

Panorama des jurisprudences les plus marquantes depuis le premier numéro de *Contrats publics*

Le premier numéro de la revue *Contrat publics* paru en juin 2001 avait pour sujet central le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics. Les évolutions intervenues depuis lors sont évidemment très nombreuses et la physionomie actuelle du droit des marchés publics s'écarte substantiellement de celle de 2001.

À l'occasion de ce deux-centième numéro de la revue, on tentera de retracer les jurisprudences les plus marquantes de cette période en évoquant tout à la fois des décisions à l'origine de modifications fondamentales de droit des contrats publics (au-delà des seuls marchés publics), mais également des décisions qui, bien que moins emblématiques, ont néanmoins contribué à refondre le droit applicable aux marchés publics.

Ce panorama, nécessairement incomplet, retiendra une approche chronologique de la « vie » d'un marché public : d'abord sa qualification, ensuite sa passation, puis son exécution et enfin le contentieux contractuel de sa validité et de ses mesures d'exécution.

Qualification des marchés publics

Si elle a pu évoluer à la marge, du Code des marchés publics au Code de la commande publique en passant par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, la notion de marchés publics est restée globalement stable. Cette définition repose sur trois éléments : un contrat conclu avec un acheteur soumis au code (un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice dans le cadre du Code des marchés publics), en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent (à titre onéreux dans le cadre du Code des marchés publics) et en vue de la satisfaction des besoins de cet acheteur.

Auteur

Marion Terraux
Marianne Hauton
Avocates à la Cour – Seban & Associés

Mots clés

Pondération des critères • Pénalités • Qualification
• Recours contentieux • Responsabilité

Dans ce cadre, au cours des dix-huit dernières années, le juge administratif a précisé le contour de la notion de « prix » dans les marchés publics.

Même s'il avait déjà eu l'occasion de considérer qu'un contrat ne comportant pas de prix était susceptible de constituer un marché public, les dix-huit ans qui se sont écoulés ont été l'occasion pour le Conseil d'État de préciser sa jurisprudence sur ce point. Plus précisément, la notion de prix n'implique pas nécessairement le versement d'une contrepartie par l'acheteur public. C'est dans le cadre de contentieux portant sur des contrats relatifs à l'installation et l'entretien de mobilier urbain sur le domaine public que le juge administratif a apporté de nouveaux éclairages. Ainsi, l'exonération du paiement des redevances d'occupation domaniales le titulaire d'un contrat portant sur du mobilier urbain donne à la relation contractuelle un caractère onéreux⁽¹⁾. En sens inverse, si le titulaire du contrat verse des redevances dont le montant n'est pas inférieur à celles normalement attendues de l'occupant du domaine public, le contrat ne comporte pas de prix et n'est donc pas susceptible d'être qualifié de marché public⁽²⁾. On soulignera que la formulation utilisée par le Code de la commande publique pour ce critère -soit la notion de « prix ou tout équivalent » - entérine cette jurisprudence.

Cette période aura également été marquée par une uniformisation entre le droit interne et le droit européen quant à la distinction entre les notions de marché public et de délégation de service public. En particulier, la notion de risque a toujours constitué un critère de définition des concessions au sens du droit européen. Au contraire, en droit interne, une convention de délégation de service public impliquait seulement que le délégataire soit rémunéré par « les résultats de l'exploitation du service ». Et le contrat était qualifié de convention de délégation de service public même si le délégataire ne supportait pas le risque de l'exploitation dès lors qu'il était rémunéré par les résultats de l'exploitation. On se souvient à ce titre de la tentative de Catherine Bergeal, alors commissaire du Gouvernement, pour faire du risque un élément de la notion de résultats de l'exploitation dans ses conclusions sous le célèbre arrêt *SMITOM Centre ouest Seine et marnais*⁽³⁾. Mais cette tentative avait alors été vaine. Ainsi, jusqu'en 2008, un contrat prévoyant que la rémunération était assurée par les résultats de l'exploitation mais qui ne faisait pas peser de risque sur le cocontractant constituait un marché public au sens du droit communautaire et une convention de délégation de service public au sens du droit interne. En 2008, le Conseil d'État a, enfin, considéré qu'un contrat mettant à la charge du cocontractant un risque d'exploitation constitue une

délégation de service public et non un marché public⁽⁴⁾ ; la Haute juridiction précisant ensuite que ce risque doit être significatif, rejoignant en cela, pour l'essentiel, la jurisprudence communautaire⁽⁵⁾. L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession viendra achever cette uniformisation en intégrant la notion de risque dans la définition de la notion de concessions.

Passation des marchés publics

Au cours de ces dix-huit dernières années, de nombreux arrêts sont venus préciser les règles de passation des marchés publics, qu'il s'agisse des règles applicables en matière d'allotissement⁽⁶⁾, de régularisation des candidatures et des offres⁽⁷⁾ ou encore en matière d'offres anormalement basses⁽⁸⁾.

Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'État a été particulièrement intéressante s'agissant de la détermination et de la pondération des critères et sous-critères.

En premier lieu, le Conseil d'État a pu rappeler que si l'acheteur est libre de déterminer les critères qu'il souhaite appliquer, encore faut-il que ceux-ci permettent effectivement de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de l'objet du marché. Ainsi, le juge administratif a pu considérer que, dans certaines conditions, l'acheteur public pouvait ne pas retenir le prix comme critère de sélection des offres⁽⁹⁾. Toujours s'agissant des critères, la Haute juridiction a récemment jugé que le montant des pénalités est sans lien avec la valeur technique d'une offre et que, par conséquent, il ne doit pas constituer un sous-critère⁽¹⁰⁾. Par ailleurs, ces critères doivent être formulés de façon suffisamment précise, garde-fou nécessaire pour éviter tout caractère discriminatoire dans leur mise en œuvre⁽¹¹⁾.

En deuxième lieu, le juge administratif a précisé le régime applicable à la méthode de notation. En particulier, l'acheteur public n'a pas l'obligation d'informer les candidats quant à la méthode de notation des critères qu'il va utiliser⁽¹²⁾. Mais il doit pouvoir démontrer que cette méthode de notation est bien de nature à permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse. Ainsi, ont pu être sanctionnées des

(1) CE 4 novembre 2005, Société JC Decaux, req. n° 247298.

(2) CE 15 mai 2013, Ville de Paris, req. n° 364593.

(3) CE 30 juin 1999, SMITOM Centre Ouest Seine et marnais, req. n° 198147.

(4) CE 7 novembre 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794.

(5) CE 5 juin 2009, Société Avenance, req. n° 298641.

(6) CE 18 juin 2010, OPAC Habitat Marseille Provence, req. n° 335611.

(7) CE 4 mars 2011, Région Réunion, req. n° 344197.

(8) CE 29 mai 2013, Min. Int. c/ Sté Artéis, req. n° 366606.

(9) CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n° 281097.

(10) CE 8 novembre 2018, Société Savoie Frères, req. n° 413533.

(11) CE, 15 février 2013, Société Derichebourg, n°363921

(12) CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de la Corse, req. n° 334279.

méthodes de notation ayant pour effet de neutraliser les écarts⁽¹³⁾ ou d'attribuer des notes négatives⁽¹⁴⁾.

En dernier lieu, le Conseil d'État est venu préciser la place et le rôle des sous-critères. En principe, les sous-critères constituent des éléments constitutifs des méthodes de notation. Par conséquent, en principe, ni les sous-critères, ni, a fortiori, leur pondération, n'ont à faire l'objet d'une publicité. Il n'en va autrement que si, eu égard à leur nature et à l'importance de leur pondération ou de leur hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection⁽¹⁵⁾.

Exécution des marchés publics

S'agissant de l'exécution des marchés publics, à nouveau, les domaines dans lesquels le juge administratif a fait évoluer sa jurisprudence sont nombreux et le choix difficile. Nous avons sélectionné trois domaines : la responsabilité du maître d'ouvrage dans les marchés publics forfaitaires, le pouvoir du juge en matière de modulation des pénalités et l'application dans le temps de normes nouvelles.

Avant toute chose, le juge administratif a modifié en profondeur le régime de responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard du titulaire d'un marché à prix forfaitaire. En effet, jusqu'au printemps 2013, le régime mis en place était celui que la doctrine qualifiait de « guichet unique ». Autrement dit, le titulaire du marché pouvait obtenir de la personne publique l'indemnisation de son préjudice résultant des conditions d'exécution du marché sans avoir à démontrer de faute de cette personne publique. Depuis 2013, au contraire, la personne publique cocontractante n'indemnise son cocontractant que si et seulement si il est en mesure de justifier soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics⁽¹⁶⁾. Bien entendu, le titulaire du marché de travaux à prix forfaitaires aura également droit au paiement des travaux supplémentaires, même non commandés par un ordre de service, mais qui se sont

révélés indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art⁽¹⁷⁾.

C'est également durant cette période que le Conseil d'État s'est accordé le droit de moduler le montant des pénalités définies contractuellement si le requérant parvient à démontrer que le montant des pénalités atteint un montant manifestement excessif ou dérisoire⁽¹⁸⁾. Et, dans un arrêt plus récent, il est venu préciser les conditions à respecter pour que le juge accepte de procéder à la modulation. Ainsi, le cocontractant devra démontrer, au regard des marchés comparables et des caractéristiques particulières du marché en cause, que le montant du marché présente un caractère manifestement excessif⁽¹⁹⁾. En revanche, comme l'a jugé très récemment la cour administrative d'appel de Douai, le titulaire du marché de travaux ne pourra pas se contenter de faire état de « conséquences catastrophiques sur sa situation financière » pour obtenir une modulation de ces pénalités⁽²⁰⁾.

Enfin, la Haute juridiction est venue définir clairement les conditions dans lesquelles une disposition législative nouvelle s'applique aux relations contractuelles préexistantes, en particulier lorsqu'elle n'a pas prévu de mesures transitoires. Et le principe pour le Conseil d'État est d'assurer la stabilité de ces relations contractuelles. Ainsi, une telle loi ne viendra à s'appliquer aux contrats en cours que si un intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public le justifie et qu'il n'est pas, dès lors, porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle⁽²¹⁾.

Contentieux de la validité et des mesures d'exécution du contrat

C'est vraisemblablement sur ces aspects, qui ne sont certes pas propres aux seuls marchés publics mais concernent tous les contrats administratifs, que les évolutions jurisprudentielles des dix-huit dernières années ont été les plus marquantes. Les décisions *Tropic*⁽²²⁾, *Tarn-et-Garonne*⁽²³⁾, *Béziers I*⁽²⁴⁾ et *Béziers II*⁽²⁵⁾, ont en effet initié une nouvelle approche du droit des contrats publics tendant à la préservation du contrat et des relations contractuelles à travers, d'une part, la redéfinition de l'office du juge et, d'autre part, la régulation, pour ne pas dire la restriction, de l'accès au juge

(13) CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362.

(14) CE 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe, req. n° 366864.

(15) CE 25 mars 2013, Société Cophignon, req. n° 364951.

(16) CE 5 juin 2013, Région Haute Normandie, req. n° 352917.

(17) CE 20 décembre 2017, Communauté d'agglomération du Grand Troyes, req. 401747.

(18) CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, req. 296930.

(19) CE 19 juillet 2017, Société GBR Ile-de-France, req. n° 392707.

(20) CAA Douai, 29 mai 2019, SA Groupe 1000 Picardie, req. n° 17DA00314.

(21) CE 8 avril 2009, commune d'Ollivet, req. n° 271737.

(22) CE 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, req. n° 291545.

(23) CE 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994, *Rec. CE* p. 70.

(24) CE 28 décembre 2009, Commune de Béziers, req. n° 304802.

(25) CE 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 304806.

à l'égard des tiers et, dans une certaine mesure, des parties.

L'objectif de préservation du contrat se manifeste dans l'arrêt *Tropic* de 2007 qui ferme aux concurrents évincés la voie du recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes détachables du contrat^[26], pour leur ouvrir un recours de pleine juridiction leur permettant de contester la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, et d'assortir ledit recours, le cas échéant, de demandes indemnitaires.

Toutefois, cette décision est surtout l'occasion pour le juge administratif de redéfinir l'office du juge en la matière en lui conférant une palette de pouvoirs comprenant l'autorisation de la poursuite de l'exécution du contrat, le cas échéant avec mesures de régularisation, la résiliation du contrat, le cas échéant avec effet différé et, pour les irrégularités les plus importantes, l'annulation du contrat.

Au bénéfice de ce mouvement de subjectivisation du contentieux, il n'y a plus d'automatisme dans la sanction prononcée par le juge qui doit désormais adopter une démarche empirique, tendant à identifier la mesure la plus adaptée à l'irrégularité constatée parmi la palette de pouvoirs diversifiée dont il dispose.

L'objectif de préservation du contrat par la redéfinition de l'office du juge se manifeste également dans la décision du 28 décembre 2009 dite *Béziers I*, par laquelle le Conseil d'État consacre l'« exigence de loyauté des relations contractuelles » ainsi que l'« objectif de stabilité » desdites relations. Ces principes irriguent les voies de droit redéfinies par l'arrêt. Ainsi, le Conseil d'État juge que s'il est loisible aux parties de contester, par voie d'action, la validité du contrat qui les lie, poursuivant le mouvement de subjectivisation du contentieux contractuel initié par la décision *SMIRGEOMES*^[27], il incombe au juge de vérifier avant tout que les irrégularités invoquées « peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles » être invoquées par les parties. Et, ensuite seulement, « il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles », de décider de la mesure adaptée parmi la palette de pouvoirs décrite par la décision *Tropic* (poursuite de l'exécution, le cas échéant avec mesures de régularisation, résiliation le cas échéant avec effet différé ou annulation pour les irrégularités les plus importantes).

La préservation du contrat au travers de l'office du juge se manifeste également lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie et se prévalent à cette occasion de son irrégularité.

On rappellera en effet, qu'il incombe au juge, par principe, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application dudit contrat et que celui-ci ne peut être écarté que « dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ».

Même si la décision dite *Béziers II* de 2011 ne traite pas de la validité du contrat en tant que telle, mais de la validité de la décision d'y mettre un terme, on peut néanmoins identifier là encore une tendance à la préservation du contrat. Par cette décision en effet, tout en rappelant le principe selon lequel les mesures d'exécution du contrat prises par l'administration ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation par le cocontractant mais peuvent uniquement donner lieu, le cas échéant, à une indemnisation à son profit, le Conseil d'État juge que la décision de résiliation du contrat peut faire l'objet d'un recours en annulation tendant à ce que le juge ordonne la reprise des relations contractuelles. Ce recours permet ainsi désormais au juge de faire échec à une mesure de résiliation illégale et de « forcer » la poursuite de l'exécution du contrat.

La logique de préservation du contrat se manifeste également par la régulation de l'accès au juge, en particulier s'agissant des tiers, qui découle de ces décisions.

Si la décision *Tropic* précitée a ouvert au profit des concurrents évincés un recours de plein contentieux directement à l'encontre du contrat, la décision de 2014 *Tarn-et-Garonne* élargit ledit recours à tous les tiers. Toutefois, ainsi que divers commentateurs l'ont déjà exposé^[28], une fois passé le constat initial de l'élargissement des requérants susceptibles d'introduire un recours de plein contentieux à l'encontre du contrat, force est d'admettre que le juge administratif restreint en réalité substantiellement les chances de succès des recours des tiers. Le juge met en effet en œuvre une grille d'analyse de la recevabilité du recours et de l'opérance des moyens soulevés particulièrement rigoureuse puisque, d'une part, au stade de la démonstration de l'intérêt à agir, le tiers (sauf s'il s'agit du représentant de l'État ou d'un membre de l'organe délibérant) doit justifier être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par le contrat et d'autre part les moyens qu'il invoque doivent se rapporter à l'intérêt lésé dont il se prévaut ou être d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Cette évolution s'est parachevée avec la possibilité offerte aux tiers, par l'arrêt *SMPATP*^[29], d'attaquer devant

[26] Seule voie qui leur était ouverte par la jurisprudence issue de la jurisprudence Martin de 1905 (CE 4 août 1905, Martin, req. n° 14220, *Rec. CE* p. 749). On soulignera néanmoins que certains actes détachables demeurent susceptibles de recours pour excès de pouvoir (en particulier les recours contre les actes d'approbation).

[27] CE 3 octobre 2008, req. n° 305420.

[28] Pour ne mentionner que les analyses les plus récentes voir : J.-C. Rotoullie, « Le recours Tarn-et-Garonne, une voie de droit à l'effectivité limitée », *AJDA* 2019, p. 412 ; F. Jury, « Les droits des tiers dans le contentieux des contrats administratifs : un droit au juge en « trompe-l'œil » », *RFDA* 2019, p. 55.

[29] CE 30 juin 2017, *SMPATP*, req. n° 398445.

le juge administratif du plein contentieux, et non plus de l'excès de pouvoir⁽³⁰⁾, le refus opposé par une personne publique de résilier un contrat administratif⁽³¹⁾. Mais, comme dans le cadre du recours *Tarn-et-Garonne*, le contrat demeure protégé par la nécessité pour le tiers, sauf lorsqu'il s'agit du représentant de l'État ou d'un membre de l'organe délibérant, de justifier être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par le refus de mettre fin à l'exécution du contrat et de ne soulever des moyens se rapportant à l'intérêt qu'ils invoquent.

(30) CE 24 avril 1964, SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC), req. n° 53518, *Rec. CE* p. 239, *AJDA* 1964, p. 308, concl. Combarrous

(31) Voir notamment J. Martin, « Un nouveau recours en résiliation du contrat au bénéfice des tiers - Une pierre supplémentaire dans l'édifice de reconstitution du contentieux contractuel », *JCP A*, n° 29, 24 juillet 2017, 2195.

De même, s'agissant des parties, on a vu ci-avant que les moyens susceptibles d'être invoqués pour remettre en cause la validité ou l'application du contrat sont analysés à travers l'exigence de loyauté, de sorte que les parties se voient également limitées dans leur marge de manœuvre contentieuse.

En définitive, au cours de ces dix-huit dernières années, le Conseil d'État a confirmé le caractère essentiellement jurisprudentiel du droit des contrats administratifs, n'hésitant pas à bouleverser l'ordre établi et les habitudes des praticiens. Cela aura été vrai à toutes les étapes de la vie d'un marché public : de sa qualification à son exécution. Mais c'est particulièrement dans le régime du contentieux applicables aux marchés publics que le juge a redéfini son office. Gageons que la jurisprudence du Conseil d'État sera plus stable au cours des dix-huit prochaines années, sur ce point en tous cas...