CE se démarque de sa jurisprudence traditionnelle puisqu’il admet le recours aux associations transparentes comme une modalité légale de gestion directe
* Etaient contestées devant le CE le financement du festival d’Aix Provence géré par une association au motif qu’elle géré en fait une activité de service public

Selon le CE toute association créée, contrôlée et majoritairement financée par une collectivité publique peut être

* soit un opérateur autonome, considéré comme un délégataire de SP (par voie unilatérale textuelle ou par voie contractuelle) et traiter comme une entreprise distincte si l’activité est assimilable à celle d’une entreprise
  + ce qui implique une mise en concurrence obligatoire et l’application du régime des aides d’Etat).
* soit un service du pouvoir adjudicateur (de droit privé) exemptée de mise en concurrence car en dehors de la délégation de service public et libérée des contraintes du régime des aides (CGCT, art. L. 1511 et s.)
  + En effet, la notion de transparence interdit de voir dans l'organisme qui en bénéficie un opérateur économique délégataire ; faute de réelle indépendance, c'est une sorte de « régie privée »

Ce raisonnement permet en l’espèce de sauver le financement libre du festival d'art lyrique d'Aix-en-Provence.

L'arrêt du CE tend ainsi à favoriser la pratique des associations transparentes, il en réduit cependant la définition.

* Le critère réside dans l'autonomie du pouvoir de décision. Le Conseil d'État décide que seront seuls des « régies privées » les organismes dont l'objet statutaire exclusif est de gérer le service public pour l'exercice duquel ils ont été créés et qui sont soumis, de la part de la collectivité publique, à un contrôle comparable à celui que cette dernière exerce sur ses propres services.
* On reconnaît là les critères de la jurisprudence communautaire qui rejoint ici par le génie propre du CE la définition de l’association transparente

La transposition est astucieuse. Elle est aussi audacieuse : des marchés in house, le droit français passe aux personnes in house. De surcroît, le concept est à double tranchant : l'in house n'est permis qu'à condition que, même si le cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le code.

###### 4. L’adaptation du droit français à la théorie des contrats in house

La jurisprudence Stadt Halle a conduit le législateur à déployer une nouvelle ingénierie institutionnelle en imaginant des formules qui permettent quand même aux collectivités publiques de coopérer sans avoir à soumettre leur contrats à des obligations de mise en concurrence

a. L’institution des sociétés publiques locales

Les SPL sont une réponse à la jurisprudence Stadt Halle.

Elles empruntent deux formes. Les sociétés publiques locales d’aménagement (SPLA) sont régies par l’article L327-1 du code de l’urbanisme et les sociétés publiques locales (SPL) par l’article L1531-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT).

* + - * Les SPLA ont été créées par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.
      * Les SPL sont de création plus récente puisqu’elles ont été introduites dans le droit positif par la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010

Par dérogation au code des sociétés, car elles sont des sociétés anonymes, les SPL et les SPLA peuvent n’être composées que de deux actionnaires publics. Seules les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent devenir actionnaires. L’actionnariat est donc strictement public.

* Si la présence d’un actionnaire majoritaire est obligatoire pour les SPLA il n’y a aucune obligation pour les SPL.
* Les SPLA et les SPL se différencient principalement par leur objet social. En effet, si chacune de ces sociétés ne peut être créée que dans le cadre des compétences attribuées par la loi aux collectivités territoriales et à leurs groupements, les SPL ont un champ d’intervention beaucoup plus étendu que les SPLA.
  + En effet, les SPL sont compétentes pour réaliser des opérations d’aménagement au sens de l’article L300-1 du code de l’urbanisme mais aussi des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d’intérêt général. Leur champ d’intervention est donc potentiellement très large. Les SPLA, en revanche, ne sont compétentes que pour réaliser des opérations d’aménagement
* Ces sociétés ne peuvent pas exercer une mission pour le compte d’une collectivité non actionnaire mais que pour le compte exclusif et sur le territoire de leurs actionnaires.
  + - * La possibilité de créer de telles sociétés n'est pas sans limite
        + TA Rennes, 11 avr. 2013, n° 1203243., Préfet des Côtes-d'Armor : Annulation des délibérations de trois communes, deux syndicats et une communauté d'agglomération qui avait créé une SPL ayant pour objet la gestion de l'eau. Selon ce jugement, une commune ne peut participer à une société publique locale dont l'objet social excède ses propres compétences (en l’espèce la compétence eau avait été transférée à L’EPCI).

b. Les partenariats publics privés institutionnalisés : les SEMOP (sem à opération unique)

Le droit de l’UE s’est orienté vers une autre solution qui permettrait de sortir de l’impasse né de la jurisprudence Stadt Halle

* La Commission dans sa communication interprétative sur les PPP institutionnels de 2008 envisage de faire peser l’obligation de mise en concurrence non lors de la passation des marchés avec la SEM mais au moment de l’ouverture du capital de la SEM et de confier ensuite librement le contrat à la SEM (SEM-contrat institué pour l’exécution d’un seul contrat)
* Dans l’arrêt Acoset du 15 oct. 2009, aff. C-196/08, la CJCE a très largement repris le raisonnement tenu par la Commission admettant l'attribution directe d'une concession de service public à une société d'économie mixte crée dans le but de gérer ce service.
  + En l’espèce, la Cour de justice admet que le choix d’une entreprise privée pour entrer au capital d’une entreprise à capitaux public et privé créée spécialement pour gérer un service public puisse se faire en même temps que l’attribution de la concession à cette entreprise
  + Et ce dès lors que l’associé privé soit sélectionné sur appel d’offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l’offre au regard des prestations à fournir, et que la procédure d’appel d’offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d’égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions.
  + De plus, la société doit garder le même objet social pendant toute la durée de la concession.

Le CE dans un avis du 1 déc. 2009 s’est montré très réservé à l’égard de ce type d’analyse en droit interne CE, avis, n° 383264, 1er déc. 2009 : EDCE, 2010, p. 353 et s. Il insiste notamment sur l’interdiction d'attribuer le contrat à une personne morale distincte du candidat ayant participé à la sélection. Ce que à quoi conduit forcément la formule du PPPI.

Cependant Malgré l’avis du Conseil d’État plusieurs propositions de lois ont été déposées expliquant que le PPPI est pratiqué par d’autres pays d’Europe et qui doit l’être en France. Une proposition a abouti avec l’adoption la loi du 1er juillet 2014 institue les SEM à opération unique

* La SEMOP prend la forme d’une SEM créée par une collectivité ou un groupement de collectivités territoriales dont le ou les actionnaires opérateurs privés sont choisis au terme d’une procédure de mise en concurrence unique ; l’associé public détient entre 34 % et 85 % du capital, ce qui lui assure a minima une minorité de blocage.
  + 2 actionnaires peuvent suffire à constituer une SEMOP (au lieu de 7 dans les SEML)
  + A la différence des SML l’actionnaire majoritaire peut être privé
  + En conséquence, la SEMOP n’est pas un pouvoir adjudicateur quand elle passe des marchés (ce qui présente un véritable attrait pour les investisseurs privés)
* La SEMOP se voit attribuer un contrat au terme de la même mise en concurrence contrat dont l’opérateur privé est chargé d’assurer l’exécution grâce à ses moyens financiers et techniques
* La SEMOP a pour objet exclusif l’exécution d’un contrat unique dont l’expiration met fin à son existence. Ce contrat peut porter sur toutes sortes d’opérations : gestion d’un service public, mais aussi construction, logement, aménagement et, plus largement, opération d’intérêt général.
  + - Compte tenu de la lourdeur de sa mise en place, la SEM à opération unique concernera essentiellement des opérations au long cours et de grande envergure (notamment dans les domaines de l’eau, de l’énergie, des déchets ou encore des transports publics qui constituent ses terrains d’élection à l’étranger) et de manière sans doute plus rare celles qui donnent lieu à la passation de marchés publics.

La création d’une société dédiée ne résout pas toutes les difficultés (CJUE, 3e ch., 22 déc. 2010, aff. C-215/09, Mehiläinen Oy et Tervey)

* La Cour relève qu’« il convient de s'assurer qu'une opération en capital ne masque pas, en réalité, l'attribution à un partenaire privé de contrats pouvant être qualifiés de marchés publics ou de concessions » (pt 34).
* Le raisonnement consiste à établir si le contrat doit être examiné dans son ensemble, en considérant ses différentes stipulations comme indissociables et en opérant la qualification en fonction du volet qui apparaît comme « l'objet principal » du contrat, ou au contraire si certaines prestations sont détachables par rapport au centre de gravité du contrat.
* Application de ce raisonnement dans une affaire où un pouvoir adjudicateur s’était associé à une société privée pour délivrer des prestations de santé à la population. Les prestations délivrées aux agents du pouvoir adjudicateur ont été jugées détachables du contrat principal et donc devant être soumises aux obligations de mise en concurrence

##### B. La coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs

C’est une hypothèse différente qui est ici visée au sens où à la différence de l’intercommunalité les relations entre les collectivités partenaires ne relèvent pas d’une logique institutionnelle mais exclusivement fonctionnelle destinée à organiser en commun l’exécution d’une mission de service public.

C’est l’exemple suivant :

* La ville de Hambourg avait proposé à des villes voisines d’utiliser les services de son unité de retraitement des déchets. Un contrat est conclu pour 20 ans qui prévoit une rémunération de la ville en fonction des volumes traités.
  + En l’espèce, la CJCE a jugé que ce type de contrat échappe à toute procédure de publicité et de mise en concurrence, non parce qu’il constitue un contrat de quasi-régie, mais parce qu’il ne constitue pas un marché public.
    - Il ne constitue pas un contrat de quasi-régie dès lors qu’aucune collectivité n’exerce sur une autre un contrôle analogue à celui qu’elle exerce sur ses propres services.
    - Il ne constitue pas un marché public dès lors qu’une telle coopération ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la gestion du service public, échappe aux règles de la commande publique

(CJCE, 6 juin 2009,Commission c/ Allemagne, affaire C-480/06).

* Devant la Cour, l'Allemagne faisait valoir que le contrat litigieux doit être analysé comme une forme de coopération interne à l'administration par laquelle plusieurs entités étatiques utilisent leurs propres moyens pour exécuter en commun une mission de service public. Dans une telle perspective, les services de la ville ne sont pas des prestataires de services mais un organisme de droit public offrant une assistance administrative à des collectivités publiques contre remboursement de ses coûts de fonctionnement.
* Contrairement à l'avis de l'avocat général, la Cour reprend cet argument et admet d'analyser la coopération intercommunale sur ce fondement de la libre organisation des personnes publiques.
  + - * Elle rappelle qu'une autorité publique est libre d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent en recourant à ses propres moyens ou en collaboration avec d'autres autorités et qu'elle n'est pas tenue de créer un organisme de droit public de coopération (V. pt 47 de l'arrêt : « le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière »).
      * Dans cette perspective, un contrat de coopération entre plusieurs entités publiques peut être conclu sans respecter les obligations de mise en concurrence prévues par les directives dès lors qu'il porte sur les modalités d’organisation d’une mission de service public . Ce contrat observe la Cour « constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets » (pt 44).

La Cour n'entend cependant pas inclure toutes les formes de coopération dans le champ de cette exclusion. Au contraire, elle détaille les conditions de cette exception (pts 37 et s.).

* En premier lieu, la coopération doit porter sur un service dont l’exécution est rendue obligatoire par les textes .
  + Ici il s’agit d'assurer la mise en oeuvre d'une mission de service public prévue par la directive 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975 (Cons. CE, dir. n° 75/442/CEE, 15 juill. 1975 : JOCE n° L 194, 25 juill. 1975) : elle porte sur l'obligation légale d'élimination des déchets. Il n'est donc pas évident que des collectivités publiques puissent organiser une coopération pour tous les services d'intérêt général dont elles ont la charge : seuls pourraient ainsi être concernés les services considérés comme obligatoires.
* En deuxième lieu, la coopération doit mettre en évidence l’assistance mutuelle que se portent les collectivités publiques.
  + Ici. Elle souligne ainsi que les services de la ville s'engagent à défendre les intérêts des Landkreise auprès de l'exploitant de la centrale,
  + Et que les Landkreise s'engagent à mettre à la disposition des services de la ville des capacités de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes afin de pallier le manque de capacités de mise en décharge de la ville et qu'elles s'engagent à réduire la quantité de déchets en cas de dysfonctionnement de l'installation de traitement.
* En troisième lieu, La Cour examine les termes financiers de cette coopération, afin de vérifier si le contrat est ou non conclu à titre onéreux.
  + Elle constate alors que les services de la ville ne peuvent pas être considérés comme un prestataire de services agissant sur un marché puisqu'ils n'assument nullement la responsabilité de l'exploitation de l'installation et n'offrent aucune garantie à cet égard en cas de dysfonctionnement et que la fourniture de services d'élimination des déchets ne donne pas lieu à d'autres mouvements financiers entre les services de la ville et les circonscriptions administratives que ceux correspondant au remboursement de la part des charges incombant à ces dernières, le paiement du prix des services s'effectuant au seul profit de l'exploitant de l'installation, l'entreprise.

La Cour de justice (19 déc. 2012, aff. C-159/11, ASL a fait application de cette jurisprudence.

* Un conclu avait été conclu sans appel à la concurrence un contrat de consultance conclu entre l'agence sanitaire locale de Lecce t l'université du Salento portant sur l'étude et l'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières de la province de Lecce
* Selon la CJUE, le contrat en cause ne remplit pas l'ensemble des critères posés par l’arrêt du 6 juin 2009.
* La Cour constate
  + 1. que le contrat a pour objet une part importante, voire prépondérante, des activités matérielles relevant normalement des activités professionnelles des cabinets d'architectes ou d'ingénieurs et non de la recherche scientifique, et qu'il semble difficile de prétendre que l'ASL et l'université accompliraient en commun une même mission de service public
  + En deuxième lieu, le contrat pourrait conduire à favoriser certains opérateurs privés si l'université faisait appel à des prestataires privés hautement qualifiés pour certaines des opérations prévues au contrat.

Le Conseil d’Etat a fait application de cette jurisprudence. Il appartient toutefois au juge de vérifier la réalité de la coopération contractuelle nouée par deux pouvoirs adjudicateurs (. Conseil d'Etat 3 février 2012 Commune de Veyrier du Lac et Communauté d’agglomération d’Annecy:

* + - Une convention d'entente conclue entre une commune (non membre) et un établissement public de coopération intercommunale voisin afin que ce dernier exploite le service public de distribution d'eau potable sur le territoire de la commune. La question de la requalification de cette convention en délégation de service public se posait dès lors que le service de l’eau est un SIEG /SPIC
    - Le CE précise, après avoir rappelé la liberté de choix d'une commune quant au mode d'exploitation de ses services publics, « qu'elle peut ainsi conclure, hors règles de la commande publique [...] une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, [EPCI] ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, 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 ».
      * Le Conseil d'Etat écarte la requalification de la convention attaquée. En effet, il relève que l’objectif de la convention est de permettre à la commune « qui met à disposition de l'entente l'intégralité de ses propres infrastructures, de bénéficier des installations plus performantes » de l'EPCI.
      * En outre, du fait de ses modalités tarifaires, la convention « n'a pas provoqué de transferts financiers indirects entre collectivités autres que ceux résultant strictement de la compensation de charges d'investissement et d'exploitation du service mutualisé » et l'EPCI ne peut pas être regardé comme un opérateur agissant sur un marché concurrentiel

Cette exception prétorienne a été repris par les directives 2014 qui retiennent des formulations moins strictes que la jurisprudence de la CJUE évoquant l’atteinte d’objectifs en commun (et non de services publics communs), la poursuite d’intérêt public et instituant la possibilité de 20 % d’activité réalisés sur le marché concurrentiel

### Section 2. Le contrat de commande publique, notion duale

La notion de contrat de commande publique repose sur la distinction des marchés et des concessions

Cette distinction est désormais exhaustive au sens où un contrat de commande publique est soit un marché soit une concession. Cette dualité procède des textes de transposition des directives 2014 lesquels sont venus opérer simplification bienvenue autour de la distinction : concession et marchés

#### §.1 . La distinction marchés-concession, une distinction exhaustive

Acquise dès les textes de transposition, la remise en ordre conceptuelle de la matière autour de la distinction des marchés et des concessions guide l’architecture du code .

Elle a été rendu possible par l’ordonnance sur les marchés publics qui sur le modèle européenne restaure la notion de marchés publics qui s’était trouvée affaibli en droit interne par la multiplication de contrats spéciaux ou dérogatoires

Mais aussi aussi par l’ordonnance sur les concessions qui à l’instar de la directive unifie la notion de concession quel que soit l’objet du contrat (exécution d’une mission de service public, prestations de travaux ou de simples) services)

##### A. La restauration de la notion de Marché

La notion de marché correspond à un contrat où en contrepartie d’un prix (ou paiement public) l’administration publique se procédure des travaux, des services ou des fournitures).

Si au plan européen, la notion fait preuve d’une robustesse certaine, elle avait été éclatée au niveau national à la suite de plusieurs initiatives législatives sortant certains contrats du champ du code des marchés publics/

Avec la réforme de juillet 2015, il est mis fin ainsi à l’éclatement de la matière provoquée tant l’hyperspécialisation des contrats que par l’émergence d’une troisième catégorie de contrat autour de la notion de contrat de partenariat.

###### 1. La fin de l’hyperspécialisation des contrats ayant pour objet des travaux

Classiquement les contrats ayant pour objet des travaux étaient des marchés publics et éventuellement des concessions de travaux.

Les marchés de travaux étaient soumis à un ensemble de règles contraignantes tirées pour l’essentiel du CMP et de la loi MOP.

* Les concessions de travaux constituaient traditionnellement un angle mort du droit applicable aux contrats administratifs
* D’abord parce que les concessions de travaux étaient historiquement généralement passés dans le cadre d’une concession de service public (en vue de la construction des équipements nécessaires au service) et profitaient des libertés du régime des concessions de service public
* Ensuite parce ce que la loi Sapin sur les DSP ne leur était pas applicable
* Enfin parce que leur appréhension par les textes a été tardive : une ordonnance de 2009 dans le sillage des directives marchés publics (sic..) qui les soumettaient à des obligations de transparence (et non de mise en concurrence)

A partir des années 1990, la pratique des contrats portant sur des opérations de travaux va progressivement se troubler sous l’effet d’interventions législations aussi récentes que répétées, le droit des marchés reposait essentiellement sur une multitude de textes spéciaux

* A commencer par l’ordonnance sur les contrats de partenariats du 17 juin 2004 modifié par la loi du 28 juillet 2008

Mais surtout avec l’explosion des PPP sectoriels

* BEA (CGPPP), BEH (CSP)
* Baux à construction spéciaux (LOPJ/ LOPSI)
* Concession d’aménagement (L 300-1 du code de l’Urbanisme)

Or la spécialisation des contrats administratifs avait eu tendance à se développer pour permettre aux parties de contourner certaines règles fondamentales du droit des marchés public (obligation de la maîtrise d’ouvrage publique, interdiction du paiement différé, inaliénabilité du domaine public) qui font obstacle au financement privé des équipements publics.

* On a vu ainsi se développer dans la pratique contractuelle notamment des collectivités locales des montages contractuels complexes qui tendent à déroger aux règles générales : soit qu’ils mêlent des techniques de droit privé et de droit public (VEFA), soit qui utilisent des techniques domaniales pour mener des opérations de construction (BAE).
* Les PPP sectoriels étaient une tentative de réponse aux montages contractuels complexes générateurs d’insécurité juridique

Il a même existé même une tendance à l’hyperspécialisation.

Le législateur intervient dans des secteurs très précis pour créer des contrats sur mesure parce que les administrations d’Etat ne trouvent pas dans les contrats spéciaux les techniques dont l’action publique a besoin.

* Deux exemples
  + La loi du 1er juin 2011 relative à l’organisation du championnat d’Europe de Football en 2016 qui en vue d’accélérer la construction d’équipements publics déroge aux règles de la commande publique.
  + La loi du 27 mars 2012 relative à l’exécution des peines qui vient modifier la loi du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire et qui permet à l’Etat de recourir de plein droit à des marchés globaux (sorte de marché de conception-réalisation élargie car il comprend aussi la maintenance des établissements pénitentiaires) et sans avoir à satisfaire aux conditions du contrat de partenariat.
* C’est une sorte de partenariat public-public (sous maîtrise d’ouvrage publique et avec financement public)
  + Et la loi prévoit que l’Agence publique pour l’immobilier de la justice pourra passer ces contrats selon la procédure du dialogue compétitif
  + Sur ce « montage légal », voir CC 22 mars 2012 : aucun PVC n’interdit de confier une mission globale à un même opérateur.
* Si certains auteurs veulent voir dans ces contrats hyper-spéciaux une sorte de laboratoire donnant les pistes de l’édification d’une nouvelle théorie générale des contrats publics, la multiplication des textes soulève le problème de la codification de l’ensemble de ces dispositions.

D’exceptions en dérogations, le droit des contrats de travaux tendaient à devenir inintelligible.

L’objectif de sécurité juridique supposai de revenir sur cette tendance, c’est ce à quoi s’emploie l’ordonnance du 23 juillet 2015 désormais codifié

Elle le fait par trois moyens :

1. Le recours aux baux allers-retours est interdit. Le texte précise que qu’un contrat portant occupation du domaine public prévoit des travaux au bénéfice de la personne publique propriétaire, il est qualifié de marché de travaux (voire de concession)
2. Les PPP spéciaux sont visés par l’ordonnance sous la forme de marchés globaux sectoriels (article 35) permettant de confier à un opérateur unique par dérogation à la MOP une mission globale portant sur La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien, la maintenance d’un même ouvrage en matière de défense, de police, gendarmerie, sécurité civile, centre de rétention, justice, santé notamment
3. Le contrat de partenariat n’est plus une catégorie à part mais devient le marché de partenariat.

###### 2. L’intégration des partenariats publics privés au sein de la notion de marché public

A côté des marchés globaux sectoriels, parmi les marchés publics, l’ordonnance du 23 Juillet 2015 consacre la notion de marché de partenariat.

Ces types de partenariat public-privés se sont multipliés à partir de la fin des années 1990. Ils ont vocation à donner une réponse aux nouveaux besoins des collectivités territoriales.

* De plus en plus souvent l’État mais aussi les collectivités locales, se trouvent confrontés à de nombreuses demandes d’équipements lourds à gérer, tant sur le plan financier que technique.
* Face à cette situation, les collectivités publiques n’ont souvent d’autre choix que de faire appel à la participation d’investisseurs privés qui offre à la fois leur expertise technique mais aussi leurs propres moyens de financement
  + Le recours à la DSP (qui permet le financement privé ) étant impossible faute de réunir les éléments de définition de la DSP (en particulier faute de mission de service public à exécuter),
  + La seule solution est celle du MP : soit pour construire un équipement public soit pour concevoir des services complexes (par exemple : réseau informatique)
    - Or les règles du CMP (interdiction du paiement différé, obligation de la maîtrise d’ouvrage publique) ne permettent pas en principe de réaliser de tels montages. En conséquence, les collectivités publiques sont tentées de contourner cet obstacle en concluant des montages contractuels complexes

C’est dans ce contexte que le législateur est intervenu.

D’abord pour apporter des réponses ponctuelles : Ce sont les PPP sectoriels adoptés autour de 2004

Ensuite pour apporter une réponse générale en créant le contrat de partenariat qui au vu des difficultés rencontrées a été transformé en marché de partenariat.

###### a. La création avortée d’une troisième catégorie de contrats

L’ordonnance du 17 juin 2004 avait créé un nouveau type de contrat qui n’est soumis ni aux règles des DSP ni à celles applicables aux MP.

Ce contrat dit de partenariat s’inspire d’expérience étrangère (contrats BOT anglo-saxons) et vient institutionnaliser la pratique des montages contractuels complexes.

L’objectif du contrat de partenariat était de sécuriser la pratique des montages contractuels complexes.

* L’objet de ces conventions complexes était de confier à des opérateurs privés la conception, la construction, financement l’exploitation et la maintenance d’équipements publics offrant au pouvoir adjudicateur plusieurs avantages

1. C’est le cocontractant qui supporte les obligations de la maîtrise d’ouvrage en même temps qu’il en assure le financement
2. La durée du contrat permet à l’administration d’étaler dans le temps le coût de la construction
3. L’administration va externaliser les coûts de fonctionnement de l’ouvrage.
   * L’ouvrage est exploité par un professionnel éprouvé de la gestion déléguée disposant des ressources financières et de l’expertise technique nécessaires
4. Le constructeur est responsabilisé puisqu’il devra assurer la maintenance et l’entretien de l’ouvrage

Ce type de contrat peut être néanmoins générateur de désordres juridiques. Les inconvénients sont connus

* + - le montage exclut, le plus souvent, les petites entreprises du tissu économique local
    - surtout, le préfinancement est un emprunt déguisé qui peut, à l’expérience, s’avérer plus onéreux qu’un emprunt classique ; notamment, quand la collectivité n’a pas suffisamment défini la réalité de ses besoins, ni comparé les modalités de financement.
    - Enfin c’est une forme indirecte de privatisation de la gestion des services publics l’équipement public est géré par une entreprise avec le risque que le souci de rentabilité prime sur le service…)

Le Code des marchés publics s’opposait à ce type de montage pour au moins deux raisons :

* 1. La personne publique pour laquelle les ouvrages sont construits doit assurer l’ensemble des obligations liées à la maîtrise d’ouvrage publique telles que définies par la loi MOP (….) sauf l’exception prévue par le code des marchés notamment les marchés de conception-réalisation mais qui sont strictement limités et encadrés.
  + Le respect des obligations de la loi MOP pour construire un équipement destiné à être la propriété de l’administration pose la question du recours à deux types de montages : les baux allers retours et la VEFA
    - La VEFA est prévue par l’article L 1601 du Code civil. Cette technique permet à l’administration désireuse de construire un équipement public en zone urbaine de s’insérer dans un programme immobilier d’ensemble, donc de trouver des terrains sans avoir à exproprier, d’acquérir plus rapidement et de faire également des économies d’échelle.
      * Dans l’arrêt du 8 février 1991 Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat de l’architecture de la Haute Garonne , le Conseil d'Etat a estimé que l’administration pouvait recourir à la VEFA pour acheter des biens immobiliers mais non pour faire construire des équipements selon des spécifications architecturales et techniques définies par elle en fonction de ses besoins (à propos de la construction de l’Hôtel de région).
    - De même à propos du BEA régi par la loi du 5 janvier 1988 (art. L. 1311-3 du CGCT). Cette loi vise à attirer des investisseurs privés sur le domaine public en leur accordant des droits réels sur leurs constructions ce qui doit faciliter le crédit bancaire grâce à la constitution de sûretés. Dans l’arrêt du 25 février 1994 Sofap Marignan le Conseil d'Etat a admis qu’une collectivité locale pouvait utiliser cette formule pour faire construire un équipement public (ici agrandir l’hôtel de ville) à la place d’un marché de travaux.
      * L’intérêt est ici pour la commune de faire préfinancer l’ouvrage par l’investisseur privé. Le recours au BAE permet ce montage : la société s’engageant 1/ à construire sur le domaine public (des terrains attenants à l’hôtel de ville) un ensemble immobilier à usage de bureaux et de commerce 2/ à en louer immédiatement une partie à l’administration 3/ à rétrocéder le tout à la ville au terme du BAE.
      * Le risque est que le contrat soit requalifié en marché de travaux en raison de l’objet principal du contrat (CE 1992 Commune de Cabourg à propos de la construction du Casino)
      * Au demeurant, le BAE ne règle que les aspects domaniaux. Or la gestion d’un équipement affecté à une mission de service public peut exiger de négocier un contrat plus complet.
* 2. Le code des marchés publics interdit le paiement différé, c’est à dire qu’il exclut que les ouvrages soient payés sur une durée excédant la durée de leur construction.
  + CE 1999 Commune de la Ciotat avait interdit sur ce fondement le recours au marché d’entreprise de travaux publics soit un contrat qui combinait une opération de construction et une mission d’exploitation ou de maintenance de l’ouvrage

C’est pour éviter ces risques d’annulation et cette insécurité juridique que le législateur avair institué le contrat de partenariat

Le régime du contrat de partenariat était innovant

L’innovation d’abord l’objet du contrat. Le contrat de partenariat est un contrat global

* qui comprend au moins trois éléments
* La construction ou la transformation d’un ouvrage
* L’entretien, l’exploitation, la maintenance ou la gestion de l’ouvrage
* Le financement privé de l’ouvrage sur une longue durée.
  + Depuis la loi du 17 février 2009, ce financement peut être partiel ou même minoritaire pour les contrats dont le montant est supérieur à 40 Millions d’euros HT (en prévision de recettes cumulées).

L’innovation tiennent ensuite au contenu du contrat.

* C’est un contrat financier.
  + Les opérations financées par le partenaire privé sont réalisées (par dérogation à la loi MOP) sous maîtrise d’ouvrage privé (le partenaire assure la conception-réalisation de l’ouvrage.
  + Le cocontractant (généralement une société de projet) a recours au financement bancaire par constitution d’un consortium entre différents investisseurs
    - A ce titre, c’est un contrat valant autorisation d’occupation du domaine public avec transfert de plein droit des droits réels sur l’ouvrage qu’il réalise
    - Permettant le recours au crédit-bail sous réserve du respect dû à l’affectation du bien au service public)
* C’est un contrat donnant lieu (comme les Marchés publics) au paiement d’un prix. La rémunération du cocontractant présente ainsi trois caractéristiques :
* Elle est étalée sur toute la durée du contrat (par exception à l’interdiction du paiement différé) en distinguant les coûts d’investissement, de fonctionnement et de financement.
* Elle est liée à des objectifs de performance (en termes d’entretien et de maintenance) inscrits au contrat
  + La non réalisation des objectifs doit donner lieu à des pénalisations financières
* Elle peut intégrer des recettes dites de valorisation (exploitation alternative de l’équipement ou du domaine occupé) qui ont vocation à être imputées sur les loyers dus par le pouvoir adjudicateur  et qui peuvent être perçues directement par le partenaire privé sur l’usager de l’ouvrage.
  + Le cocontractant peut ainsi conclure des baux dans les conditions du droit privé et consentir à son tour des droits réels pour une durée qui peut dépasser la durée du contrat de partenariat (la personne publique succédant alors à son partenaire à l’issue du contrat de partenariat)

Les innovations introduites par l’ordonnance de 2014 tiennent aussi à un encadrement juridique inconnu des autres contrats

* L’évaluation préalable
  + Le recours au contrat de partenariat doit être précédé d’une analyse comparative qui porte sur les différents schémas juridiques envisageables (généralement en comparaison avec la régie) pour répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur en termes de coût global, de performance, de partage des risques et de développement durable)
* L’inscription dans le contrat des clauses obligatoires destinées
  + à garantir la continuité du service public en prévoyant les règles d’affectation des équipements et l’hypothèse de la défaillance du partenaire à laquelle répond une clausesde modification ou de résiliation du contrat
* L’obligation de définir dans le contrat la répartition des risques entre cocontractants
  + C’est une notion complexe que précise la circulaire en évoquant la construction d’une matrice des risques détaillant les différents types de risque et la hauteur à laquelle ils sont supportés par chacune des parties (sujetions imprévues, risque d’évolution du projet, risques opérationnels liés à la performancd; risque d’exploitaton et de fréquentation…)
* L’autorisation de recourir à l’arbitrage.
* Des obligations de transparence financière
  + Le contrat doit être précédé d’une délibération de l’assemblée délibérante précisant le coût global du projet rapporté à la capacité de financement de la collectivité
  + Les modalités de répartition des coûts et l’amortissement du projet doivent figurer dans une annexe budgétaire
  + Et depuis 2010, la collectivité doit présenter des comptes consolidés c’est-à-dire que l’endettement de la collectivité au titre du paiement des loyers dus au partenaire doit figurer au passif.

Les limites au contrat de partenariat étaient cependant nombreuses. Elles découlent de la jurisprudence du CC dont le raisonnement est le suivant :

1. Dans la mesure où ce type de contrat déroge au droit commun de la commande publique

* risquant par voie de conséquence de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l’égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics,

1. Le Conseil constitutionnel a exigé que la loi réserve l’utilisation de cette formule à des situations exceptionnelles
   1. l’urgence
   2. ou la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, économiques ou fonctionnelles du projet.

Déc. n°2003-473 DC du 26 juin 2003

En conséquence de la décision du CC, l’ordonnance avait prévu que  le recours au contrat de partenariat soit précédé d’une évaluation préalable du projet

* Elle est destinée à démontrer que les conditions posées par le Conseil constitutionnel sont remplies et que le choix du contrat est économiquement opportun.
  + - Cette évaluation préalable avait été confié obligatoirement pour les contrats de l’Etat de manière facultative pour les contrats des collectivités locaux à l’avis de la MAPP (mission d’appui aux partenariats publics privés)
      * Plus tard, le rapport d’information du Sénat met en cause le fonctionnement de cet organisme du Ministère de l’Economie jugeant que la MAPP était idéologiquement acquise au développement des contrats de partenariat

La mise en œuvre du contrat de partenariat a provoqué d’importantes difficultés et suscité de très nombreuses décisions de justice au regard d’une pratique statistiquement modeste

D’abord, la condition d’urgence a donné lieu à des hésitations.

* La loi du 28 juillet 2008 est venue préciser que l’urgence en matière de contrat de partenariat ne correspond pas à l’exception d’urgence prévu par le CMP pour échapper aux obligations de mise en concurrence.
* Le texte précise que le projet présente un caractère d’urgence lorsqu’il s’agir de rattraper un retard préjudiciable à l’intérêt général affectant la réalisation d’équipements publics ou l’exercice d’une mission de service public ou de faire face à une situation imprévisible quelles que soient les causes de ce retard.
  + Cette définition est éclairée par le CE à propos d’une affaire (la construction d’un collège et de son internat) dont les faits remontent avant la loi où le juge administratif estime que le fait que le retard invoqué soit imputable au pouvoir adjudicateur est sans incidence sur la légalité du recours au contrat de partenariat (CE 23 juillet 2010 Lenoir et Syndicat national des entreprises de second œuvre)
    - Le CE précise encore dans le même sens que l’urgence doit avoir un certain degré de gravité et ne peut être constituée de simples difficultés et inconvénients
  + La loi du 20 juillet 2008 avait pour objectif de s’opposer à l’interprétation restrictive des juges du fond (TA Orléans 2008) qui avait écarté la condition d’urgence aux motifs que le retard d’équipement en collèges était en l’espèce imputable à l’incurie du Département.
    - En l’espèce, pour le CE, le fait que 900 élèves soient amenées à cohabiter dans un collège prévu pour 600 élèves avec toutes les difficultés de fonctionnement que cela implique suffit à caractériser l’urgence à construire un nouveau collège.

La condition tenant à la complexité du projet.

* C’est une condition relative qui dépend du degré d’expertise du pouvoir adjudicateur qui peut avoir besoin de recourir à la procédure du dialogue compétitif ce que permet le recours au contrat de partenariat pour déterminer les solutions techniques ou le montage financier voire juridique du projet
* Le Conseil d'État a précisé l'interprétation de la notion de « complexité du projet » qui autorise le recours au contrat de partenariat.
  + Il juge notamment que la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en oeuvre ne peut suffire à justifier la conclusion d'un contrat de partenariat.
  + Il appartient à la collectivité publique d’établir qu’elle était dans l’impossibilité du fait de circonstances particulières de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins.
    - CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz : à n propos de la construction du musée de la mer et de la cité de l’océan et du surf :

Cet arrêt met fin à l’attitude désinvolte de nombre de collectivités qui avaient tendance à interpréter très largement cette condition (Rapport du Sénat). La généralisation de cette tendance avait donné lieu à un contentieux important devant les juridictions administratives et à de multiples annulation

* Par exemple, annulation du contrat de construction d'une piscine municipale : les critères particuliers d'éco-conditionnalité et le choix d’un nouveau réseau de distribution de chaleur ne suffisant pas à satisfaire la condition de complexité. (CAA Lyon, 2 janv. 2014, n° 12LY02827, Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bouesnard
* A l’inverse, condition remplie pour la construction du nouveau Palais de justice de Paris, dans la zone d'aménagement concerté (ZAC) des Batignolles,
  + en raison des dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, de très grande hauteur qui aura une surface de plus de 60 000 m2 et abritera 90 salles d'audience, du nombre et de la nature des juridictions qui y seront hébergées (notamment le pôle anti-terroriste) de la tenue de procès à forte résonance médiatique, et de l'importante fréquentation du bâtiment, évaluée à près de 9 000 personnes par jour comprenant des publics très différents (magistrats, greffes, policiers, journalistes, personnes poursuivies et public);
  + Complexité encore accrue par les contraintes techniques et fonctionnelles induites par le choix, de construire à Paris, dans une zone en cours d'aménagement sur d'anciennes emprises ferroviaires non viabilisées et en étant exemplaire en matière de performance énergétique et de développement durable » (CAA Paris, 3 avr. 2014Assoc. La justice dans la Cité et Bourayne : AJDA 2014, p. 1322, concl. O. Rousset)

Devant les restrictions découlant de la jurisprudence constitutionnelle et administrative, le législateur (loi du 28 juillet 2008)était intervenu pour élargir les cas de recours au contrat de partenariat en ajoutant la condition d’efficience économique

* Ce critère est celui du bilan coût / avantages
  + Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir démontrer qu’il est plus intéressant de passer par un contrat de partenariat que par un marché public sous maîtrise d’ouvrage public
  + Toutefois, le critère du paiement différé n’est pas susceptible de justifier à lui seul ce recours. Le contrat de partenariat doit entraîner d’autres avantages

La loi avait cherché à aller plus en prévoyant des secteurs particuliers (hôpitaux université…), où l’urgence est en quelque sorte présumée mais cette disposition a été invalidée par le Conseil constitutionnel (CC 20 juillet 2008)

* Le CC se fonde sur l’atteinte à la fonction juridictionnelle
* Dès lors que c’est au juge et non à la loi d’apprécier au cas par si la condition d’urgence est remplie

Malgré ses innovations, le contrat de partenariat a un air de déjà vu : le contrat de partenariat est un marché public et un contrat administratif

L’originalité du contrat reste limitée par rapport aux marchés publics

* Au regard du droit communautaire, les contrats de partenariat restés sont des marchés publics.
  + Car la jurisprudence communautaire n’est pas axée sur la MOP mais sur la question de savoir si  les travaux répondent à une demande du pouvoir adjudicateur et si les besoins du pouvoir adjudicateur sont précisés de manière détaillée par le contrat.
  + Or le contrat de partenariat répond à ces critères : le partenaire exécute ou fait exécuter des travaux qui répondent à un besoin précis et détaillé du pouvoir adjudicateur
* Cette idée n’a jamais été contestée par les auteurs de l’ordonnance de 2004
  + En conséquence, l’ordonnance a aligné les procédures de passation du contrat de partenariat sur les exigences communautaires (publicité, réception des candidatures, appel d’offres restreint, dialogue compétitif, offre économiquement la plus avantageuse.

Les contrats sont des contrats administratifs.

* En ce sens, les règles générales du droit des contrats semblent devoir s’appliquer (pouvoir de résiliation, contrôle de l’administration dont l’obligation de rapport annuel et pouvoir de sanction afin de vérifier l’exécution des objectifs prévus au contrat)
  + L’ordonnance prévoit que le contrat de partenariat doit comporter des clauses concernant le contrôle et les sanctions exercés par le pouvoir adjudicateur
    - Même si la circulaire de 2012 insiste sur le caractère équilibré des sanctions qui doivent inciter le partenaire à se conformer aux exigences de performance ;
    - Les expériences étrangères et la pratique des contrat de partenariat soulignent qu’il s’agit ici d’un aspect essentiel de la relation partenariale
* D’autre part, comme en matière de DSP, le co-contractant doit rendre un rapport annuel aux autorités locales et ce rapport doit faire l’objet d’un débat devant l’assemblée délibérante (CGCT)

Ainsi contrairement aux intentions de ces promoteurs, le contrat de partenariat est un instrument moins innovant que prévu, fortement encadré et qui n’a eu pas vocation en raison de son caratère dérogatoire à se substituer au marché public.

###### b. La déqualification du contrat de partenariat en marché de partenariat, sorte particulièrede marché public.

Issu de l’ordonnance du 23 juillet 2015, la création du marché de partenariat concrétise une tendance générale à la défiance à l’égard des contrats de partenariat dont elle remanie profondément le régime.

L’expression par la loi d’une défiance généralisée à l’égard des PPP

Ce climat s’est en particulier exprimé dans la loi de finances pour 2015

* Il est désormais interdit aux administrations publiques centrales et aux établissements publics de santé de passer des contrats de partenariat mais aussi des BEH et autres baux à construction
  + Dégagé un règlement européen du 25 juin 1996 relatif au système de comptes nationaux, concernant la notion d’administration publique centrale est extrêmement large. La liste complète de ces « administrations publiques centrales » fournie par un arrêté ministériel de 2011 vise 579 organismes, principalement des établissements publics, placés sous la tutelle de l'État. A moins que leur ministère de « tutelle » leur autorise à y déroger
* Dans le même ordre d’idées, les collectivités territoriales devront obligatoirement demandé l’avis (juridique et technique ) de la MAPP assorti d’un avis financier de la DDFP soumis à la délibération de l’assemblée locale.

L’ordonnance portant nouveau code des marchés publics devait accentuer la minimisation du contrat de partenariat.

La loi d’habilitation autorise en effet le Gouvernement à prévoir toute une série de mesures « de nature à circonscrire leur utilisation ».

* La réforme du contrat de partenariat a été précédé d’un rapport parlementaire très critique à leur endroit (H. Portelli et J.-P. Sueur, Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? : Rapp. Sénat, n° 733, 16 juill. 2014))
  + Ce rapport s’appuie lui-même sur des rapports émanant de l’Inspection des finances et de la Cour des comptes.

Le rapport du Sénat s'attache d’abord à faire apparaître les limites de l'évaluation préalable et dénonce les points qui permettent de conclure systématiquement à l'avantage des PPP :

* Les délais de réalisation d'un projet par un contrat de partenariat sont souvent sous-évalués.
* l'absence de références empiriques précises destinées à étayer l'analyse des coûts: rien ne permet de s'assurer de l'existence des gains de productivité annoncé par l’opérateur privéet de les quantifier. ».
* Mieux même, citant la Cour des comptes, le rapport rappelle que « dans de nombreuses évaluations préalables, il apparaît que la comparaison donne la faveur aux opérations réalisées selon le montage traditionnel de la loi MOP, mais que l'analyse des risques, pourtant très subjective, retourne l'avantage en faveur du montage des PPP » (ibid.).
  + A son tour, l'Inspection générale des finances affirme que « les risques de falsification des calculs sont réels »
* Le rapport évoque un « syndrome d'addiction »
  + liée à l’impossible pour l'administration de reprendre la maîtrise d'ouvrage, car « toute volonté de la personne publique de reprendre la maîtrise d'ouvrage pour des projets similaires présente un coût dissuasif pour elle »
* De même, le rapport met en avant l'effet d'inertie.
  + Le recours à un contrat de partenariat « contraint sur plusieurs décennies les budgets des administrations publiques en augmentant la part de leurs dépenses dites « rigides », c'est-à-dire inévitables, et en limitant leurs capacités de redéploiement » ; Ainsi le paiement des loyers dus au titre des PPP viendra obérer les crédits disponibles pour les dépenses de fonctionnement, notamment de personnel.
* Enfin, le déséquilibre entre les partenaires
  + dû à la naïveté des administrations animées parr « la croyance d'une possibilité d'investissement supérieure à ses capacités d'endettement »
* Surtout, les titulaires de PPP se sont généralement protégés contre l'évolution des taux d'intérêt : Le financement partiellement connu, inclut des clauses de taux variable en fonction des conditions de marché qui se retourne contre l’administration contractante.
  + L'Inspection générale des finances évoque d'ailleurs « des exigences de garanties démesurées de la part des établissements bancaires, qui font peser des risques importants sur les acheteurs publics » restant dues en mensualités de remboursement d'emprunt.

Le marché de partenariat remplace le contrat de partenariat (Ordonnance, article 67.Il en conserve la substance mais en modifie profondément les conditions d’exercice

La conservation des éléments caractéristiques du partenariat

Le marché de partenariat reste un contrat global à vocation financière passé selon la procédure du dialogue compétitif

**Un contrat global**

L’ordonnance précise que le partenaire se voit confier une mission globale

portant au moins sur la construction, la transformation, la destruction d’un ouvrage ou d’un bien immatériel

et assortie le cas échéant pour tout ou partie d’une mission de conception ainsi que de mission d’entretien ou maintenance

élargie si besoin à la gestion d’un service public.

Ce qui risque de compliquer la distinction avec les concessions

Une mission contenant toute ou partie du financement de l’opération

Et conférant à ce titre de plein droit des droits réels sur la dépendance domaniale occupée

Le recours à la procédure du dialogue compétitif

L**es transformation des conditions de** recours au partenariat

**L’ordonnance** modifie les conditions de recours

Suppression des conditions d’urgence et de complexité

Généralisation du bilan coûts-avantage à l’ensemble des marchés de partenariat

Le bilan prend en compte

L’étendue du transfert de la maîtrise d’ouvrage au cocontractant

L’étendue des missions susceptibles d’être confiées\*

Les modalités de partage des risques\*

Le coût global du projet en fonction de la structure de financement envisagée.

Instauration d’un seuil minimal fixé par le décret du 25 mars 2016 pour passer un marché de partenariat

2 millions d’euros HT pour les marchés portant sur des biens immatériels ou comportant des objectifs de performance énergétique.

5 millions d’euros HT pour la construction d’infrastructures de réseau (énergie, transports, assainissement, aménagement urbain) ou pour les marchés ne comportant pas une mission de construction

10 millions d’euros HT pour les marchés comprenant la construction d’ouvrages.

Maintien des restrictions à l’égard de certains pouvoirs adjudicateurs (Administrations centrales, Etablissement de santé

##### B. L’unification de la notion de concession

La concession est un contrat par lequel un pouvoir adjudicateur confie à un entrepreneur la gestion d’une activité (concession de service) ou d’un équipement à construire (concession de travaux). Le cocontractant se rémunérant au moins partiellement par l’exploitation commerciale (auprès de usagers) de l’activité ou l’équipement.

* (Par exemple, concession du Stade de France ou du viaduc de Millau)

La directive concession de 2014 retient une conception large de la concession qui contrairement au choix réalisé en 1993 par la loi Sapin fait des délégations de service public une forme parmi d’autres de concession

###### 1. La concession, un nouveau contrat générique

Avant la directive 2014, le texte applicable aux concessions était la loi SAPIN du 29 janvier 1993

La loi SAPIN avait consacré la notion de délégation de service public.

* Elle était porteuse d’une série d’innovations. La loi SAPIN met fin à l’idée que les concessions de service public à la différence des marchés publics avaient vocation à échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence
* L’objectif de la « loi Sapin » est ainsi de soumettre à des obligations de publicité et de mise en concurrence toute une série de contrat confiant l’exécution d’un service public à un opérateur et échappant à ce titre au Code des marchés publics

A ce titre, la nouvelle notion de DSP englobait un certain nombre de contrats dont la logique économique (concessive) fait qu’ils restent non assimilables à des marchés publics

* Les concessions de service public : le contractant tire sa rémunération de l’exploitation même du service et non d’un prix versé par l’administration
* L’affermage (que l’on retrouve exclusivement dans le secteur de l’eau) qui se distingue de la concession en ce que l’exploitant reverse à l’administration une redevance couvrant l’utilisation du réseau et des installations, propriétés de la collectivité délégantes.
* La régie intéressée (que l’on retrouve essentiellement dans le secteur du transport urbain ou du traitement des déchets) où la gestion du service est confiée à un opérateur privé rémunéré par la collectivité en fonction non pas des recettes mais d’autres résultats de l’exploitation (qualité du service, gains de productivité, économies réalisés, développement d’activités accessoires).
  + L’exploitation est assurée pour le compte de la collectivité qui perçoit elle-même les recettes : l’activité reste soumise aux règles de la comptabilité publique et d’un point de vue budgétaire l’entreprise délégataire est assimilé à une régie d’avance. De toutes les formules, c’est celle qui présente le moins d’autonomie.

Mais cette énumération n’épuise pas la liste. D’autres contrats innommés peuvent répondre à la définition légale.

* Le problème s’est posé notamment pour les contrats de gérance (catégorie générique que l’on retrouve notamment en matière d’assainissement) qui porte sur l’exploitation d’un service public mais qui donne lieu au paiement d’un prix (voir plus loin).

La loi Sapin n’a pas donné de définition de la DSP

La définition a été donnée plus tard par la jurisprudence (CE 1996 Préfet des Bouches du Rhône c/ Commune de Lambesc) qui retient un critère qui sera repris par la loi (Loi MURCEF 11 décembre 2001). Ce critère a pour fonction exclusive de distinguer la DSP du marché public

La directive 2014 apporte par rapport à la loi SAPIN deux évolutions majeures :

1. La concession de service n’implique pas nécessaire l’exploitation d’une mission de service public.

2. Le régime des concessions de service est étendu aux concessions de travaux

En ce sens, la directive parachève un mouvement de soumission des contrats publics à des obligations de publicité et de mise en concurrence engagée par les directives marchés à propos des concessions de travaux

* Depuis la directive Travaux de 1989 , les directives « marchés publics » visaient les concessions de travaux pour les soumettre à des obligations de transparence allégées.
* Ce mouvement avait été poursuivi par la jurisprudence à propos des concessions de service public soumises aux règles générales des traités depuis l’arrêt Telaustria.

Longtemps, la notion de concession de service public n’a pas eu de statut en droit communautaire.

* En raison du défaut d’accord entre EM sur le périmètre et le contenu des règles applicables à la notion de concession de service public (voir les débats autour de l’adoption de la directive marchés de service) et la crainte de la France que l’encadrement de l’attribution des concessions soit le cheval de Troie d’une réforme plus profonde visant à l’ouverture à la concurrence des services publics.

Les choses ont progressivement changé

Le droit communautaire s’est donc intéressé à la question

* de manière négative : pour identifier a contrario les marchés publics
* de manière positive : CJCE 2000 Telaustria (attribution d’une concession) et CJCE 2006 Parking Brixen (renouvellement de la concession) qui viennent étendre le champ d’application du droit européen de la commande publique par le biais des principes tirés des traités applicables aussi aux concessions

La nouvelle directive va au-delà de cette évolution en consacrant la notion de concession indépendamment de l’exploitation d’un service public, ce qui pose de nouvelles questions

###### 2 L’influence de la nouvelle notion européenne de concession sur les catégories traditionnelles du droit français

L’application du nouveau texte pose deux difficultés nouvelles

* Celui de définir ce qu’est une concession de service, contrat inconnu du droit français
* Celui du maintien de la notion DSP

a. Le maintien de la notion de délégation de service public à l’égard des collectivités territoriales

L’ordonnance du 29 janvier 2016 n’a pas supprimé la notion de délégation de service public. C’est devenue une forme de concession désormais réservé aux collectivités territoriales afin de les soumettre au régime prévu par le CGCT

Notamment l’article L. 1411-5 qui prévoit que

* « Le délégataire produit chaque année avant le 1er juin à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.  
  Dès la communication de ce rapport, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte ».

En outre le CJA fait référence à cette notion pour délimiter le champ de compétence du juge du référé précontractuel.

La difficulté par rapport à la concession de service va consister pour le juge à dire à partir de quand il y a délégation au cocontractant d’une mission de service public.

La question n’est pas nouvelle. Elle conditionnait avant 2016 l’application de la loi Sapin.

La gestion des équipements sportifs permet d’illustrer les difficultés susceptibles d’être rencontrées.

* CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, Ville Paris et Assoc. Paris Jean Bouin rendu à propos d’un contrat qui concédait l’exploitation d’installations sportives à un club professionnel

A la différence des juges du fond, le CE va refuser de qualifier le contrat de DSP

Par cette décision, le Conseil d'Etat rappelle les conditions d’identification d’une DSP : il faut être à même de caractériser la volonté d'une personne publique

* + 1. de transférer une mission globale au cocontractant
    2. de maintenir l’activité transférée sous contrôle

**La DSP exige Le transfert d’une mission de service public dans son ensemble.**

Les difficultés d’identification ne tiennent pas à l’objet de la mission

On sait que la jurisprudence administrative n’est pas très regardant quant au critère matériel d’identification du service public qui s’étend jusqu’aux activités de loisirs :

* à propos de l’exploitation d’une station thermale (Conseil d'Etat 10 juin 1994 Lacan) d’un camping municipal ou de l’organisation d’un festival de jazz (Conseil d'Etat 2 juin 1995 Ville de Nice), l’exploitation d’une plage touristique (Conseil d'Etat 21 juin 2001Soc. La plage de chez Joseph) y compris les casinos relèvent d’une mission de service public au titre du développement touristique des stations balnéaires : Conseil d'Etat 25 mars 1966 Ville de Royan
  + Mais la notion de développement touristique n’est pas sans limite : Conseil d'Etat 12 mars 1999 Ville de Paris à propos de l’exploitation d’un restaurant propriété de la ville de Paris au Bois de Boulogne : l’accueil des touristes ne suffit pas à caractériser une activité d’intérêt général

Pa contre, l’activité doit présenter une certaine unité économique démontrant que c’est l’ensemble d’une mission qui est confié au cocontractant en le mettant notamment en présence des usagers.

* Ainsi la délégation n’est pas l’association ni la collaboration à l’exécution d’une mission de service public. En ce sens, l’administration doit confier son cocontractant une mission globale et non seulement l’exécution de prestations spécifiques.
* Ne sera pas en conséquence une DSP le contrat qui confie à une entreprise privée l’entretien d’un établissement pénitentiaire, le linge et la restauration des détenus. Car la mission principale est la surveillance des personnes incarcérées qui relevant des fonctions de souveraineté de l’Etat ne sauraient être déléguées
* L’exécution de prestations détachables d’une mission globale relève davantage de la logique des marchés publics.

Mais le CE n’est pas toujours très regardant sur la globalité de la mission :

* Par exemple, un contrat de production d’eau potable indépendamment de la distribution aux usagers a été qualifiée de DSP (CE 28 juin 2006 Syndicat intercommunal d’alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier)
  + - Car 1/ il considère que les consommateurs sont les usagers finals du service ;
    - 2/ que le prix versé par les communes dépend pour partie de la consommation d’eau et donc lié aux prestations livrées aux usagers.

C’est d’une manière générale que la mission de service public déléguée va s’apprécier globalement incorporant le cas échéant des activités annexes à l’activité principale qui seront en conséquence couvertes par la DSP et protégée du secteur marchand.

* Ainsi dans l’affaire CE 2012 Cie méridionale de navigation et Sté nationale Corse Méditerranée, le Conseil d’Etat a jugé que le besoin réel de service public (ici la desserte de la Corse) doit s’apprécier globalement pour chaque ligne ou trajet sur l'ensemble de la période d'exécution du contrat sans avoir à distinguer la période estivale où la demande touristique est plus forte
  + Le CE reste ici fidèle à une approche globale du service public qui permet une péréquation interne des coûts du service et évite de réduire le service public aux seules prestations non-rentables.
* Autre exemple : fourrière et refuge pour animaux. –
* Si l'activité de fourrière, relative à l'accueil et à la garde des chiens et chats trouvés errants ou en état de divagation, constitue un service public communal obligatoire en vertu des dispositions du code rural, une commune peut valablement étendre celui-ci à la gestion d'un refuge dans l'accueil des animaux en provenance d'une fourrière ou donnés par leur propriétaire. (CE, 13 juill. 2012, n° 358512, Cne Aix-en-Provence

**La DSP exige le maintien de l’activité transférée sous le contrôle de l’administration contractante**

La lecture des clauses du contrat doit permettre au juge de vérifier que l’activité du cocontractant reste sous le contrôle de l’administration

* CE, sect., 11 juill. 2011 Madame Gille : à propos de la convention de 1990 par laquelle la ville de Paris avait confié la gestion du Parc des Princes à la SESE, le CE écarte la qualification de délégation de service public en jugeant que « la seule présence de club de football professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition de l'équipement sportif ne caractérise pas à elle seule une mission de service public ».
  + Elle ajoute que les conditions d'utilisation du stade, imposées par la ville aux fédérations sportives délégataires d'un service public national, sont sans incidence sur la recherche d'un service public local que la ville aurait pu confier à son cocontractant.

L’identification des clauses venant caractériser l’idée d’un contrôle peut donner lieu à des difficultés

Ainsi l’affaire du Festival des voix du Gaou (festival de musiques actuelles se déroulant à Six-Fours dans le Var).

* Le juge d’appel avait jugé l'organisation du festival des Voix du Gaou était constitutive d'un service public
  + en raison de la nature des prestations confiées, de la création par la commune de ce festival et des subventions octroyées.
  + Toutefois il avait retenu cette qualification malgré l'absence de tout contrôle de la personne publique sur la programmation artistique et sur les tarifs des spectacles.
    - C'est sur ce terrain que le Conseil d'Etat va se fonder pour annuler la décision d'appel suivant les conclusions de son rapporteur public (CE 23 mai 2011 Commune de Six-fours).
    - Comme le dit très clairement le rapporteur public, « l'activité consistant à organiser des spectacles n'est pas en soi une activité de service public [...] pour que l'activité d'intérêt général - et le divertissement de masse en est une - devienne un service public, il faut un supplément, une valeur ajoutée donnée par la personne publique ».
      * Comme il l'avait jugé pour l'exploitation en régie du théâtre municipal de Dijon en 1944 (décision Léoni,), le Conseil d'Etat va considérer ici que tout divertissement organisé par une collectivité publique n'est pas de ce fait une activité de service public.

La délégation suppose encore que des droits ou des obligations spécifiques soient reconnu au cocontractant : le contrat comportant des « clauses de service public »

* Clauses qui se concrétisent par l’attribution de prérogatives exorbitantes :
  + Conseil d'Etat 4 octobre 2004 Sarl CHT : est une DSP le contrat qui confie au cocontractant la mission de réglementer l’usage du port met en œuvre des prérogatives de puissance publique lorsqu’il attribue des postes d’amarrage
  + Il en sera de même quand le contrat confère un droit d’exploitation exclusif Conseil d'Etat 22 mars 2000 Lasaulce, Rec. p. 127, BJDcontrat de partenariat 2000, n°11, p . 252, conc. Savoie (dépannage sur autoroutes)
* Ou dès lors que le cocontractant est soumis à des obligations spécifiques. C’est généralement un moyen permettant la requalification d’une concession domaniale en DSP.Par ex : Conseil d'Etat 11 décembre 2000 Agofroy.
  + A propos d’une convention d’occupation du domaine public prévoyant que le cocontractant (une association spécialisé dans l’animation culturelle et artistique) :
    - ferait cesser toute activité d’entreposage dans les locaux pour en rendre l’utilisation “conforme aux nouveaux objectifs de la ville”,
    - que les nouvelles activités menées dans les locaux devraient “impérativement participer à l’animation du secteur dans les domaines de la culture et des loisirs”,
    - que le rez-de-chaussée de l’immeuble serait aménagé pour recevoir du public dans le cadre d’activités “d’exposition, de réunion, de spectacle, ou de toute autre pratique ouverte à la fréquentation des habitants, à l’exclusion d’activités de négoce n’ayant pas une fonction d’animation spécifique”,
    - cependant que les étages seraient loués en contrepartie de redevances d’un montant modéré à des personnes exerçant des activités “artisanales et professionnelles, sans que puissent y être exercés des actes de commerce” ;

En revanche, en matière de gestion d’équipements sportifs, CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272 et n° 338527, Ville Paris et Assoc. Paris Jean Bouin, le juge peut se montrer plus exigeant

* En effet, les obligations prévues par le contrat peuvent être imposées par l'autorité contractante en tant que gestionnaire du domaine public.
* **Dès lors le juge doit identifier l’existence d’« un droit de regard sur l'activité exercée par l'occupant**, pour caractériser une délégation de service public.
  + Ainsi la seule présence d'un club de rugby professionnel sans autres contraintes que celles découlant de la mise à disposition d'équipements sportifs ne constituait pas à elle seule une mission de service public dès lors que les obligations mises à la charge de cette dernière correspondant à celles que le gestionnaire du domaine peut imposer à l'occupant dans l'intérêt du domaine et dans l'intérêt général
    - En particulier l’obligation prévue au contrat de réaliser un programme d'investissements répondant au besoin de conservation des dépendances domaniales ne révèle pas une DSP dès lors qu’il est mis en œuvre sous la seule responsabilité du cocontractant qui en apprécie librement la nature et la programmation

En règle générale, une DSP relève du champ d’application de l’ordonnance concession : c’est une concession de service public passée par une collectivité territoriale.

Mais le CE (CE 15 décembre 2017, Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion) vient de consacrer une solution originale à propos des conventions d’exploitation de ligne aérienne explicitement exclues du champ d’application de l’ordonnance sur les concessions par l’article 13 de l’ordonnance que le CE qualifie néanmoins de DSP (dès lors qu’elle répond à la définition matérielle des concessions… et qu’elle est passée par une collectivité territoriale) pour en tirer une double conclusion

* + La compétence du juge administratif du référé précontractuel (conformément au CJA qui fait expressément référence à la notion de délégation de service public).
  + l’application non du texte de l’ordonnance mais des principes généraux de la commande publique.

b. La prise en compte par le juge administratif de la notion de concession de service (sans service public).

Un certain nombre de recours portés devant le juge et dénonçant l’absence de mise en concurrence pour des contrats conclus à titre onéreux n’ont pas abouti avant 2016 dans la mesure où les conditions d’une délégation de service public n’étaient pas remplies.

L’exemple le plus significatif est celui de la gestion des équipements publics notamment sportifs

Dans l’affaire du Stade Jean Bouin, les juges du fond avaient conclu à une DSP dans le but de soumettre le contrat à une obligation de transparence quitte à tordre les critères de la DSP (CE 2010 Association Stade Jean Bouin)

La transposition de la directive concession offre aujourd’hui de nouvelles solutions, il suffit que le contrat conclu à titre onéreux réponde à la définition de la concession (pure).

* Ainsi quand le contrat a pour objet l'exploitation d’un équipement affecté au services mais non l'exploitation du service lui-même, le CE refuse de conclure à une DSP
  + Par ex. Conseil d'Etat 19 janvier 2011, CCI de Pointe à Pitre.
* Dans le cadre de ce contrat, une chambre de commerce avait autorisé une entreprise à créer et exploiter, dans un aéroport, un magasin hors taxes, mais en respectant certaines obligations imposées par l'entité adjudicatrice ‘
  + - Tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale, notamment par la réalisation d'une vitrine de promotion des produits locaux et la création d'un espace guadeloupéen et d'une case à rhum ;
    - Le CE relève qu'à supposer même que ces obligations puissent être regardées comme relevant d'une mission de service public, elles n'auraient pas pour objet de confier à ce cocontractant la gestion d'un service public mais seulement la création et l'exploitation d'un équipement commercial affecté à ce service ; que la convention envisagée ne saurait ainsi être regardée comme une délégation de service public ;

Par contre, rien ne s’oppose à ce que cette hypothèse corresponde à une concession de service au sens de la directive 2014

Ainsi également à propos des conventions de terminal portuaire

* Depuis la réforme des Grands ports maritimes (loi de 2008) la gestion de l’outillage portuaire n’est plus une mission de service dévolue à l’EPIC
  + - Dès lors, les concession d’outillage ne sont plus des DSP mais sont quand même plus que de simples conventions d’occupation du domaine portuaires.
* Elles répondent à la définition de la concession.
  + - En ce sens , CE 14 février 2017 Société Sea Invest Bordeaux :
      * qu'alors même que l'article R. 5312-84 du code des transports dispose que les conventions de terminal valent autorisation d'occuper le domaine public, la convention litigieuse doit, compte tenu des engagements réciproques des parties, être regardée non comme une simple convention d'occupation du domaine public mais comme un contrat administratif conclu pour répondre aux besoins du Grand Port Maritime de Bordeaux.
      * GPMB qui, en application de l'article L. 5312-2 du code des transports, a en charge non seulement la gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté, mais aussi la construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, ainsi que l'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire, **sans pouvoir en principe, en vertu de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, assurer lui-même l'exploitation des outillages portuaires de manutention** ;
    - que cette convention de terminal conclue le 19 décembre 2014 avec la société Europorte a ainsi pour objet principal l'exécution, pour les besoins du GPMB, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation, et qui transfère au cocontractant le risque d'exploitation ;
    - qu'elle revêt pour ces motifs le caractère d'une concession de services ;

Les contrats de mobilier urbain (abribus, panneau d’affichage diffusant de l’information municipale) soulèvent une autre difficulté.

* Ils ont été qualifiés de marchés publics (faute que leur objet porte sur l’exploitation d’un service public) afin de les soumettre à des obligations de transparence et de publicité : CE Ass. 4 décembre 2005 Société JC Devaux
  + - Mais une partie de la doctrine a toujours jugé ce rattachement artificiel
      * Il reposerait sur un prix négatif (abandon de recettes par la collectivité qui renonce à percevoir la redevance domaniale).
      * Or là n’est pas l’essentiel de la rémunération du cocontractant qui repose sur l’exploitation de l’activité d’afficheur
    - Les contrats de mobilier urbain en raison de l’origine des ressources du cocontractant se prête mieux à la définition de la concession.
      * C’est le raisonnement tenu par un jugement du Tribunal administratif de Toulouse du 10 août 2017
      * Confirmé par le Conseil d’Etat 5 février 2018 Ville de Paris à propos de mobilier urbain destiné à l’affichage d’informations municipale.

#### §. 2. La distinction marché-concession : une distinction fondée sur le montage financier retenu par les parties

La distinction entre les marchés et les concessions est l’une des questions les plus difficile du droit de la commande publique.

* Le critère de la rémunération du cocontractant opposant d’un côté le prix payé par l’administration et de l’autre le tarif perçu sur les usagers n’a pas résisté à la sophistication des montages financiers.
* Les textes retiennent aujourd’hui un critère fondé sur le risque d’exploitation qui reste d’un maniement délicat.
* Le critère actuel est le fruit d’une longue maturation historique en 4 étapes

##### A. Le critère du mode de rémunération

Il a pris plusieurs formes qui n’ont pas résisté à l’évolution des pratiques contractuelles.

###### 1. Le dépérissement de la distinction du prix et du tarif

Traditionnellement, la jurisprudence administrative avait recours à un critère d’ordre financier pour distinguer les concessions des marchés publics Le marché public se distingue des autres contrats en ce que l’administration verse à son cocontractant le prix des prestations qu’il fournit ( Conseil d'Etat 1963 Ville de Colombes) tandis que la rémunération du concessionnaire provient des usagers.

* + La jurisprudence retenait même historiquement une acception étroite du critère du prix.
  + Le prix devait être exclusif de toute autre modalité de rémunération :
    - un contrat qui combinait plusieurs types de rémunération (perception de redevances, participation aux résultats de l’exploitation) ne pouvait donner lieu à l’application du Code des marchés publics : CE 1963 Ville de Colombes à propos de METP

Mais cette définition traditionnelle est progressivement devenue inadaptée en raison de l’évolution de la pratique contractuelle qui tend à privilégier des montages financiers diversifiant et surtout à mixant les modes de financement.

* Soit pour permettre le pré-financement par les opérateurs privés des équipements publics construits sous maîtrise d’ouvrage publique
* Soit pour permettre aux financements publics de couvrir les pertes du service public délégué

On aurait pu penser qu’au vu de ces évolutions, le législateur intervienne.

* Le critère aurait ainsi pu résulter de la définition des DSP par la loi Sapin. Mais la loi du 29 janvier 1993 était muette sur ce point.
* C’est l’arrêt Conseil d'Etat 15 avril 1996 Préfet des Bouches du Rhône qui prend position pour la première fois afin de déterminer la procédure applicable au contrat attaqué devant le juge.

Le nouveau critère reste de nature financière.

L’arrêt de 1996 se borne à en sophistiquer la définition en définissant la DSP comme un contrat « dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l’exploitation »

* Ce critère a été repris par le législateur (loi MURCEFdu 11déc. 2001/ article L. 1411 CGCT)
  + Ce critère a été critiqué par une partie de la doctrine. Car le Conseil d'Etat aurait été frileux : refusant de tirer toutes les conséquences de l’évolution législative qui consacre le procédé de la gestion déléguée à côté des marchés publics Plusieurs critiques sont faites à la jurisprudence de 1996
    - 1/ Ce nouveau critère n’est nouveau qu’en apparence. En définitive. Il n’est qu’une resucée de l’ancien critère. C’est du plaqué : le critère de la rémunération a été ajusté pour épouser tant bien que mal la diversification des financements.
    - 2/ Ce critère est contra legem : en dépit de la loi, tous les contrats portant exploitation sous la responsabilité du cocontractant d’une mission de service public ne sont pas ainsi systématiquement qualifié de DSP
    - 3/ La jurisprudence du Conseil d'Etat aurait été uniquement animée du souci de ne pas donner une ampleur trop grande à la notion de DSP afin de ne pas déconsolider celle de MP.
      * L’arrêt du 15 avril 1996 précise ainsi que les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 « n’ont pas eu pour objet et ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics ».
        + Or si la protection du champ d’application du Code des marchés publics pouvait à la limite se comprendre en 1996 [dans la mesure où le Code des marchés publics comportait des règles de mise en concurrence plus strictes que la loi Sapin].
        + La réforme du Code des marchés publics en 2004 a largement modifié les données du problème (élévation des seuils de l’appel d’offres, généralisation de la négociation en dessous des seuils, procédure adapté). De sorte qu’aujourd’hui la loi Sapin est plus restrictive que le Code des marchés publics dans bien des cas.

Mais cette définition va à son tour échouer

###### 2 L’échec d’une nouvelle définition fondée sur les modalités de rémunération du cocontractant

La formulation retenue par le Conseil d'Etat l’est faute de mieux.

* Parce que la diversité des modalités de financement de la gestion déléguée rendait impossible toute tentative de systématisation. D’où l’insécurité juridique qui en résulte et qui a conduit la jurisprudence a de longues hésitations en vue de le préciser.

Le critère financier reposait sur deux éléments : la rémunération devant provenir « substantiellement » des résultats d’exploitation. Chacun de ses termes va s’avérer difficile à interpréter

a La notion de « résultats de l’exploitation »

La formule suggère immédiatement que le juge ne s’en tiendra par aux seules rémunérations tirées du versement par les usagers de redevances à l’exploitant. Elle traduit une évolution importante par rapport à la définition historique en intégrant des ressources non versées par les usagers

Plusieurs types de recettes rentrent dans les résultats d’exploitation

* + - Les ressources publicitaires
    - Mais aussi c’est plus surprenant les primes versées par l’autorité délégante en fonction d’indicateurs de performance prévus au contrat car elles sont liées à la manière dont le service est géré (Conseil d'Etat 1999 SMITOM)
      * Ce qui fait que les contrats de régie intéressée sont des DSP.

La prise en compte dans la définition des DSP des sommes versées par l’autorité délégante obscurcit encore un peu plus la distinction avec les marchés publics (puisque normalement c’est la caractéristique du prix…).

* La jurisprudence est dès lors amenée à distinguer entre les sommes versés selon que la contribution est forfaitaire ou proportionnelle au service rendu.
  + - Si elle forfaitaire, c’est une subvention compatible avec la notion de DSP.
    - Si elle est proportionnelle au service rendu, c’est un prix et le contrat est qualifié de Marché
* C’est la position exprimée par le Conseil d'Etat (CE 7 avril 1999 Commune de Guilherand-Granges).
  + - Le contrat conclu par la Commune avec la Compagnie générale des eaux en vue de la gestion du service public de distribution d’eau potable et du service public d’assainissement est un marché public car les recettes du cocontractant qui dépendaient de la quantité des volumes d’eaux traités sont assurées par des rémunérations proportionnelles au service rendu.
    - Ce qui constitue en conséquence un prix versé par la commune.

L’existence de subvention pose un autre type de problème.

* A priori, la notion de résultats liés à l’exploitation ne devrait pas intégrer les subventions d’équilibre.
  + Elles ne relèvent pas stricto sensu de l’exploitation commerciale Elles sont assimilables à des aides d’Etat licites dès lors qu’elles compensent des charges de service public(CJCE 2003 Altmark).
  + Mais elles ne sont pas non plus assimilables à la notion de prix
  + En bonne logique, elles devraient être neutralisées dans le calcul du ratio : prix / recettes d’exploitation nécessaire à l’identification du contrat.
* Mais la pratique est différemment orientée : les concessionnaires les intègrent dans les recettes d’exploitation.
  + Tout autre analyse est politiquement inadmissible : car élus délèguent un service public et se disent à ce titre fondés à le financer.
    - La pratique contractuelle distingue d’ailleurs le grand équilibre (avec subventions) du petit équilibre (déficitaire, car l’activité est a priori non rentable)
  + La jurisprudence s’en tient à la pratique et le critère qu’elle utilise perd donc de sa cohérence économique.

Un autre problème concerne les sommes versées par l’autorité délégante en tant qu’utilisateur privilégié d’un équipement public (par exemple d’une salle de spectacle).

* Le contrat peut prévoir que la collectivité délégante se réservera certains jours pour organiser ses propres manifestations moyennant un prix de location différent du tarif.
  + Ce type de location prévu par le contrat peut représenter jusqu’à 20 % des recettes normales d’exploitation.
* Faut-il y voir une recette d’exploitation ou une aide ? On peut hésiter
  + Et en quoi cette contribution est-elle différente de la clause qui prévoit qu’en cas d’inutilisation de la salle, la collectivité garantit un niveau minimum de recettes prenant à sa charge à un certain nombre de jours à un tarif minimum.
  + Or ce type de rémunération garantie n’est pas lié aux résultats de l’exploitation puisque versé automatiquement par l’administration

La notion de résultats d’exploitation se montre peu opératoire dans un certain nombre de cas.

b. La signification de l’adverbe « substantiellement »

L’adverbe « substantiellement n’est pas davantage » opératoire dès lors qu’il ne veut pas dire majoritairement.

* Lors des travaux préparatoires de la loi MURCEF, l’Assemblée nationale a écarté la fixation d’un seuil à 50%.
  + A partir de l’exemple des services de transports urbains, qui sont pour la plupart déficitaires et donc subventionnés,
  + Les parlementaires ont expliqué que l’élément prépondérant de la DSP est que l’équilibre financier du contrat dépende des recettes de l’exploitation sans que cela n’exclut un financement public.
* Cette analyse a été confirmée par l’arrêt CE 30 juin 1999 SMITOM,
  + Le Conseil d'Etat a qualifié de DSP le contrat de régie intéressée portant sur l’exploitation des éléments d’une filière de traitement des déchets ménagers
    - En l’espèce l’entreprise titulaire du contrat percevait directement de l’administration la part la plus importante de sa rémunération **(près de 70 %)** sous la forme d’une indemnisation couvrant les coûts fixes annuels et les coûts proportionnés à la qualité d’ordures traitées.
    - Le commissaire du gouvernement Mme Bergeal a justifié cette solution aux motifs que, la rémunération par l’administration ne couvrant pas l’intégralité des charges.
      * L’équilibre économique du contrat était assuré par des ressources tirées de la valorisation des ordures traitées (récupération des papiers et métaux, production d’énergie électrique) et donc liées directement à la manière dont le cocontractant exploite le service.
      * Et le juge d’en déduire alors que le contrat était financé « substantiellement » par les résultats de l’exploitation.

La question est de savoir jusqu’à quelle hauteur l’administration peut contribuer aux charges d’exploitation dans le cadre d’une DSP ?

* Le commissaire du gouvernement Mme Bergeal devait expliquer que pour qualifier un contrat de DSP les recettes tirées de l’exploitation du service « ne doivent pas nécessairement être majoritaires, mais elles ne peuvent pas non plus être insignifiantes ».
  + Ce raisonnement n’aboutit nécessairement à gonfler la notion de DSP
  + Ainsi la jurisprudence qualifie de MP des contrats que la doctrine rangeait au regard de leur objet dans la catégorie des contrats de gestion déléguée. CE 7 avril 1999 Commune de Guilherand-Granges
  + La qualification relève ainsi du cas par cas en fonction du montage organisé par les parties

##### B. Le critère du risque d’exploitation

Ce nouveau critère va émerger en deux temps : dans la jurisprudence du Conseil d’Etat puis ensuite par sa consécration dans les textes.

###### 1 : Une définition jurisprudentielle progressivement fondée sur le risque d’exploitation

La jurisprudence va progressivement donner une signification cachée à l’adverbe « substantiellement » en l’assimilant à la notion de risque d’exploitation

Cette approche apparait déjà dans les conclusions Bergeal sous l’arrêt Smitom.

* La question était de savoir à partir de quelle proportion de ressources propres, le juge doit il conclure que l’administration a opérer un transfert des coûts et des risques sur le cocontractant au point de lui déléguer l’activité ?
  + Dans l’affaire SMITOM ; la part des ressources liées à l’exploitation était de 30 %. Le commissaire du gouvernement a refusé d’y voir une limite-plancher.
* Dans ces conclusions Mme Bergeal écartait seulement l’idée d’une « part négligeable » purement accessoire.
* Ce qui est déterminant pour le commissaire du gouvernement c’est de rechercher lequel des cocontractants assume la responsabilité réelle de l’activité de service public.
  + En d’autres termes, il revient au juge de déterminer quel est le cocontractant qui supportera les risques financiers en cas de déficit d’exploitation.

Le critère du risque a été expressément consacré par le Conseil d'Etat dans l’arrêt Département de la Vendée du 7 novembre 2008 (AJDA 2008, p. 2454, note Richer) :

* à propos d’un contrat de transport scolaire où les recettes issues du tarif perçu sur les usagers représentaient seulement 18 % le reste de la rémunération provenant du département

Le juge administratif a tendance à considérer que toute rémunération qui supporte un part d’aléa est liée aux résultats de l’exploitation y compris quand elle est versée l’administration :

* Dans l’arrêt CE 7 novembre 2008 Département de la Vendée
  + - La rémunération de l’entreprise de transports scolaire titulaire du contrat était assurée par les recettes d’exploitation complétées en fin d’exercice par une subvention d’équilibre variable en fonction des déficits.
      * Sur les recettes d’exploitation, seuls 18 % du montant total des recettes d’exploitation étaient laissées à la charge des usagers. Le reste était pris en charge par le département sous forme d’abonnements financés par la collectivité.
      * Compte tenu de la faiblesse des recettes perçues sur l’usager, La Cour administrative d’appel de Nantes avait conclu à la qualification de Marché public.
    - C’est ce raisonnement qu’infirme le Conseil d'Etat relevant que la Cour aurait dû prendre en compte également la part versée par le département en substitution des familles qui constitue elle aussi une rémunération variant avec le nombre d’usagers et donc liée aux résultats de l’exploitation.

La jurisprudence est constante notamment en matière de restauration scolaire:

* CE 2006 Commune d’Andeville fait une analyse similaire à propos de tickets repas pris en charge par la CAF et non par les usagers directement mais dont le montant dépend de la fréquentation par les usagers.
* Ou encore Conseil d'Etat, 5 juin 2009, n°298641, Sté Avenance-Enseignement et Santé : le juge relevant que la fréquentation est susceptible de varier dans des proportions telles que le prestataire peut être regardé comme assumant un réel risque d’exploitation)

Dans le raisonnement du juge, la définition légale n’est pas écartée, elle est seulement reléguée au rang de moyen pour identifier le partage des risques entre les cocontractants

Ce raisonnement présente plusieurs avantages

* Le critère du risque d’exploitation s’inscrit dans le prolongement de la conception traditionnelle de la concession pour qui la concession à la différence du marché implique pour le concessionnaire d’assurer l’exploitation du service « à ses risques et périls ».
* Elle est surtout compatible avec a jurisprudence communautaire relative aux concessions
  + Ainsi dans son arrêt « Eurawasser » du 10 septembre 2009 la CJUE apprécie le partage du risque entre cocontractants pour qualifier une concession.
* la CJUE rejette la nécessité d'un « risque important » pour reconnaître l'existence d'une concession.

Cet arrêt a été confirmé par CJCE 10 mars 2011 Regroupement communal de Passau.

* + - à propos d’un contrat portant sur l’organisation de secours (transports de blessés et de malades, interventions d’urgence) dont la rémunération était assurée non par le pouvoir adjudicateur par des tiers notamment les organismes de sécurité sociale.
* La Cour conclut à une concession
  + alors que le risque d'exploitation était très limité en raison, notamment, du fait que le montant des droits d'utilisation des services étaient fixés au niveau du Land par les pouvoirs publics dans le cadre de négociations annuelles avec les organismes de sécurité sociale.
  + et ce dès lors que le cocontractant n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités puisqu’une part de sa rémunération provient d’usagers non assurés
* La CJUE a précisé depuis que le risque transféré au concessionnaire ne devait pas être trop réduit
  + CJUE 10 novembre 2011 Norma

L’évolution de la jurisprudence ne fait pas disparaître toute divergences entre les juges administratif et européen.

* Le CE fait rentrer dans les résultats de l’exploitation des sommes versées par le pouvoir adjudicateur.
* Au contraire la CJUE ( 2009, Eurawasser) insiste sur l’origine de la rémunération qui doit être assurée dans le droit des concessions par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur.
* Il en résulte que certains contrats susceptibles d’être qualifiées de DSP en droit français (régie intéressée) seront des marchés publics au sens du droit de l’UE

###### 2 La consécration du critère fondé sur le risque d’exploitation dans les textes

La directive 2014 relative aux contrats de concession s’appuie sur les avancées de la jurisprudence pour consacrer la notion de risque d’exploitation.

Elle précise que le droit d’exploiter le service ou l’ouvrage est la contrepartie de l’exécution par le concessionnaire des travaux ou des prestations commandées par le pouvoir adjudicateur.

Le texte précise que ce droit peut être assorti d’un prix

Il découle de cette précision textuelle

* que le droit d’exploiter se définit par opposition à la notion de prix versé par le pouvoir adjudicateur comme la possibilité de retirer des recettes de l’activité ou de l’ouvrage objet du contrat
* 2 . que le droit d’exploiter n’est pas exclusif du paiement d’un prix ; qu’en conséquence les textes prennent acte des financements mixtes

L’ordonnance de 2016 emprunte une rédaction légèrement différente.

* Elle précise que la concession a pour objet de transférer un risque lié à l’exploitation du service ou de l’ouvrage en contrepartie soit du droit d’exploiter l’ouvrage ou le service qui fait l’objet du contrat soit de ce droit assorti d’un prix.
* La différence de rédaction fait que le droit d’exploiter et le prix ne sont pas la contrepartie de l’activité mais du risque assumé par l’exploitant.
  + Ce qui signifie que le paiement d’un prix n’est pas incompatible avec l’existence du risque (liées aux performances atteintes par le cocontractant) et donc que, cas de la régie intéressé, le risque d’exploitation peut être rémunérée par le versement d’un prix sans faire échec à la qualification de concession.
  + En ce sens la directive admet aussi que la rémunération du concessionnaire puisse provenir du pouvoir adjudicateur dès lors qu’elle ne couvre l’ensemble des coûts ou des investissements

Cette formulation lève l’ambiguïté liée à l’arrêt Eurawasser et permet de maintenir sous le régime de la concession certains contrats comme ceux passés en France dans le secteur du transports urbains dont la majeure partie du financement provient de l’administration.

Le critère du risque d’exploitation ne règle pas toutes les difficultés d’appréciation.

C’est une notion de type économique qui appelle du juge des appréciations nuancées

D’abord la notion de risque n’est pas propre à la concession.

* Ainsi tout contrat repose sur un partage des risques entre cocontractant.
* L’enjeu de toute négociation est de faire reposer le plus de risque sur l’autre partie. Ce qui peut entraîner -selon que le risque va basculer sur l’administration ou sur l’entreprise- la requalification du contrat et donc la nullité du contrat
* C’est même un élément constitutif des contrats de partenariat ainsi que l’expose l’ordonnance de juin 2004 qui impose aux parties de s’entendre sur le partage des risques.
* Ainsi le risque n’est pas absent de l’idée de Marché public.
  + - * + L’exécution d’un marché public de service expose le cocontractant à des risques d’exécution (par exemple pour les marchés de nettoyage : l’augmentation du coût de la main d’œuvre ou, du coût des produits présente un risque pour l’exécution financière du contrat que le prestataire doit avoir anticipé.

Dès lors, ce n’est pas l’existence d’un risque économique mais le **transfert du risque sur le cocontractant** qui est le critère de la concession.

* La notion de risque d’exploitation renvoie aux aléas auxquels le concessionnaire peut être confrontés durant l’exécution du contrat. Ces aléas peuvent être de différentes sortes.
  + Le risque d’insolvabilité des utilisateurs du service
    - Ce risque peut être couvert par le recours à des tiers débiteurs
      * tels que la CAF dans le cas des cantines scolaires
  + Le risque d’absence de couverture intégrale des dépenses d’exploitations par les recettes
  + Le risque de responsabilité
  + Le risque de fréquentation qui se décompose à son tour
    - Risque de concurrence de la part d’autres opérateurs
    - Risque d’inadéquation entre l’offre de service et la demande des usagers
      * L’inadéquation peut-être d’ordre quantitatif : l’équipement (salle de spectacles, équipement sportif) a été surdimensionnée
      * Elle peut être aussi qualitatif : par exemple, mauvaise conception du réseau de transport urbain (pas assez de lignes, pas assez de bus, embouteillage).

En tout état de cause, le contrat peut venir limiter ce type de risque

* Ainsi des clauses qui prévoient que la baisse de fréquentation est garantie par le pouvoir adjudicateur (cas n°1) ou qui prévoient une hausse des tarifs inversement proportionnelle à la baisse de fréquentation (cas n°2)
* De telles clauses peuvent influencer sur la nature du contrat dès lors qu’elle reporterait le risque sur le pouvoir adjudicateur
  + Ce qui peut être le cas dans l’exemple 1 à condition de couvrir l’ensemble des pertes
  + Ce qui n’est pas le cas dans l’exemple 2, car le risque est reporté sur les usagers.

La question de savoir si à côté des risques liés à l’exploitation commerciale, il faut prendre en compte les risques (les coûts) liés aux investissements industriels reste posée.

* En général, le risque lié à la construction est supporté par le concessionnaire (cas de la concession de travaux)
* Mais on peut envisager d’autres hypothèses dans le cadre des concessions de service comprenant une part de travaux.
* Ainsi les coûts industriels pourront, selon le montage contractuel retenu, être nullement, partiellement ou entièrement couverts par l’administration délégante (par exemple l’entretien et la rénovation du réseau de distribution d’eau) sans que la qualification du contrat en dépende pour l’instant
* Alors que cela est de nature à modifier profondément l’équilibre financier du contrat.

Une autre question est celle posée par la présence d’usagers « captifs » qui conduit à raisonner non par rapport au contrat mais par rapport à son environnement économique.

* C’est l’idée défendue par Mme Bergeal dans l’affaire Commune de Guilherand-Granges qui oppose le service des transports en commun à celui de la distribution d’eau. Elle relève que « la consommation d’eau […] à la différence du transport public n’a pas d’alternative pour le consommateur et est, pour partie, indépendante du prix ». L’exploitation du service concédé n’exposerait ainsi à aucun risque .
  + Or la distribution d’eau est en pratique assurée dans le cadre de la concession. Certains auteurs ont fait valoir que tout aléa n’a pas disparu parce que les usagers pourraient ne pas payer les factures donc que l’exploitation n’est pas sans risque pour le concessionnaire.
  + L’explication est ailleurs. On peut en effet estimer qu’il y a transfert de la responsabilité de la gestion dès lors que les besoins ne sont pas définitivement connus à l’avance (ou anticipé par l’insertion d’une clause d’indexation) et qu’il appartient à l’exploitant d’y faire face en assurant lui-même son équilibre financier sans pouvoir espérer un soutien de l’administration pour combler les préjudices qui apparaîtraient en cours d’exploitation
  + La généralisation d’une analyse du risque par rapport à l’environnement économique du contrat présenterait en outre de sérieux inconvénients.
* Le critère du transfert du risque serait totalement relatif et contingent :
  + deux mêmes montages contractuels pourraient recevoir une qualification juridique différente en fonction de leur lieu d’exécution (marché pertinent)
  + et un même contrat pourrait changer de qualification en fonction de l’évolution du contexte économique.

Les contrats de commande publique font l’objet d’une conception extensive.

Soucieuse d’étendre le champ des obligations de transparence et de mise en concurrence, et partout d’ouvrir le plus de contrats possibles à la concurrence européenne, la CJUE a repoussé les limites de la définition tant du marché que de la concession. Elle interprète d’autre part strictement les exceptions ouvertes par les textes.

# Deuxième Partie

# La formation des contrats.

L’attribution des contrats publics obéit à des règles différentes

* Selon la qualification du contrat
  + Marchés publics
  + Concessions
  + Concessions domaniales (voir Cours du 1er semestre)
* Selon le montant du marché
  + Le droit des marchés publics repose en notamment sur un système de seuils qui fait dépendre l’intensité des règles de procédure de l’importance financière du contrat

D’une manière générale, aucun principe général du droit n’impose à l’administration l’obligation de provoquer une mise en concurrence en vue du choix de son cocontractant.

* Conseil d'Etat 12 octobre 1984 Chambre syndicale des agents d’assurances des Hautes Pyrénées, Rec. p. 326.

En fait, c’est plutôt la règle inverse qui tend à prévaloir aujourd’hui :

* avec les développements du droit de la commande publique qui englobe au-delà des marchés publics de nouvelles catégories de contrats
* avec l’application aux contrats publics du droit de la concurrence
  + CE 1997 Million et Marais

Par ailleurs, indépendamment du respect de mise en concurrence, les juridictions administratives s’attachent à vérifier la validité du consentement des parties contractantes.

# Titre 1. La mise en concurrence.

L’originalité du droit de la commande publique est d’être un droit procédural visant à encadrer le processus de formation du contrat afin que les pouvoirs adjudicateurs choisissent de la manière la mieux informée possible leurs cocontractants en respectant les exigences du principe de libre concurrence.

La particularité du droit de la commande publique et en particulier des marchés publics est d’être conditionné à l’application d’un système de seuils : ce n’est qu’à partir d’un certain montant que les procédures formalisés sont obligatoires.

* Or le montant de ces seuils a été fortement relevé en 2001 avec l’adoption du « nouveau code des marchés publics » marqué par l’alignement des seuils nationaux sur les seuils européens.
  + Décret du 7 mars 2001 : les marchés sont passés sur appel d'offres au-delà du seuil de 130 000 Euro HT pour l'Etat, et de 200 000 Euro HT pour les collectivités territoriales
  + A titre indicatif, le seuil des marchés de travaux est aujourd’hui de 5 548 000 €uros.

L’attention néanmoins portée aux contrats inférieurs aux seuils de déclenchement des procédures formalisées a conduit tant les juridictions que les autorités législatives européennes et nationales à dégager des principes généraux applicables à l’ensemble des contrats.

De sorte que la situation actuelle peut être résumée de la manière suivante

1. Les procédures formalisées (c’est-à-dire organisées par les textes) ont ainsi pour objet au-delà des seuils d’assurer le respect des principes généraux de la commande publique
2. Lesquels principes suivant la logique initiée par l’arrêt Telaustria (CJCE 7 décembre 2000) ont vocation à s’appliquer désormais au-delà du champ des procédures formalisées à l’ensemble des marchés et concessions donc en en dessous des seuils.

Après avoir exposé les principes généraux de la commande publique, on s’interrogera sur la liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans la conduite des procédures de passation.

## Chapitre1.

## Les principes généraux de la commande publique

Ces principes sont énumérés à l’article 1er de l’ordonnance du 23 juillet 2015 et de l’ordonnance du 29 janvier 2016.

Ainsi



Jusqu’en 2016, les principes généraux de la commande publique n’étaient expressément consacrés qu’à l’égard des marchés publics (article 1er CMP)

Ces principes ont désormais acquis une valeur législative.

* Précédemment, le Conseil d’Etat avaient également posé la valeur législative des principes du droit de commande publique érigés au rang de principes généraux du droit (Avis, Conseil d’Etat

29 juillet 2002 Sté MAJ Blanchisserie de Pantin

* A rapprocher également de l’arrêt Télaustria

Les principes généraux de la commande publique doivent cependant être lus en rapport avec la décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a fait état de l’existence d’un « droit commun de la commande publique » organisé autour de principes communs

* + Et de considérer que les contrats de partenariat comportaient des dérogations qui ne sauraient être généralisé (en particulier quant à la globalisation des prestations de conception, construction et exploitation)
  + Cette décision est assez surprenante.
    - Parce que le CC ne donne pas la liste des principes qui constituent l’armature de ce droit commun,
    - qu’il se borne à faire référence aux seuls principes tirés (à l’époque) du CMP
    - et que certains principes auxquelles dérogeait le contrat de partenariat sont des règles au final assez techniques (interdiction du paiement différé, séparation des opérations de conception et de réalisation).

L’idée de normes principielles auxquelles les autorités publiques ne pourraient pas déroger en matière contractuelle se retrouve également aujourd’hui dans la jurisprudence du Conseil d’Etat.

* A propos du contrôle des sentences arbitrales concernant des contentieux internationaux impliquant l’Etat ou des personnes publiques.
  + - Voir CE ASS 9 déc. 2016 Sté Fosmax LNG qui mentionne l'existence de « règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger », telles que notamment, au-delà de l'interdiction d'aliéner le domaine public et de consentir des libéralités, celle « de renoncer aux prérogatives dont ces personnes publiques disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat ».

Pour ce qui concerne la formation des contrats, le doute n’est pas permis. Le législateur fait état de trois principes.

**Section 1. Le principe de transparence des procédures**

Issu de jurisprudence tant communautaire (CJCE 2000 Télaustria) qu’administrative (CE, avis, 29 juill. 2002, Sté MAJ Blanchisseries de Pantin, BJCP 2002, p. 427, concl. D. Piveteau), le principe de transparence est d’une nature juridique particulière.

C’est d’abord un principe médian. Il n’existe pas pour lui-même. Il est destiné à assurer le respect des principes de liberté et d’égalité à la commande publique sont des PGD (CE, avis, 29 juill. 2002, Sté MAJ Blanchisseries de Pantin).

Plus précisément, c’est un principe de nature procédurale : il implique l’adoption de mesures de publicité destinées à provoquer la concurrence et l’organisation d’une procédure formelle de passation.

C’est le raisonnement que tient la CJCE dans l’affaire Téléaustria

* Idem le CE dans l’arrêt CE 2005 Association pour la moralisation du droit des marchés publics quand il censure le code 2004 considérant que les marchés de service ne peuvent pas être exemptés de toute obligation de transparence.
* Sous l’empire des textes antérieurs à 2014, la CJCE avait également exigé une transparence minimale pour les services non prioritaires : CJCE 27 octobre 2005 Contse SA.

La fonction procédurale du principe de transparence trouve à s’appliquer en dehors du champ de la commande publique

Dans le droit des actes unilatéraux où il garantit l’information des administrés (Par ex., les études d’impact ou les enquêtes d’utilité publique)

Mais aussi dans le champ des autres contrats administratifs

* + L’application du principe de transparence aux concessions domaniales a fait de son côté l’objet de discussions prolongées (Avis du Conseil de la concurrence 2000, doctrine s’appuyant sur la jurisprudence de la CJCE) auxquelles le CE a opposé une fin de non-recevoir (CE, Ass. 2010 Ville de Paris Association du Stade Jean Bouin) avant que le CJUE et le législateur ne prennent expressément le parti inverse.

1. CJUE 14 juin 2016 Proimpressa. Mais le fondement est différent. C’est en raison de la nature économique exercée par le bénéficiaire de l’autorisation domaniale que la CJUE se fonde sur les dispositions de la directive portant libéralisation des services du 12 décembre 2006 pour exiger la mise en œuvre de mesures de publicité destinées à mettre en concurrence les entreprises potentiellement intéressées.

2. Par suite, adoption de l’Ordonnance du 19 avril 2017 qui prévoit, sous réserve d’un certain nombre d’exceptions et d’aménagements l’obligation d’organiser une publicité préalable et le cas échéant une procédure de sélection des candidats potentiels avant d’attribuer une autorisation domaniale.

En matière de commande publique, le principe de transparence a une portée générale tant à l’égard des actes soumis aux directives qu’à l’égard d’autres contrats n’en relevant pas directement.

#### Sous section 1. La portée du principe de transparence

Elle est des plus large y compris à l’égard de contrats exclus du champ d’application des ordonnances.

#### §.1. L’application du principe de transparence en dehors du champ des ordonnances

S’appuyant sur la définition matérielle du champ d’application du référé précontractuel, le Conseil d’Etat n’hésite pas à faire application des principes généraux de la commande publique à l’égard de contrats n’entrant pas dans le champ des ordonnances dès lors qu’ils répondent à la définition matérielle de la commande publique.

* + En effet, en application des articles L.551-1 du code de justice administrative, le référé précontractuel s’étend à tous « les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public » et qui sont soumis pour leur passation « à des obligations de publicité et de mise en concurrence ».
  + Ainsi la définition retenue à l’article L551-1 ne fait pas directement référence aux ordonnances de 2015 et 2016, dès lors le référé précontractuel peut concerner des contrats qui n’entrent pas dans leur champ d’application

Selon le Conseil d’Etat, cela peut concerner les marchés passés à l’étranger

* + CE 29 juin 2012 Société PRO 2C, le Conseil d’Etat a apprécié la régularité d’un contrat conclu par le consulat général de France à Tunis et relatif à l’exécution de tâches matérielles liées à la collecte des dossiers des demandeurs de visa pour la France résidant dans le ressort du consulat.
    - Un tel contrat, conclu et exécuté hors du territoire français, n’est pas soumis au code des marchés publics. Le Conseil d’Etat juge pourtant que « ce contrat de prestations de services est au nombre de ceux dont le juge du référé précontractuel peut connaître, en vertu de l’article L.551-1 du code de justice administrative » et que, « soumis aux principes de liberté d’accès à la commande publique et d’égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle

La solution vaut également pour les contrats passées en application d’une convention internationale passée entre le gouvernement français et une organisation internationale (CE 5 février 2018)

* Ainsi à propos de marchés passés par le Centre national d’étude spatiale dans le cadre d’une convention le liant à l’Agence spatiale européenne pour des prestations essentiellement financées par l’organisation internationale et à ce titre expressément exclus du champ d’application de l’ordonnance de 2015 au titre de son article 14 au b) du 13°.
  + Après avoir affirmé sa compétence à l’égard des marchés passés par le CNES qualifiés de contrats administratifs en raison de la présence de clauses exorbitantes, le CE relève qu’il revient au juge du référé précontractuel de vérifier le respect des principes généraux de la commande publique, jugeant en l’espèce que le principe de transparence n’avait pas été méconnu : le CNES ayant porté à la connaissance du public par un avis d’appel public à la concurrence les critères d’attribution du marché

Cette extension peut donc concerner des contrats expressément exclus du champ d’application de l’ordonnance

Ainsi encore à propos des contrats de concession de service de transport aérien exclu du champ de l’ordonnance (article 13)

* + Le CE 15 décembre 2017 Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit juge que ce contrat conclu sur le fondement du règlement (CE) d 24 septembre 2008, répond à la qualification de délégation de service public
  + que par suite
    - le contrat est soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, principes généraux du droit de la commande publique ;
    - qu’en l’espèce, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution du contrat, avant le dépôt de leurs offres, ainsi que le prévoit d'ailleurs le paragraphe 5 de l'article 17 du règlement (CE) du 24 septembre 2008, l'ensemble des informations et/ou documents pertinents, lesquels doivent nécessairement inclure une information sur les critères de sélection des offres ;

§.2 *La* dé*finition de la transparence dans le cadre des ordonnances*

Si les ordonnances du 23 juillet 2015 et 29 janvier 2016 n’ont pas exactement la même conception de la transparence, elles ont dans tous les cas une approche extensive.

##### A. Une exigence différenciée

Le droit de la commande publique est un droit à double vitesse. De portée générale, le principe de transparence n’introduit pas le même niveau d’exigences selon que le contrat est un marché ou une concession.

###### 1.La transparence dans le droit des concessions

L’exigence de la transparence est au fondement du droit des DSP institué par la loi du 29 janvier 1993 sur la lutte contre la corruption et la transparence des procédures publiques. Elle a été reprise par l’ordonnance de 2016.

###### a) La diffusion de l’exigence de transparence

Traditionnellement, l’attribution de ce type de contrat était libre :

* L'idée était 1/ que les contrats de dévolution de service public sont des contrats intuitu personae c'est à dire conclu en considération de la personne, qu’en conséquence, l'administration doit alors pouvoir choisir librement à qui elle va confier la gestion du service public ; 2/ qu’ils n’engagent pas les finances publiques.
* Une jurisprudence constante en rappelait le principe : C.E., 14 fév. 1975 Epoux Merlin ou encore CE 16 avril 1986 CLT à propos du choix du gouvernement du concessionnaire de la 5°chaîne de télévision.

La loi du 29 janvier 1993 institué une nouvelle procédure en deux étapes

* Les années 1980-90 ont été marquées par la multiplication des affaires mettant à jour des pratiques scandaleuses de financement des partis politiques ou d'enrichissement personnel (Rapport Bouchery), les pouvoirs publics ont été amené au début des années 1990 à réagir et à adopter un certain nombre de dispositions législatives ou réglementaires destinées à prévenir la corruption et assurer la transparence des procédures publiques notamment en matière de concession.

La loi prévoyait d’assurer la publicité du projet notamment par la publication d'avis d’appel à la concurrence;

* La loi (Article L.1411 CGCT) exigeait une insertion dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (selon une liste départementale fixé par le préfet) et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.
  + - Cette publicité était destinée à provoquer la mise en concurrence des entreprises candidats devant une commission chargée d’éclairer l’exécutif par qui les offres sont librement négociées.

Cette exigence de transparence était partagée par la CJCE 21 juillet 2005 Coname c/ Comune di Cingia de Botti

* Dans le cadre de l’attribution d’une concession de services public, les entreprises des EM doivent accès aux informations adéquates pour présenter leur candidature.
* C’est pourquoi une publicité préalable s’impose de manière à permettre à toute entreprise de faire connaître son intérêt avant l’attribution du contrat.

Ces principes ont été repris par la directive « concession » qui si elle impose une publicité européenne laisse les pouvoirs adjudicateurs libre du choix de la procédure à organiser

###### b) le contenu de la transparence

Le seuil de publicité européenne est fixé à 5 448 000 €uros

L’ordonnance exige la publication d’un avis (selon un modèle annexé) à la directive au JOUE et au BOAMP (sic…)

C’est le même seuil qu’en matière de marchés de travaux

* Il correspond ici non au montant estimé mais aux recettes prévisionnelles

En deçà de ce seuil, une publicité nationale suffit

* Sauf que l’information doit être suffisante pour qu’un opérateur européen intéressé normalement vigilant soit en situation de candidater
* On retrouve ici l’exigence issue de l’arrêt CE 1er avril 2009 Société Keolis.

L’adoption de l’ordonnance ne parait pas devoir remettre en cause le cadre déjà posé par la jurisprudence.

En s’appuyant sur les principes de liberté et d’égalité, la jurisprudence du Conseil d’Etat a été au-delà des exigences de transparence posées par le législateur quitte à s’inspirer des règles issues du droit des marchés publics : c’est une conception renforcée de la transparence parce qu’elle est au service des autres principes

* Le CE a jugé dans l’arrêt du 23 décembre 2009 Etablissement public du domaine national de Versailles qu’en dépit du silence de la loi, les principes généraux de la commande publique obligent les pouvoirs adjudicateurs à informer les candidats des critères de sélection de leurs offres.
* Cette obligation a été reprise par la directive qui impose en plus la hiérarchisation des critères.
* Auparavant, dans l’arrêt Conseil d'Etat ord 15 déc. 2006 Soc. Corsica Ferries avait jugé que la collectivité délégante pouvait procéder de manière conjointe à l’examen des candidatures et des offres.
  + - Le CGCT prévoit deux phases séparées mais le Conseil d'Etat a admis qu’aucun texte n’interdit à la collectivité publique de mener conjointement ces deux phases en demandant aux candidats de présenter simultanément leur candidature et leur offre.
    - Pour autant, la mise en œuvre de cette faculté suppose selon le CE le respect de certaines conditions. Et pour les définir, le Conseil d'Etat s’inspire directement de la distinction organisée par le CMP entre procédure ouverte et procédure restreinte
      * Indication de ce choix dans l’avis d’appel à concurrence
      * Les plis déposés par les entreprises doivent comporter deux enveloppes distinctes.
      * Seules les offres des opérateurs dont la candidature a été admise pourront être ouvertes

###### XXXXXXXX

###### 2. La transparence dans le des marchés publics

L’exigence y est particulièrement forte tant à l’égard des procédures formalisées que non formalisées.

###### a)°L’emprise du principe de transparence à l’égard des procédures formalisées

Elle se vérifie d’abord par le caractère sophistiqué des règles de publicité préalable.

* Les textes distinguent deux types de publicité
  + L’avis de marché
    - Qui fait l’objet d’une double publicité : nationale et européenne (BOAMP/JOUE)
    - Qui doit contenir la description des éléments essentiels du contrat sachant que les pouvoirs adjudicateurs doivent définir au préalable l’étendue de leurs besoins
      * Le juge peut annuler une procédure dès lors que les informations communiquées sont insuffisamment claires ou précises.
  + L’avis de pré-information
    - L'avis de pré-information est un avis publié par les pouvoirs adjudicateurs leur permettant de faire connaître leur intention de passer un marché public sur les douze mois à venir.
      * Cet avis n'est pas obligatoire
    - Il est publié par les pouvoirs adjudicateurs qui entendent user de la possibilité de réduire les délais de réception des offres et ainsi accélérer les délais de procédure

b) L’emprise de la transparence à l’égard des procédures non formalisées

Elle se vérifie encore à propos des marchés dont le montant est inférieur aux seuils des procédures formalisées : les MAPA

* Ces marchés sont en effet toujours soumis aux principes de liberté et d’égalité d’accès à la commande publique. En ce sens : CJUE 7 déc. 2000 Telaustria / CE Avis 2002 MAJ Blanchisseries de Pantin.
* En conséquence de quoi, le pouvoir adjudicateur est tenu à un minimum de transparence.
  + Soit parce que les mesures de publicité sont directement déterminées par la loi
    - Les MAPA d’un montant supérieur à 90 000 € sont soumis à une obligation de publicité directement déterminée par les textes:
      * Avis au Bulletin officiel d’annonces des marchés publics
      * Avis dans un Journal d’annonces légales
      * Et à l’appréciation de l’administration : annonce dans un journal professionnel spécialisé
  + Soit parce que le contenu des mesures de publicité est laissé à l’appréciation du pouvoir adjudicateur.
    - Mais il s’agit alors d’une liberté très encadrée dès lors que les textes prévoient que les mesures de publicités adaptées ne sont pas seulement fonction du montant du marché mais devront aussi être adaptées à l’objet, à la nature, à la complexité, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et à l’urgence du besoin.
    - Ce qui ouvre la possibilité d’un contentieux dès lors que le choix de la publicité n’est pas à même de susciter la concurrence nécessaire.
    - En ce sens CE 7 octobre 2005 Région Nord-Pas de Calais).
      * En se bornant à publier dans un journal régional l’avis d’appel à la concurrence et à diffuser cet avis sur son site internet pendant 15 jours, la Région n’a pas assuré compte tenu de l’objet du marché (relatif à la programmation d’un ouvrage) une publicité suffisante. Or en l’espèce, le montant du marché était de 35 000 €uros donc très en deça des seuils

Cette incertitude juridique conduit en pratique les administrations à dégager des seuils internes afin d’adapter la procédure au montant du marché

* + - * Obligation d’obtenir trois devis (moins de 20 000 €uros)
      * Affichage en mairie et information dans la presse spécialisée, information des organismes professionnels
      * Publicité dans un journal d’annonces légales

Non seulement les MAPA n’échappent pas aux obligations de transparence mais l’ambigüité de la procédure oblige les pouvoirs adjudicateurs à multiplier les précautions.

* + En effet, en MAPA, la liberté de définir la procédure de son choix ne signifie pas que le pouvoir adjudicateur ne risque pas à un moment ou à un autre, notamment devant le juge, de devoir justifier les raisons des choix qui ont été faits.
  + La spécificité de la procédure adaptée tient justement au fait que l’on ne peut se retrancher derrière le simple respect d’une procédure, mais qu’il convient au contraire d’être en mesure de justifier ses choix.
  + C’est le principe transparence provoque la mise en œuvre d’un autre principe : le principe de traçabilité.
    - Il est recommandé aux acheteurs publics de conserver l’historique des différentes étapes suivies pour procéder au choix du titulaire et d’être en mesure de le communiquer.

##### B. Une exigence etendue jusqu’à l’achevement de la procedure.

Longtemps l’exigence de transparence a porté essentiellement sur le lancement et le déroulement de la procédure, elle concerne désormais l’achèvement de la procédure tant en marché qu’en concession : le pouvoir adjudicateur doit pouvoir motiver le rejet des offres qu’il a examinées.

* Cette obligation n’est jamais que l’application aux marchés publics de l’obligation générale de motivation des actes administratifs des autorités nationales
  + La CJCE y voit une conséquence du principe général du droit à un recours juridictionnel effectif (CJCE 15 oct. 1987 Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football c/ Georges Heylens, Rec. p. 4117, point n°15 et surtout CJCE 19 mars 1991 Commission c/ Royaume de Belgique, Rec. p.I-1314, point n°25).
* En liaison avec le droit à un recours effectif, la jurisprudence européenne a été amené à donner une portée particulière à cette règle dans l’affaire Alcatel (CJCE 28 octobre 1999, aff. 81/98)
  + L’idée qui est développée dans cette affaire est que l’organisation de la procédure doit permettre (ou ne pas gêner) le recours au juge et conduit à formuler des exigences procédurales ignorées des directives « marchés publics ».
    - D’après l’avocat général Mischo, l’effectivité même du droit communautaire conduit à ce que la directive « recours » ait vocation à l’emporter sur les directives matérielles dès lors qu’elles « ne contiennent pas de dispositions spécifiques permettant d’en garantir l’application effective » et donc le droit à un recours effectif
    - Sur ce fondement, la CJCE consacre une double obligation pour les législations des états-membres
      1. Obliger les pouvoirs adjudicateurs à informer les soumissionnaires de la décision d’adjudication,
         * jugeant à cet égard qu’une législation relative à l’accès aux documents administratifs qui se contenterait de prévoir l’information des soumissionnaires sur les seules décisions qui les concernent directement, n’est pas en mesure de satisfaire à cette exigence, dès lors que le droit national doit garantir aux soumissionnaires de « réelles possibilités » d’intenter un recours.
      2. La protection juridique exige ensuite de prévoir la possibilité pour le soumissionnaire évincé d’examiner en temps utile la question de la validité de la décision d’attribution.
         * La Cour en conclut qu’un délai raisonnable doit s’écouler entre le moment où la décision d’attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de permettre, notamment, d’introduire une demande de mesures provisoires jusqu’à la date de conclusion du contrat.

Ces exigences sont organisées de manière différente par les textes internes.

###### 1) L’information sur les choix de l’acheteur public

En droit des marchés publics, plusieurs obligations de publicité sont imposées par les textes

###### a) La publicité des décisions d’attributions et de rejet

Historiquement, le pouvoir adjudicateur n’était tenu de communiquer les motifs du rejet d’une offre qu’aux candidats qui en faisaient la demande.

Pour tenir compte des exigences européennes, le Code des marchés publics 2006 a profondément modifié les obligations du pouvoir adjudicateur

* Le pouvoir adjudicateur est d’informer les candidats du rejet de leurs offres
  + Cette obligation d’information est assorti d’une obligation de délai : le pouvoir adjudicateur doit respecter un certain délai (délai standstill) avant de pouvoir signer le contrat : 16 jours ou 11 jours en cas de dématérialisation de la procédure.
* Ces règles ne valaient que pour les procédures formalisées
  + Le CE a refusé de les appliquer aux procédures adaptées pour lesquelles les candidats doivent demander la communication des motifs du rejet de leur offre au pouvoir adjudicateur (CE 19 janvier 2011 Grand Port maritime du Havre)
  + Avec le risque en pratique de se heurter aux comportements dilatoires des pouvoirs adjudicateurs et de n’être jamais informé du rejet de leur offre
* Le décret du 25 mars 2016 a cherché à consolider les droits des candidats évincés dans les procédure adaptées
  + Il précise que le pouvoir adjudicateur notifie sa décision de rejet aux candidats dès qu’elle est prise.
  + En revanche, le délai standstill n’est toujours exigé en procédure adaptée.

En pratique, la question qui se pose est de savoir si un candidat évincé pourra obtenir d’autres informations qui pourraient lui être utiles pour l’argumentation de son recours devant le juge.

En ce sens, le recours à la CADA est un enjeu crucial pour aller au-delà de la publicité organisée par les textes sur les marchés publics. En effet La [loi n° 78-753 du 17 juillet 1978](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339241&fastPos=1&fastReqId=1625931063&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte) (désormais codifié au CRAP) reconnaît à toute personne le droit d’obtenir communication des documents détenus par une administration. Or le contrat une fois signé a la nature d’un document administratiff

* La CADA a posé le principe, en marchés publics, qu’une fois le contrat signé, la personne publique doit communiquer les documents relatifs à cette procédure à toute personne qui en fait la demande, y compris aux entreprises dont la candidature a été écartée.

Cette communication doit s’effectuer, cependant, dans les limites de la loi : respect du secret en matière commerciale et industrielle, protection des données personnelles, non communication des documents préparatoires.

Un avis du 10 avril 2014, de la CADA rappelle la liste des documents communicables en matière d'attribution de marchés publics aux tiers qui en feraient la demande.

* En l'occurrence, la SCNF avait passé un marché de construction pour la modification du tracé de l'une de ses lignes. Une société évincée réclame au pouvoir adjudicateur la communication du rapport d'analyse des offres ainsi que le bordereau de prix unitaire de l'attributaire. Le directeur juridique de la SCNF, jugeant cette demande abusive, refuse de lui transmettre ces documents. L'entreprise saisit alors la Cada afin d'y avoir accès.
* Cette dernière émet un avis favorable à la demande et en profite pour préciser qu'en principe, l'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue ainsi que le rapport d'analyse des offres sont librement communicables, sous réserve toutefois du respect du secret en matière industrielle et commerciale.
  + Après avoir considéré que la demande de l'entreprise n'était pas abusive, la Cada rappelle au préalable que "l'offre de prix détaillée de l'entreprise retenue est en principe communicable dans la mesure où elle fait partie intégrante du marché". Ainsi, le bordereau de prix unitaires (BPU) est transmis tant aux entreprises qu'à toute autre personne qui en fait la demande.
  + Dans une moindre mesure, l'offre de prix globale des entreprises non retenues peut être révélée, mais non les détails techniques et financiers.
  + Concernant les notes, classement et appréciations de la société retenue, ceux-ci sont librement accessibles, contrairement à ceux des entreprises évincées, qui restent les seules destinataires possibles de ces informations.
* Cependant, un récent arrêt du Conseil d’Etat (n° 375529 du 30 mars 2016) vient de décider que le bordereau des prix n’est en principe pas communicable.
  + Il est vrai que cet arrêt concernait le secteur très particulier des assurances,
  + Dans certains contrats, le bordereau des prix peut être le seul document permettant de révéler une anomalie, laquelle ne relève pas forcément de la stratégie commerciale.

###### b) L’avis d’attribution

Un avis d’attribution du marché doit être publié de manière à assurer l’information de tout intéressé au JOUE et aussi au BOAMP (pour les acheteurs tels l’Etat, les col ter et les EP à l’exception des EPIC de l’Etat)

Cet avis doit être publié dans les 30 jours qui suivent la signature du marché (pour les procédures formalisés)

En tout état de cause, les pouvoirs adjudicateurs ont intérêt à publier l’avis d’attribution afin de faire courir le délai contentieux notamment à l’égard des tiers.

2) L’information sur les choix de l’autorité concédante.

La réforme de 2016 est l’occasion de consacrer une obligation de transparence ex post contrairement à la jurisprudence du CE qui était très restrictive

* Le rejet d’une candidature n’est pas soumis à une obligation de motivation (CE 2010 Commune de Ramatuelle)
* Une offre peut être rejetée sans en avertir le soumissionnaire (CE 2010 Communauté urbaine de Strasbourg)

Les textes transposent une partie des solutions retenues en droit des marchés publics

Pour les concessions qui font l’objet d’une publicité européenne (art .9), l’autorité concédante a désormais l’obligation de notifier le rejet et les motifs du rejet. La notification du rejet fait courir le délai standstill d’au moins 16 jours (11 jours en cas de communication électronique) permettant ainsi aux candidats évincés de former un recours utile avant la signature du contrat.

Pour les concessions non soumises à une publicité européenne (article 10), la communication des motifs de rejet et du nom de l’attributaire est obligatoire sur demande des intéressés.

Et dans tous les cas, toujours sur demande, l’autorité concédante doit communiquer les caractéristiques de l’offre retenue.

#### Sous section 2. Les limites au principe de transparence.

Elles tiennent à l’existence de marchés passés sans publicité et la place toujours plus importante tenu par la négociation.

##### §.1. Les marchés Passes sans publicite

Il faut distinguer deux cas de figure : dispense à raison du montant, dispense à raison de l’objet ou du contexte.

##### A. Les PETITS MARCHes

Les textes prévoient un montant minimum

Ce plancher exclut les marchés d’un montant inférieur au seuil de 20 000 € HT,

Les marchés peuvent alors être passés sans publicité.

* En effet, s’agissant d’achats d’un très faible montant, une publicité peut devenir un élément d’alourdissement et de dépense inutile.
* Sous réserve de ne pas contracter systématiquement avec le même prestataire dès lors que l’achat reste soumis à l’objectif de bonne utilisation des deniers publics

Le montant minimum a varié en fonction des réformes passant de 4000 à 20000 €uros

Il a donné lieu à une censure du CE (CE 2010 Perez) avant d’être fixée par la loi (loi du 22 mars 2012) et admis par le CE (CE 15 mai 2013 Morel-L’huissier)

##### B. Les situations dispensées de toutes formalites

Un certain nombre de marchés pourront être passés sans publicité (et donc ) ni mise en concurrence.

Ces hypothèses correspondent à des situations où la mise en œuvre d’une procédure transparente apparaît inadaptée

* L’urgence (à condition d’être impérieuse, imprévisible et non imputable au comportement du pouvoir adjudicateur) dès lors que le respect des délais de procédure est incompatible avec la satisfaction du besoin exprimé.
* Besoins couverts par un droit d’exclusivité (type brevet) ou correspondant à une commande artistique portant sur une œuvre unique.
* Appel d’offres infructueux (absence de candidatures, candidatures irrecevables et offre (non pas irrégulières ou inadaptée) mais inappropriée.
* Mise en concurrence inutile en raison de l’objet du marché et du faible degré de concurrence sur le secteur
  + - Achats de billets pour un match de football : CE 28 janvier 2013 Département du Rhône
  + Marchés passés à des fins de recherche ou d’expérimentation

On retrouve des hypothèses identiques dans le droit des concessions notamment quand le service correspond à un droit exclusif.

A noter que selon la directive, les concessions en matière d’eau et d’assainissement sont exclues pour des raisons politiques (pétition citoyenne assimilant concession et privatisation) du champ de la directive. Cette exclusion est sans incidence sur le texte de l’ordonnance de 216 qui fidèle aux orientations opérés en 1993 par la loi Sapin vise bien le secteur de l’eau et de l’assainissement.

***§.2. La place laissée à la négociation dans le droit de la commande publique***

La négociation dans les contrats est par définition secrète et non écrite

Elle est donc a priori antinomique avec l’exigence de transparence.

A ce titre elle est perçue comme pouvant potentiellement favoriser la violation du principe d'égalité de traitement entre les opérateurs soit que le pouvoir adjudicateur modifier sa demande en cours de négociation, ce qui peut défavoriser des entreprises qui ne se seraient pas portées candidates à la procédure en raison de la formulation initiale des besoins ; soit qu’en cours de négociation le pouvoir adjudicateur délivre des informations seulement à certains des candidats.

Mais la négociation reste un acte fondamental de la vie des affaires permettant l’ajustement de l’offre à la demande et tend à ce titre à se développer en droit de la commande publique.

Compte tenu de l’impossibilité fondamentale de faire coïncider négociation et transparence ex ante, un des enjeux est le développement de la transparence ex post avec t la publication du rapport d’analyse des offres, mais cette solution n’est pas prévue par les textes

La négociation n’était historiquement admise qu’en droit des concessions où les offres sont librement négociées alors qu’elle est interdite en droit des marchés publics.

Mais, l’opposition tend aujourd’hui à être moins nette.

##### A) L’évolution de la négociation dans le droit des concessions

Le principe est que les offres sont librement négociés entre le pouvoir adjudicateur et les candidats

Mais le juge et les textes tendent à encadrer la liberté de négocier laissée aux autorités concédantes.

Les offres doivent désormais être appréciées en fonction des critères indiqués (et publiés) par l’autorité concédante.

* Le décret confirme sur ce point l’arrêt du CE 23 décembre 2009 Etablissement public du musée et du domaine de Versailles
* Les critères peuvent comme en marché public correspondre à des préoccupations sociales ou environnementales à condition d’être liés à l’objet ou aux conditions d’exécution du marché.
  + Nouveauté : Lorsque la concession est supérieure au seuil européen, la hiérarchisation des critères est obligatoire.
* En outre l’avis d’appel à concurrence doit renvoyer à un cahier des charges établi par l’autorité concédante.

C’est dire que la négociation ne peut pas s’extraire de ce cadre préétabli par l’autorité concédante.

* L’ordonnance précise que la négociation ne peut pas porter sur l’objet de la concession, les critères ou les caractéristiques minimales
* Et le Conseil d’Etat veille au bon déroulement de la négociation dans le respect du principe d’égalité.
  + - Les modifications apportées en cours de négociation doivent être objectivement nécessaires au bon fonctionnement du service et ne pas avoir un effet discriminant entre candidats (CE 2001 Synd. Intercommunal de la côte d’amour et de la presqu’ile guérandaise).
    - Tous les candidats doivent être mis en mesure d’apporter les modifications à leurs offres (CE 1999 Editions Dalloz)

En outre dans le droit des collectivités territoriales, la négociation n’exclut pas toute transparence en raison de l’intervention de la Commission d’appel d’offres

* L’attribution est arrêtée par la CAO pour les procédures formalisées (article L.1414-2 CGCT)

##### B. L’admission de la négociation dans le droit des marchés publics

Si d’un point de vue économique, la négociation constitue un élément décisif de la qualité de l’achat public, d’adaptation de l’offre à la demande, elle présente pour les juristes un certain nombre d’inconvénients.

* La négociation directe avec les entreprises pose un problème transparence et avait à ce titre les défaveurs du droit des marchés publics qui nourrissait à l’égard des marchés négociés une suspicion de favoritisme et traitement potentiellement discriminatoire.
* Elle expose le pouvoir adjudicateur à un risque contentieux important sauf à veiller particulièrement à justifier de ces choix.

C’est ce second point de vue qui a longtemps prévalu. La négociation n’est admise que de manière exceptionnelle

* + soit dans les hypothèses très précises
  + soit pour répondre à des besoins particuliers quand notamment le pouvoir adjudicateur n’est pas en mesure de préciser clairement la nature de ses besoins.

Sinon, la négociation est interdite.

* La Cour de justice a qualifié la passation illégale de marchés de gré à gré de violation "la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics" (Stadt Halle, aff. C-26/03,pt 37).

Mais cette interdiction tend à faire dans les textes les plus récents l’objet d’importants aménagements.

1. On notera d’abord que dans les secteurs spéciaux, le recours aux procédures négociées est plus largement admis : les entités adjudicatrices appliquent les procédures qu’elles jugent adaptées aux objectifs de la directive sous réserve de procéder à une mise en concurrence.
2. Ensuite, les textes récents sont plus ouverts et prévoient plusieurs situations où les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir librement à la négociation

En premier lieu, en MAPA, le recours à la négociation est toujours possible.

Le CE (18 septembre 2015, Sté Axcess ) laisse au pouvoir adjudicateur une assez grande liberté dans l’exercice de cette faculté jugeant

* + - 1. que si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure ;
      2. qu'il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats ;
      3. que la décision du pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée ne saurait être utilement critiquée devant le juge ;

En second lieu même dans le cadre des procédures formalisées, il existe une tendance à permettre aux pouvoir adjudicateur de sortir des limites de l’appel d’offre.

La première hypothèse tient davantage d’un aménagement du principe d’interdiction que d’une véritable exception.

* C’est la procédure du dialogue compétitif qui ouvre sur une phase de discussion avec les entreprises candidates
  + C’est une sorte de négociation partielle qui doit permettre aux entreprises participantes de préciser ou de développer les solutions techniques de nature à répondre aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur lequel n’est en capacité de définir ce type de solutions ).
  + Une fois la solution technique retenue, le dialogue prend fin et les candidats sont mis en compétition sans négociations possibles.

La deuxième hypothèse fait figure de véritable exception;

* Les textes organisent à côté de l’appel d’offres la procédure concurrentielle avec négociation. Le décret de 2016 prévoit pas moins de 6 hypothèses de recours à cette procédure.
  + - 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
    - 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante.
    - 3° Lorsque le marché public comporte des prestations de conception ;
    - 4° Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
    - 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques;
    - 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées
* Non seulement le décret élargit le nombre d’hypothèses par rapport au Code des marchés publics mais surtout un certain nombre de ces situations (1et 4) se prêtent à une interprétation large qui pourrait conduire à banaliser le recours à la négociation.
* Il appartiendra à la jurisprudence de discipliner le recours à ces exceptions.

**Section 2. Le principe de liberté d’accès à la commande publique**

Le principe interdit les mesures entravant l’accès à la commande publique. A ce titre, il profite aussi aux personnes publique candidates à l’attribution d’un contrat.

**§1. L’interdiction des mesures entravant l’accès à la commande publique.**

Le principe de liberté d’accès n’est pas absolu.

* L’accès à la commande publique est règlementé par les textes qui posent des restrictions mais aussi de véritables interdictions.
  + Les interdictions opposables aux entreprises candidates sont définies aux articles 45 à 48 de l’ordonnance du 23 juillet 2015). L’ordonnance distingue entre les interdictions de soumissionner obligatoires et celles laissées à l’appréciation du pouvoir adjudicateur
* Article 45 : condamnation pénale de moins de 5 ans, défaut de déclaration fiscale ou sociale, entreprise en liquidation judiciaire ou redressement judicaire, condamnation pour méconnaissance du droit du travail (travail dissimulé)
  + Le non-respect de ces diverses exclusions par l'autorité qui attribue le marché entraîne l'illégalité de la procédure et la nullité du marché
* Article 48 : entreprises défaillantes lors de marchés précédent, entreprises qui ont cherché à tromper le pouvoir adjudicateur, entreprises suspectées d’ententes au sens du droit de la concurrence, entreprises en situation de conflits d’intérêts.
  + Au nombre des restrictions à la liberté des entreprises, on mentionnera :
    - En cas d’allotissement, la faculté laissée au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre de lots susceptibles d’être remportés par un même candidat (CE 20 février 2013 Sté Laboratoire Bionnis
    - La possibilité d’interdire à un candidat de présenter plusieurs offres en agissant à titre individuel ou au titre d’un ou plusieurs groupements d’entreprise.

En raison du principe de liberté, ces interdictions sont d’interprétation stricte. Aucune restriction qui n’est pas prévue par le texte n’est possible.

Ainsi :

* Le ministre de la Culture, n’est pas compétent pour instituer un examen destiné à établir une liste de professionnels susceptibles de participer à des travaux de restauration d’œuvre d’art (CE, Sect., 26 juillet 1996, Association des restaurateurs d’art et d’archéologie de formation universitaire)
* L’administration ne peut pas interdire l’accès de ses marchés à une entreprise en litige avec elle (CE, 23 juin 1976, Commune de Bray-sur-Somme).
* Plus largement, quand l’Administration impose des prescriptions particulières, ces prescriptions doivent être justifiées par les nécessités du service faisant l’objet du marché :
  + Ainsi, pour des spécifications techniques sachant qu’il appartient à l’Administration d’en rapporter la preuve : (CE, 3 novembre 1995, District de l’agglomération nancéienne, Rec., p. 391, concl. Chantepy, AJDA, 1995, p. 946).

Les mesures protectionnistes tombent particulièrement sous le coup de ce type d’interdictions

* Ainsi l’application d’un critère d’implantation locale de l’entreprise qui ne saurait constituer un motif d’intérêt général en rapport avec la réglementation des marchés publics constitue une entrave à la concurrence en tant qu’elle constitue une restriction à la liberté d’accès des autres entreprises (CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, Rec., p. 1035).
* De la même manière sont a priori attentatoires à la liberté d’accès à la commande publique les clauses dites Molière qui visent à imposer l’usage exclusif du français sur les chantiers.
  + Ces clauses ne doivent pas être confondues avec les clauses d’interprétariat ainsi que le rappelle le Conseil d’Etat dans l’arrêt CE 4 décembre 2017 Ministre d’Etat Ministre de l’Intérieur c/ Région Pays de la Loire.
    - La région Pays de la Loire avait lancé une procédure en vue de la passation d’un marché public de travaux pour un lycée à Laval.
    - Les documents du marché imposaient aux entreprises qui entendaient se porter candidates de prévoir le recours à un interprète pour exposer les droits sociaux dont disposent les travailleurs et les règles de sécurité qu'ils doivent respecter sur le chantier.
      * Contrairement à l’avis du Rapporteur public, le Conseil d’État valide les clauses contestées dès lors que :
        + elles présentent un lien suffisant avec le marché.
        + elles poursuivent un objectif d’intérêt général dès lors que les textes applicables aux travailleurs détachés exigent le respect des droits sociaux et des règles de sécurité.

Le rapporteur public faisait valoir que les textes se suffisaient à eux-mêmes, qu’en conséquence la clause était injustifiée

* + - * + elles peuvent être appliquées sans occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché ; à défaut elles seraient disproportionnées.

**§. 2. Le principe de libre accès des personnes publiques à la commande publique**

Le principe a été expressément posé par l’Avis du Conseil d'Etat Société Jean-Louis Bernard consultant du 8 novembre 2000

* Le Conseil d'Etat y énonce qu’aucun texte ni aucun principe n’interdit à une personne publique de se porter candidat à l’attribution d’un marché public. Conseil d'Etat, Avis contentieux (art. 12), 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants

Le Conseil d'Etat entent conférer une portée générale à ce principe

* L’avis concerne à la fois les établissements publics administratifs et les établissements publics industriels et commerciaux mais également les services de l’Etat, les collectivités locales et leurs démembrements ainsi que les GIP.
* Le Conseil d'Etat prend également soin de viser l’ensemble des textes applicables aux personnes publiques : l’ordonnance du 1er décembre 1986 mais également la liberté du commerce et de l’industrie, le code des marchés publics ainsi que les textes de droit communautaire.
  + Le commissaire du gouvernement Mme Bergeal estimait ainsi en se fondant sur l’évolution de la LCI au vu de la jurisprudence de 1930 Chambre syndicale du commerce en détails de Nevers que la question n’est plus aujourd’hui de savoir si les collectivités publiques peuvent exercer des activités marchandes mais plutôt de savoir dans quelles conditions cette intervention peut avoir lieu
  + et qu’en conséquence l’accès des personnes publiques à la commande publique est libre dès lors que l’offre de la personne publique n’est pas de nature à fausser la concurrence à l’égard des offres du secteur privé

Cette approche a été définitivement validé par le Conseil d'Etat

* CE 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris qui décide que « pour intervenir sur le marché, elles [les personnes publiques] doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».
* Ainsi, il est maintenant admis que la carence de l'initiative privée n'est plus une condition nécessaire pour justifier l'initiative publique (CE 3 mars 2010, Département de la Corrèze à propos de la décision du CG de proposer un service de téléassistance aux personnes âgées)

Cet « interventionnisme du troisième type » est d’ailleurs expressément consacré par le code général des collectivités territoriales

* Le CGCT prévoit qu’une collectivité territoriale peut assurer une prestation de service pour le compte d’une autre collectivité publique : articles L. 5111-1 et L. 5211-56 CGCT.
* L’efficacité de la gestion publique et l’utilisation rationnelle des deniers publics tiennent lieu ici de justification : dès lors qu’un établissement public dispose de moyens résiduels, il peut avoir intérêt à amortir à un coût marginal en les mettant à la disposition d’autres personnes publiques.

D’autant que le droit européen parait aussi suggérer cette réponse .

1. les contrats de prestations entre personnes publiques sont expressément visés par les directives marchés publics.

* C’est donc admettre que les personnes publiques peuvent se porter candidat à l’attribution d’un marché public.

2. La jurisprudence communautaire dans l’affaire ARGE, la Cour que rien ne s’opposait à qu’un pouvoir adjudicateur autorise à participer à une procédure d’appel d’offres une entité qui perçoit des financements publics lui permettant de présenter des offres à un prix sensiblement inférieur à ceux proposés par les autres soumissionnaires (CJCE 7 décembre 2000 ARGE).

* + L’avocat général Léger a estimé que l’attribution d’une aide licite ne peut avoir pour effet d’interdire aux entités subventionnées de participer pleinement à la vie du marché qui comprend aussi les marchés publics.

**Section 3. Le principe d’égalité de traitement des candidats**

Le principe d’égalité de traitement des candidats irrigue l’ensemble de la jurisprudence administrative relative à la passation des contrats publics.

***§1 L’interdiction des pratiques discriminatoires.***

Le Conseil d'État a ainsi jugé, dans l’arrêt Auffret de 1983, que ce principe s’appliquait à toutes les procédures de mise en concurrence,

* même les moins réglementées : ainsi, dans les marchés négociés où pourtant l’Administration est libre de conduire à sa guise la négociation, la modification importante du programme impose à l’Administration de rouvrir la consultation afin de permettre à tous les candidats d’adapter leurs offres (CE, 22 avril 1983, Auffret Rec., p.160, Marchés publics, n°195/1983, concl. Labetoulle, p. 60).
* De même, pour les négociations dans le cadre d’une DSP : la prolongation du délai de remise des offres pour une partie seulement est illégalle (CE 15 juin 2001 Syndicat intercommunal d’adduction d’eau potable de Saint-Martin-de-Ré, AJDA 2001, p. 1090, note J-P. Markus) mais admise dès lors qu’elle est acceptée par l’ensemble des candidats.

On sait que le même raisonnement est mis en œuvre par la CJCE

* CJCE 2002 Ben Mousten Vestergard (en dessous des seuils)
* CJCE 2005 Contsé : Pour les marchés de service non prioritaire CE 2005 AMTP /

L’égalité défendue par le juge administratif est, toutefois, une égalité formelle qui consiste à traiter de la même manière l’ensemble des candidats.

* Comparer : selon une jurisprudence constante de la CJCE, le principe d’égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu’un tel traitement ne soit objectivement justifié (CJUE du 14 décembre 2004, Arnold André,

La jurisprudence administrative interdit à l’Administration de pratiquer toutes formes de discriminations y compris positives dans le but de compenser les inégalités économiques entre entreprises candidates.

##### A. L’interdiction des discriminations positives

C’est une question récurrente qui concerne la situation des PME au regard de la commande publique

* ainsi, dans l’arrêt du 13 mai 1987, Sté Wanner Isofi Isolation, le Conseil d'État a rappelé de manière solennelle que le refus d’attribuer un marché fondé sur l’importance du chiffre d’affaires du candidat était illégal.
  + A propos d’une circulaire ministérielle qui demandait aux pouvoirs adjudicateurs à veiller à une répartition équilibrée entre les petites, moyennes et grandes entreprises, le Conseil d'État décide que « quel que soit l’intérêt général qui s’y attache, la répartition équilibrée des marchés entre petites, moyennes et grandes entreprises n’est pas au nombre des objectifs que les dispositions du Code des marchés publics visent à atteindre…’ 84, obs. Terneyre).

Les mesures destinées à favoriser les PME dans le CMP 2006 ont fait l’objet de recours en annulation devant le Conseil d'Etat

* Conseil d'Etat 9 juillet 2007 Syndicat EGF-BTP y rappelle qu’un critère de sélection des candidatures qui ne serait pas nécessairement lié à l’objet d’un marché public revêt un caractère discriminatoire et méconnait le principe d’égal accès à la commande publique.
  + En l’espèce, annulation des articles 60,65,67 qui faisaient dépendre l’application de la réglementation de la taille des entreprises candidates.

En tout état de cause, le principe d’égalité de traitement ne vise que les décisions prises par l’Administration. Il est indifférent, en revanche, à l’environnement concurrentiel du marché et aux rapports économiques entre les candidats.

* C’était l’argument développé encore devant le CE contre l’ordonnance sur les CP considérant que les contrats globaux désavantager les offres des PME.

Il n’en irait autrement que si l’Administration avait volontairement surdimensionné l’objet du marché en vu d’avantager un candidat (CE, 18 novembre 1988, Ministre de l’Intérieur c/ SARL Les voyages Brounais).

Des dispositions législatives spécifiques permettent cependant de tenir compte de la situation particulière de certaines entreprises candidates. L’ordonnance sur les marchés publics prévoit ainsi l’hypothèse de marchés réservés

* Article 36, ord. : entreprises employant au moins 50% de travailleurs handicapés ou de travailleurs défavorisés
* Article 37 : entreprises de l’économie sociale et solidaires en charge d’une mission de service public en lien avec la prestation demandée/

#### B. L’égalité de traitement, principe régulateur du bon déroulement des procédures.

Le principe d’égalité permet au juge de contrôler le bon déroulement de la procédure à ses différents stades.

Il en va particulièrement ainsi dans le cadre des procédures négociées, le juge contrôle le déroulement de la négociation de manière à vérifier qu’aucun des candidats admis à négocier n’ait été avantagé.

Ainsi CE 21 juin 2000 Syndicat intercommunal de la Côte d’Amour et de la presqu’île guérandaise qui en matière de concession vérifie que les adaptations apportées au cours de la négociation aux offres déposées par les candidats sont de portée limitée, nécessaires au bon fonctionnement du service et ne présentent aucun effet discriminatoire entre les entreprises restées en concurrence.

Mais c’est vrai de l’ensemble des procédures

* Annulation de la décision de l’Administration d’admettre à concourir une entreprise qui a participé à l’élaboration du projet et donc retiré des informations susceptibles de l’avantager (CE, 29 janvier 1998, Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Sté Génicorp, RD imm., 1999, n°1, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Dr. adm., 1998, n° 304, note Ph. Delelis)

Le principe d’égalité permet d’encadrer la candidature du délégataire sortant

* Interdiction de donner une priorité au candidat sortant dont la candidature doit être appréciée de la même manière que les autres candidats (CE 29 avril 2002 Groupement des associations de l’ouest parisien).
* Le pouvoir adjudicateur doit s’assurer de l’égalité entre les candidate en diffusant l’ensemble des informations pertinentes : annulation du refus de l’Administration de fournir aux candidats une information portant sur un élément essentiel du contrat y compris quand cette information est détenue par l’exploitant en place, candidat à son propre renouvellement (CE, 29 juillet 1998, Comm. de Léognan).
  + L’autorité de la concurrence peut également être saisie à ce titre et enjoindre le candidat sortant de mettre les documents à la disposition de ces concurrents (Affaire Corsica Ferries/ 2006)

Plus généralement le principe d’égalité de traitement interdit de fonder son choix sur des critères non prévus par le règlement de la consultation ou sur des critères sans rapport avec l’objet du marché.

La mise en œuvre du principe d’égalité est à l’origine d’une forte divergente entre droit interne et droit de l’Union à propos des marchés de définition prévus par l’ancien code des marchés publics

* Le marché de définition consistait à faire participer l’entreprise à la définition du besoin du pouvoir adjudicateur quand celui-ci n’est pas en mesure d’identifier les solutions techniques adaptées. Le titulaire du marché de définition pouvait ensuite candidater à l’exécution du marché principal.
* La CJCE 3 mars 2005 - Fabricom c/ Etat belge a limité la possibilité offerte à une entreprise qui a participé à l'élaboration d'un marché d'y soumissionner.
  + La CJCE juge que l’entreprise retenue pouvait se trouver dans une situation susceptible d’aboutir à un conflit d’intérêts en ce sens qu’elle peut, si elle est elle-même soumissionnaire pour le marché public en cause, influencer les conditions de celui-ci dans un sens qui lui est favorable. Une telle situation serait de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires.
  + Cette solution a été confirmé par la CJCE 10 décembre 2009 Commission c : France jugeant que la procédure du marché de définition n’est pas conforme à la directive 2004/18/CE : en établissant une distinction entre les marchés de définition et les marchés d’exécution et en permettant, à certaines conditions, l’attribution de ces derniers marchés à l’un des titulaires des marchés de définition initiaux, la réglementation française méconnait les principes fondamentaux d’égalité et de transparence

En conséquence, ce dispositif a été abrogé à l’occasion d’une réforme du CMP.

Cependant, il est aujourd’hui remplacé par le Partenariat d’innovation (D. art. 93) prévue par la directive de 2014

* les textes (D. art 5) prévoit qu’un candidat ne peut être écarté au seul motif qu’il a participé à la préparation du marché dès lors que les informations qu’il détient ne sont pas non plus ignorées des autres candidats

***§ 2. Egalité de traitement et offres présentées par les personnes publiques candidates***

Le principe de libre accès des personnes publiques n’a pas en vérité la portée absolue que semble lui conférer l’avis de 2000.

* L’avis du 8 décembre 200 exige le respect de trois conditions supplémentaires qui permettent d’attester que l’offre proposée par la personne publique ne fausse pas le jeu de la concurrence :
  1. Le prix proposé doit tenir compte de l’ensemble des coûts directs ou indirects concourant à la formation du prix réel de la prestation objet du contrat (il faudrait en particulier répercuter les coûts salariaux)
  2. L’établissement public ne doit pas bénéficier pour déterminer le prix proposé d’un avantage découlant de ressources ou de moyens liés à sa mission de service public ;
  3. L’établissement public doit pouvoir justifier au moyen de documents de toute nature (comptabilité analytique, audit, expertise) le prix proposé.
     + Pour le dire autrement, le Conseil d'Etat impose aux établissements publics de tenir une comptabilité séparée de leurs activités économiques et d’avoir une politique de vérité des prix.

La validité de l’attribution d’un marché public à une personne publique devra donc résulter d’un examen au cas par cas par le pouvoir adjudicateur des conditions fixées par le Conseil d'Etat. Ce qui qui démontre le caractère assez largement artificiel du raisonnement tenu par l’Avis du 8 décembre 2000 pour admettre la liberté de principe des personnes publiques.

Le CE se veut en l’espèce pragmatique \*

Il repousse l’approche dogmatique proposé par les requérants

Ainsi il écarte l’idée que les établissements publics administratifs soient soumis à des obligations fiscales ou sociales différentes des entreprises privées susceptibles de fausser la concurrence.

La doctrine a critiqué le CE et lui a reproché de n’avoir pas étayé son raisonnement

* En fait, le Conseil d'Etat se retranche :d’une part, derrière le réalisme du droit fiscal qui impose aux établissements publics d’acquitter dans les conditions de droit commun les impôts et taxe de toute nature auxquels sont assujetties les entreprises privées effectuant les mêmes opérations; d’autre part, derrière l’impossibilité de démontrer que l’emploi d’un personnel fonctionnaire plutôt que salarié placerait les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse.

La jurisprudence Société Jean-Louis Bernard consultant a provoqué un important contentieux.

* TA Lille 5 juillet 2001 (référé précontractuel) : annulation de l’attribution de la DSP à un EPA au motif que la CAO s’était estimé incapable de vérifier les conditions posées par le Conseil d'Etat.

Ces conditions sont certainement difficiles à satisfaire, mais elles sont encore plus difficiles à contrôler, comme le montre la jurisprudence administrative.

Par exemple, l’affaire portée devant la CAA Marseille, dans un arrêt du 11 janvier 2010, Agence Averous et Simay (req. n° 07MA02180) à propos d’un marché lancé par une SEML remporté par la DDE

La CAA observe que

* si l'écart de prix, même important, entre l'offre d'une personne publique et celle de ses concurrents n'est pas, en soi, constitutif d'un manquement au principe de libre concurrence,
* il lui incombe lorsque cet écart est significatif, de vérifier les modalités de formation du prix et de demander tout justificatif correspondant ;
  + - Ce qui l’amène en l’espèce à prendre en compte
      * Le prix horaire de la prestation
        + En l’espèce, il résultait de l'application de deux instructions ministérielles du 14 août 2001 et du 24 décembre 2003 relatives à l'élaboration des prix des prestations d'ingénierie publique pour tiers, qui n’étaient pas critiquées par l'appelante ;
      * Le nombre de jours prévu pour l’exécution du marché
        + avec un total de 99,5, le nombre de journées de travail prévu par la direction départementale de l'équipement pour assurer la prestation ne s'écarte pas sensiblement, sur ce point, de l'offre classée en deuxième position qui proposait 102,5 journées de travail ;
      * La qualification du personnel affecté aux missions prévues par le contrat
        + Si la direction départementale de l'équipement fait davantage appel à des personnels de catégorie B (87 jours) qu'à des personnels de catégorie A (12,5 jours) pour exécuter la prestation, la CAA observe que rien ne permet d'affirmer que ces personnels seraient insuffisamment qualifiés pour exécuter la mission ;
      * que, dès lors, le moyen tiré de ce que l'offre de la direction départementale de l'équipement a porté atteinte à la libre concurrence du fait d'un prix anormalement bas doit être écarté ».

La question s’est toutefois posé de savoir si à l’occasion d’un référé précontractuel, le juge des référés devait contrôler autre chose que les conditions posées par l’avis Société Jean-Louis Bernard Consultant

* En particulier le respect des principes qui encadrent l’exploitation d’activités commerciales par les personnes publiques
* Ce qui consiste ainsi que le précise l’arrêt du 31 mai 2006 Ordre des avocats au barreau de Paris, dans :
  + 1 le respect de leur champ de compétences,
  + 2. l’obligation de poursuivre un intérêt public lequel peut résulter de la carence de l’initiative privée,
  + 3.et d’agir selon des modalités qui ne faussent pas le jeu de la concurrence

Le CE y a répondu dans l’arrêt CE 2009 Département de l’Aisne

* Les Département du Nord et du Pas de Calais ont lancé one procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de contrôle de la qualité des eaux dans le ressort des deux départements
  + L’attribution du marché au Laboratoire d'analyse et de recherche du département de l'Aisne avait été annulé par le juge des référés au motif que cet organisme n'avait pas justifié d'un intérêt public local à réaliser des prestations d'analyse des eaux **sur le territoire** des départements du Nord et du Pas-de-Calais.

C’est cette analyse que réfute le CE.

* Le Conseil d'Etat juge que lorsqu'une personne publique répond à un appel d'offres, il n'y a pas « prise en charge » d'une activité économique ;
  + Dès lors, le juge du référé précontractuel n’a pas à rechercher si les conditions par la jurisprudence Ordre des avocats au Barreau de Paris sont remplies et notamment si l’activité est licite
* Critique :
  + Affirmer qu'il n'y a pas prise en charge d'une activité économique à ce stade est assez discutable car la collectivité a bien exprimé sa volonté de prendre en charge l'activité si elle venait à être choisie en signant l'acte d'engagement (qui crée, à son égard, des obligations). Plus fondamentalement, répondre à un appel d'offres, c'est développer un comportement d'opérateur économique sur le marché.
  + Au demeurant, l’instance devant le juge du référé précontractuel était la seule possibilité de contrôler la licéité de cette intervention car la décision de candidater n’est jamais matérialisé par un acte susceptible d’être contesté par un REP
* L’arrêt a ainsi été rendu sur conclusions contraires du rapporteur public Frédéric Lénica qui proposait de retenir que la licéité de la présence d'un opérateur public sur un marché constituait une condition de la recevabilité de sa candidature à un contrat de la commande publique.

En conséquence, le Conseil d'Etat a fait le choix de cantonner son examen au respect des seuls critères énoncés par l'avis contentieux du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants

* Eu égard à la mission confiée au juge par l'article L. 551-1 du code de justice administrative. cette position revient toutefois à « sacrifier l'essentiel à l'accessoire [car] à quoi bon contrôler en effet la comptabilité analytique d'un établissement s'il n'a rien à faire du tout dans la procédure de mise en concurrence ? » (F. Lenica, concl. préc.)
* et, plus fondamentalement, témoigne de la tolérance dont fait preuve le Conseil d'Etat à l'égard de l'intervention des personnes publiques sur le marché.

Impossible devant le juge du référé précontractuel, la question de la licéité de la candidature de la personne publique peut être invoqué devant le juge du plein contentieux dans le cadre du recours Tropic-Tarn et Garonne.

C’est ce que rappelle l’arrêt CE 30 décembre 2014 Sté Armor SNC qui juge que l’intérêt public n’est pas réductible à l’insuffisance de l’initiative privée

* + En l'espèce, le département de la Vendée avait lancé en 2006 une procédure de passation d'un marché public portant sur le dragage d'un port. Le contrat a été attribué au département de la Charente-Maritime. Un des candidats évincés, la société Armor SNC, a demandé l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres et de celle du président du conseil général de la Vendée de signer ce marché.
* Le CE ne reprend pas son raisonnement tenu en 2009 : la candidature d'un département à un marché ou à une concession nécessite la présence d'un intérêt public local.
* Mais cet intérêt existe si la candidature de la collectivité ou de son groupement à un contrat de commande publique est nécessaire au bon fonctionnement de son service public (mis en évidence notamment par les besoins d'amortissement des équipements, de valorisation des moyens dont dispose le service ou d'équilibre financier).

## Chapitre 2 La liberté d’appréciation des pouvoirs adjudicateurs.

C’est en matière de marchés public que la liberté d’action des pouvoirs adjudicateurs est la plus limitée.

Afin de garantir le respect des principes d’égalité de traitement et de liberté d’accès à la commande publique, la liberté de choix des pouvoirs adjudicateurs est dans le droit des marchés publics traditionnellement encadré.

* La Cour de justice rappelle ainsi que les critères retenus par les législations nationales ne doivent pas confier une liberté illimitée de choix au pouvoir adjudicateur (CJCE 24 nov. 2005, ATI EAC, aff. C-33/04.
* La directive n’échappe pas à ce schéma. Elle encadre :
  + Le choix de la procédure à suivre
  + Le choix des entreprises candidates.
  + Le choix des offres

Les exigences du droit de la commande publique doivent être articulés avec celles du droit des collectivités territoriales, la sélection des candidats et des offres fait intervenir la Commission d’appel d’offres

* L’intervention d’un organisme collégial protège contre les risques de corruption en même temps qu’elle accroît les capacités d’expertise du pouvoir adjudicateur.
* Elle a certains inconvénients : lourdeur de la procédure, atteinte à la confidentialité des travaux en raison d’indiscrétions de ses membres.
* La commission d’appel d’offres est un organe collégial dont la composition s’agissant des collectivités locales est fixée à la représentation proportionnelle des élus.
  + - * Les élus ont voix délibératives.
      * Ont voix consultatives (si convoqués par le Président de la CAO) les représentants des services techniques, le comptable public, un agent du Ministère chargé de la concurrence.
  + Le recours à la CAO n’est plus obligatoire pour l’Etat et les Etablissements publics (hôpitaux notamment)
  + L’avis du CAO est purement consultatif pour les marchés de l’Etat.
    - Conformément au principe de libre administration des collectivités territoriales, une collectivité territoriale peut instituer une commission d’appel d’offres permanentes des commissions d’appel d’offres ad hoc par type de délégations de service public ou de marchés publics, voire par types de prestations ou services acheteurs principalement concernés.
* Il en va différemment pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités locales où c’est la CAO qui attribue le marché (article L. 1414-2 CGCT)
  + Mais l’exécutif peut pour des raisons d’IG ne pas donner suite.
    - L’attribution du marché par la CAO n’est donc pas attributive de droit
  + Le rejet des offres (irrégulières, inacceptables ou anormalement basse) n’est pas prononcé par la CAO mais par l’exécutif de la collectivité.
  + En procédure adaptée, l’intervention de la CAO est seulement facultative : elle rend alors un avis purement consultatif.

En matière de concession, la marge d’appréciation des autorités concédantes est plus large

* Les textes ne précisent pas la procédure à suivre
  + Sous réserve de la distinction entre examen des candidatures et des offres
    - Et encore … voir l’arrêt précité du CE de 2006
  + Sous réserve des exigences de transparence
  + Et sous réserve de l’intervention d’une commission composée comme la CAO mais à l’avis purement consultatif y compris pour les autorités locales.
* Les offres sont librement négociées
  + Sous réserve des exigences de transparence et du respect du principe d’égalité de traitement

### Section 1. Le choix des procédures

Le choix de la procédure à suivre dépend d’un certain nombre de variables qui tendent à tenir compte de la diversité des besoins de l’acheteur public mais également du montant du marché et de la nécessité d’ouvrir la commande publique aux PME en imposant le principe de l’allotissement.

#### §.1. L’influence du montant du marché sur la procédure à suivre

L’obligation de suivre une procédure formalisée est fonction du système de seuil. Ce qui rend déterminant les règles de calcul du montant du marché

***A. L’obligation de suivre une procédure formalisée est fonction du montant du marché.***

Le droit des marchés publics repose sur un système de seuils.

* La procédure change ainsi en fonction de la valeur estimée du marché :
* On notera que le seuil change en fonction de l'acheteur concerné : collectivité territoriale, établissement de santé, services de l'État mais aussi de l’objet du marché

1. Marchés de fournitures et services

* à partir de 144 000 € pour l'État et ses établissements publics
* à partir de 221 000 € pour les collectivités et les établissements publics de santé
* à partir de 443 000 € pour un acheteur public qui exerce une activité d'opérateur de réseaux (production, transport ou distribution d'électricité, gaz, eau, etc.)

2. Marchés de travaux et concessions : à partir de 5 548 000 €

***B Les règles de calcul des seuils de déclenchement des procédures formalisées.***

Les règles de calcul sont fixées par les textes.

* Les textes rappellent que le pouvoir adjudicateur ne peut se soustraire à l’application du CMP en scindant ses achats ou en utilisant d’autres méthodes.
* Cette exigence n’interdit pas l’allotissement des marchés : elle implique seulement que le montant du marché soit calculé en fonction de l’ensemble des lots.

Les méthodes de calcul diffèrent selon les prestations sur lesquelles porte le marché.

* En matière de travaux, la notion clé est celle d’opération ou d’ouvrage.
  + Les textes retiennent une définition large : relève de la même opération ou du même ouvrage, l’ensemble des travaux qui participent de la même fonction économique ou technique.
    - En ce sens, la CJCE (5 octobre 2000, Commission c/ France) : constituent un même marché les travaux décidés par différentes collectivités du nord de la France portant sur la réalisation de plusieurs réseaux d’énergie électrique dès lors que ces réseaux sont interconnectés, que les marchés ont été lancés en même temps, dans la même région et sous la coordination d’un même organisme regroupant les syndicat intercommunaux d’électrification.
    - Doivent être intégrés dans le montant de l’opération, les prestations de service ou les fournitures indispensables à la réalisation de l’ouvrage.

En matière de fournitures et de services, la notion clé est celle de prestations homogènes.

* Sous l’empire du Code 2001, le caractère homogène des prestations s’appréciait par référence à une nomenclature définie par l’arrêté du 13 décembre 2001.
  + L’idée était la suivante : les fournitures ou les services homogènes sont les biens ou les services appartenant à une même famille définie par la nomenclature ( par ex. 17.09 : parfums et produits de toilette ; 67.06 : maintenance de logiciel)
  + Le système a été jugé trop formaliste et exagérément lourd

Aujourd’hui la définition d’une catégorie homogène se fait au cas par cas par le pouvoir adjudicateur par rapport aux caractéristiques propres des fournitures ou services soit en fonction de leur unité fonctionnelle.

Le marché doit regrouper tous les achats de prestations homogènes passés par le même pouvoir adjudicateur.

* Lorsque les besoins de la personne publique donnent lieu à des prestations récurrentes (qui se renouvellent régulièrement), la PRM doit prendre en compte l’ensemble des prestations pour la valeur d’une année.
* Ainsi plusieurs marchés publics de services présentant une cohérence fonctionnelle et économique doivent être considérés comme un seul et même marché public.
  + Ainsi de plusieurs marchés passés successivement avec un architecte portant sur un même équipement public et relative à des études préalables, à la conception du projet et au suivi des travaux constituent un marché unique alors que pour des raisons budgétaires le pouvoir adjudicateur a décidé de réaliser le projet en plusieurs phases.
  + A défaut, le juge estime que l’acheteur tente de contourner la règle des seuils e ( CJUE, 3e ch., 15 mars 2012, aff. C-574/10, Commission c/ Allemagne).
    - C’est la pratique du saucissonnage qui est la moins sophistiquée et la plus facilement décelable.
    - Il existe d’autres pratiques ainsi le fractionnement organique consiste à calculer par service les besoins de la collectivité publique alors qu’ils se calculent par pouvoir adjudicateur

De telles pratiques, relèvent du délit de favoritisme.

* Le fractionnement des seuils n’interdit pas l’allotissement (l’achat par lots séparés) mais alors c’est sur la valeur totale des lots qu’est calculé le montant total du marché afin de déterminer s’il est ou non supérieur aux seuils

***§.2. L’influence de la nature des besoins sur la procédure suivie***

La détermination des besoins est l’étape préalable mais essentielle de l’achat public. Elle est à la fois une obligation juridique et une nécessité économique.

En fonction de la nature des besoins ou de la capacité du pouvoir adjudicateur, les textes distinguent les procédures susceptibles d’être suivies

***A. La détermination des besoins, une étape préparatoire mais fondamentale.***

Une bonne évaluation des besoins n’est pas uniquement une exigence juridique.

* Elle relève de la fonction économique de l’achat public
* Elle relève d’une démarche managériale : c’est une condition impérative pour que l’achat soit effectué dans les meilleures conditions économiques.
  + Ceci explique que cette exigence se retrouve également dans le droit des concessions.

Elle tend à devenir une obligation juridique fondamentale : les besoins doivent ainsi être clairement identifiés dans les documents de la consultation

* Dans l’appel public à la concurrence
* Dans le cahier des charges
  + Dans les procédures formalisées, la rédaction d’un cahier des charges avant le lancement de la procédure de passation constitue une obligation.\*
  + La règle a été étendue aux concessions

Le juge administratif sanctionne tout manquement à cette obligation par l’annulation de la procédure.

* Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins :
* La sous-estimation des quantités du marché (CE 29 juillet 1998 Commune de Léognan, n° 190452),
* Le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (CE 8 août 2008, Région Bourgogne, n° 307143),
* La possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis (CE 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, n° 310380).

La définition des besoins peut conduire le pouvoir adjudicateur à utiliser des spécifications techniques.

* Le recours à ces spécifications techniques ne doit conduire à restreindre artificiellement la concurrence (interdiction d’imposer un marque, un brevet ou un label)
* CE 30 septembre 2011 Région Picardie : annulation pour erreur de droit d’une ordonnance du juge des référés qui avait interdit le recours obligatoire à un certain type de logiciels dans un marché de prestations numériques alors qu’il s’agissait d’un logiciel libre que l’on pouvait gratuitement se procurer

Dans certains cas, la définition des besoins peut faire l’objet d’un encadrement procédural renforcée.

* Ainsi concernant les marchés de partenariat, le législateur impose au pouvoir adjudicateur de procéder à une évaluation préalable du mode de réalisation juridique du projet de nature à faire ressortir l’opportunité (l’efficience économique) de recourir au marché de partenariat plutôt qu’à la maîtrise d’ouvrage publique
* Dans sa version initiale, l’ordonnance du 23 juillet 215 avait étendu cette obligation au projet d’investissement de plus de 100 millions d’Euros y compris pour les marchés (classiques) de travaux. Cette obligation a été supprimée par la loi Sapin II du 9 décembre 2016.

La réforme intervenue en 2015 tend à renforcer cette dimension économique de l’achat public

* Elle favorise le recours au sourcing par le pouvoir adjudicateur qui permet de consulter les fournisseurs potentiels en amont du lancement de la procédure
* Elle fait du coût global un critère d’attribution

***B. L’adaptation des procédures à la diversité des besoins du pouvoir adjudicateur***

Les besoins du pouvoir adjudicateur ne sont pas toujours immédiatement déterminables dès le lancement de la procédure. Ainsi, en fonction de la diversité des situations, le législateur distingue différents types de procédures à suivre et différentes techniques particulières d’achat.

***1. Le choix entre les différentes procédures formalisées***

Au-dessus des seuils européens, les marchés publics passent leurs marchés en principe de selon la procédure d’appel d’offre.

Mais les textes prévoient d’autres types de procédures faisant participer le co-contractant à la définition du besoin

* Le plus souvent, il s’agira de besoins particulièrement complexes soit que l’administration n’est pas en mesure de définir les moyens et spécifications techniques ou le montage (juridique, financier) susceptibles de répondre à ses besoins soit que dans le cadre d’un partenariat d’innovation, elle a besoin de développer une solution innovante laquelle ne peut émerger que d’échanges successifs avec les développeurs

###### a) L’appel d’offres

L’appel d’offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l’offre économiquement la plus avantageuse sans négociation et sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

Il peut être ouvert ou restreint

###### b) Le dialogue compétitif

• Il s’agit d’ouvrir une phase de dialogue avec plusieurs candidats afin d’identifier (car le pouvoir adjudicateur n’est pas en mesure de le faire) es moyens techniques ou financiers propres à satisfaire au mieux leurs besoins

• Les participants au dialogue dont l’offre n’aura pas été finalement retenu pourront faire l’objet d’une rémunération spécifique.

• La particularité de la procédure est qu’au cours de ce dialogue, les pouvoirs adjudicateurs peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés

• Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

• Après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

* Au final, les pouvoirs adjudicateurs choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 53.

###### c) Le partenariat d’innovation.

Le partenariat d’innovation est conduit selon la procédure concurrentielle avec négociation.

* Cette procédure remplace le marché de définition condamnée par la CJCE dans la mesure où il n’était pas prévu par les directives.
* Le partenariat d’innovation est désormais prévu par la directive 2014. Il s’inspire du marché de définition.

L’objet de cette procédure est de faire émerger une solution innovante susceptible de répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur.

La procédure est conçue en deux temps : une phase recherche rémunérée par le pouvoir adjudicateur et une phase d’acquisition de la solution innovante jugée la plus intéressante.

L’intérêt principal du PI est d’éviter de remettre en concurrence l’entreprise qui a conçu la solution la plus innovante au moment de l’exécution du marché.

***2. Les techniques particulières d’achat***

Elles répondent à différentes situations

* Soit que le niveau des quantités n’est pas connu à l’avance s’agissant d’un besoin récurrent
* Soit que le pouvoir adjudicateur a besoin d’être conseillé en vue de la conception d’un projet.
* Soit que les besoins du pouvoir adjudicateur justifient pour des raisons de soutenabilité budgétaire d’être étalés dans le temps.

***a) Les besoins récurrents :***

La technique la mieux adaptée est l’acccord-cadre

Inspirés de la procédure française des marchés à bon de commande, mais offrant davantage de souplesse, les accords-cadres ne sont pas eux-mêmes des marchés. Ils permettent de sélectionner des entreprises avec lesquels pour la durée de l’accord des marchés pourront être conclus directement.

* L’«accord-cadre »définit les caractéristiques générales de ces marchés à venir notamment en ce qui concerne l’objet des prestations commandées, les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.
  + Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre
  + La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre.
* Les textes distinguent deux situations.
  + Accord cadre mono-attributaire : Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des termes fixés dans l'accord-cadre. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur partie à l'accord-cadre et lui demander de compléter, si besoin et notamment en cas d’évolution technologique, son offre.
  + Au contraire, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques qui doivent en principe au moins au nombre de trois, les marchés peuvent être conclus de deux manières différentes.
    - Soit par application des termes fixés dans l'accord-cadre, c'est-à-dire sans remise en concurrence des opérateurs présélectionnés, ce qui doit permettre de répartir les commandes entre l’ensemble des fournisseurs.
    - Soit, lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après remise en concurrence des opérateurs parties à l’accord cadre.
      * Dans ce cas, pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché; fixent un délai suffisant pour présenter les offres –qui restent confidentielles- relatives à chaque marché spécifique et attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

A côté de l’accord-cadre, il existe encore le systèmes d’acquisition dynamique (article 33)

* + Un système d’acquisition dynamique est une procédure de publicité et de sélection des candidats de nature exclusivement électronique.
    - L’acquisition dynamique se distingue des enchères électroniques dans la mesure où ces dernières ne constituent qu’un mode de sélection des offres.
  + C’est un mécanisme évolutif de préqualification des entreprises
    - Le système d'acquisition dynamique correspond en fait à un mécanisme de pré-qualification d’une durée de quatre ans permettant au pouvoir adjudicateur d’attribuer par voie électronique des marchés aux entreprises préqualifiées.
    - La mise en place du système suppose d’abord la publication d’un avis de marché, la définition de critère de sélection, la mise à disposition par voie électronique d’un cahier des charges. Tous les soumissionnaires, satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges sont admis dans le système.
  + Le système est qualifié de dynamique :
    - D’abord, parce que les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment, à condition qu'elles demeurent conformes au cahier des charges ;
    - Ensuite, parce que, pendant toute la durée du système d'acquisition dynamique, tout opérateur économique a la possibilité de rentrer dans le système et de présenter une offre indicative.
    - Chaque marché spécifique fait cependant l'objet d'une mise en concurrence.

***b) La conception d’un projet : concours et marchés de maîtrise d’œuvre (Décret, art. 88 et 89)***

Les concours sont des procédures qui permettent au pouvoir adjudicateur d’acquérir principalement en matière d’aménagement urbain, d’architecture et d’ingénierie ou des traitements de donnée un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence.

* + Le concours ne peut être envisagée que dans le domaine des prestations de maîtrise d’œuvre.
  + Il s’agit d’une faculté offerte aux pouvoirs adjudicateurs –mais jamais une obligation- au-delà du seuil de 162 000 € pour les marchés de l’Etat et de 249 000 €pour les autres entités.

A défaut, le pouvoir adjudicateur passera un marché de maîtrise d’œuvre dans le cadre d’une procédure négociée (D., art. 90).

***c) Les marchés à tranches (D. art 77)***

Ils répondent à un besoin d’étalement dans le temps notamment pour des raisons budgétaires

* Le marché distingue deux types de tranche : une tranche ferme et des tranches optionnelles
* L’affermissement des tranches optionnelles est facultatif.
* L’entreprise retenue à la possibilité d’obtenir des dommages et intérêts en cas d’attente prolongée ou de dédit

***§3. L’obligation d’allotir les marchés***

L’allotissement est une technique visant à découper le marché en lots.

* En cas d’allotissement, le pouvoir adjudicateur apprécie les offres lots par lots
  + Chaque lot est attribué séparément et donc susceptible d’être attribué à un opérateur distinct
  + Le calcul du montant du marché se fait sur l’ensemble des lots. En conséquence, l’allotissement ne porte pas atteinte au respect des obligations de procédure.
  + Sa fonction principale est de favorise l’accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique

Le principe est celui de l’allotissement du marché (Ord, art 32 ; D. art 12).

* En lots géographiques
* En lots fonctionnels
  + Il n’existe pas de règle comparable en matière de concession

Un acheteur qui décide ne pas allotir doit motiver ce choix.

* Ce choix est susceptible d’être contrôlé par le juge administratif
  + Le juge exerce un contrôle entier sur la décision de ne pas allotir (CE 27 octobre 2011 Département des Bouches du Rhône)
  + Et simplement un contrôle minimum (erreur manifeste d’appréciation) sur la consistance et le nombre de lots (CE 21 mai 2010 Commune d’Ajaccio)
  + Le nombre de lots pouvant être attribués à un seul et même soumissionnaire peut être limité par le pouvoir adjudicateur (CE 20 février 2013 Sté Laboratoire Biommis).

Les textes offrent la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de passer des marchés globaux

* Marchés de conception-réalisation justifiés par des motifs d’ordre technique
* Marchés de performance énergétique
* Marchés publics globaux sectoriels (ex PPP sectoriels)
* Marchés de partenariat.

### Section 2. Le choix des entreprises candidates

La directive 2004/18/CE prévoit que les marchés publics seront passés dans le cadre soit d’une procédure ouverte soit d’une procédure restreinte.

Dans tous les cas, les étapes d’admission des candidats et d’examen de leurs offres en vue d’attribuer le marché ne sauraient être confondues. Il existe dans tous les cas deux temps dans la sélection des entreprises (1.sélection des candidats, 2.sélection des offres).

* Il est possible de sélectionner les offres en premier et de vérifier ensuite si l’entreprise remplie les conditions de la candidature.

#### §1) La distinction entre les procédures ouverte et restreinte

La distinction est prévue par les textes

* Les procédures ouvertes sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre.
* Les procédures restreintes sont les procédures auxquelles tout opérateur économique peut demander à participer et dans lesquelles seuls les opérateurs invités par les pouvoirs adjudicateurs peuvent présenter une offre.

La sélection des candidats aptes à participer à la procédure d’attribution a soulevé dans le cas des procédures restreintes une difficulté particulière

* à savoir que le nombre de candidats invités à participer doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle (CJCE 20 septembre 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, point 21).
* Devant l’ambiguïté des textes initiaux (directive 92/50, 93/36 et 93/37), la Cour de justice avait jugé que le nombre minimum de candidats retenus dans une procédure restreinte ne pouvait être inférieur à cinq (CJCE 28 oct. 1999, aff. C-81/98, BJCDP n°8, Janvier 2000, p. 69).

La règle est désormais précisée par la directive (art. 44) : le nombre minimum est fixé à cinq pour les procédures restreintes et à trois pour les procédures négociées avec publicité

* Dans l’hypothèse où le nombre de candidats retenus est inférieur au minimum légal, la Cour considère que le pouvoir adjudicateur ne peut pas poursuivre l’attribution du marché. (CJCE 16 septembre 1999 Metalmeccanica Fracasso Spa, aff. C-27/98).
* Les pouvoirs adjudicateurs sont libres de déterminer un nombre maximum de candidats.
  + Ces nombres, déterminés en fonction de la nature du marché, doivent toujours être indiqués dans l’avis de marché.

#### §. 2 Les critères de sélection des candidatures

Les textes définissent des critères de sélection qualitative qui doivent permettre aux pouvoirs adjudicateurs d’évaluer la capacité économique et financière ainsi que les capacités professionnelles et techniques des entreprises candidates.

* + CJCE 20 septembre 1998 Beentjees rappelle que l’étendue des informations exigées des entreprises ainsi que les niveaux de qualification minimaux doivent être liés et proportionnés à l’objet du marché.
  + En cas de sous-traitance, les entreprises candidates ont la possibilité d’invoquer à l’appui de leur dossier la capacité de tiers sous traitants
    - C’est la solution prônée par la CJCE qui a été reprise (CJCE 14 avril 1994, Ballast Nedam Groep)

La typologie des critères de sélection distingue trois types de garanties techniques, financières et professionnelles.

* Les capacités techniques renvoient aux moyens matériels et humains mobilisables par le candidat.
* Les capacités financières tendent à déterminer si les moyens financiers du candidat suffisent pour mener à bien le marché.
* Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, soit « la preuve d’un certain niveau de compétences professionnelles ».

Des garanties et capacités insuffisantes entraînent l’élimination du candidat.

* Désormais, « l’absence de références relatives à l’exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l’élimination d’un candidat », ce qui tend notamment à favoriser l’accès des PME à la commande publique.
  + De même, le Conseil d’Etat a jugé que le pouvoir adjudicateur pouvait prévoir que les sociétés nouvellement créées peuvent apporter la preuve de leurs capacités par d’autres moyens dès lors qu’elles ne sont pas en mesure de produire les documents et les informations demandées. Mais il faut alors que le règlement de la consultation le prévoit expressément. CE 10 mai 2006 Société Bronzo
* L’ordonnance de 2015 prolongeant une jurisprudence du CE (10 juin 2009 Région Lorraine) permet d’écarter les entreprises qui ont au cours des trois dernières années ont été condamnés à des dommages et intérêts ou fait l’objet de sanctions (notamment résiliaton) pour non exécution d’un marché ou d’une concession.

La réforme de 2015 s’accompagne de mesures de simplification de manière à soulager les entreprises des formalités inutiles dans la préparation de leurs réponses et la constitution des dossiers.

* La principale consiste dans l’institution du document unique de marché européen (DUME) qui se substitue à plusieurs documents exigés auparavant.
  + Le document unique de marché européen (DUME) est une déclaration sur l'honneur des opérateurs économiques servant de preuve à priori en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers. Il consiste à affirmer que les motifs d'exclusion concernés ne s'appliquent pas à lui, que les critères de sélection concernés sont remplis et qu'il fournira si son offre est retenue les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.
* Par ailleurs, mis en place du dispositif « dites le nous en une fois » qui consiste dans l’utilisation par l’administration de données déjà collectées grâce au stockage numérique des informations recueillies auprès des entreprises par l’ensemble des administrations (arrêté du 29 mars 2017)s.

#### §3. La situation des groupements d’entreprises

Les opérateurs économiques sont autorisés à se porter candidat sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.

* Le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s’engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.
* Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Dans les deux formes de groupements, l’un des opérateurs économiques membres du groupement, désigné dans l’acte d’engagement comme mandataire, représente l’ensemble des membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, et coordonne les prestations des membres du groupement.

### Section 3. Le choix de l’offre

L’attribution des marchés publics repose sur des critères objectifs pour l’essentiel préétablis par le décret sur les marchés publics (art. 62 et 63) et destiné à faire émerger l’offre économiquement la plus avantageuse

* La notion d’offre économiquement la plus avantageuse est d’application générale. Elle concerne tous les marchés quel que soit leur montant.
* La notion d’offre économiquement repose sur une pluralité de critères dont le prix

La promotion de la notion d’offre économiquement la plus avantageuse tend à s’opposer à une pratique contestable qui consiste à retenir le prix le plus bas comme unique critère.

#### § 1. Le choix de l’offre « la moins disante »

Le choix de l’offre la moins disante soulève deux questions : celle de la possibilité d’utiliser le prix comme unique critère ; celle de son rapport avec les offres anormalement basse.

##### A) LA POSSIBILITE limitee DE RETENIR LE PRIX COMME SEUL CRITERE.

Interdite par le code des marchés de 2001, rétablie en 2004 et prévue par la directive 2014 et ses textes de transposition, cette possibilité est assez paradoxale.

* L’usage du prix comme critère à titre exclusif correspond à l’ancienne procédure d’adjudication qui en droit interne a été supprimé par le code des marchés publics adopté en 2001.
  + L’automatisme de ce type de procédure explique sa disparition en droit français :
    - d’abord parce qu’elle n’est en mesure de garantir que l’offre retenue est la plus adaptée aux besoins ;
    - ensuite par ce qu’elle est de nature à faciliter les ententes par lesquelles les entreprises se répartiront le marché (voir en ce sens, L. Richer, Droit des contrats administratifs, 4e éd., 2004, n°600).
* C’est donc un signal négatif qui est envoyé par le droit de l’UE contraire à l’objectif d’efficacité de la gestion publique.
* Cependant, le prix est aussi au nombre des critères » relevant de l’offre économiquement la plus avantageuse.

En d’autres termes, le critère du prix le plus bas ne parait pas pouvoir être mis sur le même pied que le critère de l’offre économiquement la plus avantageuse. Il ne peut s’agir que d’un mode d’attribution exceptionnel dont le recours doit être strictement en rapport l’objet du marché

* CJCE 7 octobre 2004 Sintesi Spa, aff. C-247/02 : la Cour va estimer que l’obligation légale de recourir à un critère unique ne peut pas être imposée par le législateur national, de manière abstraite et générale
  + et la Cour de conclure en l’espèce à la violation du droit communautaire dès lors que la complexité, sur le plan technique, de l'ouvrage à réaliser permettait au pouvoir adjudicateur de tenir utilement compte de cette complexité en choisissant des critères d'attribution du marché objectifs, tels que ceux énumérés par les directives marchés publics.
* Conseil d’Etat 6 avril 2007 Département de l’Isère, le critère unique du prix est illégal dès lors que la prestation est complexe.

L’article 62 du décret de 2016 prévoit ainsi que le prix ne peut être utilisé comme critère unique que pour les achats standardisés (services ou fournitures).

* En lien avec la directive 2014, le prix pourra être exprimé en termes de coût global.

##### b) La réglementation des offres anormalement basses.

Le critère du prix est aussi de manière générale de nature à induire des comportements faussant gravement la concurrence

* + Le droit des marchés publics a ainsi consacré la notion d’offres anormalement basses en raison des risques que génèrent ce type d’offres
    - Risque de qualité
    - Risque de défaillance
    - Risque de surcoûts
    - Risque de travail dissimulé
    - Risque de violation de la législation sur l’environnement
  + La réglementation a fait l’objet d’une évolution significative.

Longtemps, le rejet des offres anormalement basse a été une simple faculté pour les pouvoirs adjudicateurs mais la jurisprudence a fini par reconnaître l’existence d’une obligation y compris dans les procédures non formalisées

* CJUE 29 mars 2012 SAG ELV Slovensko
* CE 1er mars 2012 Département de la Corse du Sud
  + Le juge administratif exerce un contrôle de l’erreur manifeste d’appréciation sur la décision d’admettre ou de rejeter une OAB.
  + CE 29 mai 2013 Ministre de l’intérieur c. Société Artéis (MAPA)

Les critères d’identification des offres anormalement basses ne sont pas précisés par les textes.

* Une tentative de définition a échoué lors du projet de réforme sur le Code général de la commande publique en 1997.
  + A ce titre, la DAJ (Fiche) explique qu’un prix trop bas ne suffit pas à lui seul démontrer l’insuffisance technique de l’offre, que le recours à une formule mathématique (seuil ou pourcentage) fixée à l’avance pour détecter l’OAB est interdit, que l’écart par rapport aux autres offres est un indice mais pas en soi un critère de l’OAB.
* Dans le même esprit, la CJUE précise que si les législations nationales peuvent déterminer une méthode d’identification, elle insiste surtout sur les possibilités offertes aux entreprises pour pouvoir justifier leur prix.
* La directive et le décret prévoient en ce sens plusieurs sortes de justifications qui peuvent être rapportées par le candidat
  + le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;
  + - les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
  + - l'originalité de l'offre ;
  + - la règlementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
  + - l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

Le décret du 25 mars 2016 classe les offres anormalement basses dans la catégorie des offres irrégulières. Il en impose le rejet à ce titre

* En tout état de cause, l’acheteur a l’obligation de demander des justifications dans le casdee d’une procédure contradictoire
* Ce n’est qu’à défaut de justifications valables qu’il devra rejeter l’offre
* Le rejet doit être motivé.

#### § 2. Le choix de l’offre la mieux disante à partir d’une pluralité de critères

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs se fondent sur l’offre économiquement la plus avantageuse, ils sont amenés à retenir une pluralité de critères.

* Ces critères doivent être portés à la connaissance des entreprises soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier des charges ou règlement de la consultation
  + La publicité des critères découle des principes généraux de la commande publique.
    - En conséquence, l’exigence de transparence vaut également pour les MAPA (Conseil d’Etat 30 janvier 2009 ANPE)
  + L’autorité de la concurrence a émis des réserves sur la publicité obligatoire des critères susceptibles de favoriser d’ententes entre entreprises.
    - C’est un exemple de contradiction entre transparence et concurrence.
* Une fois les critères publiés, le pouvoir adjudicateur est tenu de s’y conformer :

La liste des critères est établie par les textes. Cette précaution est loin de résoudre toutes les difficultés liées à l’analyse des offres par les pouvoirs adjudicateurs. En effet, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité d’introduire des critères additionnels, de prévoir des sous-critères, d’admettre des variantes et l’obligation de les combiner

##### A. Le CHOIX de critères additionnels.

En obligeant à fonder leur analyse sur des critères prédéterminés et connus à l’avance, les textes obligent les pouvoirs adjudicateurs à objectiver son choix.

* + Les critères sont énumérés par l’article 62
  + La qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d’utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l’assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d’exécution.

La première difficulté tient à ce que la liste n’est ni exhaustive, ni impérative. Des critères additionnels sont susceptibles d’être ajoutés à la liste par le pouvoir adjudicateur.

Pour être légal, tout critère y compris additionnel doit être directement à l’objet du marché.

La mise en œuvre de cette condition a fait difficulté tant à l’égard du critère social et du critère environnemental qui sont les critères additionnels auxquels les pouvoirs adjudicateurs ont essentiellement recours.

###### 1) La légalité problématique du critère social.

Le critère social consiste à valoriser l’offre des entreprises selon qu’elle indique créer des emplois, insérer des chômeurs de longue durée ou participer à des opérations de formation.

Un contentieux important s’est ainsi développé à propos de l’utilisation par les pouvoirs adjudicateurs de critère à caractère social**, car le lien avec l’objet du marché est souvent assez lointain**

* + Conseil d'Etat 25 juillet 2001 Commune de Gravelines : Le CE a considéré comme illégal parce que sans rapport avec l’objet du marché un critère tiré des propositions des candidats en matière de création d’emplois, d’insertion et de formation.
  + Le CC a censuré la loi MURCEF au motif qu’elle accordait des quotas préférentiels aux entreprises coopératives (CC 6 décembre 2001).
    - Il a cependant admis qu’un pouvoir adjudicateur institue pour des motifs d’intérêt général un droit de préférence à égalité d’offres pour certains types d’organismes ou réserve une part des marchés à ce type d’organisation mais pour une part réduite, pour des prestations clairement définies et dans la mesure strictement nécessaire à la poursuite de l’objectif
  + Par contre, malgré l’opposition de la Commission, la CJCE a dans un arrêt du 26 septembre 2000, Commission c/ République française, admis la légalité des actions de lutte contre le chômage comme critère d’attribution même du marché pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire.
    - Il s’ensuit, dès lors, qu’un critère d’attribution lié à la lutte contre le chômage doit être expressément mentionné dans l’avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d’avoir connaissance d’une telle condition (CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/ France, aff. C-225/98, Rec., I-7445; AJDA, 2000, p. 1055, note Lambert; Contrats et marchés publ., décembre 2000, comm. F. Llorens, n°38)

Les textes avaient opté pour une autre solution faisant des préoccupations sociale une condition d’exécution du marché à insérer dans le cahier des charges

* La directive 2004/18 a refusé de s’aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice.
  + Les considérations sociales ne figurent pas au titre des critères d’attribution mais relèvent des conditions d’exécution du marché (art. 26).
* En conséquence, l’article 14 du CMP 2006 n’autorisait pas l’utilisation d’un critère social mais permettait seulement que les conditions d’exécution du marché comportent des éléments à caractère social imposant au cocontractant à promouvoir l’emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d’insertion ou d’accès à l’emploi
  + Toutefois, à l’encontre de ce texte, la loi du 18 janvier 2005 de programmation de la cohésion sociale a inséré dans la liste des critères le critère de performance en matière d’insertion professionnelle pour les publics en difficulté.
  + La loi était ainsi en contradiction avec les textes européens.

Une nouvelle approche tend cependant aujourd’hui à prévaloir au nom de l’idée que la commande publique peut être un instrument en faveur de la politique sociale.

Cette nouvelle approche découle tant de la jurisprudence que des textes

* Les juges ont admis qu’un critère social sans lien direct avec l’objet du marché puisse néanmoins de se rapporter aux conditions de son exécution
  + CE 25 mars 2013 Département de l’Isère qui renversant la jurisprudence Commune de Gravelines précise
    - « que, dans le cadre d’une procédure d’attribution d’un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d’être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d’insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d’apprécier les offres au regard du critère d’insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n’est pas discriminatoire et lui permet d’apprécier objectivement ces offres ».
  + Cet arrêt rejoint CJUE 10 mai 2012 Commission c/ Pays-Bas, aff. C-368/10 (affaire Max Havelaar qui a élargi sa conception au rapport à l’objet du marché)
    - Le rapport à l’objet du marché ne s’apprécie plus uniquement par rapport aux besoins à satisfaire mais par rapport aux prestations susceptibles d’être effectués par l’entreprise.
    - Dans ce cadre, on peut tout à fait admettre que des prestations de travaux soient assurés par des travailleurs en reprise d’emploi.
* L’élargissement du lien entre les critères d’attribution et l’objet du marché est repris par les textes
  + La directive précise qu’un critère peut se rapporter à des facteurs qui ne font pas partie du contenu matériel de la prestation (article 67)
  + Le décret de 2016 précise qu’à ce titre peuvent être pris en compte des considérations sociales (emplois d’apprentis) ou environnementales (approvisionnements directs de produits issus de l’agriculture).
    - Mieux, le législateur oblige les pouvoirs adjudicateurs à établir un schéma de promotion des achats publics socialement responsables (loi du 31 juillet 2014 relative à l’économie sociale et solidaire ) et à s’engager sur un minimum de commandes.

###### 2) L’admission plus ancienne du critère environnemental.

A la différence du critère social, la directive 2004/18/CE a intégré les considérations environnementales à la liste indicative des critères de l’article 53.

Mais, reprenant la solution de la jurisprudence, la directive 2004/18/CE exige que le critère retenu soit toujours être en lien avec l’objet du marché (CJCE 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, aff. C-513/99, BJCP 2003, n°26, p.14, conclusions Mischo).

Or, selon la jurisprudence de la Cour, il ne suffit pas que la protection de l’environnement soit au nombre des objectifs poursuivis par les administrations publiques dans le secteur concerné, il faut encore que le critère retenu présente un avantage pour le pouvoir adjudicateur lors de l’exécution de la prestation commandée.

* Ainsi si l’achat d’autobus pour le réseau de transport local peut se fonder sur un critère environnemental lié au mode de carburation des véhicules (CJCE 17 septembre 2002 Concordia Bus Finland),
* Il n’en va pas de même d’un marché d’achat d’électricité retenant le volume d’électricité produit à partir de sources d’énergie renouvelable comme critère d’attribution (CJCE 4déc. 2003 EVN AG, aff. C-448/01) dès lors que le pouvoir adjudicateur n’est pas en mesure de déterminer la part d’électricité qui lui est servie en fonction des modes de production.

La directive 2014/18 a assoupli l’utilisation du critère en relevant comme en matière sociale qu’il suffit que les préoccupations environnementales puissent être en lien avec les prestations délivrées dans le cadre de l’exécution du contrat.

##### B. L’analyse des offres par le Pouvoir adjucidateur

C’est l’étape décisive de la procédure d’attribution.

* Elle va conduire le pouvoir adjudicateur à classer les offres et à attribuer le marché à l’offre économiquement la plus avantageuse
  + Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur pourra au préalable écarter les offres inappropriéees, irrégulières ou inacceptables
    - C’est-à-dire celles qui ne respectent pas les exigences formulées dans les documents de la consultation

L’analyse des offres soulèvent plusieurs difficultés liées à la mise en œuvre des critères et l’admission des variantes

###### 1) La mise en œuvre des critères.

Le pouvoir adjudicateur a l’obligation de pondérer les critères et la possibilité de les décomposer en sous-critères.

###### a) La pondération des critères.

La pondération des critères est une exigence qui s’est affirmée progressivement.

* Sous l’empire des textes précédents, la Cour avait jugé que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur doivent être connus et si possible leur importance respective (CJCE 15 avril 1996 Commission c/ Belgique, aff. C-87/94, point 88) mais les textes et la jurisprudence inclinaient davantage dans le sens d’une hiérarchisation des critères.

Désormais, la pondération est rendu obligatoire (CE 29 juin 2005 Commune de la Seyne-sur-Mer)

Elle revient à affecter un coefficient à chaque critèe.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de préciser dans l’avis de marché ou dans le cahier des charges la pondération qu’il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l’offre économiquement la plus avantageuse.

* Avant que la pondération ne soit rendue obligatoire par les textes européens, la jurisprudence avait eu l’occasion de juger que lorsqu’une pondération est utilisée, elle doit avoir été publiée (CJCE 12 déc. 2002 Universale Bau AG, aff. C-470/99).

###### 2) La décomposition des critères : la distinction sous critères et méthode de notation

La jurisprudence ne s’oppose pas toutefois à ce qu’un pouvoir adjudicateur accorde un poids spécifique aux sous-éléments d’un critère en procédant à la ventilation de ces derniers

à condition qu’une telle décision ne modifie pas les critères d’attribution définis dans l’avis de marché ou dans le cahier des charges, ne contienne pas d’éléments qui s’ils avaient été connus à l’avance aurait influé sur la présentation des offres , n’ait pas un effet discriminant envers l’un des soumissionnaires (CJCE 24 nov. 2005 ATI EAC, aff. C-331/04).

Si le pouvoir adjudicateur utilise des sous-critères, il doit les porter à la connaissance des candidats.

* La solution n’a pas été étendue aux concessions

Les sous-critères se distinguent en ce sens de la méthode de notation qui n’a pas à être communiquée.

Ainsi de la méthode dite du chantier masqué.

Le choix de la méthode de notation ne doit pas conduire à modifier la pondération des critères

Ainsi les notes négatives sont interdites.

###### 3) L’admission de variantes

Les soumissionnaires peuvent être amené à présenter des variantes par rapport à leur offre de base

* Dans les marchés formalisés, L’autorisation de présenter des variantes doit expressément figurer dans l’avis de marché ; à défaut les variantes ne sont pas autorisées.
* Dans les MAPA, la variante est de droit à moins que le pouvoir adjudicateur ne les expressément interdit.

Les variantes sont examinées selon les mêmes critères que les offres de base.

Pour pouvoir être prises en considération, les variantes doivent répondre à des conditions minimales (qui font qu’elles se rapportent à une offre de base et ne constituent pas une offre différente).

* A défaut, le pouvoir adjudicateur ne peut retenir la variante

L’indication de ces conditions minimales doit figurer dans les documents du marché afin d’être connue des candidats.

* une variante ne peut pas être prise en considération, même si les variantes n'ont pas été déclarées irrecevables dans l'avis de marché, comme prévu à l’article 24( Voir en ce sens CJCE. 16 octobre 2003 Traunffelner, C-421/01)

### Section 4. L’achèvement de la procédure.

L’aboutissement normal de la procédure d’attribution est la signature du marché mais elle n’est pas sa conséquence inéluctable en raison d’un certain nombre d’incidents qui sont susceptibles de se produire au moment de la procédure.

* Rappel : on sait que l’attribution donne lieu à des mesures de publicité (voir le principe de transparence)

#### §.1. Les incidents liés à la procédure d’attribution

Ils sont multiples

D’abord, l’autorité compétente peut refuser d’attribuer le marché car aucune des offres ne lui semble satisfaisante.

* + Dans ce cas figure, il dispose de deux solutions :
    - 1/ demander aux candidats de compléter leurs offres (D. art. 67)
    - 2/ soit déclarer l’appel d’offres infructeux.
      * Et renoncer à passer le marché
      * Ou recourir à la procédure négocié

Ensuite, alors même qu’une offre est retenue (y compris par la CAO dans les procédures formalisées, l’Exécutif n’est pas tenu de signer le marché.

* A moins (hypothèse peu fréquente) que le marché ait été directement attribué par l’assemblée délibérante de la collectivité dont la délibération est un acte créateur de droits
* L’exécutif peut différer cette signature afin de procéder à une mise au point avec l’attributaire à condition de ne pas modifier un élément substantiel
* L’exécutif peut ne pas donner suite
  + Historiquement, l’Exécutif pouvait surtout invoquer des motifs d’intérêt général et renoncer à la signature du marché. (art. 64-IV CMP)
    - Le pouvoir de renonciation était une compétence discrétionnaire fondé sur des motifs d’intérêt général son exercice ne donnait lieu qu’à un contrôle du détournement de pouvoir
    - En raison de ce pouvoir, la décision de la commission d’appel d’offres ne créait aucun droit à la signature du contrat (CE 10 octobre 1984)
    - Son exercice n’engageait pas la responsabilité de l’administration à moins de démontrer l’intention de nuire et ne donnait lieu en conséquence à aucune indemnisation
  + Le décret de 2016 parait modifier sensiblement les données du problème (art 98),
    - La possibilité de mettre de renoncer pour motif d’intérêt général a été supprimé
    - Le texte maintient la possibilité de ne pas donner suite mais sous réserve d’une motivation.
      * La question est de savoir si l’exigence d’une motivation est de nature à faire de la décision d’attribution une décision créatrice de droit (en ce sens, Richer et Lichère, n°857)
      * Contra : l’article 98 ne vise pas spécifiquement l’attribution du marché mais la possibilité de ne pas donner suite à tout moment de la procédure.

A l’inverse, le retrait de l’offre présenté par l’entreprise sélectionnée à la suite d’une procédure d’appel d’offres relève de la responsabilité contractuelle.

* Il est en effet admis que l’acceptation de l’offre par l’administration vaut consentement (CE 9 décembre 1988 Syndicat intercommunal pour le ramassage des ordures ménagères de Château-Salins et sa région, Rec. CE tab. p. 688). Le candidat qui s’est vu attribué le marché pourra être dès lors amené à démontrer qu’en s’engageant dans la consultation, il n’a pas mesuré en pleine connaissance de cause le risque d’une telle décision (TA Paris, 14 octobre 1997, Soc. Eiffage et Spie Batignolles, Dr. adm. 1998, comm. n°118), ce qui s’agissant d’un professionnel reste pour le moins délicat à établir.
* En tout état de cause, l’action engagée contre une entreprise ayant refusé de conclure un marché public pour lequel elle avait souscrit un acte d’engagement relève de la compétence du juge administratif (TC 23 mai 2005 Département de la Savoie-SPTV c/ Société Apalatys, Rec. CE à paraître, BJCP 2005, conclu. Roul, p. 467).

#### §.2. La signature du marché

Seule la signature de l’acte d’engagement par l’autorité compétente constitue la conclusion du marché

* Elle soulève un certain nombre de questions de compétence.

Le marché signé est enfin notifié à l’entreprise.

* Le marché prend effet avec la notification
* Avant la notification, aucun commencement d’exécution n’est possible

## Titre 2. Le consentement des parties au contrat

Comme en droit civil, la validité du consentement conditionne la validité du contrat engagement synallagmatique.

Si le juge administratif a transposé la théorie des vices du consentement tirée du code civil pour s’assurer de la protection du consentement des parties contractantes, des règles de droit public liée à la théorie de la compétence l’amène à vérifier parallèlement si l’autorité administrative était habilitée à agir au nom du pouvoir adjudicateur

### Section 1. L’expression du consentement de l’administration

C’est surtout dans le droit des collectivités territoriales que la question se pose en lien avec le rôle des assemblée délibérante et le contrôle de légalité

##### A. L’habilitation à signer le contrat

L’autorité signataire du contrat doit être habilitée par la loi à signer le contrat au nom de la collectivité qu’elle représente.

La question se pose en particulier pour les contrats passés par les collectivités territoriales notamment en raison de la répartition des compétences entre les exécutifs locaux et les assemblées délibérantes.

L’affaire Conseil d'Etat 13 octobre 2004 Commune de Montélimar est révélateur des difficultés d’articulation entre le Code des marchés publics et le Code des collectivités territoriales.

La question posée au juge était de savoir si la délibération autorisant un maire à signer un contrat devait intervenir au début de la procédure d’élaboration du contrat ou si le conseil municipal ne devait se prononcer qu’une fois le contenu du marché précisé et l’identité de son attributaire connue.

Cette question n’est pas réglementée par le Code des marchés publics.

Ce silence semble devoir être interprété dans le sens de la solution la plus souple : c’est à dire de l’autorisation en amont de la procédure. C’est d’ailleurs la pratique de la plupart des collectivités et l’interprétation retenue par la doctrine administrative (Rép. min., JOAN, 3 août 1998, p. 4290.

Or ce n’est pas l’avis des juridictions administratives qui vont opter pour l’autorisation en aval c’est à dire juger qu’il est nécessaire de faire approuver par le conseil municipal le contenu du marché et l’identité de l’attributaire avant l’autorisation de signature donnée au maire.

Le raisonnement du CE ne s’appuie par sur le Code des marchés publics mais sur les dispositions législatives du Code général des collectivités territoriales,

L’article L. 2122-1 dispose :

« Le maire est chargé d’exécuter les décisions du conseil municipal et en particulier : …

7° de souscrire les marchés.

La jurisprudence en déduit que le maire ne dispose pas, en matière de marchés, d’une délégation de compétence, mais simplement d’un pouvoir d’exécution des décisions du conseil municipal.

L’ordonnance du 6 juin 2005 a remis en cause cette jurisprudence :

* La loi du 2 juillet 2003 a en effet habilité le gouvernement à prendre des mesures permettant d’alléger les procédures de passation des marchés publics et l’ordonnance du 6 juin 2005 permet que la délibération intervienne en début de procédure (avant son lancement) à condition 1/ que le Conseil municipal soit informé de l’étendue exacte des besoins 2 / du montant prévisionnel du marché.
* La signature du marché ne requiert pas en général l’autorisation préalable de l’assemblée délibérante
  + (voir en ce sens l’abandon par la loi de la jurisprudence Commune de Montélimar)

Depuis lors ,de les larges possibilités de délégation de compétence à l’exécutif sont reconnus par les textes

##### B. La signature du contrat

La signature du contrat est souvent à un certain formalisme

* En procédure formalisée, la signature ne peut pas intervenir immédiatement : le décret impose un délai de plusieurs jours (dit standstill) entre la signature du marché et l’information préalable des candidats évincés du rejet de leur offre.
* Les marchés des collectivités territoriales doivent avant notification au titulaire être transmis au contrôle de légalité.

Pour être valide, Elle suppose que la délibération autorisant la signature du contrat soit devenue exécutoire

Ce qui pose la question de la transmission au préfet de la délibération.Le Conseil d’Etat a jugé ( 1991, Avis « Préfet de la Côte d’or ») qu’une délibération non transmise n’est pas exécutoire ; qu’en conséquence le contrat signé sur son fondement est nul.

#### Section 2 La protection du consentement des parties

Elle repose sur des mécanismes tirés du Code civil que le juge administratif a étendu aux contrats administratifs

La réforme du droit civil des obligations pose la question de la pérennité de cette jurisprudence notamment à l’égard de la cause.

##### A. La réception par le juge administratif de la théorie des vices du consentement

La théorie des vices du consentement a été forgée à partir de l'article 1109 du code civil : « il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donnée que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par le dol ».

Le juge administratif fait une application constante de ces principes pour vérifier si le consentement de l'administration indépendamment des règles qui régissent sa compétence est valide.

* Pour ne jouer qu’un rôle marginal (qu’illustre la rareté du contentieux de la nullité des contrats), la théorie des vices du consentement tient cependant une place fondamentale dans la théorie du contrat administratif : elle contribue à montrer que le contrat administratif est avant toute chose un contrat, ce qui implique que le juge administratif se livre à une analyse commune avec le droit privé des consentements échangés.
  + - L’idée qu’il existerait une théorie des vices du consentement propre au droit administratif un temps défendu par Jèze est largement démentie par la doctrine contemporaine

L’arrêt CE, 19 déc. 2007 Sté Campenon Bernard confirme que l'article 1116 du Code civil est transposable aux contrats administratifs et qu'il peut en conséquence être invoqué, par les cocontractants ou l'Administration, comme vice du consentement, entachant d'illégalité la formation du contrat.

* + La SCNF se plaignait des pratiques commerciales des grandes groupes du BTP qui s’étaient réparti les marchés de travaux de la ligne TGV Nord. L’entente avait d’ailleurs été constaté par le Conseil de la concurrence et les entreprises condamnées pour pratiques anticurentielle
* En l’espèce, le Conseil d'Etat juge qu'une pratique anti-concurrentielle telle une entente, constatée et sanctionnée par le Conseil de la concurrence, peut-être constitutive d'un dol, si les manœuvres ont eu pour objet et pour effet déterminant de tromper le consentement.

En droit administratif, l'action fondée sur le dol présente une double utilité

* Le dol permet de sanctionner des situations que le droit de la commande publique (d’ordre essentiellement procédural) ne parvient pas à appréhender.
* Parallèlement, le dol vient compléter le caractère strictement objectif du droit de la concurrence, qui s’il permet de sanctionner des comportements répréhensibles des entreprises sur un marché, n’a pas d’effet direct sur le contrat.
  + Le dol permet alors de sanctionner par la nullité du contrat l'atteinte à la loyauté qui affecte la relation de confiance entre deux parties ou candidats à un contrat

L’arrêt Société Campenon Bernard tranche un point qui faisait difficulté en doctrine en consacrant définitivement la notion de dol incident.

* Depuis l’arrêt du CE, 14 déc. 1923, Grands Moulins de Corbeil, Rec. CE 1923, p. 852), le juge administratif distinguait deux types de dol : soit le dol avait provoqué une erreur sans laquelle la victime n'aurait pas contracté, auquel cas il était qualifié de principal ; soit il avait entraîné une erreur sans laquelle la victime aurait néanmoins accepté de conclure, mais à des conditions différentes, notamment en ce qui concerne le prix, auquel cas il était qualifié d'incident.
  + Sur le plan des effets, la distinction offrait une seule alternative : le dol principal entraînait la nullité (relative) du contrat ; le dol incident n'autorisait sa victime qu'à demander des dommages-intérêts.

Dans l’affaire Société Campenon Bernard, la Cours administrative d’appel avait été sensible à une telle distinction : Accordant des dommages et intérêts dans un contentieux où la SNCF demandait réparation du préjudice résultant de ce que l'entente des soumissionnaires l'avait conduit à accepter des conditions plus onéreuses que si le prix du marché avait résulté du libre jeu de la concurrence.

* Le problème était que depuis 1923, la doctrine civiliste et jurisprudence judiciaire avaient remis en cause cette distinction, relayées par la doctrine publiciste (L. Richer).
* La notion de dol incident était ainsi remise en cause.

L’arrêt tranche la controverse : le pouvoir adjudicateur peut invoquer le dol incident

* La victime a une option : soit elle forme une action en nullité du contrat, enfermée dans le délai quinquennal de l'article 1305 du Code civil ; soit elle intente une simple action en responsabilité extra-contractuelle, pour réparation du préjudice résultant du dol, qui se prescrit par dix ans.
* Au demeurant la jurisprudence n'interdit nullement à la victime de cumuler les deux voies contentieuses :
  + même principal, le dol est toujours une faute ;
  + même incident, il est toujours une source de nullité.
* En effet, contrairement à la solution de 1923, le CE réserve implicitement l'action en nullité contre un dol incident. Ainsi le Conseil d'État estime qu'un dol est déterminant si, sans lui, le contrat n'aurait pas été conclu mais également pas conclu dans les termes où il l'a été.

##### B. La réception par le juge administratif de la théorie de la cause

La notion de cause est également utilisée par le juge administratif pour apprécier la validité des contrats administratifs en vertu de l'article 1131 du code civil, selon lequel « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »,

La cause conçue répond à une question fondamentale, celle de la raison d'être du contrat : alors que l'objet décrit ce à quoi on s'engage, la cause veut mettre en lumière ce sans quoi on ne se serait pas engagé.

L'analyse de la jurisprudence administrative montre que sa conception de la cause est globalement en harmonie avec celle que le juge judiciaire tire de l'interprétation des dispositions de l'article 1131 du code civil.

* Le Conseil d'Etat peut toutefois s'en démarquer pour prendre en compte la spécificité de certaines situations contractuelles de droit public inconnues du droit privé
  + Dans la jurisprudence judiciaire, la cause renvoie ainsi à deux situations que l’on retrouve dans le contentieux administratif
  + Et le juge administratif utilise la théorie de la cause dans une situation propre au droit administratif

Depuis la réforme du Code civil de 2016, la cause a été supprimée : elle ne figure plus parmi les conditions de validité des contrats. Néanmoins, il faut observer que les fonctions qui étaient celles de la cause, à travers le contrôle de son existence ou de sa licéité, ont été reconduites par des dispositions qui en traitent directement, sans nommer l’institution (v. C. civ., art. 1162 et s.).

1. Ainsi le contrat ne peut « ni par ses stipulations, ni par son but » porter atteinte à l’ordre public, et ce, que le but illicite « ait été connu ou non par toutes les parties » (C. civ., art. 1162).

2. De même, « le contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s’engage est illusoire ou dérisoire » (C. civ., art. 1169), ce qui permet d’annuler les contrats dans lesquels l’obligation de l’un des contractants est sans contrepartie ou reçoit une contrepartie tellement dérisoire qu’elle doit être tenue pour inexistante.

Il est trop tôt pour savoir ce qu’il adviendra de la théorie de la cause en droit administratif

Deux scénarii :

* soit le JA renvoie aux nouvelles dispositions fonctionnelles du Code civil mais quid de la troisième hypothèse ?
* soit le JA en reste à la théorie de la cause mais quid alors de l’unité du droit des contrats ?

###### 1) Hypothèses commune aux droits civil et administratif

###### a) L’absence de cause

Le juge vérifie d’abord l’existence de la cause au sens où **un contrat conclu à titre onéreux doit avoir une contrepartie**. L'absence de cause du contrat litigieux est liée alors à ce que la contrepartie convenue a déjà été obtenue par un précédent contrat.

CE 26 sept. 2007, Office public départemental des habitations à loyer modéré du Gard

L'office public avait en effet acquis un terrain auprès d'une société, la Société d'aménagement de terrains et de constructions (SATECO), en vue d'y construire des maisons d'habitation. Puis, sous couvert d'un marché négocié passé avec la même société, il avait versé à cette dernière le prix des travaux de viabilisation du terrain en cause, avant de se raviser - à la suite d'un contrôle de la chambre régionale des comptes - et, estimant avoir effectué un paiement indu, d'émettre un titre de recette du même montant à l'encontre de son cocontractant

. Saisi de l’affaire, le Conseil d'Etat, après avoir relevé qu'il ressortait du « contrat clair » conclu en vue de l'acquisition par l'office du terrain en cause que la société d’aménagement s'était engagée à livrer un terrain entièrement viabilisé, en sorte que le coût des travaux de viabilisation devait être regardé comme inclus dans le prix convenu, la décision en déduit que le marché négocié passé postérieurement pour la réalisation de ces mêmes travaux était nul car « dépourvu de cause ».

Ce marché n'ayant ainsi pu faire naître aucune obligation entre les parties, l'office était fondé à exercer à l'encontre de la SATECO, en émettant un titre exécutoire, une action en répétition de l'indu.

###### b) La cause illicite

Le juge vérifie ensuite **si la cause du contrat est licite** (c’est le pendant du détournement de pouvoir dans le contentieux des actes unilatéraux)

CE 15 févr. 2008, Commune de La Londe-les-Maures, req. n° 279045,

Le Conseil d'Etat était en effet saisi, par la commune littorale de La Londe-les-Maures, d'un pourvoi contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille qui avait refusé de constater la nullité de deux conventions ayant pour objet d'autoriser une société à occuper deux parcelles du domaine public maritime et du domaine public communal, en vue d'y installer un restaurant de plage.

L'intérêt de l’affaire tient surtout au considérant de principe énonce par le Conseil d'Etat aux termes duquel « une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison de l'objet de cette convention ou du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite ».

L’arrêt Commune de Maures du 15 février 2008 consacre explicitement l'obligation pour le juge, lorsque est critiquée devant lui la licéité de la cause d'un contrat, de ne pas s'en tenir « au seul objet formel » de celui-ci mais, au contraire, de « s'interroger sur les buts réellement poursuivis par [ses] auteurs ».

La cause illicite se rapproche du détournement de pouvoir mais elle s’en distingue parce qu’elle vise aussi le but poursuivi par la partie privée au contrat

Elle peut conduire le juge à rechercher si des événements postérieurs à la conclusion du contrat ne sont pas de nature à révéler le caractère illicite des buts poursuivis, ab initio, par l'un ou l'autre des contractants.

En l’espèce, il était expliqué au juge que la concession domaniales avait pour but d’obtenir la délivrance d’un permis de construire régularisant les constructions déjà établie

* Le Conseil d'Etat juge toutefois, en l'espèce « la délivrance, après la signature des conventions, d'un permis de construire régularisant une construction illégalement entreprise ne relevait pas par elle-même l'existence de buts illicites »

Les affaires retenant la nullité du contrat pour cause illicite sont rares.

* Voir toutefois CAA 11LY01404  SOCIETE CTR  22 mars 2012 : à propos d’un marché de prestations juridiques conclu avec un cabinet de consultants qui n’était pas habilitée au sens de la loi du 31 décembre 1971 à faire du conseil juridique

###### 2) hypothèse propre au contentieux administratif

L’originalité de la jurisprudence administrative réside dans la troisième hypothèse où la cause est conçue comme la base légale du contrat (CE 20 févr. 2008, Office national de la chasse et de la faune sauvage)

* L'Office national de la chasse et de la faune sauvage avait été condamné à rembourser à une Fédération départementale de chasseurs une somme correspondant à des contributions versées par cette Fédération au titre de l'entretien des agents du service départemental de garderie.
  + Pour contester cette condamnation, l'Office expliquait que la prise en charge des dépenses litigieuses par la fédération départementale de chasseurs trouvait un fondement dans les stipulations d'une convention passée en application de l'article 8 du décret du 14 mars 1986 portant statut des gardes de la chasse et de la faune sauvage.

Or le Conseil d'Etat va relever que le gouvernement ne pouvait pas par un décret simple, décider des modalités d'affectation des agents de l'Office dans les services départementaux de garderie, ni, par voie de conséquence, du partage du financement entre l’Office et les Fédérations départementales des chasseurs » qu’en conséquence « la convention du 23 décembre 1986, qui a pour objet de mettre en oeuvre ces dispositions, repose sur une cause illicite ».

* Le recours à la notion de cause illicite joue ici le rôle d'un substitut, en matière contractuelle, de la technique de l'exception d'illégalité :
  + Le contrat litigieux étant regardé comme une mesure d'application d'un texte réglementaire (art. 8 du décret du 14 mars 1986), l'illégalité de celui-ci entraîne ipso facto la nullité du contrat, de la même façon qu'elle aurait entraîné l'illégalité d'actes d'application unilatéraux, réglementaires ou individuels.

La transposition de la technique de l’exception d’illégalité au contentieux des contrats peut s’expliquer par le fait que des dispositions législatives ou réglementaires renvoient, pour leur mise en oeuvre, non à des actes unilatéraux, mais à des contrats.

# Titre 3. Le contentieux de la formation des contrats

Le contentieux du contrat était traditionnellement un contentieux au découpage complexe baroque

* Avec d’un côté, le juge de plein contentieux (juge du contrat) saisi par les parties elle-même et disposant de pouvoirs traditionnellement limités
* Avec de l’autre côté, le juge de l’excès de pouvoir saisi du recours formé les tiers qui ne contrôler le contrat que de manière indirecte au titre du contentieux des actes détachables du contrat,

Historiquement, le contentieux administratif des contrats était en effet dominé par la théorie de l’effet relatif des contrats. En conséquence, il s’est construit autour d’une double impossibilité:

* + L’impossibilité pour les tiers de saisir le juge du contrat.
  + L'impossibilité du recours pour excès de pouvoir contre le contrat
    - En conséquence, les tiers, candidats évincés n’avaient d’autres possibilités d’obtenir des dommages et intérêts sans jamais obtenir l’annulation du marché vicié.

Ces deux principes vont progressivement décliner (aussi progressivement quelentement : près de cent ans séparent en effet ces deux étapes significatives)

* D’abord à partir de l’arrêt Martin 1905, la considération de l’objet spécifique des contrats administratifs qui intéresse naturellement les tiers (contribuables, usagers du service public, candidats évincés) a conduit le juge à ouvrir indirectement le REP contre les contrats aux tiers en s’appuyant sur la théorie des actes détachables du contrat.
  + Cette construction qui a dominé pendant près d’un siècle avait un double inconvénient
    - Elle était artificielle : ainsi le tiers pouvait attaquer la décision de signer le contrat ( acte détachable) mais non le contrat lui-même. Or la décision de signer le contrat se matérialise le plus souvent par la signature du contrat. La doctrine parlait de détachabilité intellectuelle
    - Elle était hypocrite. Car l’annulation de l’acte détachable était sans effet direct sur le contrat lui-même dont le juge de l’excès de pouvoir n’était pas saisi.
      * Sauf à ce que l’annulation de l’acte détachable à raison d’un vice propre contenu dans le contrat conduise soit les parties a refusé d’exécuter le contrat vicié ( CE 1991, Avis Société du Yachting club de Bormes les Mimosas) soit à la saisine du juge du contrat par les parties elle-même, ce qui interviendra très tardivement (CE 1994 époux Lopez) et que facilitera encore plus tardivement la mise en œuvre par le juge de l’excès de pouvoir de mesures d’injonction reconnues par la loi du 8 février 1995.
* La seconde évolution va intervenir dans les années 1990, elle concerne le principe réservant aux seuls contractants l'accès au juge du plein contentieux qui va connaître des exceptions de plus en plus importantes.
  + Elle résulte de la transposition en droit interne des directives européennes a conduit à aménager des recours nouveaux pour faire respecter les règles de publicité et de mise en concurrence dans la passation des contrats.
    - Référé précontractuel 1992
    - Référé contractuel 2009

A partir de là, les choses vont s’accélerer : la conjonction de ces différentes évolutions amènera à une transformation profonde des équilibres traditionnels du contentieux administratif des contrats

* Le CE va admettre que les tiers ont acquis un rôle de plus en plus important dans le contentieux contractuel, qu’il peut les’autoriser à saisir directement le juge du contrat au même titre que les parties.
  + Beziers :nullité/ annulation
  + C’est l’apport de l’arrêt CE 2007 Société Tropic travaux signalisation amplifiée par Conseil d’Etat 2014 Département de Tarn et Garonne
  + Avec en contrepartie l’irrecevabilité du recours pour excès de contre les actes détachables.
* Le droit à un recours effectif pour les candidats à un contrat de commande publique ( CJUE 2004 Commission c/ Allemagne) faisant par ailleurs que le contentieux des contrats est dominé par les procédures d’urgence organisées devant un juge des référés

Le contentieux administratif des contrats a ainsi vécu en quelques années (2007-2014) une véritable révolution copernicienne visant à simplifier son organisation autour de son juge naturel, le juge du contrat, et à unifier les différents recours.

* Il n’en reste pas moins un contentieux sophistiqué
  + en raison de la distinction entre les référés d’urgence du droit de la commande publique et le recours proprement dit au juge du contrat
  + Recours de plein contentieux qu’il convient lui-même de distinguer entre le recours des tiers et le recours des parties.

## Chapitre 1. Le contentieux de la formation du contrat devant le juge des référés

Si le référé-suspension de droit commun (dans le cadre du recours « Tarn et Garonne » notamment) est applicable au contentieux de la formation du contrat, il existe des référés propres.

* Les référés propres aux contrats résultent de la transposition des directives « recours ». Ils ont pour but de créer des procédures efficaces et rapides destinées à faire respecter les règles de publicité et de mise en concurrence et d'éviter que les situations irrégulières se cristallisent en en effaçant au plus vite les effets pour permettre, dans les meilleurs délais, la passation de nouveaux contrats.

Les textes distinguent le référé précontractuel (la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992) et le référé contractuel (2009) dont la jurisprudence s’efforce tant d’en limiter la puissance que d’organiser la complémentarité.

### Section 1- La puissance contenue du référé précontractuel (CJA, art. L. 551-1 à L. 551-12)

Lors de son introduction en droit interne, le référé précontractuel a été qualifié de recours contentieux « de troisième type » *(P. Terneyre,*

* *C’*est un recours original.
  + Son objet initial était de transposer la directive « Recours » afin de permettre au juge d'agir « à un stade où les violations peuvent encore être corrigées ». Il consiste à « enrayer la formation du contrat » en bloquant son processus de conclusion du contrat,
    - Il contrevenait ainsi au principe élémentaire du contentieux administratif qui veut que le juge soit saisi d’une décision
    - Et il dotait le juge administratif de pouvoirs jusqu’alors inconnus

En raison du risque qu’il fait peser sur la sécurité des procédures contractuelles, la jurisprudence du CE s’est efforcé à partir de 2009 d’en limiter l’accès et d’en contenir l’intervention à des cas qui tendent à devenir exceptionnelles.

Recours d’exception, le référé précontractuel est devenu un recours qui aboutit exceptionnellement

Pour autant d’un strict point de vue juridique, le référé précontractuel reste une procédure atypique

* D’abord, en raison de son contexte
  + La notion de « marché public » en droit français, il peut être mis en œuvre devant les juridictions administratives ou judiciaires
  + De même devant le juge administratif, deux sortes de référés précontractuels coexistent : en fonction que le marché relève des secteurs classiques et secteurs exclus
    - Ne sera abordé ici que le référé ouvert devant le juge administratif contre les contrats des seuls pouvoirs adjudicateurs
* Ensuite au regard de son organisation tant dans l’accès au juge que dans les pouvoirs qui lui sont donnés d’exercer

#### §.1. L’accès rétréci au juge du référé précontractuel

La spécificité du référé contractuel ressort de ses c**onditions d’accès qui en font un recours préventif, spécialisé sur les questions de mise en concurrence**. C’est en jouant sur ces conditions que le juge est parvenu à en limiter fortement l’accès.

##### A. Un recours exclusivement préventif.

C’est un référé ouvert par les textes tant que le contrat n’est pas conclu

###### 1. Un recours ouvert tant que le contrat n’est pas conclu.

Le juge ne peut plus être saisi dès lors que le contrat est conclu.

* (*CE, sect., 3 nov. 1995, n° 157304, CCI Tarbes et Hautes-Pyrénées.* C'est également le cas si le recours émane du préfet *(CE, 11 mars 1998, n° 163682, préfet Morbihan)*.
* Depuis l'ordonnance du 7 mai 2009, il est précisé que *“le juge est saisi avant la conclusion du contrat”(CJA, art. L. 551-1 et L. 551-5)*.
  + Si le contrat est signé avant la saisine du juge, la demande est irrecevable et si l'engagement est conclu après la saisine du juge, celui-ci doit prononcer un non-lieu

Afin d'éviter les manœuvres visant à faire échec à la saisine ou à la décision du juge des référés consistant en une signature accélérée du contrat, les textes ont prévu deux modalités successives de suspension de la procédure de passation du contrat.

* L’institution d’un délai de *standstill :* 16 jours en cas de transmission postale et d'au moins 11 jours en cas de transmission électronique pour les contrats de partenariat.
* La saisine du tribunal administratif entraîne automatiquement la suspension de la signature du contrat jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle.

###### 2. Un recours appelant une intervention urgente du juge.

Compte tenu du moment où il est saisi et des enjeux d’une procédure de passation, le juge est tenu de se prononcer rapidement.

* C’est pour cette raison qu’il s'agit d'une procédure de référé, ce qui explique que le président du tribunal, ou son délégué, statue seul en premier et dernier ressort.\*
  + - sous réserve de la possibilité toujours ouverte de renvoyer l'affaire en formation collégiale mais alors sans audition d'un rapporteur public *(CE, 16 oct. 2000, n° 213958, Sté Stereau,*
  + La nature de la procédure explique la brièveté des délais impartis : *“Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées”(CJA, art. R. 551-5)*
  + Ce délai est indicatif et son dépassement n'entraîne pas dessaisissement.
    - Il peut arriver que le juge l'excède, notamment lorsqu'il est amené à prescrire une expertise *(CE, sect., 3 nov. 1995, District agglomération nancéienne*
  + La brièveté des délais et la circonstance que doit se tenir une audience publique justifient que le juge ne soit pas tenu de communiquer le mémoire en défense de la partie adverse *(CE, 8 mars 1996, Sté CGC Entreprise)*.
    - Il doit néanmoins le cas échéant informer les parties de ce qu'il envisage de fonder sa décision sur un moyen relevé d'office.
* C’est pour cette raison aussi qu’un appel n’est pas prévu.
  + La seule voie de recours est le pourvoi en cassation devant le CE dans les limites du contrôle de cassation.
  + La signature du marché entre le rejet du référé et le pourvoi peut faire obstacle à l’intervention du juge de cassation.

##### B. Un recours exclusivement dédié à la sanction effective des règles de transparence et de mise en concurrence.

Le contentieux est réservé aux contrats assortis d’une obligation de mise en concurrence : n’importe quel opérateur ne peut saisir le juge du référé précontractuel ni présenté n’importe quel moyn

* Il est ouvert exclusivement à l’égard des contrats de commande publique
  + A propos des concessions domaniales. Elles n'entrent pas dans le champ du référé précontractuel même si l'entité adjudicatrice a décidé de se soumettre, sans y être tenue, à une procédure de passation des marchés publics (CE, 3 déc. 2014, Régie Tisséo et Sté Métrobus.

A ce titre, le juge du référé précontractuel est une sorte de monomaniaque qui intervient uniquement au service des principes de la commande publique : il ne peut être saisi que des tiers ayant un intérêt à conclure un contrat, soulevant des moyens liés au respect des seuls questions de transparence et de mise en concurrence et sous réserve d’être personnellement lésés par le moyen qu’il invoque

###### 1. La délimitation drastique des requérants autorisés à agir : l’intérêt à conclure le contrat

Les tiers susceptibles de former un référé doivent répondre à deux conditions : avoir un intérêt à conclure le contrat et être sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué aux règles de transparence et de mise en concurrence

Le référé précontractuel est réservé à ceux dont un intérêt direct peut être lésé .

* les cocontractants dont on n'a pas renouvelé le contrat,
* les entreprises qui n'ont pu participer à la procédure de soumission, soit qu'ils en aient été évincés, soit qu'ils n'aient pas été à même d'y participer du fait du défaut de publicité

Le juge a une conception large de cette condition

* des entreprises qui n'ont pas pu être candidates du fait des manquements reprochés aux autorités adjudicatrices peuvent engager un référé précontractuel, *CE, 24 oct. 2001, n° 236293, Coll. terr. Corse et Office des transports Corse*
* Une entreprise qui n'a vocation à se voir attribuer que certains des lots est néanmoins recevable à demander l'annulation de l'ensemble de la procédure si la procédure de passation comporte une partie commune à l'ensemble des lots *(CE, 11 mai 2007, n° 298863, Région Guadeloupe : JurisData n° 2007-071846 ; Rec. CE 2007, tables, p. 953)*.
* Le principe de loyauté des relations contractuelles ne s'applique pas à la phase de passation des contrats et un candidat estimant la procédure viciée dès l'origine peut attendre que son offre soit rejetée pour saisir le juge des référés précontractuels *(CE, 11 avr. 2014, n° 357051, Cne Montreuil : AJDA 2015, p. 1729, note O. Lagnus).*

###### 2) La limitation fonctionnelle des moyens invocables

Le juge du référé précontractuel ne sanctionne que les actes susceptibles de porter atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence et plus largement d’avoir un effet sur le respect des principes de la commande publique

* Ce qui revient à avoir une approche assez large des irrégularités dénoncées devant lui
  + - la régularité de la composition de la commission d'appel d'offres *(CE, 27 juill. 2001, n° 232820, Sté Degrémont : JurisData n° 2001-062794 ; BJCP 2001, p. 521)*,
    - l'application correcte de l'article 77 du Code des marchés publics prescrivant la communication des motifs de rejet d'une candidature *(CE, 21 janv. 2004, n° 253509, Sté Aquitaine démolition :JurisData n° 2004-066356 ; Dr. adm. 2004, comm. 75, note Ménéménis)*,l
    - les critères de choix de l'attributaire d'un marché *(CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse : JurisData n° 2006-065299 ; Dr. adm. 2006, comm. 149, note Ménéménis)*,
    - le respect des règles que l'Administration s'est imposées dans la sélection des candidats et des offres *(CE, 6 oct. 2004, n° 263083, Sté La communication hospitalière*,
    - la pertinence des documents demandés *(CE, 17 nov. 2006, n° 290712, ANPE )*
    - L'application correcte des règles imposées aux délégataires de service public *(CE, 14 mars 2003, n° 251610, Sté Air Lib : JurisData n° 2003-065299 ; Rec. CE 2003, tables, p. 861)*.
    - La définition de l'objet du contrat *(CE, 29 juill. 1998, n° 190452, Cne Léognan )* ou les spécifications exigées des candidats *(CE, sect., 3 nov. 1995, n° 152484, District agglomération nancéienne : JurisData n° 1995-045624 ; Rec. CE 1995, p. 391, concl. Chantepy ; AJDA 1995, p. 888, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux)*
    - de même que la référence à des critères de sélection sans rapport avec l'objet du contrat *(CE, 25 juin 2001, n° 229666, Cne Gravelines : Rec. CE 2001, p. 391)*,
    - Le caractère anormalement bas d'une offre *(CE, 1er mars 2012, n° 354159, Dpt Corse du Sud*
    - la méconnaissance de la législation en vigueur par l'offre retenue *(CE. 30 sept. 2011, n° 350153, Dpt Haute-Savoie, Sté GTS*
    - L'absence de précision sur la durée d'une délégation de service public *(CE, 15 déc. 2008, n° 312350, Communauté intercnale villes solidaires*

Souple dans l’appréciation des moyens invocables, le Conseil d’Etat se veut également pragmatique :

* Ainsi « l'admission irrégulière d'un candidat ne présentant pas toutes les garanties requises n'entache pas nécessairement la procédure d'irrégularité lorsqu'à la date à laquelle le juge statue, l'offre d'une autre entreprise a été retenue » *(CE, 24 oct. 2008, n° 300034, Synd. intercnal eau et assainissement Mayotte :*
* *Ou encore* le Conseil admet que le fait de retenir un candidat ayant présenté de fausses informations sur ses capacités techniques, financières ou professionnelles est de nature à léser les autres candidats entraînant l'annulation de la procédure *(CE, 3 oct. 2012, n° 360952, Sté déménagement le Gars)*
  + alors même qu’en principe seul le comportement du pouvoir adjudicateur est susceptible d’être prise en compte.
* La régularisation de certains vices en cours de procédure notamment l'information des concurrents évincés est admise *(CE, 6 mars 2009, n° 321217, Synd. mixte région Auray Belz Quiberon :*

###### 3) La limitation personnelle des moyens invocables : le requérant doit avoir été lésé par le manquement invoqué

Il ne suffit pas d'avoir intérêt à conclure le contrat ni de soulever un moyen adapté, il faut en outre être susceptible d'être lésé par le manquement invoqué. Les trois conditions sont cumulatives.

* La jurisprudence a fortement évolué
  + Au nom du principe de procédure qui veut que l'intérêt à agir s'apprécie au regard des conclusions et non des moyens invoqués, le Conseil d'État avait, dans un premier temps, considéré qu'il suffisait que le requérant soit susceptible d'être lésé par l'irrégularité et qu'il n'était pas nécessaire qu'il le soit en fait *(CE, sect., 30 nov. 1995, n° 152484, District agglomération nancéienne )*
    - N'importe quel manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence pouvait donc être invoqué, même s'il n'avait pas été commis au détriment de l'entreprise requérante ou ne lui avait pas porté directement préjudice *(CE, 16 oct. 2000, n° 213958, Sté Stereau*
    - Mais cette jurisprudence, qui conférait au référé précontractuel la nature d'un recours objectif, présentait des inconvénients.
      * Inconvénient pour la sécurité juridique : certaines règles d'un formalisme excessif aboutissaient en cas de manquements, même mineurs, à anéantir la procédure dans son entier,
      * elle favorisait en contrepartie les manœuvres de certaines entreprises consistant à se désister de leurs recours en contrepartie d'arrangements

La jurisprudence actuelle est beaucoup plus exigeante : es requérants ne sont désormais recevables à invoquer que les manquements qui « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent sont susceptibles de les avoir lésés ou risquent de les léser » *(CE, sect., 3 oct. 2008, [SMIRGEOMES]*

* La lésion doit être vraisemblable mais il n'est pas nécessaire d'établir qu'elle est certaine *(CE, 29 avr. 2011, n° 344617, Garde des Sceaux, min. Justice : JurisData n° 2011-007067 ; BJCP 2011, p. 268, concl. N. Boulouis).*
* Le juge ne peut rechercher si le manquement a été susceptible de plus léser le requérant que les autres candidats *(CE, 1er juin 2011, n° 354649, Cne Saint-Benoît)*.*).*

La conséquence est que de nombreuses irrégularités autrefois sanctionné par le référé précontractuel ne font plus obstacle à la signature du contrat

* La question de leur validité pourra se poser alors que le contrat est en cours d’exécution (par un recours Tropic notamment) de telle façon que « le centre de gravité du contentieux aurait ainsi basculé vers l'aval » *(P. Rees, Contrats-Marchés publ. 2010, étude 1)*.
* Sauf que le raisonnement de l’arrêt SMIRGEOMES a été transposé devant le juge du contrat (on parle de « smirgeomisation »).

A titre d’exemples :

* Le requérant ne peut se prévaloir d'une irrégularité s'il en a profité *:* si un candidat a obtenu la note maximale sur un critère affecté d'une incohérence, ce manquement ne peut être réputé l'avoir lésé a *(CE, 26 sept. 2012, n° 359706, Communauté agglomération Seine-Eure).*
* Le juge des référés ne peut retenir un manquement affectant la sélection des offres si la candidature de la société requérante n'est pas régulière car elle ne peut pas être lésée par un tel manquement *(CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Dpt Bouches-du-Rhône.*
* Un requérant ne peut prétendre être lésé par l'offre irrégulièrement retenue si l'offre qu'il présentait lui-même était inappropriée, irrégulière ou inacceptable *(CE, 11 avr. 2012, n° 354652 et n° 354709, Synd. ODY 1218 Newline du Lloyd's de Londres : JurisData n° 2012-006979 ; BJCP 2012, p. 310)*.

La subjectivisation du référé précontractuel laisse craindre à une sur-subjectivisation qui fermerait exagérément l’accès au juge.

* + A cet égard, mais la parade est insuffisante, on notera qu’outre les entreprises intéressés, le référé précontractuel est également ouvert au représentant de l'État pour les contrats des collectivités territoriales,

#### §. 2 L° office paradoxal du juge du référé précontractuel

Le premier paradoxe tient à ce l’office du juge est étroitement délimité l’empêchant de traiter toute une série d’illégalités potentielles dont est susceptible d’être entaché le contrat, mais qu’en contrepartie il permet d’obtenir du juge des mesures particulièrement énergiques

Si la fenêtre de tir est étroite, le recours est une arme de destruction massive.

Arme de destruction massive largement désamorcé dès lors que les pouvoirs du juge sont aujourd’hui mis au service …(et c’est l’autre paradoxe) de la sauvegarde de la procédure plutôt que de sa remise en cause

##### A. L’importance des questions échappant au juge du référé précontractuel

Elle tient aux textes susceptibles d’être invoqué et aux questions susceptibles d’être posées

###### 1. Les textes dont la violation ne peut pas être invoqué.

Le référé précontractuel est ainsi fondé sur la violation du droit de la commande publique.

* La méconnaissance de l'article L. 420-2 du Code de commerce par exemple « n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels » (*CE, 5 juin 2007, n° 305280, Sté Corsica Ferries :*
* En raison de la délimitation de sa mission, le juge des référés précontractuels ne contrôle
  + ni la compétence de l'autorité chargée de passer le contrat *(CE, 30 juin 1999, n° 198993, SA Demathieu et Bard)*,
  + ni la validité de la signature mais seulement son existence matérielle *(CE, 8 févr. 1999, Sté Campenon-Bernard : BJCP 1999, p. 361, concl. C. Bergeal.*
  + Il ne vérifie pas l'adéquation du contrat à la spécialité de l'établissement public (*CE, 21 juin 2000 Synd. intercnal Côte d'Amour : CJEG 2000, p. 362, concl. Bergeal*).
    - Cependant « lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il lui incombe de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu » *(CE, 18 sept. 2015, n° 390041, Assoc. gestion CNAM Pays de la Loire : AJDA 2016, p. 153, note T. Rambauts-Chabrol)*.
  + Ni le respect des procédures administratives : l'irrégularité de la commission technique paritaire et de la commission des services publics qui ne touchent en rien aux règles de mise en concurrence *(CE, 24 oct. 2008, n° 300034, Synd. intercnal eau et assainissement Mayotte : JurisData n° 2008-074356 ; BJCP 2009, p. 48, concl. B. Dacosta)*.

###### 2. L’impossibilité d’aborder les questions de fond.

Même saisi sur le fondement du droit de la commande publique, le juge du référé précontractuel ne contrôle le respect des questions de fond qui devront faire l’objet d’un recours Tarn et Garonne.

Ainsi ne sont pas contrôlés :

* L'erreur d'appréciation dans l'attribution d'un contrat *(CE, 29 juill. 1998, n° 194412, SMTCAC)*
* L’appréciation sur les mérites respectifs des candidats *(CE, 25 juill. 2001, n° 231319, Synd. Eaux Iffernet :* ou des offres *(CE, 29 juill. 1998, n° 194412, Synd. mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise),*
* ni les mérites respectifs des candidatures dans le cadre d'une procédure restreinte *(CE, 26 juin 2015, n° 389682, Ville Paris : JurisData n° 2015-015674 ; BJCP 2015, p. 429, concl. B. Dacosta)*,
* ni la capacité d'un candidat à assurer l'exécution d'un service public *(CE, 19 nov. 2004, n° 266975, Cne Auxerre : JurisData n° 2004-067604 ; Rec. CE 2004, tables,p. 763 ; JCP A 2004, 1814, comm. D. Casas),*

##### B. La rationalisation des vastes pouvoirs du juge du référé contractuel

Le juge est saisi d'un contentieux de pleine juridiction *(CE, 28 juill. 1999, SA Bouygues : Rec. CE 1999, p. 266. – CE, 3 mars 2004, n° 258602, Cne Châteaudun : JurisData n° 2004-066528)*

* il apprécie donc la régularité de la procédure à la date à laquelle il statue *(CE, 16 oct. 2000, CMESE : RFDA 2001, p. 106, concl. C. Bergeal)*.

A ce titre, il exerce entier un contrôle entier et dispose d’un large éventail de mesures à prendre pour faire respecter la régularité contractuelle.

L’orientation de la jurisprudence et de la législation tend cependant à faire du juge du référé précontractuel de moins en moins un juge sanctionnateur

###### 1. L’exercice d’un contrôle entier de la qualification juridique des faits

Le juge exerce donc général un plein contrôle des appréciations qui lui sont soumises et substitue son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

* Par exemple il vérifie spécifications techniques ont pour effet de favoriser certains opérateurs et le cas échéant si cela est justifié par l'objet du marché *(CE, 30 sept. 2011, Région Picardie : Rec. CE 2011, p. 447)*
* Ou encore, il exerce un contrôle normal sur l'atteinte que sont susceptibles de porter aux principes et règles de la commande publique les obligations imposées par le pouvoir adjudicateur aux candidats *(CE, 2 oct. 2013, n° 368900, Dpt Lot-et-Garonne )* ou de procéder à un dialogue compétitif *(CE, 11 mars 2013, Assoc. ch. françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des CCI. – CE, 30 juill. 2014, Cne Biarritz)*.

Cependant dans certains cas, il se borne à un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

* A propos d’appréciations qui lui paraissent trop techniques et dans lesquelles il ne veut pas se substituer au pouvoir adjudicateur.
* Alors qu'il exerce un plein contrôle sur la décision d'allotir ou non un marché, il n'exerce qu'un contrôle restreint sur le nombre et la consistance des lots d'un marché alloti *(CE, 21 mai 2010, n° 333737, Cne Ajaccio : JurisData n° 2010-006704 ; Rec. CE 2010, p. 839 ; BJCP 2010, p. 380. – CE, 27 oct. 2011, Dpt Bouches-du Rhône, préc.),*
* Même solution à propos du caractère anormalement bas d'une offre qui compromet la bonne exécution du marché et doit être éliminée *(CE, 1er mars 2012, Dpt Corse-du-sud :*
* La méthode de notation des offres fait même l'objet d'un contrôle infra minimum : elle « échappe en principe, sous réserve d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale, au contrôle du juge du référé précontractuel » (*concl. B. Dacosta, sur CE, 11 mars 2013, Assoc. chambres françaises de commerce et d'industrie : BJCP 2013, p. 316*. **44. –**

C’est essentiellement la question de la preuve qui limite les possibilités d’appréciation du juge :

* Ainsi il n’entre pas dans l’office du juge du référé précontractuel d’ordonner la communication au requérant de documents administratifs issus de la procédure de passation, tels que le rapport d’analyse des offres ou les éléments de l’offre retenue qui sont couverts par le secret des affaires (CE 6 mars 2009, Syndicat mixte de la région d’Auray-Belz-Quiberon, req. n°321217; Cass. com., 6 décembre 2016, n°15-26.414).
* Toutefois, le succès d’une action en référé ne doit pas être exclusivement tributaire du bon vouloir des défendeurs.
  + - Aussi le juge peut, lorsqu’est invoqué le secret commercial et industriel, inviter la partie qui s’en prévaut à lui procurer les éclaircissements nécessaires sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion.
    - Si ce secret lui est opposé à tort, il peut enjoindre à cette partie de produire les pièces en cause et tirer les conséquences de son abstention (CE 17 octobre 2016, Cne d’Hyères-les-Palmiers, req. n°400172).

###### 2) De vastes pouvoirs orientés vers la sauvegarde de la procédure

Le référé précontractuel a une nature particulière qui se traduit par la formule : le président du tribunal administratif ou son délégué statue *“en la forme des référés”(CJA, art. L. 551-23)*.

* Ce n’est pas un véritable référé (où le juge ne prend que des mesures provisoires sans préjuger de la légalité des actes)
  + En ce sens, le Conseil d'État a jugé que, à l'inverse des autres procédures de référé, les dispositions de l'article 6 CEDH sont applicables au juge des référés précontractuels car il tranche des contestations (*CE, 15 juin 2001, n° 228856, Synd. intercnal adduction d'eau potable Saint-Martin en Ré*

En effet, le juge des référés a ici des pouvoirs particulièrement étendus puisqu'il peut trancher la question au fond allant jusqu’à décider l’annulation de la procédure et empêchant la signature du contrat.

* Par contre le juge ne peut pas condamner à des dommages et intérêts ou assortir ses injonctions d'astreinte

Mais l’annulation n’est pas la solution qui a la préférence des textes ou du juge : le CJA ne l’envisage que comme solution ultime expliquant que le juge peut l’utiliser « en outre ».

Les mesures provisoires ne sont pas les moins importante.

Car elles consistent selon le CJA d’abord à *“ordonner à l'auteur du manquement, de se conformer à ses obligations*

* + Elle permet d’empêcher qu’une illégalité soit commise et d’inviter le pouvoir adjudicateur à la corriger

Elles peuvent conduire aussi *à suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat”*

* + A ce titre, il peut ordonner de recommencer toute la procédure ou de la reprendre là où le manquement est apparu, exiger la réintégration d’un candidat évincé ou imposer la communication des motifs de rejet. Mais cette prérogative ne doit encore qu’être utilisée qu’avec d’infinies précautions.
    - Le législateur autorise les pouvoirs adjudicateurs à valoir des considérations d’intérêt public pouvant s’opposer à la suspension en raison des inconvénients qu’elle peut comporter.
    - Le juge est alors tenu de procédé à une sorte de bilan coût-avantages démontrant montre que les conséquences négatives, au vu de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, ne pourraient l'emporter sur les avantages de la mesure *(CJA, art. L. 551-2 et L. 551-7)*.
* Les éléments à prendre en considération dans la balance des intérêts sont la nature des illégalités alléguées, l'importance de l'obtention du contrat pour le requérant eu égard notamment à son chiffre d'affaires, la continuité du service public, le coût de la passation d'une nouvelle procédure.
* Le juge est tenu de statuer sur la demande du pouvoir adjudicateur. *(CE, 12 mars 2012, n° 354279, Communauté agglomération pays de Montbéliard; AJDA 2012, p. 574 ; BJCP 2012, p. 219).*

Le juge du référé précontractuel doit ainsi s’efforcer dans la mesure du possible de sauver la procédure

* Soit en neutralisant les vices pour des raisons d’intérêt général
* Soit en invitant le pouvoir adjudicateur à régulariser la procédure

Le recours à la balance des intérêts n'est en principe prévu qu’à l’égard les mesures provisoires.

* Le juge n'y a pas recours lorsqu'il estime que l’importance des manquements relevés doit avoir pour conséquence l'annulation de la procédure *(CE, 29 avr. 2015, SYDAVE : BJCP 2015, p. 360, concl. G. Pelissier)*.
* G. Pelissier indiquait dans ses conclusions que la directive recours du 11 décembre 2007 *(art. 2-5)* « distingue très nettement les mesures provisoires visant à corriger les violations alléguées ou à les empêcher, des annulations des décisions illégales que l'autorité responsable de la procédure de recours doit prononcer si elle constate une violation des règles de passation des marchés publics.
  + Toute autre solution aboutirait à donner au juge du référé le pouvoir de ne pas censurer une violation des règles de publicité et de mise en concurrence au nom de l'intérêt général, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, de ne pas assurer le respect des règles d'origine européenne dans l'exercice même d'une compétence qu'il exerce pour ce faire ».

Cette distinction paraît cependant difficile à mettre en œuvre en pratique dès lors que c’est le juge qui module la sanction qu’il entend retenir

* En ce sens, l’affaire du Centre hospitalier de Chambéry ( ord. du TA Grenoble 2016, AJCT 2016 : alors que les vices invoqués justifiaient de reprendre la procédure voire de l’annuler, le TA s’y refuse en invoquant des considérations de santé publique justifiant de la construction rapide d’un nouvel hôpital pour remplacer l’ancien « ‘amianté »

En tout état de cause, l’annulation doit être envisagée comme l’ultime sanction

* En effet, les textes prévoient que le juge pourra « en outre » prononcer des mesures définitives c’est dire que d’autres mesures sont à préférer
  + *annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat*
  + mais aussi *supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations”*).
    - Ce pouvoir se justifie parce que le contrat n'est pas encore conclu ce qui fait que le juge ne modifie pas l'accord des parties (c’est la solution inverse qui prévaut avec le « recours Tropic / Tarn et Garonne).

L’exercice du pouvoir d’annulation est vigoureusement encadré

Le juge du référé précontractuel ne peut prononcer une telle mesure que si l’annulation a un rapport avec l'illégalité qu'il relève ;

* + Le plus souvent l'annulation de la procédure ne sera que partielle et ne concerner qu’un acte de procédure:
    - ainsi si le vice n'affecte que la phase de négociation : seule la phase de négociation et la décision consécutive de retenir un candidat seront annulées sans devoir recommencer toute la procédure*(CE, 5 juin 2007, n° 305280, Sté Corsica Ferries)*
* Le stade d’avancement de la procédure joue un rôle d’effet cliquet : Ainsi « il ne peut annuler l'ensemble de la procédure si l'illégalité ne l'affecte qu'au stade de la sélection des offres » *(CE, 12 janv. 2011, n° 343324, Dpt du Doubs*

Dès lors, le juge n’annulera l’ensemble de la procédure que si c’est le règlement de la consultation lui-même était susceptible d'induire en erreur les candidats et si le pouvoir adjudicateur ne peut que reprendre intégralement la procédure

### Section 2 La complémentarité affichée du référé contractuel (CJA, art. L. 551-13 à L. 551-23)

Le champ d'application des deux référés est différent. Il existe en effet une volonté de privilégier le référé précontractuel car il paraît moins grave d'annuler la procédure de passation du contrat plutôt que le contrat lui-même.

* E. Glaser, dans ses conclusions sur l'arrêt *Cne de Béziers,* au sujet du référé contractuel, « son but principal est de conforter l'efficacité du référé précontractuel, en évitant son contournement ».

A raison de ses conséquences sur le contrat, le référé est une procédure subsidiaire. Au demeurant, l'encadrement très strict du référé contractuel fait que cette procédure aboutit rarement.

#### §.1 La préférence donnée au référé précontractuel sur le référé contractuel

Les deux recours ne sont pas concurrents, ni optionnels.

En cas de concurrence, le référé contractuel s’efface pour laisser la priorité au référé précontractuel

Il existe ainsi plusieurs cas où le référé contractuel est mécaniquement fermé

* + Quand le requérant a déjà exercé un référé précontractuel
    - Il n'est pas recevable à exercer un référé contractuel car celui-ci ne constitue pas une « deuxième chance » *(P. Terneyre et J. Gourdou, Les référés précontractuel et contractuel après l'ordonnance du 7 mai 2009 : BJCP 2009, p. 358)*.
  + Quand celui qui aurait pu former un référé précontractuel mais ne l'a pas fait et a attendu la signature du contrat pour former un référé contractuel *(CE, 19 janv. 2011, n° 343435, Grand port maritime du Havre*,
  + Quand le référé précontractuel a été formé trop tardivement *(CE, 2 août 2011, n° 347526, Sté Clean Garden ).*
    - Le référé contractuel n’est pas non plus une roue de secours

Dès lors c’est dans la mesure **où il n'a pas été mis à même d'exercer** un référé précontractuel qu’un candidat évincé pourra former un référé contractuel

* C’est le cas par exemple si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension de la signature du contrat posé par l'article L. 551-4 en cas d’exercice d’un référé précontractuel

Mais dans ce cas, le référé contractuel peut rester irrecevable.

* Lorsque ce non-respect est dû à l'ignorance par la personne publique de l'existence d'un référé précontractuel notamment s'il ne lui avait pas été notifié, *CE, 30 sept. 2011, n° 350148, Cne Maizieres-les-Metz*
  + Le juge du référé contractuel ne doit pas rechercher si, eu égard aux circonstances de l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait eu connaissance de ce référé mais il doit se borner à vérifier que le référé précontractuel a été communiqué par le greffe du tribunal ou notifié au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par l'article R. 551-1 du Code de justice administrative*(CE, 5 mars 2014, n° 374048, Sté Eiffage TP : JurisData n° 2014-003896 ; BJCP 2014, p. 196, concl. B. Dacosta).*

À ces cas de « fermeture automatique » du référé contractuel s'ajoutent, pour reprendre les expressions de N. Boulouis *(BJCP 2011, p. 126)*, des cas de « fermeture manuelle » dans lesquels la recevabilité du référé contractuel dépend de la collectivité publique *(CJA, art. L. 551-15)*.

* En effet, dans un certain nombre de cas, l'absence d'information des concurrents peut résulter des textes mêmes qui n’imposent pas au pouvoir adjudicateur de délivrer ces informations et il n'y a alors aucun manquement de sa part.
* Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins dans ces cas aller au-delà des obligations prescrites par les textes est procéder à une publicité plus importante que celle à laquelle elle était astreinte par les textes et a prévu un délai avant la signature *(CJA, art. L. 551-15. –*:
  + L’accomplissement de cette publicité facultative rend ainsi possible l’exercice du référé précontractuel et par voie de conséquence ferme le référé contractuel. Différents types de contrats sont concernés
* Marché dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable (marchés négociés par exemple) lorsque le pouvoir adjudicateur a rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de 11 jours après cette publication avant de le conclure ;
* Marchés soumis à publicité préalable mais auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus (Concessions, MAPA avant 2016) lorsque l'autorité adjudicatrice a accompli cette même formalité

L'autorité adjudicatrice peut ainsi fermer le référé contractuel en rendant publique avant la signature du contrat son intention de le conclure et d'observer le délai de *standstill*.

* Mais faut-il encore pour fermer le référé contractuel que dans ce cas de figure le référé précontractuel ait pu être utilement exercé
  + (*CE, 29 juin 2012, n° 358353, Sté Chaumeil* pour un MAPA)
  + *CE, 25 oct. 2013, n° 370393, Cne La Seyne-Sur-Mer : 1 ; BJCP 2014, p. 47, concl. G. Pelissier*, pour une délégation de service public..
* Pour le rendre irrecevable il faudra procéder à la publication prévue à l'article L. 551-5 qui en fixe les modalités.

#### §.2 L’encadrement du pouvoir d’annulation

Les sanctions prononcées correspondent à des violations clairement identifiées par les textes et le juge même en cas de violation des procédures n’est pas obligé d’annuler

##### A L’énumération par la loi des cas d’annulation possibles du contrat

L’annulation est la sanction recherchée par le requérant

* Pour autant, au prélable, le juge peut, même en l'absence de demande en ce sens, suspendre l'exécution du contrat jusqu'à sa décision au fond
  + Le principe est la suspension, même si celle-ci n'est pas automatique (à l'inverse du référé précontractuel, à moins que des considérations d’intérêt général mises en balance avec les irrégularités commises s’y opposent

Le juge ne peut annuler le contrat (article L. 551-18 du Code de justice administrative) que dans des hypothèses précises déterminées par les textes.. Ces manquements graves susceptibles d'entraîner l'annulation constituent à l’évidence de véritables cas « pathologiques » :

###### 1) L’absence totale de mesures de publicité

C’est une hypothèse strictement interprétée

* Elle ne correspond pas à une publicité incomplète, *CE, 26 juin 2015, Grand port maritime de la Martinique,*),
* Ni à l'absence de publication de l'avis d'attribution qui, postérieure au choix de l'attributaire, ne peut être considérée comme une mesure de publicité requise pour la passation du contrat (CE, 29 mai 2013, n° 365954, Sté Delta Process ;

Il s’agit d’une hypothèse en pratique exceptionnelle mais qui se trouve parfois constitué

* Par exemple : défaut de publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de l'avis d'appel public à la concurrence, alors que cette publicité s'imposait, *(CE, 17 déc. 2014, Communauté cnes canton de Varilhes)*.
* Ou Communauté d'agglomération, estimant à tort qu'elle agissait en tant qu'entité adjudicatrice, n'a de ce fait pas respecté les règles applicables aux marchés des pouvoirs adjudicateurs imposant une publication au *Journal officiel de l'Union egure uropéenne (CE, 23 nov. 2011, Sté GIHP Lorraine Transport*

###### 2°. La méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues par un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique

Ce cas figure concerne des situations très spécifiques où le pouvoir adjudicateur est amené à remettre en concurrence des entreprises qu’il a auparavant présélectionnées. Ce qui accroit le risque de discrimination entre les candidats retenus.

* Il n’a pas donné lieu encore à du contentieux

###### 3) La signature du contrat durant une phase où la signature était prohibée,

Ce cas de figure concerne deux situations possibles

* Non respect du délai de *standstill*
* Mépris de la suspension automatique provoqué par la saisine du juge des référés précontractuels.
* Dans ces deux cas, l’annulation doit en principe être prononcée si, en outre, deux conditions cumulatives sont réunies :
* le demandeur a été privé de son droit d'exercer un référé précontractuel
* la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence a affecté les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat
* On retrouve la logique de la décision *SMIRGEOMES.*  Comme le relève N. Boulouis « il s'agit dans l'esprit qui a animé les auteurs des directives « recours », de ne sanctionner que les illégalités qui ont porté préjudice au candidat et non de faire de celui-ci un gardien de l'orthodoxie en la matière » *(BJCP 2012 p. 104)*..

**La pratique du contentieux démontre que l**es cas d'annulation sont également rares sur le fondement du 3e alinéa de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative.

* La première a été prononcée en 2011 (*CE, 1er juin 2011, Sté Koné,)*
  + *L*a personne publique avait alloti un marché tout en imposant aux candidats de présenter une offre pour l'ensemble des lots, illégalité de nature à léser l'entreprise requérante.
  + *CE, 30 nov. 2011, Sté DPM Protection,*  pour certains contrats signés durant une phase prohibée, présentant en plus des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence alors qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne s'opposait à l'annulation).
  + Le Conseil d'État a récemment considéré qu'en s'abstenant de porter à la connaissance des candidats la décomposition de la pondération du critère du prix, le pouvoir adjudicateur pouvait faire perdre une chance d'obtenir le marché et, qu'en l'absence de motif impérieux d'intérêt général s'y opposant, la nullité du contrat s'imposait *(CE, 17 juin 2015, Sté Proxiserve,*

Ces hypothèses limitatives.

Seuls les marchés publics à procédure formalisée *(CMP, art. 80)* sont soumis au délai standstill.

Par contre, les marchés à procédure adaptée et les délégations de service public ne le sont pas .

* Aussi le juge ne peut annuler un marché à procédure adaptée qui n'était pas soumis à l'obligation de notifier l'attribution aux opérateurs ayant présenté une offre, au motif que l'autorité adjudicatrice n'a pas publié son intention de conclure le contrat ni respecté un délai de 11 jours entre l'attribution et la signature du contrat *(CE, 19 janv. 2011 Grand port maritime du Havre,)*.
* Les textes prévoient désormais cette transparence mais pas le délai standstill

De même, le juge ne peut pas annuler un contrat au motif que l'Administration a méconnu des contraintes qu'elle s'est elle-même fixées.

* Si le pouvoir adjudicateur s'impose, sans y être tenu, de respecter les obligations d’information et de délai , le juge du référé contractuel ne peut annuler le marché pour non-respect de ces obligations pour un MAPA *(CE, 11 déc. 2013, Sté antillaise de sécurité CE, 17 déc. 2014, Communauté cnes canton de Varilhes*
* La même solution vaut pour les concessions *(CE, 25 oct. 2013, Cne Seyne-sur-Mer)*

Cela ne veut pas dire que le référé contractuel est nécessairement exclu en cas de MAPA.

* D’abord, le juge peut examiner si le recours à une procédure adaptée était justifié.
  + C’est une garantie indispensable car en cas de MAPA les concurrents potentiels ne sont pas protégés par le délai standtstill pour former à temps un référé précontractuel.
    - Auquel cas les trois conditions fixés par les textes sont remplies (pas de stand still, privation du droit d’exercer un référé contractuel, et perte d’une chance d’obtenir le marché)
* Ensuite, en MAPA comme en DSP, la suspension obligatoire de la signature en cas de référé précontractuel a pu être méconnnue
* Ou encore les obligations de publicité ont pu être totalement ignorés

##### B. La modulation du pouvoir d’annulation

D’abord, l'annulation est parfois prononcée avec un effet différé en application de la jurisprudence *AC !*

* *Par exemple*, *(CE, CE, 17 juin 2015, StéProxiserve,)*

Ensuite, le juge peut ne pas annuler mais seulement résilier le contrat, en réduire la durée, imposer une pénalité financière *(CJA, art. L. 551-20)*.

* Le juge est donc amené à se livrer à une analyse concrète de la situation contractuelle portée devant lui
  + En ce sens « Pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge du référé contractuel peut ainsi prendre en compte notamment, la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que la nature, le montant et la durée du contrat en cause et le comportement du pouvoir adjudicateur » *(CE, 30 nov. 2011, Sté DPM Protection).*
  + Le CE se fonde sur les dispositions de la directive recours
* Le texte ne donne cependant cette faculté de choix au juge que lorsque le délai de *standstill* ou la suspension automatique n'ont pas été respectés.
  + Elle n’est pas prévu pour les autres manquements qui doivent conduire à l’annulation
* Ensuite, il faut distinguer entre les marchés formalisés et les MAPA
  + Pour un MAPA le juge du référé contractuel « doit » annuler le marché si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension de signature prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 *(CE, 19 janv. 2011, Grand Port maritime du Havre, cité supra* [*n° 61*](https://www.lexis360.fr/Docview.aspx?refptId=N61) *).*

Dans les marchés à procédure formalisée, la sanction est donc modulée en fonction de la gravité du vice.

* Si le seul manquement est le non-respect du délai de suspension sans manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, seule une pénalité financière est possible *(CE, 1er mars 2012, OPAC Rhône*
  + Le montant de la pénalité financière, versée au Trésor, doit tenir compte de manière proportionnée de son objet dissuasif sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxe du contrat.
  + La pénalité financière est proportionnelle à l’attitude du pouvoir adjudicateur et est donc variable selon qu'il s'agit d'une manœuvre ou d'une simple erreur
  + Elle est versée au Trésor Public (y compris si le marché a été conclu par l’Etat …)
* S'il s'y ajoute un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence le juge choisira entre la nullité, la résiliation l'abrégement ou la pénalité en fonction du nombre et de l'importance des manquements.
* En outre les textes prévoient que même dans les cas où l’annulation est de droit, le juge peut tenir de motifs d’intérêt général pour ne pas annuler le contrat
  + Etant entendu que l’intérêt financier de l’Etat ne paraît pas devoir à lui seul justifier de l’intérêt général

## **Chapitre 2.**

## **Le contentieux de la formation du contrat devant le juge du contrat**

Le contentieux devant le juge du contrat a longtemps été très stable,

* Il était exclusivement réservé aux contractants
* Et si l'une des conditions de validité du contrat faisait défaut l'unique sanction était la nullité du contrat, éventuellement prolongée par un contentieux indemnitaire.
  + Il était de surcroît statistique faible avec très peu d’arrêts devant le Conseil d’Etat

L'arrêt *Société Tropic travaux signalisation (CE, ass., 16 juill. 2007)* a fait entrer le contentieux des contrats dans une nouvelle ère.

1. Il ouvre aux tiers candidats un recours de pleine juridiction devant le juge du contrat pour obtenir l’annulation du contrat
2. Il s'est ensuite inspiré de ce recours Tropic pour remodeler le traditionnel recours en nullité ouvert aux parties pour le transformer, lui aussi, en un recours en contestation de validité du contrat, de nature subjective, offrant des pouvoirs diversifiés au juge du plein contentieux *(CE, ass., 28 déc. 2009, n° 304802, Cne Béziers :*
3. Puis il a remanié le « recours Tropic » et l'a ouvert plus largement à tout tiers « susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses » *(CE, 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne*de telle sorte que les tiers ont désormais accès au juge du contrat.

### Section 1 . La transformation du recours ouvert aux contractants

L'arrêt *Commune de Béziers a reconstruit le contentieux des parties aux contrat*

* *Il* concerne toutes les catégories de contrats
  + à l'exception des contrats d'engagement d'agents publics dont la proximité de situation avec celle des fonctionnaires les fait obéir à un régime particulier proche de l'acte unilatéral *(CE, sect., 31 déc. 2008, Cavallo*

Les parties au contrat disposent de deux voies pour remettre en cause la régularité du contrat.

1. Elles peuvent saisir le juge du plein contentieux d'un recours en contestation de validité qui remplace l'action en nullité,

* Longtemps l’action en nullité n’a été qu’exceptionnellement mise en œuvre par les parties
  + la nullité du contrat n’est pas une fin en soi et les parties l'invoquent rarement spontanément
    - On observe une réticence des contractants à saisir le juge d'une action en nullité car les parties essaient le plus souvent d'obtenir satisfaction d'une autre manière que par la disparition rétroactive du contrat, en raison des conséquences qu'elle implique.
  + En outre, la jurisprudence n’encourageait pas au recours : le juge étant soucieux de préserver la stabilité des conventions et d'éviter les bouleversements engendrés par la rétroactivité de la nullité.
* Ce n’est que depuis 20 ans que ce contentieux a pris un relatif essor
  + En lien avec modernisation de la contentieux des actes détachables à partir de l’arrêt de 1994 époux Lopez avait dopé ce contentieux dès lors que le juge de l’excès de pouvoir pouvaient les enjoindre de saisir le juge du contrat pour faire constater sa nullité.
    - Cependant l’arrêt Département du Tarn et Garonne a mis fin à ce contentieux en fermant le recours des tiers contre les actes détachables.

2. Les parties peuvent également, à l'occasion d'un litige relatif à l'exécution du contrat invoquer par voie d'exception une irrégularité entachant le contrat dans le but de faire tomber le contrat et de pouvoir se soustraire à leurs obligations contractuelles.

* + La nullité apparaissait alors plus comme un moyen que comme une fin. I
    - l ne s'agit pas d'un litige relatif à la seule formation du contrat, puisqu'il naît à l'occasion de son exécution. Il n’en soulève pas moins des questions de validité du contrat.
* Cette hypothèse est plus fréquente, La doctrine a même récemmment dénoncé la recrudescence de ce type contentieux (*F. Llorens et P. Soler-Couteaux, De la loyauté dans le contentieux administratif des contrats : Contrats-Marchés publ. 2010, repère 2°*
  + - l'un des maux endémiques dont ont souffert les contrats administratifs au cours de ces dernières années tenait à la multiplication (jusqu'aux limites de l'admissible) des déclarations de nullité ; les parties hésitaient de moins en moins, en cas de contentieux les opposant, à exciper de la nullité du contrat. D'exception qu'elle fut par le passé, celle-ci était devenue un moyen quasi-banal de défense de leurs intérêts par les cocontractants ».

L'arrêt *Commune de Béziers* consacre un considérant à chacune des deux situations qu’il soumet à un cadre théorique commun par lequel redessine totalement le paysage contentieux de la nullité du contrat

* 1.Le juge est désormais saisi d’un recours en contestation de validité
* 2. A ce titre, il dispose maintenant d'une panoplie de sanctions qu'il module en fonction de l'irrégularité constatée et du souci de garantir la stabilité des relations contractuelles
  + L'office du juge du contrat a été entièrement redéfini sur le modèle de l'arrêt *Société Tropic (*La doctrine parle de Tropicalisation du recours ) : l’annulation est la sanction ultime.
* 3. Par ailleurs, le principe de loyauté des relations contractuelles interdit aux parties de soulever des illégalités insuffisamment graves.

L’annulation du contrat irrégulier n’est donc pas la réponse systématique : le juge arbitre entre plusieurs considérations : légalité, loyauté, stabilité du contrat, défense de l’intérêt général.

#### §. 1 L’exigence de la loyauté des relations contractuelles, obstacle à la remise en cause du contrat par les parties contractantes.

Le juge doit tout d'abord, et avant toute autre considération, tenir compte de l'exigence de loyauté des relations contractuelles afin de déterminer les possibilités de contestation du contrat.

Le principe de loyauté signifie que le terrain normal d'exécution du contrat est le terrain contractuel qui a été choisi par les parties.

* C’est ce que rappelle l’arrêt : « Il incombe en principe (au juge), eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles de faire application du contrat » ;
* Et ce n'est qu'exceptionnellement, si l'illégalité est d’une gravité telle que le juge sortirait de son office en faisant exécuter un contrat gravement illégal, qu'il doit soulever d'office la nullité, écarter le contrat et situer alors le litige sur un plan extracontractuel.
  + Ainsi dans l'arrêt *Commune de Béziers* l'absence de transmission au préfet de la délibération autorisant le contrat n’a pas suffit pas à écarter le contrat
  + Ainsi encore l'absence de délibération du conseil municipal autorisant la signature du contrat ne constitue pas nécessairement un vice d'une particulière gravité
    - dès lors que le conseil municipal a manifesté a posteriori par son comportement son consentement à la conclusion du contrat et que la commune a exécuté le contrat pendant plusieurs années sans émette d'objections *(CE, 8 oct. 2014, n° 370588, Cne Entraigues-sur-la-Sorgue : BJCP 2015, p. 59, concl. B. Dacosta).*
  + De même à propos d’une clause de tacite reconduction, le Conseil d'État a jugé que la responsabilité de cette clause étant imputable aux deux parties, la loyauté des relations contractuelles impliquait que la personne publique ne puisse se prévaloir de cette irrégularité, qui lui est en partie imputable, pour s'exonérer de ses obligations et que le litige devait donc être réglé sur le terrain contractuel *(CE, 4 mai 2015, n° 371455, Sté Bueil publicité mobilier urbain.*

On peut rapprocher la loyauté des relations contractuelles du principe de bonne foi, dont la loyauté est une composante, qui régit l'exécution des contrats civils (

* et voir dans l'arrêt *SMIRGEOMES* une application de ce principe s'imposant aux concurrents évincés *qui ne peuvent invoqués que les manquements qui leur portent préjudice*
* la Cour de cassation a apprécié la légalité d'un contrat au regard de la jurisprudence *Commune de Béziers* *(Cass. 1re civ., 24 avr. 2013, n° 12-18.180, Cne Sancoins c/ Sté les fils de Mme Géraud :JurisData n° 2013-008085 ; BJCP 2013, p. 319),*.

Les vices que peuvent invoquer les parties pour mettre en échec le contrat ne peuvent ainsi que les irrégularités les plus graves. Elles tiennent :

* au contenu illicite du contrat
* à la manière dont les parties ont pu exprimer leur consentement

Et encore la sanction de l’irrégularité ne sera pas nécessairement l’annulation

#### § 2. L’objectif de stabilisation du contrat, obstacle à l’annulation par le juge d’un contrat même gravement vicié

L’arrêt Commune de Béziers ne fait pas de l’annulation du contrat la solution prioritaire. Le juge pourra ainsi décider de la poursuite des relations contractuelles en dépit de l'irrégularité constatée.

En ce sens, le juge est invité à tenir compte d’autres considérations que la sanction de l’illégalité .

En premier lieu, l’arrêt met en avant l’objectif de stabilité des relations contractuelle.

* Cet objectif n’est pas nouveau.
  + Il est constamment présent dans le contentieux de l'exécution du contrat notamment pour permettre d'assurer au mieux la continuité du service public
  + La nouveauté c’est qu’il est ici expressément énoncé.

En second lieu, si l'irrégularité est de nature à entraîner la disparition du contrat, le juge doit vérifier « que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général ».

* La prééminence de l'intérêt général sur les considérations de légalité se retrouve déjà l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* et maintenant dans l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* ainsi que dans le référé contractuel
* Cette prise en compte de plus en plus systématique devrait permettre d’éviter de recourir à des lois de validation pour sauver le contrat annulé.
  + - L’affaire de la concession du stade de France montre cependant que la prise en compte de l’intérêt général ne permet pas n’importe quel montage contractuel

En 1995, en vue de l'organisation de la Coupe du monde de 1998, l’Etat a conclu un contrat de concession avec un consortium d’entreprises (Bouygues, Dumez Vinci)

Le contrat signé prévoyait une garantie intégrale par l'Etat du risque de fréquentation pour compenser l'absence de club résident. Or cette garantie n'étant pas prévue dans le cadre de l'appel d'offres, le contrat portait indubitablement atteinte au principe d’égalité de traitement entre les candidats.

Aussi plusieurs candidats évincés ont saisi la juridiction administrative. En 1996, le tribunal administratif de Paris a jugé que le contrat de concession était entaché d'illégalité dans son ensemble. Reprenant les arguments de la Cour des comptes qui avait souligné un "manque général de maîtrise du projet" et à "l'opacité de certains circuits de financement". Pour pallier toute difficulté, le Gouvernement a fait voter le 11 décembre 1996 une loi (n°96-1077), validant le contrat de concession entre l'Etat et le consortium du Stade de France.

Poursuivi par la Commission européenne, à la suite d'une plainte d’un candidat évincé, les autorités françaises ont reconnu formellement l'infraction constatée par la Commission, et l'Etat a transigé en novembre 1997 avec l’ensemble des candidats évincés leur accordant des dommages et intérêt.

Toutefois en 2011, le Conseil constitutionnel, répondant à une question prioritaire de constitutionnalité, a abrogé la loi de validation du contrat de concession (décision n° 2010-100 QPC) reprochant au législateur d’avoir validé le contrat dans son ensemble sans préciser le motif précis de l’illégalité qu’il entendait couvrir.

Le contrat de concession devenait ainsi à nouveau contestable : par exemple, recours contre le refus du Premier Ministre de résilier le contrat à la demande d’un tiers.

Le recours ouvert aux tiers est un recours de pleine juridiction (CE 30 juin 2017 SMPAT) \* dont le régime est calqué sur le recours Tropic/ Tarn et Garonne

Le « nouveau » juge du contrat dispose de toute une gamme de sanction allant de la régularisation du contrat à sa disparition rétroactive.

* L'appréciation des conséquences des irrégularités sur le contrat est soumis à un contrôle de la qualification juridique par le juge de cassation *(CE, 10 juill. 2013, Cne Vias : BJCP 2013, p. 448, concl. G. Pelissier, obs. R.S.).*

##### A. La Gamme des sanctions

###### 1) La régularisation du contrat

Autorisant la poursuite des relations contractuelles, le juge peut prescrire des mesures de régularisation qui pourront soit être prises par la personne publique soit convenues entre les parties.

* A priori sont concernées (selon les exemples issus du contentieux des actes détachables ou sur déféré) les vices moins graves qu'on peut régulariser, notamment les vices de forme ou de procédure ou même certains vices affectant la compétence si la collectivité publique réitère son consentement dans conditions régulières.
* Par exemple, le défaut d’information des élus

Ne sont en revanche pas régularisables les vices tenant à l'objet du contrat, ceux qui entraînent par hypothèse l'annulation du contrat*.*

Le principe est celui de la rétroactivité de la régularisation

###### 2) La disparition du contrat

Elle peut consister dans la résiliation du contrat pour l’avenir.

Elle est moins perturbatrice que l'annulation, elle lui est souvent préférée

* Par exemple, le tribunal administratif de Cergy a récemment considéré qu'une personne privée pouvait demander au juge la résiliation d'un contrat conclu pour une durée indéterminée ne comportant pas de clauses permettant de rompre cet engagement et méconnaissant ainsi le principe de prohibition des engagements perpétuels *(TA Cergy Pontoise, 18 mars 2014, n° 1103221, Sté ERDFc/ Molina : BJCP 2014, p. 379)*.
  + L'annulation n'a pas été considérée en l'espèce comme la sanction adéquate car le contrat avait été exécuté sans difficulté pendant cinquante ans et le tribunal lui a préféré la résiliation avec un effet différé.
* C’est une prérogative qui ne relevait pas traditionnellement des pouvoirs du juge (mais plutôt de l’administration ) car elle n’efface pas l’irrégularité. Elle tend à s’imposer dans l’ensemble des recours ouverts devant le juge du contrat sous l’impulsion du droit de l’UE qui le prévoit expressément en référé contractuel

Enfin, le juge peut décider d’annuler le contrat mais seulement en raison d'irrégularités notables

* caractère illicite du contenu du contrat (contrat portant sur des matières réservées à l'acte unilatéral, illicéité de son objet, de sa cause, stipulations contraires à l'ordre public contractuel),
* Vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement (absence ou vice du consentement, incompétence sous toutes ses formes, défaut de capacité de la personne privée) – le juge peut, après avoir vérifié que la sanction ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général, annuler rétroactivement le contrat ou l'écarter s'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat.

Les deux situations ne sont pas traitées de la même manière.

* Le caractère illicite du contenu du contrat entraîne en principe automatiquement son annulation.
  + En effet, « le juge ne peut pas, en effet, maintenir un contrat dont l'objet est illicite car cela le conduirait à faire application lui-même, dans le litige contractuel, des stipulations illicites ce qui fait que dans ce cas l'annulation s'impose » (conclusions Glaser).
* Les exemples du caractère illicite du contenu du contrat sont nombreux :
  + Contrat méconnaissant le caractère inaliénable des biens du domaine public *(CE, 4 mai 2011, Communauté cnes du Queyras*
  + Contrat concédant un droit réel sur le domaine public alors que c'était interdit *(CE, 1er oct. 2013, n° 349099, Sté Espace Habitat Construction,*
  + Contrat prévoyant la renonciation par la personne publique à l'exercice de ses compétences *(CE, 20 juin 2012, n° 342843, SDIS Nord )*, notamment déléguant son pouvoir de police
  + Contrat portant sur une opération d'aménagement illégale au regard du droit de l'urbanisme *(CE, 10 juill. 2013, Cne Vias et SEM ville Béziers et littoral)*
  + Contrat contenant une clause de renonciation de la personne publique à son pouvoir de résiliation unilatérale *(CE, 1er oct. 2013, Sté Espace Habitat Construction, préc.)*
* Remarque : la sanction de la clause illicite dépend néanmoins du lien entre la clause et l'économie générale du contrat. Si la clause a eu un caractère déterminant dans la conclusion des conventions elle est indivisible et justifie d'écarter le contrat *(CE, 1er oct. 2013, Sté Espace Habitat Construction, préc.)*

Les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement constituent un autre motif d'annulation

* Si les vices affectant le consentement sont en général des vices d'une particulière gravité, ils n'ont pas nécessairement cette nature et l'exigence de loyauté des relations contractuelles justifie parfois de ne pas écarter le contrat en dépit de l'incompétence qui l'affecte.
* l'incompétence du préfet pour accorder une concession d'outillage public à une chambre consulaire, qui aurait dû être accordée par arrêté des ministres chargés de l'économie et de l'aviation marchande, ne constitue pas un vice justifiant d'écarter le contrat dès lors que les ministres concernés avaient approuvé l'opération *(CE, sect., 19 avr. 2013, CCI Angoulême*)

Dès lors, tout dépendre va des circonstances de l’espèce

##### B. Une approche casuistique

Certains vices graves en eux-mêmes peuvent se trouver, en quelque sorte, neutralisés, eu égard au comportement de la collectivité et à l'écoulement du temps

* C'est le cas de l'absence de délibération du conseil municipal autorisant la signature du contrat, vice proche de l'inexistence.
  + Elle doit entraîner l'annulation dans l'hypothèse où le maire engage la collectivité dans l'opacité et qu'elle découvre quelques mois plus tard l'existence du contrat à l'occasion d'un litige,
  + il ne constitue pas nécessairement un vice d'une particulière gravité justifiant de se placer sur le terrain extra contractuel
    - si le conseil municipal a manifesté *a posteriori* par son comportement son consentement à la conclusion du contrat, notamment en faisant référence au contrat
    - et si la commune a exécuté le contrat pendant plusieurs années sans émettre d'objections et ne s'est rendu compte de l'illégalité qu'à la seule fin d'être déchargée de ses obligations contractuelles (*CE, 8 oct. 2014, Cne Entraigues-sur-la-Sorgue)*

De la même manière, les vices du consentement n’entraînent pas nécessairement la mise en échec du contrat

* En effet, un vice affectant le consentement est toujours régularisable par la réitération de son consentement par la personne publique dans des conditions régulières,
  + Ainsi le juge peut décider que l'annulation du contrat soit prononcée sauf si la personne publique l'a régularisé dans un délai donné *(CE, 4 juill. 2012, Communauté agglomération Chartres Métropole et Sté Veolia Eau, cité supra* [*n° 122*](https://www.lexis360.fr/Docview.aspx?refptId=N122) *).*
* En revanche le Conseil d'État a considéré que l'existence d'un vice du consentement touchant le cocontractant justifiait que le contrat soit écarté et que le litige ne puisse donc être réglé sur le terrain contractuel *(CE, 1er juill. 2105, n° 384209, OPH Loire-Atlantique*
  + En l’espèce, le calcul des pénalités de retard avait été modifié après le choix du titulaire du marché entraînant des conséquences financières graves et inéluctables, ce qui constituait une modification d'un élément substantiel de l'offre de la société qui avait été contrainte d'accepter cette modification)

De même, *CE, 12 janv. 2011, Manoukian* juge *que* les manquements aux règles de passation ne justifient pas nécessairement l'annulation du contrat

* sauf, par exception, « lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité, et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat ».
* C’est donc dans de rares hypothèses, liées à des circonstances particulières, les vices affectant la passation peuvent entraîner l'annulation du contrat.
  + Le rapporteur public Dacosta donnait l'exemple d'une collectivité qui découvrirait que la majorité précédente s'était engagée sans mise en concurrence dans des conditions très défavorables *(BJCP 2012, p. 378).*
  + Dans le même sens, la cour administrative d'appel de Bordeaux a admis que la personne publique pouvait invoquer la nullité du contrat pour absence de publicité « compte tenu de la gravité de l'illégalité commise et des circonstances dans lesquelles elle l'a été, le litige ne peut être réglé sur le terrain contractuel » (*CAA Bordeaux, 20 juin 2013, n° 11BX02368,Sté FD2F c/ Cne Case-Pilote : BJCP 2013 p. 459*,
    - marché conclu sans aucune publicité ni mise en concurrence, signé par un adjoint au maire sur le papier à en-tête d'une société, à un prix manifestement excessif, et ayant donné lieu à une plainte du maire pour favoritisme).

### Section 2. La révolution du recours ouvert aux tiers devant le juge du contrat

Les tiers avaient peu à peu obtenu un droit de regard indirect de plus en plus important sur le contrat

* par le biais de la théorie des actes détachables que le CE avait progressivement mais tardivement sophistiqué
* et ils avaient même directement la possibilité d'obtenir l'annulation des contrats des collectivités locales grâce au déféré préfectoral,

Mais la première voie n'était qu'indirecte et complexe et la deuxième soumis au bon vouloir du préfet (CE 1989 Brasseur)

En outre, la situation des tiers contrevenait aux exigences du droit européen

* la nouvelle directive « Recours » de 2007, exigeait « des États membre qu'ils aménagent une voie de droit nouvelle, permettant de “priver d'effet” le contrat alors même qu'il a d'ores et déjà été conclu »
* la Cour de justice était sur le point de condamner l'Allemagne pour n'avoir pas mis fin à un contrat administratif conclu en violation du droit des marchés publics *(CJCE, 18 juill. 2007, Comm. c/ Rép. fédérale d'Allemagne : RFDA 2007, p. 958, concl. V. Trstenjak, note P. Delvolvé)*.

L’ensemble de ces éléments a conduit le CE à renverser la table et à permettre à certains tiers d'avoir accès au juge du contrat en créant, par voie prétorienne, dans l'arrêt *Société Tropic travaux signalisation* un nouveau recours : le recours en contestation de validité du contrat.

* Il a ensuite aligné le déféré préfectoral dirigé contre un contrat, qui était alors un recours pour excès de pouvoir, sur le recours *Tropic (CE, 23 déc. 2011,n° 348647, min. Int. :*
* *Puis il* a ouvert ce recours, en y apportant quelques nuances par rapport à l'arrêt *Tropic*, à d'autres tiers et la situation des concurrents évincés s'est fondue dans celle des tiers en général *(CE, ass., 4 avr. 2014, Dpt Tarn-et-Garonne : RFDA 2014, p. 425, concl. B. Dacosta, note P. Delvolvé)*.
  + - D’un strict point de vue procédural, le recours doit être formé dans un délai de deux mois
      * Le délai de deux mois ne concerne pas l’éventuelle action indemnitaire qui peut accompagner le recours Tarn et Garonne

#### §. 1. L’accès limité des tiers au juge du contrat

La notion de tiers est largement admise mais tous les tiers admis à contester ne sont pas traité de la même manière. A un élargissement formel correspond ainsi une ouverture différenciée

##### **A. L’élargissement formel du cercle des tiers admis à former un recours contre un contrat**

L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* précise que « tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former » un recours en contestation de validité de ce contrat.

L'ouverture du recours à toutes sortes de tiers autres que les concurrents évincés par l'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* nécessitait en effet de préciser dans quelle mesure leur recours était recevable.

* Le Conseil d'État n'a pas retenu la notion d'intérêt à agir considérée comme trop large,
* ni celle de droits lésés proposés par D. Casas dans ses conclusions sur l'arrêt *Tropic* (« tiers pouvant se prévaloir de la violation d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la conclusion du contrat » ce qui signifiait, outre les concurrents évincés, les usagers du service public et les contribuables locaux) considérée comme trop restrictive.
* La notion adoptée d'intérêt lésé permet de refléter le caractère subjectif du recours et permet de distinguer deux catégories de réquétants

L'arrêt ajoute que cette action est ouverte « aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernées et au représentant de l'État dans le département dans l'exercice de son contrôle de légalité ».

L’arrêt de 2014 traduit une évolution majeure

* L'arrêt *Tropic* réservait un sort particulier aux concurrents évincés auxquels on avait ouvert un recours devant le juge du contrat parce qu'ils se rapprochaient des parties en ce qu'ils étaient des « contractants potentiels ».
  + Et la doctrine de noter que le candidat évincé de l’arrêt Tropic offrait plus de potentialité que le tiers admis à former un référé précontractuel

L’arrêt de 2014 met fin à ces spéculations

Le  tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses » laisse, grâce au terme « suffisamment » un large pouvoir d'appréciation au juge.

La formule va au-delà des entreprises candidates à un contrat puiblic

Ainsi un sous-traitant d'un candidat évincé peut être recevable à demander l'annulation d'un marché : « il ressort des pièces du marché que l'offre d'un des groupements candidats reposait sur la technologie que fournit cette société ; que dans ces conditions, le sous-traitant justifie être lésée par la conclusion du contrat litigieux de manière suffisamment directe et certaine *(CE, 14 oct. 2015, n° 391183, Région Réunion : JurisData n° 2015-022766 ; Dr. adm. 2015, comm. 75, F Hoffmann)*.

Le recours des candidats évincés se fond ainsi dans celui des autres tiers et ce sont le préfet et les membres des organes délibérants qui constituent maintenant une catégorie à part.

##### **B. L’ouverture différenciée du recours au juge du contrat selon la nature du tiers requérant**

L’arrêt de 2014 distingue deux sortes de requéante

###### 1. Les requérants privilégiés

L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* mentionne deux catégories de requérants privilégiés :

* le représentant de l'État dans le département
* les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés

Contrairement aux autres tiers, n'ont pas à démontrer leur intérêt à agir et ils peuvent invoquer tout moyen à l'appui de leur recours.

* Le préfet continue en outre à bénéficier du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables jusqu'à la conclusion du contrat

Ces distinctions sont nouvelles.

* Le représentant de l'État a toujours été dans une situation particulière : lui seul pendant longtemps pouvait provoquer l'annulation pour excès de pouvoir d'un contrat. Il reste donc un requérant « spécial » mais on peut dire le particularisme de sa situation a régressé par rapport à ce qu'il était autrefois.
* En revanche, les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale étaient considérés comme des « tiers ordinaires » et ne disposaient que du recours contre les actes détachables.
  + Leur particularisme tient à ce qu'ils agissent en raison des prérogatives qu'ils tiennent de leur appartenance à un organe collégial.

###### 2. Les requérants ordinaires.

Avec l’arrêt Tarn et Garonne, le statut des tiers connaît une évolution paradoxale. L’ouverture du recours au juge du contrat s’accompagne d’une double régression

* D’abord, la légalité du choix de contractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer » ne peuvent être contestés qu'à l'occasion de ce recours

C’est la contrepartie du nouveau recours qui leur est ouvert,

En conséquence «et les tiers sont donc privés du recours contre les actes détachables du contrat ouverts depuis l’arrêt Martin et fondé sur un intérêt à agir largement entendu.

Ensuite,L'arrêt *Département de Tarn-et Garonne* exige que les tiers n invoquent « que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office »

* Le préfet ou les membres des organes délibérants qui, eux, peuvent invoquer « tout moyen ».
  + Sans aucune des restrictions que l’on connait au titre du référé précontractuel
* Pour les tiers, on se rapproche pour les tiers ordinaires de l'arrêt *SMIRGEOMES*, ce qui accentue le caractère subjectif du recours.
  + Cette limitation des moyens invocables n'existait pas dans le recours *Tropic* pour les concurrents évincés, ce qui conservait à ce recours son intérêt par rapport au référé contractuel (Avis *Gouelle*)
  + L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* au contraire les prive de la faculté d'invoquer les moyens qui ne les concernent pas directement, mais ils continuent à pouvoir les invoquer à l'encontre des contrats conclus avant le 4 avril 2014 *(CE, sect., 5 févr. 2016, n° 383149, Soc. Voyages Guirette).*

Outre ces moyens, ils peuvent également invoquer les « moyens d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ». Il s'agit en principe du caractère illicite du contenu du contrat ou d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, On se rapproche ici de l’arrêt Commune de Béziers

* Encore faut-il que les moyens affectent la validité du contrat ou de certaines de ses clauses.
  + Ce n'est pas le cas de l'absence de mention des voies et délais de recours dans l'avis d'appel à la concurrence ou du non-respect du délai de *standstill* qui visent seulement à permettre au candidat évincé de saisir le juge des référés *(CE, 3 déc. 2014, n° 366153, Sté Bancel : JurisData n° 2014-031098 ; AJDA 2015, p. 1222, note J.-B. Vila)*.
  + Cette solution souligne l'écart entre les moyens du recours en contestation de validité et du référé contractuel qui aurait été recevable sur le fondement de ce moyen.

#### §.2 L’office du juge du contrat

##### A. La portée du contrôle

###### 1. L’intensité du contrôle

* Juge de plein contentieux, le juge de la validité du contrat opère en principe un contrôle entier sur les moyens soulevés devant lui.
* Cependant, parfois il n'exerce qu'un contrôle restreint
  + Ainsi de l'erreur manifeste d'appréciation de la méthode de notation choisie *(CE, 8 févr. 2010, n° 314075, Cne La Rochelle : JurisData n° 2010-000418 ; AJDA 2010, p. 214)*.
    - « Les critères indiquent les caractéristiques des offres sur lesquelles portera leur évaluation… La méthode de notation relève quant à elle de l'évaluation des offres sur chacun des critères. Elle comprend toujours l'appréciation subjective des propositions faites qui se traduit par une note » *(concl. G Pelissier sur CE, 25 mars 2013, n° 364951, Sté Cophignon : JurisData n° 2013-005662 ; AJDA 2013, p. 717)*.

###### 2. La question des clauses réglementaires

L'arrêt *Département de Tarn-et-Garonne* oppose le contrôle des clauses contractuelles qui relèvent du juge du contrat à celui des dispositions réglementaires, qui elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir

* . On peut se demander si le juge de l'excès de pouvoir a le monopole du contrôle de ces dispositions à l'égard des tiers dont les intérêts risquent d'être lésés par le contrat.
  + B. Dacosta précisait dans ses conclusions que les clauses réglementaires « continueraient de ne pouvoir être contestées que dans le cadre fixé par la jurisprudence *Cayzeele* ».
  + Mais la doctrine est d’un avis différent
    - Pierre Delvolvé : « cela signifie-t-il que, s'il conteste le contrat tout entier – ce qui relève du recours de pleine juridiction –, il ne pourrait contester à cette occasion les clauses réglementaires qui devraient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir à part ? La solution pourrait se prévaloir d'une implacable logique. Elle serait d'une rigueur pratique inacceptable » *(P. Delvolvé, De Martin à Bonhomme : RFDA 2014, p. 425)*.

En effet , il n’est pas toujours facile de distinguer les clauses selon leur nature contractuelle ou réglementaire

Ainsi en cas de contestation d’un tiers portant sur des clauses de nature différente, il paraîtrait contraire aux préoccupations de bonne administration de la justice de lui opposer la distinction

* Tant pour le requérant qui serait contraint à former deux recours distincts
* Tant pour le juge astreint à des acrobaties inutiles
  + le juge du contrat, devant lequel serait contestée une clause, devrait commencer par analyser la nature de la clause pour déterminer sa compétence pour en connaître et inverser son raisonnement en s'interrogeant sur la divisibilité de la clause pour apprécier la recevabilité de la demande avant d'apprécier sa légalité *(S. Hourson, Un grand pas en avant et deux pas de côté. Retour sur l'arrêt « Département de Tarn-et-Garonne » : Dr. adm. 2015, étude 5)*.
* Si on a permis aux tiers de former un recours pour excès de pouvoir contre ces clauses, c'était parce qu'ils ne disposaient d'aucune autre voie de droit pour les contester. Dès lors qu'on leur a ouvert le recours en contestation de validité du contrat, il serait paradoxal de marginaliser ce contentieux et de donner l'exclusivité du contrôle des dispositions réglementaires au REP

##### B. La variété des pouvoirs du juge du contrat

Ils vont de la suspension à l’annulation du contrat en passant par toute une série de mesures possibles à la manière des autres contentieux/

###### 1 La suspension immédiate du contrat

Les requérants peuvent assortir leur recours d'une demande tendant à la suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative. Le Conseil d'État l'avait déjà admis dans l'affaire *Tropic Travaux (citée supra* [*n° 87*](https://www.lexis360.fr/Docview.aspx?refptId=N87) *)* qui se présentait par le biais d'un référé-suspension.

* Au moyen d’une interprétation souple des dispositions de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative
* Jusque-là la demande de suspension des tiers était la plupart du temps vouée à l'échec puisque les actes détachables sont « réputés entièrement exécutés du fait de la conclusion du contrat »

L'efficacité du référé-suspension accompagnant le « recours Tropic » était elle aussi douteuse

* aussi, lorsque le référé contractuel a été créé, on avait pu penser que sa rapidité, sa simplicité et son efficacité le feraient préférer au *recours Tropic*, en dépit de son champ d'application plus limité et des moyens invocables.
* Surtout . Le commissaire du gouvernement N. Boulouis avait pu évoquer « le problème, en grande partie insoluble de l'application aux litiges contractuels de l'article L. 521-1 qui n'a pas été pensé pour ces litiges » *(BJCP 2010, p. 49)*.
  + En effet le référé-suspension en matière de contrats se heurte aux deux conditions de ce référé
    - La jurisprudence refuse de considérer qu'il y a présomption d'urgence dans le fait qu'un contrat illégal risque d'être exécuté, de telle sorte que la condition d'urgence est rarement remplie. En outre, dans le bilan entre l'urgence à suspendre et l'urgence à exécuter, l'intérêt général risque de pousser à la poursuite de l'exécution du contrat.
    - Quant au « moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision », cette condition correspond à la grille d'analyse du juge de l'excès de pouvoir, selon laquelle toute illégalité est susceptible d'entraîner l'annulation de l'acte. La panoplie de moyens dont dispose le juge du contrat pour sanctionner les irrégularités ne correspond pas à une vision « binaire »

Cependant il existe une hypothèse où le recours suspension peut fonctionner en cas « la méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels et l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public “crée” en principe une situation d'urgence, sous réserve que l'instruction fasse apparaître des éléments précis relatifs aux risques pour la collectivité publique qui résulterait de la suspension du marché » *(CE, 6 mars 2009, n° 324064, Sté Biomérieux : JurisData n° 2009-075039. –*

* La jurisprudence *Biomérieux* apparaissait comme une jurisprudence pragmatique constituant, avant la création du référé contractuel, la seule solution pour faire échec aux manœuvres des contractants.
* En 2015 Le CE n'a pas suivi les conclusions de son rapporteur public qui considérait que la solution retenue ne se justifiait plus et qu'elle laissait subsister une voie de recours parallèle au référé contractuel bénéficiant d'un délai plus long et de conditions moins contraignantes (*CE, 19 janv. 2015, n° 385634, Sté Ribière BJCP 2015, p. 229, concl. G. Pelissier*).

###### 2. L’annulation, sanction ultime du contrat

Comme pour les autres recours contractuels, le juge dispose d'une gamme de possibilités,

L’annulation est possible mais n’est pas nécessairement la solution recherchée

Il est à ce titre plus libre dans le prononcé des sanctions qu'il ne l'est pour le référé contractuel

Ainsi en cas d’irrégularités,

Le juge peut décider que l'exécution du contrat est néanmoins possible.

* L'intérêt général peut justifier de poursuivre l'exécution du contrat en dépit de son irrégularité, le juge appréciant l’importance, la nature et les conséquences du vice.
* Le juge du fond se livre à une appréciation souveraine quant à la poursuite ou non des relations contractuelles *(CE, 3 déc. 2014, Sté Bancel, cité supra* [*n° 173*](https://www.lexis360.fr/Docview.aspx?refptId=N173) *).*

Le juge peut également « inviter les parties à prendre les mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe ». Dans l'arrêt *Tropic travaux signalisation* il était précisé que le juge pouvait demander à la collectivité

Par contre, Contrairement à ce qu'il en était dans l'arrêt *Tropic* il n'est plus mentionné que le juge puisse modifier certaines clauses du contrat.

* Ce pouvoir exorbitant conféré au juge, qui s'autorisait ainsi à se substituer aux parties et pouvait détruire l'équilibre du contrat contre leur volonté, était inspiré du contentieux précontractuel.
* Mais ce qui est concevable lorsque le contrat n'est pas encore conclu, le devient difficilement quand le lien contractuel est formé.
* Ce pouvoir qui n'est prévu ni dans le référé contractuel (dans lequel est seule mentionnée la possibilité de réduire la durée du contrat) ni dans l'arrêt *Commune de Béziers* a donc été abandonné.

Si les irrégularités ne peuvent être régularisées et si elles ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général le juge peut enfin faire disparaître le contrat en le résiliant pour l'avenir ou en l'annulant rétroactivement dans les deux avec, le cas échéant, un effet différé.

* Ainsi comme dans l'arrêt *Commune de Béziers* ou comme dans le référé contractuel*,* l'annulation est explicitement réservée à la sanction des irrégularités les plus substantielles.
  + Ce n'est que si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit relever d'office que le contrat peut être totalement ou partiellement annulé.
  + Ce sont donc les mêmes irrégularités qui justifient l'annulation, que le recours émane d'une partie ou d'un tiers

Le recours peut viser à contester le contrat ou seulement certaines de ses clauses et l'annulation peut donc être totale ou partielle, dans la mesure où les clauses censurées sont divisibles du contrat (

* Remarque : l'arrêt *Commune de Béziers* n'évoque pas l'annulation partielle,
* Bien que l'annulation partielle risque de porter atteinte à la volonté des parties, le juge du contrat a toujours procédé à des annulations partielles – en annulant la clause, en la réputant non écrite, sans valeur, inopérante – afin de ne pas appliquer la clause viciée sans pour autant faire disparaître le contrat.
  + Le juge des référés précontractuels détient lui aussi le pouvoir de supprimer des clauses destinées à figurer dans le contrat*.*

Pour terminer, on rappelera que

* La résiliation, comme l'annulation, peut avoir un effet différé
* s'il en est saisi, le juge fait droit à des conclusions tendant à « l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ».

# Troisième Partie

# L’exécution des contrats administratifs Section 2. L