

*« La difficulté n'est pas de comprendre les idées nouvelles,
mais d'échapper aux idées anciennes. »*
John Maynard Keynes

Principales abréviations

Revue juridique et ouvrages

AJ	Actualité juridique
AJCA	Actualité juridique. Contrats d'affaires
AJCT	Actualité juridique. Collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique. Droit administratif
Antitrust LJ	Antitrust law journal
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation, de la répression des fraudes
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CLR	Competition Law Review
CMLR	Common Market Law Review
CMP	Contrats et marchés publics
Constr. Urb	Revue Construction. Urbanisme
CP- ACCP	Contrats publics. Actualité de la commande publique et des contrats publics (jusqu'en 2013)
LM. CP	Le Moniteur. Contrats publics (depuis 2013)
D. Recueil Dalloz Dr. adm.	Revue de droit administratif
ECJ	European Competition Journal
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Cne	La Gazette des communes
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
JCP A	La Semaine juridique, édition administration et collectivités territoriales
JCP E	La Semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	La Semaine juridique, édition générale
JCP G	La Semaine juridique, édition notariale et immobilière
JDE	Journal de droit européen
JO	Journal officiel de la République française

JOUE (ex JOCE)	Journal officiel de l'Union européenne (ex Journal officiel des Communautés européennes)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Mon. TP	Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment
MP	Marchés publics
PUF	Presses universitaires de France
RA	La revue administrative
RDI	Revue de droit immobilier
RDC	Revue des contrats
RD publ.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État
RF adm. publ.	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen

Autres abréviations

Aff.	affaire
Art.	article
CCP	Code de la commande publique
CPC	Code de procédure civile
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
C. voirie rout.	Code de la voirie routière
COJ	Code de l'organisation judiciaire
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
Civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Com.	chambre commerciale de la Cour de cassation

Crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. plén.	chambre plénière de la Cour de cassation
Cass. req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cdt	considérant
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
DAJ	direction des affaires juridiques
Déc.	décision
EPCI	établissement public de coopération intercommunale
HLM	habitations à loyer modéré
not.	notamment
p.	page
pt	point
Rép. min.	réponse ministérielle
SA	société anonyme
SEM	société d'économie mixte
SEMOP	société d'économie mixte à opération unique
SNCF	Société nationale des chemins de fer
Soc.	chambre sociale de la Cour de cassation
SPL	société publique locale
SPLA	société publique locale d'aménagement
TA	tribunal administratif
T. com.	tribunal de commerce
TGI	tribunal de grande instance
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPICE	tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. UE	tribunal de première instance de l'Union européenne
TUE	Traité de l'Union européenne UE Union européenne

Les recours du candidat évincé contre le contrat de la commande publique de droit privé

Introduction

1. Le Professeur Karpenschif a pu parler de « *haro sur les contrats de droit privé de la commande publique* », après la QPC du 2 octobre 2020 du Conseil constitutionnel¹ qui reconnaît la constitutionnalité des recours contre ces contrats particuliers². S. Hul a pu ironiquement évoquer un choix entre « *le droit au recours effectif ou le droit au recours est fictif ?* »³. Le Professeur Bourdon quant à lui a énoncé que les juges se sont vêtus des « *habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique* »⁴.
2. C'est que les « *contrats privés de la commande publique* »⁵ disposent eux aussi de voies de recours particulières, pour préserver les droits des soumissionnaires, et garantir l'effet utile des règles européennes et françaises de la commande publique.
3. Tout d'abord dire qu'un contrat est de droit privé, ou alors administratif, ne va pas de soi. En effet, même si le doyen Vedel, dans sa note sous l'affaire *Giry* a pu évoquer l'idée selon laquelle « *droit administratif et droit civil sont deux ordres juridiques non seulement différents mais absolument impénétrables l'un à l'autre* »⁶, le Professeur Eckert rappelle que si « *l'existence de contrats de droit privé de la commande publique est certes une chose curieuse – qui frise l'oxymore – elle n'en est pas moins une situation traditionnelle* »⁷. D'ailleurs, le Professeur Ubaud-Bergeron, a pu mettre en exergue le fait que « *le droit de la commande publique est le résultat d'une lente convergence du droit français vers ce droit de l'Union européenne rompant avec nos distinctions classiques fondées sur la différence entre contrats privés et contrats administratifs [...]* »⁸.
4. Historiquement, le contrat est envisagé et présenté comme un acte de droit privé⁹. Ceci explique que, jusqu'à l'abandon de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion, tous les contrats de l'administration étaient considérés comme des actes de droit privé¹⁰, c'est-à-dire comme des contrats de droit commun relevant de la compétence des juridictions judiciaires¹¹. Il a fallu le travail doctrinal de systématisation de Péquignot ou De Laubère, puis de Moderne et Delvolvé pour mettre en exergue l'existence d'un droit propre aux contrats conclus par les personnes publiques. Plus récemment encore, la doctrine a tenté de souligner l'influence des contrats administratifs sur les contrats privés et inversement¹². Ainsi, par nature, le « droit des obligations » dépasse notre dichotomie juridictionnelle.
5. Sans rentrer dans le débat doctrinal opposant l'École de Strasbourg à celle de Montpellier¹³, l'identité administrative ou privée du contrat n'est pas quelque chose d'évident. En effet, l'identité administrative ou privée du contrat résulte d'une technique juridique bien définie. Il s'agit d'abord d'étudier l'existence ou non

¹ QPC, 2 octobre 2020, n° 2020-857

² M. Karpenschif « Haro sur les contrats de droit privé de la commande publique », *Actualité juridique, Droit administratif*, 30 novembre 2020, n° 40, p. 2281

³ S. Hul, « Commande publique : le droit au recours effectif ou le droit au recours est fictif ? », *La Semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, 16 novembre 2020, n° 46

⁴ P. Bourdon, « Les habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2021, n° 126, p. 227-236

⁵ Expression empruntée au Professeur Richer dans L. Richer, F. Lichère., *Droit des contrats administratifs*, 10e éd., LGDJ, Paris, 2016

⁶ Note au *JCP 1953.II.7371* sous T. civ. de la Seine, 28 novembre 1952, *Giry*

⁷ G. Eckert, Faut-il « administrativiser » les contrats privés de la commande publique ?, *Contrats et marchés publics*, Lexis Nexis, janvier 2021, n° 1

⁸ M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, 2016, p. 218

⁹ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e édition, 2022

¹⁰ F. Brenet, *Les contrats de droit privé des personnes publiques*, *AJDA*, 2021, 02, pp.76

¹¹ A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ 1956, t. 1, spéc. pp. 29-30 ; G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945, spéc. pp. 28-30

¹² P. Delvolvé, *Les nouvelles dispositions du Code civil et le droit administratif*, *RFDA*, p. 613 ; La dualité des normes, le cas des contrats, *RDP*, p. 11. ; J. Antipapas, *Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats. Réflexion sur l'identité contractuelle française*, *AJDA*, p. 1620. ; C. Gilles, *La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ?*, *Contrats-Marchés publ.*, étude 2 ; P.-Y. Gahdoun et M. Ubaud-Bergeron, *Regards publicistes sur la réforme du droit des contrats*, *BJCP*, n° 108, p. 317. ; R Carrin, H. Mermech et C. Radafshar, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats : quels enseignements pour le droit des contrats administratifs ?*, *BJCP*, n° 108, p. 326

¹³ H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2^e édition, 2022

d'une qualification légale, avant d'appliquer des critères jurisprudentiels¹⁴. Par exemple, l'article L. 6 du code de la commande publique dispose que « *s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs* ». Néanmoins, comme le rappelle le Professeur Brenet « *il ne faut pas oublier que les contrats des personnes publiques sont, de nos jours encore, présumés de droit privé puisqu'il n'existe pas en matière contractuelle une solution équivalente à celle qui prévaut pour la qualification des actes unilatéraux de l'administration. En effet, alors que les actes unilatéraux des personnes publiques sont en principe administratifs, pour la seule raison qu'ils sont édictés par une personne publique*¹⁵, les contrats conclus par les personnes publiques sont considérés comme des contrats de droit privé sauf à ce qu'un texte ou l'application des critères jurisprudentiels du contrat administratif conduisent à les qualifier d'administratifs »¹⁶.

6. D'ailleurs, les contrats de la commande publique ne sont pas réservés aux personnes publiques. La définition du code de la commande publique a été victime de la « vision décapante »¹⁷ du droit européen¹⁸ : « *sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques* »¹⁹. À la différence des personnes publiques, les personnes privées ne sont, en principe, des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique que si elles remplissent les conditions prévues par le 2° ou le 3° de ce même article. De même, ne sont des entités adjudicatrices que celles remplissant les conditions prévues par l'article L. 1212-1 du même code. Autrement dit, en principe, les personnes privées ne sont pas soumises au Code de la commande publique. Ainsi, un comité d'entreprise n'est pas un pouvoir adjudicateur, quand bien même la personne morale dont il relève revêt quant à elle cette qualité²⁰. Sous réserve de certaines hypothèses, ne sont donc pas soumis, en principe, au Code de la commande publique, en tant qu'acheteur : les sociétés commerciales, les associations, les groupements d'intérêt économique²¹, les personnes privées délégataires de service public, y compris pour les contrats conclus pour l'exécution de leur mission²²...etc.
7. Néanmoins, les pouvoirs adjudicateurs²³ peuvent certes être des personnes morales de droit public, mais également « *les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur* », ainsi que « *les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun* »²⁴. Sont par exemple concernés, les Sociétés privées d'Habitation à loyer modéré (HLM), les Sociétés d'économie mixte (SEM)²⁵ même si elles poursuivent un but industriel et commercial (puisque'on considère que la SEM est créée pour des besoins autres qu'industriel et commercial, sa finalité première n'est pas de faire des bénéfices²⁶)²⁷, les sociétés publiques locales (SPL)²⁸, le Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'un hôpital²⁹, CDC Habitat³⁰, le comité d'organisation des jeux olympiques Paris

¹⁴ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022 ; voir également sur ce F. Lichère, L'évolution du critère organique du contrat administratif, *RFDA*, 2002, 341 ; TC, 2 mars 1970, Sté Duvoir, Lebon 885

¹⁵ CE, 6 déc. 1907, n° 04244, Compagnie des Chemins de fer de l'est, Lebon 913, concl. J. Tardieu

¹⁶ F. Brenet, Les contrats de droit privé des personnes publiques, *AJDA*, 2021, 02, pp.76

¹⁷ Expression empruntée au Professeur Prieto à propos de l'indifférence du droit de la concurrence au regard du secteur public (cours de Droit de la concurrence du Master 2 - Droit public des affaires)

¹⁸ Pez T., Le contentieux contractuel au croisement du droit national et du droit de l'Union européenne, *Revue Juridique de l'Ouest*, pp. 55-71

¹⁹ Article L. 2 du code de la commande publique

²⁰ Soc., 4 avr. 2018, n° 18-70.002

²¹ Rép. min. n° 30350 : JO Sénat 5 avr. 2001, p. 1178

²² Rép. min. n° 23490 : JOAN 5 juill. 1999, p. 4163 ; CE, 29 sept. 2010, Sté Les courriers automobiles picards

²³ Pour plus de précisions voir l'annexe II (recherches dans le cadre du stage sur la notion de pouvoir adjudicateur)

²⁴ Article L. 1211-1 du code de la commande publique ; sur cette qualification voir l'annexe 2

²⁵ Com. 21 juin 2016, Sté De Giorgi, n°14- 23.912 même si elle poursuit aussi un but industriel et commercial ; CDBF 3 déc. 2021, no 254- 861

²⁶ TA Nancy, 29 juillet 2004, SNC Eurovia, 0401119

²⁷ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

²⁸ CE, 14 février 2023, n°460527 ; TA Nantes, 1er février 2023, n°2001624

²⁹ TGI Carpentras, 5 avr. 2017, no 17/ 00018, mais voir Soc., Arrêt n° 530 du 28 mars 2018, Pourvoi n° 16-29.106 qui retient la solution inverse

³⁰ Com, 11 janvier 2023, n° 21-10.440

2024³¹, ou encore les caisses de sécurité sociale au niveau local³². À titre illustratif, très récemment le Tribunal administratif de Martinique a rappelé que le référé précontractuel visant l'annulation d'une procédure d'appel d'offres lancée par une SEM, qui agit en tant que personne morale de droit privé pour son propre compte, doit être introduit devant le juge judiciaire, car il s'agit d'un marché privé³³. Il en est de même pour un référé contractuel dirigé contre un marché passé par une société anonyme d'habitation à loyer modéré³⁴. Le Conseil d'Etat a également reconnu que sont des contrats privés de la commande publique, certains contrats conclus par les sociétés publiques locales³⁵. Il est encore possible de citer le cas d'un Groupement de coopération sanitaire³⁶.

8. Encore, ces personnes privées, peuvent appliquer volontairement les règles de passation ou d'exécution prévues par le code de la commande publique, à des contrats qui n'y sont pas soumis sinon³⁷. Néanmoins, la soumission volontaire d'un contrat aux règles de passation du Code de la commande publique n'a pas d'incidence sur la qualification de ce contrat³⁸. Il en est d'ailleurs de même si des dispositions législatives ou réglementaires renvoient aux règles de passation organisées par le Code de la commande publique³⁹ (ce qui est important, notamment pour les concessionnaires d'autoroutes ou les sociétés HLM).
9. Un autre cas de figure de personnes privées pouvant être soumises aux règles de la commande publique sont les entités adjudicatrices, qui se définissent comme des pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateurs de réseaux, ou bien lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateurs de réseaux, ou encore lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci⁴⁰. Par exemple, il a été reconnu cette qualification, malgré leur qualité de personnes privées, à la société La Poste⁴¹, une société d'aménagement touristique⁴², EDF⁴³, ou encore à la SNCF⁴⁴.
10. Enfin, une personne privée peut être soumise au code de la commande publique si ses contrats « *sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur* » et que les conditions suivantes sont réunies : d'abord, la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens et que l'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes : soit activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° de l'article L. 1111-2 ; soit travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ; soit prestations de services liés aux travaux susmentionnés⁴⁵.
11. Par ailleurs, le législateur peut directement lui-même donner compétence au juge judiciaire, tel est notamment le cas, sur le fondement de l'article 136 du décret du 17 mai 1809, des conventions, originellement appelées affermage de droits de place, par lesquelles une commune confie à un concessionnaire la gestion d'une halle ou d'un marché⁴⁶.

³¹ TA Montreuil, 16 novembre 2022, n°2207258

³² TA Paris, 16 octobre 1998, Médéric Prévoyance, n°98-19027 ; TGI Paris, 5 nov. 1998, Médéric Prévoyance c/ Commission des marchés de la caisse nationale Organic BJCP 2000, p. 317, obs. C. Bergeal

³³ TA Martinique, 26 avril 2023, n°2300229

³⁴ TA Martinique, 13 septembre 2022, n°2200512

³⁵ CE, 14 février 2023, n° 460527

³⁶ TGI Besançon, 5 décembre 2006, SARL Cedara Software, n°06/00297

³⁷ CA Fort-de-France, 19 juillet 2022, n°20/00112

³⁸ CE, 14 nov. 1973, Sté du canal de Provence et d'aménagement de la région provençale : Rec. CE, p. 859. — T. confl., 17 déc. 2001, Sté Rue Impériale de Lyon : Dr. adm. 2002, comm. 49, obs. E. Delacour ; BJCP 2002, p. 127, concl. G. Bachelier. — V. aussi, obs. F. Llorens sous T. confl., 20 févr. 2006, n° 3498, Duval c/ Bureau d'études techniques BERIM : Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 110

³⁹ CAA Paris, 5 déc. 2006, n° 04PA02610, Sté F2 Eaux Concepts : le marché passé par une société d'économie mixte constitue un contrat de droit privé «alors même que ce marché était soumis, conformément aux dispositions de l'article L. 481-4 du Code de la construction et de l'habitation dans sa rédaction alors applicable, aux principes de publicité, de mise en concurrence et d'exécution prévus par le Code des marchés publics » ; TA Lyon, 19 février 2023, n°2008926

⁴⁰ Article L. 1212-1 du code de la commande publique

⁴¹ Com., 26 mai 2009, Société Neuf cegetel c. La Poste ; voir plus récemment TA Bastia, 7 février 2023, n°2300354

⁴² Rapport d'observation de la Cour des comptes sur la SATA - Exercices 2014 à 2019

⁴³ Com., 27 janvier 2021, 18-20.783

⁴⁴ Com., 24 juin 2008, SNCF c. SFR

⁴⁵ Article L. 2100-2 du code de la commande publique

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n° 12-18.180, Commune de Sancoins ; Civ. 1^{re}, 14 nov. 2018, n° 17-28.464 ; Civ. 1^{re}, 26 avr. 2017, n° 16-10.500

12. Comme le met en exergue Maître Jarroux, « *personnes publiques et personnes privées relevaient jusqu'à récemment de législations indépendantes puisque les premières étaient soumises au code des marchés publics, tandis que les secondes étaient régies par l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* »⁴⁷. Cette dichotomie a pris fin avec l'entrée en vigueur le 1er avril 2019 du code de la commande publique qui a réuni au sein du même code ces contrats administratifs et privés, ce qui nécessite de les soumettre (avec d'importantes réserves) au même régime juridique, et donc aux mêmes voies de recours. De plus, l'ordonnance n°2019-738 du 17 juillet 2019⁴⁸ et le décret n°2019-1419 du 20 décembre 2019 relatif à la procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires entrés en vigueur le 1er janvier 2020 ont largement impacté les référés précontractuels et contractuels judiciaires. Par voie de conséquence, comme le rappelle le Professeur Ubaud-Bergeron : « *dans l'ombre du contentieux administratif des marchés publics, se construit peu à peu une jurisprudence judiciaire de la commande publique* »⁴⁹. Ceci est d'ailleurs visible puisque si les règles de fond se situent dans le même code, les règles contentieuses sont éparpillées dans de nombreux textes. En effet, l'article 24 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 a abrogé l'article 24 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 qui encadrait le référé précontractuel contre les contrats privés de la commande publique passés par des pouvoirs adjudicateurs, et l'article 33 du même texte qui prévoyait la même action contentieuse concernant les entités adjudicatrices.
13. Ainsi, il ne s'agira pas ici d'étudier les contrats de droit privé que peuvent conclure les personnes publiques (comme les conventions d'occupation du domaine privé ou bien la cession de biens publics), ni les contrats administratifs, mais bien uniquement les contrats de droit privé de la commande publique. Autrement dit, **les contrats qui respectent la définition de la commande publique (au sens de l'article L. 2 du code de la commande publique), mais pour lesquels manque le critère organique de l'article L. 6 du code de la commande publique. Sont donc des contrats privés de la commande publique, « les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante[, personne privée], pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques »⁵⁰. Demeure ainsi inchangée la solution selon laquelle le contrat conclu par une personne privée qualifiable de pouvoir adjudicateur avec une autre personne privée est en principe un contrat de droit privé⁵¹. **Sont aussi de tels contrats, ceux conclus par des personnes publiques, mais qui bénéficient d'une qualification législative leur donnant la qualité de contrat de droit privé.****
14. Par ailleurs, certaines distinctions contentieuses entre les contrats administratifs et privés, et non des moindres demeurent⁵², bien que le Professeur Delvolvé, dénonçait il y a déjà près de vingt ans, l'absence de « *pertinence de cette distinction et de ses conséquences contentieuses en ce qui concerne les marchés publics dès lors que l'extension de cette catégorie et l'unification de son régime ne permet plus guère de justifier la dualité de son contentieux* »⁵³.
15. D'une part, les contrats conclus par les personnes publiques seront globalement (sous réserve des qualifications textuelles et les critères jurisprudentiels) des contrats administratifs, tandis que les contrats conclus par les personnes privées seront globalement (sous réserve des qualifications textuelles et de techniques jurisprudentielles comme celles de l'association transparente, ou bien du mandat) de droit privé. Il en résulte que le juge qui connaîtra des recours contre ces contrats sera soit celui judiciaire (Tribunal judiciaire, voire même le Tribunal de commerce⁵⁴) ou bien celui administratif (Tribunal administratif⁵⁵)⁵⁶.
16. Pour protéger les règles qui régissent ces contrats singuliers, des voies de recours particulières devant le juge judiciaire, à l'instar de ce qui existe devant le juge administratif, sont mises en place. La notion de

⁴⁷ Me Jarroux, L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question, *Revue Lamy droit des affaires*, No 165, 12/2020

⁴⁸ Ord. n° 2019-738 du 17 juillet 2019 prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

⁴⁹ M. Ubaud-Bergeron, Le juge judiciaire et la « commande publique », *RFDA*, 2013

⁵⁰ Article L. 2 du code de la commande publique

⁵¹ CE, 24 juin 2011, Sté Atexo ; A. De Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t. 1, p. 55 ; plus récemment CAA Bordeaux, 6 décembre 2022, n°22BX02767 ; CAA Bordeaux, 06 décembre 2022, n°22BX02767

⁵² Sur l'articulation des règles de droit privé et de droit public pour les contrats publics relevant du juge judiciaire voir G. Clamour et P. Marcou, Quand la Cour de cassation refuse toute correction du lien contractuel, *AJDA* 2019. 207

⁵³ P. Dévolvé, Vers l'unification du droit des « marchés publics » ?, in Mél. Drago : *Economica*, 1996, p. 239

⁵⁴ Voir en ce sens CA Paris, 26 juin 2020, SARL Maroni Transports et Liaisons contre SA Électricité de France et SARL Guyanaise de transport international, RG 20/00861 ; Civ 2è, 4 juillet 2007, n°06-01245 faisant application de l'article L. 721-3 du code de commerce

⁵⁵ Article L. 311-1 du code de la justice administrative

⁵⁶ En application de l'adage « la compétence suit le fond » (TC, 8 février 1873, Blanco ou article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790)

recours, qui provient du latin *recursus* (issu de *recurrere*, qui veut dire « revenir en courant »), signifie « en un sens vague et général, tout droit de critique ouvert contre un acte, quelles que soient la nature de cet acte (décision administrative ou juridictionnelle, etc.) et la qualité de l'autorité de recours (juridiction ou autorité administrative, etc.) »⁵⁷. Un autre sens est « synonyme de voies de recours, [et] englobe, en ce sens, toutes les voies de recours »⁵⁸. Un dernier sens proposé par le Dictionnaire juridique Cornu est « non le droit de recours, mais l'acte par lequel celui-ci est exercé. (V. appel, opposition, tierce opposition, pourvoi en cassation, requête) »⁵⁹. Dans la présente étude, sera retenu ce second sens, il s'agira d'étudier l'ensemble des voies de droit ouvertes à un concurrent évincé, devant le juge, afin de remettre en cause la validité d'un contrat de droit privé de la commande publique, sa procédure de passation, ou d'obtenir une indemnisation.

17. Pour reprendre les propos du Professeur Hoepffner « [é]tymologiquement, le contentieux désigne ce qui est susceptible d'être discuté devant une juridiction. Juridiquement, il renvoie, *stricto sensu*, à la manière de résoudre un litige. Il désigne les contestations donnant lieu à une instance devant une juridiction. *Largo sensu*, il renvoie à la matière objet du litige. Il désigne les contestations susceptibles de naître à l'occasion de la formation ou de l'exécution d'un contrat, que ces contestations débouchent ou non sur une procédure juridictionnelle. Étudier le contentieux revient donc à étudier les procédures juridictionnelles ou non de règlement des litiges »⁶⁰. En effet, c'est que le contrat de la commande publique n'est pas le « monde clos » des parties : il est « autre chose qu'un accord de volontés » au sens du droit civil⁶¹, pour reprendre les termes d'I. Hasquenoph⁶².
18. À ce titre, le droit au recours est protégé par de nombreux textes, et notamment par le droit d'accès au juge qui peut se définir comme un ensemble de droits assurant l'effectivité des garanties procédurales du procès équitable, qui comporte deux volets. Le premier de ces volets est le droit d'accès à un tribunal, c'est-à-dire le droit de soumettre sa cause à un organe ayant pour fonction de trancher des litiges sur la base de règles de droit au terme d'une procédure déterminée. En droit interne, ce volet est un principe général⁶³, ainsi qu'un principe de valeur constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel⁶⁴. En droit international, ce volet est un principe général du droit communautaire⁶⁵ et un droit conventionnel⁶⁶. Le second volet est le droit à l'exécution des décisions de justice, en d'autres termes le droit de bénéficier, de manière effective et rapide, des effets du jugement rendu par le tribunal⁶⁷.
19. En terme textuel, on retrouve la notion de droit à un recours effectif à l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH)⁶⁸. Bien que cette disposition soit souvent éclipsée par l'article 6§1 de la même convention, en matières civile et pénale, elle revêt une certaine importance en matière administrative. L'idée de recours effectif implique donc qu'un recours soit susceptible de produire un résultat favorable pour le demandeur.
20. On retrouve également la notion de droit à un procès équitable⁶⁹, puisque le droit à un procès équitable, qui implique à la fois le droit à un juge indépendant et impartial, le droit à un jugement rendu à la suite d'une procédure contradictoire et le droit à l'exécution de ce jugement. Ce droit se retrouve aussi protégé par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁰.
21. Le droit procédural vient donc en soutien du droit substantiel, puisqu'ainsi que le rappelle le juge européen, le droit interne se doit de préserver la primauté et l'effet utile des règles européennes de commande

⁵⁷ G. Cornu, Vocabulaire Juridique, Editions PUF, 14ème édition

⁵⁸ *ibid.*

⁵⁹ *ibid.*

⁶⁰ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2è édition, 2022

⁶¹ G. Péquignot, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Montpellier, 1945, p. 572.

⁶² I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence. Volume 206, Dalloz

⁶³ CE, 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte

⁶⁴ DC, 9 avril 1996, Statut de la Polynésie française, n° 96-373

⁶⁵ CJCE, 15 mai 1986, Johnston, Affaire 222/84

⁶⁶ CEDH, 21 février 1975, Requête n°4451/70, Golder c. Royaume-Uni

⁶⁷ CEDH, 19 mars 1997, Requête n°18357/91, Hornsby c. Grèce

⁶⁸ Article 13 CEDH : « toute personne dont l'un des droits garantis par la Convention est violé a droit à un recours effectif devant une instance nationale. »

⁶⁹ Article 6§1 CESDH

⁷⁰ Article 16 DDHC

publique (dont la directive Recours⁷¹), notamment en garantissant un accès suffisant au juge⁷². L'effet utile (ou principe d'efficacité⁷³) peut se définir comme « un principe [...] qui exige que chaque élément de la loi ou du contrat trouve une application, un effet juridique, une utilité »⁷⁴. L'effet utile connaît deux degrés⁷⁵. « La version minimaliste de l'effet utile se confond avec le classique argument *ab absurdo*, c'est-à-dire avec l'idée selon laquelle l'auteur d'un texte ne saurait avoir eu en vue un résultat inexistant, inconsistant ou déraisonnable. Doivent donc être exclues les interprétations qui mèneraient à un « résultat absurde »⁷⁶. [...] La Cour n'en est toutefois pas restée à ce degré de l'effet utile. Elle a en effet progressivement consacré le dépassement de l'effet « utile » vers l'effet « nécessaire » ou l'effet « optimum ». Autrement dit, si plusieurs interprétations donnent bien un effet utile à un texte, il convient de choisir celle qui lui donne un effet « maximum » »⁷⁷. L'effet utile vient ainsi inciter à adopter une interprétation téléologique des règles qui sont étudiées ou invoquées⁷⁸.

22. Or, en matière de commande publique le droit de la concurrence a largement pénétré la matière⁷⁹, cherchant toujours plus à préserver la compétition entre candidats. Ainsi, existe-t-il des principes généraux, qui doivent donc inspirer les juges dans leur interprétation des règles au cours des contentieux. Tel est le cas des règles fondamentales du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, qui impliquent une obligation de transparence et la mise en œuvre de mesures de publicité et de mise en concurrence adéquates s'appliquent aux marchés publics même si, du fait de leur montant, ils ne relèvent pas des directives⁸⁰. On retrouve également ici les grands principes de la commande publique : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »⁸¹. Le juge judiciaire n'hésite d'ailleurs pas à en faire application⁸², et ce même avant leur reconnaissance en tant que principe constitutionnel⁸³ en 2003⁸⁴. Cependant, pour que ces principes soient mis en œuvre, ils doivent recevoir une protection suffisante par les juges, qui disposent de la *jurisdictio* et de l'*imperium*, ce qui implique que les requérants puissent les saisir.

23. En outre, la protection des règles de concurrence de la commande publique ont également une visée fondamentalement économique, puisque la procédure de sélection de l'offre aura une influence sur le prix, et pourra être, ou non Pareto optimale⁸⁵, c'est-à-dire un optimum de premier rang en vertu duquel le bien-être d'un individu ne peut être amélioré sans que soit diminué celui des autres⁸⁶. Des économistes ont en effet démontré que le mécanisme d'appel d'offres ne conduit plus forcément à sélectionner le meilleur candidat (le moins-disant ou le mieux-disant) mais celui qui a le plus confiance dans son pouvoir de renégociation⁸⁷. Ainsi, la renégociation des contrats tend à réduire, voire à faire disparaître, les bienfaits des procédures concurrentielles d'attribution⁸⁸. De fait, permettre de contester des contrats conclus sans respecter les règles de commande publique, permet également de préserver leur efficacité, en évitant toute forme de collusions, par exemple.

⁷¹ Directive européenne 2007/66/CE du 11 décembre 2007

⁷² CJCE, Commission c / Allemagne du 18 juillet 2007, aff. C-503/04, RFDA 2007

⁷³ A. Sériaux l'appelle le « principe d'efficacité », *Manuel de droit des obligations* [2006], Puf, « Droit fondamental », 3e éd., 2018, § 55, p. 135

⁷⁴ S. Goltzberg, Principe de l'effet utile et sophisme de l'homme de paille : droit talmudique et droit français, *Droits 2019/2* (n° 70), pages 237 à 251, Cairn

⁷⁵ D. Simon, Répertoire de droit européen, Méthodes d'interprétation, Techniques interprétatives, Novembre 2021, Dalloz

⁷⁶ V. par ex. CJCE 12 juill. 1957, Algera, aff. C-7/56 et aff. C-3/57 à C-7/57

⁷⁷ *ibid.*

⁷⁸ *ibid.*

⁷⁹ I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence. Volume 206, Dalloz

⁸⁰ CJCE, 7 décembre 2000, aff. C-324/98, Telaustria et Telefonadress ; CJCE, ord., 3 déc. 2001, Bent Moustén Vestergaard, C- 59/ 00 ; CJCE 14 juin 2007, Medipac- Kazantzidis, C- 6/ 05 ; CJCE 18 déc. 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C- 220/ 06

⁸¹ Article L. 3 du code de la commande publique

⁸² Com., 13 avril 2023, 20-22.095 ; CA Rennes, 2ème Chambre, Arrêt du 19 mars 2021, n° 17/08002

⁸³ TGI Paris, réf., 5 nov. 1998, Médéric Prévoyance c/ Commission des marchés de la caisse nationale Organic BJCP 2000, p. 317, obs. C. Bergeal

⁸⁴ DC, 26 juin 2003, n°2003-473

⁸⁵ Voir les débats soulevés par M. Friedman [1964], V. Smith [1966], Harris et Raviv [1981], ou Chari et Weber [1992]

⁸⁶ A. Benassy- Quéré et alii, Politique économique, 3e éd., De Boeck, 2012, nbp n° 4, p. 26.

⁸⁷ Voir Athias L. et A. Nuñez (2008) : « Winner's Curse in Toll Road Concessions », *Economics Letters*, vol. 101, n° 3, décembre, pp. 172-174

⁸⁸ Guasch J-L. (2004) : *Granting and Renegotiating Infrastructure Concession : Doing It Right*, The World Bank

24. À ce titre, les premiers concernés par ces règles sont les concurrents évincés. Or, la qualification de concurrent évincé, qui est le sujet de protection du droit au recours de la présente étude, est reconnue à « *tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable* »⁸⁹, confirmant le raisonnement déjà esquissé par certaines cours administratives d'appel⁹⁰. Cette définition ne semble pas avoir été reprise *in extenso* par le juge judiciaire⁹¹. Ainsi, la notion est large, allant une nouvelle fois dans le sens d'une protection *in concreto*, soutenue par l'effet utile, des règles de la commande publique.
25. Un cas de figure spécifique de contrats privés soumis aux règles de la commande publique doit être d'ores et déjà évacué, celui du sort contentieux de la procédure de passation menée par un groupement de commandes lorsque celui-ci est composé à la fois de personnes publiques et de personnes privées. Le Tribunal des conflits s'est en effet spécifiquement penché sur la question⁹², jugeant que « *dans le cadre d'un groupement de commandes constitué entre des acheteurs publics et des acheteurs privés en vue de passer chacun un ou plusieurs marchés publics et confiant à l'un d'entre eux le soin de conduire la procédure de passation, et où, l'un des acheteurs membres du groupement étant une personne publique, le marché qu'il est susceptible de conclure sera un contrat administratif par application de l'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le juge du référé précontractuel compétent pour connaître de la procédure est le juge administratif* »⁹³. De même, à la lecture des dernières décisions rendues en la matière⁹⁴, il semble que la compétence juridictionnelle pour les litiges relatifs à la passation d'un accord-cadre est déterminée au vu des besoins auquel un marché répond, lorsqu'un unique contrat est conclu pour répondre aux besoins de plusieurs acheteurs⁹⁵, et en fonction de la nature des futurs marchés à passer, lorsque ceux-ci sont conclus sur le fondement de l'accord-cadre en cause qui est lui-même conclu à l'issue d'une unique procédure de passation⁹⁶. Le point commun de ces récentes décisions semble être la prise en considération de la qualité de l'acheteur qui *in fine* bénéficiera des prestations objet de la ou des procédures de passation mises en œuvre, pour qualifier cet accord-cadre⁹⁷.
26. Si les dispositions encadrant le contentieux des contrats de la commande publique de droit privé, mises en place par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, ont été introduites à la fois au sein du Code de procédure civile (articles 1441-1 et s. du code de procédure civile), et du Code de la justice administrative (articles L. 551-1 et s. du Code de la justice administrative), des divergences demeurent, notamment du fait de l'approche différente du juge judiciaire des contrats de la commande publique, et de l'existence de régimes distincts⁹⁸.
27. Si l'on retrouve les référés précontractuels et contractuels, le recours en nullité et les actions en responsabilité contre le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, devant les deux ordres, un recours particulier demeure propre aux juridictions administratives : le recours Tarn-et-Garonne⁹⁹. Or, c'est justement l'un des moyens qui fut soulevé devant le Conseil constitutionnel, afin de soutenir le caractère inconstitutionnel de cette restriction contentieuse, qui porterait atteinte au droit à un recours effectif, et au principe d'égalité devant la loi¹⁰⁰. Argument qui n'a pas pourtant pas été retenu par le Conseil.
28. Ainsi, pour reprendre Maîtres Le Bouedec et Morice, « *un opérateur souhaitant contester la procédure de passation d'un contrat d'une entité adjudicatrice de droit privé voit se dresser quelques pièges contentieux.*

⁸⁹ CE, 11 avril 2012, n° 355446, avis, Société Gouelle

⁹⁰ CAA Nantes, 16 déc. 2010, *Cne d'Epron*, req. n° 09NT02195

⁹¹ voir cependant Com., 23 oct. 2012, Sté Dalkia France, n°11- 23.521 ou Com. 7 mai 2019, n°17- 21.498 ; Com. 13 oct. 2021, n°19- 24.904

⁹² M. Amilhat, Groupement de commandes, dualisme juridictionnel et référé précontractuel, Le Tribunal des conflits brouille un peu plus les pistes !, *AJDA* 2022 p.985

⁹³ TC, 10 janvier 2022, n° 4230

⁹⁴ P. Limousin et A. Layrisse, Fasc. 90 : Spécificités des marchés des entités adjudicatrices, Lexis Nexis

⁹⁵ T. confl., 13 sept. 2021, n° C4224

⁹⁶ T. confl., 10 janv. 2022, n° 4230

⁹⁷ P. Limousin et A. Layrisse, Fasc. 90 : Spécificités des marchés des entités adjudicatrices

⁹⁸ F. Llorens et P. Soler- Couteaux, « Les contrats de la commande publique à l'épreuve de la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit privé », *Rev. CMP févr. 2018*. 2. ; M. Ubaud- Bergeron, « Le juge judiciaire et la "commande publique" », *RFDA* 2013. 531

⁹⁹ CE, 4 avril 2014, Dpt Tarn-et-Garonne, 358994

¹⁰⁰ P-Y. Gahdoun et M. Ubaud-Bergeron, Première QPC pour le droit de la commande publique : une occasion manquée ?, Note sous Conseil constitutionnel, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857 QPC, *AJDA* 2021

C'est en particulier un double écueil qu'il convient d'éviter puisque la présence d'une entité adjudicatrice limite les pouvoirs du juge, tandis que la saisine de la juridiction judiciaire implique un formalisme précis »¹⁰¹. En effet, les pouvoirs du juge judiciaire changent selon qu'il est question d'un pouvoir adjudicateur ou bien d'une entité adjudicatrice, et les règles de la procédure civile s'appliquent.

29. Il faut noter que « *cette compétence n'est sans doute pas de nature à mener le juge judiciaire sur des terres inconnues* », ainsi que le met en exergue le Professeur Ubaud-Bergeron¹⁰². Premièrement, il est habitué à traiter des affaires pénales liées aux contrats de la commande publique, en particulier des délits tels que l'octroi d'avantages injustifiés, communément connus sous le nom de « favoritisme ». De plus, il convient de souligner que l'ordonnance du 6 juin 2005 n'était pas le premier texte à inclure des obligations de publicité et de mise en concurrence pour les entités privées non soumises au code des marchés publics. Certains marchés, en particulier ceux relatifs aux travaux publics, conclus par des organismes de droit public tels que les sociétés d'économie mixte, étaient déjà soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence en vertu de la loi du 3 janvier 1991 sur la transparence et la régularité des procédures de marchés, de la loi du 11 décembre 1992 sur la passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, ainsi que de l'article 48-1 de la loi du 29 janvier 1993 sur la prévention de la corruption et la transparence de la vie économique et des procédures publiques. **Dans cette optique, les contrats privés de la commande publique amènent également à se questionner sur la définition du « secteur public »**¹⁰³.
30. Au fond comme le souligne le Professeur Eckert dans son article « Faut-il administrativiser les contrats de droit privé de la commande publique ? », la question demeure aussi celle de l'intérêt de limiter les prérogatives de puissance publique. Et celui-ci de rappeler la citation de Jean Waline, selon laquelle « *l'on doit limiter au strict minimum indispensable les prérogatives de puissance publique* »¹⁰⁴.
31. Cependant, à ces considérations théoriques peuvent s'opposer d'autres considérations, notamment en termes de praticabilité de cette dichotomie contentieuse. À titre d'illustration, Maître Lafay défend une unification de la compétence : « *il conviendrait donc, à mon sens, de créer un bloc de compétence au profit des tribunaux administratifs pour l'ensemble des contestations relatives aux contrats de la commande publique, et ce d'autant que les juridictions judiciaires appliquent assez strictement les solutions issues des juridictions administratives* »¹⁰⁵.
32. Une autre question qui peut être posée est celle de la distinction de l'approche du juge judiciaire par rapport au juge administratif. En effet, ce dernier est plus enclin à prendre en considération l'intérêt général que le juge judiciaire, ce dont il peut en résulter des solutions divergentes. Il est de ce fait possible de se demander si cet éclatement contentieux ne pourrait pas déboucher sur un « **dialogue des juges** »¹⁰⁶, comme souligne l'adoption de la jurisprudence Smirgeomes par le juge judiciaire.
33. **Il existe donc deux difficultés majeures : la transposition partielle des recours contre les contrats administratifs aux contrats de droit privé de la commande publique en l'absence de recours Tarn-et-Garonne devant le juge judiciaire, ainsi qu'une application particulière du droit de la commande publique par celui-ci.**
34. Comme le rappelle le Professeur Ubaud-Bergeron, « *loin de constituer un simple miroir du contentieux administratif, la jurisprudence judiciaire de la commande publique révèle une part d'originalité et d'adaptation du juge judiciaire à un contentieux qui ne lui était à l'origine pas familier. Au-delà des différences et rapprochements jurisprudentiels, inhérents à notre dualisme juridictionnel, ressort de ce contentieux le sentiment d'un effacement partiel de la distinction des contrats administratifs et des contrats privés : soumis en partie à des règles de passation équivalentes, relevant de procédures juridictionnelles identiques, poursuivant un objectif comparable de transparence et de libre concurrence, est-il encore vrai*

¹⁰¹ P. Le Bouedec et É. Morice, La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve, *Revue contrats publics* - N° 110 - Mai 2011, Moniteur Juris

¹⁰² M. Ubaud-Bergeron, « Le juge judiciaire et la « commande publique » », *RFDA* 2013. 531

¹⁰³ Sur la notion voir P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 01/2021 - 2^e édition, Dalloz ou S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 6^e éd., LGDJ, coll. « Domat droit public », 2018

¹⁰⁴ J. Waline, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, Mél. J. Ghedin : Dalloz, 2001, p. 978

¹⁰⁵ Me Lafay, [Au plus près des TA...] L'excès du juge du référé et de la portée de l'arrêt Smirgeomes, *Achat public.com*

¹⁰⁶ Pour reprendre l'expression de Louis Favoreu

que « la formation des contrats administratifs comporte en ce qui concerne le choix du cocontractant, des éléments de particularisme »¹⁰⁷ »¹⁰⁸.

35. En outre, une incohérence juridique peut-être soulevée au regard de la QPC du 2 octobre 2020¹⁰⁹. En effet, le Conseil pour justifier l'absence de recours Tarn-et-Garonne aux contrats privés souligne que ces contrats ne sont pas placés dans la même situation et que leur finalité divergent, mais en même temps refuse de reconnaître la nécessité de soumettre ces contrats à des régimes de référés différents, qui permettraient de mieux garantir l'accès au juge judiciaire. Les contentieux relatifs à la commande publique devant le juge judiciaire ne seraient-ils pas dès lors le reflet d'un **miroir déformant** de ceux devant le juge administratif ?
36. La problématique qu'il est ainsi possible de soulever, et malgré ce qu'énonce le Professeur J. Martin (« *le juge judiciaire est extrêmement attentif à la jurisprudence administrative* »¹¹⁰), est la pertinence du maintien d'une telle dichotomie contentieuse. Les différences existantes entre les contrats de la commande publique de droit privé et de droit public justifient-elles cette dichotomie ? Ou bien ne serait-il pas plus opportun d'unifier le contentieux pour faciliter l'accès au juge, et simplifier la procédure, ce qui permettrait de garantir plus facilement l'effet utile des règles, issues du droit européen, du droit de la commande publique ?
37. En somme, *l'effet utile des règles européennes du droit de la commande publique ne justifierait-il pas la suppression de la dichotomie contentieuse des recours contre les contrats de la commande publique ?*
38. Il s'agira de mettre en exergue l'intérêt d'une unification de la compétence des contentieux de l'urgence (I), puis des contentieux de droit commun (II).
39. La méthodologie retenue dans la présente étude consiste à établir une comparaison des régimes des recours contre ces contrats privés de la commande publique avec ceux administratifs, ainsi que pour leur mise en oeuvre, afin de mettre en exergue les incohérences juridiques et les difficultés pratiques d'accéder au prétoire du juge judiciaire, justifiant une unification de ce contentieux devant les juridictions administratives.

I-Le contentieux de l'urgence : une application originale du régime des référés à des contrats privés de la commande publique singuliers

40. Comme le souligne Maître Jarroux, il est nécessaire de « *permettre une intervention rapide et efficace du juge, [mais] les référés ouverts devant le juge judiciaire se prêtent peu au contentieux des contrats de la commande publique, en particulier s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qu'il s'agisse du référé précontractuel ou du référé contractuel* »¹¹¹.
41. En effet, l'ordonnance n° 2009-515 de 2009, prise pour la transposition de la directive européenne du 11 décembre 2007, dite « directive Recours », faisant l'obligation aux États membres de créer un recours permettant d'obtenir l'annulation d'un contrat de la commande publique lorsque certains manquements, qu'elles déterminent, ont été commis lors de sa passation, a effectivement conduit à l'institution de procédures identiques de référé précontractuel et contractuel devant les deux ordres juridictionnels. Ces référés de la commande publique, résultant directement de dispositions de valeur législative, reçoivent par principe une application uniforme devant les deux juges sur plusieurs aspects (par exemple le juge administratif et le juge judiciaire exigent du concurrent évincé la démonstration d'un intérêt lésé¹¹²).
42. Les recours en référé précontractuel ont pour objet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat de droit privé relevant du champ de la commande publique (ce qui signifie que, en l'absence de telles obligations, il n'y a lieu à référé)¹¹³. Ils sont régis par les dispositions combinées des articles 2 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515

¹⁰⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, 2^e éd., tome I, p. 584

¹⁰⁸ M. Ubaud-Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique ” », *RFDA* 2013. 531

¹⁰⁹ QPC, 2 octobre 2020, n° 2020-857

¹¹⁰ J. Martin, Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées in Mél. L. Richer : LGDJ, 2013, p. 200

¹¹¹ Me Jarroux, L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question, *Revue Lamy droit des affaires*, No 165, 1^{er} décembre 2020,

¹¹² Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.521, Sté Dalkia ; Cass. com., 13 oct. 2021, n° 19-24.904

¹¹³ TGI Paris, 1^{er} déc. 2011, n° 11/59168, Sté Guyanet c/ Arianespace

du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, et des articles 1441-1 à 1441-3 du Code de procédure civile et L. 211-14, R. 213-5-1 et D. 211-10-2 du Code de l'organisation judiciaire. Il ressort notamment de ces dispositions que de tels recours sont formés, instruits et jugés par des formations spécialisées au sein des Tribunaux judiciaires dont le siège et le ressort sont fixés par une annexe au Code de l'organisation judiciaire. Les référés contractuels n'interviennent que subsidiairement, une fois le contrat conclu, si le requérant n'a pas été mis à même de saisir le juge du référé précontractuel. Ils sont régis par les articles 11 et suivants de l'ordonnance du 7 mai 2009.

43. De plus, l'ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019¹¹⁴ et le décret n° 2019-1419 du 20 décembre 2019 relatifs à la procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires entrés en vigueur le 1er janvier 2020 ont largement impacté le référé précontractuel judiciaire. Les procédures dites « en la forme des référés » et « comme en matière de référé » ont été remplacées, dans le cadre de la réforme, par une procédure « accélérée au fond » (l'alinéa 1er de l'article 1441-1 du Code de procédure civile dispose désormais que « *les demandes présentées en vertu des articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont formées, instruites et jugées selon la procédure accélérée au fond* »)¹¹⁵. Néanmoins, même si l'ordonnance 2009-515 n'a pas été modifiée et qu'elle fait encore mention d'un « référé » précontractuel, il convient en réalité, depuis le 1er janvier 2020, d'initier une procédure accélérée au fond. Il s'ensuit notamment que lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'ordonnance de 2009, le président du Tribunal judiciaire statue en la forme des procédures « accélérées au fond », ce qui rend inapplicables les dispositions du « droit commun » du référé¹¹⁶.
44. Pour reprendre les termes du Professeur Delvolvé¹¹⁷ : « *pour l'essentiel, sous réserve de quelques différences de rédaction d'un cas à l'autre, le régime est le même [entre référés précontractuels et contractuels judiciaires et administratifs]. Mme Ubaud-Bergeron pouvait constater en 2013¹¹⁸ « une identité de raisonnement de la part des juges quant à l'introduction des recours et l'étendue des pouvoirs du juge des référés de la commande publique ». On peut encore le constater aujourd'hui¹¹⁹. Il n'y a pas pour ces référés de différence entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé¹²⁰ ».*
45. Ainsi que le souligne le Professeur Hoepffner : « *l'existence de ce recours devait permettre à la France de satisfaire les exigences du droit de l'Union européenne qui imposent que les concurrents évincés disposent d'un recours autonome, « efficace » et « aussi rapide que possible » lui permettant d'interrompre une procédure de dévolution concurrentielle¹²¹. Néanmoins, les règles jurisprudentielles¹²² encadrant désormais ce recours font aujourd'hui douter de sa parfaite conformité auxdites exigences ».*¹²³

A-Le référé précontractuel des contrats privés de la commande publique, un régime inadapté

1.)Présentation générale

46. Tout comme devant le juge administratif¹²⁴, un référé précontractuel peut être intenté devant le Tribunal judiciaire¹²⁵.
47. Le référé précontractuel en droit privé peut se définir à partir des articles 2 et 5 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique : « *En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution*

¹¹⁴ Ordonnance n° 2019-738 du 17 juillet 2019 prise en application de l'article 28 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹¹⁵ M. Maillot et C. Lavis, La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve - *Revue contrats publics* - N° 214 - Novembre 2020

¹¹⁶ Cass. 2e civ., 4 juill. 2007, n° 06-17.333 : JurisData n° 2007-039996

¹¹⁷ P. Dévolvé, Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn, La scène juridique : harmonies en mouvement, 10/2019 - 1ère édition

¹¹⁸ M. Ubaud-Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique” », *RFDA* 2013. 531

¹¹⁹ Par ex. référé précontractuel : Com. 6 déc. 2016, Société Prado pathologie et autres, no 15-26.414, à comparer à CE 11 mars 2013, Ministre de la défense, no 364827, inédit au recueil Lebon ; Com. 18 oct. 2017, no 16-16.855

¹²⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, Les obligations, 12e éd., Dalloz, 2018, no 536.

¹²¹ CJCE 12 déc. 2002, Universale Bau, aff. C- 470/ 99 ; CJUE 5 avr. 2017, aff. C- 391/ 15

¹²² CJUE 5 avr 2016, PFE, aff. C- 689/ 13 ; CJUE 24 mars 2021, aff. C- 771/ 19

¹²³ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2è édition, 2022

¹²⁴ Article L. 551-1 du Code de la justice administrative

¹²⁵ Article 2 et 5 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009

de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat. La demande est portée devant la juridiction judiciaire. »

48. Le référé précontractuel a été créé par les directives Recours n° 89/ 665 du 21 décembre 1989 et n° 92/ 13 du 25 février 1992 et introduit en droit français par les lois n° 92-10 du 4 janvier 1992 et n° 93-1416 du 29 décembre 1993. Réformé à plusieurs reprises, notamment par la directive n°2007/ 66 du 11 décembre 2007 transposée par l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 et le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009, il est codifié aux articles L. 551-1 (secteurs classiques) et L. 551-5 (secteurs spéciaux) du code de la justice administrative (CJA) pour les contrats administratifs. Le but de cet outil est d'empêcher la conclusion d'un contrat qui ne respecte pas les règles de publicité et de mise en concurrence. Si un candidat constate une violation de ces règles, il peut demander au juge d'ordonner rapidement les mesures nécessaires pour y remédier avant la signature du contrat. Ainsi, pour reprendre les termes du Professeur Hoepffner, cet outil a une double fonction préventive (empêcher la conclusion du contrat) et curative (garantir le respect des obligations concurrentielles). En conséquence, « *il protège à la fois les concurrents et la concurrence* »¹²⁶. Comme le met en exergue le Professeur Hoepffner, il peut toutefois être compliqué de recourir à cette procédure, puisque « *cela suppose que le juge qualifie le contrat, ce qui peut être délicat au stade précontractuel* »¹²⁷.
49. Le référé précontractuel dirigé contre la passation des contrats privés de la commande publique est ouvert devant le juge judiciaire dans des conditions parfaitement similaires : le juge vérifie que le requérant avait « intérêt à conclure » le contrat¹²⁸ et, a transposé au contentieux judiciaire la jurisprudence Smirgeomes¹²⁹, exigeant que les manquements qu'il invoque soient susceptibles de l'avoir lésé¹³⁰.

2.) Conditions

50. Plusieurs conditions doivent être respectées pour pouvoir agir en référé précontractuel devant le Tribunal judiciaire.

a.) Ratione materiae : un contrat de la commande publique de droit privé

51. Bien évidemment le contrat contesté doit être un contrat de droit privé de la commande publique, les articles 2 et 5 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique vise les « *contrats de droit privé 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* ». Le contrat doit ainsi être un contrat de la commande publique, au sens de l'article L. 2 du code éponyme, et il doit bien sûr être de droit privé.
52. Néanmoins, dans un arrêt du 14 décembre 2011¹³¹, la chambre sociale de la Cour de cassation a, adopté une position divergente de celle du juge administratif, en excluant du champ du référé précontractuel les marchés de services dits « non prioritaires », passés selon une procédure adaptée, au motif que ceux-ci ne seraient pas soumis à des « règles particulières de la commande publique »¹³².

b.) Ratione temporis : absence de signature du contrat

53. Comme pour les recours devant le juge administratif¹³³, le contrat ne doit pas être signé¹³⁴. La Cour de cassation l'a jugé explicitement¹³⁵, considérant que « *les pouvoirs conférés au juge des référés par le texte susvisé ne peuvent être exercés qu'avant la conclusion du contrat* », et la signature, même irrégulière,

¹²⁶ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

¹²⁷ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

¹²⁸ Com. 13 janv. 2017, Société Vespieren et autres, n° 15- 28970.

¹²⁹ Com. 23 oct. 2012, Société Dalkia France, n° 11- 23521 ; voir antérieurement Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.714

¹³⁰ Com. 17 janv. 2018, Société CBST, n° 16- 21995

¹³¹ Soc., 14 déc. 2011, n° 10-20.378, CHSCT Central de l'APHP ; Cass. soc., 16 janv. 2013, n° 11-25.282, CHSCT Centre hospitalier général Jean Rougier de Cahors

¹³² S. Braconnier, P. Peyret et L. Levain, Procédure contentieuse - Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique, *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, Août 2013, 7

¹³³ Article L. 551-1 du Code de la justice administrative ; CE, Sect., 3 nov. 1995, no 157.304, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées

¹³⁴ Article 2 et 5 de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009 ; Com., 10 juillet 2009, GrDF, n° 09-13871 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les pouvoirs conférés au juge des référés par le texte susvisé ne peuvent être exercés qu'avant la conclusion du contrat, le président du tribunal de commerce a excédé ses pouvoirs » ; pour une application récente depuis la réforme de 2009 : TGI Nancy, 28 septembre 2010, Bancel c/ ICF Nord Est.

¹³⁵ Com., 10 juill. 2009, no 09-13.871 ; Com., 7 mars 2018, 16-13.138 et 16-13.455 ; TGI Nancy, 28 septembre 2010, n°10/00490

intervenue avant qu'il ne prenne son ordonnance implique nécessairement le rejet du référé. Cette position a récemment été réitérée¹³⁶. Néanmoins, si la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'entreprise sélectionnée met fin aux pouvoirs du juge saisi en matière précontractuelle sur le fondement des articles 2 à 5 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, elle ne prive, néanmoins, pas d'objet le pourvoi en cassation contestant la décision prise par ce juge avant que cette conclusion n'intervienne¹³⁷. La Cour de cassation s'éloigne donc de la solution retenue par le Conseil d'Etat en la matière¹³⁸.

54. Or, cette obligation peut s'avérer être une véritable course contre la montre pour les concurrents évincés. En effet, le délai de standstill ne s'applique qu'aux contrats qui dépassent les seuils européens¹³⁹, et qui sont donc soumis à une procédure formalisée¹⁴⁰. En effet, il a été jugé que les acheteurs ne sont pas tenus de respecter un délai minimal entre la notification du rejet des offres des candidats et la signature du contrat pour les MAPA¹⁴¹. Cela pose de grosses difficultés pratiques pour saisir le juge.

55. Les articles 4 et 8 de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, disposent simplement que « *le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du juge et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle* », sans que cette interdiction ne soit assortie de sanctions (rappelant ainsi l'article L. 551-4 du CJA). En l'absence d'effet suspensif de la signature du contrat par cette obligation de standstill, ou en l'absence totale de standstill pour certains types de contrats, l'acheteur peut théoriquement signer le marché le jour même de la notification de rejet¹⁴², « *fermant de facto la porte du référé précontractuel* », comme le rappelle Maître Jarroux¹⁴³. En la matière, le juge constitutionnel a considéré que « *la circonstance que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne soit pas toujours obligé de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer, après cette communication, un délai avant de signer le contrat n'a ni pour objet ni nécessairement pour effet de priver les candidats évincés de la possibilité de former, dès le rejet de leur offre et jusqu'à la signature du contrat, un référé précontractuel* ». Le Conseil constitutionnel de rajouter que « *d'autre part, les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce, parmi les voies de recours de droit commun, une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé* ». Il reconnaît ainsi la constitutionnalité du recours précontractuel contre les contrats privés de la commande publique passés sous la forme des procédures adaptées ou sans procédure¹⁴⁴.

56. Cependant, le pourvoi en cassation, ne suspend pas la signature du marché dans le cadre du référé précontractuel¹⁴⁵.

c.) Ratione personae¹⁴⁶

i.) Concurrent évincé

57. Les articles 2 et 5 de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009 rappellent que « *les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat.* ».

58. Reprenant la jurisprudence Smirgeomes, les juges judiciaires ont adopté une lecture plus rigoriste qu'antérieurement des textes, considérant que n'ont intérêt à agir que les entreprises susceptibles de signer le contrat et susceptibles d'être lésées par le manquement qu'elles invoquent¹⁴⁷. Par exemple, dans un arrêt du 13 octobre 2021, la Cour de Cassation a annulé l'ordonnance rendue par le juge des référés en considérant qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il y était invité, si la note obtenue par la société CIS Valley sur le second critère de notation relatif à la valeur technique, telle que communiquée par la société Promologis, lui aurait permis d'emporter le marché, condition à défaut de laquelle il n'était pas démontré qu'elle était susceptible*

¹³⁶ Com., 7 septembre 2022, n°20-21.222

¹³⁷ Com., 22 mars 2023, n° 21-10.808

¹³⁸ CE, Sect., 3 novembre 1995, Sté Stentofon communications

¹³⁹ Art. L. 2124-1 du code de la commande publique

¹⁴⁰ Art. L. 2123-1. et R. 2281-1 du Code de la commande publique

¹⁴¹ CE, 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, n° 343435

¹⁴² TGI Paris, réf., 8 mars 2017, no 17/52188

¹⁴³ Me Jarroux, L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question, *Revue Lamy droit des affaires*, No 165, 12/2020

¹⁴⁴ QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857

¹⁴⁵ Com., 20 janvier 2015 Société Martinique hygiène propreté services, req. n° 13-16949

¹⁴⁶ Division inspirée de : H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 2è édition, 2022

¹⁴⁷ Com., 23 oct. 2012, Sté Dalkia France, n°11- 23.521 ; Com. 7 mai 2019, n°17- 21.498 ; Com. 13 oct. 2021, n°19- 24.904

d'être lésée par le manquement qu'elle dénonçait, le président du tribunal a privé sa décision de base légale »¹⁴⁸. Ce faisant, la Cour de Cassation consacre le principe du lien de causalité certain entre la lésion des intérêts du requérant et les manquements invoqués, en d'autres termes le requérant doit être « susceptible d'exécuter les prestations correspondants à l'objet du contrat compte tenu de son domaine d'activité ».

59. Cela conduit à une « subjectivisation » de ce recours. En se calquant sur la jurisprudence administrative, ont ainsi intérêt à agir, comme le rappelle le Professeur Hoepffner, les entreprises ayant vocation à exécuter les prestations correspondant à l'objet du contrat compte tenu de leur domaine d'activité, c'est-à-dire :
- les candidats évincés de la procédure ;
 - les candidats potentiels exerçant une activité correspondant à l'objet du contrat que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence a empêché ou dissuadé de soumissionner.
60. Par exemple, « *le choix de critères inadaptés est susceptible de léser un candidat évincé* »¹⁴⁹.
61. Reste à savoir, si comme le juge administratif, les juges judiciaires déclineront l'intérêt à agir à :
- une entreprise qui se prévaut d'une erreur au titre d'un critère pour lequel elle a obtenu la note maximale¹⁵⁰ ;
 - une entreprise attributaire d'un contrat¹⁵¹.
62. Traditionnellement, lorsqu'une entreprise était exclue de la procédure en raison de l'irrégularité de sa candidature ou d'une offre jugée irrégulière, inappropriée ou inacceptable¹⁵², elle n'avait pas le droit d'intenter une action en référé, sauf si cette irrégularité était imputable à l'organisme adjudicateur¹⁵³. Cependant, sous l'influence de la jurisprudence européenne, le Conseil d'État a statué, dans le cadre d'une procédure de référé contractuel, que le fait que l'offre du requérant soit irrégulière ne l'empêche pas de se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de l'entreprise attributaire¹⁵⁴. En revanche, la Cour de cassation a maintenu la position traditionnelle, affirmant qu'un candidat évincé ne peut pas demander en référé précontractuel l'annulation d'un contrat privé de commande publique, si l'irrégularité de sa candidature est établie¹⁵⁵. Le TA de Paris est également allé dans ce sens¹⁵⁶. **Est-ce la preuve d'une forme de dialogue des juges ?**

ii.)État

63. Est encore habilité à agir, l'État, par le biais du ministère public, pour les contrats passés par des collectivités territoriales, à la demande de la Commission européenne lorsque celle-ci « *lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation grave des obligations de publicité et de mise en concurrence applicables a été commise* »¹⁵⁷.

iii.)Autorité de régulation des transports (ART)

α.)Intérêt à agir présumé

64. Est enfin habilitée à agir, devant le juge judiciaire, l'Autorité de régulation des transports en cas de manquement par les sociétés concessionnaires d'autoroutes à leurs obligations de publicité et de mise en concurrence applicables à la passation des marchés passés pour les besoins de la concession¹⁵⁸. Le contentieux initié par cette autorité présente un caractère objectif dès lors que l'ART, « *chargée de la défense de l'ordre public économique en veillant, notamment, au respect des règles de concurrence dans les procédures d'appel d'offres* » n'a pas, « *lorsqu'elle exerce cette action, à établir que le manquement qu'elle dénonce a, directement ou indirectement, lésé les intérêts de l'une des entreprises candidates* »¹⁵⁹.
65. En outre, contrairement aux candidats évincés, l'ART, « *n'a pas, lorsqu'elle exerce cette action, à établir que le manquement qu'elle dénonce a, directement ou indirectement, lésé les intérêts de l'une des entreprises*

¹⁴⁸ Com., 13 octobre 2021, n°19-24.904

¹⁴⁹ Com. 17 janv. 2018, Société CBST, n° 16- 21995

¹⁵⁰ CE, 26 sept. 2012, Cté Agglo. Seine- Eure, n°359706

¹⁵¹ CE, 23 déc. 2011, Dpt. Guadeloupe, no 350231

¹⁵² CE, 11 avr. 2012, Ody 1218, no 354652

¹⁵³ CE, 12 mars 2012, Sté Clear Channel, no 353826

¹⁵⁴ CE, 27 mai 2020, Sté Clean Building, n°435982

¹⁵⁵ Com., 27 janv. 2021, n°18- 20.783 ; Com. 11 mai 2022, n°19- 24.270

¹⁵⁶ TA Paris, Ord. 15 février 2021, Société RATP Dev, req. n°2100962

¹⁵⁷ Article 9 de l'ordonnance n°2008-515 du 7 mai 2009

¹⁵⁸ C. voirie rout., art. L. 122- 20

¹⁵⁹ Com, 15 janv. 2020, no 18- 11.134

candidates »¹⁶⁰. Ainsi, pour l'ART le recours précontractuel prend une allure de recours objectif, ce qui en fait un recours particulier.

β.) Justifications de l'intervention de l'ART

66. Pour comprendre cette disposition, il faut se pencher sur le cas des concessionnaires d'autoroutes. En effet, ces concessionnaires ne sont pas toujours regardés comme des pouvoirs adjudicateurs¹⁶¹, notamment en présence de sociétés privées. Et ce bien que le code de la voirie routière assimile (et non qualifie !) le concessionnaire à un pouvoir adjudicateur¹⁶². Or, le code de la voirie routière impose à ces concessionnaires de respecter, sauf dans certaines circonstances, certaines règles de la commande publique¹⁶³. Cela a été récemment rappelé par la Cour de cassation¹⁶⁴.

3.) Moyens invocables¹⁶⁵

67. Concernant l'examen du bien-fondé des manquements invoqués par les requérants, la Cour de cassation s'est inspirée de la jurisprudence du Conseil d'État.

68. Les articles 2 et 5 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 dispose que sont contestables les « *manquement[s] aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé* ».

a.) Lien entre le moyen et l'intérêt lésé

69. Préalablement, le juge judiciaire a transposé la jurisprudence Smirgeomes au contentieux judiciaire, ainsi le demandeur doit être lésé par le moyen qu'il invoque¹⁶⁶. La jurisprudence judiciaire rappelle qu'il appartient au juge des référés précontractuels de censurer une procédure de passation d'un marché soumis au code de la commande publique, dès lors que l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence « *qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* »¹⁶⁷.

b.) Invocabilité des principes fondamentaux de la commande publique

70. Le juge judiciaire n'hésite pas à utiliser les principes fondamentaux de la commande publique pour apprécier la légalité des procédures de passation. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que « *le principe d'égalité de traitement des candidats implique que le pouvoir adjudicateur ne puisse, sans commettre une erreur d'appréciation, attribuer le marché à un candidat dont l'offre ne respecte pas les exigences et conditions du cahier des charges ou du règlement de consultation* »¹⁶⁸. Le TGI de Paris a également pu juger que « *si les conditions de mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres doivent être appliquées avec rigueur et précision, elles ne doivent néanmoins pas conduire à un formalisme excessif dénaturant l'objectif d'impartialité, et d'égalité entre tous les concurrents, poursuivi* », pour annuler une procédure qui a écarté une candidature au motif que le candidat avait produit uniquement des photocopies, avec une mention « *certifié conforme à l'original* », et non pas les pièces originales¹⁶⁹.

c.) Typologie

i.) Organisation générale et choix de la procédure

71. Il sera d'abord possible d'invoquer des moyens relatifs à l'organisation générale et au choix de la procédure. Il est possible de penser au choix du type de contrat et de la procédure (qualification du contrat ou choix de la procédure), l'organisation de la procédure (spécifications techniques et conditions d'exécution ;

¹⁶⁰ Com, 15 janv. 2020, n°18-11.134

¹⁶¹ CE, 30 avril 2019 Société Total Marketing France, req. n° 426698

¹⁶² Article R. 122-41 du code de la voirie routière

¹⁶³ Article L. 122-12 du code de la voirie routière

¹⁶⁴ Com., 15 janvier 2020, n° 18-11.134

¹⁶⁵ Sous-division inspirées du Traité du contentieux de la commande publique d'O. Guézou

¹⁶⁶ Com., 8 décembre 2009, ADP, n° 08-21714

¹⁶⁷ Com., 26 mai 2009, Etablissement La Poste, pourvoi n°08-14.554 ; TGI de Paris, Ord., 20 février 2012, S.A. Ontex Health care, RG n 0 12/51089 ; TGI Lvon, ord., 6 juillet 2015, S.A. Scundler, RG. n 0 15/06553

¹⁶⁸ Com., 13 avril 2023, 20-22.095

¹⁶⁹ TGI Paris, réf., 5 nov. 1998, Médéric Prévoyance c/ Commission des marchés de la caisse nationale Organic BJCP 2000, p. 317, obs. C. Bergeal

variantes ; information inégalitaire ; lotissement) ou encore le déroulement de la procédure (modification des conditions de la consultation ; procédure de négociations et MAPA).

72. Par exemple la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler les modalités de déroulement de la procédure négociée¹⁷⁰.
73. La Cour de cassation a également rappelé l'interdiction de modifier substantiellement le cahier des clauses particulières en cours de procédure : *« après avoir relevé que les modifications apportées au CCTP étaient substantielles et concernaient non seulement le logiciel software mais aussi le hardware qui par nature demande beaucoup plus de temps pour estimer le coût dans un sens ou dans l'autre des modifications demandées, le jugement retient que, même si les candidates ont été informées des modifications par mail ou par des réunions, le délai dans lequel ces modifications sont intervenues par écrit ont empêché les bureaux d'études des entreprises candidates de s'y pencher pendant plusieurs jours, ce dont il résulte que ce délai était insuffisant pour permettre à la société Conrac, comme aux autres candidates, d'adapter son offre aux nouvelles prescriptions du CCTP, ce qui était susceptible de la léser dans les négociations ultérieures »*¹⁷¹.

ii.)Publicité

74. Il sera également possible de contester le contenu¹⁷², les supports ou les délais de la publicité. Un TGI a également pu annuler une procédure dans laquelle aucune exigence minimale n'était énoncée dans les documents de consultation¹⁷³.

iii.)Candidatures

75. Il est par ailleurs possible de se prévaloir des règles régissant les candidatures, telles que les interdictions de soumissionner.
76. La Cour de cassation a pu rappeler, concernant la capacité du soumissionnaire, l'obligation du pouvoir adjudicateur de procéder à une analyse globale du dossier de candidature¹⁷⁴.
77. La Cour de cassation énonce également la nécessité de distinguer les critères de sélection des candidatures et les critères d'appréciation des offres dans les procédures formalisées¹⁷⁵. Le TGI de Paris a eu l'occasion de juger que *« si les conditions de mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres doivent être appliquées avec rigueur et précision, elles ne doivent néanmoins pas conduire à un formalisme excessif dénaturant l'objectif d'impartialité, et d'égalité entre tous les concurrents, poursuivi »*, pour annuler une procédure qui a écarté une candidature au motif que le candidat avait produit uniquement des photocopies, avec une mention *« certifié conforme à l'original »*, et non pas les pièces originales ¹⁷⁶.

iv.)Offres

78. Il sera possible d'arguer la méconnaissance des règles de la commande publique relatives aux offres.

α.)Critères de choix de l'offre

79. La Cour de cassation rappelle l'obligation de notifier les critères d'attribution au sein de la lettre de consultation¹⁷⁷.
80. La Cour de cassation contrôle l'adéquation des critères retenus avec l'objet du marché : *« Attendu que pour rejeter la demande de la société CBST, l'ordonnance relève que, selon le règlement de consultation, le marché serait attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de critères relatifs au prix,*

¹⁷⁰ Com., 24 juin 2008, n° 08-12.325, SFR c/ SNCF : JurisData n° 2008-044538 ; Bull. civ. 2008, IV n° 130. – Cass. com., 8 déc. 2009, n° 08-21.714, ADP c/ Sté Conrac

¹⁷¹ Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.714

¹⁷² Com., 24 juin 2008, n° 08-12325

¹⁷³ TGI Rennes Ord.15 novembre 2018, Sté Lattitude

¹⁷⁴ Com., 4 oct. 2011, n° 10-26.702, Sté HLM Coutances Granville. – à rapprocher de CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine : JurisData n° 2009-075610

¹⁷⁵ Com., 15 nov. 2011, n° 10-25.654, Sté Oliva : JurisData n° 2011-026237. – à rapprocher de CE, 8 févr. 2010, n° 314075, Cne La Rochelle : Rec. CE 2010, p. 14 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 132, note Zimmer ; JCP A 2010, 2187

¹⁷⁶ TGI Paris, réf., 5 nov. 1998, Médéric Prévoyance c/ Commission des marchés de la caisse nationale Organic BJCP 2000, p. 317, obs. C. Bergeal

¹⁷⁷ Com., 24 juin 2008, n° 08-12325

intervenant pour 100 %, et au nombre d'audit ou inspections de sécurité interne sur site, intervenant pour 3 %, que, plutôt que de faire choix de critères multiples d'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse, la société EDF a ainsi conféré une prédominance au prix, marginalement corrigé par un élément qualitatif, mais que le choix de ces critères relève de la liberté de l'entité adjudicatrice ; / Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il y était invité, si le choix de ces critères d'attribution, dont il constatait qu'ils se ramenaient en réalité au seul prix, était justifié, compte tenu de l'objet du marché, le président du tribunal de grande instance n'a pas donné de base légale à sa décision »¹⁷⁸.

81. Elle rappelle la marge de manœuvre dont dispose l'adjudicateur dans son choix de critères de sélection : *« Pour suspendre l'ensemble des décisions par lesquelles la société EDF a écarté la candidature de la société GD déménagement et lui ordonner de corriger les manquements relevés dans les documents de la consultation et dans la conduite de la procédure de passation du marché, ainsi que de reprendre celle-ci en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, l'ordonnance retient que si des certifications, telles les certifications ISO 14001 et ISO 9001, peuvent être demandées en application de l'article 44-V du décret du 25 mars 2016, celles-ci doivent être analysées de manière globale et non individuellement pour chaque entreprise constituant ce groupement. / En statuant ainsi, alors qu'aucune disposition de l'article 44 du décret précité n'interdit à l'acheteur d'exiger, lorsque les spécificités du marché le justifient, que chaque membre du groupement candidat fasse preuve de l'aptitude requise pour l'exécution des prestations de celui-ci, le juge des référés a violé le texte susvisé »¹⁷⁹.*
82. La Cour de cassation a pu juger que le juge de première instance *« devait vérifier objectivement si la méthode de notation retenue et appliquée par la société ASF n'était pas, par elle-même, de nature à priver de portée le critère technique ou à neutraliser la pondération des critères annoncée aux candidats, comme le soutenait l'Autorité, le juge des référés précontractuels a violé les textes susvisés »¹⁸⁰.*
83. Les juges judiciaires rappellent ensuite qu'un acheteur ne peut se contenter de mentionner le détail des notes obtenues sur chacun des critères et sous-critères d'attribution mais il se doit d'apporter des éléments précis et circonstanciés sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que des explications sur les notes et écarts constatés entre l'offre du candidat évincé et l'offre retenue¹⁸¹.
84. Ainsi, le juge judiciaire s'est approprié les jurisprudences administratives en matière de motivation des notes attribuées, comme le souligne une récente affaire devant le TJ de Nancy¹⁸² :

« La lettre du 3 novembre 2022 est effectivement insuffisante puisqu'elle n'indiquait pas les motifs du rejet de l'offre. / Elle précise toutefois que la SOCIÉTÉ peut demander par écrit les motifs de ce rejet, ce qu'elle a fait par lettre du 4 novembre 2022. / La SODEVAM y a répondu par lettre du 14 novembre 2022. / Ce courrier apparaît très lapidaire (une page recto verso) n'expliquant notamment que de manière très générale, sans le moindre détail, le calcul des notes attribuées, en se limitant à renvoyer aux documents de la consultation, sans plus d'éclaircissements. / Aucune analyse complète et exploitable des avantages et inconvénients des offres n'est par ailleurs réalisée. / Une telle information est effectivement insuffisante au regard des exigences en la matière (article R 2182-2 du Code de la Commande Publique) de nature à garantir la transparence du choix. / Elle lèse nécessairement les intérêts de la SOCIÉTÉ TFRBIS dans la mesure où elle l'empêche de vérifier la pertinence des critères d'attribution retenus et la prive de la possibilité de les contester, le cas échéant, en connaissance de cause. / Le Tribunal relève également que les deux entreprises TERBIS et SOLVALOR se sont retrouvées et un seul point de différence pour les notes retenues (76 contre 77) de sorte que l'intérêt d'une information transparente est avérée et que son absence lèse effectivement les intérêts de la demanderesse ».

85. Par ailleurs, la Cour de cassation rappelle l'obligation de procéder à une analyse globale du dossier de candidature¹⁸³. Cette solution est dorénavant classique, puisque la Cour de cassation a pu juger que

¹⁷⁸ Com. 17 janv. 2018, Société CBST, n° 16- 21995

¹⁷⁹ Com., 27 janv. 2021, n°18- 20.783 Com, 10 décembre 2013, Société Valsud et SEMAG, pourvois n°13-10441 et 13-10709

¹⁸⁰ Com, 15 janv. 2020, no 18- 11.134

¹⁸¹ Com., 6 décembre 2016, n° 15-26.414 ; TGI Lille, 10 juillet 2015, Societe Bancel, n° 15-00788. Voir dans le même sens : TGI Nancy, 2 novembre 2010, SA Bancel, n° 10/00525 ; TGI Paris, 27 mars 2012, SAS ACH Construction c/ SAS Cofres, n° 11/01295

¹⁸² TJ Nancy, 6 décembre 2022, n° 22/00469

¹⁸³ Com., 4 oct. 2011, n° 10-26.702, Sté HLM Coutances Granville. – à rapprocher de CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine : JurisData n° 2009-075610

« l'acheteur soumis aux règles de la commande publique doit communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue et notamment, dans le cadre d'un appel d'offres mettant en oeuvre des critères de sélection fondés sur cet élément, son prix, sauf à établir, ce qui n'était pas invoqué en l'espèce, qu'une telle divulgation serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial, serait contraire à l'intérêt public, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, le président du tribunal de grande instance a violé le texte susvisé »¹⁸⁴.

86. En matière, de sélection de l'offre, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation relativement restreint, cantonné à l'erreur manifeste d'appréciation¹⁸⁵. Par exemple, il a pu être jugé qu'un jugement qui se contente d'énoncer que le candidat évincé « n'est pas en mesure de démontrer quels sont les éléments chiffrés avancés par la société concurrente » qui justifient sa sélection, commet une erreur manifeste d'appréciation, puisque n'ayant pas recherché « si la société attributaire avait produit, à l'appui de son offre, les éléments justifiant de sa capacité économique et financière »¹⁸⁶.
87. La Cour de cassation rappelle de façon incidente l'obligation de motiver, notamment à la demande du candidat, le rejet de son offre¹⁸⁷.
88. L'acheteur doit par ailleurs se baser sur des informations réelles, à défaut de quoi « la prise en compte, par un acheteur public, de renseignements erronés relatifs aux ressources humaines et donc aux capacités professionnelles du candidat retenu, qui conditionnent la recevabilité de son offre, est de nature à caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats »¹⁸⁸.

β.) Modification ou non-respect des critères

89. D'abord concernant le non-respect des critères énoncés dans la lettre de consultation, le juge judiciaire n'hésite pas à utiliser les principes fondamentaux de la commande publique pour apprécier la légalité des procédures de passation. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que « le principe d'égalité de traitement des candidats implique que le pouvoir adjudicateur ne puisse, sans commettre une erreur d'appréciation, attribuer le marché à un candidat dont l'offre ne respecte pas les exigences et conditions du cahier des charges ou du règlement de consultation »¹⁸⁹. Ce principe est rappelé de façon incidente par la Cour de cassation¹⁹⁰, et même en se fondant sur le principe d'égalité : « Le principe d'égalité de traitement des candidats implique que le pouvoir adjudicateur ne puisse, sans commettre une erreur d'appréciation, attribuer le marché à un candidat dont l'offre ne respecte pas les exigences et conditions du cahier des charges ou du règlement de consultation »¹⁹¹.

γ.) Les offres elles-mêmes

90. La Cour de cassation rappelle les conditions de qualification d'une offre irrégulière : « Qu'en statuant ainsi, par des motifs relevant de l'analyse technique et financière des offres et non de la qualification d'offre irrégulière, laquelle n'est encourue qu'en présence d'une offre incomplète ou méconnaissant une règle précise du dossier de consultation, le président du tribunal de grande instance a violé les textes susvisés »¹⁹².
91. Elle rappelle également les conditions pour exclure un Groupement momentané d'entreprises¹⁹³.

4.) Office du juge¹⁹⁴

92. Ainsi que le rappelle le Professeur Hoepffner : « La mission du juge du référé précontractuel est de contrôler le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence afférentes à la passation des

¹⁸⁴ Com., 6 décembre 2016, 15-26.414

¹⁸⁵ TGI Besançon, 5 décembre 2006, SARL Cedara Software, n°06/00297

¹⁸⁶ Com., 13 avril 2023, 20-22.095

¹⁸⁷ Com. 23 oct. 2012, Société Dalkia France, n° 11- 23521

¹⁸⁸ Com., 22 mars 2023, n° 21-10.808

¹⁸⁹ Com., 13 avril 2023, 20-22.095

¹⁹⁰ Com. 23 oct. 2012, Société Dalkia France, n° 11- 23521

¹⁹¹ Com., 13 avril 2023, 20-22.095

¹⁹² Com. 7 mai 2019, n°17- 21.498

¹⁹³ Com., 27 janv. 2021, n°18- 20.783

¹⁹⁴ M. Maillot et C. Lavis, La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve - *Revue contrats publics* - N° 214 - Novembre 2020

contrats de la commande publique. Seuls peuvent donc être invoqués devant lui des manquements à ces obligations. Le contentieux précontractuel se distingue ainsi du contentieux général dans le cadre duquel dès lors que la demande est recevable au regard des conclusions présentées, tous les moyens de légalité qui peuvent la faire aboutir le sont aussi »¹⁹⁵.

93. Les pouvoirs accordés au juge sont, en la matière, relativement étendus et peuvent conduire à une paralysie des procédures de passation des marchés¹⁹⁶. Pour limiter les effets insidieux de telles actions, les juges disposent de la possibilité de ne pas faire usage des pouvoirs qui leur sont conférés dès lors que l'intérêt public et les conséquences négatives des mesures qu'ils prononceraient seraient de nature à l'emporter sur leurs avantages. Néanmoins, aucune application de cette règle n'est encore à signaler¹⁹⁷. Par ailleurs, le juge ne pourra prononcer la mesure que s'il existe un lien de causalité avec l'illégalité révélée : *« en application de l'article 3 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, le juge doit moduler sa décision en fonction de la portée du manquement qu'il constate. Ainsi lorsqu'il relève un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence relatif à la seule étape de l'appréciation des offres, sans que le reste de la procédure d'appel d'offres ne soit atteint, il ne peut prononcer l'annulation de la totalité de la procédure et enjoindre de la reprendre »*¹⁹⁸.
94. Le juge dispose également, lorsque le contrat litigieux est passé par un pouvoir adjudicateur, d'un pouvoir d'annulation des décisions qui se rapportent à la procédure de passation du contrat ou de suppression de ses clauses¹⁹⁹.
95. Les pouvoirs du juge dépendent donc de la qualité de l'acheteur (pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice).

a.) Mesures provisoires

96. Le juge peut prendre des mesures provisoires tendant à ce que la personne morale se conforme à ses obligations ou même suspende la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte²⁰⁰, et cela pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices confondus.
97. Par ailleurs, concernant les entités adjudicatrices uniquement, il peut prononcer une astreinte provisoire courant à compter de l'expiration des délais impartis. L'article 6 de l'ordonnance qui prévoit cette prérogative dispose que : *« le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. / Si, à la liquidation de l'astreinte provisoire, le manquement constaté n'a pas été corrigé, le juge peut prononcer une astreinte définitive. / L'astreinte, qu'elle soit provisoire ou définitive, est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère »*.
98. L'article 6 dispose par ailleurs, que, *« à la demande du requérant, le juge peut prendre des mesures tendant à ce que la personne morale responsable du manquement se conforme à ses obligations, dans un délai qu'il fixe, et à ce que soit suspendue l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat »*. Cette rédaction n'est guère réellement différente de celle de l'article 33 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui, à l'époque, a amené la Cour de cassation à considérer que le juge des référés n'a pas le pouvoir d'annuler la procédure d'une telle entité²⁰¹. Ce dernier ne peut donc que prononcer des injonctions, le cas échéant en suspendant l'exécution de toute décision de l'entité adjudicatrice. C'est ainsi qu'il a pu être ordonné à une entité, avant qu'elle se prononce sur la consultation qu'elle a engagée, *« de procéder à l'information adéquate des candidats sélectionnés par elle »*, dans un délai de huit jours²⁰².
99. Il n'entre en revanche nullement dans le cadre des prérogatives du juge d'ordonner la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché²⁰³.

¹⁹⁵ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

¹⁹⁶ Articles 3 et 6 de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009

¹⁹⁷ M. Ubaud- Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique ” », *RFDA* 2013. 531

¹⁹⁸ Com., 13 octobre 2021, n° 19-24.904

¹⁹⁹ TGI Paris, 9 janv. 2012, n° 11/5983, SARL Varian Medical System c/ CEA

²⁰⁰ Art. 3 et 6 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009

²⁰¹ Com., 26 mai 2009, n° 08-14.534

²⁰² Com., 24 juin 2008, n° 08-12325

²⁰³ Com., 6 déc. 2016, n° 15-26414

100. Peut donc se poser la question du pouvoir du juge judiciaire d'enjoindre à l'acheteur de communiquer certaines informations au requérant. En effet, la jurisprudence rappelle que « *les injonctions de communiquer prises sur ce fondement ne peuvent excéder les informations fixées de manière limitative par le [décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005], ni méconnaître les interdictions posées par ce texte* »²⁰⁴. Néanmoins, les informations données sur « *le classement des offres, le nom de la société attributaire et les notes respectivement obtenues pour chaque critère par les requérants et la société attributaire* » ne sont pas suffisantes puisque « *l'acheteur soumis aux règles de la commande publique doit communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue et notamment, dans le cadre d'un appel d'offres mettant en œuvre des critères de sélection fondés sur cet élément, son prix, sauf à établir, ce qui n'était pas invoqué en l'espèce, qu'une telle divulgation serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial. serait contraire à l'intérêt public, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques* »²⁰⁵. Aussi, le juge des référés précontractuels aurait dû faire droit à la demande d'injonction de communiquer lesdites informations.

101. C'est ainsi qu'il a pu être ordonné à une entité, avant qu'elle se prononce sur la consultation qu'elle a engagée, « *de procéder à l'information adéquate des candidats sélectionnés par elle* », dans un délai de huit jours²⁰⁶.

102. Il ne faut donc pas confondre cette obligation de communiquer des informations suffisantes aux candidats avec l'injonction de communiquer n'importe quel document. En effet, la Cour de cassation dans un litige à propos d'un contrat relevant du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 conclu par une association, confirme « *qu'il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'ordonner la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché, tels que le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres* ». Les informations concernant la procédure visent à permettre aux candidats d'être placés sur le même pied d'égalité et sont prévues par la loi, alors que les documents réclamés visent à permettre au requérant de comprendre pourquoi il n'a pas été retenu. La finalité et le pouvoir du juge divergent par voie de conséquence.

b.) Mesures définitives

α.) Contrats passés par les pouvoirs adjudicateurs

103. S'agissant des seuls contrats passés par le pouvoir adjudicateur, le juge dispose, en vertu de l'article 3 de l'ordonnance du 7 mai 2009, de la possibilité d'annuler toutes les décisions se rapportant à la passation du contrat et de supprimer certaines clauses ou prescriptions destinées à figurer dans ce dernier²⁰⁷. Ce pouvoir de suppression est également « *pouvoir de réformation* », en ce sens que le juge des référés précontractuels dispose de la faculté de modifier le contrat à conclure²⁰⁸.

104. En pratique, le juge des référés précontractuels ne se contente pas d'annuler une décision déterminée, et notamment la décision de choix de l'offre. Il lui arrive également d'annuler l'ensemble des décisions relatives à la passation du marché, voire la procédure de passation elle-même²⁰⁹.

105. Si dans la pratique, l'étendue des prérogatives accordées au juge a un effet proche de l'annulation, il convient d'apporter une attention particulière à la rédaction des demandes formulées, afin que ces dernières ne puissent pas encourir une irrecevabilité²¹⁰.

β.) Contrats passés par les entités adjudicatrices

106. L'article 6 de l'ordonnance prévoit que pour les contrats passés par une entité adjudicatrice, le juge peut également assortir les mesures prises d'une astreinte provisoire, qui pourra devenir définitive si le manquement constaté n'est pas corrigé. Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. L'astreinte est indépendante des dommages et intérêts. Elle est supprimée en tout ou partie s'il est établi que

²⁰⁴ Com. 10 décembre 2013, Société Valsud et SEMAG, pourvois n°13-10441 et 13-10709 ; voir également Com., 6 décembre 2016, n°15-26.414

²⁰⁵ Com. 6 décembre 2016, Société W contre Association Hôpital Saint-Joseph de Marseille, pourvoi n° 15-26414,

²⁰⁶ Com., 24 juin 2008, n° 08-12325

²⁰⁷ Com. 26 mai 2009, n° 08-14534 : qui rappelle la règle selon laquelle le juge ne dispose pas du pouvoir d'annulation dans le cadre d'une procédure lancée par une entité adjudicatrice

²⁰⁸ TGI Paris, 9 décembre 2012, req. n° 11/5983.

²⁰⁹ Com., 10 décembre 2013, Société Valsud et SEMAG, pourvois n°13-10441 et 13-10709

²¹⁰ Com., 11 janvier 2023, n° 21-10.440

l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou partie, d'une cause étrangère. Néanmoins, le juge ne sera pas compétent pour annuler les actes se rapportant à la procédure.

107. Ainsi, le le juge des référés précontractuels ne peut pas prononcer « *l'annulation de l'ensemble de la procédure d'attribution dudit marché public* »²¹¹ passé par une entité adjudicatrice.

c.)Articulation des mesures

108. Enfin, le juge des référés précontractuels peut combiner les différents pouvoirs qui lui sont attribués, en prononçant, par exemple, la suspension de la procédure de passation ainsi qu'une mesure d'annulation, ou encore une injonction de communiquer certaines informations au requérant tout en suspendant la procédure de passation. En pratique, l'annulation de la procédure de passation est fréquemment associée à une injonction de reprendre la procédure à un stade déterminé. Par exemple, et la jurisprudence est très fournie en la matière, le juge peut indiquer que la procédure de passation du marché est annulée à compter de l'examen des offres et qu'il est enjoint à l'entité ou au pouvoir adjudicateur, s'il entend poursuivre la procédure, de la reprendre à ce stade. En revanche, « *si le juge saisi d'un recours applicable aux contrats de la commande publique décide de prononcer l'annulation totale de la procédure, il ne peut simultanément ordonner la communication d'éléments afférents à la procédure annulée* »²¹².

d.)Divergence avec le juge administratif et difficultés du juge judiciaire avec son office

109. Une différence apparente existe entre le juge judiciaire et le juge administratif : alors que, selon l'article L. 551-12 du code de justice administrative et au titre des dispositions communes pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, le juge administratif du référé précontractuel peut prendre d'office l'ensemble de ces mesures, le juge judiciaire ne peut les prendre qu'« *à la demande du requérant* » selon les articles 3 et 6 de l'ordonnance du 7 mai 2009. Cette nuance disparaît en réalité à la lecture du code de procédure civile, qui prévoit en son article 1441-1, que « *le juge qui envisage de prendre d'office une des mesures* » prévues par l'ordonnance de 2009, doit « *inviter les parties à présenter leurs observations* »²¹³.

110. Par ailleurs, et au-delà des dispositions textuelles, les décisions rendues par la Cour de cassation, bien qu'étant peu nombreuses, permettent d'apporter un éclairage utile sur la conception que se fait le juge judiciaire de son office dans le contentieux du référé précontractuel. Ainsi, il est intéressant de relever, dans les premières décisions rendues par la Cour consécutivement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 6 juin 2005, les hésitations des juges de première instance quant à l'étendue de leurs pouvoirs. C'est ainsi que la Cour, saisie d'un recours contre une ordonnance rejetant les prétentions du requérant au motif de l'existence d'une contestation sérieuse ne relevant pas des attributions du juge des référés, a censuré cette dernière en jugeant que, « *saisi sur le fondement de l'ordonnance du 6 juin 2005, le président du tribunal statue en la forme des référés, de sorte que l'article 872 du nouveau code de procédure civile était inapplicable et qu'il lui appartenait de trancher la contestation soulevée* », le premier juge ayant ainsi « *méconnu l'étendue de ses pouvoirs* »^{214, 215}

111. Un autre exemple significatif de ces incertitudes concerne les référés précontractuels introduits à l'encontre des marchés passés par les entités adjudicatrices, et pour lesquels les pouvoirs du juge judiciaire connaissent une limitation comme vue précédemment. Dans une affaire relative à un marché passé par la société La Poste, entité adjudicatrice, le Tribunal de grande instance avait considéré que les dispositions alors applicables (l'art. 33 de l'ordonnance du 6 juin 2005) n'excluaient pas un pouvoir d'annulation de la procédure, et avait prononcé une annulation en considération d'un manquement à l'obligation de transparence. Faisant une application littérale du texte, la Cour de cassation juge au contraire qu'« *en s'arrogeant ainsi un pouvoir dont il ne disposait pas, le président du Tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés, a violé le texte susvisé* »²¹⁶. Cependant, si cette solution semble conforme à la lettre du texte, elle tranche avec une précédente décision relative à un marché passé par la SNCF en tant qu'entité adjudicatrice, les premiers juges avaient considéré que celle-ci devait communiquer aux seuls candidats soumissionnaires l'information concernant le détail de la formule relative à la notation globale, au motif qu'« *une communication à tous les candidats sélectionnés équivaudrait implicitement à l'annulation de la*

²¹¹ Com. 12 avril 2016, pourvoi n° 14-25482

²¹² Com. 10 décembre 2013, Société Valsud et SEMAG, pourvois n°13-10441 et 13-10709

²¹³ M. Ubaud- Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique ” », *RFDA* 2013. 531

²¹⁴ Civ. 2^e, 4 juill. 2007, n° 06-17.333

²¹⁵ M. Ubaud- Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique ” », *RFDA* 2013. 531

²¹⁶ Com., 26 mai 2009, Société Neuf cegetel c. La Poste

procédure » ; la Cour de cassation a considéré « qu'en statuant ainsi, en apportant à ce texte une limitation qu'il ne prévoit pas, le juge des référés l'a violé »²¹⁷. Cette apparente contradiction dévoile en réalité l'ambiguïté du texte : en prenant certaines mesures de nature à contraindre l'entité adjudicatrice à se conformer à ses obligations, le juge judiciaire est nécessairement amené à prendre des mesures, qui, en pratique, ont le même effet qu'une mesure d'annulation, même s'il ne peut pas les prononcer directement²¹⁸.

5.) Procédure

a.) Détermination de la juridiction compétente et de sa forme

112. Le tribunal judiciaire compétent est déterminé par l'article L. 211-14 du code de l'organisation judiciaire qui dispose que « des tribunaux judiciaires spécialement désignés connaissent des contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique dans les cas et conditions prévus par les articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique ».

113. Il existe en la matière une compétence dérogatoire, exclusive pour certains tribunaux judiciaires, fixée au tableau VIII-II annexé au code de l'organisation judiciaire²¹⁹. Cette répartition particulière est présentée dans le tableau de la troisième annexe.

114. Il faut noter que si on s'arrête au sens littéral des textes, seul le Tribunal judiciaire est compétent en matière de référé contre des contrats privés de la commande publique, dans la mesure où il s'agit d'une compétence d'attribution. Ainsi, aucun référé ne devrait pas pouvoir être intenté devant un Tribunal de commerce, contrairement aux recours au fond²²⁰. Néanmoins, certains Tribunaux de commerce ont déjà rendu des ordonnances de référés précontractuels, ce qui a été validé par les juridictions supérieures²²¹. Pour ce faire, les Tribunaux se fondent sur l'article L. 721-3 du code de commerce qui leur donne compétence pour (1) des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ; (2) celles relatives aux sociétés commerciales ; (3) celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Un non-commerçant peut également intenter un référé devant le Tribunal de commerce contre un commerçant. Néanmoins, un référé contre une fondation reconnue d'utilité publique soumise à la commande publique ne peut pas être porté devant un tribunal de commerce, en l'absence d'acte de commerce ou de commerçant²²².

115. L'ordonnance de référé est rendue par le Président du Tribunal judiciaire compétent, jugeant alors sous la forme de la procédure accélérée au fond, ainsi que le rappelle le code de procédure civile : des « procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont formées, instruites et jugées selon la procédure accélérée au fond »²²³. Ainsi, « le président du tribunal judiciaire a compétence dans les matières déterminées par les lois et règlements au nombre desquelles figurent les matières mentionnées à la présente sous-section »²²⁴, or parmi ces matières demeurent justement les « contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique dans les cas et conditions prévus par les articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique »²²⁵. Or, l'article R. 213-5-3 du code de l'organisation judiciaire dispose que « lorsqu'il statue sur requête, en référé ou selon la procédure accélérée au fond, la compétence du président du tribunal judiciaire s'exerce dans le ressort du tribunal judiciaire et, s'il y a lieu, dans celui de chacune des chambres de proximité ».

b.) Saisine de la juridiction

116. Les conditions de saisine du juge du référé judiciaire sont bien plus compliquées que celles concernant le juge administratif. Ce dernier peut être saisi dans de très brefs délais via télérecours, tandis que le juge

²¹⁷ Com., 24 juin 2008, SNCF c. SFR

²¹⁸ M. Ubaid-Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique ” », *RFDA* 2013. 531

²¹⁹ Article D. 211-10-2 du code de l'organisation judiciaire en annexe

²²⁰ CA Paris, Pôle 5, chambre 11, 26 Juin 2020, n° 20/00861 ; T. com., 13ème Chambre, Paris, Jugement du 4 novembre 2010, n° 2010001256 ; Tribunal de commerce, Paris, Jugement du 20 décembre 2019, Répertoire général n° 201802982

²²¹ Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.714 ; voir également Civ 2è, 4 juillet 2007, n°06-01245 qui valide la compétence du Tribunal de commerce sous le régime de l'ordonnance du 6 juin 2005

²²² T. com., 1er juillet 2022, RG 2021042110

²²³ Article 1441-1 du Code de procédure civile

²²⁴ Article R. 213-1 du code de l'organisation judiciaire

²²⁵ Article R. 213-5-1 du code de l'organisation judiciaire

judiciaire nécessite d'obtenir préalablement auprès du greffe une date d'audience, pour ensuite porter la demande par voie d'assignation d'huissier, en remettant au greffe une copie de cette dernière²²⁶ afin de faire enrôler le contentieux, laquelle devra être notifiée à l'acheteur. De surcroît, Maître Lafay met en exergue d'autres difficultés. En effet, « le requérant doit, dès la réception de sa lettre de rejet, obtenir une date d'audience auprès du tribunal compétent, faire signifier son assignation à l'acheteur par huissier puis enrôler l'affaire au greffe (au lieu d'un simple dépôt sur télérecours doublé d'un mail à l'acheteur), les délais de jugement sont nettement plus longs devant les tribunaux judiciaires. Pour preuve, dans cette affaire²²⁷, l'assignation a été transmise à l'acheteur le 30 janvier et l'ordonnance a été rendue le 28 août, soit 7 mois plus tard... Certes, les délais de traitement ont été allongés en raison du confinement, mais la signature du marché contesté a ici été suspendue automatiquement pendant 7 mois, délai qui paraît anormalement long au regard des enjeux (au cas présent le renouvellement d'un marché de collecte d'ordures ménagères). La faute, en l'espèce, à un renvoi d'audience, qui n'est jamais accordé devant les tribunaux administratifs, alors qu'il l'est systématiquement devant les tribunaux judiciaires dès lors que des conclusions sont produites peu de temps avant l'audience, événement pourtant très fréquent en référé. De plus, les magistrats judiciaires étant assez peu familiers avec ces procédures, ils prennent très souvent plus de temps pour rendre leur ordonnance une fois l'audience passée (parfois plusieurs semaines, alors qu'un tribunal administratif rend sa décision 2 ou 3 jours après l'audience) »²²⁸.

117. En vertu de l'article 1441-1 du Code de procédure civile, « les demandes [...] sont formées, instruites et jugées selon la procédure accélérée au fond ». Le décret du 20 décembre 2019 a quant à lui intégré au Code de procédure civile un nouvel article 481-1 précisant que dans le cadre de cette nouvelle procédure accélérée au fond, les demandes « doivent être portées par voie d'assignation à une audience tenue aux jour et heure prévus à cet effet »²²⁹.
118. Concrètement, le demandeur doit donc sans délai prendre attache avec la juridiction compétente aux fins d'obtenir une date d'audience. Cette démarche doit nécessairement être réalisée avant la signification de l'assignation à comparaître devant la juridiction, faite par acte d'huissier, à l'acheteur²³⁰.
119. Dans la pratique, la prise de date par le Réseau privé virtuel des avocats (RPVA) se révèle bien souvent incompatible avec les délais impératifs afférents à ce type de procédure. Il est ainsi usuel de devoir interroger le greffe de la juridiction par tous moyens et, au besoin, de s'y déplacer physiquement²³¹. Il faudra viser dans l'assignation le président du Tribunal judiciaire spécialement compétent statuant en la forme des référés, à défaut de quoi la demande risque d'être irrégulière²³².
120. Le législateur a en effet introduit une possibilité dérogatoire qui permet, en cas d'urgence manifeste, de saisir le président du tribunal aux fins de statuer sur requête pour être autorisé à assigner à une heure qu'il indique²³³. Cette possibilité peut s'avérer intéressante sous réserve toutefois de disposer d'un délai suffisant pour rédiger un projet d'assignation et obtenir l'autorisation du président (dans cette hypothèse, l'ordonnance autorisant le requérant à assigner à heure et jour indiqué, indique également les délais impératifs à respecter et notamment celui auquel l'assignation doit être signifiée)²³⁴.
121. En tout état de cause l'enrôlement de l'affaire auprès de la juridiction par remise au greffe une copie de l'assignation, devra être réalisé sous peine de caducité de l'assignation constatée d'office ou sur requête d'une partie²³⁵. Les textes ne prévoient aucun délai pour cet enrôlement, mais il appartient au président de vérifier qu'un temps suffisant a été laissé à la défense²³⁶.
122. Pour rappel, en matière civile, la juridiction n'est saisie qu'à compter de l'enrôlement, et non à compter de la date de signification de l'assignation. Pour prévenir une éventuelle irrecevabilité, la date de remise au

²²⁶ Art. 481-1 du Code de procédure civile

²²⁷ TA Caen, 28 août 2020, Société Dalkia

²²⁸ Me Lafay, [Au plus près des TA...] L'excès du juge du référé et de la portée de l'arrêt Smirgeomes, *Achat public.com*

²²⁹ M. Mailliet et C. Lavis, La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve, *Rev. contrats publics*, N°214, 11/2020

²³⁰ *ibid.*

²³¹ *ibid.*

²³² TGI Paris, ordonnance 3 février 2011, 11/50792 : « Attendu qu'en l'espèce, l'assignation délivrée a saisi le juge des référés et non le président du tribunal de grande instance pour statuer en la forme des référés conformément à l'article 1441-1 précité ; que le juge des référés ne peut statuer comme en matière de référé ; que la demande de la Selarl Menant et associés tendant à voir le présentement saisi statuer comme en la forme des référés sera rejetée. »

²³³ Article 481-1, 5° du code de procédure civile

²³⁴ *ibid.*

²³⁵ Article 481-1, 2° du code de procédure civile

²³⁶ Article 481-1, 3° du code de procédure civile

greffe de l'assignation devra donc intervenir avant l'expiration du délai de standstill. L'avocat chargé de l'affaire devra donc se livrer à une véritable « course contre la montre » dans le cadre du référé judiciaire.

123. En matière judiciaire, l'assignation vaut notification du recours. Il n'est donc pas nécessaire de notifier en parallèle le recours au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, comme en matière administrative²³⁷. Toutefois, il est préconisé de communiquer à l'acheteur, par tout moyen (Télécopie, doublée d'un courrier électronique avec accusé de réception et de lecture) la preuve de l'enrôlement de l'assignation, permettant de démontrer que la juridiction a été saisie, afin d'éviter une signature intempestive²³⁸.
124. Point également intéressant, devant le juge administratif l'attributaire du marché se voit systématiquement communiquer les actes de la procédure. Cela lui permet d'intervenir à l'instance en déposant des écritures et en formulant éventuellement des observations lors de l'audience. Une telle intervention n'est pas de mise devant la juridiction civile. Seul le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est assigné par le demandeur. Rien ne paraît cependant faire obstacle à une intervention volontaire ou forcée de l'attributaire à l'instance. Par voie de conséquence, l'entreprise à laquelle la collectivité publique envisage d'attribuer le contrat doit être appelée par le greffe à participer à l'instance. Si cette formalité n'est pas accomplie, l'intéressée, faute d'avoir été partie à l'instance, ne sera pas recevable à former un pourvoi en cassation contre l'ordonnance du juge des référés faisant droit à la demande de son adversaire.
125. Ce sont ces difficultés qui ont poussées la Cour de cassation à poser une question préjudicielle. Ce à quoi le Conseil constitutionnel répond que les dispositions contestées n'avaient « *ni pour objet ni nécessairement pour effet de priver les candidats évincés de la possibilité de former, dès le rejet de leur offre et jusqu'à la signature du contrat, un référé précontractuel* »²³⁹. À ce titre, le Professeur Muller rappelle, en ce qui concerne les difficultés de procédures, que celles-ci existent également devant le juge administratif, ce qui peut justifier une absence de rupture d'égalité dans la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) Société Bâtiment mayennais.²⁴⁰ S'il est vrai qu'on ne peut exclure absolument que des candidats évincés d'un MAPA parviennent à agir efficacement en référé précontractuel, notamment lorsque certains acheteurs s'astreignent par autodiscipline à communiquer les motifs de l'attribution et à observer un délai de « stand still », ces pratiques sont loin d'être universelles et la grande difficulté d'agir en référé précontractuel dans le cadre de marchés passés selon la procédure adaptée est une réalité bien connue des praticiens²⁴¹.

c.) Dessaisissement du juge du référé ?²⁴²

126. Antérieurement à l'ordonnance de 2009, il avait pu être jugé que le juge judiciaire du référé précontractuel puisse décider de renvoyer l'affaire devant le juge du fond. Mais ce renvoi ne peut être fondé sur un motif tiré de ce que la résolution de l'affaire conduirait le juge des référés à agir empiéter sur l'office du juge du principal. C'est pourtant sur ce motif erroné qu'un juge judiciaire s'était appuyé pour refuser de statuer sur le bien-fondé de la demande en référé formée, en application du 1° de l'article 33 de l'ordonnance du 6 juin 2005, contre un marché de droit privé en cours de passation par une entité adjudicatrice²⁴³. La Cour de cassation a heureusement indiqué au juge judiciaire de première instance qu'il n'était pas habilité à se dessaisir d'une demande de référé précontractuel pour ce motif : le juge civil des référés est, comme son homologue administratif, un juge du fond statuant en la forme des référés²⁴⁴.

²³⁷ Article R. 551-1 du code de la justice administrative

²³⁸ M. Maillet et C. Lavis, La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve - *Revue contrats publics*, n°214

²³⁹ QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857

²⁴⁰ E. Muller, Commande publique - Le régime du référé contractuel à l'encontre des contrats privés de la commande publique n'est pas contraire à la Constitution, *La Semaine Juridique - édition Générale (JCP G)*, n° 46 du 09 novembre 2020, Lexis Nexis

²⁴¹ V. F. Llorens, P. Soler- Couteaux, Sur la place du référé précontractuel en procédure adaptée : *Contrats-Marchés publ.* 2017, repère 7. ; N. Dourlens, R. de Moustier, Marchés passés en procédure adaptée et délai de stand-still : c'est toujours non ! : *Contrats-Marchés publ.* 2018, prat. 1

²⁴² P. Cassia, Pratique des référés précontractuel, Lexis Nexis

²⁴³ T. com. Roubaix-Tourcoing, réf., 30 juin 2006, SAS Mariot-Gamelin c/ SA Transpole, n° 2006/01245 : « Attendu que le juge des référés étant le juge de l'évidence et de l'incontestable, il ne lui appartient pas de trancher ce litige l'échet de renvoyer les parties à se pourvoir devant les juges du fond »

²⁴⁴ Civ 2ème, 4 juill. 2007, Sté Mariot-Gamelin, pourvoi n° 06-17333 : « Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt retient qu'il existe une contestation sérieuse ne relevant pas des attributions du juge des référés ; Qu'en statuant ainsi, alors que, saisi sur le fondement de l'ordonnance du 6 juin 2005, le président du tribunal statue en la forme des référés, de sorte que l'article 872 du nouveau code de procédure civile était inapplicable et qu'il lui appartenait de trancher la contestation susvisée, le premier juge, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé les textes susvisés ».

d.) Délai pour juger

127. En outre, le juge judiciaire doit statuer dans un délai de vingt jours²⁴⁵, néanmoins cette affirmation doit être nuancée puisque ce délai n'est pas prescrit à peine de dessaisissement du juge²⁴⁶. De plus, la Cour de cassation a récemment jugé que « *le délai de vingt jours dans lequel, en application de l'article 1441-2 1° du code de procédure civile, le président du tribunal judiciaire doit statuer sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles 2 et 5 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, n'est pas prescrit à peine de nullité, de sorte que son inobservation ne peut pas donner lieu à cassation* »²⁴⁷.

6.) Recours

128. Les recours en référés font par ailleurs l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation²⁴⁸.

129. Si la conclusion du contrat entre l'adjudicateur et l'entreprise sélectionnée met fin aux pouvoirs du juge saisi en matière précontractuelle sur le fondement des articles 2 à 5 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, elle ne prive, néanmoins, pas d'objet le pourvoi contestant la décision prise par ce juge avant que cette conclusion n'intervienne²⁴⁹. Et s'il estime que l'ordonnance n'a pas respecté le texte, en l'occurrence l'ordonnance du 7 mai 2009, la cassation qu'il prononce est, elle, sans effet, dans la mesure où, le contrat étant signé, il n'y a plus lieu à référé précontractuel.

130. Le juge administratif est, dans la même situation, plus expéditif, puisqu'il constate un non-lieu à statuer dès que le contrat est signé, même si le litige a atteint le stade de la cassation. Le fond n'est pas alors examiné. Et peu importe, d'ailleurs, que le contrat ait été signé alors que l'acheteur public se trouvait sous le coup d'une injonction de suspension du juge du référé précontractuel. Cette circonstance permet tout au plus au candidat évincé d'invoquer ultérieurement cette irrégularité devant le juge du contrat²⁵⁰.

131. Les mots pour le dire sont différents selon les ordres de juridiction. La Cour de cassation avait déjà jugé que les pouvoirs conférés au juge des référés contractuels ne peuvent être exercés qu'avant la signature du contrat²⁵¹. Le juge administratif en convient sans nuance²⁵². La signature du contrat prive de son office le juge du référé précontractuel²⁵³.

7.) Convergences entre juge administratif et juge judiciaire

a.) « Smirgeomisation » du contentieux judiciaire

132. Ainsi que le met en exergue le Professeur Eckert²⁵⁴, le juge judiciaire « *n'hésite pas à s'inspirer des solutions de celui-ci, tant pour l'interprétation des règles substantielles du droit de la commande publique que pour celles relatives aux procédures contentieuses propres à ces contrats, comme l'illustre la « smirgeomisation » du référé précontractuel devant les juridictions judiciaires (Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.521, Sté Dalkia France : JurisData n° 2012-023942 ; Contrats - Marchés publ. 2013, comm. 23, obs. M. Ubaud-Bergeron)* ».

133. En effet, d'une manière générale²⁵⁵, on rappellera que, pour que le juge accueille favorablement la demande, encore faut-il que le demandeur soit lésé par le moyen qu'il invoque²⁵⁶. La Cour de cassation²⁵⁷, qui peut remettre en cause la décision d'un juge des référés ne s'assurant pas ou pas suffisamment que cette condition soit remplie, a donné un récent éclairage sur la notion d'intérêt lésé dans une affaire relative à la passation d'un marché par une société d'habitation à loyers modérés²⁵⁸.

²⁴⁵ Article 1441-2 du code de procédure civile

²⁴⁶ TGI Paris, 27 mai 2011, req. n° 11/53908

²⁴⁷ Com., 11 janvier 2023, 21-10.440

²⁴⁸ Article L. 411-2 du code de l'organisation judiciaire

²⁴⁹ Com., 22 mars 2023, n° 21-10.808

²⁵⁰ CE, 3 juin 2009, n° 323594, Sté Aéroports de Paris

²⁵¹ Com., 10 juill. 2009, n° 09-13.871

²⁵² CE, 3 juin 2009, n° 323594, Sté Aéroports de Paris

²⁵³ L. Erstein, La signature du contrat et le pourvoi contre l'ordonnance précontractuelle, commentaire Lexis Nexis sous Com., 22 mars 2023, n° 21-10.808

²⁵⁴ G. Eckert, Faut-il « administrativiser » les contrats privés de la commande publique ?, *Contrats et marchés publics*, Lexis Nexis, janv. 2021, n° 1

²⁵⁵ M. Maillot et C. Lavis, Les référés contre les contrats des entités adjudicatrices de droit privé, *Revue contrats publics*, N° 110 - Mai 2011

²⁵⁶ Com., 8 décembre 2009, ADP, n° 08-21714

²⁵⁷ Com., 13 oct. 2021, n° 19-24.904, Sté Promologis

²⁵⁸ P. Limousin et A. Layrisse, Fasc. 90 : Spécificités des marchés des entités adjudicatrices

134. Faisant application de la décision "Département du Lot-et-Garonne" du 2 octobre 2013 du Conseil d'Etat²⁵⁹, le juge judiciaire considère que le « *pouvoir adjudicateur, même si l'offre a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché et rejetée pour un autre motif, peut se prévaloir de l'irrégularité de cette offre devant le juge du référé précontractuel [...] Par conséquent en présence d'une offre irrégulière la société n'est pas fondée à être considérée comme lésée, ou susceptible d'être lésée par la passation du marché public à l'égard d'un concurrent. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner les motifs à l'appui de sa demande d'annulation des décisions relatives à la passation du marché, la société est donc déboutée* »²⁶⁰.

135. Par exemple, le juge judiciaire de Nanterre a récemment fait application de la jurisprudence Smirgeomes²⁶¹ : « *il appartient au juge précontractuel de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ».

b.) Une convergence des règles applicables

136. Dans la phase précontractuelle, les règles de publicité et de mise en concurrence sont ainsi globalement identiques pour les acheteurs privés et publics, transposant fidèlement les principes et règles issus des directives européennes²⁶².

137. Avant la réforme initiée en 2014, des différences majeures tenaient, d'une part, à l'absence d'allotissement obligatoire et, d'autre part, au défaut d'encadrement des procédures adaptées pour les marchés privés de la commande publique²⁶³. Dans la logique de transposition *a minima* retenue par l'ordonnance de 2005, les directives ne contenant aucune disposition particulière, le législateur français n'avait donc imposé aux acheteurs privés aucune règle sur l'allotissement ou la procédure adaptée. L'une des grandes critiques²⁶⁴ faite du régime antérieur était justement ce silence de l'ordonnance de 2005 s'agissant de l'organisation de la procédure adaptée²⁶⁵.

138. Aujourd'hui, ces différences n'existent plus. Les dispositions des articles L. 2113-10 et L. 2113-11, relatifs à l'allotissement, de même que celles de l'article L. 2123-1, relatif à la procédure adaptée, du Code de la commande publique sont applicables indifféremment aux « *acheteurs* »²⁶⁶.

139. La seule différence qui persiste demeure celle liée au seuil de publicité dit « national », fixé à 90 000 € HT, et au-delà duquel la publication au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics (BOAMP) ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales est obligatoire²⁶⁷.

140. Aux termes des articles R. 2131-13 et-16 du Code de la commande publique, ce seuil ne s'applique pas aux acheteurs privés de la commande publique, ainsi qu'aux établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, pour les procédures adaptées et formalisées. L'article R. 2113-13 confirme ainsi expressément que pour leurs marchés passés selon une procédure adaptée, ces acheteurs « *choisissent librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause* », tandis que pour les procédures formalisées, seul l'avis au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) est obligatoire. Par parallélisme, l'avis d'attribution est également publié en procédure formalisée uniquement au JOUE et non au BOAMP²⁶⁸. Cela offre, certes, un peu plus de souplesse aux opérateurs privés dans le choix des supports de publicité, mais fondamentalement rien ne justifie cette différence procédurale. S'agissant enfin des contrats de concession, dans le même esprit, les règles de publicité et de mise en concurrence ne diffèrent aucunement en fonction de leur nature privée ou publique²⁶⁹.

²⁵⁹ Qui n'est plus systématiquement appliqué, voir CE, 27 mai 2020, n° 435982, Sté Clean Building

²⁶⁰ CE, 2 octobre 2013, req. n° 368900

²⁶¹ TJ Nanterre, ord., 11 mai 2020

²⁶² L. Cochet, Les contrats privés de la commande publique : les clairs-obscurs d'un régime juridique après la réforme de la commande publique, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 16, 25 Avril 2022, 2132

²⁶³ *ibid.*

²⁶⁴ A. Delpierre, Les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 : la liberté conditionnelle des procédures non formalisées, *Contrats-Marchés publ.* 2011, étude 8

²⁶⁵ *ibid.*

²⁶⁶ *ibid.*

²⁶⁷ *ibid.*

²⁶⁸ Article R. 2183-1 du code de la commande publique

²⁶⁹ *ibid.*

141. Ainsi, le référé précontractuel devant le juge judiciaire, comme devant celui administratif, demeure une voie de droit relativement difficile à mettre en œuvre pour les candidats évincés. La dichotomie judiciaire-administratif rend ce recours encore plus difficile à mettre en œuvre, notamment au regard des règles de la procédure civile. Quant à la possibilité de contester un contrat passé en MAPA, la voie du référé précontractuel peut être fermée *de facto*. Cette situation, reconnue constitutionnelle, est pourtant contraire à la volonté du législateur, rappelée dans le rapport remis au Président de la République, qui énonce que « *la directive [transposée] vise à accroître l'efficacité des recours, avant et après la signature des contrats, et à lutter contre la passation des marchés de gré à gré illégaux* »²⁷⁰. Ainsi, le référé contractuel prend une place fondamentale dans la préservation de l'effet utile des règles de commande publique.

B-Le référé contractuel des contrats privés de la commande publique, un régime inachevé

1.)Présentation générale

142. Comme l'énonce le Professeur Hoepffner : « *le référé contractuel permet de sanctionner, après la signature du contrat, les manquements les plus graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence. D'aucuns ont cru que ce recours serait le pendant post signature du référé précontractuel et qu'il connaîtrait le même succès. Ce n'est pas le cas. Il est une voie de recours « accessoire », « une action de secours », dont l'efficacité est relative. Il apparaît comme le « parent pauvre » du contentieux de la validité des contrats (D. Labetoulle)*²⁷¹ ».

143. Comme le mettent en exergue Maîtres Limousin et Layrisse « *à la différence du référé précontractuel, le régime du référé contractuel des acheteurs est unifié dans chaque ordre de juridiction. Ainsi, les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices qui sont des contrats administratifs sont tous soumis aux mêmes dispositions du Code de justice administrative (CJA, art. L. 551-13 à L. 551-23), tandis que les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices qui sont de droit privé relèvent tous des mêmes dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 précitée (Ord. n° 2009-515, 7 mai 2009, art. 11 à 21). Le juge dispose donc des mêmes pouvoirs quel que soit l'acheteur concerné : les entités adjudicatrices encourent les mêmes sanctions que les pouvoirs adjudicateurs et, de manière générale, ne disposent pas d'un régime plus souple que ces derniers* »²⁷².

144. Il est possible de définir le recours contractuel à partir de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 : « *Les personnes qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat. / La demande est portée devant la juridiction judiciaire.* »

145. Le référé contractuel peut être perçu comme une solution de « repli » pour le candidat évincé. Il est en effet ouvert aux requérants empêchés d'exercer le référé précontractuel, ou alors dans le cas où l'ordonnance rendu par juge précontractuel a été violée²⁷³.

146. Le référé contractuel doit, être introduit après la conclusion du contrat, dans un délai d'un mois ou de six mois, en fonction de la publicité assurée au stade de son attribution. Le juge statue dans un délai d'un mois sur les demandes qui lui sont présentées et il peut suspendre, à la demande du requérant et en considération des intérêts en présence, l'exécution du contrat pour la durée de l'instance²⁷⁴.

147. Le recours est, cependant, fermé au demandeur ayant précédemment introduit un référé précontractuel, lorsque la personne morale en cause s'est conformée à la décision juridictionnelle rendue. Il ne peut pas non plus être exercé à l'encontre des contrats non soumis à une obligation de publicité préalable ou pour lesquels

²⁷⁰ Rapport au Pr. de la République relatif à l'ord. du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique

²⁷¹ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

²⁷² P. Limousin et A. Layrisse, Fasc. 90 : Spécificités des marchés des entités adjudicatrices, Lexis Nexis

²⁷³ Article 12 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 : « *Le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article 2 ou à l'article 5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* »

²⁷⁴ Article 1441-3 du code de procédure civile et 15 et s. de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009

l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus n'est pas applicable, lorsque la personne morale contractante a rendu publique son intention de conclure le contrat et a observé un délai de onze jours après cette publication²⁷⁵.

2.) Conditions

a.) Ratione materiae : un contrat privé de la commande publique

148. Le référé contractuel peut être exercé contre les mêmes contrats que ceux susceptibles de faire l'objet d'un référé précontractuel, c'est-à-dire contre les contrats de la commande publique.

149. L'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 renvoie en effet aux définitions des contrats énoncés aux articles 2 et 5 du même texte, à savoir les « *contrats de droit privé 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* ». En d'autres termes, il s'agit, comme en matière de référé précontractuel, des contrats privés de la commande publique.

150. Néanmoins certains contrats sont exclus ainsi qu'en dispose l'article 13 de l'ordonnance du 7 mai 2009 : « *Le recours régi par le présent article ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique* ». Ainsi, l'un des cas d'exclusion marquant sont les contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. Les conditions dans lesquelles l'acheteur doit avoir rendu publique son intention de le conclure sont précisées à l'article 1441-3-1 du code de procédure civile : « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, relatif à son intention de conclure un contrat* ».

151. Une nuance doit en outre être apportée, qui semble pourtant contraire à l'esprit du référé contractuel. En effet, pour certains contrats de la commande publique particuliers, l'article L. 122-20, 2° du code de la voirie routière prévoit la possibilité de recourir au référé contractuel et précontractuel pour les marchés privés passés par les concessionnaires d'autoroute. Ces concessions sont régies par les articles L. 122-4 et suivants du Code de la voirie routière. Or, l'article L. 122-20 du code de la voirie routière ne visant uniquement les marchés privés, et non les concessions que pourraient passer ces sociétés concessionnaires, il a été jugé que le référé contractuel sur ce fondement n'est pas possible pour les concessions de droit privé, passées par les concessionnaires d'autoroute²⁷⁶.

b.) Ratione temporis : un contrat signé, et un requérant n'ayant pas été mis à même d'agir devant le juge du référé précontractuel

152. Le référé contractuel peut être exercé, après la signature du contrat, dans un délai qui varie en fonction de la publicité opérée pour l'attribution du contrat : un mois après publication de l'avis pour les procédures formalisées, six mois en l'absence de publication de cet avis. Le requérant ne doit pas avoir été mis à même d'agir devant le juge du référé précontractuel.

153. L'article 1441-3 du code de procédure civile dispose en effet que : « *I.-La juridiction peut être saisie du recours prévu à l'article 11 de l'ordonnance mentionnée ci-dessus au plus tard le trente et unième jour suivant la publication au Journal officiel de l'Union européenne d'un avis d'attribution du contrat, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou*

²⁷⁵ Article 13 de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, et articles 1441-3 et 1441-3-1 du code de procédure civile

²⁷⁶ Com., 22 juin 2022, n° 19-25.434

un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. / En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat (...) ». Ainsi, l'alinéa 1 prévoit un délai de 31 jours après la publication de l'avis prévu pour les procédures formalisées, tandis que l'alinéa 2 prévoit un délai de six mois en l'absence de publication de cet avis. Néanmoins, la question qui se pose est de savoir si cette « absence de publication » comprend les marchés passés en MAPA **ET** les marchés en procédure formalisée n'ayant pas respectés cette obligation, ou uniquement les marchés en procédure formalisée n'ayant pas respectés cette obligation. Aucune réponse ne semble avoir été donnée pour le moment...

c.) Ratione personae : renvoi aux règles concernant les référés précontractuels

154. Les personnes habilitées à engager un référé contractuel sont celles « qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat »²⁷⁷. D'autres personnes sont également habilitées à agir, ce sont les mêmes que celles prévues pour les référés précontractuels (v. §56 et s.).

d.) Articulation avec le référé précontractuel²⁷⁸

155. Il n'est possible d'exercer ce recours que dans certaines conditions. En principe, ces référés sont exclusifs l'un de l'autre. Ils ne peuvent être cumulés. Cela signifie que le référé contractuel est fermé au requérant qui a déjà exercé un référé précontractuel (qui a été rejeté au fond) ou qui aurait pu exercer un référé précontractuel mais qui s'est délibérément abstenu. « On exerce le référé contractuel que parce que, pour des raisons indépendantes de sa volonté, on n'a pas pu bénéficier des effets qui auraient dû s'attacher à l'exercice du référé précontractuel » (N. Boulouis).

156. Dans le cadre de procédures librement définies par l'entité adjudicatrice, la porte du référé contractuel est fermée aux opérateurs dès lors que l'entité leur a permis d'exercer un référé précontractuel en rendant publique son intention de conclure le marché et en observant un délai de onze jours avant la signature du marché²⁷⁹. Ainsi, seuls trois cas d'ouverture du prétoire du juge du référé contractuel existent :

- La méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de l'obligation de non-signature du fait de la saisine du juge du référé précontractuel, à moins que le demandeur ou le greffe ne l'ai pas prévenu de ce recours ;
- La méconnaissance de l'ordonnance du juge du référé précontractuel ;
- L'absence d'information des candidats évincés par le pouvoir adjudicateur.

i.) Les cas de cumul de référés prévus par les textes²⁸⁰ : absence de suspension de signature ou méconnaissance de l'ordonnance

157. Exceptionnellement, le cumul est possible lorsque le requérant :

- a été empêché d'exercer un référé précontractuel parce que l'autorité adjudicatrice a méconnu l'obligation de la suspension de la signature du contrat durant le référé précontractuel²⁸¹ ;
- a été privé des effets d'un tel référé parce que l'autorité adjudicatrice a méconnu l'ordonnance du juge du référé précontractuel²⁸².

158. Il n'existe aucune particularité sur ce point, les dispositions applicables, communes aux entités adjudicatrices et pouvoirs adjudicateurs, étant en tous points identiques à celles du code de justice administrative. Les opérateurs ne peuvent former successivement un référé précontractuel puis un référé contractuel, sauf si l'entité adjudicatrice a méconnu l'obligation de ne pas procéder à la signature du marché²⁸³.

²⁷⁷ Article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009

²⁷⁸ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

²⁷⁹ Art. 13 de l'ordonnance n° 2009-515

²⁸⁰ M. Maillet et C. Lavis, Les référés contre les contrats des entités adjudicatrices de droit privé, *Revue contrats publics*, N° 110 - Mai 2011

²⁸¹ Com., 7 septembre 2022, n°20-21.222

²⁸² Article 12 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009

²⁸³ Art. 12 de l'ordonnance du 7 mai 2009 : « Le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article 2 ou à l'article 5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours. »

159. Mais exception à l'exception, ce cumul n'est pas autorisé si l'acheteur a signé le contrat alors qu'il ignorait l'introduction d'un référé précontractuel, c'est-à-dire si le requérant a omis de le lui notifier ou s'il ne lui a pas été communiqué par le greffe du tribunal²⁸⁴.

ii.) Les cas de cumul prévus par la jurisprudence²⁸⁵ : absence de notification du rejet des offres des candidats évincés

160. Les candidats pour lesquels la voie du référé précontractuel aura été fermée pourront également exercer un référé contractuel par exception, alors même qu'ils ont déjà formé un référé précontractuel dès lors qu'ils étaient dans l'ignorance de la conclusion du contrat²⁸⁶. Ainsi, le juge judiciaire adopte la jurisprudence Agrimer de son homologue administratif²⁸⁷.

3.) Moyens invocables

161. Si les conditions de recevabilité sont plus souples, dans la mesure où le contrat doit avoir été signé, les moyens invocables sont, quant-à-eux, bien plus restreints, car limitativement énumérés. Or, cette interprétation limitative, est contestable devant le juge judiciaire, en l'absence de recours comparable au Tarn-et-Garonne bien connu devant le juge administratif. Comme le souligne le Professeur Bourdon : « *la différence de situation entre les contrats civil et administratif, admise par le Conseil constitutionnel, pouvait conforter une interprétation différente, plus extensive, des dispositions relatives au référé contractuel devant le juge judiciaire. Contrairement au contentieux administratif, le contentieux judiciaire ne connaît pas de voies de recours réservées aux tiers contre les contrats de la commande publique. Et donc, contrairement à ce que considère le Conseil constitutionnel, il n'est pas évident que les dispositions sur le référé contractuel devant le juge judiciaire soient « limitative[s] »* »²⁸⁸.

162. En effet, l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 énonce que peuvent être uniquement invoqués pour obtenir la nullité du contrat²⁸⁹ :

-Le fait qu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise ;

-Le fait que la publication au Journal officiel de l'Union européenne a été omise alors qu'elle était prescrite ;

-Le fait que le contrat a été conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;

-Le fait que le contrat a été conclu avant l'expiration du délai de stand still, ou pendant la suspension automatique qui s'impose à compter de la saisine du juge des référés précontractuels.

163. Cette liste est considérée par la Cour de cassation comme étant limitative²⁹⁰. À titre d'exemple, le premier cas de figure (hypothèse où aucune mesure de publicité requise pour la passation du contrat n'a été prise) a été appliqué par la Cour de cassation²⁹¹.

164. Ainsi, certains contrats privés de la commande publique passés sous la forme adaptée ne répondent pas aux cas précités. Toutefois, la Cour de cassation rappelle utilement que le requérant peut toujours rechercher la responsabilité de l'acheteur pour obtenir réparation des vices qu'il dénonce²⁹². À noter que cette problématique se pose également devant le juge administratif²⁹³.

165. À titre d'exemple, la Cour de cassation a pu juger que « *le défaut d'exigence de production des attestations et certificats sociaux et fiscaux exigés par l'article 18 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au*

²⁸⁴ H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e édition, 2022

²⁸⁵ M. Mailliet et C. Lavis, Les référés contre les contrats des entités adjudicatrices de droit privé, *Revue contrats publics*, N° 110 - Mai 2011

²⁸⁶ Com. 7 sept. 2022, Sté. Arc- en- Ciel services, no 20- 21.222

²⁸⁷ CE, 10 novembre 2010, Agrimer, n°340944

²⁸⁸ P. Bourdon, « Les habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2021, n° 126

²⁸⁹ Pour une application voir : Com., 11 mai 2022, 19-24.270

²⁹⁰ Com., 11 mai 2022, n° 19-24.270 ; Com., 14 mai 2013, n° 12-17.890

²⁹¹ Com., 14 février 2012, n° 11-18.070.

²⁹² *ibid.*

²⁹³ En ce sens voir TA Nancy, 5 janvier 2022, Société SM Environnement, n°2103595

code des marchés publics, constitue un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence et de publicité ».

166. Toutes les autres méconnaissances des règles de procédure de passation des contrats de la commande publique ne peuvent donc être invoquées pour annuler le contrat. Comme le rappelle Maître Jarroux : « *en d'autres termes, toutes les autres irrégularités susceptibles d'entacher la procédure, c'est-à-dire les plus nombreuses en pratique (irrégularité de l'offre sélectionnée, critique des critères de sélection des offres, etc.), ne peuvent être contestées dans le cadre de ce référé - assimilé par certains à « une arme de dissuasion pas très massive » (D. Gauch et O. Mezger, Quels sont les moyens invocables devant le juge du référé précontractuel et contractuel ?, contrats publics, no 132, mai 2013.) - sauf dans l'hypothèse où l'acheteur a fait irrégulièrement obstacle à l'exercice d'un référé précontractuel* »²⁹⁴.

167. Ici le Conseil constitutionnel utilise de façon implicite l'argument de la sécurité juridique et de la continuité du service public²⁹⁵, énonçant que la restriction au droit à un recours effectif était justifiée par l'objectif d'intérêt général tenant à éviter « *la remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles* »²⁹⁶. Néanmoins, cette argumentation est critiquée, et critiquable, c'est ce que souligne le Professeur Bourdon : « *l'on ne rappellera pourtant jamais assez que la meilleure sécurité juridique pour les adjudicateurs consiste à respecter les règles juridiques, donc leurs obligations de publicité et de mise en concurrence* »²⁹⁷.

168. Cette approche est reprise à son tour par la Cour de cassation jugeant qu' « *en réservant cette sanction aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence, le législateur, qui a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur conclusion et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles, ainsi que la confiance dans les relations économiques, a poursuivi un but légitime. Compte tenu des recours ouverts aux candidats à un marché privé de la commande publique évincés et notamment, à tout le moins, de la possibilité d'agir en responsabilité contre l'auteur d'un manquement entachant la procédure d'appel d'offres, cette limitation des cas dans lesquels ces candidats peuvent agir en référé contractuel ne porte pas atteinte à la substance de leur droit à un recours effectif et elle est proportionnée au but légitime poursuivi* »²⁹⁸.

4.)Office du juge²⁹⁹

169. À l'instar du référé contractuel administratif, les manquements pouvant utilement être invoqués, tout comme les sanctions pouvant être prononcées (annulation, résiliation, réduction de la durée ou pénalité financière), sont limitativement définis aux articles 16 à 18 de l'ordonnance du 7 mai 2009. Seules les méconnaissances les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence sont susceptibles de rendre nul le contrat en cause³⁰⁰. Aucune distinction selon la qualité de l'acheteur est faite toutefois.

a.)Mesures provisoires :

170. Les articles 15 et suivants de l'ordonnance exposent les pouvoirs du juge qui, dans un premier temps, peut suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance. L'article 15 prévoit ainsi que le juge judiciaire du référé contractuel peut « *suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages* ».

b.)Mesures définitives

α.)Nullité du contrat

171. S'agissant des mesures définitives, l'ordonnance dispose qu'est nul tout contrat conclu en raison de³⁰¹ :

- l'absence totale de publicité ;
- l'absence de publication au Journal officiel de l'Union européenne alors qu'elle était requise ;
- la violation des modalités de remise en concurrence des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ;

²⁹⁴ Me Jarroux, L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question, *Revue Lamy droit des affaires*, No 165, 12/2020

²⁹⁵ CE, 7 juillet 1950, Dehaene ; CE, 9 novembre 2020, Métropole Nice Côte d'Azur ; CE, 9 novembre 2016, Fosmax

²⁹⁶ QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857

²⁹⁷ P. Bourdon, « Les habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2021, n° 126

²⁹⁸ Com., 11 mai 2022, Pourvoi n° 19-24.270

²⁹⁹ M. Maillot et C. Lavis, Les référés contre les contrats des entités adjudicatrices de droit privé, *Revue contrats publics*, N° 110 - Mai 2011

³⁰⁰ V. par ex. Com., 14 févr. 2012, n° 11-18.070, Sté HLM Coutances Granville

³⁰¹ Art. 16 de l'ordonnance

- ou encore la violation, lorsqu'elle s'applique, de l'obligation de ne pas signer le marché avant un délai déterminé. Si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le référé précontractuel, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat³⁰².

172. La jurisprudence est, pour l'heure, quasi inexistante en la matière, le juge judiciaire semble faire une application stricte des conditions de recevabilité de ce recours³⁰³. Toutefois, la Cour de cassation veille au respect de l'obligation de standstill, et y donne une grande importance, en énonçant que « *pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge du référé contractuel peut 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 ; / Attendu que, bien qu'ayant constaté que le contrat litigieux avait été signé, cependant que la notification de l'attribution du marché ne comportait aucune indication sur le délai de suspension pendant lequel les candidats non retenus pouvaient exercer un recours précontractuel, l'ordonnance ne prononce aucune sanction ; / Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, faute d'avoir été notifié à la société Colas Mayotte, le délai de suspension n'avait pas couru de sorte que le contrat avait été signé avant son expiration, le juge du référé contractuel a méconnu son office et violé les textes susvisés* »³⁰⁴.
173. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris³⁰⁵ a pu juger, dans une affaire relative à un marché passé par une société d'économie mixte, que si le référé contractuel était recevable dans le cas où la signature du contrat est intervenue avant même la notification du rejet des offres, en revanche, la nullité du contrat ne pouvait être prononcée en l'espèce. En effet, le requérant avait été retenu pour deux lots mais contestait le rejet de son offre pour d'autres lots : compte tenu du fait qu'il ne fondait son recours que sur des manquements relatifs à l'ensemble de la procédure, et non de façon spécifique aux lots pour lesquels il a été écarté, ses chances d'obtenir le contrat ne pouvaient avoir été affectées par ces manquements.
174. Le juge des référés contractuels peut intervenir en cas de signature avant l'expiration du délai minimum imposé à partir de l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Si ce délai n'est pas indiqué dans la notification de l'attribution, il ne commence pas à courir et le contrat est donc nécessairement signé avant son expiration, manquement entrant dans le champ du référé contractuel³⁰⁶. La même solution est applicable si l'information donnée n'est pas complète³⁰⁷.
175. Encore, le juge des référés contractuels prononce également la nullité si celui-ci a été signé avant l'expiration de la clause de gel exigée après l'envoi de la décision aux opérateurs économiques qui ont présenté une candidature ou une offre ou pendant le délai de suspension automatique de signature du contrat dès l'introduction du recours, si deux autres conditions sont remplies : d'une part, il faut que la méconnaissance des obligations susmentionnées ait privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel et, d'autre part, que les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du contrat est soumise doivent avoir été méconnues d'une manière telle qu'elle a affecté les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat³⁰⁸.
176. En revanche, lorsque le référé contractuel est introduit alors qu'aucune procédure de publicité et de mise en concurrence n'a été organisée, l'ordonnance du 7 mai 2009 permet au juge judiciaire de prononcer la nullité sans subordonner celle-ci à d'autres conditions³⁰⁹ : c'est ce qu'a pu juger la Cour de cassation³¹⁰ dans un arrêt du 14 février 2012 en considérant que le juge du référé contractuel avait pu prononcer une telle nullité sans rechercher si le requérant avait vu ses chances d'obtenir le contrat affecté, dans l'hypothèse où le

³⁰² TGI Nancy, 2 novembre 2010, Bancel c/ICF Nord Est

³⁰³ M. Ubaud- Bergeron, « Le juge judiciaire et la " commande publique" », *RFDA* 2013. 531

³⁰⁴ Com., 6 janvier 2015, Société d'économie mixte Société immobilière de Mayotte

³⁰⁵ TGI Paris, 17 août 2012, *SAS Sita Remediation*

³⁰⁶ Sur l'obligation d'indiquer le point de départ du délai de suspension, v. Com. 14 mai 2013, pourvoi n° 12-17890 : « *faute d'avoir été notifié à la société Récré'Action, le délai de suspension n'avait pas couru de sorte que les contrats avaient été signés avant son expiration* »

³⁰⁷ Com., 6 janvier 2015, Société d'économie mixte Société immobilière de Mayotte (la SIM), pourvoi n° 13-20213

³⁰⁸ TGI Paris, 17 août 2012, req. n° 12/55912

³⁰⁹ Article 16 de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009

³¹⁰ Com., 14 févr. 2012, n° 11-18.070

pouvoir adjudicateur a attribué un contrat en méconnaissance d'une décision juridictionnelle lui enjoignant d'organiser une nouvelle procédure³¹¹.

177. Encore, un arrêt récent de la Cour de cassation³¹², concernant les modalités de mise en œuvre par le juge de son pouvoir de sanction, en cas de méconnaissance du délai de « *standstill* » ou de la suspension résultant de l'exercice d'un référé précontractuel, fournit une nouvelle illustration de la convergence des jurisprudences judiciaires et administratives en matière de référés de la commande publique.

β.) Résiliation du contrat, réduction de sa durée, ou pénalité financière ne pouvant excéder 20% du montant hors taxes du contrat

178. Toutefois, à l'annulation, le juge peut préférer soit la résiliation du contrat, soit la réduction de sa durée, soit l'application d'une pénalité financière imposée à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général³¹³. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat.

179. Ces mesures peuvent être prononcées d'office par le juge qui doit en informer préalablement les parties et les inviter à présenter leurs observations. Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière, dont le montant tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat³¹⁴.

5.) Procédure et compétence

a.) Juridiction compétente

180. Le tribunal judiciaire compétent est déterminé par l'article L. 211-14 du code de l'organisation judiciaire qui dispose que « *des tribunaux judiciaires spécialement désignés connaissent des contestations relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de droit privé relevant de la commande publique dans les cas et conditions prévus par les articles 2 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique* ». L'intervention du Tribunal de commerce est possible comme en matière précontractuelle (voir §114).

181. Au sein de ces juridictions, seul le président du tribunal judiciaire est compétent pour connaître de ces recours³¹⁵. Tel était également le cas auparavant, sous l'empire de la procédure en la forme des référés. Cette règle de compétence pouvait prêter à confusion puisqu'il convenait de bien viser dans l'assignation le Président, non pas en qualité de juge des référés, mais, statuant « en la forme des référés »³¹⁶, sous peine d'irrecevabilité³¹⁷. L'ordonnance de référé est rendue par le Président du TJ compétent, jugeant alors sous la forme de la procédure accélérée au fond, ainsi que le rappelle le code de procédure civile : les « *procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont formées, instruites et jugées selon la procédure accélérée au fond* »³¹⁸. Ainsi, « *le président du tribunal judiciaire a compétence dans les matières déterminées par les lois et règlements au nombre desquelles figurent les matières mentionnées à la présente sous-section* »³¹⁹. Or, l'article R. 213-5-3 du code de l'organisation judiciaire dispose que « *lorsqu'il statue sur requête, en référé ou selon la procédure accélérée au fond, la compétence du président du tribunal judiciaire s'exerce dans le ressort du tribunal judiciaire et, s'il y a lieu, dans celui de chacune des chambres de proximité* ».

b.) Procédure

182. La procédure à suivre est la même que celle applicable aux référés précontractuels (voir. infra §108).

³¹¹ M. Ubaud- Bergeron, « Le juge judiciaire et la “ commande publique ” », *RFDA* 2013. 531

³¹² Com., 14 mai 2013, n° 12-17.890, Sté Récré'action : JurisData n° 2013-009365. – à rapprocher de CE, 30 nov. 2011, n° 350788 et n° 350792, Sté DPM Protection : JurisData n° 2011-026732

³¹³ Articles 17 et 18 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009

³¹⁴ Article 19 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009

³¹⁵ Article R. 213-5-1 du code de l'organisation judiciaire

³¹⁶ Voir sur ce point, P. le Bouedec et E. Morice, « Les référés contre les contrats des entités adjudicatrices de droit privé », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 110, mai 2011

³¹⁷ P. Le Bouedec et E. Morice, La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve, *Revue contrats publics*, n° 110 - Mai 2011, *Moniteur Juris*

³¹⁸ Article 1441-1 du code de procédure civile

³¹⁹ Article R. 213-1 du code de l'organisation judiciaire

183. En référé contractuel, la situation est similaire pour l'entreprise attributaire du marché dont la qualité lui donne un intérêt suffisant pour intervenir au soutien de l'entité ou du pouvoir adjudicateur. En droit privé, faisant application de l'article 14 du Code de procédure civile, la Cour de cassation annule l'ordonnance du juge des référés contractuels qui a prononcé la nullité du contrat entre une entité adjudicatrice et un groupement alors que le mandataire de ce dernier n'avait pas été appelé en la cause³²⁰.

c.) Délai pour juger

184. Le juge doit statuer dans un délai d'un moins, sans encore une fois que la méconnaissance de ce délai ne soit assortie de sanctions³²¹.

6.) Les recours

185. Le recours contre le référé précontractuel est le même qu'en matière de référé précontractuel (v. §123).

7.) Divergences

186. Le juge judiciaire n'hésite pas à s'éloigner de la ligne jurisprudentielle dégagée par son homologue administratif. Il en a été ainsi récemment concernant les modalités nouvelles d'appréciation de l'intérêt lésé en cas d'offre irrégulière du concurrent évincé, auteur du référé contractuel dégagée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Clean Building*³²². Le Conseil d'État a admis dans cette affaire que « *la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. Tel est notamment le cas lorsqu'une offre peut être assimilée, par le juge des référés dans le cadre de son office, à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas* »³²³. À la suite de cette décision, la Cour de cassation, en matière précontractuelle, n'a pas fait évoluer sa position restrictive de la lésion et a ainsi refusé de s'aligner sur ce point³²⁴.

8.) Perspectives du référé contractuel : une voie de recours à définir

187. Pour reconnaître la conformité à la Constitution du référé contractuel, le Conseil constitutionnel rappelle qu' « *il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique peuvent, après la signature du contrat, former en sus du référé contractuel un recours en contestation de la validité de ce contrat ouvert devant le juge administratif à 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. Les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique ne bénéficient pas devant le juge judiciaire d'un recours identique. Toutefois, les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents. Ainsi, les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique sont dans une situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique. Dès lors, la différence de traitement dénoncée, qui est en rapport avec l'objet de la loi, ne méconnaît pas en tout état de cause le principe d'égalité devant la loi* ». Ainsi, pour justifier de la légalité de l'absence de recours de droit commun en contestation du contrat pour les candidats évincés, le Conseil souligne que ces contrats ne sont pas placés dans la même situation. Ainsi, le référé contractuel semble, à cet égard, se substituer au recours Tarn-et-Garonne. Or les moyens invocables, et les pouvoirs du juge judiciaire demeurent fortement limités.

188. Comme le souligne P. Bourdon³²⁵, l'une des voies qui pourrait être engagée pour rendre plus effectif les recours des candidats évincés serait d'élargir ces moyens invocables et de donner plus de pouvoir au juge du référé contractuel afin de connaître des recours des candidats évincés. Une limite claire de cette voie demeure toutefois la difficile passerelle existant entre le référé précontractuel et contractuel.

189. À la vue de la proximité logique et des divergences de fond que la dichotomie juridictionnelle implique, le Professeur Eckert a très bien résumé la situation : « *dans ce domaine aussi, la diversité est source de richesse, même si, parfois, elle complique un peu les choses* ». En effet, si les textes sont relativement semblables entre les référés devant le juge administratif et le juge judiciaire, et que leur mise en œuvre

³²⁰ Com. 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-16178

³²¹ Article 1441-2 du code de procédure civile

³²² CE, 27 mai 2020, n° 435982, Sté Clean Building

³²³ L. Cochet, Les contrats privés de la commande publique : les clairs-obscurs d'un régime juridique après la réforme de la commande publique, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 16, 25 Avril 2022, 2132,

³²⁴ Com., 27 janv. 2021, n° 18-20.783

³²⁵ P. Bourdon, « Les habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2021, n° 126, p. 227-236

demeure relativement proche, dans les grandes lignes, les divergences procédurales, et le manque de connaissance des juges judiciaires du droit de la commande publique³²⁶ posent des questions de praticabilité et de protection du droit au recours effectif. La formule du Professeur Llorens, parlant d'« *acclimatation du juge judiciaire* » à la commande publique³²⁷, souligne bien cette difficulté pour le juge du droit privé à manier les règles de la commande publique.

190. Néanmoins, les décisions de jurisprudences analysant sur différents fondements cette protection du droit au recours effectif se fondent à chaque fois, notamment sur la possibilité de former des recours de droit commun, en sus des procédures de référés, pour reconnaître la légalité de cette dichotomie. Il est donc nécessaire d'étudier ces recours de droit commun, afin de mettre en exergue si dans les faits cet argument théorique est ou non valable.

II-Le contentieux de droit commun : une application incertaine du régime des actions en nullité et en responsabilité à des contrats privés de la commande publique singuliers

191. Comme le souligne I. Hasquenoph dans sa thèse³²⁸ : « *Les tiers au contrat public sont souvent les premiers affectés par l'atteinte portée au libre jeu de la concurrence lors de sa passation ou de son exécution. Mais leur recours revêt une portée qui dépasse la recherche de leur intérêt propre. D'une part, parce que le libre jeu de la concurrence est une composante de l'intérêt général devant guider l'action de l'administration : en introduisant un recours, les tiers se font gardiens de la légalité. D'autre part, parce que le contrat est la traduction juridique d'un rapport économique : il concrétise la rencontre de l'offre et de la demande et a pour but de garantir un « gain de Pareto », c'est-à-dire un « résultat gagnant-gagnant* » ».
192. Ainsi, les recours de droit commun sont fondamentaux, puisque la jurisprudence considère qu'ils viennent garantir le droit au recours effectif, en suppléant les « défaillances » des procédures de référés.
193. Il est important de noter que le Tribunal de commerce pourra également connaître de recours en nullité ou en responsabilité, intenté par des concurrents évincés, sur le fondement de l'article L. 721-3 du code de commerce³²⁹.

A-L'action en nullité contre le contrat de droit privé de la commande publique, une voie de recours contestée³³⁰

194. La jurisprudence administrative a fini par ouvrir une voie de recours particulière aux tiers, le juge de plein contentieux du contrat saisi par un tiers concurrent évincé pouvant depuis 2007 prononcer l'annulation, mais ne devait le faire que dans le cadre d'une irrégularité d'une particulière gravité³³¹. En effet, le principe classique inhérent à cette question a été, jusqu'en 2014, l'irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs eux-mêmes mais la recevabilité contre les décisions administratives détachables des contrats³³². Le recours Tropic fut élargi à l'ensemble des tiers, et non plus seulement aux candidats évincés, dans le cadre du fameux recours Tarn-et-Garonne³³³. Peuvent agir les tiers privilégiés (préfet et membre des organes délibérant de collectivités) sans avoir à prouver une lésion (leur seule qualité leur donne intérêt à agir), ainsi, que les tiers ordinaires susceptibles d'être lésés de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ces clauses. Les tiers privilégiés pourront invoquer tout moyen, alors que les tiers ordinaires ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec

³²⁶ Échanges avec Maître Delelis, à l'occasion de la visite du Master 2 - Droit public des affaires au sein du cabinet Jones Day

³²⁷ « Acclimatation » du juge judiciaire de F. Llorens, note sous Com., 26 mai 2009, n° 08-14.534, préc., *Contrats et marchés publ. juill. 2009*, comm. 245

³²⁸ I. Hasquenoph, *Contrats publics et concurrence*. Volume 206, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses

³²⁹ CA Paris, Pôle 5, chambre 11, 26 Juin 2020 – n° 20/00861 : « *Le litige ayant pour objet la contestation par une société concurrente de la validité des engagements contractuels pris entre deux sociétés commerciales, relève de la compétence du tribunal de commerce* »

³³⁰ Sur la question, S. Braconnier, P. Peyret et L. Levain, *Procédure contentieuse - Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique*, *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, Août 2013, 7 ; F. Tenailleau, « *Marchés des personnes publiques soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 : recours et information des candidats évincés* », *JCP A* n° 27, 4 juill. 2011, p. 2141.

³³¹ CE, Ass., 16 juill. 2007, no 291.545, Sté Tropic Travaux Signalisation

³³² CE, 4 août 1905, n°14220, Martin

³³³ CE, 4 avril 2014, Dpt Tarn-et-Garonne

l'intérêt dont ils se prévalent (application par le juge judiciaire de la jurisprudence Smirgeomes)³³⁴ mais aussi les vices d'une gravité telle que le juge administratif devraient les relever d'office (vice d'ordre public).

195. Le Conseil d'Etat a en revanche jugé que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat de droit privé n'impose pas nécessairement à la personne publique partie au contrat de saisir le juge du contrat afin qu'il tire les conséquences de cette annulation. En effet, l'arrêt «Tarn-et-Garonne» ne concerne que les contrats administratifs et non les contrats de droit privé³³⁵.

196. L'absence de recours Tarn-et-Garonne pour les contrats de droit privé de la commande publique a été à de maintes reprises réaffirmées³³⁶.

197. Néanmoins, le juge judiciaire peut intervenir de deux manières³³⁷. D'abord, à l'occasion d'un litige relevant de sa compétence, le juge judiciaire peut avoir à connaître, par voie d'exception, la validité d'un contrat public. Dans ce cadre, la Cour de cassation fait directement et explicitement application de la jurisprudence Commune de Béziers I. Ainsi à propos de l'exécution d'un contrat d'affermage des droits de places dans les halles et marchés communaux, le juge judiciaire est seul compétent pour statuer sur les contestations nées à l'occasion de l'exécution de ce contrat administratif. Il considère alors qu'il « *a la faculté de constater, conformément à une jurisprudence établie du juge administratif, qu'eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, l'irrégularité invoquée par l'une des parties n'est pas d'une gravité telle qu'il y ait lieu d'écarter l'application du contrat, de sorte que l'appréciation de la légalité de cet acte par le juge administratif n'est pas nécessaire à la solution du litige* »³³⁸. Ensuite, pour les contrats de droit privé de la commande publique, le juge judiciaire peut être saisi d'un recours de droit commun et il n'est pas certain qu'il transforme ses modes de raisonnement habituels pour tenir compte des recours applicables aux mêmes contrats lorsqu'ils relèvent du juge administratif. Au contraire, la Cour de cassation, dans une décision du 16 janvier 2013, censure la cour d'appel qui avait fait une application orthodoxe de la jurisprudence Commune de Béziers en refusant que l'entreprise cocontractante puisse invoquer une nullité, même d'ordre public, « *édictee au seul profit de la collectivité publique, [...] dans le seul but, étranger à l'intérêt général, d'échapper aux stipulations d'un contrat qu'elle a librement signé et exécuté pendant huit ans* ». En effet, la Cour de cassation considère, en appliquant la distinction traditionnelle entre nullités relative et absolue et rejetant donc explicitement la jurisprudence Commune de Béziers que « *le droit d'invoquer une nullité absolue est ouvert à toute personne qui y a intérêt ; que la nullité d'un contrat conclu dans des conditions contraires aux dispositions d'ordre public régissant les organes des collectivités territoriales est une nullité absolue qui peut donc être invoquée par tout intéressé et qui ne saurait, par conséquent, être réservée aux tiers au contrat et interdit aux cocontractants de la collectivité* »³³⁹. Cette solution est la conséquence perverse de la dualité de nature administrative et de droit privé des contrats de la commande publique. Elle a pour conséquence qu'un vice tenant à la nature administrative de la procédure de conclusion (la transmission au contrôle de légalité des délibérations de l'assemblée délibérante) d'un contrat de droit privé a davantage de conséquences, et des conséquences plus automatiques tenant moins bien compte de la nature contractuelle de l'acte et de la situation, devant le juge judiciaire que devant le juge administratif. Il est probable que cette solution évoluera dans l'avenir, le dialogue entre les juges judiciaire et administratif étant une réalité.

1.) La question de l'existence d'une action en nullité autonome

198. Les tiers peuvent agir en nullité absolue devant le juge civil, dans un délai de 5 ans à compter du jour où ils ont connu ou auraient dû connaître les faits leur permettant de l'exercer (art. 2224 C. civ.)

199. Néanmoins, le recours Tarn-et-Garonne est d'origine jurisprudentiel, et il n'est en rien transposable *de facto (ni de jure)* devant le juge judiciaire. Alors que la doctrine a plaidé pour sa reconnaissance³⁴⁰, la jurisprudence judiciaire juge que « *les tiers disposent de deux procédures spécifiques de référé précontractuel et contractuel qui suffisent, à l'évidence, à elles seules de garantir l'effet utile des obligations légales du droit de la commande publique, de sorte qu'en dehors de ces deux cas de figure, il n'existe aucune autre voie au fond permettant au juge judiciaire de se prononcer sur une demande de nullité présentées par un tiers, fût-ce en raison*

³³⁴ Com., 8 décembre 2009, ADP, n° 08-21714

³³⁵ Civ. 1^{ère}, 31 janv. 2018, société BTSG

³³⁶ QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857 ; CA Rennes, 2^{ème} Chambre, Arrêt du 19 mars 2021, Répertoire général n° 17/08002

³³⁷ O. Guézou, Traité de contentieux de la commande publique

³³⁸ Civ 1^{ère}, 24 avril 2013, pourvoi n° 12-18180

³³⁹ Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2013, pourvoi n° 11-27837

³⁴⁰ P-Y. Gahdoun, M. Ubaud-Bergeron, « Première QPC pour le droit de la commande publique : une occasion manquée ? Note sous Conseil constitutionnel, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857 QPC », *Revue française de droit administratif*, janvier-février 2021, n° 1, p. 1-8

de manquements du pouvoir adjudicateur aux obligations d'ordres public de publicité et de mise en concurrence édictées par l'ordonnance de 2005 »³⁴¹.

200. Sur le fondement de la rupture d'égalité entre les recours intentés devant le juge administratif et le juge judiciaire, la Cour de cassation a donc posé une question prioritaire de constitutionnalité³⁴². Or, après avoir confirmé que ce recours devant le juge judiciaire n'existait pas, le conseil constitutionnel écarte toute méconnaissance du principe d'égalité en considérant, de manière laconique, que « *les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents. Ainsi, les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique sont dans une situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique. Dès lors, la différence de traitement dénoncée, qui est en rapport avec l'objet de la loi, ne méconnaît pas en tout état de cause le principe d'égalité devant la loi* »³⁴³.
201. Comme le met en exergue Maître Jarroux : « *A contrario, il est vrai que leur régime d'exécution diffère fortement, fondé en particulier sur les « règles générales applicables aux contrats administratifs ». Pour autant, cette différence ne nous semble pas pleinement mobilisable pour justifier un traitement différent dès lors que la finalité des recours des concurrents évincés n'apparaît pas concerner les modalités d'exécution des contrats, mais plus certainement le respect des règles de passation, qui sont communes. La « finalité » de ces contrats administratifs et privés ne semble pas plus fondamentalement différente dès lors que les personnes soumises au code de la commande publique, fussent-elles de droit privé, n'en demeurent pas moins poursuivre la satisfaction de besoins « d'intérêt général »* »³⁴⁴.
202. La QPC Société Bâtiments mayençais tue donc dans l'œuf la tentative par les juges judiciaires de transposer le recours Tarn-et-Garonne. Dans un arrêt très récent, la cour d'appel de Paris s'était pourtant engagée dans l'admission devant le juge judiciaire d'un recours comparable au recours Tarn-et-Garonne, en complément du référé contractuel. En l'occurrence, la cour d'appel n'a pas exclu que le tribunal de commerce de Paris soit saisi au fond d'un « *litige ayant pour objet la contestation par une société concurrente de la validité des engagements contractuels pris entre deux sociétés commerciales* ». Et d'en obtenir, en cas d'irrégularité, soit « la nullité du contrat », soit « la résiliation du contrat »³⁴⁵. Néanmoins, la QPC Société Bâtiments a été adoptée par les juges judiciaires, par exemple la Cour d'appel de Rennes a pu juger « *qu'en définissant précisément les recours ouverts aux candidats évincés d'un contrat de la commande publique relevant du droit privé et en limitant les cas dans lesquels le juge judiciaire peut en prononcer l'annulation, l'ordonnance du 7 mai 2009 vise à encadrer strictement les possibilités de remise en cause d'un tel contrat, de sorte qu'en l'absence de dispositions contraires, aucun autre recours en nullité, qui serait fondé sur le droit commun, ne peut être admis. Seule une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé, qui ne tend pas à l'anéantissement du contrat, peut être engagée selon les règles de droit commun* »³⁴⁶. **La jurisprudence n'est donc pas encore fixée. Faut-il comprendre qu'il n'y a pas de recours Tarn-et-Garonne, mais un recours classique en nullité, ou bien que le référé contractuel est la seule voie de droit pour demander la nullité du contrat ?**
203. Pourtant indépendamment des règles de la commande publique, il serait possible de considérer que les règles de passation sont des règles d'ordre public, sanctionnées par la nullité absolue du contrat. L'article 1179 du code civil dispose en effet que « *la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général* ». Or les règles de passation des contrats de la commande publique ont pour objet de faire respecter les principes du code de la commande publique qui « *permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* »³⁴⁷. Or, « *la nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt* »³⁴⁸, et « *ne peut être couverte par la confirmation du contrat* ». Bien entendu ce sont des règles de fond, et pour invoquer la nullité absolue d'un acte cela suppose d'être en mesure de justifier d'un intérêt légitime au sens de l'article 31 du Code de procédure civile (c'est-à-dire d'un intérêt qui entretient un lien suffisamment étroit avec la cause de nullité), et un intérêt direct. Néanmoins, ces conditions

³⁴¹ TGI Paris, 25 avr. 2017, no 15/16517 ; v. égal. : TGI Paris, 29 sept. 2015, no 14/04440 ; TGI Marseille, 31 mars 2016, no 15/04411 ; TGI Paris, 14 sept. 2012, no 11/11639

³⁴² Com., 8 juill. 2020, no 19-24.270

³⁴³ QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857

³⁴⁴ Me Jarroux, L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question, *Revue Lamy droit des affaires*, No 165, 1er décembre 2020

³⁴⁵ CA Paris, 26 juin 2020, SARL Maroni Transports et Liaisons contre SA Électricité de France et SARL Guyanaise de transport international, RG no 20/00861

³⁴⁶ CA Rennes, 2ème chambre, 19 mars 2021, n° 17/08002

³⁴⁷ Article L. 3 du code de la commande publique

³⁴⁸ Article 1180 du code civil

restrictives n'ont pas empêché la Cour de cassation de reconnaître à un syndicat son intérêt à agir en nullité d'un contrat de droit privé par exemple³⁴⁹. Mieux encore, la Cour de cassation a pu énoncer que « *la méconnaissance des dispositions d'ordre public relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat conclu au nom de la commune est sanctionnée par la nullité absolue, en sorte qu'elle peut être invoquée par toute personne, justifiant ainsi d'un intérêt légitime à agir* »³⁵⁰.

204. Les règles et principes de la commande publique relèvent, au même titre que la protection de la libre concurrence, de l'ordre public économique. La conclusion d'un contrat privé de la commande publique en méconnaissance de ces règles et principes doit donc être sanctionnée par sa nullité absolue, prononcée de droit par le juge saisi par toute personne ayant un intérêt réel, direct et légitime se rapportant de manière suffisamment étroite à la cause de nullité³⁵¹. Le candidat évincé disposant manifestement d'un tel intérêt, il est fondé à solliciter du juge le prononcé de la nullité du contrat³⁵².

205. D'ailleurs, en droit privé, la violation des règles d'ordre public de direction est une cause de nullité absolue du contrat³⁵³ : or on sait que le droit de la concurrence relève de l'ordre public de direction³⁵⁴. Dès lors, un contrat conclu à l'issue d'une entente entre un candidat et l'administration destinée à évincer un concurrent³⁵⁵, ou dont une clause restreint la concurrence sur le marché³⁵⁶, pourra être sanctionné par la nullité absolue³⁵⁷. Les articles 6 et 1162 du Code civil, qui sanctionnent par la nullité absolue la violation de l'ordre public et l'illégalité du contenu du contrat, offrent un fondement pertinent pour l'appréhension de telles pratiques. La nullité peut d'ailleurs n'être que « partielle », c'est-à-dire n'affecter qu'une clause du contrat sans anéantir ce dernier dans son entier³⁵⁸.

206. C'est le sens de la thèse d'I. Hasquenoph qui énonce qu'« *il est vrai qu'il [(le candidat évincé)] n'est pas engagé dans des relations juridiques avec les parties. Mais, premièrement, le juge judiciaire a assoupli sa conception de l'intérêt des « penitus extranei » et admis leur action dès lors qu'ils invoquent un « droit contraire à celui qui résulte du contrat irrégulier* »³⁵⁹. Et deuxièmement, la consécration de la théorie moderne des nullités par l'article 1179 du Code civil permet de penser qu'« *en droit privé, si l'on considère qu'une nullité est absolue c'est parce qu'elle heurte une règle d'intérêt public et que l'on veut que tous puissent se prévaloir de cette violation* »³⁶⁰. L'attachement du nouveau Code Civil à la théorie moderne des nullités plaide pour une interprétation ouverte de l'intérêt à agir des concurrents évincés »³⁶¹.

207. En outre, il est marquant que le juge judiciaire n'hésite pas à usiter des principes généraux de la commande publique : « *l'existence de règles de publicité et de mise en concurrence moins contraignantes que dans les procédures formalisées ne dispensent pas en effet les pouvoirs adjudicateurs de respecter les principes fondamentaux de la commande publique énoncés à l'article 6, dont l'appelante rappelle justement qu'ils ont valeur constitutionnelle et répondent également à des exigences du droit de l'Union européenne* »³⁶².

208. Ainsi, une Cour d'appel a pu juger que « *s'il ressort de la combinaison des articles 2 et suivants de l'ordonnance précitée relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et des articles 1441-1 à 1441-3 du code de procédure civile, L.211-14, R. 213-5-1 et D. 211-10-2 du code de l'organisation*

³⁴⁹ Civ. 1ère 22 janv. 2014

³⁵⁰ Civ. 1ère, 16 janvier 2013, Société l'Axelloise, pourvoi n° 11-27.837

³⁵¹ V. par analogie Com., 24 oct. 2000, n° 98-14.382, Sté CSM : JurisData n° 2000-006362 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 163

³⁵² S. Braconnier, P. Peyret et L. Levain, Procédure contentieuse - Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique, *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, Août 2013, 7

³⁵³ P. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, Droit des obligations, p. 264.

³⁵⁴ Sur ce qualificatif, la doctrine est unanime : F. Dreifus-Netter, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990. 396 (« le droit de la concurrence se définit en premier lieu par sa finalité économique et en second lieu par sa fonction qui est de promouvoir un ordre public de direction ») ; L. Idot, « Propos introductifs : la distinction droit public – droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence ? », *RJ com.* nov-déc. 2014, n° 6, p. 434 ; Y. Picod, « Droit du marché et droit des contrats : entre harmonie et turbulence », *RDC* 2006, n° 4, p. 1330 ; C. Boutard-Labarde, G. Canivet, *Droit français de la concurrence*, p. 245, n° 442

³⁵⁵ Par analogie, Com., 24 oct. 2000, n° 98-14382, Société CSM

³⁵⁶ Par analogie, Com., 18 févr. 1992, n° 87-12844, « Affaire des cuves » (nullité de la clause de restitution en nature du matériel d'installation qui n'était pas justifiée par des raisons techniques, dissuadait le revendeur de carburant de traiter avec un autre fournisseur, était disproportionnée au regard de sa fonction et constituait un frein à la concurrence entre fournisseurs).

³⁵⁷ C. Lucas de Leyssac, G. Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du xxième siècle*, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, rééd. 2015, p. 601

³⁵⁸ Article 1184 du code civil

³⁵⁹ P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Droit des obligations, 9e éd., LGDJ, 2017, n° 702, p. 377 et Com. 1er mars 1983, Soc. Crédit Universel

³⁶⁰ D. Pouyau, La nullité des contrats administratifs, op. cit., n° 708.

³⁶¹ I. Hasquenoph, *Contrats publics et concurrence*. Volume 206, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses

³⁶² CA Rennes, 2ème Chambre, Arrêt du 19 mars 2021, Répertoire général n° 17/08002

judiciaire que les recours en référé précontractuel et contractuel ont pour objet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat de droit privé relevant du champ de la commande publique, il n'en demeure pas moins que **la faculté d'introduire de tels référés ne saurait limiter le droit du concurrent évincé à exercer un recours au fond en nullité ou en indemnisation, ces différents recours ayant des objets distincts** »³⁶³.

209. Il est toutefois nécessaire de nuancer ce propos dans la mesure où très souvent les juges judiciaires refusent les recours en annulation intentés par des tiers³⁶⁴. En outre, comme le met en avant le Professeur Muller, cette voie n'est pas possible dans la mesure où de nombreuses décisions de jurisprudences soulignent que les référés précontractuels et contractuels se sont substitués à ce recours en nullité³⁶⁵. Le Professeur souligne que la QPC du 2 octobre 2020 « **confirme, de manière tout aussi implicite mais non moins certaine que ne l'avait fait la Cour de cassation, l'interprétation selon laquelle le référé contractuel, explicitement désigné par l'article 11 de l'ordonnance du 7 mai 2009 de « recours en contestation de la validité du contrat » (expression singulièrement absente de l'article L. 551-13 du CJA), se substitue, dans son champ d'application, à l'action en nullité de droit commun fondée sur les articles 1178 et 1179 du Code civil, rendant celle-ci inutilisable pour contester les manquements aux procédures de publicité et de mise en concurrence commises dans la passation des contrats de droit privé de la commande publique. C'est ce qui découle de l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle les dispositions contestées ont pour objet de « [limiter] les cas d'annulation des contrats de droit privé de la commande publique aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence » et de ce que seule est prise en considération par lui comme alternative au référé contractuel l'« action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé »** »³⁶⁶.

210. Néanmoins, la jurisprudence stricte de la Cour de cassation sur la nullité absolue des contrats des personnes publiques n'est pas un obstacle insurmontable³⁶⁷. La décision du 2 octobre 2020 n'empêche pas non plus le juge judiciaire de s'inspirer de la jurisprudence administrative. Le Conseil constitutionnel a, dans ce sens, rappelé que les dispositions de la directive du 11 décembre 2007 « **n'empêchent pas les États de prévoir que d'autres manquements puissent également conduire à l'annulation du contrat et leur confèrent ainsi une marge d'appréciation pour adopter des dispositions complémentaires** » (point 16).

2.) L'action en nullité consécutive

211. Le recours Tarn-et-Garonne ne concerne donc que les contrats administratifs. Or, puisque la jurisprudence Martin n'est pas limitée aux contrats administratifs³⁶⁸ les tiers peuvent toujours contester devant le juge de l'excès de pouvoirs les actes détachables d'un contrat privé conclu par une personne publique³⁶⁹.

212. Le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les actes détachables subsiste à l'égard des contrats de la commande publique de droit privé³⁷⁰, ce qui laisse entrouverte une fenêtre de contestation des illégalités. Ce recours suppose toutefois que l'acte détachable du contrat de droit privé soit administratif.

213. Lorsqu'est attaqué un acte administratif unilatéral antérieur et détachable d'un contrat de droit privé, le juge administratif peut être saisi en tant que juge du REP. Son office est alors le suivant selon la jurisprudence « **Demain c'est aujourd'hui** »³⁷¹ :

-Il appartient au juge de rechercher si l'illégalité commise peut être régularisée et, dans l'affirmative, d'enjoindre à la personne publique de procéder à cette régularisation.

-Lorsque l'illégalité commise ne peut être régularisée, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature de cette illégalité et à l'atteinte que l'annulation ou la résolution du contrat est susceptible de porter à l'intérêt général, il y a lieu d'enjoindre à la personne publique de saisir le juge judiciaire du contrat afin qu'il tire les conséquences de l'annulation de l'acte détachable.

³⁶³ CA Rennes, 5e chambre, 20 Septembre 2017 – n° 16/09359

³⁶⁴ TJ Nancy, 20 mai 2021, n° RG 20/00199

³⁶⁵ C'est également l'opinion de de J. Antoine, dans « Les titulaires du recours en nullité des contrats : comparaison du droit administratif et du droit privé », *Dr. adm.* n° 11, nov. 2001. Chron. 20.

³⁶⁶ E. Muller, Commande publique - Le régime du référé contractuel à l'encontre des contrats privés de la commande publique n'est pas contraire à la Constitution, *La Semaine Juridique - édition Générale (JCP G)*, n° 46 du 09 novembre 2020, Lexis Nexis

³⁶⁷ Civ 1ère, 31 janvier 2018, n°16-21697 ; Com., 6 mars 2019, *Commune de Carrières-sur-Seine*, n°16-25117

³⁶⁸ CE, sect., 7 oct. 1994, n° 124244, *Époux Lopez*

³⁶⁹ CE, 27 oct. 2015, n° 386595, *Arrou*, *JurisData* n° 2015-023987

³⁷⁰ T. confl. 14 févr. 2000, *Commune de Baie Mahaut et Société Rhoddlams* ; T. confl. 22 nov. 2010, *Société Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims*, n° 2764 (les tiers peuvent contester devant le juge administratif les actes détachables de la gestion du domaine privé) ; CE 29 déc. 2014, *Commune d'Uchaux*

³⁷¹ CE, 29 décembre 2014, « *Demain c'est aujourd'hui* »

214. Dans ce dernier cas, le juge du contrat est le juge judiciaire. La Cour de cassation est susceptible, pour ne prendre que cet exemple, de déclarer nul un contrat de droit privé pour défaut de transmission au préfet de la délibération autorisant sa signature³⁷².

3.)Office du juge

215. Si le juge judiciaire n'est pas privé de toute marge de manœuvre, l'appréciation qu'il porte sur les vices entraînant la nullité absolue du contrat diffère parfois de celle du juge administratif. La Cour de cassation a considéré par exemple, dans un litige entre parties, que l'incompétence du signataire du contrat était une cause de nullité absolue du contrat public de droit privé³⁷³ : en droit privé, cette solution est logique puisque la nullité absolue vient sanctionner la violation de règles édictées dans l'intérêt général, et que les règles de compétence sont des règles d'ordre public de direction³⁷⁴. Mais cette sanction radicale tranche avec l'évolution qu'a connu le contentieux des contrats administratifs, le juge judiciaire prenant le contrepied de l'idée selon laquelle « *tout vice de forme dans la passation d'un contrat ne le vicie pas de telle façon que le contrat doive disparaître* »³⁷⁵.

216. Le dualisme juridictionnel produit ici tous ses effets³⁷⁶. Lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'un contrat, la protection offerte à la concurrence dépend de savoir si le contrat public est considéré comme un contrat administratif ou de droit privé. Dans le cas des contrats administratifs, les recours sont « subjectivisés » ce qui vise à assurer la stabilité des relations contractuelles, mais peuvent rendre la contestation d'un contrat administratif affecté d'un vice concurrentiel plus difficile. Cependant, les violations les plus graves peuvent être sanctionnées par des moyens d'ordre public, bien que cette voie soit étroite. Cette approche témoigne d'un certain équilibre entre la stabilité contractuelle et le respect de la légalité. En revanche, les recours disponibles contre les contrats de la commande publique de droit privé laissent plus de place à la préservation de la légalité concurrentielle, au prix d'une plus grande instabilité contractuelle. Ces différences se reflètent également dans le contentieux de la responsabilité, où l'indemnisation du concurrent évincé est plus facilement admise devant le juge judiciaire que devant le juge administratif³⁷⁷.

4.)Une incertitude contestable constitutionnellement

a.)La présence d'une voie d'action en nullité : une garantie constitutionnelle

217. Certes, le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître l'inconstitutionnalité de l'absence de recours Tarn-et-Garonne. Pourtant, un tribunal administratif a eu l'occasion de rejeter une question de constitutionnalité dirigée contre le référé contractuel en raison de l'existence du recours de type Tarn-et-Garonne³⁷⁸, et suivant le même raisonnement, le Conseil d'État a lui-même écarté une question de constitutionnalité dirigée contre le référé précontractuel³⁷⁹.

218. Ainsi, comme le souligne le Professeur Bourdon : « *l'on peut en déduire, a contrario, qu'une question de constitutionnalité se poserait si la jurisprudence judiciaire déniait l'existence d'un recours ou d'un référé équivalent au recours Tarn-et-Garonne. Toutefois, le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 2 octobre 2020 l'existence d'une frontière entre les contrats civils et administratifs. Mais cette circonstance ne saurait définitivement empêcher le juge judiciaire de s'inspirer de la jurisprudence administrative, surtout en matière de commande publique* ».

b.)La différence de situation selon la nature du contrat : un argument contestable

219. Le Conseil constitutionnel se contredit, lorsque dans la QPC Société des bâtiments mayennais, il énonce que les contrats privés et publics de la commande publique sont placés dans des situations distinctes. En effet, un contrat de la commande publique, peu importe sa nature civile ou administrative, est dans tous les

³⁷² Civ. Ire, 31 janv. 2018, société BTSG

³⁷³ Civ. Ire, 16 janv. 2013, Société L'Axelloise, n° 11- 27837, *AJDA* 2013. 1226, note P. Cassia ; M. Ubaud- Bergeron, *CMP* 2013, comm. 85 ; B. Plessix, *RFDA* 2013. 541, note ; Civ. Ire, 31 janv. 2018, Société BTSG, n° 16- 21697, *AJDA* 2018. 248

³⁷⁴ B. Plessix, « Note sous Civ. Ire, 16 janv. 2013, Société L'Axelloise, n° 11- 27837 », *RFDA* 2013. 541.

³⁷⁵ L. Corneille, concl. sur CE 29 mars 1917, Sieur Péchin, S. 1923. 39.

³⁷⁶ I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence. Volume 206, Isabelle Hasquenoph, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses

³⁷⁷ I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence. Volume 206, Isabelle Hasquenoph, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses

³⁷⁸ TA Dijon, 13 septembre 2011, *Monsieur Dussolle*, req. n°1101943.

³⁷⁹ CE, 15 février 2013, Société Novergie et Société constructions industrielles de la méditerranée, n°364325.

cas un contrat soumis au droit de la commande publique, et même au « droit commun de la commande publique » selon l'expression consacrée par le Conseil constitutionnel lui-même³⁸⁰.

220. Par ailleurs, comme le souligne le Professeur Bourdon : « certes, « les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents ». Le même constat peut être effectué dans d'autres matières, telles que la responsabilité (responsabilité administrative/responsabilité civile), la police (police administrative/police judiciaire), la propriété (domaine public/domaine privé), l'emploi (fonctionnaires/salariés). Cependant, dans toutes les matières qui connaissent une distinction entre droit public et droit privé, y compris les contrats, il peut exister des sous-matières communes dont les finalités et les régimes sont identiques en droit administratif et en droit privé. Au moins en partie. Et la jurisprudence peut le reconnaître. En droit de la responsabilité, par exemple, la Cour de cassation a admis, s'agissant de la responsabilité de l'Administration du fait de l'exercice des fonctions judiciaires, que le juge judiciaire a « le pouvoir et le devoir de se référer [...] aux règles du droit public »³⁸¹. À l'inverse, en droit des contrats, le Conseil d'État a reconnu, s'agissant des clauses pénales, que le juge administratif peut les modifier « par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du Code civil »³⁸² ».

221. Ainsi, l'absence de recours Tarn-et-Garonne devant le juge judiciaire pose une double question. La première est celle de l'effectivité des recours intentés devant le juge judiciaire et la protection de l'effet utile des règles de commande publique, au regard des difficultés que posent les référés. La seconde est celle de la constitutionnalité d'une telle distinction. Il est difficile de se retrouver dans une jurisprudence contradictoire, qui à la fois reconnaît la constitutionnalité d'une telle distinction, mais en même temps utilise l'existence d'une voie d'action en nullité contre les contrats administratifs de la commande publique pour justifier de la constitutionnalité du régime des référés devant le juge administratif.

222. **En outre, cette dichotomie contentieuse oublie totalement au final un régime commun à ces contrats : celui de la commande publique...**

B-L'action en responsabilité contre le pouvoir adjudicateur du contrat de droit privé de la commande publique, une voie de recours subsidiaire³⁸³

1.)Notion

223. Comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel « les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce, parmi les voies de recours de droit commun, une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé »³⁸⁴. Pour ce faire, le candidat évincé devra « [démontrer] que [le pouvoir adjudicateur] a commis une faute dans le processus de choix des candidats et [établir] l'existence d'un préjudice ne pouvant consister qu'en la perte de la chance de pouvoir être choisie comme [titulaire] »³⁸⁵. Constitue ainsi une faute, à titre d'exemple, la méconnaissance des principes de transparence et d'égalité de traitement consistant en la communication par l'organisateur de l'appel d'offres à un candidat, de documents émanant d'un concurrent³⁸⁶.

224. Cette solution est confirmée à de nombreuses reprises : « l'irrecevabilité de l'action en nullité du contrat n'exclut pas la possibilité pour le tiers comme en l'espèce, de demander des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle conformément aux dispositions de l'article 1242 du code civil »³⁸⁷.

225. Cette voie de recours peut s'interpréter comme préservant l'effet utile de la directive Recours³⁸⁸. Elle est d'autant plus intéressante qu'elle peut être intentée, alors même que les référés ne sont plus possibles, ce

³⁸⁰ DC, 26 juin 2003, Loi habitant le Gouvernement à simplifier le droit, n°2003-473

³⁸¹ Cass. civ. 2, 23 novembre 1956, Giry, p. no 871

³⁸² CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, req. no 296930

³⁸³ J. Martin, « Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées, contribution à l'étude de l'application du droit public par le juge judiciaire », in À propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Richer, LGDJ, 2013, p. 167.

³⁸⁴ QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857

³⁸⁵ CA Toulouse, 1 août 2018, RG n° 16/03272

³⁸⁶ CA Versailles, 12 décembre 2017, RG n°16/06818

³⁸⁷ TJ Nancy, 20 mai 2021, N° RG 20/00199 ; CA Rennes, 2ème Chambre, Arrêt du 19 mars 2021, Répertoire général n° 17/08002 ; Com., 11 mai 2022, 19-24.270 ; CA Rennes, 2ème Chambre, Arrêt du 19 mars 2021, Répertoire général n° 17/08002

³⁸⁸ CJCE, Commission c / Allemagne du 18 juillet 2007, aff. C-503/04, RFDA 2007

recours indemnitaire peut être présenté isolément, sans que soient exigées des conclusions à fin d'annulation ou en contestation de tout ou partie du marché³⁸⁹.

226. Elle permet également de palier l'inapplication de certaines règles propres aux contrats publics de la commande publique : « *Si pour certains marchés, comme les marchés à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur ou l'autorité adjudicatrice peuvent être dispensés de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer un délai avant de conclure le contrat, les candidats évincés ne sont pas pour autant privés de faire valoir leurs droits, dès lors que les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement et obtienne ainsi réparation du préjudice qui en est résulté pour lui* »³⁹⁰.
227. Le peu de décisions de jurisprudences relatives à cette question permet d'affirmer que le juge judiciaire entend de façon stricte les manquements susceptibles d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. De plus, le juge judiciaire semble confondre « intérêt lésé » et préjudice, afin de restreindre encore plus les possibilités d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur³⁹¹.

2.) Moyens invocables

228. Pourtant, la Cour de justice de l'Union conçoit ce recours de façon large, étant donné qu'elle considère que l'octroi d'une indemnité à un concurrent évincé ne nécessite pas la recherche d'une faute du pouvoir adjudicateur au-delà des seules irrégularités constatées, qui se suffisent donc à elles-mêmes³⁹².
229. Il a déjà pu être invoqué les moyens tenant à l'insuffisance de l'information sur les critères de sélection, l'insuffisance de l'information du candidat évincé quant à l'attributaire du marché, ou encore l'irrégularité de la méthode de notation.
230. D'abord concernant, l'insuffisance de l'information sur les critères de sélection, le pouvoir adjudicateur se doit de communiquer les critères et sous-critères de sélection des offres³⁹³. Ce moyen d'annulation de la procédure a pu être invoqué dans le cadre d'un recours en responsabilité contre le pouvoir adjudicateur. Il a été refusé par le Tribunal judiciaire, dans une affaire où deux critères principaux pondérés avaient été établis (prix des prestations 40 % et valeur technique de l'offre 60%), avec 4 sous-critères pour la valeur technique³⁹⁴. Le Tribunal juge que d'une part, les sous-critères ne font que préciser un critère principal et ne sont pas soumis au même degré de précision (absence de faute), d'autre part, que même si le degré de précision était suffisant, le candidat évincé ne démontre pas que son intérêt aurait été lésé, puisqu'il était placé sur le même pied d'égalité que les autres candidats (absence de préjudice).
231. La méconnaissance des obligations d'information du candidat évincé est également un moyen invocable pour engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un recours contre un contrat de la commande publique de droit privé. Le pouvoir adjudicateur doit communiquer aux candidats évincés l'identité du candidat attributaire et sa note, afin que ceux-ci puissent préserver leurs intérêts³⁹⁵. Ce moyen a été invoqué dans le cadre d'un contrat de la commande publique de droit privé, afin d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. À ce titre, le Tribunal judiciaire de Nancy a pu juger que la simple communication de l'identité de l'attributaire et la note de celui-ci, suffit au pouvoir adjudicateur pour respecter ses obligations d'information³⁹⁶.
232. Encore, l'acheteur doit choisir la « meilleure offre », selon sa grille de notation qu'il a établi au préalable³⁹⁷. Ce moyen a également été invoqué dans le cadre d'un contrat de la commande publique de droit privé, afin d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. À ce titre, le Tribunal judiciaire de Nancy a pu juger, alors que le requérant arguait que « *la procédure est irrégulière dès lors qu'elle n'a pas permis d'attribuer la meilleure note à la meilleure offre. Ainsi, s'agissant des critères techniques elle considère que la requérante a tenu compte essentiellement de l'expérience d'un des salariés et s'agissant du critère du prix, elle*

³⁸⁹ CA Saint-Denis, Chambre civile, 8 Avril 2022, n° 20/00607

³⁹⁰ Com., 11 Mai 2022, n° 19-24.270

³⁹¹ TJ Nancy, 20 mai 2021, N° RG 20/00199 :

³⁹² CJUE, 30 septembre. 2010, « Stadt Graz », Aff. C314/09

³⁹³ Article R. 2142-2 du code de la commande publique

³⁹⁴ TJ Nancy, 20 mai 2021, N° RG 20/00199

³⁹⁵ Articles R. 2181-1 et suivants du code de la commande publique

³⁹⁶ TJ Nancy, 20 mai 2021, n° RG 20/00199 :

³⁹⁷ Article L. 2152-7 du code de la commande publique

soutient que le pouvoir adjudicateur a désigné un gestionnaire de logements sociaux proposant un tarif exorbitant pour la collectivité publique », et que « force est de constater que le candidat évincé critique la méthode de notation sans avoir pu réellement procéder à son examen faute d'avoir obtenu communication des éléments nécessaires, selon elle, pour comprendre la notation attribuée au regard des caractéristiques et avantages de l'offre retenue, et notamment au regard de son prix exorbitant pour la collectivité publique », de sorte qu'elle ne peut reprocher à l'acheteur sa méthode de notation³⁹⁸. En d'autres termes, afin de critiquer la méthode de notation, le candidat évincé se doit d'obtenir communication des éléments nécessaires, selon elle, pour comprendre la notation attribuée au regard des caractéristiques et avantages de l'offre retenue. À défaut, il ne pourra pas agir.

233. Enfin, la méconnaissance par le candidat sélectionné des conditions d'attribution fixées est également un moyen invocable. On peut le déduire d'un raisonnement a contrario de la citation suivante « *la société ASF, qui ne disposait pas, dans le dossier de candidature de la société Fred Auto, d'éléments conformes au cahier des charges, à la date et à l'heure où elle opérait les choix des candidats, a pris de façon légitime une décision de rejet de la candidature de la société Fred Auto* »³⁹⁹.

3.) Conditions

234. Pour engager la responsabilité de l'administration, le candidat évincé doit encore démontrer que le préjudice est certain, évaluable et direct. Ces conditions sont entendues de façon restrictive, de sorte que les montants d'indemnisation des préjudices en cas de méconnaissance des procédures sont très faibles. En effet, le préjudice est double : il peut s'agir d'une perte de chance d'obtenir le marché, et les frais avancés pour participer à la procédure de passation, de sorte que souvent les dommages-intérêts sont très faibles⁴⁰⁰.

235. Le juge administratif a dû se pencher de longue date sur la question des conséquences indemnitaires éventuelles d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, qu'il appréhende sur le terrain de la responsabilité quasi délictuelle pour faute par un raisonnement basé sur la perte de chance : nulle si l'éviction du requérant était certaine même en l'absence de manquement, la réparation peut aller jusqu'à couvrir l'intégralité du manque à gagner lorsque sa chance d'obtenir le contrat était quasi certaine, le fait de ne pas être dépourvu de toute chance de l'obtenir ouvrant droit à l'indemnisation des frais engagés pour participer à la procédure⁴⁰¹. La Cour de cassation n'a pas encore eu, à notre connaissance, l'occasion de prendre position sur cette question, plus inhabituelle en droit privé des contrats. On peut néanmoins songer à rapprocher cette hypothèse de celle de la violation du pacte de préférence au profit du tiers de bonne foi, à propos de laquelle la réforme de 2016 a consacré la possibilité de l'indemnisation du manque à gagner⁴⁰², auparavant fort débattue. Une telle indemnité est en revanche exclue en cas de rupture de libres négociations contractuelles⁴⁰³, ce qui traduit le refus de faire produire effet à une convention qui n'a pas été formée⁴⁰⁴.

236. Par ailleurs, la jurisprudence dite « *Manoukian* » de la Cour de cassation⁴⁰⁵, qui exclu du préjudice réparable les gains espérés de la conclusion du contrat, ne saurait être étendue au cas des candidats irrégulièrement évincés de l'attribution d'un contrat privé de la commande publique : d'une part, cette jurisprudence trouve à s'appliquer aux cas de rupture unilatérale de pourparlers précontractuels, lesquels ne peuvent être assimilés à la conclusion d'un contrat en méconnaissance des règles gouvernant sa passation ; d'autre part, dans la mesure où le juge administratif accepte d'indemniser le gain manqué lorsque le candidat irrégulièrement évincé avait une chance sérieuse de se voir attribuer le contrat, l'extension de la jurisprudence *Manoukian* conduirait à ce que le préjudice indemnisable diffère selon la nature – privée ou administrative – du contrat en cause et l'ordre juridictionnel compétent⁴⁰⁶.

237. Le caractère certain n'empêche pas l'indemnisation d'une perte de chance. La chambre criminelle en a donné la définition suivante : « *la perte d'une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est*

³⁹⁸ TJ Nancy, 20 mai 2021, n° RG 20/00199 :

³⁹⁹ CA Toulouse, 2e chambre, 1 Août 2018, n° 16/03272

⁴⁰⁰ voir par exemple en matière administrative l'affaire Espace Lagon : CAA de Paris, 8ème chambre, 26 septembre 2022, 21PA04614 ; CE, 6ème chambre, 6 août 2021, 436914

⁴⁰¹ CE, 18 juin 2003, n° 249630, Gpt. Entr. Solidaires ETPO Guadeloupe : JurisData n° 2003-065666

⁴⁰² Article 1123 du code civil

⁴⁰³ Article 1112 du code civil

⁴⁰⁴ Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 : JurisData n° 2003-021243

⁴⁰⁵ Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243 et n° 00-10.949

⁴⁰⁶ S. Braconnier, P. Peyret et L. Levain, Procédure contentieuse - Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique, *Contrats et Marchés publics* n° 8-9, Août 2013, 7

constatée la disparition [...] de la probabilité d'un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine »⁴⁰⁷. Pour la première chambre civile, « constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »⁴⁰⁸.

238. La perte de chance doit être certaine⁴⁰⁹. Par trois arrêts rendus en 2014 et 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que la victime ne démontrait pas l'existence d'un préjudice direct et certain résultant de la « *perte d'une chance raisonnable* »⁴¹⁰. La première chambre civile a toutefois rapidement abandonné cette condition, revenant à une application plus classique du principe de réparation intégrale. Elle a ainsi jugé en 2016 que « *toute perte de chance ouvre droit à réparation* », « *même minime* »⁴¹¹.

239. Le Conseil d'État a confirmé que la chance sérieuse d'obtenir un marché qu'une irrégularité avait fait perdre à la société concurrente était indemnisable. Il a fait application des principes issus de la jurisprudence Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres ⁴¹² selon lesquels : « *Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner* ».

240. Ainsi, une Cour d'appel a pu juger qu' « *au titre du préjudice subi par une entreprise illégalement évincée d'une procédure d'appel d'offres, seule la marge nette perdue pour ce marché est indemnisable* »⁴¹³.

241. Aux préjudices liés à une éventuelle perte de chance peuvent se rajouter les « *seuls les préjudices correspondant à des dépenses engagées en pure perte à la suite de l'appel à projet comprenant les informations erronées incitant les requérants à engager des dépenses sont en lien de façon directe et certaine avec le fait générateur de la responsabilité de l'Etat* »⁴¹⁴.

242. Enfin, la responsabilité d'une personne publique n'est susceptible d'être engagée que s'il existe un lien de causalité suffisamment direct entre les fautes commises par cette personne et le préjudice subi.

243. Lorsque l'on est en matière de responsabilité pour faute, la Cour de cassation semble privilégier l'équivalence des conditions⁴¹⁵. Cette théorie du lien de causalité consiste à placer sur un même plan toutes les circonstances qui ont concouru à produire le dommage: chacune en est la condition, car sans elle ce dommage ne serait pas survenu.

244. Ce lien de causalité certain doit être caractérisé pour engager la responsabilité d'une personne publique, en raison d'une méconnaissance des règles de passation des marchés publics⁴¹⁶.

⁴⁰⁷ Crim 9 octobre 1975, 74-93.471 ; Crim 4 décembre 1996, 96-81.163

⁴⁰⁸ Civ 1ère, 21 novembre 2006, 05-15.674

⁴⁰⁹ Crim., 12 février 1979, 77-92.592

⁴¹⁰ Civ 1ère, 30 avril 2014 et du Civ 1ère, 25 novembre 2015

⁴¹¹ Civ 1ère, 12 octobre 2016, 15-23.230 15-26.147

⁴¹² CE, 18 juin 2003, n° 249630 ; CE, 14 oct. 2019, n° 418317

⁴¹³ CA Rennes, 5e chambre, 20 Septembre 2017, n° 16/09359

⁴¹⁴ affaire Espace Lagon : CAA Paris, 8ème chambre, 26 septembre 2022, 21PA04614 ; Conseil d'État, 6ème chambre, 6 août 2021, 436914

⁴¹⁵ Civ. 2e, 24 mai 1971, 70-11.087

⁴¹⁶ affaire Espace Lagon : CAA Paris, 8ème chambre, 26 septembre 2022, 21PA04614 ; CE, 6ème chambre, 6 août 2021, 436914

Conclusion

245. Au final la dichotomie contentieuse des recours contre les contrats de la commande publique pose une première question fondamentale et totalement oubliée par la jurisprudence constitutionnelle : **que reste-t-il du régime commun de la commande publique ? En effet, le Conseil constitutionnel rappelle l'existence de principes fondamentaux, et d'un socle de règles applicables, sans égard de l'identité administrative ou privée du contrat**⁴¹⁷. **Pourtant, il énonce que « les contrats administratifs et les contrats de droit privé [de la commande publique] répondent à des finalités et des régimes différent »**⁴¹⁸. Au final, comme le souligne le Professeur Bourdon, les arguments utilisés pour justifier la différence contentieuse sont difficilement compatibles avec l'existence d'un droit commun de la commande publique⁴¹⁹.
246. Les solutions possibles pour simplifier et consacrer (enfin), un vrai droit de la commande publique, mais également aller dans le sens de la codification dans un seul et même code, effectuée il y a de cela quatre ans, sont de deux sortes.
247. La première voie serait de calquer le régime du contentieux administratif devant le juge judiciaire. Deux options s'ouvriraient dès lors : soit la reconnaissance d'un recours Tarn-et-Garonne devant le juge judiciaire, ou bien un élargissement du référé contractuel, qui serait alors la seule et unique action en contestation de la validité du contrat. Ces possibilités seraient compliquées à mettre en oeuvre, et difficilement compatibles avec l'office habituel du juge judiciaire.
248. **L'autre solution consisterait à unifier les recours devant le juge administratif, avec un seul et unique régime applicable.** Cela aurait pour avantage de contourner les règles défavorables pour les requérants du droit de la procédure civile, de faciliter l'articulation des règles contentieuses et de fonds pour les praticiens, et de permettre à un juge spécialisé (celui administratif) de connaître de ces recours.
249. En outre, ce transfert des contrats privés de la commande publique au juge administratif ne poserait pas de difficultés juridiques. En effet, en matière de contentieux de la régulation le législateur a pu valablement déroger aux règles classiques de répartition entre les deux ordres, **le Conseil constitutionnel ayant rappelé que « dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »**⁴²⁰.
250. **« Contestations contentieuses diverses qui se réparti[ssent] selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire » et « intérêt d'une bonne administration de la justice » : les deux conditions pour unifier le contentieux devant le juge administratif sont bien respectées concernant les contrats privés de la commande publique.**

⁴¹⁷ DC, 26 juin 2003, n° 2003-473

⁴¹⁸ QPC, 2 octobre 2020, n° 2020-857

⁴¹⁹ P. Bourdon, « Les habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2021, n° 126, p. 227-236

⁴²⁰ DC, 23 janvier 1987, n° 86-224

Bibliographie

I-Ouvrages

- Allaire F.**, L'essentiel du droit des marchés publics, Gualino, Les carrés, 10^e éd. 2017, 144
- De Baecke P.**, Comprendre simplement les marchés publics, Le Moniteur, Comprendre Simplement
- De Baecke P. et Emery C.**, Passation des marchés publics ; principes, procédures, Contentieux, Le Moniteur/Delmas
- Bezançon X., Cossalter P., Cucchiaroni C., Fournier de Laurière J.**, Guide de la commande publique, Le Moniteur, Pratique du droit
- Bonichot J.-C., Cassia P. et Poujade B.**, Grands arrêts du contentieux administratif (GACA), Dalloz, Grands arrêts
- Braconnier S.**, Précis du droit de la commande publique, Marchés publics – concessions, 5e éd., Le Moniteur, 2017
- Braconnier S.**, Droit public de l'économie, PUF, coll. « Thémis » , 2015
- Braibant G., Delvolvé P., Genevois B., Long M. et Weil P.**, Grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), Dalloz, Grands arrêts, 21^e éd. 2017, 1 038 p.
- Broyelle C.**, Contentieux administratif, 5e éd., LGDJ, 2017- 2018
- Cabanes C.**, Comprendre simplement les contrats de concession, Le Moniteur, Comprendre simplement, 2017, 220 p
- Cantillon G. et Richer L.**, Achat public et économie des territoires, LGDJ, Systèmes, 2017, 170 p.
- Cassia P.**, Pratique des référés précontractuels, Lexis Nexis, Litec
- Costa D. et Pélissier A. et autres**, Contrats et droits fondamentaux, PU Aix-Marseille, 2011, 144 p.
- De La Rosa S.**, Droit européen de la commande publique, Bruylant, Collection Droit de l'UE, Manuels
- Delvolvé P.**, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998
- Fabre-Magnan M.**, Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral, 4e éd., PUF, t. 1, 2016.
- Fabre-Magnan M.**, Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi- contrats, 4e éd., PUF, t. 2, 2016.
- Folliot-Lalliot L. et Torricelli S. (sous la dir.)**, Contrôles et contentieux des contrats publics - Oversight and Challenges of public contracts, Bruylant, Droit administratif - Administrative Law, 2018
- Frier P.- L., Petit J.**, Droit administratif, 16e éd. Montchrestien, coll. « Domat droit public » , 2022
- Guettier C.**, Droit des contrats administratifs, PUF, Thémis droit
- Guézou O.**, Traité de contentieux de la commande publique, 2e éd., Le Moniteur, 2018
- Guézou O. (dir. sc.) et Terneyre P. (coord. sc.) avec de Baecke P., Clamour G., de Gery P., Delaloy G., Grandvilllemin S., Hourcabie A., Lichère F., Nicinski S., Ortéga C., Rouquette R., Ubaud-Bergeron M.**, Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux, Le Moniteur, Moniteur Référence
- Hoepffner H.**, Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 2022.
- Jèze G.**, Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics, Giard, 1927

Kornhauser L., L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit, Michel Houdiard, Paris, 2010.

Kirat T., Économie et droit du contrat administratif – L'allocation des risques dans les marchés publics et les délégations de service public, T. Kirat (dir.), La documentation française, 2005.

Lajoye C., Droit des marchés publics, Gualino, Master

De Laubadère A., Delvolvé P., Manuel de droit public économique, 5e éd., Dalloz, 1986

De Laubadère A., Moderne F., Delvolvé P., Traité des contrats administratifs, LGDJ, 1983, 2e éd., tome I, p. 584

Lichère F., Droit des contrats publics, Dalloz, Mémentos

Linditch F., Le droit des marchés publics, Dalloz, Connaissance du droit

Malaurie P., Aynès L., Stoffel- Munck P., Droit des obligations, 9e éd., LGDJ, 2017

Malinvaud P., Fenouillet D., Mekki M., Droit des obligations, Lexis Nexis, 2021

Moiroux J. Et Rapp L., Régime indemnitaire des contrats publics, Lexis Nexis, 2ème édition

Moiroux J. Et Rapp L., Contrats publics et finance d'entreprise, Lexis Nexis

Nicinski S., Droit public des affaires, 6e éd., LGDJ, coll. « Domat droit public » , 2018

Noguellou R. (dir.) et Stelkens U. (dir.), Droit comparé des contrats publics – Comparative Law on Public Contracts, Bruylant, coll. Droit administratif, 2017

Ricci J-C., Lombard F., Droit administratif des obligations, Édition Sirey, 2018

Richer L., Lichère F., Droit des contrats administratifs, 10e éd., LGDJ, Paris, 2016.

Richer, L. L'Europe des marchés publics, LGDJ, Droit des affaires

Ropp L. et Moiroux J., Contrats publics et finance d'entreprise, Lexis-Nexis, coll. Droit et M professionnels, 2016

Sériaux A., Manuel de droit des obligations [2006], Puf, « Droit fondamental », 3e éd., 2018, § 55, p. 135

Symchowicz N., Traité des montages contractuels complexes publics, Le Moniteur, Référence juridique

Terré F., Simler S., Lequette Y. et Chénéde F., Les obligations, 12e éd., Dalloz, 2018, no 536.

Ubaud- Bergeron M., Droit des contrats administratifs, 2e éd., LexisNexis, 2017

Yolka P., Droit des contrats administratifs, LGDIJ, Systèmes, 2013

II- Dictionnaires, Encyclopédies

Cornu G., Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 12e éd., PUF, 2017

III- Fascicules

Limousin P. et Layrisse A., Fasc. 90 : Spécificités des marchés des entités adjudicatrices, Lexis Nexis

IV- Thèses, mémoires

Allaire F., Les marchés publics d'assurance : contribution à la théorie de la formation des contrats, LGDI, Bibliothèque de droit public, 2007, 312 p.

- Amilhat M.**, La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne, Bruylant, Droit administratif, 2014, 680 p.
- Bontron M.-C.**, Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique, Montpellier, 2015
- Bourdon P.**, Le contrat administratif illégal, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2014, 939 p.
Bousquet J., Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle en droit administratif, Thèse Montpellier, 2017
- Bucher C.-E.**, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, 526 p.
- Cantillon G.**, Concurrence et objectifs de politiques publiques en droit des marchés publics. Le droit des marchés publics et la régulation, Thèse Université Panthéon-Sorbonne, 2015.
- Douteaud S.**, La stabilisation des contrats par le juge administratif de la validité, Thèse Pau, 2017
- Durviaux A. L.**, Logique de marché et marché public en droit communautaire : Analyse critique d'un système, Larcier, 2006, 612 p.
- Folliot-Lalliot L.**, Pouvoirs des Juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle, Thèse Paris 11, 1994,
- Friedrich C.**, Des contrats de l'administration au contrat administratif : histoire d'une mise à discours (1800-1960), Thèse Toulouse, 2016
- Gisbrant Boinon C.**, La sécurité juridique en droit de la commande publique, Thèse Dijon, 14.
- Grach G.**, L'unité des contrats privés et des contrats publics - Éclairage à partir de la formation du contrat, ANRT, 2016, 560 p.
- Hasquenoph I.**, Contrats publics et concurrence, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 206
- Kalfèche G.**, Des marchés publics à la commande publique, l'évolution du droit des Marchés publics, Thèse Paris IT, 2004
- Lafaix L.**, Essai sur Le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2009
- Langelier E.**, L'office du Juge administratif et le contrat administratif, Faculté de droit et des Sciences sociales de Poitiers, 2012
- Lichère F.**, Les contrats administratifs entre personnes privées : représentation, transparence et exceptions jurisprudentielles au critère organique du contrat administratif, Montpellier 1998,
- Marcus L.**, L'unité des contrats publics, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2010, 608 p.
- Martin J.**, Les sources de droit privé du droit des contrats administratifs, Thèse Paris II, 2008.
- Pequignot G.**, Théorie générale du contrat administratif, Thèse Montpellier, Pédone, 1945, 625 p.
- Pouyaud D.**, La nullité des contrats administratifs, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1991, 598 p.
- Tallet Preud'homme L.**, L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2014, 536 p.

V-Articles de doctrine

- Antoine J.**, dans « Les titulaires du recours en nullité des contrats : comparaison du droit administratif et du droit privé », Dr. adm. n° 11, nov. 2001. Chron. 20.

Amilhat M., Groupement de commandes, dualisme juridictionnel et référé précontractuel, Le Tribunal des conflits brouille un peu plus les pistes !, *AJDA* 2022 p.985

Bourdon P., « Les habits anciens du juge judiciaire du contrat de la commande publique », *Revue française de droit constitutionnel*, juin 2021, n° 126, p. 227-236

Le Bouedec P. et Morice E., La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve, *REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 110 - Mai 2011*, *Moniteur Juris*
Braconnier S., Peyret P. Et Levain L., Procédure contentieuse - Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique

Boutard- Labarde C., Canivet G., *Droit français de la concurrence*, p. 245, n° 442

Brenet F., *Les contrats de droit privé des personnes publiques*

Cassia P., « Nullité d'ordre public des contrats de droit privé de l'administration », note sous *Cass., Civ. 1ère*, 16 janvier 2013, *Société l'Axelloise*, in *AJDA*, 2013, p. 1226 et s., spéc. pp. 1227-1228.

Cochet L., *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 16, 25 Avril 2022, 2132, Les contrats privés de la commande publique : les clairs-obscur d'un régime juridique après la réforme de la commande publique

Delpierre A., Les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 : la liberté conditionnelle des procédures non formalisées, *Contrats-Marchés publ.* 2011, étude 8

Dévolvé P., « Vers l'unification du droit des « marchés publics » ? », in *Mél. Drago : Economica*, 1996, p. 239

Dévolvé P., « Le contentieux récent de la validité des contrats publics : essai de comparaison entre contrats administratifs et contrats de droit privé », in *Mél. Stirn, Dalloz*

Deygas S., *Référé précontractuel et contractuel - Mise en application d'importantes nouveautés en matière de recours contractuel*, *Lexis Nexis*, février 2010, procédures

Dourlens N., de Moustier R., *Marchés passés en procédure adaptée et délai de stand-still : c'est toujours non ! : Contrats-Marchés publ.* 2018, prat. 1

Dreifus-Netter F., « *Droit de la concurrence et droit commun des obligations* », *RTD civ.* 1990. 396

Eckert G., *Commande publique - Faut-il « administrativiser » les contrats privés de la commande publique ?* - *Lexis Nexis*

Eckert G., « *Faut-il administrativiser les contrats de droit privé de la commande publique ?* »

Gahdoun P-Y et Ubaud-Bergeron M., *Première QPC pour le droit de la commande publique : une occasion manquée ?*, Note sous *Conseil constitutionnel*, 2 octobre 2020, *Société Bâtiment mayennais*, n° 2020-857 QPC, *AJDA* 2021

Goltzberg S., *Principe de l'effet utile et sophisme de l'homme de paille : droit talmudique et droit français*, *Dans Droits* 2019/2 (n° 70), pages 237 à 251, *Cairn*

Hul S., , « *Commande publique : le droit au recours effectif ou le droit au recours est fictif ?* », *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 16 novembre 2020, n° 46, 3 p.

Idot L., « *Propos introductifs : la distinction droit public – droit privé a-t-elle une pertinence en droit de la concurrence ?* » , *RJ com.* nov- déc. 2014, n° 6, p. 434

Jaroux, *Revue Lamy droit des affaires*, No 165, 1er décembre 2020, *L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question*

Karpenschif M., « *Haro sur les contrats de droit privé de la commande publique* », *Actualité juridique. Droit administratif*, 30 novembre 2020, n° 40, p. 2281

Lafay N., Au plus près des TA...] L'excès du juge du référé et de la portée de l'arrêt Smirgeomes, Achat public.com

LLorens F., note sous Com., 26 mai 2009, n° 08-14.534, préc., Contrats et marchés publ. juill. 2009, comm. 245

Llorens F. et Soler- Couteaux P., « Les contrats de la commande publique à l'épreuve de la distinction des contrats administratifs et des contrats de droit privé », Rev. CMP févr. 2018. 2

Llorens F., Soler-Couteaux P., Sur la place du référé précontractuel en procédure adaptée : Contrats-Marchés publ. 2017, repère 7.

Lucas de Leyssac C., Parléani G., « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in Le contrat au début du xxie siècle, Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, réed. 2015, p. 601

Maillet M., Lavisse C., La procédure de « référé » précontractuel devant les juridictions civiles fait peau neuve, REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 214 - Novembre 2020

Maillet M., Lavisse C., Les référés contre les contrats des entités adjudicatrices de droit privé, REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 110 - Mai 2011

Martin J., Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées in Mél. L. Richer : LGDJ, 2013, p. 200

Muller E., Commande publique - Le régime du référé contractuel à l'encontre des contrats privés de la commande publique n'est pas contraire à la Constitution

Péquignot G., Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Montpellier, 1945, p. 572.

Peyret P., Levain L., « Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique », CMP, n° 8- 9, août 2013, p. 7

Picod Y., « Droit du marché et droit des contrats : entre harmonie et turbulence », RDC 2006, n° 4, p. 1330

Plessix B., « Note sous Civ. 1re, 16 janv. 2013, Société L'Axelloise, n° 11- 27837 », RFDA 2013. 541

Pouyaud D., La nullité des contrats administratifs, op. cit., n° 708.

Seube J.-B., « Contrats privés-contrats administratifs : points de convergence ? », in *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, vol. I, Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 367.

Simon, D., Répertoire de droit européen, Méthodes d'interprétation – Techniques interprétatives – Novembre 2021, Dalloz

Ubaud-Bergeron M., Le juge judiciaire et la « commande publique », RFDA, 2013

V-Table jurisprudentielle

A-Juridictions administratives

1.)Conseil d'Etat

CE, 4 août 1905, n°14220, Martin

CE 6 déc. 1907, n° 04244, Compagnie des Chemins de fer de l'est, Lebon 913, concl. J. Tardieu

CE, 17 février 1950, Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte

CE, 7 juillet 1950, Dehaene

CE, 14 nov. 1973, Sté du canal de Provence et d'aménagement de la région provençale

CE, sect., 7 oct. 1994, n° 124244, Époux Lopez

CE, Sect., 3 novembre 1995, Sté Stentofon communications
CE, 15 avril 1996, SARL Simone Ginibre Entreprise
CE 14 nov. 1997, Dpt. Alpes de Haute- Provence, no 179083
CE, 18 juin 2003, n° 249630, Gpt. Entr. Solidaires ETPO Guadeloupe : JurisData n° 2003-065666
CE, Ass., 16 juill. 2007, no 291.545, Sté Tropic Travaux Signalisation
CE, 3 juin 2009, n° 323594 , Sté Aéroports de Paris
CE, 10 juin 2009, n° 324153, Région Lorraine
CE, 8 févr. 2010, n° 314075, Cne La Rochelle
CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, req. n° 340944
CE, 5 janv. 2011, n° 342158 , Sté Voyages Dupas Lebeda : JurisData n° 2011-000048
CE, 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req. n° 343435
CE, 24 juin 2011, Sté Atexo
CE, 30 nov. 2011, n° 350788 et n° 350792, Sté DPM Protection
CE 23 déc. 2011, Dpt. Guadeloupe, no 350231
CE 12 mars 2012, Sté Clear Channel, no 353826
CE, 11 avril 2012, n° 355446, avis, Société Gouelle
CE 26 sept. 2012, Cté Agglo. Seine- Eure, n°359706
CE 11 mars 2013, Ministre de la défense, no 364827
CE, 2 octobre 2013, req. n° 368900
CE, 4 avril 2014, Dpt Tarn-et-Garonne
CE, 29 déc. 2014, Commune d'Uchaux
CE, 29 décembre 2014, « Demain c'est aujourd'hui »
CE, 27 oct. 2015, n° 386595, Arrou, JurisData n° 2015-023987
CE, 9 novembre 2016, Fosmax
CE, 30 avril 2019 Société Total Marketing France, req. n° 426698
CE, 14 oct. 2019, n° 418317 : JurisData n° 2019-017932
CE 27 mai 2020, Sté Clean Building, n°435982
CE, 9 novembre 2020, Métropole Nice Cote d'Azur
CE, 14 février 2023, n°460527

2.)Cour administratives d'appel

CAA Paris, 5 déc. 2006, n° 04PA02610, Sté F2 Eaux Concepts
CAA Nantes, 16 déc. 2010, Cne d'Epron, req. n° 09NT02195
CAA Paris, 8ème chambre, 26 septembre 2022, 21PA04614

CAA Bordeaux, 6 décembre 2022, n°22BX02767

3.)Tribunaux administratifs

TA Paris, 16 octobre 1998, Médéric Prévoyance, n°98-19027

TA Nancy, 29 juillet 2004, SNC Eurovia, 0401119

TA Versailles, 5 août 2004, Société Sita Ile-de-France, n°01-03717

TA Melun, 29 avril 2010, Association Vire Vite, req. n° 1002057/2

TA Toulon, ord., 24 juin 2010, M. Cosseron de Villenoisy, req. n° 1001498

TA Bordeaux, 28 juin 2010, Société B Electric, req. n° 1001950

TA Caen, 19 juillet 2010, Association Vis-à-Vis, req. n° 11001290

TA Rouen, 24 novembre 2010, Société Art et Communication, req. n° 1003023-0

TA Caen, 28 août 2020, Société Dalkia

TA Martinique, 13 septembre 2022, n°2200512

TA Nantes, 1er février 2023, n°2001624

TA Bastia, 7 février 2023, n°2300354

TA Lyon, 19/01/2023, n°2008926

TA Martinique, 26 avril 2023, n°2300229

B-Tribunal des conflits

T. confl., 2 mars 1970, Sté Duvoir, Lebon 885

T. confl. 14 févr. 2000, Commune de Baie Mahaut et Société Rhoddlams, RDI 2000

T. confl., 17 déc. 2001, Sté Rue Impériale de Lyon

T. confl., 20 févr. 2006, n° 3498, Duval c/ Bureau d'études techniques BERIM

T. confl. 22 nov. 2010, Société Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims, n° 2764

T. confl., 13 sept. 2021, n° C4224

T. confl., 10 janvier 2022, n° 4230

C-Juridictions judiciaires

1.)Cour de cassation

Civ. 2è, 24 mai 1971, 70-11.087

Crim 9 octobre 1975, 74-93.471

Crim 12 février 1979, 77-92.592

Com. 1er mars 1983, Soc. Crédit Universel, Bull. civ. IV, n° 93

Com. 18 févr. 1992, n° 87- 12844, « Affaire des cuves »

Crim 4 décembre 1996, 96-81.163

Com., 24 oct. 2000, n° 98-14.382, Sté CSM : JurisData n° 2000-006362

Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243

Civ 1ère, 21 novembre 2006, 05-15.674

Cass. 2e civ., 4 juill. 2007, n° 06-17.333 : JurisData n° 2007-039996

Com., 24 juin 2008, n° 08-12.325, SFR c/ SNCF

Com. 26 mai 2009, n° 08-14534

Com., 10 juill. 2009, no 09-13.871

Com., 8 déc. 2009, n° 08-21.714, ADP c/ Sté Conrac

Com., 4 oct. 2011, n° 10-26.702, Sté HLM Coutances Granville

Com., 15 nov. 2011, n° 10-25.654, Sté Oliva

Com., 4 oct. 2011, n° 10-26.702, Sté HLM Coutances Granville.

Soc., 14 déc. 2011, n° 10-20.378, CHSCT Central de l'APHP

Com., 14 févr. 2012, n° 11-18.070

Com. 23 oct. 2012, Société Dalkia France, n° 11- 23521

Civ. 1re, 16 janv. 2013, Société L'Axelloise, n° 11- 27837

Soc., 16 janv. 2013, n° 11-25.282, CHSCT Centre hospitalier général Jean Rougier de Cahors

Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n° 12-18.180, *Commune de Sancoins c/ Société Les Fils de Madame Géraud*

Com., 14 mai 2013, no 12-17.890

Com. 25 juin 2013, no 12-21.335

Com. 10 décembre 2013, Société Valsud et SEMAG, pourvois n°13-10441 et 13-10709

Civ. 1ère 22 janv. 2014

Civ 1ère, 30 avril 2014

Com. 16 sept. 2014, no 13-16.178

Com., 6 janvier 2015, Société d'économie mixte Société immobilière de Mayotte

Com. 20 janvier 2015 Société Martinique hygiène propreté services, req. n° 13-16949

Com. 23 juin 2015, no 14-12.419

Civ 1ère, 25 novembre 2015

Civ 1ère, 12 octobre 2016, 15-23.230 15-26.147

Com. 21 juin 2016, Sté De Giorgi, n°14- 23.912

Com. 6 déc. 2016, Société Prado pathologie et autres, no 15-26.414

Com. 13 janv. 2017, Société Vespieren et autres, n° 15- 28970

Civ. 1^{re}, 26 avr. 2017, n° 16-10.500

Com., 7 mars 2018, 16-13.138 et 16-13.455

Com. 18 oct. 2017, no 16-16.855
Com. 17 janv. 2018, Société CBST, n° 16- 21995
Civ. 1re, 31 janv. 2018, société BTSG
Soc., Arrêt n° 530 du 28 mars 2018, Pourvoi n° 16-29.106
Soc., 4 avr. 2018, n° 18-70.002, avis n° 15005
Civ. 1^{re}, 14 nov. 2018, n° 17-28.464
Com. 7 mai 2019, n°17- 21.498
Com. 15 janv. 2020, no 18- 11.134
Com., 8 juill. 2020, no 19-24.270
Com. 27 janv. 2021, n°18- 20.783
Com., 13 oct. 2021, n° 19-24.904
Com. 11 mai 2022, n°19- 24.270
Com., 22 juin 2022, Pourvoi n° 19-25.434
Com, 7 septembre 2022, n°20-21.222
Com., 11 janvier 2023, Pourvoi n° 21-10.440
Com. 22 mars 2023, n° 21-10.808
Com., 13 avril 2023, 20-22.095

2.)Cour d'appel

CA Paris, 17 sept. 2010, n° 10/07950, SNCF c/ JMB
CA, Rennes, 5e chambre, 20 Septembre 2017 – n° 16/09359
CA, Toulouse, 2e chambre, 1 Août 2018 – n° 16/03272
CA Paris, Pôle 5, chambre 11, 26 Juin 2020 – n° 20/00861
CA Rennes, 2ème Chambre, Arrêt du 19 mars 2021, Répertoire général n° 17/08002
CA, Saint-Denis (Réunion), Chambre civile, 8 Avril 2022 – n° 20/00607
CA Fort-de-France, 19 juillet 2022, n°20/00112

3.)Tribunal de grande instance

T. civ. de la Seine, 28 novembre 1952, *Giry*
TGI Paris, 5 nov. 1998, Médéric Prévoyance c/ Commission des marchés de la caisse nationale Organic
TGI Besançon, 5 décembre 2006, SARL Cedara Software, n°06/00297
TGI Nancy, 28 septembre 2010, n°10/00490
TGI Nancy, 2 novembre 2010, Bancel c/ICF Nord Est
TGI Paris, 1er déc. 2011, n° 11/59168, Sté Guyanet c/ Arianespace

TGI Paris, 9 janv. 2012, n° 11/5983, SARL Varian Medical System c/ CEA

TGI de Paris, Ord., 20 février 2012, S.A. Ontex Health care, RG n 0 12/51089

TGI Paris, 27 mars 2012, SAS ACH Construction c/ SAS Cofres, n° 11/01295

TGI Paris, 17 août 2012, SAS Sita Remediation

TGI Paris, 14 sept. 2012, no 11/11639

TGI Paris, 9 décembre 2012, req. n° 11/5983

TGI Paris, 29 sept. 2015, no 14/04440

TGI Paris, 25 avr. 2017, no 15/16517

TGI Lvon, ord., 6 juillet 2015, S.A. Sclundler, RG. n 0 15/06553

TGI Lille, 10 juillet 2015, Societe Bancel, n° 15-00788.

TGI Paris, 29 sept. 2015, no 14/04440

TGI Marseille, 31 mars 2016, no 15/04411

TGI Paris, réf., 8 mars 2017, no 17/52188

TGI Carpentras, 5 avr. 2017, no 17/ 00018

TGI Paris, 25 avr. 2017, no 15/16517

TGI Rennes Ord.15 novembre 2018, Sté Lattitude

4.)Tribunal judiciaire

TJ Nanterre, ord., 11 mai 2020

TJ Nancy, 20 mai 2021, n° RG 20/00199

TJ Nancy, 6 décembre 2022, n° 22/00469

D-Jurisdiction commerciale

T. com. Roubaix-Tourcoing, réf., 30 juin 2006, SAS Mariot-Gamelin c/ SA Transpole, n° 2006/01245

T. com., 13ème Chambre, Paris, Jugement du 4 novembre 2010, Répertoire général n° 2010001256

T. com., Paris, Jugement du 20 décembre 2019, Répertoire général n° 201802982

E-Conseil constitutionnel

Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, Statut de la Polynésie française

QPC, 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais, n° 2020-857

QPC, 17 janvier 2020, n° 2019-857

F-Juridictions budgétaires

CDBF 3 déc. 2021, no 254- 861

Rapport d'observation de la Cour des comptes sur la SATA - Exercices 2014 à 2019

G-Juridictions européennes

1.) Cour de justice de l'Union européenne

CJCE 12 juill. 1957, Algera, aff. C-7/56 et aff. C-3/57 à C-7/57

CJCE, 15 mai 1986, Johnston, Affaire 222/84

CJCE, ord., 3 déc. 2001, Bent Moustén Vestergaard, C- 59/ 00

CJCE 12 déc. 2002, Universale Bau, aff. C- 470/ 99

CJCE 14 juin 2007, Medipac- Kazantzidis, C- 6/ 05

CJCE, Commission c / Allemagne du 18 juillet 2007, aff. C-503/04, RFDA 2007

CJCE 18 déc. 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/ 06

CJUE, 30 septembre. 2010, « Stadt Graz » Aff. C314/09

CJUE 4 juill. 2013, Fastweb, aff. C- 100/ 12

CJUE 5 avr 2016, PFE, aff. C- 689/ 13

CJUE 5 avr. 2017, aff. C- 391/ 15

CJUE 24 mars 2021, aff. C- 771/ 19

2.) Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 21 février 1975, Requête n°4451/70, Golder c. Royaume-Uni

CEDH, 19 mars 1997, Requête n°18357/91, Hornsby c. Grèce

CEDH, 26 avril 2007, Requête n° 25389/05, Gebremehdine c. France

INDEX RERUM

(Les chiffres renvoient aux paragraphes)

A	Accord-cadre	25 ; 150 ; 153 ; 162 ; 172
	Acte détachable	195 ; 211 à 214
	Anéantissement (contrat)	202
	Articulation (référés)	155 à 160
	Autorité de régulation des transports	64 à 66
B		
C	Caisses de sécurité sociale	7
	CEDH	19 à 21
	Commande publique (définition)	6 ; 14
	Compétence	
	- Ordre juridictionnel	13 ; 15 ; 25 ; 34 ; 36
	- Juridiction (référé précontractuel)	112 à 115
	- Juridiction (référé contractuel)	180 à 181
	Concession	8 ; 140 ; 151 ; 153
	Concessionnaire d'autoroute	8 ; 64 à 66 ; 151
	Concurrent évincé	17 ; 25 ; 43 ; 186 à 188
	Constitutionnalité	1 ; 18 ; 22 ; 27 ; 55 ; 125 ; 141 ; 161 ; 167 ; 187 ; 200 ; 207 ; 209 ; 210 ; 217 à 220 ; 223 ; 245 ; 249
	Contentieux	
	- Subjectivisation	59
	- Contractuel	40 à 222
	- Responsabilité	227 à 244
	Contestation de la validité du contrat	16 ; 141 ; 144 ; 154 ; 187 ; 197 ; 202 ; 209 ; 216 ; 247
D	Délai	
	- Pour agir	53 à 56 ; 152 à 153
	- Pour juger	127 ; 185
	Dommages-intérêts	234
	Droit de la concurrence	22 ; 205
	Droit à un recours effectif	1 ; 19 ; 27 ; 167 à 170 ; 189 à 192
	Droit à un procès équitable	19 à 21
E	Effet utile	2 ; 21 ; 36 ; 37 ; 221 ; 225
	Entités adjudicatrices	6 ; 9 ; 13 ; 103 ; 105 ; 141 ; 157
	Etat (intérêt à agir)	63
F		

G	Groupement de commandes	27
	Groupement d'entreprises	25 ; 91
H	HLM	7
I	Identité administrative ou privée	5 ; 245
	Injonctions	96 à 102 ; 170
	Intérêt à agir	57 à 66 ; 58 à 61 ; 194 ; 203 ; 206
	Intérêt général	7 ; 32 ; 167 ; 178 ; 191 ; 197 ; 203 ; 207 ; 213 ; 215
	Intérêt public	85 ; 100 ; 170 ; 206
J		
K		
L		
M	Manquements	
	-Référé précontractuel	67 à 91
	-Référé contractuel	161 à 169
	MAPA	40 ; 52 ; 125 ; 137 à 140 ; 164 ; 226
N	Négociée (procédure)	72
	Nullité	98 ; 162 ; 163 ; 172 ; 174 ; 177 à 179 ; 186 ; 197 à 223
O	Office (juge)	
	-Référé précontractuel	92 à 112
	-Référé contractuel	169 à 179
	-Validité	215 à 216
	Offre (appréciation)	78 à 91
	Offres irrégulière, inacceptable, inappropriée	90
	Organique (critère)	14
P	Pouvoir adjudicateur	6
	Préfet	194 ; 214
	Préjudice	229 à 245
	Prescription	73 ; 103
	Principes fondamentaux	70 ; 89 ; 207 ; 245
Q	Qualification légale	4 à 5 ; 16
	Question prioritaire de constitutionnalité	37 ; 123 ; 205 ; 212 ; 222

R	Référé précontractuel	46 à 141
	Référé contractuel	142 à 189
	Régularisation	213
	Responsabilité	222 à 244
	RPVA	119
S	Secret des affaires	85 ; 100
	SEM	7
	Seuils de passation	10 ; 54
	SMIRGEOMES	32 ; 49 ; 58 ; 69 ; 135 ; 194
	SPL	7
	Stand Still	54 à 55 ; 125 ; 153 ; 162 ; 172 ; 177
	Suspension	99 ; 108 ; 130 ; 162 ; 163 ; 167 ; 173 ; 175 ; 177 ; 181
T	Télérecours	116
	Tribunal judiciaire (Tribunal de grande instance)	16 ; 42 ; 47 ; 109 à 113 ; 183 à 185 ; 233 à 236 ;
U		
V		
W		
X		
Y		
Z		