

## Liberté contractuelle, contrats publics et rôle du juge

Par Mathias Amilhat

Maître de conférences en droit public

Univ. Lille, EA 4487 - CRDP - Centre « Droits et perspectives du droit »

ERDP - « Equipe de recherches en droit public »

En principe, le contrat est la loi des parties. Les interventions du juge doivent donc être limitées afin de préserver leur liberté contractuelle. Pourtant, s'agissant des contrats publics, cette liberté contractuelle doit s'accommoder du but d'intérêt général poursuivi par les personnes de la sphère publique. La portée du contrôle juridictionnel dépend donc de cette conciliation.

La notion de contrat public est couramment utilisée en France mais elle n'est pas consacrée officiellement dans les textes. Elle permet de tenir compte des évolutions suscitées par le droit de l'Union européenne et de regrouper sous une même notion l'ensemble des contrats passés par des personnes de la sphère publique, qu'il s'agisse de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices<sup>1</sup>. Elle permet donc de dépasser la distinction traditionnelle entre contrats administratifs et contrats de droit privé, tout en se développant au-delà du seul droit de la commande publique<sup>2</sup>.

La problématique du contrôle juridictionnel en matière de contrats publics est particulière. Elle n'implique pas simplement de dépasser la distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé. Elle nécessite également de maîtriser la structure et le fonctionnement du contentieux contractuel.

Or, l'histoire du droit des contrats administratifs explique en partie la portée du contrôle juridictionnel qui est désormais opéré en matière de contrats publics<sup>3</sup>. En effet, les juridictions administratives ont été amenées à traiter de contentieux portant sur des contrats administratifs dès leur création<sup>4</sup> mais « *le contrat administratif n'est pas né contrat* »<sup>5</sup>. La loi du 28 pluviôse an VIII prévoyait la compétence des conseils de préfecture pour le contentieux des marchés de travaux publics<sup>6</sup>. Cependant, ces actes n'étaient pas véritablement considérés comme des contrats. Cette solution semblait logique car le contrat était considéré comme un acte de droit

---

<sup>1</sup> M. Amilhat, *La notion de contrat administratif : l'influence du droit de l'Union européenne*, Bruylant, 2014

<sup>2</sup> Le droit de la commande publique est limité, selon le code éponyme, aux seuls contrats qualifiables de marchés publics ou de contrats de concession au sens du droit de l'Union européenne. La notion de contrat public permet de regrouper les contrats conclus par les personnes de la sphère publique, et d'opérer parmi eux une distinction entre ceux soumis à un cadre concurrentiel et les autres

<sup>3</sup> L'approche des tenants du « temps court » est retenue ici en ce qu'elle renvoie aux origines structurantes du droit des contrats administratifs. Sur cette question, v. P. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 1<sup>ère</sup> éd., 2013, pp. 12 et s.

<sup>4</sup> Le Conseil d'Etat est créé par la Constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799) mais il n'est pas un véritable juge à cette époque. Les conseils de préfecture, ancêtres des tribunaux administratifs, sont créés très peu de temps après par la loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800).

<sup>5</sup> Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDJ*, 2010, n°2, p. 313.

<sup>6</sup> Le Conseil de préfecture était ainsi compétent pour se prononcer « *Sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché* ».

privé<sup>7</sup>. L'utilisation de l'outil contractuel ne pouvait donc donner naissance qu'à des relations de droit privé relevant de la compétence des juridictions judiciaires. A cette époque donc, le marché public « *est organisé et compris comme une procédure administrative, proche finalement de celle de l'acte unilatéral, et débouchant sur la désignation — presque une nomination — du titulaire du marché* »<sup>8</sup>. Seuls les contrats de droit privé passés par les personnes publiques étaient considérés comme de véritables contrats. Cette approche initiale particulière justifiait donc que le contrôle du juge soit davantage le contrôle d'une procédure que d'un véritable contrat. L'étendue du contrôle dépendait donc de la part de pouvoir discrétionnaire reconnue aux personnes publiques pour les différentes décisions intervenant lors de la formation du contrat ou lors de son exécution<sup>9</sup>. Ainsi, le juge administratif devait concilier sa compétence pour contrôler les actes et les décisions adoptés avec les « *pouvoirs qui appartiennent à l'autorité administrative en matière de marchés de travaux publics. Ces pouvoirs comportent une part d'action et de responsabilité qu'il n'appartient pas au juge de restreindre* »<sup>10</sup>.

Ce n'est qu'au cours de l'entre-deux guerres que le contrat administratif commencera à être envisagé comme un véritable contrat<sup>11</sup>. A partir de là, la question de la reconnaissance d'une liberté contractuelle au profit des personnes publiques contractantes a pu se poser<sup>12</sup>. Cette reconnaissance n'allait pas de soi<sup>13</sup>. Sans trancher la question de son fondement, le Conseil

---

<sup>7</sup> G. Péquignot, *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, thèse, Montpellier, 1945, pp. 32 et suivantes.

<sup>8</sup> Y. Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *préc.* En ce sens, voir également : F. Monnier, *Les marchés de travaux publics dans la Généralité de Paris au XVIIIe siècle*, LGDJ, 1984, t. 11.

<sup>9</sup> Traditionnellement le contentieux de la formation du contrat est essentiellement un contentieux objectif, se contentant de vérifier le respect de la légalité lors de la procédure de passation. A l'inverse, le contentieux de l'exécution est essentiellement un contentieux subjectif. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. 1984, p. 1003

<sup>10</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 1988, t. 2, p. 125. Pour les marchés de fournitures, il allait plus loin en précisant que « *La juridiction administrative doit, dans cette matière plus encore que dans celle des travaux publics, se renfermer dans le jugement d'un contentieux purement pécuniaire, et s'interdire toute décision pouvant faire échec aux pouvoirs de l'administration* ».

<sup>11</sup> La question de la nature contractuelle des contrats administratifs a cependant perduré en doctrine jusqu'au milieu du XXème siècle. En ce sens, voir : J. L'Huillier, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.*, 1953, p. 87.

<sup>12</sup> Il existe un nombre très important d'articles sur cette question. Parmi ceux-ci, il est possible de citer : P. Terneyre, « Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mél. G. Peiser*, PUG, 1995, p. 473 ; C. Bréchon- Moulènes, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 1998, p. 643 ; E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 651 ; C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA* 1998, p. 694 ; E. Delacour, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats-Marchés publ.* 2003, chron. 20 ; F.-X. Fort, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », *Mél. M. Guibal*, PUM 2006, t. 1, p. 27 ; D. Turpin, « La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mél. M. Guibal*, t. 1, p. 63 ; A. Duffy, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1569 ; F. Moderne, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », *RFDA* 2006, p. 2 ; T. Fleury, « La liberté contractuelle des personnes publiques : questions critiques à l'aune de quelques décisions récentes », *RFDA* 2012, p. 231 ; J.- M. Pontier, « La liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* 2013, p. 837

<sup>13</sup> Certains auteurs réfutaient la reconnaissance d'une liberté contractuelle des personnes publiques car celles-ci ne bénéficient pas de l'autonomie de la volonté. V. notamment : E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *préc.*

d'Etat d'abord<sup>14</sup>, mais surtout le Conseil constitutionnel ensuite<sup>15</sup>, ont clairement consacré l'existence d'une liberté contractuelle au bénéfice des personnes publiques. Elle se décline en plusieurs libertés avec, notamment, « *la liberté de contracter ou de ne pas contracter, [...] la liberté de choisir le contrat, c'est-à-dire de choisir le type de contrat, [...] la liberté de déterminer le contenu du contrat* » et « *la liberté de choisir son cocontractant* »<sup>16</sup>. Mais la liberté contractuelle ne s'arrête pas au moment de la conclusion du contrat, elle concerne également la phase d'exécution et implique la liberté de modifier les clauses du contrat en cours d'exécution, éventuellement pour prolonger le contrat, voire de mettre un terme au contrat avant son terme « normal ». Pour autant, la reconnaissance de la liberté contractuelle des personnes publiques et sa consécration constitutionnelle ne signifient pas que cette liberté serait sans limite. D'autres règles et principes à valeur constitutionnelle peuvent donc limiter la liberté contractuelle des personnes publiques. C'est notamment le cas des principes fondamentaux de la commande publique : la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence « *paraissent au moins aussi importants pour les contrats publics que la liberté contractuelle* »<sup>17</sup>. Or, si la liberté contractuelle implique une limitation des pouvoirs du juge dans le contrôle des décisions des personnes de la sphère publique afin de préserver leur part de liberté, les principes fondamentaux de la commande publique justifient, au contraire, la mise en œuvre d'un contrôle accru de la part du juge afin d'assurer leur pleine efficacité.

Cette opposition des objectifs poursuivis par la liberté contractuelle et par les principes fondamentaux de la commande publique recoupe l'opposition entre les différents types de contrôle opérés par le juge administratif. En effet, l'étendue du contrôle opéré par le juge administratif sur la qualification juridique des faits<sup>18</sup> permet d'opérer une distinction entre le contrôle normal et le contrôle restreint, ce dernier pouvant être un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou un simple contrôle minimum. Dans le cadre du contrôle normal, le juge administratif vérifie que la décision prise est « *en rapport exact avec les faits, qui doivent être de nature à la justifier juridiquement* »<sup>19</sup>. A l'inverse, le contrôle restreint ne porte normalement pas sur la qualification juridique des faits. Le juge administratif se contente alors d'exercer un contrôle minimum : il ne contrôle pas la qualification juridique des faits et examine seulement l'exactitude matérielle des faits, l'absence d'erreur de droit, et la légalité externe de l'acte. Toutefois, même dans le cadre du contrôle restreint, le juge accepte de ne pas se limiter à un contrôle minimum. Il admet alors de contrôler l'absence d'erreur manifeste d'appréciation.

---

<sup>14</sup> Le Conseil d'Etat a d'abord reconnu une liberté contractuelle au profit des seules collectivités territoriales, avant de consacrer comme un principe général du droit concernant l'ensemble des personnes publiques : CE, sect., 28 janv. 1998, *Société Borg Warner*, n°138650, rec. p. 20 ; *RDI* 1998. 246, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; *CJEG* 1998, p. 269, note F. Moderne

<sup>15</sup> La reconnaissance explicite de la liberté contractuelle des personnes publiques n'intervient qu'en 2006 : Cons. const., 30 nov. 2006, n° 2006-543-DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, AJDA 2007, p. 192, note G. Marcou ; D. 2007, p. 1760, note M. Verpeaux ; RFDA 2006, p. 1163, note R. de Bellescize ; RFDA. 2007, p. 564, note A. Levade.

<sup>16</sup> H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz 2016, pp. 19-20. L'auteure renvoie notamment à : C. Maugué, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *préc.*

<sup>17</sup> P. Delvolvé, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA* 2016, p. 613

<sup>18</sup> La légalité externe sera toujours envisagée et contrôlée, tout comme les autres aspects de la légalité interne : erreur de droit ou erreur de fait

<sup>19</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrestien, 15<sup>e</sup> éd. 2001, p. 1066. Le contrôle normal peut, dans certaines hypothèses, devenir un contrôle maximum visant à vérifier la proportionnalité de l'acte par rapport aux buts poursuivis.

Dans une telle hypothèse, il vérifie simplement « *qu'il n'y ait pas de disproportion manifeste* » entre les faits et la décision prise<sup>20</sup>.

Ainsi, en matière de contrats publics, la liberté contractuelle plaide en faveur d'une absence de contrôle de la qualification juridique des faits de la part du juge, c'est-à-dire en faveur de la mise en œuvre d'un simple contrôle minimum. Elle semble toutefois pouvoir admettre la mise en œuvre d'un contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation lorsqu'il s'agit d'éviter des erreurs « grossières » sans porter une atteinte trop importante à la liberté contractuelle. Pour autant, cette liberté s'oppose clairement à la mise en œuvre d'un contrôle normal. Or, les principes fondamentaux de la commande publique encouragent au contraire la mise en place d'un tel contrôle sur les décisions opérées en matière contractuelle sans se limiter à un contrôle minimum, même étendu au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Dès lors, la portée du contrôle juridictionnel en matière de contrats publics dépend de la conciliation qui est réalisée entre la liberté contractuelle des personnes de la sphère publique et leur soumission aux principes fondamentaux de la commande publique.

Pour autant, l'étude de la portée du contrôle juridictionnel ne peut pas se limiter à une approche fondée sur la distinction entre les différents types de contrôle et leurs étendues respectives. En effet, la structure du contentieux contractuel détermine également et en grande partie la portée du contrôle juridictionnel opéré. Il existe en effet « *un lien historique et solide [...] entre ce que l'on nomme aujourd'hui office du juge et distinction des contentieux* »<sup>21</sup>, même si la structure du contentieux a profondément évolué. En effet, les auteurs du Traité des contrats administratifs envisageaient déjà plusieurs classifications pour présenter le contentieux contractuel en distinguant les recours en fonction des « *étapes contractuelles* », des « *parties au contentieux* », de la nature subjective ou objective des droits invoqués, et en fonction de « *la question posée au juge* » c'est-à-dire en fonction de « *l'objet du litige* » et des pouvoirs du juge<sup>22</sup>. Or, ces distinctions se combinant, elles rendaient – et rendent encore – délicate la classification des recours contentieux en matière contractuelle. C'est donc « *la classification traditionnelle établie par Laferrière entre contentieux de la pleine juridiction ou plein contentieux, contentieux de l'annulation* » et « *contentieux de l'interprétation* » qui a pendant longtemps été retenue en doctrine<sup>23</sup>. Le contentieux contractuel n'est cependant plus aujourd'hui celui qu'il était hier. De nouveaux recours sont apparus, qu'il s'agisse des référés

---

<sup>20</sup> *Ibidem*

<sup>21</sup> D. Truchet, « Office du juge et distinction des contentieux : renoncer aux « branches » », *RFDA* 2015, p. 657

<sup>22</sup> A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, *préc.*, pp. 993 et 994

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 994 et 995

précontractuel<sup>24</sup> et contractuel<sup>25</sup>, ou du recours au fond en contestation de validité du contrat<sup>26</sup>. Ces recours ont eux-mêmes connu de profondes évolutions. La présentation des recours mérite donc d'être repensée car, désormais, « *le requérant est placé au cœur de l'action et le contrat est le point de basculement chronologique d'une logique de protection à une autre* »<sup>27</sup>. Les pouvoirs du juge varient donc essentiellement en fonction du requérant à l'origine du recours, mais ils dépendent également du type de recours intenté et du moment de son introduction. La portée du contrôle juridictionnel va donc grandement varier d'un recours à l'autre en fonction de ces différents paramètres.

Ces deux approches étant retenues – celle fondée sur la distinction en fonction du type de contrôle opéré et celle fondée sur la distinction entre les différents recours – la question de la portée du contrôle juridictionnel en matière de contrats publics amène nécessairement à s'interroger sur l'étendue de la liberté contractuelle reconnue aux personnes de la sphère publique dans le cadre de ces contrats. Il s'agit alors de savoir si la portée du contrôle juridictionnel ne remet pas en cause la liberté contractuelle des personnes de la sphère publique. Plus précisément, il est possible de se demander si la liberté contractuelle limite la portée du contrôle juridictionnel et renforce le pouvoir discrétionnaire du cocontractant public ou si elle témoigne, au contraire, d'une forme de résistance vaine de la discrétionnarité dans un domaine où des objectifs autres<sup>28</sup> tendent à prendre le pas sur le pouvoir de décision des autorités publiques.

---

<sup>24</sup> Le référé précontractuel a été créé par la directive « recours » n°89/665/CEE du 21 décembre 1989, transposée en droit français par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux. Ce référé était alors qualifié de « recours du troisième type », en référence au film de Steven Spielberg. P. Terneyre, « L'émergence d'un recours contentieux du troisième type », *ALD* 1992, p. 82. Il a fait l'objet de réformes et est codifié aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative.

<sup>25</sup> Le référé contractuel a été créé par la directive par la directive « recours » n°2007/ 66 du 11 décembre 2007. Cette directive a également modifié la procédure du référé précontractuel et sa transposition a été réalisée en droit français par l'ordonnance n°2009- 515 du 7 mai 2009 et par le décret n°2009-1456 du 27 novembre 2009. Sur cette question, v. notamment : F. Brenet, « La recherche d'une plus grande efficacité des recours contentieux en matière contractuelle », *RJEP* 2009, étude 10 ; S. Braconnier, « L'autonomie contrastée du contentieux des contrats publics d'affaires », *RDP* 2010, p. 327 ; P. Delelis, « Les insuffisances des procédures de référé », *AJDA* 2011, p. 320 ; D. Moreau, « Deux ans de pratique du référé contractuel : questions tranchées et questions en suspens », *RJEP* 2012, comm. 19 ; P. Monnier, « Heurs et malheurs d'un juge des référés précontractuels », *Contrats-Marchés publ.* 2016, étude 9

<sup>26</sup> Recours créé par voie prétorienne dans l'arrêt *Tropic*, il était d'abord réservé aux seuls concurrents évincés : CE, ass., 16 juillet 2007, n°291545, *Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe*, rec. 360 ; *RFDA* 2007, p. 696, concl. Casas ; *RJEP* 2007, p. 337, note P. Delvolvé ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; comm. 254, note J-P Pietri. Il s'agissait d'une réponse par anticipation à la Cour de justice : CJCE, 18 juillet 2007, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, aff. C-503/04 ; *RFDA* 2007, p. 958, concl. V. Trstenjak ; *Europe* 2007, n°10, p. 17, note D. Simon ; *Contrats-Marchés publics* 2007, n°10, p. 30, note W. Zimmer. Ce recours a ensuite été étendu par le juge à tous les tiers ayant un intérêt lésé : CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne* ; *RFDA* 2014, p. 425, concl. B. Dacosta, p. 438, note P. Delvolvé ; *DA* 2014, comm. 36, note F. Brenet ; *JCP A* 2014, 2152, note J.-F. Sestier ; *JCP A* 2014, 2153, note S. Hul ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, repère 5, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux, étude 5, Ph. Rees ; *JCP G* 2014, doct. 732, étude P. Bourdon ; *RDI* 2014, p. 344, note S. Braconnier ; *RJEP* 2014, comm. 31, note J.-F. Lafaix.

<sup>27</sup> O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, Le Moniteur, 2<sup>e</sup> éd. 2018, p. 30. Le fait de retenir une classification fondée sur la nature du requérant permet de prendre en compte les « raisonnements du juge » tout en tenant compte de la « recherche d'efficacité et d'adaptation aux enjeux, aux intérêts et aux situations » qui marque désormais le contentieux contractuel.

<sup>28</sup> Ces objectifs autres découlent de la logique concurrentielle et reposent principalement sur les principes fondamentaux de la commande publique

Ainsi, les différents types de contrôles exercés par le juge font apparaître la liberté contractuelle comme une liberté malmenée mais qui permet encore de limiter la portée du contrôle (I). Par ailleurs, les moyens de contrôle permettent de comprendre que l'étendue de la liberté contractuelle dépend tout autant des pouvoirs offerts au juge dans le cadre des différents recours (II).

## **I. Une liberté fonction du type de contrôle juridictionnel**

Il est nécessaire d'envisager les différentes décisions relatives à la vie des contrats publics pour déterminer si la liberté contractuelle reste la règle et justifie le maintien d'un contrôle minimum ou si d'autres principes justifient la mise en œuvre de contrôles plus poussés de la part du juge. Or, si la liberté contractuelle cède parfois le pas et laisse place à un contrôle normal des décisions, elle offre tout de même à la discrétionnarité de nombreuses « poches de résistance ».

Le contrôle normal permet donc de limiter la liberté contractuelle au profit des principes fondamentaux de la commande publique (A) mais, en la matière, le contrôle restreint demeure la règle et la liberté contractuelle est globalement préservée (B).

### ***A. Le développement progressif d'un contrôle normal en faveur des principes fondamentaux de la commande publique***

Le contrôle normal met à mal la liberté contractuelle des personnes de la sphère publique mais son développement correspond à un mouvement plus général du contentieux administratif français. Ce mouvement tend à réduire la part de pouvoir discrétionnaire reconnu au profit des personnes de la sphère publique et donc la part de liberté dont elles sont supposées disposer lorsqu'elles utilisent le contrat.

A défaut de pouvoir être véritablement exhaustif en envisageant toutes les décisions intervenant en matière contractuelle qui sont susceptibles d'entraîner un contrôle normal, plusieurs catégories de décisions adoptées par les cocontractants publics et qui sont supposées permettre la manifestation de la liberté contractuelle peuvent être évoquées.

Ainsi, s'agissant du choix de la procédure de passation en matière de marchés publics, la question s'est posée de savoir quelle est la marge de liberté reconnue aux acheteurs pour déterminer les conditions de la publicité et de la mise en concurrence lorsque le montant du marché est inférieur aux seuils européens. Dans cette hypothèse, les acheteurs ont la possibilité de mettre en œuvre une procédure adaptée. En principe, la différence entre la procédure adaptée et les procédures formalisées de passation réside dans la part de liberté reconnue aux acheteurs. Les textes définissent cette procédure comme celle « *par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché public* »<sup>29</sup>. La liberté reconnue semble impliquer que la portée du contrôle juridictionnel sur les décisions relatives à la publicité et à la mise en concurrence dans le cadre de la procédure adaptée soit limitée. Toutefois, les textes précisent dans le même temps que l'acheteur doit définir les modalités de passation des marchés passés en procédure adaptée en respectant les principes fondamentaux de la commande publique. C'est ce qui explique que le Conseil d'Etat soit venu consacrer la mise en œuvre d'un contrôle normal sur les modalités de la procédure adaptée<sup>30</sup>. Le juge doit vérifier que les modalités de publicité

---

<sup>29</sup> Article L. 2123-1 du projet de code de la commande publique, reprenant le 2° de l'article 42 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés

<sup>30</sup> CE, 7 octobre 2005, n° 278732, *Région Nord-Pas-de-Calais* ; Rec. CE 2005, p. 423 ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, étude 17, F. Lichère ; *AJDA* 2005, 2128, note J.-D. Dreyfus

mises en œuvre par les acheteurs sont bien adaptées, c'est-à-dire qu'il doit vérifier si elles sont suffisantes au regard de l'objet du marché, de son montant, et du secteur concurrentiel dans lequel il intervient. Or, pour procéder à ce contrôle normal, le juge compare la décision de l'acheteur avec l'appréciation qu'il porte sur ce qui peut paraître comme « adapté » au regard du marché. La liberté contractuelle cède donc clairement le pas face aux principes fondamentaux dans une telle hypothèse.

De la même manière, à propos du choix du type de contrat parmi les marchés publics, le juge exerce un contrôle normal sur la décision de recourir à un marché global et de déroger à l'obligation de passer les marchés publics en lots séparés<sup>31</sup>. En effet, le principe de l'allotissement répond aux exigences des principes fondamentaux de la commande publique : l'obligation d'allotir est supposée susciter la concurrence la plus large possible. Dès lors, la liberté contractuelle doit s'effacer face à cet objectif et permettre un contrôle juridictionnel plus étendu. Par conséquent, lorsqu'il est amené à contrôler la décision d'un acheteur de recourir à un marché public global, le juge doit déterminer si l'analyse menée par celui-ci « *et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les (textes) mentionnent, entachées d'appréciations erronées* »<sup>32</sup>. Le contrôle du juge portera donc sur les éléments précis qui ont servi à fonder la décision de ne pas allotir pour déterminer si ces éléments justifiaient bien la décision prise. En cas de contradiction, l'analyse du juge va supplanter celle de l'acheteur au détriment de la liberté contractuelle. De la même manière, le juge devrait exercer un contrôle normal sur les motifs de recours aux marchés de partenariat, conformément à sa jurisprudence antérieure applicable aux contrats de partenariat<sup>33</sup>. Dans ces hypothèses, la liberté d'appréciation des acheteurs est en réalité sacrifiée sur l'autel de la concurrence et de la volonté de favoriser l'accès des PME aux marchés publics.

Pour autant, cette solution ne concerne que le droit des marchés publics dans la mesure où elle repose sur l'obligation, posée par les textes, de recourir à l'allotissement afin de favoriser la concurrence. Dès lors, en l'absence d'une telle obligation, la portée du contrôle juridictionnel est moins importante en matière de contrats de concession. Lorsqu'il s'agit de déterminer le périmètre de ces contrats, la liberté contractuelle l'emporte et le contrôle du juge n'est qu'un contrôle restreint<sup>34</sup>. La justification d'une telle divergence dans les solutions retenues peut interroger. Il est certain qu'il n'existe pas de justification technique à cette différenciation : les contrats de concession ne sont pas plus complexes techniquement que les marchés publics. La place plus importante de l'intuitu personae dans le cadre des contrats de concession pourrait être avancée mais l'on sait à quel point cet argument peut être critiquable. En réalité, ces

---

<sup>31</sup> CE, 29 décembre 2009, *Département de l'Eure*, rec. p. 832 ; *RDI* 2010, p. 155, obs. R. Noguellou ; CE, 27 octobre 2011, n° 350935, *Département des Bouches-du-Rhône*, rec. p. 1009 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 343, note G. Eckert ; *BJCP* 2012, p. 9, concl. N. Boulouis ; CE, 26 juin 2015, n° 389682, *Ville de Paris* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 232, note J.-P. Pietri ; CE, 25 mai 2018, n° 417428, *OPH du département des Hauts-de-Seine* ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 156, note M. Ubaud-Bergeron ; *AJDA* 2018, note S. Roussel et C. Nicolas

<sup>32</sup> CE, 26 juin 2015, n° 389682, *Ville de Paris*, préc.

<sup>33</sup> CE, 29 oct. 2004, n° 269814, *Sueur et a.* ; *RFDA* 2004, p. 1103, concl. D. Casas ; *AJDA* 2004, p. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica ; *DA* 2005, comm. 3, 4 et 5, obs. A. Ménéménis ; *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 249, note G. Eckert ; CE, 23 juill. 2010, n° 326544 et n° 326545, *Lenoir et Synd. national des entreprises de second œuvre du bâtiment* ; *AJDA* 2010, p. 1769, note J.-D. Dreyfus ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 318, note G. Eckert

<sup>34</sup> TA Paris, ord., 22 août 2018, n° 183709/4, *Société Excelsis* ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 252, note G. Eckert

solutions semblent résulter de l'encadrement textuel plus ou moins important suivant si le contrat est un marché public ou un contrat de concession. De ce point de vue, la portée du contrôle juridictionnel dépend donc davantage de la volonté du législateur que des principes fondamentaux de la commande publique.

Pour autant, le contrôle normal se retrouve à propos d'autres décisions lorsque les risques d'atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique sont importants. Ainsi, toujours en matière de marchés publics, le juge administratif exerce un contrôle normal sur le caractère sincère et raisonnable de l'évaluation du montant estimé du marché<sup>35</sup>. Ce contrôle normal doit en effet lui permettre de vérifier que, sous couvert d'estimations relativement techniques, l'acheteur n'a pas sous-estimé ses besoins afin d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence ou, pour le moins, afin de ne pas avoir à respecter les procédures formalisées de passation. Il s'agit donc, encore une fois, d'une limite portée à la liberté contractuelle au nom du respect des principes fondamentaux de la commande publique et de l'objectif de libre concurrence.

Ainsi, la portée du contrôle juridictionnel dépend de la mise en cause ou de l'absence de mise en cause des principes fondamentaux de la commande publique. Ce lien entre les principes fondamentaux et la portée du contrôle juridictionnel ressort clairement de deux arrêts rendus le 2 octobre 2013 par le Conseil d'Etat à propos de la définition des besoins en matière de marchés publics. Dans le premier de ces arrêts, le juge rappelle en effet que le contrôle opéré sur la définition des besoins est un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation<sup>36</sup>. L'idée mise en avant est que le juge ne peut pas, en la matière, substituer son appréciation à celle de l'acheteur pour apprécier quels sont ses besoins. C'est la personne de la sphère publique, avant de lancer la procédure d'achat, qui doit déterminer de manière autonome quels sont ses besoins. La portée du contrôle juridictionnel est ici limitée à l'erreur manifeste d'appréciation. En revanche dans le second arrêt, toujours à propos de la définition des besoins, le juge considère qu'il doit exercer un contrôle normal sur les contraintes techniques définies par les acheteurs lorsqu'elles sont contestées au regard des principes fondamentaux de la commande publique<sup>37</sup>. Ainsi, « *en elles-mêmes ces contraintes ne sont censurées que si, manifestement, elles ne permettent pas de satisfaire au mieux les besoins exprimés ou sont inutiles. Mais, si elles sont accusées de porter atteinte aux principes d'égalité des candidats et de libre accès aux marchés publics, le juge administratif confronte, dans un contrôle normal, ces contraintes à leurs conséquences sur le choix des opérateurs* »<sup>38</sup>. Ce sont donc les principes fondamentaux de la commande publique qui justifient que le contrôle du juge ne soit pas limité à un contrôle restreint mais devienne un contrôle normal. Dans le même sens, depuis l'adoption de l'Ordonnance de 2016 relative aux contrats de concession – qui est venue concrétiser l'obligation de définition des besoins dans les textes – le juge a eu l'occasion de préciser qu'il exerçait un contrôle normal sur cette définition lorsqu'elle risque de porter atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique, et notamment au principe de transparence

---

<sup>35</sup> CE, 14 mars 1997, n° 170319, Préfet des Pyrénées-Orientales, RDI 1997, p. 435, note F. Llorens et P. Terneyre ; D. 1998, p. 229, note P. Terneyre

<sup>36</sup> CE 2 octobre 2013, n° 368846, Département de l'Oise ; AJDA 2013, p. 1946, obs. D. Poupeau ; AJCT 2014, p. 113, obs. S. Hul ; BJCP 2014, p. 43, concl. B. Dacosta

<sup>37</sup> CE 2 octobre 2013, n° 368900, Département de Lot-et-Garonne ; AJDA 2013, p. 1947 ; D. 2014. 340, note P. Egéa et G. Kalflèche ; AJCT 2014, p. 114, obs. S. Hul ; Gaz. Pal. 2013. 17, note B. Seiller

<sup>38</sup> L. Erstein, « Le contrôle normal des contraintes techniques », note sous CE, 2 octobre 2013, n° 368900, Département de Lot-et-Garonne, JCP A 2013, act. 805

des procédures<sup>39</sup>. Le respect de ces principes conduit donc à développer la place du contrôle normal au sein du contentieux contractuel.

Malgré tout, le développement de ce contrôle normal ne doit pas laisser croire que la liberté contractuelle tendrait à disparaître. Elle continue en effet de l'emporter face aux principes fondamentaux de la commande publique dans un certain nombre d'hypothèses, justifiant ainsi que le contrôle opéré par le juge reste le plus souvent un contrôle restreint, qu'il soit minimum ou limité à l'erreur manifeste d'appréciation.

### ***B. Le maintien non négligeable d'hypothèses de contrôle restreint préservant la liberté contractuelle***

Jusqu'à présent, le respect des principes fondamentaux de la commande publique n'impose pas la mise en œuvre systématique d'un contrôle normal. Il existe en effet un nombre non négligeable d'hypothèses dans lesquelles la portée du contrôle juridictionnel est limitée et ne permet qu'un contrôle restreint. Dans ces situations, la liberté contractuelle semble donc l'emporter sur les principes fondamentaux de la commande publique même si le contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation permet d'assurer un respect minimum de ces principes.

Au-delà du choix de contracter ou de ne pas contracter<sup>40</sup>, cette portée limitée du contrôle juridictionnel se retrouve tout d'abord lorsque la personne de la sphère publique a défini ses besoins et qu'elle doit établir le périmètre du ou des contrats qu'elle souhaite conclure. Sur ce point, l'application du contrôle minimum n'est pas la même en fonction du type de contrat concerné. Les marchés publics se distinguent en effet des autres contrats en raison de l'obligation d'allotissement qui est posée par les textes. Comme cela a été souligné, cette obligation justifie la mise en œuvre d'un contrôle normal de la part du juge lorsque l'acheteur décide de ne pas allotir et préfère passer un marché public global<sup>41</sup>. Pour autant, lorsque l'acheteur décide de recourir à l'allotissement, la portée du contrôle juridictionnel opéré sur les modalités de l'allotissement est sensiblement réduite. Le Conseil d'Etat considère en effet que *« le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur*

---

<sup>39</sup> Ainsi, une imprécision trop importante dans la définition du périmètre géographique porte atteinte au principe de transparence, tout comme une imprécision trop importante s'agissant de la durée du contrat : CE, 15 novembre 2017, n° 412644, *Commune du Havre* ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 13, note M. Ubaud-Bergeron

<sup>40</sup> Les personnes publiques ou de la sphère publique ont en principe le choix de ne pas utiliser le contrat et d'avoir recours à leurs propres services pour satisfaire leurs besoins ou exploiter les services publics dont elles ont la charge : CE, ass., 26 octobre 2011, n°317827, *Association pour la promotion de l'image* ; rec. p. 505, concl. Boucher ; AJDA 2012, p. 35, chron. M. Guyomar et X. Domino ; RFDA 2012, p. 377, chron. Clément-Wilz, Martucci et Mayeur-Carpenti ; CE, sect., 6 avril 2007, n°284736, *Commune d'Aix en Provence* ; JCP A 2007, 2111, obs. M. Karpenschif et 2128, obs. J.-M. Pontier ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 191, obs. G. Eckert ; AJDA 2007, p. 1020, chron. F. Lenica et J. Boucher ; RJEP 2007, p. 273, concl. F. Séners ; DA 2007, 95, note M. Bazex et S. Blazy ; JCP A 2007, 2123, note F. Linditch

<sup>41</sup> V. supra

*dispose en ce domaine* »<sup>42</sup>. La combinaison du droit au recours avec les principes d'égalité d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures justifie donc qu'un contrôle soit exercé par le juge sur la définition du nombre et de la consistance des lots en matière de marchés publics. Pour autant, les principes fondamentaux de la commande publique ne sauraient conduire à nier la liberté contractuelle. C'est ce qui explique que le contrôle opéré soit un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation. La liberté reconnue aux acheteurs en matière d'allotissement l'emporte donc sur les risques d'atteintes portées à l'obligation de mise en concurrence.

Cette prévalence de la liberté contractuelle dans la définition du périmètre des contrats publics se retrouve davantage encore lorsque sont en cause d'autres contrats que les marchés publics. En effet, il n'y a que pour les marchés publics que des dispositions textuelles imposent un allotissement de principe. Pour les autres contrats de la sphère publique c'est donc la liberté contractuelle qui doit l'emporter, y compris au moment où les autorités doivent décider si elles souhaitent passer un seul contrat ou plusieurs. En l'absence de dispositions textuelles comparables à celles applicables aux marchés publics, les personnes de la sphère publique ne sont pas tenues de passer des contrats distincts pour chaque prestation qu'elles souhaitent obtenir ou faire réaliser. Ainsi, à propos d'une délégation de service public, le Conseil d'Etat a pu préciser « *qu'aucune disposition législative ni aucun principe général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts* »<sup>43</sup>. Dès lors, si l'allotissement concourt à la protection des principes fondamentaux de la commande publique, il n'existe pas une obligation générale qui imposerait d'allotir tous les contrats intégrés dans le champ concurrentiel. En revanche, la liberté des personnes de la sphère publique n'est pas inconditionnée et les principes fondamentaux de la commande publique justifient qu'un contrôle soit opéré sur la définition du périmètre des contrats afin de vérifier que la personne à l'origine de la procédure de passation n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation<sup>44</sup>. D'ailleurs, ce contrôle sur la définition du périmètre concerne également la fixation de la durée des contrats<sup>45</sup>. Le recours à l'erreur manifeste d'appréciation dans le cadre du contrôle restreint permet ainsi d'éviter les atteintes trop importantes aux principes tout en préservant la liberté inhérente au procédé contractuel.

Une même logique est appliquée par le juge à propos des offres anormalement basses dans le cadre des marchés publics. Les textes imposent en effet aux acheteurs de détecter les offres qui paraissent anormalement basses afin de demander des justifications aux opérateurs économiques qui les ont présentées. Si les justifications ne sont pas suffisantes et que les acheteurs considèrent que les offres en cause sont effectivement qualifiables d'anormalement

---

<sup>42</sup> CE, 25 mai 2018, n° 417428, *OPH du département des Hauts-de-Seine*, préc. Il confirme ainsi une solution antérieure : CE, 21 mai 2010, n° 333737, *Commune d'Ajaccio* ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 239, note P. Devillers ; *DA* 2010, comm. 110, note F. Brenet ; *JCP A* 2010, 2215, note F.Linditch.

<sup>43</sup> CE, 21 septembre 2016, n° 399656, n° 399699, *Communauté urbaine du Grand Dijon et Société Kéolis* ; *AJDA* 2016, p. 1775 ; *JCP A* 2016, 2332, note J. Martin ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 261, note G. Eckert ; *DA* 2016, comm. 64, note J.-C. Videlin. Dans le même sens, v. : TA Paris, ord., 22 août 2018, n° 183709/4, *Société Excelsis*, préc.

<sup>44</sup> Et même « les impératifs de bonne administration » : CE, 21 septembre 2016, n° 399656, n° 399699, *Communauté urbaine du Grand Dijon et Société Kéolis*, préc.

<sup>45</sup> CAA Bordeaux, 29 mai 2000, n° 96BX01642, *Société auxiliaire de parcs* ; *AJDA* 2000, p. 894 ; CAA Bordeaux, 3 mars 2009, n° 07BX02078, X et a. ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 205, note G. Eckert

basses, ils doivent les rejeter<sup>46</sup>. En effet, « *le fait pour un pouvoir adjudicateur de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public* »<sup>47</sup>. Pour autant, le contrôle juridictionnel opéré sur l'appréciation qui est portée par les acheteurs sur le caractère anormalement bas des offres et sur les justifications fournies par les opérateurs économiques n'est pas un contrôle normal. Il s'agit seulement d'un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation<sup>48</sup>, qui peut d'ailleurs donner lieu à des solutions assez surprenantes<sup>49</sup>. De plus, ce contrôle des offres anormalement basses ne concerne que les marchés publics même s'il est possible de considérer que le choix d'une offre anormalement basse porte atteinte au principe d'égalité lors de la passation de n'importe quel contrat public. Dès lors, pour les autres contrats, le contrôle du juge sera uniquement un contrôle restreint sur le choix de l'offre, nonobstant son caractère anormalement bas ou non.

En effet, s'agissant du choix de l'offre, le Conseil d'Etat précise régulièrement et de manière traditionnelle qu'il ne lui appartient pas « *de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres* »<sup>50</sup>. Cette formule semble induire une absence de contrôle sur l'appréciation des offres au nom de la liberté contractuelle. Pour autant, cette liberté rencontre des limites et le juge ne se cantonne pas nécessairement à un simple contrôle minimum. Là encore, les solutions ne sont pas les mêmes en fonction de la catégorie de contrats publics en cause.

Ainsi, en matière de délégations de services publics le juge a accepté d'opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix du cocontractant par l'autorité délégante<sup>51</sup>. Il vérifie notamment que l'attributaire du contrat est bien en mesure d'exécuter techniquement et financièrement les prestations prévues<sup>52</sup>. La portée du contrôle juridictionnel est donc bien moins importante que dans l'hypothèse d'un contrôle normal mais elle permet tout de même d'éviter des erreurs « grossières » qui contreviendraient trop fortement aux principes fondamentaux de la commande publique et notamment au principe d'égalité de traitement.

---

<sup>46</sup> Article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (Article L. 2152-6 du projet de code de la commande publique) ; article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (articles R. 2152-3 à R. 2152-5 du projet de code de la commande publique).

<sup>47</sup> CE, 30 mars 2017, n°406224, *Région Réunion* ; *Contrats Marchés publ.* 2017, comm. 158, note Ubaud-Bergeron

<sup>48</sup> CE, 30 mars 2017, n°406224, *Région Réunion*, préc. ; CE, 22 janvier 2018, n° 414860, *Société Comptoir de négoce d'équipements* ; *Contrats-Marchés publics* 2018, comm. 62, obs. H. Hoepffner ; *JCP A* 2018, 2155, note J.-R. Mauzy

<sup>49</sup> En ce sens, v. J.-R. Mauzy, « Une offre économiquement anormale basse n'est pas nécessairement juridiquement anormalement basse », note sous CE, 22 janvier 2018, n° 414860, *Société Comptoir de négoce d'équipements* ; *JCP A* 2018, 2155. Dans cet arrêt le Conseil d'Etat considère que l'acheteur n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas comme anormalement basse une offre dont le montant « *correspond au prix d'achat des matériels* » et qui ne « *permet pas de faire un bénéfice* ».

<sup>50</sup> CE, section, 20 janv. 2016, n° 394133, *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)* ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 85, note P. Devillers. Dans le même sens : CE, 29 juillet 1998, n° 194412, *Syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération clermontoise* ; rec. p. 1015 ; CE, 21 mai 2010, n° 333737, *Commune d'Ajaccio*, préc.

<sup>51</sup> CE, 7 novembre 2008, n° 291794, *Département de la Vendée* ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 296, obs. G. Eckert ; *AJDA* 2008, p. 2454, L. Richer ; *BJCP* 62/2009, p. 55, concl. M. Boulais ; CAA Lyon, 12 juin 2014, n° 13LY01340, *Société SEMERAP* ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 230, obs. M. Ubaud-Bergeron

<sup>52</sup> Dans l'arrêt *Département de la Vendée*, le Conseil d'Etat précise ainsi « *que compte tenu de ce que le groupement retenu disposait pour le démarrage des prestations du nombre de conducteurs et de véhicules requis, de la qualité du service attendue et eu égard au montant de la contribution financière qu'il demandait au département, le choix de ce délégataire n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation* »

De la même manière, en matière de marchés publics, le juge administratif garde la possibilité de vérifier que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice « *n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats* »<sup>53</sup>. Cela signifie donc que, même si la liberté contractuelle prime au moment de l'appréciation des offres, les principes fondamentaux de la commande publique imposent un contrôle. Pour autant, le Conseil d'Etat refuse d'admettre l'existence d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix des offres en matière de marchés publics alors même qu'une partie des juges du fond ont retenu des solutions en ce sens<sup>54</sup>. Le contrôle ne peut conduire qu'à vérifier l'absence de dénaturation des éléments objectifs fournis par les candidats et il ne faut pas que ce contrôle porte sur l'appréciation de la valeur des offres par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice, ce qui réduit sensiblement l'étendue du contrôle opéré<sup>55</sup>. Ainsi, la portée du contrôle juridictionnel sur le choix de l'offre apparaît plus réduite en matière de marchés publics que s'agissant des contrats de concession, ce qui peut surprendre dans la mesure où les contraintes – induites par les principes fondamentaux de la commande publique – sont généralement plus importantes dans le droit des marchés publics.

Toutefois, ce contrôle minimum sur l'appréciation des offres n'empêche pas un contrôle de la méthode de notation qui a été retenue et mise en œuvre. Le juge peut ainsi vérifier si la méthode choisie ne repose pas sur une erreur de droit<sup>56</sup>, si elle ne conduit pas à mettre en place une discrimination illégale, si elle ne prive pas les critères de leur portée ou si elle ne neutralise pas leur pondération<sup>57</sup>. Il vérifie même si le choix des critères et la définition de leurs modalités de mise en œuvre ne révèlent pas une erreur manifeste d'appréciation<sup>58</sup>. Ce contrôle restreint

---

<sup>53</sup> CE, section, 20 janv. 2016, n° 394133, *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)*, préc.

<sup>54</sup> CAA Bordeaux, 12 février 2008, n° 05BX02395, *Société SELF SPM ; Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 75, obs. F. Llorens (erreur manifeste d'appréciation de la commission d'appel d'offres en ne retenant pas l'offre de la société dont le prix était inférieur et qui proposait des prestations équivalentes en termes de délais et du point de vue technique) ; CAA Marseille, 1<sup>er</sup> mars 2010, n° 08MA00442, *Sté Azur Rénovation Décoration Bâtiment ; Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 211, obs. F. Llorens ; TA Toulouse, ord., 2 mars 2010, n° 10-00626, *Société Jutgla ; Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 265, obs. F. Llorens

<sup>55</sup> CE, section, 20 janv. 2016, n° 394133, *Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS)*, préc.

<sup>56</sup> CE, 29 oct. 2013, n° 370789, *Val d'Oise Habitat ; JCP A* 2013, act. 882 ; *JCP A* 2014, 2104, note S. Agresta et S. Hul. En l'espèce, la méthode de notation attribuait la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation. Il s'agissait d'une erreur de droit car cette méthode utilisait le critère du prix sans que celui-ci ne conduise à attribuer la meilleure note au candidat ayant présenté l'offre avec le prix le plus bas.

<sup>57</sup> CE, 3 novembre 2014, n° 373362, *Commune de Belleville-sur-Loire* ; rec. p. 323 ; *JCP A* 2014, act. 900 ; *JCP A* 2015, 2090 ; *BJCP* 2014, p. 112, concl. G. Pellissier ; *AJDA* 2015, p. 532, note H. Hoepffner. Dans cet arrêt le juge affirme clairement que les « *méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie* ».

<sup>58</sup> CE, 20 févr. 2013, n° 363244, *Société American express voyages ; Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 117, note J.-P. Pietri. Ce sera le cas lorsque le « *système d'évaluation des offres* » est « *susceptible de conduire au choix de celle qui n'est pas économiquement la plus avantageuse* ».

limité à l'erreur manifeste d'appréciation permet de préserver la liberté contractuelle des personnes de la sphère publique dans la détermination des critères de sélection des offres<sup>59</sup>.

Enfin, le contrôle minimum appliqué à la phase de choix de l'offre se retrouve à propos de l'examen des capacités des candidats. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices disposent en principe d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si les opérateurs économiques présentent les capacités requises pour que leurs candidatures soient retenues. Le contrôle du juge ne doit donc normalement pas porter sur cette appréciation, sauf lorsque celle-ci conduit le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice à commettre une erreur manifeste d'appréciation<sup>60</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un référé précontractuel, si le juge constate qu'un candidat retenu ne disposait manifestement pas des capacités suffisantes, il annule la procédure de passation à compter de la phase d'examen des candidatures<sup>61</sup>. Il ne s'agit pas toutefois d'un contrôle normal : lorsqu'un pouvoir adjudicateur écarte une candidature parce que l'opérateur économique ne dispose pas des capacités suffisantes en application des critères de sélection des candidatures, le juge se contente de vérifier qu'il a procédé à une analyse objective des capacités du candidat pour considérer qu'il n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation<sup>62</sup>.

Ainsi, les hypothèses de contrôle restreint, généralement étendues au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, permettent de préserver en grande partie la liberté contractuelle des personnes de la sphère publique. Elles démontrent que les atteintes portées à la liberté contractuelle restent relatives au regard de l'étendue du contrôle juridictionnel opéré. Or, il n'y a pas que l'étendue limitée du contrôle qui permette de préserver la liberté contractuelle : les moyens de ce contrôle contribuent également à sa protection.

---

<sup>59</sup> Ainsi, le juge admet la légalité de la méthode du « chantier masqué » ainsi que du tirage au sort de la méthode de simulation des prix : CE, 16 novembre 2016, n° 401660, *Société des Travaux électriques du midi (TEM)* ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 5, note M. Ubaud-Bergeron ; *JCP A* 2017, 2148, note F. Linditch ; 2150, note J. Martin

<sup>60</sup> CE, 23 janv. 2012, n° 346970, *Commune de Six-Fours-les-Plages* ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 99, note J.-P. Pietri ; CE, 17 sept. 2014, n° 378722, *Société Delta Process* ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 292, note G. Eckert

<sup>61</sup> TA Rennes, ord., 9 janvier 2015, n° 1405560, *SARL Sopro* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 87, obs. H. Hoepffner

<sup>62</sup> CE, 17 juin 2015, n° 388596, *Société Philip Frères* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 200, note M. Ubaud-Bergeron

## II. Une liberté fonction des moyens du contrôle juridictionnel

Les pouvoirs qui sont reconnus au juge dans le cadre des différents recours diffèrent sensiblement en fonction de la nature du requérant et en fonction du moment du contrôle. Or, selon les moyens offerts au juge pour exercer son contrôle, la place accordée à la liberté contractuelle et au pouvoir discrétionnaire sera plus ou moins importante.

Les moyens du contrôle sont ainsi beaucoup plus développés en ce qui concerne la phase de passation du contrat. Ils permettent un contrôle relativement étendu, qui affecte sensiblement la liberté contractuelle, au nom du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence (A). En revanche, les moyens du contrôle sont plus réduits une fois le contrat conclu, lorsque le juge est amené à contrôler son exécution. Ce contrôle plus souple permet de préserver la liberté contractuelle et confirme qu'une fois conclu, le contrat doit être la loi des seules parties (B).

### A. Des moyens importants pour contrôler la phase de passation

La conclusion des contrats publics fait depuis longtemps l'objet d'un encadrement en droit français. Le contrôle des procédures de passation avait alors pour seul objectif de protéger les finances publiques. Cette volonté est toujours présente parmi les principes fondamentaux de la commande publique au travers de l'objectif de protection des deniers publics. Pour autant, le contrôle de la formation de ces contrats est resté relativement limité jusqu'à ce que le droit de l'Union européenne impose la mise en place de nouveaux recours et une refonte des recours traditionnels au nom de la protection de la concurrence.

Désormais, le contrôle de la phase de passation repose essentiellement sur les deux procédures de référé ouvertes aux tiers qualifiables de concurrents évincés ainsi que sur le recours au fond en contestation du contrat ouvert aux tiers<sup>63</sup> et aux parties<sup>64</sup>, mais difficilement utilisable par ces dernières. Celui-ci permet de protéger davantage la stabilité des relations contractuelles en mettant en cause le recours pour excès de pouvoir des tiers contre les actes détachables du contrat<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Le recours au fond en contestation de la validité du contrat a d'abord été ouvert aux seuls concurrents évincés : CE, 16 juillet 2007, n° 291545, *Société Tropic travaux signalisation* ; rec. p. 360 ; *RFDA* 2007, p. 696, concl. D.Casas ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; comm. 254, note J.-P. Pietri. Il a ensuite été étendu à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ses clauses : CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Département de Tarn-et-Garonne* ; *RFDA* 2014, p. 425, concl. B. Dacosta ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, étude 5, note P. Rees ; repère 5, note F. Llorens et P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2014, p. 945, note S. Braconnier ; *RFDA* 2014, p. 438, note P. Delvolvé ; *DA* 2015, étude 6, S. Hourson

<sup>64</sup> CE, ass., 28 décembre 2009, n° 304802, *Commune de Béziers* ; rec. p. 509, concl. E. Glaser ; *AJDA* 2010, p. 142, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 122, obs. Ph. Rees ; *RFDA* 2010, p. 519, obs. D. Pouyaud

<sup>65</sup> « *Le recours pour excès de pouvoir [...] était paradoxalement devenu trop menaçant en raison des armes qu'il offrait aux tiers pour contourner le juge du contrat* ». S. Eustache et L. Janicot, « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », *préc.* Ce mouvement a été confirmé par la fermeture du recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat : CE, sect., 30 juin 2017, n°

En effet, les tiers ont la possibilité d'utiliser les référés « ordinaires » du contentieux administratif<sup>66</sup> mais c'est la mise en place des référés précontractuel et contractuel qui a permis d'accroître la portée du contrôle juridictionnel opéré sur les contrats publics<sup>67</sup>. Ce développement s'est opéré au bénéfice des principes fondamentaux de la commande publique et au détriment de la liberté contractuelle. Ainsi, l'augmentation des hypothèses de contrôle normal et l'extension du contrôle restreint au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>68</sup> n'ont été possibles que grâce à la mise en place des référés précontractuel et contractuel. Le développement de ces recours a permis une meilleure protection de la légalité objective<sup>69</sup> même si leur champ d'application reste limité en raison de la nature essentiellement subjective de ces recours.

Comme son nom l'indique, le référé précontractuel doit être intenté avant la conclusion du contrat. C'est un recours encadré tant du point de vue des requérants potentiels que du point de vue des moyens invocables. D'une part, le référé précontractuel ne peut être introduit que par les personnes « *qui ont un intérêt à conclure le contrat [...] et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué* »<sup>70</sup>. Cette condition tend à indiquer que le référé précontractuel est en principe un recours subjectif même si, par exception, il peut devenir un recours objectif lorsqu'il est intenté au nom de l'Etat<sup>71</sup>. D'autre part, s'agissant des moyens susceptibles d'être invoqués, le juge ne peut être saisi qu'« *en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation* »<sup>72</sup> et à

---

398445, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche-SMPAT* ; AJDA 2017, p. 1359 et p. 1669, chron. G. Odinet et S. Roussel ; *AJ contrat* 2017, p. 387, obs. J.-D. Dreyfus ; *AJCT* 2017, p. 455, obs. S. Hul ; *RFDA* 2017, p. 937, concl. G. Pellissier ; *DA* 2017, comm. 51, note F. Brenet ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 249, note J.-P. Pietri ; repère 8, F. Llorens et P. Soler-Couteaux. Le recours pour excès de pouvoir contre le refus de résilier le contrat était généralement qualifié de recours LIC en référence à l'arrêt éponyme l'ayant reconnu : CE, sect., 24 avr. 1964, n° 53518, *SA de livraisons industrielles et commerciales (LIC)*, p. 239 : *AJDA* 1964, p. 308, concl. Combarrous.

<sup>66</sup> Ils ont en effet accès, sous conditions, au référé constat, au référé instruction, au référé mesures utiles, au référé provision ou au référé suspension.

<sup>67</sup> Il faut toutefois préciser que ces recours ne concernent que les contrats de la commande publique. Ils s'appliquent donc aussi bien à des contrats administratifs qu'à des contrats de droit privé mais ne concernent pas l'ensemble des contrats administratifs

<sup>68</sup> Voir la première partie

<sup>69</sup> Il convient toutefois de nuancer en précisant que « *le plein contentieux contractuel n'a jamais ignoré les questions de légalité, qu'elles soient soulevées au moment de la formation du contrat ou durant son exécution* ». S. Eustache et L. Janicot, « Retour sur les transformations contemporaines du contentieux de la validité des contrats administratifs », *DA* 2018, étude 4

<sup>70</sup> Art. L. 551-10 du CJA. La Cour de justice de l'Union européenne retient une expression différente et envisage « *toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé* » : CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-100/12, *Fastweb Spa c/ Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, Telecom Italia Spa, Path-Net Spa* ; *Europe* 2013, comm. 356, obs. M. Meister. Les opérateurs économiques qui ont candidaté sont considérés comme remplissant ces conditions : CE, 14 déc. 2009, n° 325830, *Commune de La Roche-sur-Yon* ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 87, note G. Eckert

<sup>71</sup> Les préfets de région ou de département peuvent ainsi saisir le juge du référé précontractuel lorsque la procédure de passation est menée par « *une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local* » (art. L. 551-10 du CJA). Le juge du référé précontractuel peut également être saisi par l'Etat sur demande de la Commission européenne, par l'intermédiaire du préfet ou d'un ministre (art. R. 551-3 du CJA).

<sup>72</sup> Art. L. 551-1 du CJA

condition que ces manquements aient lésé le requérant<sup>73</sup>. Le référé précontractuel est donc un recours subjectif qui ne permet de préserver que la légalité concurrentielle.

Pourtant, à l'intérieur de ce cadre contraignant, les pouvoirs reconnus au juge du référé précontractuel sont particulièrement importants<sup>74</sup>. Il peut en effet faire prévaloir son appréciation sur celle de l'autorité à l'origine de la procédure de passation au nom du respect de la concurrence. Au-delà de la possibilité de prononcer des mesures provisoires, « *le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat* ». Il s'agit d'une simple possibilité, laissée à la libre appréciation du juge, car ce dernier doit prendre en compte « *l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment [...] l'intérêt public* » afin de mettre en balance les conséquences négatives des mesures et leurs avantages. Il peut également « *annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* »<sup>75</sup>. Il peut même annuler la procédure de passation dans sa totalité. Le juge du référé précontractuel a donc la faculté de modifier sensiblement, voire de réduire à néant la volonté exprimée par les parties lors de la procédure de passation<sup>76</sup>. D'ailleurs, le juge n'est pas tenu par les demandes formulées par le requérant et il peut prendre toutes ces mesures d'office<sup>77</sup>. L'idée est ainsi que les moyens de contrôle offerts au juge du référé précontractuel puissent lui permettre de faire prévaloir la légalité objective concurrentielle, y compris sur la liberté contractuelle reconnue au profit des parties au contrat. C'est ce qui explique que la portée du contrôle soit particulièrement étendue dans le cadre du référé précontractuel.

Une même logique se retrouve dans le cadre du référé contractuel même si les deux procédures de référés ne sont pas assimilables et que la portée du contrôle opérée est moins importante. A l'image du référé précontractuel, le référé contractuel est un recours encadré. Il est ouvert aux mêmes requérants – ceux qui avaient un intérêt à conclure le contrat en cause et qui sont susceptibles d'être lésés par les manquements invoqués – et les moyens recevables sont également limités. Ceux-ci diffèrent toutefois de ceux qui peuvent être invoqués dans le cadre du référé précontractuel. En effet, si les textes évoquent également les « *manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »<sup>78</sup>, les requérants ne peuvent invoquer que ceux qui résultent d'un défaut de publicité<sup>79</sup>, ceux qui découlent de la méconnaissance des

---

<sup>73</sup> CE, sect., 3 oct. 2008, n°305420, SMIRGEOMES ; rec. p. 324, concl. B. Dacosta ; DA 2008, comm. 154, note B. Bonnet et A. Lalanne ; AJDA 2008, p. 2161, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; RFDA 2008, p. 1128, concl., note P. Delvolvé ; RJE 2009, comm. 8, note F. Brenet

<sup>74</sup> En réalité, les pouvoirs du juge sont très importants lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur en application de l'article L. 551-2 du CJA mais ils sont sensiblement réduits s'il est passé par une entité adjudicatrice. L'article L. 551-6 du CJA prévoit uniquement la possibilité de prononcer des injonctions, des astreintes, ou des suspensions, c'est-à-dire des mesures provisoires.

<sup>75</sup> Art. L. 551-2 du CJA

<sup>76</sup> Son pouvoir de modification ne concerne que les clauses et prescriptions qui ressortent des documents de la consultation. Il ne concerne pas les « *clauses figurant dans l'offre faite par le candidat retenu* » : CE, 21 février 2014, Société Dalkia France, n°373159 ; BJCP2014, p. 292, concl. G. Pellissier ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 111, note G. Eckert

<sup>77</sup> Art. L. 551-12 du CJA. Cet article précise néanmoins que, lorsque le juge prend d'office de telles mesures, « *il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions prévues par voie réglementaire* ».

<sup>78</sup> Article L. 551-14 du CJA

<sup>79</sup> L'article L. 551-18 précise qu'il y a défaut de publicité « *lorsqu'aucune des mesures de publicité requises [...] n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une*

modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre<sup>80</sup> ou un système d'acquisition dynamique, ainsi que le fait que le contrat ait été signé avant l'expiration du délai de standstill<sup>81</sup> ou alors qu'un référé précontractuel avait été introduit<sup>82</sup>. En dehors de cette dernière hypothèse, le requérant n'a pas à démontrer qu'il a été lésé par le manquement invoqué. Le référé contractuel se présente donc à la fois comme un recours subjectif et comme un recours objectif mais il n'a, en toutes hypothèses, pour objet que la protection de l'ordre public concurrentiel.

Les conditions imposées pour pouvoir introduire un référé contractuel n'empêchent pas le juge de disposer de moyens importants, même si son office est moins étendu que dans le cadre du référé précontractuel. Le juge des référés contractuels dispose lui aussi de la possibilité de prononcer des mesures provisoires et il peut, notamment, prononcer la suspension du contrat pendant la durée de l'instance<sup>83</sup>. En principe, lorsque le juge constate la réalité de l'un des manquements qui peuvent être invoqués dans le cadre du référé contractuel, il doit prononcer l'annulation du contrat<sup>84</sup>. Toutefois, s'il considère que « *le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* », le juge peut décider de ne pas prononcer l'annulation et de lui préférer la résiliation du contrat, la réduction de sa durée, ou le prononcé d'une pénalité financière<sup>85</sup>. Le juge du référé contractuel ne peut donc pas réécrire le contrat en substituant son appréciation à celle de l'autorité contractante. La portée du contrôle juridictionnel reste cependant importante dans la mesure où les moyens à la disposition du juge lui permettent de décider maintenir un contrat qui ne respecte pas la légalité concurrentielle et peuvent le conduire à annuler le contrat.

---

*telle publication est prescrite* ». Ces deux hypothèses sont entendues strictement : CE, 26 juin 2015, n° 388867, *Grand port maritime de la Martinique* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 247, note H. Hoepffner

<sup>80</sup> A condition que l'accord-cadre n'ait pas été attribué qu'à un seul candidat : CE, 29 juin 2012, n° 358353, *Société Chaumeil* ; *JCP A* 2012, act. 470 ; *BJCP* 2012, p. 449, concl. N. Boulouis

<sup>81</sup> Le juge vérifie dans ce cas que les requérants ont bien été privés de la possibilité d'introduire un référé précontractuel, si ce n'est pas le cas et même si le délai de standstill n'a pas été respecté, le référé contractuel sera irrecevable : CE, 24 mai 2017, n° 407047, *Ville de Paris* ; *JCP A* 2017, act. 401 ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 201, note J.-P. Pietri ; *BJCP* 2017, p. 321, concl. G. Pellissier

<sup>82</sup> Le Conseil d'Etat a précisé que seuls les manquements définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du CJA sont invocables : CE, 19 janvier 2011, n°343435, *Grand Port Maritime du Havre* ; *DA* 2011, comm. 41, note C. Bardon et Y. Simonnet ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 92, note G. Eckert ; *JCP A* 2011, 2095, comm. F. Linditch

<sup>83</sup> Art. L. 551-17 du CJA

<sup>84</sup> Art. L. 551-18 CJA. L'annulation, lorsqu'elle est prononcée, peut être différée. De plus, l'annulation n'est pas vraiment obligatoire lorsque le contrat a été signé avant la fin du délai de standstill ou alors qu'un référé précontractuel avait été introduit : elle n'interviendra que si le requérant démontre que cette signature l'a empêché de saisir le juge du référé précontractuel et a affecté ses chances d'obtenir le contrat. S'il ne parvient pas à effectuer cette démonstration, le juge pourra décider de ne pas annuler le contrat et de prononcer une pénalité financière ou la réduction de la durée du contrat : CE, 30 novembre 2011, n° 350788, *Société DPM Protection* ; *BJCP* 2012, p. 104, concl. N. Boulouis ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 58, note J.-P. Pietri ; *DA* 2012, comm. 15, note E. Langelier

<sup>85</sup> Art. L. 551-19 CJA. Cet article précise que « *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, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat* ». Le Conseil d'Etat précise 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 » : CE, 15 février 2013, n° 363854 à 363855, *Société SFR* ; *BJCP* 2013, p. 295, concl. G. Pellissier ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 105, note J.-P. Pietri

Enfin, au-delà des référés précontractuels et contractuels, le contrôle de la conclusion du contrat peut passer par un recours au fond en contestation de la validité du contrat. Traditionnellement, le contentieux contractuel n'était ouvert aux tiers que de manière détournée par l'intermédiaire du recours pour excès de pouvoir. Cette possibilité a progressivement été remise en cause et, désormais, les tiers ont accès à un recours au fond en contestation de validité du contrat, appelé recours Tarn et Garonne<sup>86</sup>. Comme les référés précontractuel et contractuel, ce recours est également encadré<sup>87</sup>. Ainsi, il ne concerne que les contrats administratifs et il ne peut être intenté que par les tiers ayant un intérêt à agir. Surtout, ces derniers ne peuvent invoquer que des moyens qui affectent la validité du contrat<sup>88</sup> et qui soient en rapport direct avec l'intérêt dont ils se prévalent pour agir ou qui soient d'une gravité suffisante<sup>89</sup>. Par-delà cet encadrement, le juge exerce un contrôle approfondi et dispose de pouvoirs importants. La stabilité des relations contractuelles lui impose de chercher avant tout à maintenir le contrat. Ainsi, si c'est possible, il devra décider la poursuite de l'exécution du contrat en l'état ou demander aux parties de prendre des mesures de régularisation dans un certain délai. A défaut, et si cela ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général, il devra prononcer la résiliation du contrat avec un effet différé. Ce n'est que si le contrat a un contenu illicite ou s'il est affecté par un vice du consentement que le juge pourra en prononcer l'annulation. Les moyens invocables dans le cadre de ce recours n'étant pas fixés de manière limitative, le juge peut donc empiéter sur la liberté des cocontractants lorsque la légalité l'impose en leur demandant de réécrire en partie le contrat. Le recours au fond en contestation de validité du contrat offre ainsi une portée maximale au contrôle juridictionnel.

Or, ce recours au fond en contestation de la validité du contrat est également ouvert aux parties<sup>90</sup>. Toutefois, comme pour les recours initiés par les tiers, les conditions de sa mise en œuvre sont encadrées. Le recours porte sur la validité du contrat : celle-ci ne peut être contestée qu'en raison d'irrégularités affectant le contrat lui-même ou les conditions de sa passation. Surtout, le principe de loyauté des relations contractuelles interdit aux parties d'invoquer des irrégularités dont elles sont responsables ou dont elles ont bénéficié. Dès lors, ce recours est beaucoup moins efficace lorsqu'il est intenté par les parties que lorsqu'il est introduit par un tiers lésé car « *le plus souvent, les vices liés à la phase de passation du contrat ne pourront pas être invoqués* »<sup>91</sup>. Si, toutefois, le recours au fond est admis s'agissant de la passation du contrat, la portée du contrôle juridictionnel sera la même que lorsque le recours est initié par un tiers au contrat. Le juge dispose en la matière des mêmes moyens de contrôle et exerce donc un office particulièrement étendu.

---

<sup>86</sup> CE, ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn et Garonne*, préc.

<sup>87</sup> En-dehors des recours intentés par les requérants privilégiés : préfet et élus locaux peuvent invoquer tout moyen compte tenu des intérêts dont ils ont la charge

<sup>88</sup> CE, 3 décembre 2014, n° 366153, *Société Bancel* ; *Contrats-Marchés publ.* 2015, comm. 55, obs. M. Ubaud-Bergeron. L'obligation de mention des voies et délais de recours et le respect du délai de standstill ne constituent pas des vices affectant la validité du contrat.

<sup>89</sup> CE, sect., 5 février 2016, n° 383149, *Syndicat mixte des transports en commun (SMTC) Hérault Transport* ; *AJDA* 2016, p. 1120, note J.-F. Lafaix ; *DA* 2016, comm. 21, F. Brenet ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 114, note Ph. Rees ; CE, 9 novembre 2018, n° 420654, 420663, *Société Cerba* ; *JCP A* 2018, act. 848, *AJDA* 2018, p. 2215

<sup>90</sup> CE, ass., 28 déc. 2009, n°304802, *Commune de Béziers*, préc.

<sup>91</sup> O. Guézou, *Traité de contentieux de la commande publique*, préc., p. 269

Ainsi, les moyens de contrôle offerts au juge sont particulièrement importants lorsque ce dernier vérifie la régularité de la procédure de passation des contrats publics. Ce contrôle étendu s'explique par les obligations de publicité et de mise en concurrence spécifiques à la phase de passation des contrats. A l'inverse, la portée du contrôle est moins importante s'agissant de leur exécution.

### ***B. Des moyens réduits pour contrôler la phase d'exécution***

L'exécution du contrat ne devrait concerner que les cocontractants. C'est ce qui explique que le contentieux de cette phase reste en principe un contentieux subjectif, réservé aux parties. Cela ne signifie pas pour autant que le contrat ne produira pas d'effets à l'égard des tiers mais, simplement, qu'en-dehors des hypothèses dans lesquelles leur situation est affectée par le contrat, ils ne pourront pas se mêler de son exécution<sup>92</sup>.

D'ailleurs, s'agissant des relations entre les parties aux contrats publics, le juge ne doit normalement pas intervenir. Ainsi, lorsque le cocontractant de l'administration n'honore pas ses engagements contractuels, la personne publique a rarement recours au juge. Elle préférera en effet utiliser son pouvoir de sanction pour prononcer des pénalités, voire même pour résilier le contrat. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucun contrôle de la part du juge. En effet, le cocontractant sanctionné peut saisir le juge pour que celui-ci se prononce sur la sanction. Le juge dispose alors de moyens importants : il a la possibilité de moduler les pénalités, à la hausse ou à la baisse, s'il considère que leur montant est manifestement excessif ou dérisoire au regard du montant du marché<sup>93</sup>. De la même manière, en cas de résiliation du contrat par l'administration, le juge va pouvoir être saisi pour contrôler la décision de résiliation afin de vérifier que la faute à l'origine de cette résiliation était d'une gravité suffisante pour la justifier<sup>94</sup>. Si tel n'est pas le cas, et si le cocontractant dont le contrat a été annulé le saisit en ce sens, le juge pourra prononcer la reprise des relations contractuelles<sup>95</sup>. Il devra toutefois vérifier, au préalable, que cette reprise est possible et ne porte pas, notamment, une atteinte excessive à l'intérêt général.

En-dehors des sanctions qui peuvent être prononcées par l'administration, le juge peut être saisi par les cocontractants dans le cadre de différents recours. Au-delà du recours au fond

---

<sup>92</sup> Le recours au fond en contestation de validité du contrat ouvert aux tiers ne concerne normalement pas la phase d'exécution du contrat, exception faite de la contestation du refus de résilier le contrat : CE, sect., 30 juin 2017, n° 398445, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche-SMPAT*, préc. Ils conservent toutefois la possibilité d'utiliser le recours pour excès de pouvoir contre les actes d'exécution détachables du contrat

<sup>93</sup> CE, 29 décembre 2008, n° 296930, *OPHLM de Puteaux* ; Lebon, p. 479 ; *AJDA* 2009, p. 270, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2009, p. 123, concl. B. Dacosta ; *JCP A* 2009, 2050, note F. Linditch ; CE, 19 juillet 2017, n° 392707, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent* ; *Contrats-Marchés publ.* 2017, comm. 229, note M. Ubaud-Bergeron ; *JCP A* 2017, act. 532, obs. L. Erstein ; *JCP A* 2017, 2222, note J. Martin

<sup>94</sup> CE, 10 févr. 2016, n° 387769, *Société Signacité* ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 98, note M. Ubaud-Bergeron

<sup>95</sup> CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers* ; Rec. CE 2011, p. 117 ; *AJDA* 2011, p. 670, note A. Lallet ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 150, note J.-P. Pietri ; *DA* 2011, comm. 46, note F. Brenet et F. Melleray ; *GAJA* n° 118, p. 939 ; *JCP A* 2011, 2171, note F. Linditch ; *RFDA* 2011, p. 507, concl. E. Cortot-Boucher, p. 518, note D. Pouyaud.

en contestation de la validité du contrat, qui ne concerne pas l'exécution du contrat<sup>96</sup>, les parties peuvent saisir le juge du contrat dans le cadre de recours en responsabilité ou de recours contre les mesures d'exécution du contrat. Or, dans ces différents contentieux le juge n'a pas la possibilité de s'immiscer dans le contenu du contrat. En premier lieu, dans le cadre de la responsabilité contractuelle, le juge est tenu par la demande présentée par le requérant<sup>97</sup> et ne peut condamner le défendeur qu'à une réparation, en nature ou en argent. Il en va de même dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, que cela soit dans le cadre de l'enrichissement sans cause ou dans le cadre de la responsabilité quasi-délictuelle. Par ailleurs, et en second lieu, les pouvoirs du juge sont également limités dans le cadre des recours contre les actes d'exécution du contrat lorsqu'ils sont intentés par les parties. Ainsi, en-dehors de l'hypothèse dans laquelle le juge sera amené à prononcer la reprise des relations contractuelles en cas de décision de résiliation illégale du contrat<sup>98</sup>, la contestation des mesures d'exécution du contrat ne donne lieu qu'à un contentieux indemnitaire. De ce point de vue, le juge ne peut pas mettre en cause la liberté d'appréciation dont dispose l'administration pour prendre telle ou telle mesure. La liberté contractuelle l'emporte donc sur la préservation de la légalité objective et la portée du contrôle juridictionnel sur la phase d'exécution du contrat est limitée à un simple contentieux indemnitaire<sup>99</sup>.

Ainsi, au-delà de la distinction entre le contrôle normal et le contrôle restreint, la portée du contrôle juridictionnel et la place accordée à la liberté contractuelle varient en fonction du type de contrôle opéré et de la personne à l'origine du recours. En réalité, il n'y a que les obligations de publicité et de mise en concurrence qui permettent d'étendre la portée du contrôle juridictionnel sur les contrats publics au détriment de la liberté contractuelle. Or, cette liberté ne rencontre encore que peu de limites et préserve ainsi la part de pouvoir discrétionnaire reconnue aux personnes de la sphère publique.

La liberté contractuelle est donc malmenée par l'étendue et conditionnée par les moyens du contrôle juridictionnel. Pourtant si cette liberté plie, elle ne rompt pas et demeure la clef de voûte pour comprendre la portée du contrôle juridictionnel en matière de contrats publics.

---

<sup>96</sup> Ainsi, les irrégularités invocables, c'est-à-dire celles « susceptibles d'entacher le contrat administratif peuvent être regroupées en trois catégories : celles entachant le contrat lui-même (ex. cause ou objet illicite) ; celles entachant les conditions dans lesquelles la personne publique a conclu le contrat (ex. incompétence du signataire, absence d'autorisation de l'organe délibérant) ; celles entachant la procédure de choix du cocontractant de l'administration (ex. absence ou irrégularités dans la procédure de publicité et de mise en concurrence) ». H. Hoepffner, Droit des contrats administratifs, préc., p. 529

<sup>97</sup> Cette limite n'est pas spécifique au contentieux contractuel et concerne tout le contentieux de la responsabilité : CE, sect., 19 décembre 1984, n°29047, *Boehrer* ; rec. p. 433, concl. B. Stirn ; *AJDA* 1985, p. 111 et chron. 90

<sup>98</sup> CE, sect., 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers*, préc.

<sup>99</sup> En-dehors des hypothèses dans lesquelles les contestations concernent la modification du contrat si celle-ci porte atteinte à la concurrence